

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK  
PRAVNOG  
FAKULTETA  
SVEUČILIŠTA  
U RIJECI

VOLUMEN 27

BROJ 2

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 27,  
Br. 2, str. XII+637-1184, Rijeka, 2006.

ISSN 1330-349X

# ZBORNIK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 27

BROJ 2

RIJEKA, 2006.



## SADRŽAJ

## I. Članci:

*Lujo Margetić,*

- O tzv. aktualiziranju istraživanja rimskog prava  
(izvorni znanstveni članak) ..... 637

*Edita Čulinović-Herc,*

- Zalaganje pokretnih stvari određenih po rodu prema Zakonu  
o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina  
vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima  
(izvorni znanstveni članak) ..... 655

*Mirela Šarac,*

- Actio tributoria* (izvorni znanstveni članak) ..... 691

*Markus Sichert,*

- Constitutional Review of Social Law-Reforms in Germany  
and Its Impact on Legislation (izvorni znanstveni članak) ..... 725

*Budislav Vukas, ml.,*

- Prijedlozi i nacrti konfederalizacije Jugoslavije 1990./91. –  
posljednji pokušaji "spašavanja" zajedničke države  
(izvorni znanstveni članak) ..... 761

*Beatrix Karl,*

- Die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts auf  
die gesetzliche Krankenversicherung  
(prethodno priopćenje) ..... 805

*Velinka Grozdanić, Marissabell Škorić,*

- Izmjene Kaznenog zakona – od znatnog ublažavanja do  
znatnog pooštrenja kaznenopravne represije  
(pregledni znanstveni članak) ..... 821

*Vinko Hlača,*

- Hipoteka na brodu u hrvatskom pomorskom pravu  
(pregledni znanstveni članak) ..... 849

*Ivan Balta,*

- Neka pitanja odnosa historijskog i prirodnog prava na  
južnopodunavski prostor (pregledni znanstveni članak) ..... 871

*Dorotea Čorić,*

- Međunarodni sustav odgovornosti za onečišćenje mora  
uljem – najnovije izmjene (pregledni znanstveni članak) ..... 889

<i>Dario Derđa,</i> Upravni spor u Europskoj zajednici (pregledni znanstveni članak) .....	913
<i>Dionis Jurić,</i> Transparentnost statusnih i financijskih odnosa povezanih društava (pregledni znanstveni članak) .....	939
<i>Emilia Čikara,</i> Unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (pregledni znanstveni članak) .....	985
<i>Sandra Laleta,</i> Neka pitanja odgovornosti za štetu koju prouzroči posloprimac pri izvršavanju činiidbe rada prema austrijskom pravu (pregledni znanstveni članak) .....	1005
<i>Anita Jandrić,</i> Izvaninstitucionalni programi rada s ovisnicima o ilegalnim drogama: mogućnosti izricanja alternativnih sankcija punoljetnim osuđenim ovisnicima (pregledni znanstveni članak) .....	1033
<i>Dragan Jovašević,</i> Osnovne karakteristike novog maloletničkog krivičnog prava Republike Srbije (stručni članak) .....	1055
<i>Elica Grdinić,</i> Europski sud za ljudska prava i zaštita prava na život (stručni članak) .....	1089
<i>Kristian Turkalj,</i> Politika Europske unije na području pravosuđa i unutarnjih poslova s posebnim osvrtom na postupke odlučivanja (stručni članak) .....	1127
<b>II. Prikazi:</b>	
<i>Dorđe Milović,</i> Prilozi za povijest zdravstvene kulture (Lujko Margetić) .....	1161
<i>François Rigaux,</i> Guerres et interventions dans le Sud-est européen (Vladimir Đ. Degan) .....	1164
<i>Svjetlana Šokčević,</i> Zaštita zdravlja i sigurnost na radu – zbirka propisa s komentarskim bilješkama (Marinko Đ. Učur) .....	1172
<i>Svjetlana Šokčević,</i> Industrijska demokracija i zaštita na radu (Marinko Đ. Učur) .....	1174
<i>Uz 1200 obljetnicu Rižanskoga placita (804. godine), Acta Historiae (Budislav Vukas, ml.) .....</i>	1177

## TABLE OF CONTENTS

### ***I. Articles:***

<i>Lujo Margetić,</i> On so called Actualization of Roman Law Research .....	637
<i>Edita Čulinović-Herc,</i> Floating Charge on Generic Movables According to the Law on Voluntary Pledge Registry on Movables and Rights .....	655
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Actio tributoria</i> .....	691
<i>Markus Sichert,</i> Constitutional Review of Social Law-Reforms in Germany and Its Impact on Legislation .....	725
<i>Budislav Vukas, jr.</i> Proposals and Drafts of Yugoslav Confederation 1990/1991 – The Last Attempts of "Saving" the State .....	761
<i>Beatrix Karl,</i> Application of European Competition Law on Statutory Health Insurance .....	805
<i>Velinka Grozdanić, Marissabell Škorić,</i> Criminal Law Reform – From Significant Reduction to Significant Increase of Criminal Repression .....	821
<i>Vinko Hlača,</i> Mortgage on Ship in Croatian Maritime Law .....	849
<i>Ivan Balta,</i> Certain Aspects of Relation between Historical and Natural Right in South-Danubian Region .....	871
<i>Dorotea Ćorić,</i> International Regime of Civil Liability for Oil Pollution Damage – The Latest Amendments .....	889
<i>Dario Đerđa,</i> Administrative Dispute in the European Community .....	913
<i>Dionis Jurić,</i> Transparency of Groups of Companies .....	939
<i>Emilia Čikara,</i> Third Party Effect in the Context of Freedom of Movement for Workers .....	985

---

<i>Sandra Laleta,</i> Certain Issues Related to Worker's Liability for Damage Occurred in a Course of Work under the Austrian Law .....	1005
<i>Anita Jandrić,</i> Extra-Institutional Programs for Persons Addicted to Illegal Drugs: Possibilities of Alternative Sanctions for Convicted Addicted Adults .....	1033
<i>Dragan Jovašević,</i> The Basic Characteristics of New Juvenile Criminal Law in Republic of Serbia .....	1055
<i>Elica Grdinić,</i> The European Court of Human Rights and Right to Life .....	1089
<i>Kristian Turkalj,</i> European Union Justice and Home Affairs Policy with Special Emphasis on Decision-Making Process .....	1127
<b>II. Surveys</b> .....	1161

## INHALT

**I. Aufsätze:**

<i>Lujo Margetić,</i> Über die sogenannte Aktualisierung der Erforschung des Römischen Rechts .....	637
<i>Edita Čulinović-Herc,</i> Fliegende pfandrechtliche Forderungssicherung an bewegliche Sachen und Rechte nach dem Gesetz über gerichtliche und notarische Forderungssicherungsregister .....	655
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Actio tributoria</i> .....	691
<i>Markus Sichert,</i> Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Reformen sozialer Vorschriften in Deutschland und ihr Einfluss auf die Gesetzgebung ...	725
<i>Budislav Vukas, jr.</i> Vorschläge und Entwürfe zur Umgestaltung Jugoslawiens in eine Konföderation in den Jahren 1990/91 – letzte Versuche zur "Rettung" des gemeinsamen Staates .....	761
<i>Beatrix Karl,</i> Die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts auf die gesetzliche Krankenversicherung .....	805
<i>Velinka Grozdanić, Marissabell Škorić,</i> Änderungen des Strafgesetzes – von wesentlicher Milderung bis zur wesentlichen Verschärfung strafrechtlicher Repression .....	821
<i>Vinko Hlača,</i> Schiffshypothek im kroatischen Seerecht .....	849
<i>Ivan Balta,</i> Einige Fragen zu dem Verhältnis von historischem und natürlichem Recht im Süddonauraum .....	871
<i>Dorotea Ćorić,</i> Internationales System der Haftung für Verschmutzung des Meeres durch Öl - neueste Änderungen .....	889
<i>Dario Đerđa,</i> Verwaltungsrechtsstreit in der Europäischen Gemeinschaft .....	913
<i>Dionis Jurić,</i> Transparenz der Beziehungen verbundener Gesellschaften .....	939



---

<i>Emilia Čikara,</i> Unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit .....	985
<i>Sandra Laleta,</i> Einige Fragen zur Haftung von Schaden, der durch den Arbeitnehmer bei Erbringung seiner Dienstleistungen verursacht wird, nach dem österreichischen Recht .....	1005
<i>Anita Jandrić,</i> Außerinstitutionale Programme bei der Arbeit mit Abhängigen von illegalen Drogen: Möglichkeiten, volljährigen verurteilten Abhängigen alternative Sanktionen zu verhängen .....	1033
<i>Dragan Jovašević,</i> Grundlegenden Merkmale des neuen Jugendstrafrechts der Republik Serbien .....	1055
<i>Elica Grdinić,</i> Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte und der Schutz des Rechts auf Leben .....	1089
<i>Kristian Turkalj,</i> Politik der Europäischen Union auf dem Gebiet der Rechtsprechung und Innerer Angelegenheiten unter besonderer Betonung der Entscheidungsverfahren .....	1127
<b>II. Besprechungen</b> .....	1161

## INDICE

**I. Articoli:**

<i>Lujo Margetić,</i> Sulla cosiddetta attualizzazione della ricerca di diritto romano .....	637
<i>Edita Čulinović-Herc,</i> Pegno variabile su beni mobili generici secondo la Legge sulla registrazione volontaria del pegno su beni mobili e diritti .....	655
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Actio tributaria</i> .....	691
<i>Markus Sichert,</i> Controllo costituzionale della riforma delle disposizioni sociali in Germania e il suo impatto sulla legislazione .....	725
<i>Budislav Vukas jr.,</i> Proposte e progetti di confederazione jugoslava 1990/1991 – Ultimi tentativi di "salvataggio" dello stato comune .....	761
<i>Beatrix Karl,</i> Applicazione del diritto europeo della concorrenza all'assicurazione malattie obbligatoria .....	805
<i>Velinka Grozdanić, Marissabell Škorić,</i> Riforma della Legge penale – Dalla significativa mitigazione al significativo inasprimento della repressione penale .....	821
<i>Vinko Hlača,</i> Ipoteca sulla nave nel diritto marittimo croato .....	849
<i>Ivan Balta,</i> Alcune questioni sul rapporto tra diritto storico e naturale nella regione danubiana meridionale .....	871
<i>Dorothea Čorić,</i> Sistema internazionale di responsabilità per inquinamento del mare da petrolio – Ultime modifiche .....	889
<i>Dario Đerđa,</i> Controversia amministrativa nella Comunità Europea .....	913
<i>Dionis Jurić,</i> Trasparenza dei rapporti delle società collegate .....	939
<i>Emilia Čikara,</i> Effetto verso i terzi nella cornice della libertà di movimento dei lavoratori .....	985

---

<i>Sandra Laleta,</i> Alcune questioni sulla responsabilità per danno che causa il prestatore di opera nell'esecuzione della prestazione di lavoro secondo il diritto austriaco .....	1005
<i>Anita Jandrić,</i> Programmi di lavoro extraistituzionali con dipendenti da droghe illegali: possibilità dell'applicazione di sanzioni alternative per condannati tossicodipendenti maggiorenni .....	1033
<i>Dragan Jovašević,</i> Caratteristiche fondamentali del nuovo diritto penale minorile .....	1055
<i>Elica Grdinić,</i> Corte europea dei diritti umani e tutela del diritto alla vita .....	1089
<i>Kristijan Turkalj,</i> Politica dell'Unione Europea nel campo della giustizia e degli affari interni con particolare riguardo al processo di decisione .....	1127
<b>II. Recensioni</b> .....	1161

## O TZV. AKTUALIZIRANJU ISTRAŽIVANJA RIMSKOG PRAVA

Lujo Margetić, akademik  
Rijeka

UDK: 347.23(37)  
Ur.: 30. kolovoza 2006.  
Pr.: 14. studenog 2006.  
Izvorni znanstveni članak

*Ponajprije se raspravljaju teze romaniste M. Petraka objavljene 2003. god., po kojima je nakon propasti komunizma u Hrvatskoj došlo do obnove rimske pravne tradicije na polju stvarnog prava napuštanjem sustava društvenog vlasništva i vraćanjem na ideju vlasništva u skladu s definicijom Bartola de Saxoferrata.*

*Nakon toga diskutiraju se teze istoga autora iz 2005. god., po kojima bi se rimska pravna pravila, osobito ona iz D. 50, 17, u Republici Hrvatskoj mogla primjenjivati kao neposredno vrelo prava, na koje bi se moglo izravno pozivati sudstvo.*

**Ključne riječi:** rimsko pravo, hrvatsko obiteljsko pravo.

### I.

O temi, naznačenoj u naslovu ovoga rada, u novije je vrijeme najkompetentnije pisao Petrak.<sup>1</sup> On je upozorio na polemiku, koja se vodi između onih koji se zalažu za romanistiku kao isključivo pravno-povijesnu disciplinu, sasvim odvojenu od suvremene privatnopravne dogmatike, (tzv. historizirajuće stajalište) i onih koji zahtijevaju od romanistike "da se u cijelosti poveže sa suvremenom privatnopravnom dogmatikom i znanošću komparativnog privatnog prava te bezrezervno stavi svoj znanstveni potencijal u službu stvaranja novog europskog privatnopravnog sustava"<sup>2</sup> (tzv. aktualiziranje). Pri tome je Petrak osobito istaknuo stajalište Catalana, izraženo 1990. god., po kojem se ovaj ugledni talijanski romanist okomio na one koji rimsko pravo smatraju nekom vrsti arheologije (*avanzo di archeologia*). Po Catalanu je takva diskusija prevladana

<sup>1</sup> M. PETRAK, Rimsko pravna tradicija i hrvatsko stvarno pravo, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 52 (5), 2002., 1045-1060.

<sup>2</sup> N. d., 1045-1046.

tvrdnjom da je rimsko pravo samo po sebi "živa bit prava". Petrak se u cijelosti pridružuje Catalanu i upozorava čitatelja da će Catalanovo stajalište biti "metodološko ishodište" od kojega će krenuti njegova razmatranja o rimskim temeljima suvremenoga hrvatskoga stvarnog prava.

Pri tome je Petrak kao ilustraciju svojeg stajališta iznio anegdotu, koju je čuo od studenta prava u Salamanki. U tom gradu postoji most iz rimskog doba. U novije je vrijeme sagrađen novi moderni most. Taj se most urušio pa se promet morao odvijati preko "neuništivog rimskog mosta". Usporedba sudbine tih dvaju mostova podsjeća Petraka na sudbinu komunističkih pravnih poredaka, čiji su marksistički ideolozi odbacivali rimsko pravo kao temelj tih poredaka i posve se udaljili od rimskopravne tradicije. Kada se totalitarni komunistički sustav srušio, zaključuje Petrak, suvremeni pravni promet u tranzicijskim zemljama iznova je u određenoj mjeri morao krenuti tragom rimske pravne tradicije.<sup>3</sup>

U nastavku svoga članka Petrak ističe kao ključni korak u smjeru reintegracije hrvatskoga pravnog poretka u krug kontinentalno-europskih prava, donošenje Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (ZV).<sup>4</sup> Petrak osobito naglašava da je taj zakon izgrađen na normativnim temeljima austrijskog ABGB,<sup>5</sup> u nas u literaturi uobičajeno skraćeno zvanog OGZ, Opći građanski zakonik,<sup>6</sup> pa ćemo ga tako u ovome radu i mi nazivati. S pravom ističe da je ABGB (OGZ) duboko ukorijenjen u hrvatsku pravnu tradiciju i da je, s druge strane, utjecaj rimske pravne tradicije na njega bio od temeljnog značenja.<sup>7</sup>

Petrak ističe da je nakon Drugog svjetskog rata, sukladno marksističkoj ideologiji, u nas usvojeno izrazito kolektivističko gledanje na vlasništvo i da se postupno izgradio posebni sustav društvenog vlasništva. Usto, 1980. god., donesen je i Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (ZOVO),<sup>8</sup> kojim je reguliran onaj preostatak stvarnog prava koji nije bio uključen u tzv. društveno vlasništvo. Zaključuje da je s tim komunističkim pravnim eksperimentima odlučno raskinuto u Hrvatskoj tek 1996. god. donošenjem već spomenutog ZV-a. Raskidanje s totalitarnim pravnim naslijeđem značilo je vraćanje rješenjima, kojima je hrvatsko stvarno pravo i u prošlosti bilo u najvećoj mjeri utemeljeno, na rimskim pravnim temeljima.

<sup>3</sup> Ovim pertinentnim Petrakovim zapažanjima mogli bismo dodati još jedan primjer drugoga totalitarističkog režima u 20. stoljeću. Nacional-socijalistička njemačka radnička partija (NSDAP) donijela je još 1920. god. program svog djelovanja i u njemu kao najvažniju točku istakla čistoću i jedinstvo njemačkog naroda, a kao posebne neprijatelje spominje Židove, "trule zapadne demokracije" i "međunarodni komunizam" i zahtijevala "da se rimsko pravo, koje je omogućilo materijalističko organiziranje svijeta zamijeni općim njemačkim pravom". Inače, "anegdota" studenta iz Salamanke ne čini se baš uspješnom. Metafora ne pogada ono bitno.

<sup>4</sup> Narodne novine 91/96. od 28. listopada 1996.

<sup>5</sup> T. j. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.

<sup>6</sup> Ondje, gdje Petrak piše "ABGD", dodajemo u zagradama kraticu OGZ.

<sup>7</sup> PETRAK, (bilj. 1), 1048.

<sup>8</sup> Službeni list SFRJ 6/1980. i 36/90.

Nakon ovih općih razmatranja o situaciji u segmentu stvarnih prava u Hrvatskoj, Petrak prelazi na istraživanje pojedinih problema.

Već kod prve raščlambe, one o problemu pojma stvari, zapaža da se hrvatski ZV iz 1996. god. udaljio od rimske pravne tradicije, izražene još u ABGB (OGZ). Dok OGZ u § 292 dijeli stvari na tjelesne i netjelesne, slijedeći pri tome rimsko pravo, hrvatski ZV priklonio se definiciji Njemačkog građanskog zakonika (dalje: BGB) u kojoj se pod pojmom "stvari" razumijevaju samo *tjelesne* stvari.

Mnogo je važnije Petrakovo izlaganje o institutu vlasništva. Primjećuje da je definicija vlasništva po ZV-u "svojevrсна sinteza dviju definicija vlasništva, tj. one iz § 354 ABGB-a (OGZ-a) i § 903 BGB-a, a ta sinteza, pak, nije ništa drugo već slavna definicija Bartola de Saxoferrato, po kojoj je vlasništvo *ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*.

Nakon toga, uspoređuje rješenja ABGB-a (OGZ-a) s rješenjima ZV-a u pogledu originarnog i derivatnog stjecanja prava vlasništva i ujedno uvjerljivo dokazuje da su oba zakona slijedila rimsku kazuistiku i terminologiju naslijeđenu iz rimske pravne tradicije. Do istoga zaključka dovodi ga i raščlamba instituta služnosti, založnog prava i, kao osobito značajno, vraćanje ZV-a na rimsko načelo *superficies solo cedit*.

Ukratko, zaključuje svoj rad da je nakon pada komunizma suvremeno hrvatsko stvarno pravo u velikoj mjeri obnovljeno na rimskim pravnim temeljima, tako da su ona ponovno izbila u prvi plan, čime su ostala važnom sastavnicom reintegracije hrvatskog građanskog pravnog sustava u okrilje europske pravne kulture. Sve to podsjeća Petraka na Goetheovu misao da rimsko pravo uvijek iznova živo iskrsne nakon privremene prikrivenosti.

Svojim je radom uspio dokazati da je novo suvremeno hrvatsko pravo nakon pada komunizma u velikoj mjeri obnovljeno na rimskim pravnim osnovama, odnosno, da već OGZ, a nakon njega ZOVO iz 1980. i pogotovu ZV iz 1996. čvrsto stoje na rimskoj pravnoj tradiciji. Petrak time nije dokazao ništa nova, a čini se da mu to i nije bila namjera. Njegova je namjera, smatramo, bila da krene od Catalanovih dubokih analiza i dokaže da je rimsko pravo i za današnje (uključujući i naše) pravo "živa bit prava". Ponovimo, kako je upozorio da u najvažnijem privatnopravnom institutu, u vlasništvu, definicije OGZ-a, BGB-a i ZV-a zaostaju za pregnantnom definicijom Bartola de Saxoferrato po kojoj je ovaj u skladu sa srednjovjekovnom rimskom tradicijom definirao vlasništvo kao *ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*.

Petrak je osobito snažno podcrtao ideju jedne, a ne više, vrsti prava vlasništva. U tom je smjeru temeljna Petrakova zamjerka "komunističkoj kolektivističkoj koncepciji", po kojoj vlasništvo nije bilo definirano kao potpuna privatna vlast na stvari, već kao "skup taksativno nabrojenih ovlasti".

Međutim, što je temelj Bartolove koncepcije vlasništva? Premda on nije prvi koji bi spomenuo razliku između *dominium directum* i *dominium utile*, ipak je on bio prvi koji je dao zaokruženu i dobro promišljenu koncepciju razlikovanja tih dvaju vlasništva. Dapače, on je išao i korak dalje i tvrdio "*Veritas est quod praescriptio completa acquiritur utile dominium. Sed ante praescriptionem*

*completam, ea pendente, dicitur habere quasi dominium (...) Et sic aliud est dominium directum aliud utile, aliud quasi dominium*". (Očito je da se dovršetkom dosjeloosti stječe koristovno vlasništvo. Ali i prije dovršene dosjeloosti, dok ona traje, treba reći da postoji kvazi-vlasništvo). Ovo kvazi-vlasništvo bilo bi u slučaju gubitka posjeda zaštićeno s *actio publiciana* (dakako, ako postoji zakonski naslov i dobra vjera). U svakom slučaju sve ovo ne potječe ni iz rimskog ni germanskog ni feudalnog prava, već je Bartolov značajan doprinos teoriji vlasništva. Bartol osobito naglašava da je vlasništvo pravo potpunog raspolaganja nekom tjelesnom stvari, osim onog što zakon zabranjuje: *dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeat*. Po Bartolu ova definicija ističe razliku prema netjelesnim stvarima "u kojima nema pravog vlasništva" *in quibus non cadit dominium proprie*. Ali, on se na tome ne zaustavlja i ističe postojanje više vrsti vlasništva: "*dominium potest accipi pro quodam genere: pro dominio pleno; item pro proprietate nuda; item pro usufructu generali; qui habet aliquod ius in re potest recte dicere ego habeo dominium illius iuris ut l. 3, D. 7, 6 i l. 12 § 1, D. 41, 2* (pod vlasništvom može se smatrati nekoliko vrsta; npr. ako je riječ o punom vlasništvu; nadalje, u slučaju golog vlasništva; zatim, u slučaju općeg plodouživanja; (ukratko) tkogod ima neko pravo, može s pravom reći: imam vlasništvo onog prava, kao npr. u l. 3, D. 7, 6 i l. 12 § 1, D. 41, 2).

Drugim riječima, po Bartolu je vlasništvo pravo uživanja i raspolaganja jednom ili više koristi, koje se mogu dobiti iz određene stvari.

Ukratko, Bartolova koncepcija vlasništva uključuje nekoliko tipova vlasništva, tj. on uvodi pojam punog (*dominium plenum*) i koristovnog (*dominium utile*) vlasništva i dopušta da se pod pojam vlasništva može uključiti "svako pravo koje netko ima" (*qui habet aliquod ius*).

Ipak bi kod toga trebalo uzeti u obzir još neka zapažanja:

Bartolovo shvaćanje vlasništva kao skupa ovlaštenja, od kojih se svako od njih može nazvati vlasništvom, genijalna je koncepcija kojom je on nastojao udovoljiti zahtjevima srednjovjekovna života teoriji da pravno utemelji ne samo vlasništvo feudalca, tj. onoga koji daje zemlju na iskorištavanje nego i vlasništvo neposrednog obrađivača, tj. onoga koji radi na zemlji i kojega se zbog toga, kao vlasnika, ne može udaljiti sa zemlje, izuzev specifičnih okolnosti, npr. ako je obitelj izumrla. Život je osobito zahtijevao pravno utemeljenje dviju vrsti vlasništva, *dominium directum* i *dominium utile* pa je ta Bartolova koncepcija jedan od temelja srednjovjekovnog prava, koji se sačuvao čak još i u OGZ-u. Kao što je poznato, OGZ u § 357 razlikuje "vrhovno vlasništvo" (*Obereigentum*) od "koristovnog vlasništva" (*Nutzungseigentum*). Bartolova je zasluga što je taj *desideratum* života pravno utemeljio.

U nas je to razlikovanje sačuvano, npr. u Pulskom statutu koji također poznaje diobu vlasništva nad nekom nekretninom u tom smislu da se ovlaštenika na neko podavanje povezano s nekim zemljištem zove vlasnikom podavanja, *dominus dationis*, a ovlaštenika na posjedovanje, uživanje i otuđivanje zakupnikom, *conductor*, npr. *licitum sit (...) cuilibet conductori possessionem dationis legare per ultimam voluntatem et dare in dotem cum suo onere dationis* (dopušteno je

svakom zakupniku nekretninu s podavanjem, zapisati raspoložbom posljednju volju i dati u miraz, (ali) s teretom podavanja dok se u slučaju prodaje odobrava "vlasniku podavanja" pravo prvokupa pa mu zakupnik treba prethodno najaviti (*denunptiare*) namjeru prodaje.

Dodajmo ovdje još i odredbu Piranskog statuta po kojoj *in quacumque domo, vinea vel campus (!) pro medietate laborabitur, illa decima integre deveniat illi cuius est dominatio ipsius decime* (u kojoj se god kući, vinogradu ili polju radi na polovicu, ona desetina pripada u cijelosti onom, koji ima vlasništvo te desetine).

Dakle, po Piranskom statutu u napoličarskim zemljama možemo utvrditi čak tri "vlasnika", tj. napoličara, davaoca zemlje u napolicu i "vlasnika desetine".

Piranski statut normira, nadalje, slučaj kad netko ima voćnjak ili maslinik (*pomarium sive aulivum*) u nečijem vinogradu (*in vinea alterius*) pa odredi da polovica plodova pripada onom koji obrađuje vinograd (*donec laboraverit ipsam vineam*). Dopušta se dakle posebno vlasništvo nad stablima, koje postoji uz posebno vlasništvo nasadenog vinograda i, dakako, uz posebno vlasništvo zemlje na kojoj se nalaze i voćnjak i vinograd, a tome se može pribrojiti i "vlasništvo desetine".

Smatramo da smo pokazali, kako je i istarsko pravo shvaćalo vlasništvo samo kao skup funkcija i ovlaštenja, u skladu sa shvaćanjima postglosatora i pravnih sustava koji su vladali na drugim europskim pravnim područjima u srednjem vijeku.

Ukratko, doprinos *Bartola de Saxoferrato* bio je i u ovome smjeru razvoja europskog prava od ogromne važnosti.

Nije li Bartolovo vlasništvo vrlo slično, tako reći identično, s "komunističkom kolektivističkom koncepcijom" po kojoj ono nije bilo definirano kao potpuna vlast nad stvari, već kao skup taksativno nabrojenih ovlasti? Bartol je u tome eksplicitan, jer po njemu u pojam *dominium* ulazi, uz ostalo, *usufructus generalis* i uopće, kadgod netko *habet aliquod ius*. Petrakovo duboko i iskreno zgražanje nad komunističkom kolektivističkom koncepcijom vlasništva ujedno je, ako se ne varamo, i zgražanje nad Bartolovom koncepcijom.

U svakom slučaju znanstveni pristup ne bi ni u kom slučaju trebao obuhvaćati u sebi vrijednosne sudove (ma koliko oni bili iskreni i duboki kao što je to nedvojbeno slučaj s Petrakom), već je posve dovoljno da romanist istražuje povijesni razvoj rimskog prava. Nismo previše skloni Petrakovoj tezi kako je pravi zadatak romanistike da "bezrezervno stavi svoj znanstveni potencijal u službu stvaranja novog europskog privatnopravnog sustava". Doduše, ako bi se moglo dokazati da je rimsko pravo ostalo i danas neposrednim sustavnim dijelom postojećeg pravnog poretka, onda bi situacija bila posve drukčija: rimsko pravo kao dio sadašnjeg pravnog poretka bilo bi u tom slučaju dio sadašnje pravne stvarnosti pa bi doista bila dužnost svih romanista da se "bezrezervno stave u službu današnjeg prava".<sup>9</sup>

<sup>9</sup> PETRAK, (bilj. 1), 1046.



Međutim, u svojem radu iz 2002. god., Petrak nije imao taj cilj. Njegova je namjera bila utvrđivanje da se ABGB (OGZ) i ZV temelje na rimskoj pravnoj tradiciji. Ta je teza već odavno temeljito istražena i znanstveno prihvaćena istina i nitko je nikad nije osporavao, pa bi se, možda malo pregrubo, moglo reći, kako Petrak "provaljuje otvorena vrata".

Konačno, par riječi o prilično čestoj uporabi rimskih pravnih pravila i danas. Rimaska pravna pravila bila su i rimskim pravnicima puke "poštalice", kojima se ukratko, (ali neprecizno) podsjećalo na ono što su oni u načelu smatrali pukim smjerom ispravnog načina pravnog razmišljanja, a da tome nisu pridavali bilo kakvu pravnobvezujuću snagu. To su rimski pravници opetovano jasno izrazili. Primjerice Paul. D. 50, 17, 1:

*regula est, quae rem quae est, breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed e iure, quod est, regula fit* (Pravilo je ono što predmet ukratko objašnjava. Pravo se ne uzima iz pravila, već pravila nastaju iz prava):

Ili, npr. Jav. D. 50, 17, 202:

*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset* (Svaka je definicija u pravu opasna; rijetko se događa da se ne može pobiti).

Rimaska pravna pravila često se rado koriste i danas, da bi se određenom poštalicom na način, koji se vjekovima koristio, podsjetilo na opće važeća načela modernog prava. I u našim se udžbenicima često može naći citiranje nekog rimskog pravnog pravila, za koje se smatra kako bi bilo korisno za studente da ga zapamte. Isto vrijedi i za odluke Ustavnog suda i drugih sudova.

## II.

Petrak se tri godine nakon rada, koji smo ukratko raspravili pod I. vratio na proučavanje slične problematike.<sup>10</sup>

Temeljni je problem kojim se Petrak bavi: "mogu li rimska pravna pravila biti neposredan izvor suvremenog obiteljskog prava u RH". Po njegovu mišljenju<sup>11</sup> treba krenuti od § 7 OGZ-a koji je odredio da se "načela naravnog prava" (*natürliche Rechtsgrundsätze*) trebaju onda primijeniti kada se neki slučaj "ne može riješiti pukom primjenom pozitivnopravnih pravila ili metoda".<sup>12</sup> Pitanje, pak, što su to "načela naravnog prava" Petrak rješava tvrdnjom da su to, uz ostalo, ona "rimska pravna pravila, koja u sebi sadržavaju naravnopravna načela" pa ona na taj način mogu biti neposrednim supsidijarnim vrelom kako građanskog, tako i obiteljskog prava u RH.<sup>13</sup> Osobito insistira na Ulpijanovoj definiciji

<sup>10</sup> M. PETRAK, Rimaska pravna pravila kao izvor suvremenog hrvatskog obiteljskog prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 55, (3-4), Zagreb, 2005., 597-627.

<sup>11</sup> N. d., 604-605.

<sup>12</sup> N. d., 605.

<sup>13</sup> N. d., 606.

naravnog prava (*ius naturale*), po kojoj u taj pojam ulaze brak, rađanje i odgoj djece. Ukratko, Petrak smatra da je ZNPP<sup>14</sup> preko § 7 OGZ-a "otvorio vrata primjeni rimskog prava u suvremenom hrvatskom pravnom sustavu, pod uvjetom da pojedina rimska pravna norma sadrži u sebi određeno naravnopravno načelo".<sup>15</sup>

Osvrnuo se i na zadnji titul Justinijanovih Digesta, D. 50, 17, koji sadržava 211 regula i upozorio da je taj titul već uključen u prvo izdanje *Corpus iuris hungarici* iz 1581. god., čime su u tom titulu "sadržana rimska pravna pravila postala pozitivno pravo u ugarsko-hrvatskom kraljevstvu" i stoljećima bila integralni dio ugarskog privatnog prava.<sup>16</sup> Ona su ostala u Međimurju i Baranji na snazi još i 6. travnja 1941. godine, pa je Petrak mišljenja da se pod uvjetima iz ZNPP-a<sup>17</sup> "taj dio Justinijanove kodifikacije može primijeniti kao neposredni izvor pozitivnog prava u RH"<sup>18</sup>.

Sažimajući, Petrak je došao do zaključka da bi se rimska pravna pravila pod uvjetima iz ZNPP-a mogla primijeniti kao neposredno vrelo obiteljskog prava:

- 1) zbog primjene naravnopravnih načela, primjenjivanih na temelju § 7 OGZ-a,
- 2) zbog toga što je titul D. 50, 17 važio kao primarni izvor prava u Međimurju i Baranji,
- 3) zbog toga što ZNPP ne pravi nikakvu razliku između primarnih i supsidijarnih izvora važećeg prava na dan 6. travnja 1941., što treba povezati s činjenicom da je pandektno pravo bilo supsidijarni izvor privatnog prava na bivšem ugarskom pravnom području (Međimurje i Baranja).

Kako je pri tome, nastavlja Petrak, okolnost iz t. 3 najznačajniji faktor, "valja na koncu zaključiti da sva rimska pravna pravila iz obiteljskopravne sfere ugrađena u sustav pandektnog prava (...) mogu imati status neposrednog izvora našeg obiteljskog prava, pod uvjetima određenim ZNPP-om".

Doduše, upozorava Petrak,<sup>19</sup> premda su rimska pravna načela u formalnom smislu tek podređeni izvor prava, u sadržajnom ona imaju fundamentalno značenje pa se pravna praksa ne bi trebala ustručavati ni njihove izravne primjene.

U drugom dijelu svoga rada Petrak analizira<sup>20</sup> aplikabilnost rimskih pravnih pravila u hrvatskom obiteljskom pravu prema ovom rasporedu: bračno pravo,

<sup>14</sup> Zakon o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine, Narodne novine 73/96.

<sup>15</sup> N. d., 608.

<sup>16</sup> N. d., 609.

<sup>17</sup> N. d., 612-613.

<sup>18</sup> N. d., 614.

<sup>19</sup> N. d., 614-625.

<sup>20</sup> N. d., 614-615.

podrijetlo djeteta od majke i oca, uređenje obiteljske skrbi, uređenje instituta posvojenja, skrbništva i uzdržavanja.

Kao primjer Petrakove analize navodimo pitanje rimskih pravnih pravila u bračnom pravu.<sup>21</sup> Kao najznačajnije takvo pravilo spominje Ulpijanovo pravilo, koje se u nas skraćeno formulira *consensus facit nuptias*. Na tom se rimskom pravnom pravilu temelji nekoliko odredaba hrvatskog obiteljskog zakona pa navodi čl. 6 i 19 gdje je konkretizirano načelo konsenzusa.

Još jedan vrlo poučan primjer. Riječ je o uređenju podrijetla od majke i oca.<sup>22</sup> Rimsko pravno načelo formulirao je već Paulo,<sup>23</sup> a ono se skraćeno izražava *mater semper certa est*. Petrak upozorava da je to pravilo stoljećima bilo priznato kao neoboriva predmnjeva, da bi se 1989. god. priznalo kao neoboriva, 2003. god. ponovno kao oboriva i 2004. god., konačno, kao neoboriva predmnjeva. Tako je konačno, zaključuje Petrak, potvrđena vitalna važnost rimskog načela *mater semper certa est*. Ovo bi bio uvjerljivi dokaz snage rimske pravne tradicije pa valja "očekivati da će se sudska praksa u spornim slučajevima utvrđivanja materinstva još koji put u skoroj budućnosti pozvati na pravilo *mater semper certa est* kao važeći normativni sadržaj."<sup>24</sup> Ukratko, po Petraku se "pravna praksa ne bi trebala ustručavati ni direktne primjene pravnih načela sadržanih u tim pravilima".<sup>25</sup>

Smatramo da ova Petrakova stajališta zaslužuju diskusiju.

Ponovimo: Petrak dokazuje da je ZNPP posredstvom § 7 OGZ-a otvorio vrata primjeni rimskog prava u suvremenom hrvatskom pravnom sustavu, pod uvjetom da pojedina rimska pravna norma sadržava u sebi određeno naravnopravno načelo. Kako bi se na ovaj način uvela načela naravnog prava u hrvatski pravni sustav, prethodno je dao interpretaciju čl. 1 ZNPP-a, koja bi dopuštala zaključak o OGZ-u kao dijelu pravnih pravila u RH. Naime, Petrak tumači čl. 1 ZNPP-a, tako da se kao supsidijarno pravo mogu primijeniti svi (podcrtao L. M.) propisi koji su bili na snazi 6. travnja 1941. god., ako su u bilo kojem razdoblju (podcrtao L. M.) od 6. travnja 1941. do 31. prosinca 1991. važili na teritoriju RH. To je po Petraku "jedino razborito tumačenje",<sup>26</sup> odnosno "jedina svrsishodna interpretacija čl. 1 toga zakona".<sup>27</sup> Na taj je način omogućeno da se kao pravna pravila u RH prizna OGZ kao cjelina, a samim time i § 7 OGZ-a o primjeni naravnopravnih načela.

Dokaz se ne čini potpuno uspješnim jer i sam Petrak navodi uz ostalo Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima (NN 53/91), kojim od OGZ-a ostaju na snazi kao pravna pravila samo paragrafi o darovanju i ortakluku pa je na taj

<sup>21</sup> N. d., 615-618.

<sup>22</sup> D. 2, 4, 8.

<sup>23</sup> PETRAK, (bilj. 10), 618.

<sup>24</sup> N. d., 614.

<sup>25</sup> N. d., 602.

<sup>26</sup> N. d., 603, bilj. 19.

<sup>27</sup> N. d., 602, bilj. 19.

način "u potpunosti onemogućena primjena svih ostalih paragrafa OGZ-a".<sup>28</sup> Petrak dodaje da na području stvarnih prava ostaju na snazi kao pravna pravila po Zakonu o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (NN 53/91) prema čl. 18 toga Zakona samo pravo plodouživanja, pravo uporabe, pravo stanovanja, pravo stvarnog tereta i zadužbina (zaklada). I ovih nekoliko paragrafa OGZ-a, koji su se "spasili" kao pravna pravila izgubilo je svoju važnost stupanjem na snagu novog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/96) i novim Zakonom o obveznim odnosima (NN 35/2005).

Ali, što u slučaju, ako se neka pravna situacija ne može riješiti nijednim propisom pozitivnog prava? Petrak tvrdi da u tom slučaju treba primijeniti ZNPP, a po njemu § 7 OGZ-a, i to zato što prema čl. 1 ZNPP-a kao supsidijarno pravo u rangu pravnih pravila ostaju na snazi svi pravni propisi koji su "do 31. prosinca 1991. primjenjivani na području današnje Hrvatske".<sup>29</sup> Međutim, čl. 1 ZNPP-a priznaje važnost samo onih pravnih pravila koja su "*sukladno posebnim propisima* do dana stupanja na snagu ovoga zakona primjenjivana u Republici Hrvatskoj". Koji su to "posebni propisi"? Nedvojbeno to znači da je riječ o onim "posebnim propisima" koji su doneseni do 31. prosinca 1991., tj. do dana stupanja na snagu ZNPP-a, npr. već spomenuti Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima. Ukratko, ne postoji mogućnost oživljavanja bilo kojeg dijela bilo kojeg zakona, pa ni OGZ-a, koji bi mogao imati pravnu snagu pravnog pravila ako to nije propisano u nekom zakonu do 31. prosinca 1991. Prema tome, nije moguće oživjeti ni § 7 OGZ-a, koji bi navodno dopuštao primjenu načela naravnog prava.

Međutim, Petrak ipak smatra da § 7 OGZ-a može ne samo svojim sadržajem već i formalnopravno biti "normativni temelj" za "naravnopravno utemeljenje obiteljskopравnih instituta",<sup>30</sup> uz uvjet da "pojedina rimska pravna norma sadržava u sebi određeno naravnopravno načelo".<sup>31</sup> Pri tome Petrak ističe da je "posebno važno upozoriti na definiciju naravnog prava (*ius naturale*) slavnog klasičnog pravnika Ulpijana" po kojem su "tri temeljna instituta naravnog prava brak (*matrimonium*) muškarca i žene, rađanje djece (*liberorum procreatio*) te njihov odgoj (*educatio*).<sup>32</sup>

Ne smatramo da je Petrak uspješno obranio svoje uvjerenje o postojanju načela naravnog prava u rimskom i modernom pravu. Pozivanje na Ulpijanovu definiciju nije najsretnije premda je njegova trodioba na *ius naturale*, *ius gentium* i *ius civile* doista postala općom kulturnom baštinom čovječanstva. Ali, ona je više poštapalica velikog praktičara Ulpijana, nego promišljena definicija. Kao svako pravo, tako bi i *ius naturale* trebalo biti norma ljudskog ponašanja koja

<sup>28</sup> N. d., 602.

<sup>29</sup> N. d., 607.

<sup>30</sup> N. d., 608.

<sup>31</sup> D. 1, 1, 1, 3.

<sup>32</sup> G. z. 1915: 24, citirano prema Johann Schey, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich, 20. izd., Wien, 1916, 16.

razlikuje ono što je po pravu obvezatno od onog što je protivno pravu. A bilo bi besmisleno tvrditi da je *liberorum procreatio* Ulpijanove definicije takvo načelo naravnog prava, jer bi to značilo da u "načela" ulaze činjenice (aktivnosti, kojima se omogućuje rađanje djece) i okolnosti, a ne neka norma. Usto, tvrditi da je rađanje djece obvezna pravna norma, dovodilo bi do nakaradnih ultrakonzervativnih shvaćanja.

Ako bismo prihvatili Ulpijanovo načelo naravnog prava po kojem je brak *coniunctio maris atque feminae*, proizlazilo bi da je veza dvaju muškaraca protivna "naravnom pravu" pa zbog toga ne može biti ni u kom slučaju priznata kao brak, ali jedva da bi netko mogao danas zastupati takvo ultrakonzervativno shvaćanje, koje bi već *a priori* odbacivalo kao čak i teoretski nemoguće priznavanje takvih brakova. Ne vjerujemo da bi na temelju takvog shvaćanja Petrak tvrdio da ona zakonodavstva, koja priznaju kao zakonsku vezu dvaju muškaraca, treba smatrati protivnim "naravnom pravu". Sve to još više vrijedi za "naravno načelo" *educatio*.

To su razlozi zbog kojih ne možemo prihvatiti dokazivanje da je § 7 OGZ-a uveo u hrvatsko zakonodavstvo "načela naravnog prava", čime bi rimska pravna načela, koja u sebi sadržavaju načela naravnog prava, mogla biti neposrednim vrelom obiteljskog prava. Čini nam se vrlo upitnim uvesti u hrvatski pravni sustav "načela naravnog prava" i time u znanosti njegove više nego dvojbene definicije i pojmove, to više što je i u austrijskoj praksi i teoriji ovo pitanje već odavno riješeno. Dilemu koju bi mogao izazvati § 7 riješila je već odavno austrijska praksa rješidbom Vrhovnog suda od 2. ožujka 1915.,<sup>33</sup> koja određuje da "*natürliche Rechtsgrundsätze*" iz § 7 OGZ-a treba tumačiti na osnovi "u određeno vrijeme vladajućeg pravnog shvaćanja, temeljenog na logičkim zakonima razmišljanja": *aus dem zur Zeit herrschenden, von den logischen Denkgesetzen getragenen Rechtsbewußtsein des Volkes*. Drugim riječima, austrijska se praksa već odavno odrekla pokušaja spašavanja *der natürlichen Rechtsgrundsätzen* u smislu nekih nebuloznih načela naravnog prava i zadovoljila se time što je sudskoj praksi dopustila da po potrebi stvori novo pravno pravilo, koje odgovara trenutku u kojem se neko pravno pitanje rješava i time što je ujedno predvidjela da promjenom okolnosti, prilika i pravnog shvaćanja može doći do ponovne izmjene stajališta. Svako takvo zamjenjivo pravo nije odraz apstraktnog "naravnog prava", već odraz konkretnih prilika.

Poznato je, da se ideja o "naravnom pravu" pojavila stoljećima prije Ulpijana i da su se njome bavili svi oni pravni teoretičari, koji su pokušavali pronaći neki čvrsti temelj za svoja filozofska stajališta. Mislimo da neće biti na odmet da se s nekoliko riječi dotaknemo toga problema.

Već su grčki sofisti (5.-4. st. pr. Kr.) razlikovali "prirodno pravo" (φύσει d... kaion) od "zakonskog prava" (νόμω d... kaion). I Platon (427.-347.) se bavio tim pitanjem i smatrao naravno pravo filozofskom idejom, dok je Aristotel (384.-322.) naginjao dinamičkom shvaćanju prirodnog zakona, po kojem čovjek

<sup>33</sup> PETRAK, (bilj. 10). 608.

postupno kreće prema cilju (™ntelšceia). Čovjek je društveno biće u koje je usađen nepisani prirodni zakon, a temelj je društvenog reda pravednost. Već kod Zenona (350.-264.) nailazimo na buduću trodiobu tako da stoici razlikuju "kozmičko pravo", "prirodno pravo" i "ljudsko pravo", Ciceron (106.-42.) je pisao o *lex aeterna* i *lex naturalis*, a Ulpijanovo smo shvaćanje trodiobe već spomenuli. I Augustin (354.-430.) je razlikovao *lex aeterna*, *lex naturae* i *lex temporalis (humana)*. U njegovu *lex naturae* ulaze brak i obitelj, ali ne i vlasništvo. *Lex humana* ima važnost samo dok je u skladu s *lex aeterna* i *lex naturae*, inače nije obvezujuća. Slične misli razvija i Toma Akvinski (1225.-1274.), koji pokušava povezati Aristotelov i Augustinov sustav, time da je po njemu, čovjeku već od Boga usađena društvenost (*socialitas*).

U novije se doba Hans Kelsen žestoko usprotivio "naravnom pravu" pa se činilo da je toj ideji definitivno "odzvonilo" u znanosti, ali još uvijek ta ideja ima svoje poklonike i među vrlo priznatim teoretičarima. Kao što vidimo, i Petrak je, čini se, jedan od sljedbenika ideje o naravnom pravu. Tome se ne može načelno ništa prigovoriti, osim ovoga: ako se prihvaća ta ideja, trebalo bi čitatelju bar u najkraćim crtama priopćiti koji joj se sadržaj pridaje.

Nije posve jasna Petrakova tvrdnja da je János Zsámboki uključio 1581. god. u svoje prvo izdanje *Corpus iuris hungarici* i D. 50, 17, tj. 211 kratkih fragmenata rimskih pravnika "čime su u njemu sadržana rimska pravna pravila postala pozitivno pravo u ugarsko-hrvatskom kraljevstvu".<sup>34</sup> Usput rečeno, naziv *Corpus iuris hungarici* nastao je tek 1696. god., ali objavljivanjem u toj zbirci neki njezin dio nije mogao "postati pozitivno pravo" jer je riječ o privatnoj zbirci. Petrak smatra da je ona bila na snazi zato što "nema ni najmanjeg traga o mogućoj njihovoj derogaciji",<sup>35</sup> ali nešto što je bilo puka privatna zbirka nije uopće moglo (ni trebalo) biti derogirano. Ne slažemo se, dakle, s Petrakovom tezom da bi se D. 50, 17 mogao primijeniti "kao neposredni izvor pozitivnog prava u RH".<sup>36</sup>

Vrlo je zanimljiva Petrakova teza po kojoj bi rimsko pravo kao *ius commune*, recipirano od njemačke pandektistike kao supsidijarno vrelo prava, važno i na ugarskom pravnom području, pa bi prema tome pod uvjetima ZNPP-a također i ono bilo "potencijalni neposredni izvor suvremenog hrvatskog obiteljskog prava".<sup>37</sup> Ali, treba uzeti u obzir da bi to bilo točno samo ako bi se stekli uvjeti iz ZNPP-a. Međutim, ne vidimo kojim bi "posebnim propisima" u smislu st. 2. čl. 1 ZNPP-a, bilo to pravo primjenjivano i u RH, što je nezaobilazni uvjet njegove primjene.

Ne smatramo uspješnim ni Petrakovo dokazivanje aplikabilnosti rimskih pravnih načela u hrvatskom obiteljskopravnom sustavu. Naša će se kritika ograničiti na dvije Petrakove analize, koje smo već prethodno spomenuli.

<sup>34</sup> N. d., 609.

<sup>35</sup> N. d., 611.

<sup>36</sup> N. d., 612.

<sup>37</sup> N. d., 614.

Petrak ističe da hrvatski Obiteljski zakon u čl. 6., po kojem se brak sklapa suglasnom izjavom žene i muškarca u građanskom ili vjerskom obliku i u st. 1. čl. 19., po kojem je brak sklopljen kada nevjesta i ženik izjave svoj pristanak konkretizira rimsko pravno načelo *consensus facit nuptias*.<sup>38</sup> Ovdje bi, po Petraku, u sadržajnom smislu spomenuto rimsko pravno pravilo bilo od temeljnog značenja za suvremeni obiteljski pravni sustav.<sup>39</sup> Priznajemo da ne vidimo nikakve koristi ili pravnog razloga za povezivanje spomenutog rimskog pravnog pravila i našeg obiteljskog prava. Ni sudska praksa ni pravna znanost ne mogu u interpretaciji našeg Obiteljskog zakona imati bilo kakve neposredne ili posredne koristi od pozivanja na rimsko pravno načelo *consensus facit nuptias*. Za interpretaciju spomenutih čl. 6. i 19., posve je dovoljno ostati u okvirima našeg Obiteljskog zakona. Ne vjerujemo da će ikada pravna praksa slijediti Petrakov savjet da se ona "ne bi trebala ustručavati ni direktne primjene pravnih načela, sadržanih u tim, (tj. rimskim: L. M.) pravilima, uz usporednu primjenu suvremenih obiteljskopravnih normi koje se temelje na navedenim načelima",<sup>40</sup> niti da će se ikada u bilo kojoj našoj (ili inozemnoj) presudi ikoji sudac pozivati na načelo *consensus facit nuptias* u smislu rimskog pravnog načela kao obvezujuće norme, na osnovi koje bi sudac temeljio svoju presudu.

Idući je primjer još drastičniji. Petrak je vrlo lijepo prikazao kolebanje našeg zakonodavstva u pogledu oborivosti pravnog načela *mater semper certa est*:

- do 1988. god.: neoboriva predmnjeva;
- 1989. god.: oboriva predmnjeva;
- 1998. god.: neoboriva predmnjeva;
- 2003. god.: oboriva predmnjeva;
- 2004. god.: neoboriva predmnijeva.

Dakle, u RH bi sada, u smislu Petrakova savjeta, sudac bio ovlašten izravno primijeniti načelo rimskog prava o neoborivosti analiziranog rimskog pravnog pravila, tj. da se izravno pozove na rimsko pravo kao važeće pravo. To bi "zasigurno bilo od nezanemarive pomoći u nastojanjima za usavršavanjem hrvatskog obiteljskopravnog sustava".<sup>41</sup> Čini se da poteškoće takvog stajališta uvida i Petrak jer on ističe da rimska pravna načela imaju "u formalnom smislu status tek podređenog izvora prava".<sup>42</sup> Ovo najvjerojatnije znači da je "formalno gledano", izravna primjena rimskih pravnih pravila moguća uzimajući u obzir da je recipirano rimsko pravo važilo kao pandektno pravo u Međimurju i Baranji pa bi na temelju ZNPP-a pandektno pravo kao supsidijarno pravo moglo pomoći ispravnom tumačenju naših propisa".<sup>43</sup> Ipak bi pri tome trebalo uzeti u obzir, kao što je već prethodno napomenuto, da se kao pravna pravila mogu primjenjivati

<sup>38</sup> Na i. mj.

<sup>39</sup> Na i. mj.

<sup>40</sup> N. d., 625.

<sup>41</sup> N. d., 614.

<sup>42</sup> N. d., 625.

<sup>43</sup> N. d., 624-625.

samo oni propisi koji su do 31. XII. 1991. "sukladno posebnim propisima" primjenjivani u RH".

### III.

Još nekoliko zaključnih napomena.

Ako bi bila točna Petrakova analiza primjene načela naravnog prava iz § 7 OGDZ-a u nas, nema razloga da se njezini rezultati ne primjene i izvan Hrvatske. Isto to vrijedi i za ideju da bi i D. 50, 17 bio neposrednim vrelom u današnjem pravu. I ne samo to. Ako bi istraživanje rimskih pravnih pravila, sabranih u najvećoj suvremenoj europskoj zbirci latinskih izreka, onoj A. Romca Minerva, *Florilegium sententiarum latinarum*, trebalo po Petraku biti jedan od prvih koraka istraživanja neposrednih vrela hrvatskoga prava, onda to znači da bi istraživanje odrednica "koje se odnose na temeljne institute obiteljskog prava, (npr. *adoptio, alimenta, cura, familia, liberi, mater, matrimonium, nasciturus, parentes, pater, pupillus, tutela, tutor* i dr.) uz usporedbu s odgovarajućim odredbama u Justinijanovim Pandektama i Institucijama"<sup>44</sup> proširilo u znatnoj mjeri opseg neposrednih vrela ne samo našega, već i austrijskog i ugarskog prava.

Neće li time u punoj mjeri biti ostvareni, pa čak i premašeni, ideali P. Catalana po kome je rimsko pravo "živa supstanca" modernog prava, pogotovo ako bi sudska praksa prihvatila Petrakove preporuke o izravnoj primjeni rimskih pravnih pravila, doduše "uz usporednu primjenu suvremenih obiteljskopravnih normi, koje se temelje na navedenim načelima".

Ako bi sve to bilo točno, onda bi Petrak trebao predložiti svoje teze austrijskoj i ugarskoj romanistici, pa ako ih tamošnji autori prihvate, europska bi romanistika mogla doživjeti neslućeni utjecaj na oblikovanje modernoga europskog prava. Pisac ovih redaka ne smatra ni mogućim ni vjerojatnim pa čak ni poželjnim prihvaćanje Petrakovih ideja, ali, to je već stvar daljnje rasprave.

Što se pak tiče poziva romanistima da se u cijelosti povežu sa suvremenom privatnopravnom dogmatikom i znanošću komparativnog privatnog prava i da bezrezervno stave svoj znanstveni potencijal u službu stvaranja novog europskog privatnopravnog sustava, Petrak smatra, zajedno s Catalanom, da je pitanje utoliko bespredmetno, što je nedvojbeno da je rimska pravna tradicija neraskidivo vezana s današnjim pravom tako da se ono (današnje pravo) naprosto ne može proučavati bez najuže povezanosti s rimskim pravom. Ako smo dobro razumjeli to stajalište, ono uključuje u sebe kao temeljnu poruku: modernim se pravom nije moguće baviti bez kontinuiranoga i svestranog paralelnog istraživanja rimskog prava.

Aktualiziranje rimskog prava u tom smislu čini nam se neostvarivim. Onaj znanstvenik koji se posveti istraživanju rimskog prava ima pred sobom tako

<sup>44</sup> PETRAK, (bilj. 10), 625.



beskrajno golemo područje, da je prisiljen ograničiti svoje istraživanje na vrlo uski segment i pokušati ga savladati desetljećima samozatajnog rada. Nemoguće je zahtijevati od njega da se ujedno bezrezervno bavi stvaranjem novoga europskog prava. S druge strane, onaj znanstvenik koji se *ex offio* bavi novim pravom ni uz najbolju volju nema vremenskih (i drugih) mogućnosti ući u nepregledne labirinte bilo kojeg odsjeka ili problema rimske pravne povijesti, da bi tako saznao, ima li u tom labirintu nečega, što bi mu koristilo pri stvaranju novog europskog prava. Tako, npr. onaj koji se *ex offio* bavi današnjim građanskim pravom, ima "preko glave" posla za čitav život u savladavanju modernog građanskog prava pa je od njega nemoguće (i nepotrebno) zahtijevati ulazak u labirinte problematike čak primjerice samo evolucije rimskopravne kupoprodaje.

#### IV.

Nekoliko temeljnih rezultata ovoga rada:

1. Istraživanje rimskog prava je strogo povijesnopravna disciplina.
2. Nedvojbeno se velik dio pravnih načela, ugrađenih u moderno zakonodavstvo još od OGZ-a može naći već u rimskom pravu. To je već odavno dobro poznato. Jedva da ima potrebe za daljnjim istraživanjem sukladnosti rješenja u novijem zakonodavstvu i odgovarajućim tekstovima rimskog prava.
3. Ne vidimo temelja za tezu po kojoj bi sudska praksa u RH mogla izravno primjenjivati rimska pravna načela. Sudovi smiju suditi isključivo na temelju zakona. Doduše, nema zapreke da suci koji puta navode pojedino rimsko pravno načelo zbog ekonomike izražavanja, tj. kao poštapalice, a to ovisi isključivo o stilističkim sklonostima sastavljača presude. Nezamislivo je izravno temeljiti bilo koji dio presude naših sudova na nekom rimskom pravnom načelu.
4. Bartolus de Saxoferrato izgradio je genijalnu koncepciju nekoliko tipova vlasništva, kojom je odgovorio na potrebe srednjovjekovne društvene stvarnosti, koja je zahtijevala teoretsko obrazloženje vlasničkog prava feudalca s jedne, i prava neposrednog obrađivača zemlje s druge strane. Njegova definicija vlasništva bitno odudara od današnjeg shvaćanja vlasništva kao razmjerno najpotpunijeg stvarnog prava na određenoj stvari. Ona nije elegantna verzija definicije vlasništva kao potpune vlasti na stvari, već njezina izravna suprotnost.

## Summary

### ON SO CALLED ACTUALIZATION OF ROMAN LAW RESEARCH

In the year 2002, M. Petrak has published in the Collected Papers of the Faculty of Law in Zagreb (*Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*) an article on Roman legal tradition and Croatian property law, and in 2005, in the same Collected Papers, an article on Roman legal rules as a source of contemporary Croatian family law.

In the 2002 article, Petrak analyses two standpoints of more recent Roman law research: the first – historical approach – claims that research in Roman law should strictly remain a legal historical discipline, while the second thought is arguing that Roman law research should be very closely connected with contemporary private legal dogmatics in order to serve as a tool for a new European system of private law. Petrak favors, just as *Catalana*, research that would treat Roman law as a "live essence" of contemporary, modern law. In that respect, Petrak among other issues discusses the problem of content of the notion "ownership", that after the Second World War had according to Marxist ideology been directed toward establishment of a special system of social ownership. This communist legal experimenting had come to an end only after newly acquired independence of the Republic of Croatia, that has in turn returned to law based on Roman legal fundaments. The most recent Croatian legislation, especially the Law on Ownership and Other Property Rights, returned to Roman legal tradition and accepted the notion of ownership defined already in Middle Age by *Bartolus de Saxoferrato*.

In the 2005 article, Petrak argues that the Law on Mode of Application of Legal Rules Enacted before April 6th, 1941 (Official Gazette 73/96) opened the door through paragraph 7 of the Austrian General Civil Code (*OGZ*) to direct application of Roman law in contemporary Croatian legal system, under one condition: that is, a Roman legal norm should contain a principle of a natural law. Petrak especially emphasizes the thesis that the last part of Justinian's *Digesta*, D. 50, 17 – containing 211 Roman legal rules – could be used as immediate source of positive law in the Republic of Croatia.

This article attempts to prove unacceptability of Petrak's claims and argumentation contained in the mentioned articles of 2002 and 2005.

**Key words:** *Roman law, Croatian family law.*

## Zusammenfassung

**ÜBER DIE SOGENANNTA AKTUALISIERUNG DER  
ERFORSCHUNG DES RÖMISCHEN RECHTS**

Im Jahre 2002 veröffentlichte M. Petrak in der Zeitschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Zagreb einen Artikel über die römische Rechtstradition im kroatischen Sachenrecht und im Jahre 2005 in derselben Zeitschrift einen Aufsatz über die römischen Rechtsregeln als Quelle für das zeitgenössische kroatische Familienrecht.

Im Aufsatz aus dem Jahre 2002 analysiert Petrak zwei Auffassungen der neueren Romanistik: so genanntes Historisieren, wonach sich einige Autoren dafür einsetzen, dass die Romanistik eine streng rechtshistorische Disziplin bleibt, während andere davon überzeugt sind, dass die Romanistik eng mit der zeitgenössischen privatrechtlichen Dogmatik verbunden sein sollte, damit diese zur Schaffung eines neuen europäischen privatrechtlichen Systems diene. Petrak ist für die Realisierung jener Art der Erforschung des römischen Rechts, wonach nach dem Beispiel Catalana das römische Recht als "lebendiges Wesen" betrachtet werden sollte ebenso wie auch das heutige moderne Recht. In dieser Richtung diskutiert Petrak unter anderem auch das Problem des Inhalts des Begriffs Eigentum, der im Einklang mit der marxistischen Ideologie nach dem Zweiten Weltkrieg auf den Ausbau eines besonderen Systems des Gesellschafteigentums ausgerichtet war. Diese kommunistischen Rechtsexperimente fanden erst ein Ende als die Republik Kroatien die Unabhängigkeit erreichte, die zu dem Recht, das auf römischen Rechtsgrundlagen ruhte, zurückkehrte. Die neuste kroatische Gesetzgebung, besonders das Gesetz über Eigentum und andere Sachenrechte kehrte zur römischen Rechtstradition zurück und akzeptierte den Begriff Eigentum, den *Bartolus de Saxoferrato* bereits im Mittelalter definiert hatte.

Im Aufsatz von 2005 vertritt Petrak die Ansicht, dass das Gesetz über die Art der Anwendung von Rechtsvorschriften, das vor dem 6. April 1941 verabschiedet (NN 73/96) wurde, über § 7 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (OGZ) der direkten Anwendung des römischen Rechts im zeitgenössischen kroatischen Rechtssystem die Türen öffnete, aber unter der Bedingung, dass einige römische Rechtsnormen ein bestimmtes Prinzip des Naturrechts einschliessen. Petrak setzt sich besonders für die These ein, den letzten Titulus von Justinians Digest, D. 50, 17, der 211 römische Rechtsregeln enthält, als unmittelbare Quelle des positiven Rechts in der Republik Kroatien benutzen zu können.

In der Arbeit wird versucht zu beweisen, dass Petraks Thesen, die er in den angeführten Aufsätzen von 2002 und 2005 vertritt, unannehmbar sind.

**Schlüsselwörter:** *römisches Recht, kroatisches Familienrecht.*

## Sommario

### SULLA COSIDDETTA ATTUALIZZAZIONE DELLA RICERCA DI DIRITTO ROMANO

Nell'anno 2002 Marko Petrak ha pubblicato nella Raccolta della Facoltà di giurisprudenza di Zagabria (*Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*) un articolo sulla tradizione giuridica romanistica e il diritto di proprietà croato, e nel 2005, nella stessa Raccolta, un articolo sulle regole giuridiche romanistiche come fonte del diritto familiare croato contemporaneo.

Nell'articolo del 2002 Petrak analizza due punti di vista della ricerca di diritto romano più recente: il primo approccio storico ritiene che la ricerca in diritto romano dovrebbe rimanere una disciplina giuridico-storica, mentre il secondo pensiero sostiene che la ricerca di diritto romano dovrebbe essere strettamente connessa con la dogmatica giuridica privata contemporanea per servire come strumento il nuovo sistema europeo del diritto privato. Petrak predilige sul modello di *Catalana* che la ricerca tratti il diritto romano come "essenza vivente" del diritto moderno contemporaneo. In questo senso, Petrak discute tra le altre questioni il problema del contenuto del concetto di proprietà, che dopo la Seconda guerra mondiale è stato diretto secondo l'ideologia marxiana verso la creazione di un particolare sistema di proprietà sociale. Questa sperimentazione giuridica comunista è finita solo dopo la riacquisizione dell'indipendenza della Repubblica di Croazia, che è ritornata al diritto basato sui fondamenti giuridici romanistici. La più recente legislazione croata, in particolare la Legge sulla proprietà e gli altri diritti reali, è ritornata alla tradizione giuridica romanistica e ha accolto il concetto di proprietà definito già nel medioevo da *Bartolus de Saxoferrato*.

Nell'articolo del 2005 Petrak assume che la Legge sul modo di applicazione delle regole giuridiche emanate prima del 6 aprile 1941 (*Gazzetta Ufficiale (Narodne novine) 73/1996*) ha aperto la porta attraverso il paragrafo 7 del Codice civile generale (*OGZ*) alla diretta applicazione del diritto romano nel sistema giuridico croato contemporaneo, ma a condizione che la norma giuridica romanistica contenga un principio di diritto naturale. Petrak enfatizza particolarmente la tesi che l'ultima parte dei *Digesta* giustinianeï, *D 50, 17*, che contiene 211 regole giuridiche romanistiche, potrebbe essere utilizzata come fonte diretta di diritto positivo nella Repubblica di Croazia.

Nell'articolo si cerca di provare l'inaccettabilità delle tesi e delle argomentazioni petrakiane, contenute nei menzionati articoli del 2002 e del 2005.

**Parole chiave:** *diritto romano, croato diritto familiare.*



## ZALAGANJE POKRETNIH STVARI ODREĐENIH PO RODU PREMA ZAKONU O UPISNIKU SUDSKIH I JAVNOBILJEŽNIČKIH OSIGURANJA TRAŽBINA VJEROVNICA NA POKRETNIM STVARIMA I PRAVIMA

Dr. sc. Edita Čulinović-Herc,  
izvanredna profesorica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.952(497.5)  
368.811(497.5)  
347.281(497.5)  
Ur.: 29. svibnja 2006.  
Pr.: 17. studenog 2006.  
Izvorni znanstveni članak

*S uvođenjem instituta lebdećeg založnopravnog osiguranja, Zakonom o upisniku omogućilo se zalaganje pokretnih stvari određenih po rodu. Na taj je način, s jedne strane, sankcionirana već postojeća poslovna praksa koja je pokazivala potrebu za takvim oblicima zalaganja, ali je, s druge strane, probijeno načelo stroge određenosti objekta stvarnog (založnog) prava. U odnosu na ranije uređenje, koje je dopuštalo da založni dužnik ostane u posjedu stvari te da te stvari koristi, novo rješenje dozvoljava založnom dužniku otuđenja stvari prema prirodi svoje djelatnosti, uz obvezu nadomještanja novim stvarima, a objekt založnog prava biva posredno individualiziran putem prostora na kojem se te stvari nalaze. Iako ovo rješenje nije apsolutni unicum, jer podsjeća na objekt zakonskog založnog prava najmodavca na stvarima što ih je najmoprimac unio u iznajmljeni prostor, ipak je u novom regulatornom okruženju potrebno ispitati kako ovo rješenje utječe na položaj osiguranog vjerovnika, posebno s obzirom na okolnost da založni dužnik založene stvari nesmetano otuđuje, a da s izlaskom stvari iz određenog prostora založno pravo na tako založenim stvarima prestaje. Položaj založnog vjerovnika ispitan je u radu i u odnosu na treće osobe koje na istom predmetu osiguranja imaju neko drugo osiguranje tražbine, te se razlučuje njihov položaj u prednosnom redu. Skreće se pozornost na to da vjerovnik koji ima lebdeće založnopravno osiguranje ostvaruje prednosni red prema vremenu upisa lebdećeg založnopravnog osiguranja iako se njegov objekt zaloga konkretizira tek trenutkom pljenidbe. Također se u svjetlu promjena, koje su s posljednjom izmjenom Ovršnog zakona nastupile u ovrsi na pokretnim stvarima, ukazuje na probleme i modalitete provedbe ovrhe na pokretnim stvarima kada su one određene po rodu.*

**Ključne riječi:** *lebdeće založnopravno osiguranje, Zakon o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima, pokretne stvari određene po rodu.*

## **1. Uvod**

Suvremeni pravni sustavi omogućuju zalaganje pokretnih stvari na način da dužnik zadrži u neposrednu posjedu pokretnu stvar, a da vjerovnik stekne dobrovoljno založno ili slično pravo na tom predmetu. Ta mogućnost postoji i prema našem pravu, a svoj je definitivni izričaj dobila s donošenjem Ovršnog zakona 1996. godine (u daljnjem tekstu: OZ). Riječ je o sudskom i javnobilježničkom dobrovoljnom založnopravnom i fiducijarnom osiguranju (na pokretnim stvarima). U međuvremenu OZ je noveliran dva puta.<sup>1</sup> Najnovija novela iz 2005., pretežnim dijelom vraća zakonska rješenja (posebno u domeni fiducijarnog osiguranja) koja su važila prije izmjena 2003., uz razradu i dopunu određenih instituta.<sup>2</sup>

Zalaganjem pokretnih stvari bez predaje u posjed, rastu dužnikove mogućnosti pribavljanja kredita jer i dalje može koristiti pokretnu stvar, a ujedno se mobilizira vrijednost pokretne stvari. Kako se takvo pravo upisuje u upisnik, treće osobe u većini inozemnih pravnih sustava iz upisnika crpe informaciju da je na tom predmetu zasnovano založno ili zalogu slično pravo. Stoga upis založnog prava u upisnik ostvaruje potrebnu publicitetnu funkciju, koja se inače kod ručnog zaloga ostvaruje predajom u posjed. S donošenjem Zakona o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima<sup>3</sup> (u daljnjem tekstu: ZU) rješava se u hrvatskom pravu pitanje publicitetne funkcije založnog prava bez predaje u posjed. Do sada je ta uloga pripadala oglašavanju u "Narodnim novinama" s obzirom da su se dobrovoljna založna prava i prijenosi vlasništva pred sudom ili javnim bilježnikom na pokretnim stvarima publicirali na taj način. Sadržaj tih oglasa često nije pružao dovoljno podataka koji bi trećima omogućili stjecanje potpune slike opsega založnopravnog ili fiducijarnog osiguranja.<sup>4</sup> Izostala je izgradnja cjelovitog sustava pretraživanja tih oglasa, koji bi za kreditore predstavljali značajnu pomoć prilikom donošenja odluke o dodjeli kredita.

<sup>1</sup> NN 173/03., NN 151/04.

<sup>2</sup> Vidi opći pregled izmjena prema noveli Ovršnog zakona iz 2005. kod DIKA, M., *Novela Ovršnog zakona iz 2005 – opći pregled*, u: *Novela Ovršnog zakona iz 2005*, Narodne novine str. 6. Usporedi, JELČIĆ, O., *Novo fiducijarno osiguranje tražbina*, u: *Novela Ovršnog zakona iz 2005.*, Narodne novine str. 245.

<sup>3</sup> NN, 121/05.

<sup>4</sup> ČULINOVIĆ-HERC, E. *Dobrovoljno osiguranje tražbina na pokretnim stvarima bez predaje u posjed prema ovršnom zakonu – pravni okvir i primjena*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci (1991.), Vol. 19, Supplement (1998.), str. 938-941.

S osnivanjem novog upisnika pitanje ostvarenja publicitetne funkcije zalog bez predaje u posjed rješava se na zadovoljavajući način. Ideja o osnivanju upisnika bila je prisutna još i prilikom donošenja Ovršnog zakona, ali nažalost tada nije zaživjela. Tada je bilo zamišljeno da upisnik vode sudovi. Tijekom pripreme zakona prevladala je koncepcija da vođenje upisnika treba povjeriti Financijskoj agenciji koja se već u određenom smislu etablirala kao registarsko tijelo (Registar godišnjih financijskih izvješća, jedinstveni registar računa poslovnih subjekata, Registar koncesija). Također, upisnik pretendira na ostvarenje što šire publicitetne funkcije s obzirom na to da se u njega upisuju, ne samo dobrovoljna sredstva osiguranja tražbina, već i ona prisilne naravi. Međutim, prisilna sredstva osiguranja tražbina zadržavaju svoj prednosni red koji im je i dosada pripadao, te njihov upis u upisnik nije konstitutivne naravi. S obzirom na to da će upisnik biti vođen u elektroničkom obliku, a upisnička mjesta biti će povezana u jedinstvenu bazu podataka sa sustavom upisa u realnom vremenu, svaki upis će odmah i istodobno proizvoditi pravne učinke i biti vidljiv na svim upisničkim mjestima, bez obzira na njihovu lokaciju. Na taj način će se izbjeći situacije u kojima bi različiti vjerovnici mogli simultanim podnošenjem svojih prijedloga za glavni upis osiguranja tražbine na istoj stvari ili pravu, spornim učiniti njihov prednosni red. Upisnik će se moći pretraživati neposrednim uvidom, ali i putem interneta ili primjenom drugih sredstava komunikacije, i to kako prema kriteriju osobe, tako i prema kriteriju predmeta na kojemu je zasnovano neko osiguranje tražbine.

Okolnost da je na nekoj od tih stvari zasnovano založno ili slično pravo treba biti vidljiva trećim osobama. Što je ambicioznije postavljeno pitanje publiciteta to je sužena primjena instituta stjecanja vlasništva od nevlasnika, jer nevlasnik neće moći tvrditi da mu nije bilo poznato da na stečenoj stvari postoji neko pravo treće osobe. Komparativno gledano, pravni se sustavi razlikuju – ostvaruje li se publicitetna funkcija u potpunosti ili djelomično. U svim je pravnim poredcima prihvaćeno da sredstvo osiguranja tražbina, koje je zasnovano na pokretnoj stvari bez predaje u posjed djeluje prema trećim osobama od trenutka upisa. Ono po čemu se sustavi razlikuju je pitanje određuje li se trenutkom upisa i prednosni red između vjerovnika koji na istoj stvari imaju pravo namirenja svoje tražbine ili se prednosni red uređuje primjenom nekih drugih kriterija koji nisu vidljivi iz upisnika. Sustavi kod kojih se prednosni red utvrđuje isključivo na temelju vremena upisa imenuju se kao sustavi pune konstitutivnosti (talijansko i francusko pravo), dok se primjerice, u engleskom pravu prednosni red utvrđuje primjenom kriterija koji proizlaze iz činjenice da postoje dvije vrste stvarnih prava, onih jačih, stečenih po, tzv. *common lawu*, i onih stečenih po, tzv. *equityju*.<sup>5</sup> U pravu SAD-a situacija nije ništa manje jednostavna, samo što su pravila o prednosnom redu propisana zakonom.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> GOODE, R. M. *Commercial Law*, London 1982, str. 764.

<sup>6</sup> KANDA / LEVMORE, *Explaining Creditor Priorities, Symposium on the Revision of the Art. 9 of the UCC*, Virginia Law Review (1994), str. 2140.



Tako primjerice, u engleskom pravu vrijeme upisa okvirnog sredstva osiguranja tražbina, tzv. *floating charge* koji se temelji na cjelokupnoj imovini nekog društva kapitala samo je obavijest trećim osobama da je na dužnikovo imovini zasnovano založnopravno osiguranje (*notice to the world*), ali ne i kriterij po kojem se ravna i prednosni red. Prednosni red vjerovnika koji je stekao *floating charge* ocjenjuje se prema okolnostima koje čak i nisu vidljive iz registra, tj. prema vremenu tzv. Kristalizacije, a to su ugovorom ili zakonom utvrđeni događaji čijim nastupom dospijeva osigurana tražbina, što je često na meti kritike engleskih pravnikâ.<sup>7</sup>

Ono što u najvećoj mjeri podvaja komparativne sustave je okolnost može li se založno ili njemu srodno pravo zasnovati samo na pojedinačno određenim pokretnim stvarima ili se mogu založiti i stvari određene po vrsti, odnosno je li dopušteno založiti sve stvari i prava kao cjelinu – što se obično imenuje kao hipoteka na poduzeću.<sup>8</sup> Dok talijansko, francusko, njemačko pravo inzistiraju na načelu točne određenosti, englesko pravo, pravo skandinavskih zemalja te neke zemlje bivšeg socijalističkog bloka (Mađarska, Poljska) imaju elastičniji pristup.<sup>9</sup> Sustavi stroge određenosti ostavljaju dužniku samo mogućnost korištenja stvari, dok sustavi koji dopuštaju zalaganje generičkih stvari ili skupa stvari i prava kao cjeline daju mogućnost dužniku otuđivanja tih stvari. S obzirom na to da povodom otuđenja založenog predmeta postoji opasnost da vjerovnik izgubi predmet osiguranja svoje tražbine, neki sustavi propisuju da se vjerovnikovo osiguranje tražbine po samom zakonu prostire i na prihodima koje je dužnik ostvario otudivši predmet osiguranja iz svoje imovine. Sustavi koji dopuštaju okvirno zalaganje stvari i prava iz imovine dužnika, u pravilu tu mogućnost vezuju uz određena svojstva dužnika, najčešće svojstvo poduzetnika ili trgovca, a ponekad još i restriktivnije – samo za društva kapitala.

Sustavi se međusobno razlikuju i po tome koja se sve sredstva osiguranja publiciraju kroz upisnik. Najčešće se upisuju samo dobrovoljna sredstva osiguranja tražbina, ali ima slučajeva gdje se upisuju i zakonska založna prava. Naš se zakonodavac odlučio i za upis sudskog založnog prava, odnosno založnog prava koje je stečeno bez suglasnosti ovršenika, iako vrijeme upisa tog prava nije odlučujuće za kreiranje prednosnog reda. Vrijeme i način stjecanja prisilnog založnog prava nije izmijenjeno ZU-om, već je i dalje uređeno OZ-om (čl. 16. st. 1. ZU). Među pravima i mjerama koje se upisuju u upisnik, kao novina se osim upisa prisilnih sredstava pojavljuje i upis zadržanog prava vlasništva na pokretnoj stvari, ako je ono zadržano više od 1 godine. To je učinjeno iz razloga što se osim

<sup>7</sup> DIAMOND, A.L., A, *Review of Security Interests in Property*, London, 1989, 139. Vidi još WENCKSTERN, M. *Die englische Floating Charge im deutschen Internationalen Privatrecht*, *RabelsZ*, 56 (1992) str. 624-695.

<sup>8</sup> WENCKSTERN, M. *Hypotheken auf Unternehmen, Neue Gesetze in Schweden und Finnland*, *RabelsZ* 52 (1988), str. 663-725.

<sup>9</sup> STAWECKI, T., *Entwurf einer neuen Regelung des Registerpfandrechtes in Polen*, Symposium zum 70-jaehrigen Besetehen des Hamburger MPI 1996.

prijenosa vlasništva na pokretnoj stvari radi osiguranja, koje predstavlja *par excellance* predmet upisa, ista svrha osiguranja kredita može ostvariti i kroz zadržavanje prava vlasništva, ali se ono dosad nije nigdje publiciralo. Ta dva instituta se ukazuju komplementarnima, a neki sustavi čak dopuštaju i fiducijarni prijenos vlasništva i na stvarima na kojima je istodobno zadržano pravo vlasništva, jer se potonje sredstvo osiguranja smatra važnim sredstvom osiguranja tražbina iz robnih kredita, za razliku od fiducije koja je pravi predstavnik osiguranja novčanih kredita.

U nastavku se rada objašnjava novi institut ZU-a kojim se dopušta zasnivanje založnog prava na stvarima određenima po rodu. Taj se institut naziva lebdeće založnopravno osiguranje. Ono po svom nazivu podsjeća na engleski *floating charge* (lebdeći zalog, flotirajući zalog), ali se u svojoj pojavnosti približava više nekim tehnikama "zalaganja" koje je usvojila njemačka poslovna praksa. Iako je njemačka poslovna praksa ta rješenja usvojila u obliku (formi) fiducijarnog prijenosa vlasništva na stvarima koje se nalaze u skladištu. Naime, odgovorivši na potrebe poslovne prakse u njemačkom je pravu domišljen koncept fiducijarnog prijenosa vlasništva na generičkim stvarima, premda njemačko pravo inzistira na načelu stroge određenosti objekta osigurane tražbine (odnosno stroge određenosti objekta stvarnog prava).<sup>10</sup> Primjenjujući različite tehnike oblikovanja ugovornog odnosa između dužnika i vjerovnika u njemačkoj poslovnoj praksi, moguće je ostvariti koncept flotirajućeg zalog bez napuštanja načela određenosti predmeta, ali u formi fiducije.

## 2. Koncept lebdećeg založnopravnog osiguranja

U nas je institut lebdećeg založnopravnog osiguranja sadržan u čl. 38. ZU. S obzirom na to da se s ovim konceptom redefiniiraju granice zalaganja u odnosu na objekt, u nastavku se pojašnjavaju obilježja tog instituta, naznačuju moguća otvorena pitanja i daju prijedlozi za njihovo rješavanje. Iako u našem pravu postoji i fiducijarno i založnopravno osiguranje, koje omogućuje zalaganje pokretnih stvari bez predaje u posjed, kod novog zakonskog instituta riječ je samo o (ugovornom) založnopravnom osiguranju, što *argumentum a contrario* znači da nije moguć lebdeći prijenos vlasništva, radi osiguranja tražbina.

Budući da se radi o založnopravnom osiguranju postavlja se i pitanje redoslijeda primjene pravnih izvora na taj institut. Njegovi materijalnopравни okviri određeni su s jedne strane, čl. 38 ZU-a, jer se založnom dužniku daju neka ovlaštenja koja mu prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (u daljnjem tekstu: ZV) ne pripadaju (mogućnost zamjene založenog objekta i sl.), ali u obzir dolaze propisi građanskog prava koji uređuju založno pravo. Kako je zakonodavac uredio institut lebdećeg založnopravnog osiguranja malim brojem

<sup>10</sup> O fiducijarnom prijenosu vlasništva u njemačkoj poslovnoj praksi i judikaturi vidi ČULINOVIĆ-HERC, E. o.c. u bilješci br. 4., str. 919-927.

propisa, u praksi je potrebno identificirati dispozitivne propise koji će se primijeniti na ovaj institut, ne budu li ugovorne strane u dovoljnoj mjeri regulirale svoja prava i obveze iz tog ugovornog odnosa. Koji su to propisi i u kojoj se mjeri primjenjuju izlaže se u nastavku ovoga rada.

S druge strane, u pogledu načina zasnivanja lebdećeg založnog pravnog osiguranja, ZU analogno upućuje na primjenu propisa OZ-a kojima je uređeno zasnivanje sudskog i javnobilježničkog založnog pravnog osiguranja (čl. 38. st. 2. ZU).

Najveći je problem ostvarenja koncepta lebdećeg založnog pravnog osiguranja u tome što počiva na ideji da dužnik može te stvari slobodno otuđivati. Kako treća osoba te predmete stječe bez tereta založnog prava, vjerovnik je u opasnosti da izgubi predmet osiguranja svoje tražbine. Iako postoji obveza dužnika da nadomješta stvari koje je otuđio i to unosom, pa se onda na tim unesenim stvarima prostire založno pravo (realna subrogacija), postoji rizik da vjerovnik izgubi inicijalni predmet osiguranja, a da dužnik ne unese novi predmet osiguranja. Stoga je u nas dosad koncept javnobilježničkog založnog pravnog osiguranja počivao na premisi određenosti predmeta osiguranja, a to je podrazumijevalo da dužnik ne može raspolagati predmetom zaloga bez suglasnosti vjerovnika, a pogotovo ga ne može otuđivati unutar redovitog poslovanja. Zato su preferirani izbor vjerovnikovog predmeta osiguranja, osim nekretnina, bile pokretnine koje su se sa sigurnošću dale individualizirati (motorna vozila, građevinski strojevi).

Međutim, potrebe prakse već u ranoj etapi primjene OZ-a iz 1996. godine,<sup>11</sup> pokazale su da primjena traži raznovrsna rješenja koja su ponekad išla i mimo propisa koji uređuju založno pravo, kao što je zabrana realne subrogacije koja je sadržana u čl. 299. st. 1. i 2. ZV-a (neodvojivost založnog prava). To je bio, primjerice slučaj kod zalaganja robe koja se nalazi u skladištu, a namijenjena je prodaji.

Stoga je najveći izazov novog koncepta u iznalaženju rješenja koja će istodobno pomiriti više suprotstavljenih interesa: omogućiti *iskorištavanje vrijednosti* generički određenih stvari (ukupnosti stvari) kao sredstvo osiguranja kredita te samim time omogućiti dužniku da ih otuđuje i to bez dopuštenja vjerovnika; omogućiti *trećem savjesnom stjecatelju* da stekne vlasništvo na tim pokretnim stvarima bez tereta založnog prava kojeg ima vjerovnik lebdećeg založnog pravnog osiguranja; omogućiti osiguranom *vjerovniku da održi i sačuva vrijednost predmeta* osiguranja, kako ne bi nastupilo podosiguranje njegove tražbine, a posebice svim ostalim vjerovnicima koji na tom predmetu mogu imati neku tražbinu; pružiti *izvjesnost glede njihova mjesta u prednosnom redu* kada dolazi do prisilnog namirenja tražbina na istom predmetu osiguranja u odnosu na ovlaštenika lebdećeg založnog pravnog osiguranja.

<sup>11</sup> Ibid, str. 940.

### 3. Subjekti lebdećeg založnog pravnog osiguranja i osigurljiva tražbina

Na strani osobe na čijim se stvarima, odnosno ukupnosti stvari zasniva takvo osiguranje (dužnik, odnosno protivnik osiguranja) ne postoje posebna ograničenja, kao što je to u nekim sustavima, što znači da to može biti svaka pravna i fizička osoba. Bez obzira na nepostojanje ikakvoga ograničenja, s obzirom da dužnik ima ovlaštenje otuđivati stvari (iz skladišta) i nadomještati ih novim stvarima, kada je riječ o fizičkim osobama, te osobe će po naravi stvari uglavnom biti trgovci pojedinci, odnosno obrtnici. Komparativno gledano, vrijedi pravilo da što je ekstenzivnije sredstvo osiguranja tražbina, odnosno što više ostavlja slobode dužniku, to je izbor osobe uži. Najširi mogući opseg osiguranja tražbine ima, primjerice institut engleskog prava *floating charge*. Tim oblikom zalaganja moguće je prema engleskom pravu obuhvatiti sve stvari i prava koje ulaze u imovinu dužnika: nekretnine, pokretnine, tražbine, različita prava industrijskog vlasništva, *goodwill* itd.<sup>12</sup> Zbog toga ta pogodnost stoji na raspolaganju samo društvima kapitala.

U pogledu izbora osobe postavlja se i pitanje mora li ta osoba biti i vlasnik stvari ili je dovoljno da se nalazi u neposrednom posjedu tih stvari. Primjerice, lako je zamisliva situacija u kojoj dužnik (neko trgovačko društvo ili obrtnik) predlaže zasnivanje takvog osiguranja na pokretnim stvarima (npr. tehnička oprema koju prodaje) koje se nalaze u njegovu (neposrednu) posjedu, a da on nije pritom vlasnik stvari. Moguće je da je njegov dobavljač pridržao pravo vlasništva do konačne isplate kupovne cijene ili je zaključen ugovor o (financijskom) leasingu. Moguće je također, da je na istim stvarima preneseno vlasništvo radi osiguranja banci, ali da je dužnik i dalje u njihovu neposrednu posjedu. Čl. 38. st. 1. ZU-a propisuje da stvari mogu biti u vlasništvu protivnika osiguranja, ali ih protivnik osiguranja može koristiti "po nekoj drugoj pravnoj osnovi". Otvoreno je pitanje je li dovoljan samostalan, vlasnički posjed ako nije ujedno i neposredan (stvari na skladištu kod druge osobe temeljem ugovora o uskladištenju). Smatram da bi trebao biti, iako to rješenje može otvoriti neka pitanja u ovrsi (pristanak trećeg da se popišu ovršenikove stvari koje se nalaze kod njega).<sup>13</sup>

Lebdeće založnog pravnog osiguranje moguće je zasnovati radi osiguranja novčane tražbine, ali i radi osiguranja novčane protuvrijednosti nenovčane tražbine (čl. 38. st. 1. ZU). U tom smislu ovo uređenje replicira uređenje OZ-a kako u pogledu osigurljive tražbine kod sudskog i javnobilježničkog založnog pravnog osiguranja (čl. 262. i 263. st. 4. OZ), tako i u pogledu osigurljive tražbine kod fiducijarnog osiguranja.<sup>14</sup> Naime prema noveli OZ-a iz 2005.,

<sup>12</sup> Vidi pregledno o institutu: ČULINOVIĆ-HERC, E. *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu 1997., objavljeno: Rijeka, 1998., 402 str.

<sup>13</sup> O tome vidi pod 7.1. ovog rada.

<sup>14</sup> Ovršni zakon (NN 57/96., 29/99., 42/00., 73/03., 194/03. i 88/05.; dalje OZ).

sporazumnim prijenosom vlasništva i prijenosom prava može se osigurati novčana, ali i nenovčana tražbina predlagatelja osiguranja (čl. 274. st. 1. i 3. OZ).

#### **4. Predmet lebdećeg založnopravnog osiguranja**

Predmet lebdećeg založnopravnog osiguranja su pokretne stvari koje su određene po rodu (generičke stvari), odnosno ukupnost svih pokretnina, kojima je zajedničko da se nalaze u ili na određenom prostoru (čl. 38. st. 1. ZU).

Ovakav način zalaganja u pravnim sustavima kontinentalnog tipa, posebice germanskog pravnog kruga, ali i u francuskom te talijanskom pravu, sukobljava se u određenoj mjeri s načelom određenosti predmeta založnog prava, prema kojem nije moguće zasnovati založno pravo na stvarima određenima po rodu. Međutim, u njemačkom pravu ovaj je koncept realiziran upravo uz očuvanje načela određenosti. Naš zakonodavac polazi od ideje posredne individualizacije generičkih stvari putem prostora na kojem se te stvari nalaze.

Ciljani objekt lebdećeg založnopravnog osiguranja su stvari u skladištu čiji se sastav mijenja. Stvarno pravo, pa tako i založno pravo traži da ono obuhvaća točno određeni predmet, a taj bi predmet trebao biti poznat već u vrijeme sklapanja ugovora. Međutim, iako se prilikom zasnivanja lebdećeg založnopravnog osiguranja stvari ne popisuju (čl. 38. st. 2. ZU), identifikacija stvari provodi se prema prostoru u kojem se one nalaze. Slična situacija postoji kod založnog prava najmodavca na stvarima koje je najmoprimac unio u određeni prostor. Kako se u skladištu mogu nalaziti stvari koje jesu u tom pravnom režimu, ali i stvari koje ne ulaze u opseg lebdećeg založnopravnog osiguranja, potonje se stvari moraju moći razlikovati bez poteškoća od prvih. Stoga prvenstveno treba biti jasno jesu li tim režimom obuhvaćene sve ili samo neke stvari u skladištu, pa se to prostorno mora pojasniti.

S tim u vezi, postavlja se pitanje je li dovoljno ugovoriti da se lebdeće založnopravno osiguranje zasniva **na svim stvarima** koje se nalaze u skladištu. Sljedi zakonsku dikciju – da, ali stoga veliku pozornost treba obratiti na individualizaciju prostora, na kojem ili u kojem se te stvari nalaze. Međutim, ako je samo neka vrsta stvari u režimu lebdećeg založnopravnog osiguranja, tada vrstu treba označiti opisno, kako bi se te pokretne stvari lako izdvojile od pokretnih stvari slične vrste. Ako se zalažu samo pokretne stvari koje imaju značaj sirovina, ali ne i gotovi proizvodi tada i to treba precizirati (npr. samo sirovine, gorivo, silaža i sl.). Primjerična lista predmeta označenih po rodu, dana je u samom zakonu, pa ona ugovornim stranama može poslužiti kao putokaz.

Mišljenja sam da bi prije sklapanja ugovora, iako to ZU ne postavlja kao uvjet, ugovorne strane trebale na temelju njima poznatih parametara procijeniti vrijednost pokretnina koje namjeravaju založiti lebdećim založnopravnim osiguranjem, radi posrednog određivanja kvantuma vrijednosti pokretnih stvari koji u potpunosti osigurava tražbinu. Na taj način se ostvaruje načelo jednakosti

činidbe i protučinidbe. Naime, kako je jedna od obveza dužnika popunjavanje skladišta stvarima, odnosno nadomještanje stvari koje je iznio iz skladišta, potrebno je postaviti neku polaznu vrijednost (npr. u skladištu mora biti onoliko pokretnih stvari kolike su dužnikove potrebe za mjesečno poslovanje) kako bi vjerovnik mogao pratiti postupa li dužnik u skladu s ugovorom. Time se izravno dovodi u svezu vrijednost predmeta osiguranja s iznosom osigurane tražbine, osigurava ostvarenje načela jednakosti činidbe i protučinidbe (čl. 7.st. 1. ZOO), odnosno uklanjaju eventualne povrjede tog načela (neodređena ili neodrediva činidba čl. 270. u vezi s čl. 272. st. 1. ZOO ili zelenaštvo čl. 329. ZOO).

Ako su predmeti koji se zalažu lako trživi, i postoji tržišna ili čak burzovna cijena, kvantum vrijednosti robe na skladištu biti će lako odrediti. To će biti slučaj kod novih ili rabljenih motornih vozila ili pokretne stvari kod kojih postoji otkupna cijena (poljoprivredni prehrambeni proizvodi). Kriterij može biti nabavna cijena robe, cijena po kojoj je dužnik pribavio robu u skladište, ali pritom treba uzeti u obzir i otpis vrijednosti tih pokretnina ako se one zalažu na neko duže vrijeme, (tzv. osnovna sredstva, ili što se računovodstveno prikazuje dugotrajnom materijalnom imovinom). U nemogućnosti da same stranke odrede vrijednost to bi mogla učiniti i treća osoba, a ta bi se zadaća i u predugovornoj etapi mogla povjeriti javnim komisionarima koji taj zadatak ionako obavljaju kasnije u ovrsi.

Uobičajeno je pri procjeni vrijednosti predmeta osiguranja "ugraditi" i rizik deprecijacije založenih pokretnina, odnosno vjerojatnost njihova unovčenja i po bitno nižoj vrijednosti. U kojem postotku pokretna stvar može izgubiti na vrijednosti u trenutku ovrhe ovisi o okolnostima slučaja. Kod lako trživih pokretnina postotak će svakako biti manji. Riziku deprecijacije će se vjerojatno pridodavati pretpostavljeni troškovi ovršnog postupka, s obzirom na to da ih prema noveli OZ-a predujmljuje ovrhovoditelj. Ishod toga je da u skladištu treba biti veći kvantum vrijednosti založenih pokretnih stvari nego što je to iznos osigurane tražbine, ali će mjera tog dodatka ovisiti o okolnostima slučaja.

U njemačkoj sudskoj praksi i doktrini iskazana su različita stajališta oko gornje granice dopustivosti tog sigurnosnog dodatka koji pokriva rizik deprecijacije predmeta u trenutku ovrhe (*Sicherungszuschlag*). Međutim, većina autora smatra da dodatak veći od 25% – 30% ne bi bio prihvatljiv i da predstavlja situaciju preosiguranja zbog kojeg se može zahtijevati poništenje ugovora.<sup>15</sup> Međutim, niti jedan njemački autor ne smatra da bi margina mogla biti veća od 50% vrijednosti predmeta osiguranja. S obzirom na to da neke pokretnine koje se mogu naći u režimu lebdećeg založnopravnog osiguranja nemaju "pravo tržište", zbog malog broja trgovaca koji se bave tom djelatnošću ili zbog posebnih postupaka koji se primjenjuju u toj djelatnosti (bio-uzgoj, pčelarstvo i sl.) mislim da se u našem poslovnom okruženju, može očekivati i veća margina, koja će rasti

<sup>15</sup> Umjesto svih vidi POTTSCHEMIDT / ROHR, *Kreditsicherungsrecht*, 4. Auf., Vahlen Verlag, Muenchen, 1992., str. 299-300, par. 754, bilješka 31.

što je manje i specifičnije tržište založenih pokretnih stvari te što su veći troškovi premještanja i otpreme u ovrhu.

Kako ZU uređuje da se pri zasnivanju lebdećeg založnopravnog osiguranja pokretnine neće posebno popisivati ili na drugi način pojedinačno određivati (čl. 38. st. 2. ZU), točan popis stvari na kojima postoji založno pravo, nije poznat do trenutka ovrhe (čl. 38. st. 6. ZU). Popisivanje tih stvari onemogućilo bi dužnika upravo u onome što je osnovni cilj ovog instituta, a to je da može slobodno raspolagati založenim predmetima. To ne bi mogao kada bi se te stvari popisale jer uz popis stvari OZ vezuje i određene materijalnopravne posljedice – zabranu raspolaganja (čl. 134. st. 1. OZ), a iza njih slijede i kaznenopravne. Stoga je i stjecanje založnoga prava na konkretnim pokretninama odgođeno do pokretanja ovrhe (čl. 38. st. 6. ZU), ali uz važnu prednost da se prednosni red založnog vjerovnika koji ima lebdeće založnopravno osiguranje računa prema vremenu upisa tog osiguranja tražbina u upisnik.

Bez obzira na to što se po ZU-u pokretnine ne popisuju, u ugovoru bi trebalo posvetiti dovoljno pozornosti **opisu predmeta po vrsti**, inače postoji opasnost da se na ugovor primjenjuje propis ZOO-a o prijenosu imovine, odnosno o pristupanju dugu u slučaju preuzimanja neke imovinske cjeline, a ta se odgovornost ne može isključiti niti ograničiti ugovorom (čl. 102. st. 1. i 2. ZOO).<sup>16</sup> Ukoliko se radi o zalaganju samo određene vrste pokretnih stvari (miješalice za beton) koje se nalaze u skladištu u kojem se nalaze i druge pokretnine (razne vrste građevinskih strojeva ili naprava) dostatan bi bio opis: "sve miješalice za beton u određenom skladištu" ili sva motorna vozila marke Fiat u određenom skladišnom prostoru".

U njemačkoj sudskoj praksi vrlo su visoko postavljeni kriteriji određenosti. Nisu, primjerice valjani izrazi kada se predmet osiguranja opisuje na način: "polovica stanja na mojem skladištu tekstilne robe"; ili "tekstilne bale u vrijednosti 10 000 DEM-a"; iz čega slijedi da postotna ili vrijednosna određenja nisu dovoljna. Obrazloženje tih stavova je u tezi "da nije jasno da li ta stvar pripada u dio skladišta koji je u slobodnom režimu ili u onaj koji je u režimu fiducije". Prema njemačkom pravu nisu također prihvatljive formule kada se određenost postiže primjenom faktora koji se nalaze izvan samog ugovora, kao npr. činjenice koje se utvrđuju iz poslovnih knjiga, primjerice: "predmet (fiducijarnog prijenosa vlasništva) su pokretne stvari koje je dužnik u potpunosti otplatio" ili oznaka poput "prijenosa vlasništva na svim stvarima u skladištu osim onih koje dužniku ne pripadaju" ili: "u privitku popisane stvari osim onih koje se izuzimaju od ovrhe". Međutim prihvaćeni su izrazi poput: "svi hladnjaci koji se

<sup>16</sup> Vidi čl. 102. ZOO-a glasi: (1) Osoba na koju prijeđe na temelju ugovora neka imovinska cjelina (poduzeće i sl.) pojedinca ili pravne osobe, ili dio te cjeline, odgovara za dugove koji se odnose na tu cjelinu odnosno na njezin dio, pored dotadašnjeg imatelja i solidarno s njim, ali samo do vrijednosti njezine aktive, (2) Nema pravni učinak prema vjerovnicima odredba ugovora kojom bi se isključivala ili ograničavala odgovornost utvrđena u stavku 1. ovoga članka.

nalaze u skladištu" pa čak i prijenos vlasništva na idealnom dijelu vlasništva (1/5) svih stvari u skladištu".<sup>17</sup>

Njemačka sudska praksa je kod fiducijarnog prijenosa vlasništva na pokretnim stvarima prihvatila kao dovoljno određen izraz "cijelo skladište".<sup>18</sup> Međutim, u ugovoru se obvezatno određuje dio skladišnog prostora, koji se nalazi u tom režimu (fiducije). Skica skladišta sastavni je dio ugovora u koju se ucertava odnosni dio. Radi pravne sigurnosti ovo rješenje valja sugerirati i u nas. Pri tom valja naglasiti da je isti režim moguće uspostaviti i na stvarima koje se nalaze na zemljištu koje je u dovoljnoj mjeri individualizirano.

Kod zasnivanja lebdećeg založnog osiguranja na pokretnim stvarima koje se nalaze na (ograđenom) zemljištu, treba voditi računa, međutim, jesu li stvari koje se nalaze na zemljištu ujedno i pripadci nekretnine, (npr. na zemljištu skladišteni stokovi sijena ili drvene građe) jer ako jesu, tada bi se na njima mogla prostirati eventualno zasnovana hipoteka na nekretnini. O istome treba voditi računa kada su u pitanju strojevi koji udovoljavaju zahtjevu fizičke veze s nekretninom i trajnosti veze ("trajno spojeni"). To su strojevi ugrađeni u nekretninu koji se smatraju pripadnostima nekretnine. S obzirom da oni prema čl. 9. st. 5. ZV-a mogu biti samostalnim objektom stvarnog prava, ta se okolnost može zabilježiti u zemljišnim knjigama, pa nakon toga imaju samostalnu pravnu sudbinu. S tim ciljem provodi se u zemljišnim knjigama zabilježba prava vlasništva osobe različite od osobe vlasnika nekretnine. Trajanje zabilježbe je ograničeno zakonom i iznosi pet godina od upisa. Pripadci nekretnine u užem smislu riječi – koji nisu ni mehanički ni organski povezani s nekretninom – ionako mogu biti objektom samostalnog stvarnog prava. To su one stvari koje su u funkcionalnoj vezi s nekretninom (poljoprivredni strojevi, strojevi za iskop i sl.).

Kako bi se riješile dileme oko pitanja prostire li se hipoteka na nekretnini na tim pokretnim stvarima, ZU ovo pitanje rješava na način da prije upisa bilo kojeg, pa tako i lebdećeg založnog osiguranja na stvarima koje se smatraju pripadcima nekretnine vjerovnik treba provjeriti je li nekretnina opterećena hipotekom. Ako nije, s upisom založnog prava na pokretnini, pa i lebdećeg založnog osiguranja, te stvari gube svojstvo pripatka (čl. 6. st. 2. ZU). Na taj način se izbjegava situacija da na isti predmet osiguranja tražbine polažu pravo prvenstvenog namirenja vjerovnika čija je tražbina osigurana hipotekom na nekretnini i onaj koji ima lebdeće založnog osiguranje na pripadcima.

Lebdeće založnog osiguranje prostiralo bi se i na pripadnostima pokretne stvari, ako nije što drugo ugovoreno (čl. 298. st. 4. ZV). To je jedan od dispozitivnih propisa ZV-a koji ima svoju primjenu. Stoga žele li se isključiti

<sup>17</sup> Idealni dio moguće je založiti i prema našem pravu prema čl. 306. st. 2. ZV: "Kad je stvar koja se zalaže u vlasništvu više suvlasnika ili zajedničkih vlasnika i kad pravo koje se zalaže pripada nekolicini osoba, samo sve one suglasno mogu odrediti davanje u zalog tih stvari ili prava; no svatko čiji je idealni dio stvari ili prava, može ga dati u zalog ne tražeći suglasnost ostalih."

<sup>18</sup> ČULINOVIĆ-HERC, E. o.c. u bilj. 4., str. 926.



pripadnosti pokretne stvari to treba učiniti ugovorom. Pripadnostima su obuhvaćeni prirast, plodovi i pripadci. Ako se primjerice zalaže stočni fond, odnosno žive životinje, pitanje prostire li se založnopravno osiguranje i na prirast (pomladak) vrlo je bitno, pa bi to trebalo precizirati ugovorom, (npr. stočni fond u proizvodnom pogonu XY, bez prirasta i sl.). Na sličan način se rješava pitanje prostiranja založnopravnog osiguranja na stvarima koje su nastale preradom ili miješanjem stvari na kojima je zasnovano lebdeće založnopravno osiguranje. Ako su ugovorne strane zamislile kao predmet osiguranja sirovine koje se nalaze u određenom prostoru, ali ne i proizvode nastale njihovom preradom, trebaju to naglasiti, inače će se lebdeće založnopravno osiguranje prostirati na svim stvarima – i sirovinama i proizvodima koje se nalaze unutar ugovorom označenog prostora.

To nas navodi na zaključak da je nužno, i na što je moguće jasniji način, izdvojiti prostor u kojem se nalaze pokretne stvari u režimu lebdećeg založnopravnog osiguranja. Inače će se prema čl. 37. st. 2. ZU ovrši lebdećeg založnopravnog osiguranja plijeniti sve pokretnine koje se zateknu u određenom prostoru.

### **5. Prava i obveze ugovornih strana**

Pri zasnivanju lebdećeg založnopravnog osiguranja ZU analogno upućuje na primjenu pravila o sudskom ili javnobilježničkom založnopravnom osiguranju iz Ovršnog zakona. Također ostavlja ugovornim stranama razmjerno veliku slobodu ugovaranja, a samo neki propisi imaju značaj prisilnih propisa. Stoga u preostalom dijelu treba primijeniti propise OZ-a o sudskom i javnobilježničkom založnopravnom osiguranju. Također dolazi u obzir i primjena dispozitivnih propisa ZV-a koji se odnose na založno pravo.

U odnosu na klasično založno pravo, lebdeće založnopravno osiguranje unosi bitne novine, od kojih je najznačajnija ukidanje zabrane realne subrogacije, odnosno proboj načela neodvojivosti založnog prava (čl. 299. st. 1 i 2. ZV). Međutim, to nije u suprotnosti s propisima ZV-a, jer se to pitanje može drukčije urediti zakonom. Ukidanje zabrane realne subrogacije vidljivo je iz čl. 38. st. 4. i 5. ZU-a, jer dužnik, odnosno protivnik osiguranja može otuđivati stvari na kojima je zasnovano lebdeće založnopravno osiguranje, pri čemu založno pravo na iznesenim stvarima prestaje, ali će se prostirati na stvarima koje je dužnik, odnosno protivnik osiguranja naknadno unese u određeni prostor.

Zakon ne opisuje kakve naravi mora biti otuđenje, je li dužnik ograničen prirodom otuđenja, iz čega bi se dalo zaključiti da priroda otuđenja nema utjecaja. Međutim dispozitivan propis zakona predviđa da je u nedostatku drukčijeg sporazuma stranaka dužnik *dužan nadomještati otuđene ili odnesene pokretnine, prema prirodi svoje djelatnosti*. Smatramo da je zakonodavac ugradio kriterij "prirode djelatnosti" ne s ciljem da bi osobe koje steknu od dužnika izvan tog kriterija bile u neizvjesnom položaju jesu li stekle bez tereta ili ne, već da bi

se mogla na razini *inter partes* učinkovito sankcionirati ponašanja dužnika u kojima on otuđuje, ali ne prema prirodi svoje djelatnosti. Ugrađivši taj kriterij, zakonodavac je dao mogućnost vjerovniku da poduzme neke radnje koje su predviđene ugovorom, najčešće da aktivira prisilno namirenje osigurane tražbine.

Komparativno pravo na više mjesta koristi vrlo sličan kriterij "otuđivanja unutar redovnog poslovanja". Tako, otuđenje pokretnih stvari koje su obuhvaćene, tzv. hipotekom na poduzeću, prema finskom pravu, mora uvijek biti unutar redovnog poslovanja. U pravu SAD-a, treća osoba stječe vlasništvo bez tereta založnog prava, (koje se u pravu SAD-a naziva *security interest*) samo ako se radi o kupcu unutar redovnog poslovanja ("ordinary course of business"). Razlog dodavanja ovih kvalifikacija je očigledan, svi predmeti koji izlaze iz skladišta prestaju biti predmetom zaloga pa prestaje i, tzv. pravo sljeđenja.

Kriterij "nadomještanje stvari prema prirodi djelatnosti" omogućuje, s jedne strane, vjerovniku aktiviranje ugovorom predviđene mehanizme ako dužnik krši tu odredbu, a to je ujedno i osnova dužnikove (ugovorne) odgovornosti za štetu. Preporuča se u ugovoru pojasniti što je priroda dužnikove djelatnosti, kojom dinamikom se ona odvija, na koji način se u redovnim okolnostima odvija prodaja, koliko traje ciklus obrta kapitala i sl.

Kako će stranke precizirati ugovorom dinamiku otuđenja i popunjavanja ovisi o prirodi djelatnosti i o vrsti predmeta koji se nalaze u skladištu, odnosno nekom drugom prostoru, te o redovnim okvirima poduzetnikove djelatnosti. Tu mogu biti od pomoći poslovne knjige dužnika i financijska izvješća (ili stanje skladišta po nabavnoj vrijednosti). Za očekivati je da će na taj oblik kreditiranja pristati samo poslovne banke dužnika koje kroz duži period prate dužnikovo poslovanje. Kako može doći do velikih oscilacija stanja na skladištu uputno je predvidjeti marginu pokrića. Ako ukupna vrijednost stvari na skladištu padne ispod određene vrijednosti, to je znak da dužnik mora u određenom roku nadomjesiti te stvari ili mogu nastupiti ugovorom predviđene posljedice.

Ugovaranje margine pokrića uobičajen je uglavak u njemačkoj poslovnoj praksi, koja dopušta prijenos fiducijarnog vlasništva na stvarima u skladištu čiji se sastav mijenja (*Deckungsgrenze – Mindestdeckungsklausel*). Ona dovodi u vezu vrijednost pokretnih stvari s vrijednošću osigurane tražbine. Vrijednost stvari u skladištu treba se održavati na margini osigurane tražbine (ugrađuje se i rizik deprecijacije). Ako vrijednost stvari u skladištu padne ispod određene minimalne granice, pa uslijed toga osigurana tražbina prestaje biti osiguranom, u skladište treba unijeti nove stvari, u protivnom može nastupiti prijevremeno dospijeće osigurane tražbine. Svakako da praćenje margine pokrića podrazumijeva određenu dinamiku obavješćavanja vjerovnika (tjedno, mjesečno) i omogućavanje pregleda stanja skladišta.

Ugovorom bi svakako trebalo precizirati koja su to pravna i faktična raspolaganja s pokretnim stvarima koja će vjerovnik smatrati "znakom za uzbunu". Prodaja cjelokupnog inventara (bez nadomještanja) ako se radi o strojevima koji predstavljaju tzv. "osnovna sredstva" svakako bi bila neprihvat-

ljiva, pa i prodaja nekog bitnog dijela inventara vitalnog za obavljanje djelatnosti. Prodaja obrtnih sredstava ispod tržišne cijene u vrijeme kada postoji potražnja na tržištu – također. Preseljenje svih strojeva u novi prostor, različit od onog označenog ugovorom (bez nadomještanja) također ili okolnost da se vodi postupak ovrhe na vitalnom dijelu dužnikova inventara. Ipak su te situacije činjenično vrlo brojne i teško ih je imenovati. Opravdanom bi se mogla smatrati prodaja veće količine stvari koje su lako pokvarljive ako im je vijek trajanja na izmaku. Prodaja sezonskih odjevnih predmeta izvan sezone po nižoj cijeni također.

Bude li dužnik činio neke od raspoložbi koje "ugrožavaju" predmet vjerovnika osiguranja, vjerovnik će vjerojatno pridržati sebi pravo da proglasi prijevremeno dospijeće osigurane tražbine. U dimenzioniranju tih dužnikovih ograničenja ne treba ići predaleko inače će doći do gospodarskog okivanja dužnika. Stoga suštinu predstavljaju odredbe ugovora u kojima će se regulirati mjere prevencije, a one se sastoje u (mogućnosti) brižljivog praćenja poslovanja dužnika, odnosno omogućavanje pregleda stvarnog stanja skladišta i sl. Oprezan vjerovnik ugovorit će i ustup tražbina iz ugovora kojima su otuđene one stvari iz skladišta na kojima je zasnovano lebdeće založnopravno osiguranje ili obvezu ustupa tražbina.

## 6. Pravni učinci prema trećim osobama

S obzirom na to da u našem pravu na pokretnim stvarima postoje brojna sredstva osiguranja tražbina potrebno je odrediti koji je položaj imatelja lebdećeg založnopravnog osiguranja, u odnosu na druge vjerovnike koji imaju neko drugo sredstvo osiguranja tražbine na istim stvarima.

### a) Stjecatelj u dobroj vjeri

Prema dikciji čl. 38. st. 4. ZU-a, treća osoba koja stekne predmet iz prostora koji se nalazi u režimu lebdećeg založnopravnog osiguranja temeljem pravnog posla s dužnikom, stječe te stvari bez tereta založnog prava, jer založno pravo na stvarima prestaje "*njihovom predajom trećem ili njihovim odnošenjem sa ili iz određenog prostora*". Kako dužnik može, ali i ne mora biti vlasnik tih stvari, postavlja se pitanje može li vlasnik stvari (koju dužnik posjeduje primjerice po osnovi leasinga) osporavati stvarnopravnu učinkovitost takva otuđenja pozivajući se na to da nisu ispunjeni uvjeti za primjenu instituta stjecanja vlasništva na pokretnim stvarima od nevlasnika sadržan u čl. 118. ZV.<sup>19</sup>

S obzirom na to da je pravo raspolaganja stvarima (otuđenjem) priznato na temelju samog zakona (čl. 38. st. 4. ZU) teško bi bilo osporiti valjanost takva

<sup>19</sup> "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."

stjecanja, barem prema čl. 118. ZV. Kako se kod stjecanja vlasništva na pokretnim stvarima od nevlasnika dobra vjera presumira pa se u dokaznom postupku treba pružiti dokaz o protivnom, mislim da je teško dokazati zlu vjeru, kada sam zakon, tj. ZU ovlašćuje založnog dužnika da slobodno otuđuje stvari (prema prirodi svoje djelatnosti). Mogućnost osporavanja dobre vjere zato jer otuđenje nije bilo prema prirodi djelatnosti, sama po sebi neće biti dovoljnom, jer je to okolnost koja se nalazi u voljnoj sferi založnog dužnika, a ne stjecatelja. Međutim, ako postoje dokazi o koluzivnom djelovanju stjecatelja i založnog dužnika na štetu osiguranog vjerovnika, tada bi se vlasnik stvari mogao poslužiti institutom pobijanja dužnikovih radnji prema čl. 281. st. 1. ZOO-a.<sup>20</sup> Tu ipak mora postojati znanje treće osobe o tome da dužnik sklapanjem tog pravnog posla s njim nanosi štetu svojim vjerovnicima, što je također predmet posebnog dokazivanja.

Želi li se aktualni vlasnik stvari, koji ujedno nije založni dužnik zaštititi od takvih raspoložbi, za njega je poželjno zahtijevanje upisa zadržanja prava vlasništva u upisnik temeljem čl. 6. st. 1. t. 7. ZU (jer se kod financijskog leasinga prijenos vlasništva događa nakon otplate i posljednje leasing rate uz aktivaciju opcije kupnje). Na taj način je davatelj stvari u leasing osigurao svoj prvenstveni red u odnosu na vjerovnika koji je stekao lebdeće založnopravno osiguranje, pa će se u ovrsi moći poslužiti izlučnim prigovorom.

Za stjecatelja u dobroj vjeri pojavljuje se problem ako kupi stvar, ali ne iznese tu stvar iz skladišta prije trenutka pljenidbenog popisa, jer se u ovrsi popisuju sve stvari koje se zateknu u skladištu. S obzirom na to da se prednosni red vjerovnika koji ima lebdeće založnopravno osiguranje ne računa od trenutka pljenidbenog popisa već od upisa lebdećeg založnopravnog osiguranja u upisnik, tada bi položaj stjecatelja bio problematičan. Stoga je u interesu stjecatelja, (tj. kupca) da što prije preuzme kupljene stvari, ako ih preuzima sa skladišta (EXW).

*b) Položaj založnog vjerovnika (bez predaje u posjed) i ovlaštenika lebdećeg založnopravnog osiguranja*

Iduće pitanje na koje zakonodavac ne daje izričiti odgovor, ali se na njega može odgovoriti tumačenjem smisla zakona: je li nakon zasnivanja lebdećeg založnopravnog osiguranja dopušteno individualno zalaganje predmeta iz skladišta, bilo davanjem u ručni zalog, bilo zasnivanjem sudskog ili javno-bilježničkog dobrovoljnog založnopravnog osiguranja na stvarima koje su osim toga u režimu lebdećeg založnopravnog osiguranja. Kako u zakonu ne stoji izričita zabrana, imajući u vidu da je dužniku dopušteno otuđivanje predmeta, potrebno je zaključiti da je u tome sadržano pravo i da ih zalaže.

Prethodno se postavlja pitanje dopustivosti unošenja takve klauzule u ugovor (o zabrani daljnjeg zalaganja) odnosno spojivosti te klauzule uopće s prirodom

<sup>20</sup> "Teretno raspolaganje može se pobijati ako je u vrijeme raspolaganja dužnik znao ili mogao znati da poduzetim raspolaganjem nanosi štetu svojim vjerovnicima i ako je trećoj osobi s kojom je ili u čiju je korist pravna radnja poduzeta to bilo poznato ili moglo biti poznato."

lebdećeg založnopravnog osiguranja. Smatram da takva klauzula ne bi smjela biti u ugovoru, pogotovo ako se sa zasnivanjem lebdećeg založnopravnog osiguranja nije u potpunosti iskoristila vrijednost pokretne stvari. Takva klauzula bila bi ništava i prema čl. 307. st. 4. ZV jer bi ona sprječavala dužnika da osnuje založno pravo na istom zalogu. Sasvim je drugo pitanje je li u interesu tog drugog vjerovnika da prihvati zalog (bez predaje stvari u posjed) na speciesu koji je ujedno u režimu lebdećeg založnopravnog osiguranja.

Preostaje razmatranje mogućih pitanja koja se postavljaju u situacijama u kojima je na individualno određenom predmetu (*species*) zasnovano sudsko ili javnobilježničko založnopravno osiguranje, a da se pored toga taj predmet nalazi unutar prostora koji je u režimu lebdećeg založnopravnog osiguranja, kao dio *genusa*. S obzirom na to da se, i jedno i drugo sredstvo osiguranja tražbina, upisuju u upisnik, vjerovnik kojem se u zalog bez predaje u posjed nudi species vidi iz upisnika da na istom predmetu već postoji lebdeće založnopravno osiguranje, pa je na njemu rizik da ga prihvati ili odbaci. Prihvati li ga izlaže se visokom riziku da ostane nenamiren.

U komparativnom pravu<sup>21</sup> u toj se situaciji drugi po rangu vjerovnik može zaštititi na način sklapanja s ovlaštenikom lebdećeg založnopravnog osiguranja sporazum o subordinaciji njegove tražbine.

Dođe li ipak do osnivanja tih dvaju sredstava osiguranja, od kojih je prvo lebdeće založnopravno osiguranje, treba razmotriti situaciju u kojoj jedan od vjerovnika pokreće ovrhu na predmetu, a tražbina drugog vjerovnika je dospjela. Ako to čini vjerovnik radi prisilnog namirenja tražbine, osigurane lebdećim založnopravnim osiguranjem i pljenidbenim popisom bude zahvaćen i predmet, na kojem drugi vjerovnik ima sudsko ili javnobilježničko založnopravno osiguranje, s obzirom da se prvenstveni red računa prema vremenu upisa (arg. iz čl. 37. st. 6 i 3. ZU), šanse vjerovnika, koji ima založnopravno osiguranje na speciesu da se namiri su izgledne.

Ako je vjerovnik, koji ima lebdeće založnopravno osiguranje pokrenuo ovrhu, a založni vjerovnik na određenoj stvari je prvi u vremenu, potonji će se morati koristiti prigovorom da se ovrha na tom predmetu proglašava nedopuštenom (čl. 55. OZ). Tražbina vjerovnika osiguranog lebdećim založnopravnim

---

<sup>21</sup> Komparativno gledano, rješenja su različita. Neki sustavi izričito zabranjuju zalaganje pojedinačno određenih stvari nakon što je zasnovano lebdeće založnopravno osiguranje, zbog bojazni od erozije predmeta osiguranja (finsko pravo). Dok, neki sustavi ostavljaju to dispoziciji stranaka, pri čemu nema jasnog stava je li upis takvih zabrana u upisnik stvarnopravno učinkovit (djeluje li prema trećima). Zbog rizika kojem je izložen vjerovnik, koji ima založno pravo na pojedinačno određenoj stvari, kada je taj isti predmet ujedno i u režimu flotantnog zaloga u engleskoj praksi, uobičajeno je da vjerovnik koji ima založno pravo na speciesu zahtijeva od vjerovnika koji ima flotantni zalog da se odrekne svog prava prvenstva u odnosu na taj predmet osiguranja (*subordination agreement*). Na taj način ovaj drugi vjerovnik ima "garanciju" da se u slučaju ovrhe vjerovnik flotantnog zaloga neće namirivati prije njega iz vrijednosti založene pokretnine.

osiguranjem će se namiriti iz vrijednosti ostalih pokretnina obuhvaćenih pljenidbenim popisom.

Pokrene li ovrhu vjerovnik koji ima založno pravo na određenom predmetu, koji je ujedno u režimu lebdećeg založnog osiguranja, a tražbina vjerovnika koji ima lebdeće založnog osiguranje još nije dospjela, to za vjerovnika koji je pokrenuo ovrhu na speciesu predstavlja situaciju koja nije do kraja izvjesna. Ako je vjerovnik koji ima lebdeće založnog osiguranje dovoljno osiguran (održava se margina pokrića u skladištu), a ovrha na predmetu koji se nalazi u režimu lebdećeg založnog osiguranja ne predstavlja razlog zbog kojeg prema ugovoru nastupa prijevremeno dospjeće osigurane tražbine, vjerovnik koji je pokrenuo ovrhu ima šanse i da se namiri iz vrijednosti predmeta. Međutim, ako je ugovorom to predviđeno kao jedan od razloga prijevremene dospjelosti (nastupa situacija podosiguranja, jer se radi o ovrši na pokretnoj stvari koja predstavlja bitan ili veći dio dužnikovog inventara), vjerovnik lebdećeg založnog osiguranja će zatražiti ovrhu, u kojem slučaju će zbog svog višeg položaja u prvenstvenom redu opet istisnuti vjerovnika koji ima založnog osiguranje na speciesu, izlučnim prigovorom.

Okolnost pokretanja ovrhe na speciesu može biti poznata imatelju lebdećeg založnog osiguranja iz upisnika (zabilježba ovrhe – vidi čl. 7. st. 3. Zakona), ali i iz neposrednog uvida u stanje na skladištu tijekom obavljanja pregleda, na koji bi po ugovoru trebao imati pravo.

Stoga, iako se sa zasnivanjem lebdećeg založnog osiguranja ne mora iscrpiti u potpunosti vrijednost predmeta osiguranja, te je moguće nekoj od tih pokretnih stvari zasnovati i sudsko, odnosno javnobilježničko založnog osiguranje, rizik nenamirenja za potonjeg vjerovnika je vrlo velik.

Ručni zalog neće nikad doći u koliziju s lebdećim založnim osiguranjem s obzirom da lebdeće založnog osiguranje prestaje u trenutku izlaska stvari iz prostora, a ručni zalog uvijek podrazumijeva stvarnu deposedaciju dužnika.

### *c) Prisilno založno pravo i lebdeće založnog osiguranje*

Za prisilno založno pravo vrijede iste naznake kao i za ugovorno založno pravo bez predaje u posjed, s tom razlikom da za prvenstveni red prisilnog založnog prava nije mjerodavno vrijeme upisa u upisnik, jer se prisilno založno pravo stječe pljenidbenim popisom. Izuzetak je predviđen OZ-om za motorna vozila s obzirom na to da se taj trenutak odgađa do zabilježbe ovrhe u upisniku motornih vozila koji vodi policijska uprava.

Iako se lebdeće založnog osiguranje predmetno konkretizira tek u trenutku pljenidbe, tj. ono zahvaća samo pokretnine iz pljenidbenog popisa po pokrenutoj ovrši, prednosni red vjerovnika koji ima lebdeće založnog osiguranje, računa se prema vremenu upisa. Osoba koja je stekla prisilno založno pravo imat će prednost pred vjerovnikom koji ima lebdeće založnog osiguranje jedino ako je pljenidbeni popis obavljen prije nego što je stečeno

lebdeće založnopravno osiguranje. To je prema čl. 17. st. 2. ZU vrijeme zaprimanja prijedloga za upis u službi upisa.

#### *d) Zakonsko založno pravo*

Naše pravo poznaje razmjerno širok krug zakonskih založnih prava, od kojih je po mišljenju autorice, kod ovog instituta razmatranje zaslužuju nekoliko njih: zakonsko založno pravo skladištara (čl. 750. st. 2. ZOO) i najmodavca (čl. 565. ZOO). Poseban specifikum predstavlja zakonsko založno pravo, tzv. javnog komisionara koje nastaje u ovrsi, ako se prodaja stvari obavlja putem javnog komisionara.

Iako je najčešće slučaj da dužnik ima vlastiti ili unajmljeni skladišni prostor zamisliva situacija u kojoj dužnik neke pokretne stvari (osobito žito, južno voće, neke prehrambene proizvode) drži u specijaliziranim skladištima temeljem ugovora o uskladištenju. Iako je neposredni posjed stvari onaj minimum koji se traži da bi dužnik bio u mogućnosti da stvari založi u režimu lebdećeg založnopravnog osiguranja, u toj situaciji dužnik nije u neposrednom posjedu. Bez obzira na to, budući da dužnik na tim stvarima ima samostalni (vlasnički) i posredni posjed, ima opravdanja da i to bude valjani titulus koji ga ovlašćuje da zalaže stvari. Ipak je potreban oprez jer iako OZ dopušta i mogućnost da se popišu i ovršenikove pokretne koje se nalaze u posjedu treće osobe, za to je potreban njezin pristanak. U protivnom sud će na ovrhovoditelja, na njegov prijedlog, prenijeti ovršenikovo pravo na predaju stvari. (čl. 131. st. 6. i 7. OZ).

Ako je nastala tražbina iz ugovora o uskladištenju, to znači da je nastalo i založno pravo koje ju osigurava. Tražbina iz ugovora o uskladištenju ne mora biti dospjela (kao što se to primjerice zahtijeva prema čl. 826. ZOO kod ugovora o trgovinskom zastupanju – iako je sada po novom ZOO-u ovdje riječ o pravu zadržanja, a ne više o zakonskom založnom pravu), ali mora postojati.

Iduće zakonsko založno pravo koje bi moglo neposredno zadirati u interese vjerovnika čija je tražbina osigurana lebdećim založnopravnim osiguranjem je zakonsko založno pravo najmodavca nekretnine za dužnu najamninu, (ali i ostale troškove iz ugovora o najmu) prema čl. 565. ZOO. Najmodavac ima založno pravo na unesenim stvarima najmoprimca, te pravo zadržanja istih do namirenja tih tražbina. Iako je u nekim sustavima izraženo shvaćanje da zakonsko založno pravo ima prednost pred ugovornim oblicima osiguranja tražbina, u nas bi zbog jedinstva založnog prava kao pravnog instituta, valjalo red prvenstva između vjerovnika koji ima lebdeće založnopravno osiguranje i vjerovnika čija je tražbina osigurana zakonskim založnim pravom računati prema kriteriju prvi u vremenu. Pri tom vrijeme nastanka zakonskog založnog prava ne mora biti vrijeme sklapanja ugovora, već vrijeme nastanka tražbine iz tog ugovora za koji zakon predviđa postojanje zakonskog založnog prava.

Tražbina koja je osigurana zakonskim založnim pravom osigurana je u svojoj potpunosti, a osiguranima se smatraju kamate i troškovi. Međutim, ako bi nad dužnikom bio otvoren stečajni postupak, najmodavac nekretnine bi u stečaju

imao položaj razlučnog vjerovnika, ali je njegovo razlučno pravo, tj. pravo odvojenog namirenja ograničeno iznosom zakupnine odnosno najamnine koja su duguje u posljednjih godinu dana, osim zakupodavca poljoprivrednog zemljišta namirenje čijeg zakonskog založnog prava nije ograničeno ni u stečajnom postupku (čl. 82. st. 2. SZ).

Javni komisionar, prema čl. 143. d. st. 4. OZ-a stječe zakonsko založno pravo na pokretninama koje su mu predane radi prodaje za naplatu troškova i nagrade, neovisno o tome čije su pokretnine i jesu li ovršne radnje, na temelju kojih su mu pokretnine predane, valjane ili nisu. Komisionarevo zakonsko založno pravo ostvaruje prednosni red pred svim založnim pravima drugih osoba na pokretninama. S obzirom na tu okolnost, vjerovnik čija je tražbina osigurana lebdećim založnopravnim osiguranjem mora o tome voditi računa.

#### *e) Fiducijarno osiguranje, leasing, zadržanje prava vlasništva*

S obzirom da fiducijarno osiguranje ostvaruje svrhu sličnu založnom pravu, a to je osiguranje tražbine prijenosom vlasništva na pokretnoj stvari, postavlja se pitanje uspostave prednosnog reda između vjerovnika kojem je preneseno pravo vlasništva na određenoj pokretnoj stvari radi osiguranja njihove tražbine ili je zadržao pravo vlasništva na pokretnoj stvari do pune isplate kupovne cijene. Slična se pitanja postavljaju u odnosu na založnog dužnika koji je u neposrednom posjedu pokretnih stvari koje je uzeo, npr. u financijski leasing, jer vlasništvo kod leasinga ostaje kod davatelja leasinga, a ono će prijeći tek kada i ako se realizira opcija kupnje.

Svi ti odnosi na temelju kojih je neka osoba (privremeno i radi osiguranja) stekla ili pridržala pravo vlasništva podobni su za upis u upisnik, a vrijeme upisa je kriterij za uspostavu prednosnog reda. Spektar prava koja se upisuju uređuje čl. 6. ZU-a. Iz diktije čl. 6. st. 1. t. 6. ZU-a dade se iščitati da se prijenosi vlasništva na pokretninama (...) na kojima su već zasnovana založna prava mogu upisati u upisnik i nakon zasnivanja tih založnih prava ako su u skladu sa zakonom i ako su dopušteni. Međutim, ZU spominje samo založna prava iz t. 1. čl. 6. ZU-a, a među tim založnim pravima ne nalazi se lebdeće založnopravno osiguranje.

Iz toga se dade zaključiti, *a contrario*, da nije moguć prijenos vlasništva na pokretnim stvarima na kojima je već zasnovano lebdeće založnopravno osiguranje, već samo na onim pokretnim stvarima na kojima je založno pravo stečeno ovrhom ili osiguranjem (na speciesu). Nastavno proizlazi da nije moguć sukob između fiducijara i vjerovnika lebdećeg založnopravnog osiguranja, jer nakon upisa lebdećeg založnopravnog osiguranja neće biti moguć prijenos vlasništva radi osiguranja (fiducija).

S druge strane, postavlja se pitanje je li moguće i obrnuto, da se nakon upisa fiducijarnog osiguranja na pokretnim stvarima zasnuje lebdeće založnopravno osiguranje? Odgovor je potvrđan. Prava fiducijara su u tom slučaju očuvana jer je on ionako prvi u vremenu, a prijenos vlasništva zahvaća točno određenu stvar. Ako



bi kojim slučajem baš ta pokretna stvar bila zahvaćena ovrhom jer se našla u skladištu kada se obavljao pljenidbeni popis, fiducijar bi imao pravo prvenstvenog namirenja, a vjerovnik čija je tražbina osigurana lebdećim založnopravnim osiguranjem namirivao bi se podredno ili iz drugih stvari zahvaćenih ovrhom.

S obzirom na to da institut zadržanja prava vlasništva po naravi stvari prethodi lebdećem založnopravnom osiguranju (najprije dužnik mora dobiti u posjed stvar na kojoj je njegov dobavljač već pridržao pravo vlasništva) i ovdje će ovlaštenik pridržaja prava vlasništva upiše li se u upisnik biti u prednosti pred vjerovnikom koji ima lebdeće založnopravno osiguranje.

## **7. Ovrha na pokretninama radi naplate tražbine osigurane lebdećim založnopravnim osiguranjem**

### **7.1. Pokretanje ovrhe, popis pokretnina i obujam popisa**

Nakon što je dospjela osigurana tražbina vjerovnik čija je tražbina osigurana lebdećim založnopravnim osiguranjem pokrenut će postupak prisilne realizacije osigurane tražbine – ovrhom na pokretnim stvarima. ZU ne propisuje neki poseban modalitet prisilne realizacije osim ovrhe, s obzirom na to da se u funkcionalnom smislu lebdeće založnopravno osiguranje oslanja na sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje, koje se također prisilno ostvaruje u ovrši. Jedini "ovršni" specifikum ZU-a je propis prema kojem se predmetom lebdećeg založnopravnog osiguranja smatraju *sve* pokretnine koje se prigodom pljenidbe zateknu u prostoru određenom ugovorom, a u preostalom vrijede popisi o ovrši na pokretnim stvarima.

Kako je posljednjom novelom OZ-a značajnije izmijenjena ovrha na pokretninama, te će izmjene utjecati i na prisilnu realizaciju lebdećeg založnopravnog osiguranja. Što se tiče samog operativnog dijela uočavamo razliku u tom smislu što se popis pokretnina na kojima je zasnovano sudsko ili javnobilježničko založnopravno osiguranje obavlja kao radnja osiguranja pa se u ovrši više ne ponavlja, dok se kod lebdećeg založnopravnog osiguranja logično javlja tek u ovrši, jer se pri zasnivanju popis *ne provodi*. Naime, jedna od funkcionalnih osobitosti postupka založnopravnog osiguranja sporazumom stranaka sastoji se u tome da se na postupak osiguranja izravno nadovezuje postupak ovrhe pa se radnje osiguranja ne ponavljaju.<sup>22</sup> Stoga nakon što predlagatelj osiguranja podnese ovršni prijedlog, sud će odrediti i provesti ovrhu nakon što utvrdi ovršnost sporazuma *"na predmetima protivnika osiguranja na kojima je na*

<sup>22</sup> Vidi čl. 267. st. 4. OZ: U postupku ovrhe radi naplate novčane tražbine osigurane založnim pravom prema odredbama ove glave, radnje kojima je založno pravo stečeno neće se ponavljati, već će imati pravni učinak od dana stjecanja založnoga prava u postupku osiguranja. Vidi i DIKA, M., *Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka*, u: Zbornik radova "Novo stečajno i ovršno pravo", Zagreb, 1996., str. 88-89.

temelju sporazuma stranaka stečeno založno pravo..." s tim da će taj radnji nužno prethoditi sastavljanje pljenidbenog popisa (čl. 131. st. 1. OZ).

Sukladno OZ-u, u pravilu se popisuju pokretnine koje se nalaze u posjedu ovršenika (založnog dužnika), a u ovom slučaju popisat će se *sve* pokretnine koje se nalaze u određenom prostoru. Svakako, ako su založene samo pokretnine određene vrste, popisat će se sve pokretnine određene vrste. OZ dopušta i mogućnost da se popišu i ovršenikove pokretnine koje se nalaze u posjedu treće osobe, (kada dužnik te stvari drži u specijaliziranom skladištu), ali samo ako ta osoba na to pristane. U protivnom, sud će na ovrhovoditelja, na njegov prijedlog, prenijeti ovršenikovo pravo na predaju stvari (čl. 131. st. 6. i 7 OZ).

S obzirom na to, da OZ regulira obujam pljenidbenog popisa na način popisivanja onoliko pokretnina koliko je potrebno za namirenje ovrhovoditeljeve tražbine i troškova ovrhe, te da se prvenstveno popisuju pokretnine u pogledu kojih nema primjedbi o postojanju prava koje bi sprječavalo ovrhu i pokretnine koje se najlakše mogu unovčiti, postavlja se pitanje kako tumačiti te odredbe kod lebdećeg založnopravnog osiguranja s obzirom na jasnu dikciju da se popisuju sve stvari. Smatram da je tu potrebna određena elastičnost pri postupanju, jer iz izjava nazočnih stranaka i trećih osoba (čl. 132. st. 2. OZ) može proizaći da se iznos osigurane tražbine može namiriti ovrhom na samo nekim pokretninama. Ipak smanjenje obujma pljenidbenog popisa ne može se provesti ako se ovrhovoditelj tome protivi, jer je on taj koji odabirom pokretnina utječe na uspješnost provedbe ovrhe,<sup>23</sup> i samim tim preuzima određenu odgovornost za izbor predmeta ovrhe i njihovu daljnju prodaju.<sup>24</sup> U prilog tezi da je to dispozicija ovrhovoditelja govori i propis iz čl. 301. st. 5. ZV-a koji propisuje da založno pravo osigurava namirenje iz vrijednosti zaloga određene tražbine kao cjeline, pa se opterećenje zaloga ne smanjuje sa smanjenjem tražbine, ako nije što drugo zakonom određeno. Međutim, ako se u provedenoj ovrshi pokaže da je popis bio prekomjeran za naplatu tražbine ovrhovoditelj bi mogao odgovarati dužniku za štetu po općim načelima odgovornosti.

## **7.2. Oduzimanje pokretnina i osobe kojima se predaju na čuvanje**

Prema noveliranom OZ-u gotovo da i nema mjesta da pokretne stvari koje su predmetom ovrhe ostanu kod ovršenika, jer je jedna od ključnih izmjena uvođenje obvezatnog oduzimanja zapljenjenih pokretnina ovršeniku i njihovim povjeravanjem na čuvanje ovrhovoditelju, sudu ili trećoj osobi. Ipak, ako ovrhovoditelj ne osigura sve što je potrebno za otpremu i smještaj pokretnina pa nastupi odgoda (oduzimanja i otpreme pokretnina), jasno je da će ovršenik ostati u posjedu stvari za vrijeme koje predloži ovrhovoditelj, (ali ne duže od tri

<sup>23</sup> DIKA, M., *Novela Ovršnog zakona iz 2005. – opći pregled*, u: *Novela Ovršnog zakona iz 2005.*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 62.

<sup>24</sup> NEKIĆ-PLEVKO, N. *Ovrha na pokretninama*, u: *Novela Ovršnog zakona iz 2005.*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 188.

mjeseca). Na stvarima koje ostaju kod ovršenika mora se označiti da su zaplijenjene (čl. 133. st. 3. OZ). Kod lebdećeg založnopravnog osiguranja to može biti problem ako se radi o kabastim pokretnim stvarima ili živim životinjama. Oznaka zapljene tada bi se trebala staviti na prostor u kojem se one nalaze. Ovrhovoditelj je dužan već u svom prijedlogu za ovrhu naznačiti kome će se stvari predati na čuvanje, njemu ili trećoj osobi osim ako se ne radi o pokretninama koje se predaju u sudski odnosno javnobilježnički polog – čl. 133. st. 4. i 5. OZ (npr. dragocjenosti, poput zlatnog nakita i sl.).

### ***7.3. Način predaje pokretnina na čuvanje i procjena***

S obzirom na to da se pokretne stvari u pravilu oduzimaju od ovršenika, OZ je uredio način predaje pokretnina na čuvanje u čl. 133.a OZ-a, s tim da je organizaciju same otpreme stavio u zadatak ovrhovoditelju kao i dužnost pribavljanja adekvatna smještaja. Pronalaženje adekvatnog smještaja naročito je važno za pokretne stvari koje su lako pokvarljive (prehrambeni artikli koji iziskuju hlađenje i sl.), odnosno žive životinje, premještanjem kojih raste rizik od njihova "gubitka/oštećenja". Stoga prije otpreme pokretnina sudski ovršitelj provjerava jesu li ispunjeni uvjeti za njihov smještaj, o čemu sastavlja zapisnik (čl. 133.a. st. 2. i 3. OZ). Sudski ovršitelj također prati oduzete pokretnine do mjesta gdje će biti smještene na čuvanje te sastavlja zapisnik o primopredaji. Ako ovrhovoditelj ne osigura sve što je potrebno za otpremu i smještaj pokretnina, dolazi do odgode otpreme (ne duže od tri mjeseca), odnosno u slučaju propusta tog ročišta do obustave ovrhe.

Dragocjenosti koje su založene lebdećim založnopravnim osiguranjem (primjerice, nakit iz draguljarnice) predaju se u sudski odnosno javnobilježnički polog, a isto vrijedi i za pokretnine veće vrijednosti, ako su prikladne za takav način čuvanja (čl. 133. st. 4. i 5. OZ).

S obzirom na visoke troškove oduzimanja i otpreme pokretnih stvari pogotovo kada su u pitanju žive životinje ili predmeti koji zahtijevaju posebne uvjete skladištenja, postavlja se pitanje može li se kod lebdećeg založnopravnog osiguranja, s obzirom na to da su predmet zaloga pokretne stvari koje se nalaze na određenom prostoru, "oduzimanje stvari" provesti simboličkom tradicijom – predajom ključeva skladišta ili dijela skladišta kako bi ostvario nesmetani i isključivi posjed zapljenjenih pokretnih stvari. Iako se tu zapravo radi o predaji u posjed nekretnine u kojoj se nalaze pokretne stvari, mišljenja sam da je ovo rješenje jedino smisljeno u uvjetima kada je pokretne stvari potrebno redovno održavati (provjetravanje ili hranjenje kao što je, primjerice potrebno kod živih životinja). Uvjeti u kojima se uzgajaju životinje predviđene za proizvodnju i preradu mesa često su u toj mjeri specifični da ih se ne može ponoviti u nekim drugim uvjetima. U tim slučajevima potrebna su i elastična rješenja. Simboličku tradiciju ključeva skladišta kao način predaje u posjed svih stvari koje se nalaze u skladištu (kao način stjecanja dobrovoljnog založnog prava) prihvaćaju kao

koncept i autori koji načelno odriču mogućnost zalaganja skupnih ili generičkih stvari.<sup>25</sup>

Istodobno s pljenidbenim popisom obavlja se i procjena pokretnina, od strane sudskog ovršitelja, odnosno sudskog procjenitelja ili posebnog vještaka kojeg je odredio sud. To nije slučaj ako se stvari povjeravaju na prodaju javnom komisio-  
naru, koji sam obavlja procjenu.

#### **7.4. Način prodaje pokretnina i oglašavanje vremena i mjesta prodaje**

Prodaja pokretnih stvari može se provesti usmenom javnom dražbom ili neposrednom pogodbom. Način prodaje određuje sud. Javnu dražbu provodi sudski ovršitelj, ali se ona može povjeriti i javnom bilježniku. Prodaju neposrednom pogodbom može obaviti sudski ovršitelj ili osoba koja obavlja komisione poslove. Sudski ovršitelj pokretnine prodaje kupcu, u ime i za račun ovršenika, a osoba koja obavlja komisione poslove u svoje ime, a za račun ovršenika. Prodaja dražbom određuje se ako su u pitanju pokretnine veće vrijednosti, a opravdano je očekivati da će se unovčiti cijenom većom od procijenjene vrijednosti.

Prodaja pokretnina mora se oglasiti na oglasnoj ploči suda, a ovrhovoditelj i ovršenik posebno se obavještavaju o mjestu, danu i satu prodaje. Prodaja zaplijenjenih stvari u pravilu se provodi tek nakon pravomoćnosti rješenja o ovrsi,<sup>26</sup> a između pljenidbe i prodaje mora proteći najmanje petnaest dana.

#### **7.5. Prodaja na dražbi**

Dražba se održava i ako pristupi i samo jedan ponuditelj. Nakon što se utvrdi da su ispunjeni uvjeti, pristupa se dražbi, s time da se ona zaključuje 10 minuta nakon stavljanja najpovoljnije ponude. Osoba koja ima zakonsko ili ugovorno pravo prvokupa upisano u odgovarajućem upisniku ima prednost pred najpovoljnijim ponuditeljem, ako odmah nakon zaključenja dražbe izjavi da pokretninu prodaje uz iste uvjete. Na prvoj dražbi pokretnine se ne mogu prodati ispod dvije trećine procijenjene vrijednosti. Ako se na prvoj dražbi ne postigne cijena (2/3 procijenjene vrijednosti) sud na prijedlog stranke, određuje novu dražbu na kojoj se pokretnine mogu prodati ispod te cijene, ali ne ispod jedne trećine procijenjene vrijednosti. Prijedlog za drugu dražbu stranka može podnijeti u roku od petnaest dana od dana prve dražbe. Ako nijedna od stranaka ne predloži

<sup>25</sup> Tako GAVELLA, N., *Založno pravo*, Zagreb, 1992., str. 52, bilješka 92. koji po uzoru na njemačke autore takav oblik zalaganja niti ne smatra zalaganjem skupnih stvari. Autor podsjeća da je situacija u pogledu određenosti objekta ista kao i kod založnog prava najmodavca na unesenim stvarima.

<sup>26</sup> Izuzeci su: ako ovršenik ne pristane da se prodaja obavi prije toga; ako su u pitanju pokretnine koje su podložne brzom kvarenju; ako postoji opasnost od znatnoga pada njihove cijene; ako ovrhovoditelj daje jamčevinu za štetu koju bi bio dužan naknaditi ovršeniku u slučaju da rješenje o ovrsi ne postane pravomoćno.

u propisanom roku drugu dražbu ili ako se stvari ne uspiju prodati ni na drugoj dražbi sud će obustaviti ovrhu.

### **7.6. Prodaja neposrednom pogodbom**

Odredbe o poštivanju cjenovnih limita primjenjuju se kod prve i ponovljene prodaje neposrednom pogodbom. Također se primjenjuje propis o roku podnošenja prijedloga neke od stranaka za određivanje nove prodaje neposrednom pogodbom, kao i posljedice propuštanja tog roka, odnosno neuspjeha nove prodaje neposrednom pogodbom (obustava ovrhe).

### **7.7. Polog kupovne cijene**

Kupac je dužan položiti kupovninu i pokretnine uzeti odmah nakon zaključenja dražbe, odnosno prodaje neposrednom pogodbom, u protivnom će se smatrati da prodaja dražbom/neposrednom pogodbom nije uspjela. Pod određenim uvjetima sudski ovršitelj može predati pokretnine kupcu i ako nije položio kupovninu (pristanak ovrhovoditelja). Vlasništvo na pokretnim stvarima kupac je stekao trenutkom preuzimanja kupljenih pokretnina. S obzirom na to da je kupac stekao vlasništvo na stvari bez tereta, odredbu čl. 143. st. 6. OZ-a o tome da "kupcu ne pripadaju prava po osnovi odgovornosti zbog nedostataka stvari" treba razumjeti na način da se to odnosi samo na materijalne nedostatke.

### **7.8. Posebni oblici prodaje pokretnih stvari**

#### *7.8.1. Prodaja putem javnih komisionara*

##### *a) primjena kod lebdećeg založnopravnog osiguranja*

Prodaja pokretnina putem javnih komisionara jedna je od najvećih novina OZ-a. Osim što se bavi ustrojstvenim pitanjima službe javnih komisionara (uvjeti organizacija, nadzor, osiguranje od odgovornosti i sl.) OZ regulira i način obavljanja prodaje pokretnih stvari putem javnih komisionara. S obzirom na to da će predmeti lebdećeg založnopravnog osiguranja obuhvaćati širok spektar (generičkih) pokretnih stvari koje se nalaze u ili na određenom prostoru, vjerujem da će javni komisionari biti ključni modalitet provedbe ovrhe na pokretninama koje su u režimu lebdećeg založnopravnog osiguranja, posebice ako je u pitanju građevinski materijal, rasuti tereti, određeni gotovi proizvodi i poluproizvodi, sirovine, gorivo u krutom, tekućem i plinovitom stanju, motorna vozila, plovila, namještaj, tehnička roba i sl.

Rjeđe će predmetom prodaje putem javnih komisionara biti žive životinje i stvari koje su podložne brzom kvarenju, s obzirom na to da javni komisionar mora imati na raspolaganju i poseban smještajni prostor odnosno ispunjavati i druge uvjete za čuvanje tih pokretnih stvari.

*b) povjeravanje prodaje javnom komisionaru i zakonsko založno pravo*

Prodaju putem javnog komisionara predlaže ovrhovoditelj u prijedlogu za ovrhu, (ali može i naknadno tijekom postupka). S obzirom na svoje javno ovlaštenje komisionar mora<sup>27</sup> preuzeti zaplijenjene pokretne stvari za čiju je prodaju dobio dozvolu (čl. 143.h st. 4. OZ) ako je ovrhovoditelj spreman platiti predujam. Predujam služi za pokriće troškova koje će komisionar imati u svezi s preuzetim pokretninama. Osim troškova komisionar ima pravo na nagradu za obavljene poslove. Komisionar, osim toga stječe zakonsko založno pravo na pokretninama koje su mu predane radi prodaje za naplatu troškova i nagrade, neovisno o tome čije su pokretne stvari i jesu li ovršne radnje na temelju kojih su mu pokretne stvari predane valjane ili nisu.

Ono što je novo, to je da je komisionarevo zakonsko založno pravo ostvaruje prednosni red pred svim založnim pravima drugih osoba na pokretninama. S obzirom na tu okolnost, vjerovnik čija je tražbina osigurana lebdećim založnopravnim osiguranjem, kao i s obzirom na njegovu procesnu inicijativu u ovrshi mora imati jasnu aproksimaciju visine troškova i nagrade komisionara kako bi utvrdio je li to najpovoljniji način prodaje pokretnih stvari s obzirom da će se njegova tražbina namiriti nakon komisionarevih tražbina osiguranih zakonskim založnim pravom.

*c) postupanje s preuzetim pokretnim stvarima*

Komisionar je s preuzetim pokretnim stvarima dužan postupati savjesno i u skladu s pravilima struke, posebice vodeći računa o njihovom pravilnom razvrstavanju, čuvanju, održavanju. Pokretne stvari moraju biti izložene na način da ih zainteresirane osobe mogu razgledati u redovno radno vrijeme komisionara. Komisionar je dužan o pokretninama davati obavijesti i oglašavati njihovu prodaju. Na izloženim pokretninama će se naznačiti njihov broj prema kome se vode kod komisionara. Naglasak je na tome da se zaštite podatci o prijašnjem vlasniku kao i o ovršnom postupku u kojem su zaplijenjene. Postoji mogućnost da komisionar da posebno jamstvo za nedostatke stvari, u kojem slučaju ne vrijedi propis prema kojem se za pokretnu stvar kupljenu na dražbi (neposrednom pogodbom) ne može isticati prigovor postojanja (materijalnih) nedostataka stvari.

U pogledu obveze komisionara da nudi stvari na prodaju, komisionar može nuditi stvari na prodaju preko oglasnih ploča, kataloga, javnih medija, interneta te na drugi odgovarajući način objaviti podatke o pokretninama koje se prodaju preko njega uz naznaku načina i vremena njihova razgledavanja te prodaje.

---

<sup>27</sup> Samo iznimno, zbog nedostatka slobodnog prostora ili izvanrednih okolnosti, komisionar može odbiti preuzeti određene pokretne stvari, a odgovara ovrhovoditelju za štetu koju on pretrpi zbog neosnovanog odbijanja u preuzimanju pokretne stvari na čuvanje i prodaju (čl. 143.d. st. 6. i 7. OZ).

#### *d) provedba prodaje*

Kao i kada prodaju provodi sudski ovršitelj i prodaja putem komisionara može se odvijati na javnoj dražbi ili neposrednom pogodbom. Ako se prodaja provodi na dražbi tada je provodi javni bilježnik, a na dražbi mogu sudjelovati kao kupci samo osobe koje su uplatile jamčevinu. Fleksibilno je i vrijeme održavanja dražbe.

Nakon provedene prodaje, komisionar će iz postignute cijene najprije namiriti troškove pohrane, prodaje pokretnine kao i svoju nagradu. Preostali iznos uplaćuje se na račun suda zajedno s izvodom iz zapisnika javnog bilježnika o dražbi te obračunom troškova i nagrade. Sud treba dati strankama mogućnost izjašnjavanja o obračunu komisionara, nakon čega svojim rješenjem ili odobrava komisionarev obračun ili mu nalaže uplaćivanje razlike na račun suda. Žalba stranaka i komisionara na rješenje suda nema suspenzivni karakter.

Za sve radnje koje poduzima komisionar u svezi s pokretnim stvarima koje su mu povjerene na prodaju (preuzimanje, razvrstavanje, čuvanje, osiguranje, održavanje i izlaganje pokretnina, davanje obavijesti o njima, oglašavanje njihove prodaje, provedba same prodaje te rukovanje s dobivenim novčanim sredstvima) komisionar odgovara strankama za štetu koju im pričinu povrjedom svojih dužnosti.

#### *7.8.2. Prodaja motornih vozila*

##### *a) primjena kod lebdećeg založnog osiguranja*

Motorna vozila bila su i ostaju preferirani predmet osiguranja tražbine kada su u pitanju pokretnine, budući da postoji potražnja za rabljenim motornim vozilima i da se relativno lako utvrđuje njihova vrijednost. S obzirom na to da se na lak način individualiziraju, kao i zato što su vrjednije pokretnine, motorna vozila češće će biti predmet sudskog ili javnobilježničkog založnog osiguranja na speciesu, pogotovo kada su u pitanju dužnici fizičke osobe koje motorna vozila kupuju za osobnu uporabu. Međutim, s obzirom na veliki broj uvoznika i distributera motornih vozila koji motorna vozila povlače iz centraliziranih skladišta moguće je da se motorna vozila pojave i kao predmet lebdećeg založnog osiguranja, bilo kod tih trgovačkih društava (uvoznika ili distributera) ili kod društava koje se bave prijevoznikom djelatnošću (rent-a-car društva i sl.), odnosno prodajom rabljenih vozila.

Osim ovršne isprave, da bi sud odredio ovrhu na motornom vozilu potreban je i izvadak iz evidencije policijske uprave o vlasništvu ovršenika na motornom vozilu. Već je ranije rečeno da, zbog flotantne prirode lebdećeg založnog osiguranja, založno pravo zahvaća one predmete koji se trenutkom obavljanja pljenidbenog popisa nađu u skladišnom prostoru. Ako se radi o motornim vozilima koja se nalaze u skladištima generalnih uvoznika, tada izvadak iz evidencije policijske uprave neće biti moguće pribaviti jer još nije obavljena registracija motornog vozila, iako je vlasništvo već možda prešlo na uvoznika, a

možda i na krajnjeg kupca.<sup>28</sup> Stoga za ta motorna vozila neće biti moguća niti zabilježba ovrhe u upisnik vozila, ali će biti moguća zabilježba ovrhe u upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima.

Treba napomenuti da u pogledu vremena stjecanja založnog prava na motornom vozilu OZ odgađa taj trenutak s trenutka obavljanja pljenidbenog popisa (koji inače vrijedi za pokretnine) na trenutak zabilježbe ovrhe (u upisnik policije). To će imati svoju primjenu kod registriranih vozila, ali ne i kod onih koja nisu registrirana. Pomicanje tog vremenskog trenutka imalo je utjecaj i na računanje prednosnog reda kod ovrhe na motornom vozilu. Kod ovrhe koja predstavlja ostvarenje prisilnog ili dobrovoljnog založnog prava na speciesu, prednosni red založnog prava na motornom vozilu računa se od dana dostave rješenja o ovrši policijskoj upravi, dok kod lebdećeg založnopravnog osiguranja taj trenutak ide unatrag – i određen je trenutkom upisa lebdećeg založnopravnog osiguranja u upisnik.

Bez obzira što se odredba OZ-a prema kojoj se nakon zabilježbe ovrhe (u upisnik policije) ne dopušta upis promjene prava vlasništva na motornom vozilu niti upis tereta na tom vozilu na temelju raspoložbi ovršenika, ne može primijeniti ako vozilo nije registrirano, zabilježba ovrhe u upisnik osiguranja tražbina ostvaruje po mom mišljenju istu funkciju i može biti supstitut do trenutka registracije.

#### *b) oduzimanje, čuvanje i procjena motornog vozila*

Iako se pretpostavke za određivanje ovrhe na motornom vozilu u određenoj mjeri razlikuju od režima koji vrijedi za druge pokretnine, neke ovršne radnje po naravi stvari ne dolaze u obzir, kao primjerice, otprema. Oduzimanje motornog vozila je radnja koju obavlja sam sudski ovršitelj na temelju zaključka suda, a prigodom obavljanja te radnje sudski ovršitelj skida tablice s motornog vozila. Oduzeto motorno vozilo predaje se na čuvanje ovrhovoditelju ili trećoj osobi. Treća osoba kojoj se predaje motorno vozilo može biti i komisionar koji osim čuvanja tada obavlja procjenu i prodaju istog.

Kod same prodaje, bilo javnom dražbom ili neposrednom pogodbom, ne ističe se oznaka registarskog broja i broja šasije. Sudionik u dražbi može zatražiti anonimno sudjelovanje u dražbi preko posebnog zastupnika.

Po pologu kupovnine i preuzimanja vozila sud ovlašćuje kupca da zatraži od policijske uprave svoga prebivališta ili sjedišta upis prava vlasništva na kupljenom motornom vozilu te izdavanje knjižice vozila i prometne dozvole. Radi očuvanja identiteta kupca koji želi ostati anonimna zaključak suda ne dostavlja se ovršeniku te se izdvaja iz spisa i čuva kao službena tajna.

<sup>28</sup> Policijska uprava ima podatke i o korisnicima tzv. privremenih tablica, koje kod policijske uprave "zadužuju" distributeri motornih vozila (prodajna mreža), ali ti podatci nisu u sustavu.



Kupac motornog vozila u ovrsi postaje vlasnikom upisom u upisnik motornih vozila kod nadležne policijske uprave, a sud posebnim zaključkom određuje brisanje prava vlasništva ovršenika na prodanom vozilu u upisniku policijske uprave u kojemu je ono bilo upisano, te brisanja založnog prava u Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima.

### **7.9. Namirenje ovrhovoditelja**

OZ razlikuje situacije namirenja jednog i više ovrhovoditelja. Ako se iz prodajne cijene namiruje samo jedan ovrhovoditelj, sud određuje da se iz iznosa dobivenoga prodajom stvari i oduzetoga novca namire redom: troškovi postupka, troškovi određeni u ovršnoj ispravi, kamate do dana unovčenja pokretnine i glavna tražbina. Eventualni višak postignute cijene predaje se ovršeniku, ako za to nema smetnji.

Prilikom namirenja više ovrhovoditelja, odnosno ako se, pored ovrhovoditelja namiruju i osobe čija prava prestaju prodajom pokretnine, oni se iz prodajne cijene namiruju prema vremenu stjecanja založnog ili drugog prava koje prodajom prestaje, ako zakonom za određene tražbine nije propisano prvenstveno pravo namirenja. To je slučaj kod tražbina javnog komisionara. Ovrhovoditelji istoga reda koji se iz prodajne cijene ne mogu potpuno namiriti namiruju se razmjerno iznosima svojih tražbina.

## **8. Zaključak**

S uvođenjem lebdećeg založnopravnog osiguranja intencija zakonodavca bila je ponuditi takvo sredstvo osiguranja tražbina po uzoru na modele u komparativnom pravu koje će prvenstveno omogućiti dužniku nesmetano poslovanje s pokretnim stvarima koje su u režimu založnopravnog osiguranja, što dosad nije bilo moguće ostvariti kroz koncept sudskog i javnobilježničkog založnopravnog osiguranja, odnosno fiducijarnog osiguranja. Pri razradi novog instituta vodilo se, pored toga računa o zaštiti interesa i drugih involviranih subjekata, a osobito interesa osobe koja kupuje od dužnika "založenu stvar" kao i interesa osiguranog vjerovnika. Pored toga vodilo se računa i o tome da se zbog velikog broja sredstava osiguranja tražbina na pokretnim stvarima utvrde pravila i o prednosnom redu.

Osebnost ovog instituta sastoji se u mogućnosti zalaganja generički određenih stvari koje se kao speciesi identificiraju tek u ovrsi, odnosno pri obavljanju pljenidbenog popisa. Pljenidbeni popis se, dakle, kod lebdećeg založnopravnog osiguranja ne obavlja kao radnja osiguranja kao što je to slučaj kod sudskog i javnobilježničkog založnopravnog osiguranja. Kada bi se popis stvari obavio već u fazi osiguranja, zbog materijalnopravnih konsekvenci koje OZ vezuje uz tu radnju – zabranu raspolaganja (čl. 134. st. 1. OZ), ali i kaznenopravnih dužnik ne bi bio u mogućnosti raspolaganja predmetom

osiguranja. Važna prednost zasnivanja lebdećeg založnog pravnog osiguranja sastoji se u tome što se položaj tog vjerovnika u prednosnom redu računa prema vremenu upisa tog sredstva osiguranja u upisnik osiguranja tražbina, a ne prema trenutku obavljanja pljenidbenog popisa.

Po načinu zasnivanja, ZU analogno upućuje na primjenu pravila o sudskom ili javnobilježničkom založnom pravnom osiguranju iz OZ-a. Na taj način lebdeće založno pravno osiguranje pridružuje se onoj grupi instituta koji zbog "formalnog" načina zasnivanja imaju određena procesnopravna obilježja. Kako je materijalno pravno uređenje ovog instituta minimalno, jer ZU ostaje na tragu razmjerno velike slobodu ugovaranja, neminovno se postavlja pitanje, kojim je propisima omeđena stranačka autonomija. U svakom slučaju podredno dolaze u obzir propisi OZ-a, ali i propisi ZV-a koji se odnose na založno pravo. Tako primjerice dispozitivan propis ZV-a koji uređuje da se založno pravo prostire i na pripadnostima pokretne stvari, ako stranke nisu što drugo ugovorile, imao bi svoju primjenu i kod lebdećeg založnog pravnog osiguranja. Pripadnostima su obuhvaćeni prirast, plodovi i pripadci. Međutim, kada je u pitanju "status" onih pokretnih stvari koje se smatraju pripadnostima nekretnine, tu ZU ima konkretno rješenje, koje ima za cilj izbjegavanje sukoba između vjerovnika čija je tražbina osigurana hipotekom na nekretnini koja se prostire i pripadnostima i vjerovnika koji na istim tim pokretnim stvarima ima lebdeće založno pravno osiguranje. Problem je riješen na način da se ne može zasnivati lebdeće založno pravno osiguranje ako je egzistentna hipoteka na nekretnini. Ako nije zasnovana hipoteka na nekretnini tada je moguće opteretiti pripadke nekretnine lebdećim založnom pravnom osiguranjem, s posljedicom da od trenutka zasnivanja (upisa) lebdećeg založnog pravnog osiguranja te stvari gube svojstvo pripadka nekretnine.

Kako bi se zaštitili vjerovnikovi interesi u novom okruženju gdje se dužniku daje mogućnost da slobodno otuđuje založene predmete, (ali i da ih nadomješta) preporuča se da ugovorne strane prije zaključenja ugovora, umjesto popisivanja stvari procijene vrijednost predmeta osiguranja, kako bi to bila polazna vrijednost, koja će vjerovniku omogućiti praćenje dužnika, odnosno donošenje suda o tome je li njegova tražbina u dovoljnoj mjeri osigurana za vrijeme trajanja ugovora. Stoga je uputno postupiti kao i u njemačkoj poslovnoj praksi u kojoj se iz istih razloga ugovara, tzv. margina pokrića (Deckungsgrenze – Mindestdeckungsklausel). To je ono stanje na skladištu koje pruža vjerovniku garanciju da je njegova tražbina osigurana. Do izračuna margine pokrića dolazi se na način da se inicijalnoj vrijednosti predmeta osiguranja (polazna osnovica mogu biti primjerice, mjesečne zalihe koje osiguravaju dužniku normalno poslovanje) pridoda rizik deprecijacije predmeta osiguranja do kojeg dolazi u ovrsi (Sicherungszuschlag), a vjerojatno će se na marginu pokrića prevaliti i troškovi ovršnog postupka s obzirom na to da novelirani OZ organizaciju ovrhe stavlja u zadatak ovrhovoditelju. Prednost ugovaranja margine pokrića ogleda se i u tome što bi pad margine pokrića, trebao generirati analogno pravo vjerovnika da proglasi prijevremeno dospjeće osigurane tražbine, nakon čega kreće u ovrhu. Na taj način su vjerovnikovi interesi zaštićeni.

Pravo dužnika da otuđi predmet osiguranja tražbine svakako se reflektira i na položaj treće osobe koja od dužnika kupuje ili na drugi način stječe stvari na kojima postoji lebdeće založnopravno osiguranje. Kako je dužnik, u nedostatku drukčijeg sporazuma stranaka *dužan nadomještati otuđene ili odnesene pokretnine, prema prirodi svoje djelatnosti* postavlja se pitanje hoće li položaj treće osobe biti neizvjesan ako dužnik ne otuđuje prema prirodi svoje djelatnosti i može li vjerovnik koji ima lebdeće založnopravno osiguranje iz tog razloga osporavati valjanost takva stjecanja. Kako je u komparativnom pravu, mogućnost osporavanja stvarnopravne učinkovitosti takva stjecanja vrlo ograničena, smatramo da bi takav stav trebalo zauzeti i u nas. Takav bi se pravni posao eventualno mogao pobijati kao pravna radnja dužnika, što ipak na strani treće osobe implicira postojanje znanja o tome da se tom radnjom oštećuju vjerovnici. Kriterij "prirode djelatnosti" bitan je zbog odnosa između vjerovnika i dužnika, jer ako dužnik ne otuđuje na taj način, to daje povoda vjerovniku pokretanje ugovornih mehanizama, najčešće da aktivira prisilno namirenje osigurane tražbine. Da taj kriteriji nije bitan u odnosu na treću osobu govori i propis prema kojem svi predmeti koji izlaze iz skladišta prestaju biti predmetom zaloga, čime na njima prestaje i, tzv. pravo sljeđenja. Za stjecatelja u dobroj vjeri pojavljuje se jedino problem ako kupi stvar, ali ne iznese tu stvar iz skladišta prije pljenidbenog popisa, jer se u ovrši popisuju sve stvari koje se zateknu u skladištu. Stoga je u interesu stjecatelja, (tj. kupca) da što prije preuzme kupljene stvari, ako ih preuzima sa skladišta (EXW).

Svakako da je kao i marginu pokrića, pojam "nadomještanja stvari prema prirodi djelatnosti" potrebno pojasniti ugovorom, pri čemu treba u razmatranje uzeti primjerice dinamiku prodaje, ciklus obrta kapitala i sl. Za očekivati je da će na taj način kreditirati dužnike samo one banke koje kroz duži period prate dužnikovo poslovanje, te imaju jasne pokazatelje njegove likvidnosti, dinamike naplate i sl.

Iduće pitanje koje se postavlja je mogućnost vjerovnika da ograniči dužnika u njegovu pravu raspolaganja založenim predmetom, najčešće kroz zabranu daljnjeg zalaganja ili zasnivanja nekog drugog sredstva osiguranja tražbine. U komparativnom pravu ovo je pitanje vrlo aktualno jer time često nastoji "vezati" dužnika za jednog kreditora, a s druge strane odstraniti moguću konkurenciju raznih osiguranja tražbina na istom objektu. Na ovo pitanje treba dati negativan odgovor. Slijedom čl. 307. st. 4. ZV-a takav bi uglavak bio ništav. Interes vjerovnika koji ima lebdeće založnopravno osiguranje je ionako očuvan jer se njegov prednosni red računa prema vremenu upisa lebdećeg založnopravnog osiguranja. Sasvim je odvojeno pitanje je li u interesu drugog (po redu) vjerovnika prihvaćanje takvog zaloga na specijesu koji se nalazi u prostoru režima lebdećeg založnopravnog osiguranja. Smatram da drugi vjerovnik ima interesa optirati za tu mogućnost samo ako se radi o ručnom zalogu, s obzirom na to da lebdeće založnopravno osiguranje prestaje trenutkom izlaska stvari iz prostora, a ručni zalog uvijek podrazumijeva stvarnu deposedaciju dužnika.

Pri razmatranju položaja drugih subjekata čije se pravo namirenja može prostirati na istim pokretnim stvarima na kojima se prostire lebdeće založnopravno osiguranje, pozornost zaslužuje zakonsko založno pravo javnog komisionara, koje se stječe u ovrsi na pokretninama koje su mu predane radi prodaje za naplatu troškova i nagrade. Kako komisionarevo zakonsko založno pravo ostvaruje prednosni red pred svim založnim pravima drugih osoba na pokretninama, vjerovnik čija je tražbina osigurana lebdećim založnopravnim osiguranjem mora uzeti u obzir mogućnost da će se javni komisionar namiriti prije njega.

U pogledu mogućnosti da se na stvarima na kojima postoji lebdeće založnopravno osiguranje naknadno zasnjuje fiducija, treba odgovoriti negativno, jer je prema čl. 6. st. 1. t. 6. ZU-a proizlazi da je prijenos vlasništva na pokretninama na kojima su već zasnovana založna prava mogu upisati u upisnik i nakon zasnivanja tih založnih prava ako su u skladu sa zakonom i ako su dopušteni, ali se među tim "založnim pravima", ne nalazi lebdeće založnopravno osiguranje. Nastavno proizlazi da nije moguć sukob između fiducijara i vjerovnika lebdećeg založnopravnog osiguranja, jer nakon upisa lebdećeg založnopravnog osiguranja neće biti moguć prijenos vlasništva radi osiguranja (fiducija).

ZU ne propisuje neki poseban modalitet prisilne realizacije lebdećeg založnopravnog osiguranja osim ovrhe, s obzirom na to da se u funkcionalnom smislu lebdeće založnopravno osiguranje oslanja na sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje, koje se također prisilno ostvaruje u ovrsi. Jedini "ovršni" specifikum ZU-a je propis prema kojem se predmetom lebdećeg založnopravnog osiguranja smatraju *sve* pokretnine koje se prigodom pljenidbe zateknu u prostoru određenom ugovorom, u preostalom vrijede propisi o ovrsi na pokretnim stvarima.

S obzirom na to da OZ regulira obujam pljenidbenog popisa na način da se popisuje onoliko pokretnina koliko je potrebno za namirenje ovrhovoditeljeve tražbine i troškova ovrhe, te da se prvenstveno popisuju pokretnine u pogledu kojih nema primjedbi o postojanju prava koje bi sprječavalo ovrhu i pokretnine koje se najlakše mogu unovčiti, postavlja se pitanje može li se i na čiju inicijativu suziti obujam pljenidbenog popisa, iako ZU propisuje da se popisuju sve stvari koje se zateknu u skladištu. Iako iz izjava nazočnih stranaka i trećih osoba može proizići da se iznos osigurane tražbine može namiriti ovrhom na samo nekim pokretninama, smanjenje obujma pljenidbenog popisa ne može se provesti ako se tome protivi ovrhovoditelj, jer je on taj koji odabirom pokretnina utječe na uspješnost provedbe ovrhe i samim tim preuzima određenu odgovornost za izbor predmeta ovrhe i njihovu daljnju prodaju. U prilog tezi da je to dispozicija ovrhovoditelja govori i propis iz čl. 301. st. 5. ZV koji propisuje da založno pravo osigurava namirenje iz vrijednosti zaloga određene tražbine kao cjeline, pa se opterećenje zaloga ne smanjuje sa smanjenjem tražbine, ako nije što drugo određeno zakonom. Međutim, ako se pri provedbi ovrhe pokaže da je popis bio prekomjeran za naplatu tražbine ovrhovoditelj bi mogao odgovarati dužniku za štetu po općim načelima odgovornosti za štetu.

S obzirom na visoke troškove oduzimanja i otpreme pokretnih stvari do kojih dolazi u ovrsi, pogotovo s obzirom na okolnost da su stvari na kojima postoji lebdeće založnopravno osiguranje već negdje uskladištene, postavlja se pitanje može li se kod lebdećeg založnopravnog osiguranja, s obzirom na to da su predmet zaloga pokretne stvari koje se nalaze na određenom prostoru, "oduzimanje stvari" u ovrsi provesti simboličkom tradicijom – predajom ključeva skladišta ili dijela skladišta kako bi ostvario nesmetani i isključivi posjed zapljenjenih pokretnih stvari. Mišljenja sam da to treba dopustiti, pogotovo kada postoje posebni uvjeti skladištenja. Uvjeti u kojima se uzgajaju životinje predviđene za proizvodnju i preradu mesa često su u toj mjeri specifični da ih se ne može ponoviti u nekim drugim uvjetima (uzgoj peradi na farmama zatvorenog tipa). Simboličku tradiciju ključeva skladišta kao način predaje u posjed svih stvari koje se nalaze u skladištu (kao način stjecanja dobrovoljnog založnog prava) prihvaćaju kao koncept i autori koji načelno odriču mogućnost zalaganja skupnih ili generičkih stvari. S obzirom na to da će predmeti lebdećeg založnopravnog osiguranja obuhvaćati širok spektar (generičkih) pokretnih stvari koje se nalaze u ili na određenom prostoru, vjerujem da će javni komisionari biti ključni modalitet provedbe ovrhe na pokretninama koje su u režimu lebdećeg založnopravnog osiguranja.

U pogledu motornih vozila, vjerujem da će oni zbog jednostavne identifikacije založenog predmeta, kao i zbog njihove relativno veće vrijednosti biti i dalje preferirani oblik založnopravnog osiguranja, ali kao speciesi. Zamislivo je i da se pojavljuju u režimu lebdećeg založnopravnog osiguranja, možda još dok se nalaze u skladištima generalnih uvoznika. Pri tom treba uzeti u obzir da se radi o vozilima koja nisu još registrirana pa je u toj fazi nemoguće pribaviti izvadak iz evidencije policijske uprave, koja ima ulogu dodatka ovršnoj ispravi. Stoga za ta motorna vozila neće biti moguća niti zabilježba ovrhe u upisnik vozila, ali će biti moguća zabilježba ovrhe u upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima, što bi trebalo vrijediti kao funkcionalni ekvivalent.

Od ostalih propisa ZV-a čija bi primjena mogla doći u obzir i kod lebdećeg založnopravnog osiguranja je propis o nužnoj prodaji zaloga (čl. 327. ZV), iako bi razlozi koji dovode do nastanka tog prava mogli biti ugovorom označeni kao razlozi koji daju pravo vjerovniku na prisilnu realizaciju osigurane tražbine, koja će se provesti u ovrsi. Upitno je bi li založni vjerovnik s pozivom na čl. 337. ZV-a ostvarivao svoju tražbinu izvansudskim putem, ako su se za to ispunile zakonom određene pretpostavke (riječ je o pokretnini, a založni je dužnik u trenutku osnivanja založnoga prava ili naknadno izričito u pisanom obliku dopustio takvo namirivanje, ili se radi o pokretnini koja je dana u zalog za osiguranje tražbine iz trgovačkoga posla). Kako je u tom slučaju založni vjerovnik ovlašten ostvarivati svoje pravo na namirenje uglavnom putem javne dražbe (javnoga nadmetanja) postavlja se pitanje je li takva javna dražba, inicirana privatnim putem, ekvivalent ovrsi.

S obzirom na to da se u ovrsi po prvi puta precizira predmet na kojem se provodi ovrha, a to je radnja koju poduzima sudski ovršitelj, smatram da ovaj put ne bi bio moguć. Naravno, da je moguće da ugovorne strane namire osiguranu tražbinu i na drugi način, ali se niti jednu od njih ne može na to prisiliti (npr. da vjerovnik ovlasti dužnika da sam proda stvar). U etapi dospijeća osigurane tražbine teško je očekivati da će ugovorne strane u privatnoj režiji riješiti svoje suprotstavljene interese. Odgovornost za provedbu namirenja na taj način snosio bi vjerovnik.

### Summary

## **FLOATING CHARGE ON GENERIC MOVABLES ACCORDING TO THE LAW ON VOLUNTARY PLEDGE REGISTRY ON MOVABLES AND RIGHTS**

The Law on Voluntary Pledge Registry introduced legal institute of floating charge that enabled pledging of generic movables and thus regulated already existing business practice. At the same time, it altered the principle of clear determination of the object of pledge as a form of property right. In respect to the former rule, which gave right to the pledge debtor to retain possession of the pledged object, the new solution also enables alienation of pledged objects in due course of debtor's business activity, posing obligation to substitute them with new things. Pledged objects are thus individualized only indirectly through individualization of premises in which the objects are stored. Although this institute does not represent absolute exception, since it bears similarities with the pledge object of legally established lessor's pledge rights on lessee's things situated in the leased premises, it is nevertheless important to analyze influence of this new regulation on creditor's position, especially with the view on the fact that pledge debtor can freely alienate pledged objects which, once they leave certain premises, cease to be pledged objects. The paper also examines position of pledge creditor in relation to third persons who have on the same objects other forms of security rights, and analyses their position in order of priority. The author points out that creditor of floating charge has a rank of priority according to the time of registry of his floating charge, although his pledged object is only concretized at the moment of seizure. Furthermore, in light of the newest revision of the Enforcement Law related to enforcement on movables, the author draws attention to problems and modalities of enforcement on generic movables.

**Key words:** *floating charge, Law on Voluntary Pledge Registry, generic movables.*

## Zusammenfassung

**FLIEGENDEN PFANDRECHTLICHE  
FORDERUNGSSICHERUNG AN BEWEGLICHE SACHEN UND  
RECHTE NACH DEM GESETZ ÜBER GERICHTLICHE UND  
NOTARISCHE FORDERUNGSSICHERUNGSREGISTER**

Mit der Einführung der fliegenden pfandrechtlichen Sicherung wurde es durch das Gesetz über gerichtliche und notarische Forderungssicherungsregister, möglich, bewegliche Sachen mit wechselndem Bestand (Warenlager) zu pfänden. Auf diese Weise wurde die schon bestehende Geschäftspraxis sanktioniert, die die Notwendigkeit solcher Formen der Verpfändung aufgezeigt hat, aber andererseits wurde das Prinzip der strengen Bestimmtheit des Objektes des Sachen(Pfand)rechts durchbrochen. Im Verhältnis zu früheren Regulationen, die erlaubten, dass der Pfandschuldner im Besitz der Sachen blieb, und die Sachen benutzt, erlaubt die neue Lösung dem Pfandschuldner, die Sachen gemäß des ordentlichen Geschäftsablaufs zu veräußern mit der Verpflichtung sie durch neue Sachen zu ersetzen. Obwohl diese Lösung kein absolutes Unicum ist, denn es erinnert an das Objekts des gesetzlichen Pfändungsrechts des Vermieters auf Sachen, die der Mieter in den gemieteten Raum eingebracht hat, muss dennoch in dem neuen Umkreis der Regeln überprüft werden, wie diese Lösung auf die Lage des versicherten Gläubigers einwirkt, besonders bezüglich des Umstands, dass der Pfandschuldner die verpfändeten Sachen ungestört veräußert, und dass mit dem Weggang der Sachen aus einem bestimmten Raum das Pfandrecht auf diesen Pfandsachen nicht mehr besteht. Die Lage des Pfandgläubigers wird in der Arbeit in Beziehung zu einer dritten Person untersucht, die an denselben Versicherungsgegenstand eine andere Versicherungsforderung hat und es wird deren Lage in der Subskriptionsfolge beleuchtet. Es wird darauf hingewiesen, dass der Gläubiger, der eine fliegende Pfandrechtversicherung hat, ein Vorrangsrecht bezüglich der Subskriptionszeit der fliegenden Pfandrechtversicherung realisiert, wenn sein Pfandobjekt erst im Moment der Beschlagnahme konkretisiert wird. Es wird außerdem im Lichte der Änderungen, die durch die letzte Änderung des Pfandgesetzes bei der Pfändung beweglicher Sachen eingetreten sind, auf die Probleme und Modalitäten der Durchführung der Pfändung von beweglichen Sachen wenn sie nach ihrer Herkunft bestimmt werden, hingewiesen.

**Schlüsselwörter:** *fliegende pfandrechtliche Sicherung, Gesetz über gerichtliche und notarische Forderungssicherungsregister an bewegliche Sachen, bewegliche Sachen mit wechselndem Bestand (Warenlager).*

## Sommario

### **PEGNO VARIABILE SU BENI MOBILI GENERICI SECONDO LA LEGGE SULLA REGISTRAZIONE VOLONTARIA DEL PEGNO SU BENI MOBILI E DIRITTI**

La Legge sulla registrazione volontaria del pegno ha introdotto l'istituto giuridico del pegno variabile che consente di impegnare beni mobili generici, e quindi ha regolato la pratica economica già esistente. Allo stesso tempo, essa ha alterato il principio della chiara determinazione del possesso dell'oggetto del pegno come forma del diritto di proprietà. Con riguardo alla regola precedente, che affermava il diritto del debitore del pegno di ritenzione del possesso dell'oggetto del pegno, la nuova soluzione permette pure l'alienazione degli oggetti del pegno nel corso dell'attività economica del debitore, ponendo l'obbligazione di sostituirli con nuovi beni. Gli oggetti del pegno sono così individuati solo indirettamente, attraverso l'individuazione dei locali in cui i beni sono conservati. Nonostante questo istituto non rappresenti un'assoluta eccezione, poiché esprime affinità con il pegno di oggetto per diritti di pegno del locatore stabiliti legalmente sui beni del locatario situati nei locali locati, è importante tuttavia l'analisi dell'influenza di questa nuova regolazione della posizione del creditore, in particolare in considerazione del fatto che il debitore del pegno può liberamente vendere gli oggetti impegnati, che una volta essi lascino determinati locali cessano di essere beni sotto pegno. L'articolo esamina altresì la posizione del creditore del pegno in rapporto a terze persone che hanno altre forme di diritti di garanzia sugli stessi beni, e analizza la loro posizione in ordine di priorità. L'autrice indica che il creditore di pegno variabile possiede una posizione di priorità secondo il tempo della registrazione del suo pegno variabile, nonostante il suo oggetto del pegno si concretizzi solo al momento del sequestro. Alla luce dell'ultima revisione della Legge sull'esecuzione in rapporto ai beni mobili, l'autrice pone attenzione inoltre ai problemi e alle modalità dell'esecuzione sui beni mobili generici.

***Parole chiave:** pegno variabile, Legge sulla registrazione volontaria del pegno, beni mobili generici.*





## ACTIO TRIBUTORIA

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

UDK: 347.922.6(37)  
Ur.: 11. svibnja 2006.  
Pr.: 28. kolovoza 2006.  
Izvorni znanstveni članak

*Actio tributoria je jedna od adjektivijskih tužbi koja je uvedena zbog specifičnih zahtjeva trgovinskog prometa kojima actio de peculio nije mogla udovoljiti. Primjenjivana je u slučaju kada bi rob ili slobodna osoba alieni iuris sa znanjem gospodara upotrijebili pekulij ili dio pekulija (merx peculiaris) za vođenje trgovinskog ili nekog drugog obrta. Temeljem tributorne tužbe predviđena je izravna odgovornost imatelja vlasti koji je prilikom raspodjele merx peculiaris dolozno oštetio vjerovnike. U članku su istražena sporna pitanja vezana za tužbu tributoria, prvenstveno pitanje pravne naravi (actio ex delicto ili actio ex contractu), te osnovne pretpostavke potrebne za njeno podizanje: scientia domini, tributio dolosa, merx peculiaris. U završnom dijelu rada analiziran je odnos između tužbe tributoria i tužbi de peculio i institoria.*

**Ključne riječi:** actio tributoria, rimsko pravo.

### I. Uvod

Premda je u rimskom pravu vrijedilo načelo *qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest* podčinjene osobe i robovi često su *precario iure* od svog *pater familiasa* dobijale određenu sumu novca ili drugu imovinu (*peculium*) koju su sa znanjem gospodara mogli upotrijebiti za vođenje trgovinske ili neke druge radnje (*negotiarum merce peculiarium*). Ta imovina (*merx peculiaris*), kao i sve ono što je služilo poslovanju radnjom, ili je stečeno poslovanjem, služila je namirenju imatelja vlasti i vjerovnika, kod kojih je podčinjeni preuzeo obveze. Imatelj vlasti bio je obavezan isplatiti vjerovnike razmjerno visini njihovih tražbina, pri čemu je mogao uračunati razmjerni dio svojih (naravnih) tražbina. Ako bi pri toj raspodjeli (*tributio*) svjesno oštetio (*dolo malo*) nekog od vjerovnika, oštećeni vjerovnik mogao je putem *actio tributoria*<sup>1</sup> zahtijevati onaj

<sup>1</sup> Osnovni izvori i literatura o *actio tributoria*: G.4.72,74a; D.14.4; I.4.7.3; Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig 1927, 271; Heumann, *De tributoria actione*, Jena 1836; Mandry, *Das gemeine*

iznos koji bi dobio pravičnom raspodjelom. Zaštita povjerenja trećega, koji stupa u ugovorne odnose s podčinjenim, je osnova na kojoj počiva *actio tributoria*. U slučaju da podčinjeni nije mogao ispuniti obveze vezane za vođenje radnje jer je *peculium* bio iscrpljen, pretor je vjerovnicima stavljao na raspolaganje robu iz radnje ili sredstva dobivena prodajom robe. Imatelj vlasti je u okviru tog privatnog bankrota bio obvezan namiriti vjerovnike razmjerno njihovim tražbinama, pri čemu je i sam mogao nastupiti kao vjerovnik i uračunati razmjerni dio svojih zahtjeva prema podčinjenom.<sup>2</sup> Za razliku od *actio de peculio* kod koje je *dominus* imao pravo prvenstva u namirenju svojih tražbina iz pekulija pred drugim vjerovnicima (*privilegium deductionis*) sukladno načelu *prior tempore, potior iure* koje se uobičajeno primjenjivalo kod pekulijarne odgovornosti, kod *actio tributoria* on se poziva na raspodjelu (*in tributum vocatur*) i tretira kao *extraneus creditor*, tj. kao i svaki drugi vjerovnik koji sudjeluje u raspodjeli *merx peculiaris* (*par condicio creditorum*). S obzirom na tu činjenicu moglo bi se reći da je za vjerovnike bila povoljnija *actio tributoria* nego *actio de peculio* (premda Gaj napominje da će tužitelju biti korisnije podići *actio de peculio* u slučaju kada je podčinjeni samo dio robe iz pekulija upotrijebio za trgovinsku djelatnost jer bi inače samo taj dio kod *actio tributoriae* bio predmetom raspodjele). Za primjenu *actio tributoriae* bilo je bitno da je podčinjeni svoj pekulij upotrijebio za vođenje trgovine ili nekog obrta sa znanjem gospodara. Ako je *dominus* prešutno podnosio poslovnu djelatnost svog podčinjenog, smatralo se da je i na taj način dao suglasnost, sukladno načelu *qui tacet consentire videtur, si loqui potuisset ac debuisset*.<sup>3</sup> Raspodjela pekulija među vjerovnicima vršena je *pro rata*, kako Ulpianus kaže: "*tributio autem fit pro rata eius quod cuique debeatur*" (D.14.4.5.19). Ako još uvijek nije sigurno koliko vjerovnika postoji, vjerovnici na koje je privremeno vršena raspodjela morali su dati jamstvo da će i ostali vjerovnici biti namireni *pro rata* (D.14.4.5.19: "*se refusores si forte alii emerent creditores*").

Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechtes, Tübingen 1876; Buckland, The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1908; Costa, Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee, Torino 1925; Valiño, La "actio tributoria", SDHI 38 (1967), 103; Claus, Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Recht, Berlin 1973; Di Porto, Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.), Milano 1984; (prikazi: Burdese, Labeo 32 [1986], 204; Bürge, ZSS 105 [1988], 856.); Balestri Fumagalli, L'"actio tributoria" nel sistema delle opere istituzionali di Gaio, di Giustiniano e di Teofilo, Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milano I (1987), 122; Watson, Roman Slave Law, London 1987; Chiusi, Contributo allo studio dell'editto "De tributaria actione", Roma 1993. (prikazi: Talamanca, BIDR 96-97 [1993/94], 703; Klingenberg, TR 65 [1997], 121); Aubert, Business Managers in Ancient Rome. A Social and Economic Study of *Institores*, 200 B.C. – A.D. 250, Leiden/New York/Köln 1994; De Ligt, Legal History and Economic History: the Case of the *Actiones Adiecticiae Qualitatis*, TR 67 (1999), 205; Miceli, Sulla struttura formulare delle "*actiones adiecticiae qualitatis*", Torino 2001.

<sup>2</sup> Jörs/Kunkel, Römisches Privatrecht, Berlin 1949, 267.

<sup>3</sup> Ledersteger-Falkenegg, Die Entwicklung der Stellvertretung im römischen Recht nach den lateinischen Quellen, Erlangen 1902, 92.

## II. Sporna pitanja glede tužbe *tributoria*

*Actio tributoria* uvedena je zbog specifičnih zahtjeva trgovinskog i pravnog života kasne Republike koje *actio de peculio* nije mogla ispuniti. Po prvi put spominje je Labeo<sup>4</sup> (D.14.4.7.4) pa je vjerojatno nastala u 1. st. p.n.e.<sup>5</sup> Za nju su vezane mnoge kontroverzne hipoteze i sporna pitanja. Prije svega, sporan je "adjektivijski" karakter tužbe *tributoria*. Dok većina romanista smatra da je *actio tributoria* neosnovano uvrštena među *actiones adiecticiae qualitatis*,<sup>6</sup> postoje autori koji ističu da postoje elementi koji združuju tužbu *tributoria* s ostalim adjektivijskim tužbama.<sup>7</sup> Ono po čemu se ta tužba razlikuje od ostalih adjektivijskih tužbi je činjenica da se putem *actio tributoriae* ne sankcionira odgovornost roba ili slobodne podčinjene osobe, nego se predviđa izravna odgovornost imatelja vlasti, koji je prilikom raspodjele (*tributio*) robe iz pekulija (*merx peculiaris*) dolozno oštetio vjerovnike. Zbog toga u njenoj formuli nije bila predviđena promjena subjekata.<sup>8</sup>

Romanisti koji su pristaše adjektivijske naravi tužbe *tributoria* pozivaju se prvenstveno na tekstove Gajevih i Justinijanovih Institucija u kojima se *actio tributoria* tretira na sličan način kao i druge *actiones adiecticiae qualitatis*.

<sup>4</sup> Prema Lenelovoj rekonstrukciji Edikt "*de tributoria actione*" smješten je između edikata "*de institoria*" i "*quod cum eo*". Digesta koja odražavaju poredak iz Edikta, obrađuju tužbu *tributoria* u 4. titulu 14. knjige, odmah nakon titula "*de institoria actione*" i prije "*quod cum eo*". Odvajanje tužbi *institoria* i *tributoria* izvršeno je i kod Ulpijana (tužbu *institoria* obrađuje u 28. knjizi *ad ed.*, a tužbu *tributoria* u 29. knjizi *ad ed.*) i Julijana (materiju o tužbi *institoria* izlaže u 11., a materiju o tužbi *tributoria* u 11. i 12. knjizi *dig.*).

<sup>5</sup> Valiño, nav. dj., 124.

<sup>6</sup> Kaser, *Das Römische Privatrecht*, München 1971, 609; Miceli, nav. dj., 320.

<sup>7</sup> Chiusi, nav. dj., 377. smatra da ne postoje razlozi, čak ni s procesualnog stanovišta, zbog kojih bi tužbu *tributoria* trebalo odvajati od ostalih adjektivijskih tužbi. Balestri Fumagalli bavi se u cijelom djelu svjedočanstvima koja se odnose ne samo na tužbu *tributoria*, nego su zajednička svim adjektivijskim tužbama, ne vodeći računa o eventualnim razlikama. Ipak, u nav. dj., 192. priznaje da se adjektivijska obilježja odnose na *vocatio in tributum*, a ne na *actio tributoria*; sl. Buti, *Studi sulla capacità patrimoniale dei "servi"*, Napoli 1976, 151, n. 7.

<sup>8</sup> Sporno je, je li vršena promjena subjekata u formuli tužbe *tributoria*. Kaser, nav. dj., 606, n. 3; Hausmaninger/Selb, *Römisches Privatrecht*, Wien/Köln 1985, 384; Heumann, nav. dj., 67; Mandry, nav. dj., 452; Baron, *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess. Die Adjecticischen Klagen*, Berlin 1882, 175; Valiño, nav. dj., 123; Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 146, 159; isti, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 351; Provera, *Lezioni sul processo civile giustiniano I-II*, Torino 1989, 275. smatraju da nije vršena promjena subjekata u formuli tužbe *tributoria*; suprotno Chiusi, nav. dj., 377; Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, Padova 1999, 80-81; s izvjesnom nesigurnošću Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig 1883, 215, isti, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig 1927, 271. Slijedeći Lenelovu ideju o ugovornom temelju tužbe *tributoria* Chiusi, nav. dj., 378. predlaže sljedeći sastav formule: u *demonstratio* se navodi zaključenje ugovora *mercis nomine* i oba konstitutivna elementa tužbe: *merce peculiari negotiari* i *scientia domini*; *intentio* je *in ius* koncipirana i kod robova dopunjena s *fictio libertatis*; *condemnatio* sadrži najprije ograničenje na *merx peculiaris pro rata portione*, gdje Chiusi ugrađuje i slučajeve dolusa koji dovode do osude na *quanto minus tributum sit quam debuerit*.

Područje primjene tributorne tužbe ovisilo je o shvaćanju termina "*merx*" koji također izaziva brojne kontroverze u romanističkoj znanosti. *Merx peculiaris* kvalificiran je kao samostalna imovina unutar pekulija s određenom namjenom: "Zweckvermögen" (Bekker), kao *universitas iurium* (Micolier) ili kao odijeljena imovina (Mandry, Valiño, Di Porto). Pozivajući se na Ulpijanovo mišljenje u D.14.4.1.2 Chiusi naglašava da *merx peculiaris* treba promatrati odvojeno od pekulija<sup>9</sup> u svjetlu relativne imovinske samostalnosti jer *merx* obvezuje gospodara temeljem tributorne tužbe i u slučaju kada u pekuliju nema više ničega, što proizilazi iz činjenice da je *dominus* bio upoznat s djelatnošću svog podčinjenog. *Merx peculiaris* obrazuje roba koja se nalazi u radnji kojom rukovodi rob, u svrhu trgovanja.

### III. Pravna narav tužbe tributoria: actio ex delicto ili actio ex contractu?

S obzirom na pravnu narav tributorne tužbe postoje razni doktrinarni aspekti koji se mogu svesti na tri osnovne postavke.

Dio autora sklon je tvrdnji o penalnom karakteru tužbe *tributoria* koji izvode iz nužnosti postojanja doloznog ponašanja gospodara, kao nužnog zahtjeva za njegovo pozivanje na sud. Polazeći od pretpostavke da *actio tributoria* može biti dopuštena jedino u svrhu reprimiranja doloznog ponašanja *dominusa*, smatraju da je *actio tributoria* u stvari *actio ex delicto*, tj. *actio* koja svoju osnovu temelji na dolusu imatelja vlasti, a ne na ugovoru zaključenom od strane podčinjenoga. Po tome bi se ona razlikovala od *actio de peculio* i od ostalih adjektivskih tužbi, u čiji krug je zagovornici ove teze ne uvrštavaju. Ne uzimaju u obzir *negotiarum merce peculiarium* i *scientia domini* kao pretpostavke za tužbu, nego samo tzv. *vocatio in tributum*. Prvenstveno Valiño oživljava staru Heumannovu teoriju po kojoj *actio tributoria* ima jedini cilj sankcioniranje prijevare imatelja vlasti, pa budući da se temelji na prijevari, ne može biti smatrana tužbom *ex contractu*. Sukladno njenoj naravi i ciljevima *actio tributoria* je *actio in factum* i ne može se ubrojiti među *actiones adiecticiae qualitatis*.<sup>10</sup>

Prema suprotnom stanovištu, ugovorni karakter tributorne tužbe uopće se ne može dovoditi u pitanje. Autori koji odlučno zagovaraju reipersekutorni karakter

<sup>9</sup> O definicijama pekulija v. Watson, nav. dj., 90; Amirante, Lavoro di giuristi sul peculio. Le definizioni da Q. Mucio a Ulpiano. Studi Sanfilippo III, Milano 1983, 1; Buti, nav. dj., 13; Melluso, La schiavitù nell'età giustiniana. Disciplina giuridica e rilevanza sociale, Paris 2000, 171; Morabito, Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste, Paris 1981, 102; Žeber, A study of the peculium of a slave in pre-classical and classical Roman Law, Wrocław 1981, 7; Wacke, Die Notbedarfseinrede des enterbten Haussohns. Wirkungen des Erbschaftsausschlagung für das *peculium* und Abwicklung der Pekuliarschulden bei Beendigung der Hausgewalt, SDHI 60 (1994), 469; Watson, Roman Slave Law, London 1987, 90; Johlen, Die vermögensrechtliche Stellung der weströmischen Frau in der Spätantike, Berlin 1999, 23; Kirschenbaum, Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce, Jerusalem/Washington, D.C. 1987, 31.

<sup>10</sup> Valiño, nav. dj., 125; Heumann, nav. dj., 56; Buti, nav. dj., 202, n. 118; Baron, nav. dj., 178; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II, Leipzig, 1901, 1162.

postupka putem kojeg se ostvaruje *tributio* onoga što je sačinjavalo *merx peculiaris* i *quod inde receptum*, ne uzimaju u obzir bilo kakvu subjektivnu okolnost koja bi se mogla pripisati gospodaru, te promatraju *merx peculiaris* kao autonomnu trgovinsku imovinu. Najistaknutija zagovornica ovog mišljenja je Chiusi<sup>11</sup>, koja pozivajući se na Ulpijanovo mišljenje u D.14.4.5.5 (*per hanc actionem tribui iubetur*), ističe da cilj tužbe nije u kažnjavanju pretpostavljenog dolusa imatelja vlasti (*dolus in tribuendo*), nego ga treba prinuditi odgovarati za dugove podčinjenoga, pri čemu prethodno nije smio naplatiti svoju tražbinu, te u osiguranju apsolutne ravnopravnosti svih vjerovnika. Tom tužbom trebalo je namiriti sve vjerovnike *pro rata parte*, uključujući i imatelja vlasti. *Actio tributoria* je sredstvo putem kojeg je pretor uspijevao prinuditi gospodara na *tribuere*, a služila je također kako za ispravljanje rezultata pogrešno izvršene tribucije, tako i za njihovo izravno ostvarivanje kada je gospodar tribuciju svjesno propustio.<sup>12</sup> Postojanje *dolusa* je eventualni element koji ni u kom slučaju ne prekida odnos koji postoji između ugovora podčinjenog i obveze imatelja vlasti na *tribuere* prema pravilima razmjernosti utvrđenim u ediktu u slučaju *negotiatio* vršene s *merces peculiares* i *scientia domini*. *Actio tributoria* je stvarala za imatelja vlasti obvezu da odgovara u granicama *merx peculiaris*. Stav i smisao izvora, pozicija tužbe u Digestama i u Gajevim Institucijama u okviru rasprave o odgovornosti, djelomičnoj ili *in solidum*, s obzirom na pretpostavke (*praepositio*, *merx peculiaris* i *scientia*, pekulij, obogaćenje, *iussum*) imatelja vlasti iz ugovora koje je zaključio podčinjeni i u odnosu na ostale adjektivijske tužbe, Ulpijanovo istraživanje u 29. knj. *ad ed.*, Paulovo u knj. 30 komentara ediktu, Julijanovo u knj. 12 *Digesta*, pokazuju da su tributornu tužbu smatrali jednom od adjektivijskih tužbi, i to tužbom u čijoj se *intentio* navodi obveza podčinjenog, a ne določna *tributio*, a u *condemnatio* obveza imatelja vlasti, zasnovana na njegovoj *scientia* o poslovnoj djelatnosti obavljanoj s pekulijarnim dobrima podčinjenoga, da plati prema pravilima utvrđenim u ediktu.<sup>13</sup>

Najzad, neki romanisti zastupaju posredovnu teoriju, priznajući kontraktualnu narav tužbe. Ipak, naglašavaju nužnost prijevarnog ponašanja u obvezi izvršenja

---

<sup>11</sup> Chiusi, nav. dj., 278, 366. ističe da *actio tributoria* zauzima središnje mjesto među adjektivijskim tužbama budući da *scientia domini*, kao jedna od njenih glavnih pretpostavki, praktično stoji na granici između situacije kada je *dominus* htio određenu poslovnu aktivnost podčinjenoga i one, kada imatelj vlasti s takvom djelatnošću nije bio upoznat. *Actio tributoria* objedinjuje najbolje ekonomske i društvene učinke adjektivijskih tužbi, prvenstveno zato što s jedne strane omogućuje bolju iskorištenost i obrt kapitala imatelja vlasti putem djelatnosti podčinjenoga, a s druge strane što dopušta podčinjenom da postupno stekne sve veću samostalnost u poslovnom prometu i relativno neovisan položaj.

<sup>12</sup> Tužba bi sadržavala alternativno formuliranu *condemnatio: eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat de merce peculiari pro rata portione aut quanto minus Aulo Agerio dolo malo Numeri Negidi tributum est*. V. Chiusi, nav. dj., 377. Suprotno Mantovani, n. dj., 81, n. 362. koji smatra da se formula odnosila samo na slučaj "*minus tribuere*".

<sup>13</sup> Chiusi, nav. dj., 372-374.

tribucije za podizanje tužbe *tributoria*, ujedno isključujući penalni karakter.<sup>14</sup> Ističu razliku između pretpostavki za obvezu izvršenja tribucije i onih potrebnih za istinsku tužbu. *Si scierit servum peculiari merce negotiari* bile bi pretpostavke koje daju povoda za obvezu imatelja vlasti izvršiti *tributio*.<sup>15</sup> Na osnovi Ulpijanovog teksta D.14.4.7.2-4. može se izvesti zaključak o nužnosti *dolusa* kao pretpostavke za *actio tributoria*.

Kriterij *dolusa* treba razmotriti s posebnom pozornošću, u svakom konkretnom slučaju i kontekstu, kao što pokazuje sljedeći Julijanov tekst.

D.14.4.8 (*Iul. 11 Dig.*): *quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet: quare etiam mortuo servo dominus, item heres eius perpetuo teneri debet propter factum defuncti: quamvis non aliter quam dolo interveniente competat.*<sup>16</sup>

Julijan se izričito očituje za reipersekutornu narav tužbe *tributoria* te naglašava da se putem nje trajno konstituira odgovornost kako vlasnika roba, tako i njegovog nasljednika za djelatnost roba ("*et perpetuo et in heredem*"). Premda *actio tributoria* sankcionira določno ponašanje robovlasnika, njegovi nasljednici odgovaraju *in perpetuum*. Mandry<sup>17</sup> smatra da kontraktualna narav tužbe nije u suprotnosti sa zahtjevom za doložnim ponašanjem. *Dolus* je samo subjektivni zahtjev za utuživost neizvršenja, pa samim tim i za podizanje tužbe. Iz zahtjeva za doložnom tribucijom (*dolosa tributio*) ne može se izvući zaključak o penalnoj naravi tužbe. Miceli<sup>18</sup> smatra vjerojatnim da se *dolus* u slučaju tributorne tužbe odnosio na početnu volju imatelja vlasti ne pokoriti se pretorovom ediktu, bez zahtjeva za izvršenjem prijevernih radnji u doslovnom smislu, što potvrđuje Ulpijan u tekstovima D.14.4.7.2-4.

Osim toga, reipersekutorna narav tužbe potvrđena je i samim režimom procesne prekluzije. Sljedeći Gajev tekst koji se odnosi na stjecaj između *actio tributoria* i *actio de peculio*, jasno pokazuje kako se između dviju tužbi može potvrditi slučaj procesne prekluzije.

D.14.4.11 (*Gai. 9 ad ed. prov.*): *Aliquando etiam agentibus expedit potius de peculio agere quam tributoria: nam in hac actione de qua loquimur hoc solum in divisionem venit, quod in mercibus est quibus negotiatur quodque eo nomine receptum est: at in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur, in quo et merces continentur. Et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii aut tertia vel*

<sup>14</sup> Buckland, nav. dj., 207; Mandry, nav. dj., 450; Di Porto, nav. dj., 337; Balestri Fumagalli, nav. dj., 199.

<sup>15</sup> Mandry, nav. dj., 423.

<sup>16</sup> D.14.4.8: jer nije določna nego reipersekutorna (slijedi imovinski interes). Zato vlasnik i isto tako njegov nasljednik mora trajno odgovarati u slučaju smrti roba za djelatnost umrloga, premda se tužba dopušta samo kada postoji prijevera.

<sup>17</sup> Mandry, nav. dj., 450.

<sup>18</sup> Miceli, nav. dj., 332.

*etiam minore negotietur: fieri praeterea potest, ut patri dominove nihil debeat.*<sup>19</sup>

Ulpijanov tekst D.14.4.9.1 je također značajan za ovo pitanje.

D.14.4.9.1 (*Ulp. 29 ad ed.*): *Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio an tributoria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum. Plane si quis velit ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio, audiendus erit.*<sup>20</sup>

Ulpijan naglašava činjenicu da podizanje jedne tužbe isključuje mogućnost podizanja druge tužbe koja bi za predmet imala *eadem res*.<sup>21</sup> Zbog toga je nemoguće zamisliti da je *actio tributoria* imala penalni karakter jer bi inače različitost osnove s *actio de peculio* onemogućila procesnu konsumpciju između tih tužbi. Osim toga, navedeni fragmenti sa sigurnošću pokazuju postojanje istovjetnosti između *actio de peculio* i *actio tributoria*, a ne između *actio de peculio* i *vocatio in tributum*. Uostalom, ako se između dvije tužbe ostvari konsumptivni učinak litiskontestacije, ne može se vjerovati da bi njihove *intentiones* imale potpuno različite formulacije.<sup>22</sup> Cilj tužbe je ispraviti nepravilnu raspodjelu izvršenu prema vjerovniku koji se žalio i sankcionirati obvezu na tribuciju koju *pater* ili *dominus* nije izvršio kako treba.

Glück smatra da je *actio tributoria* jedna *actio in factum*, a ne adjektivijska jer ima za predmet ispraviti nepravilnu raspodjelu.<sup>23</sup> Ali, neki autori ističu da tužba može biti usmjerena na samu podjelu ako vlasnik dolozno odbije izvršiti je. Bonfante ističe da se izravna intervencija pretora za izvršenje raspodjele ne slaže ni s ciljem tužbe ni s općim sustavom rimskog postupka. Jedini tekstovi koji idu u prilog toj neposrednoj intervenciji su u Bazilikama 14.4.2.3.<sup>24</sup> Ono što je jasno, barem za klasičnu epohu je da se traži ono što nije namireno i zato je *condemnatio pecuniaria* trebala biti in *solidum* za tu razliku. Valiño<sup>25</sup> smatra da se *actiones adiecticiae qualitatis* dodaju već postojećem pravnom odnosu, čija tužba nužno mora imati *oportere* u procesnoj formuli, što objašnjava da se

<sup>19</sup> D.14.4.11: Ponekad je i za tužitelja probitačnije tužiti s *actio de peculio* umjesto s *actio tributoria*. Naime, kod tužbe o kojoj ovdje govorimo, raspodjelom je obuhvaćeno ono što postoji u robu kojom rob trguje i ono što je u vezi s njom primljeno. Naprotiv, kod tužbe iz pekulija uzima se u obzir cjelokupni sadržaj pekulija u koji spada i roba. A može se dogoditi da podčinjeni trguje samo s polovicom pekulija ili trećinom ili nekim još manjim dijelom. Osim toga, može se dogoditi da on svom kućnom starješini ili gospodaru ništa ne duguje.

<sup>20</sup> D.14.4.9.1: Vjerovnik mora izvršiti pažljiv izbor, hoće li tužiti tužbom iz pekulija ili tributornom jer zna da nakon podizanja tužbe nema prijelaza na drugu tužbu. Ipak, ako netko hoće podići iz jedne pravne osnove tributornu, a iz druge pravne osnove tužbu iz pekulija, mora biti saslušan.

<sup>21</sup> Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen I*, Berlin 1918, 154; Chiusi, nav. dj., 382.

<sup>22</sup> U tom smislu Levy, nav. dj., 154. Miceli, nav. dj., 333, n. 232. smatra da bi bilo jako čudno kada bi *actio tributoria* s obzirom na njenu pripadnost drugim adjektivijskim tužbama, gradila formulu na potpuno drukčiji način od ostalih.

<sup>23</sup> Glück, *Pandecten*, Erlangen 1843, 267.

<sup>24</sup> Bonfante, *Commentario alle Pandette. Libri XIV e XV*, Milano 1907, 85.

<sup>25</sup> Valiño, nav. dj., 124.



uključujući neke *actiones in factum*, mogu dopustiti dodatno u mjeri u kojoj sadržavaju to *oportere* (*actio redhibitoria*, *actio de pecunia constituta*, *actio ex iureiurando*, *actio civilis in factum*). Tužbi *tributoria* nedostaju te pretpostavke; kod nje se jedino traži ono što je ostavljeno na prijevaru. Ne radi se o staroj obvezi sina ili roba koja se pridodaje ocu ili vlasniku, nego o novoj obvezi koja nastaje iz raspodjele učinjene na štetu ostalih vjerovnika. Ta se tužba nadopunjuje na *vocatio in tributum*, pa mora biti uvedena poslije tužbi *institoria* i *de peculio*. Julijan ju je uvrstio u Edikt i prema tom modelu kompilatori su vidjeli okolnosti zajedničke s tužbama *institoria* i *exercitoria*: s jedne strane *scientia* o poslovanju, koja se može promatrati kao nesigurna pretpostavka, i s druge strane, osuda *in solidum*; osim toga, *actio tributoria* je imala trgovinski karakter iako se nije radilo o postojanju *merx dominica*, kao kod drugih tužbi nego o *merx pecularis*. Priroda tužbe *tributoria* morala je biti jednaka prirodi jedne *actio in factum* koja se davala za slučaj dolozne tribucije. *Actio tributoria* podizala se samo protiv jedne osobe, oca ili vlasnika onoga koji je trgovao s *merx pecularis*.<sup>26</sup> Za razliku od navedenog mišljenja Buckland<sup>27</sup> smatra da mjesto tužbe u Ediktu i njen tretman u Justinijanovim Institucijama (4.7.3) pokazuju kako se radi o redovitoj adjektivijskoj tužbi, slične prirode kao i ostale.

Zagovornici deliktne naravi tributorne tužbe ističu da predmet tužbe nije raspodjela nego zahtjev upućen gospodaru jer je izvršio doložnu tribuciju: *dolum malum coerces domini* (D.14.4.7.2).<sup>28</sup> Suprotnog su mišljenja Buckland,<sup>29</sup> Mandry<sup>30</sup> i Karlowa<sup>31</sup> koji inzistiraju na kontraktualnom karakteru tužbe, pozivajući se prvenstveno na tekst D.14.4.8 i procesualnu konsumpciju ove tužbe u odnosu na ostale adjektivijske tužbe. Međutim, Valiño<sup>32</sup> smatra da taj tekst nije u suprotnosti sa shvaćanjem o podrijetlu *ex delicto* jer reipersekutorne tužbe mogu biti i deliktne. Tekst nema dovoljno dokaza za tvrdnju o kontraktualnom karakteru nego se njime htjelo reći kako i u slučaju kada se u tužbenom zahtjevu pretpostavlja postojanje dolusa, to još ne znači da tužba mora imati strukturu penalne tužbe, nego se radi o nešto drukčijoj deliktnoj tužbi čiji je cilj ispraviti doložnu raspodjelu. Bonfante<sup>33</sup> kaže da je deliktan karakter tužbe prevladavajuće mišljenje. Ne samo da tekst D.14.4.7.2 temelji tužbu na dolusu nego i tekstovi koji govore o prijevarnom ponašanju pupile (D.14.4.3.1-2) pretpostavljaju uvijek da je pupila u dobi kada je mogao odgovarati za prijevaru; primjedba koja ima smisla samo u odnosu prema deliktima.

<sup>26</sup> Valiño, nav. dj., 124-125.

<sup>27</sup> Buckland, nav. dj., 237.

<sup>28</sup> Valiño, nav. dj., 125; Heumann, nav. dj., 38.

<sup>29</sup> Buckland, nav. dj., 237.

<sup>30</sup> Mandry, nav. dj., 450.

<sup>31</sup> Karlowa, nav. dj., 1162.

<sup>32</sup> Valiño, nav. dj., 125.

<sup>33</sup> Bonfante, nav. dj., 85.

Još jedna činjenica govori u prilog deliktnom karakteru, a to je da *actio tributoria* nije bila nasljediva; dopuštala se protiv nasljednika samo u mjeri u kojoj su se okoristili prijevarom svog ostavitelja.

D.14.4.7.5 (*Ulp. 29 ad ed.*): *Haec actio et perpetuo et in heredem datur de eo dumtaxat quod ad eum pervenit.*<sup>34</sup>

Tužba se dopušta protiv nasljednika u visini obogaćenja i Pomponije, šireći pojam prijevare, kaže da nasljednik odgovara s *actio tributoria* ako se nije pobrinuo da mu rob, kojem je legatom ostavljen pekulij, da osiguranje ili ako iz pekulija uzme nešto što je trebalo ući u tribuciju.

D.14.4.9.2 (*Ulp. 29 ad ed.*): *Si servo testamento manumisso peculium legatum sit, non debere heredem tributaria teneri, quasi neque ad eum pervenerit neque dolo fecerit, Labeo ait. sed Pomponius libro sexagesimo scripsit heredem nisi curaverit sibi a servo vel deduxit a peculio quod tribuendum erat, teneri tributaria, quae sententia non est sine ratione: ipse enim auctor doli est, qui id egit, ne intribueret: totiens enim in heredem damus de eo quod ad eum pervenit, quotiens ex dolo defuncti convenitur, non quotiens ex suo.*<sup>35</sup>

Nadovezujući se na Pomponijevo mišljenje Ulpijan dodaje da je počinitelj prijevare onaj koji nije izvršio raspodjelu; nasljednik se tuži za ono što je stekao po osnovi prijevare umrloga, a ne zbog njegove vlastite prijevare. Valiño<sup>36</sup> zaključuje da *actio tributoria* nije kontraktna nego deliktna jer za predmet nema distribuciju *merxa*, već osudu imatelja vlasti zbog prijevarne raspodjele među vjerovnicima.

Za *actio tributoria*, kao i za druge *actiones adiecticiae qualitatis*, vrijedi Ulpijanovo mišljenje izneseno u D.14.4.7.5: "*haec actio et perpetuo et in heredem datur de eo dumtaxat quod ad eum pervenit*". U slučaju gospodarove smrti treći su imali mogućnost podići tužbu protiv njegovih nasljednika *in perpetuum*. Jedino moguće objašnjenje je u činjenici da je i odgovornost sankcionirana putem tužbe *tributoria* odgovornost osobne naravi imatelja vlasti, koja se kao takva prenosi na njegove univerzalne sljednike. Uostalom, u Julijanovom fragmentu D.14.4.8 jasno se kaže "*mortuo servo dominus, item heres eius perpetuo teneri debebit*". Julijan također smatra da se tužba može podići *in perpetuum* protiv gospodarovih nasljednika, ali napominje da se ona može podići i nakon smrti roba koji je zaključio posao. U stvari, robova smrt ne sprječava podizanje tužbe protiv gospodara ili protiv njegovih nasljednika. Zbog toga ne izgleda moguće da je odgovornost sankcionirana putem tributorne tužbe

<sup>34</sup> D.14.4.7.5: Ova je tužba trajna i dopušta se protiv nasljednika, s obzirom na ono što je on dobio.

<sup>35</sup> D.14.4.9.2: Ako je oslobođenom robu legatom ostavljen pekulij, onda nasljednik ne treba, kako kaže Labeo, odgovarati s *actio tributoria*, zato što on niti je nešto stekao iz pekulija, niti je prijevarno postupao. Pomponije je u 60. knjizi napisao da nasljednik odgovara s *actio tributoria* onda kada nije tražio od roba osiguranje ili je iz pekulija oduzeo ono što je moralo biti raspodijeljeno. Naime, protiv nasljednika dajemo tužbu uvijek onda za ono što je stekao, kada je on tužen zbog prijevare umrloga, a ne kada se ovo dogodilo zbog njegove vlastite prijevare.

<sup>36</sup> Valiño, nav. dj., 126-127.

bila osobna odgovornost roba jer bi inače njegova smrt onemogućila primjenu navedene tužbe. Zato se može zaključiti da je *actio tributoria* bila uvrštena među ostale adjektivijske tužbe. Budući da je tom tužbom sankcionirana odgovornost imatelja vlasti, ona se ni po čemu ne razlikuje od drugih adjektivijskih tužbi.

#### IV. Osnovni izvori i pretpostavke

Osnovni izvori o tužbi *tributoria* su Gajeve i Justinijanove Institucije, te Ulpijanovi komentari iz njegove 29. knjige *ad edictum*.

G.4.72: *Praeterea tributoria quoque actio in patrem dominumve constituta est, cum filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotietur. Nam si quid eius rei gratia cum eo contractum fuerit, ita praetor ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, ita pater dominusve inter se, si quid debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuunt. Et si creditores quaerantur minus sibi distributum quam oporteret, in id quod deest hanc eis actionem pollicetur, quae, ut diximus, tributoria vocatur.*<sup>37</sup>

I.4.7.3: *Introduxit et aliam actionem praetor, quae tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur et quid cum eo eius rei causa contractum erit, ita praetor ius dicit, ut, quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, ut ceteros creditores pro rata portione distribuatur.*<sup>38</sup>

Radi se o tužbi koja se dopušta protiv imatelja vlasti iz poslova koje je zaključio rob ili podčinjeni sa znanjem gospodara (*sciente domino vel patre*). Za razliku od tužbi *exercitoria* i *institoria* koje se prethodno spominju, Gaj ističe da kod tih tužbi specifična poslovna i ugovorna aktivnost podčinjenog predstavlja bitan element za podizanje tužbi, dok kod tributorne tužbe razlikuje opću pretpostavku konstituiranu temeljem *negotiarum* i posebnu: *si quid eius rei gratia cum eo contractum fuerit*, koristeći zadnju pretpostavku za objašnjenje karakteristika odgovornosti *ex actione tributoria*. Ti poslovi zaključeni su u vezi s dobrima koja su spadala u *merx peculiaris*. Pretor propisuje da sve ono što spada u tu imovinu, kao i sredstva dobivena iz prodaje robe, mora biti razmjerno raspodijeljeno između gospodara i ostalih vjerovnika. U slučaju ako bi

<sup>37</sup> G.4.72: Osim toga, određuje se i *actio tributoria* protiv oca ili gospodara kada s njegovim znanjem sa sinom ili robom bude zaključen posao s obzirom na robu iz pekulija. I onda kada je s njim ugovoren posao u vezi s tim stvarima, pretor kaže da cjelokupni iznos te robe i ono što je iz nje utrženo, treba podijeliti između oca ili gospodara ako mu se nešto duguje i ostalih vjerovnika razmjerno njihovim tražbinama. I ako se vjerovnici požale da im je dodijeljeno manje nego što im pripada, dopušta se tzv. *actio tributoria*.

<sup>38</sup> I.4.7.3: Pretor je uveo još jednu tužbu koja se zove *tributoria*. Tako, ako rob sa znanjem gospodara trguje stvarima iz pekulija i ako se s njim s tim u vezi ugovori, pretor kaže da sve ono od čega se roba sastoji ili što je iz nje dobiveno, dijeli se između gospodara, ako mu rob nešto duguje, i ostalih vjerovnika razmjerno njihovim udjelima. I budući da samom gospodaru dopušta raspodjelu, daje on, ako se neki od vjerovnika požali da mu je podijeljeno manje nego što mu pripada, tužbu koja se naziva *tributoria*.

vjerovnicima, ili samo jednom od njih, bilo podijeljeno manje nego što im je pripadalo, oštećeni su mogli podići tužbu koja se zvala *tributoria*. Osnovne pretpostavke za primjenu tužbe bile su slične kao i kod ostalih adjektivskih tužbi: pravni posao zaključen je od strane osobe u vlasti u objektivno determiniranom području (*merx peculiaris*), uz postojanje i subjektivnog zahtjeva; *dominus* ili *pater* morao je znati za djelatnost svog podčinjenog (*scientia*). Razlika je u zahtjevu za razmjernom raspodjelom *merx peculiaris*. Miceli<sup>39</sup> smatra da ta okolnost ne određuje jasnu razliku između tužbe *tributoria* i ostalih adjektivskih tužbi. Dok je u drugim slučajevima primjena tužbe uvjetovana neispunjenjem ugovorne obveze, kod tužbe *tributoria* nužno je preciziranje jer se obveza imatelja vlasti ne sastoji u običnom plaćanju dugova koje je preuzeo njegov podčinjeni, nego u razmjernom zadovoljenju vjerovnika. Gajeve i Justinijanove Institucije ne zahtijevaju nikakve dodatne pretpostavke za primjenu tužbe *tributoria*.

Osnovni motiv koji je potaknuo pretora na intervenciju bila je *utilitas* i zaštita trećih vjerovnika. Pozivanje na *utilitas* i *aequitas*, kao i zahtjev za zaštitom *fides*, karakteriziraju sve edikte koji se odnose na *actiones adiecticiae qualitatis*, kako one u kojima je pravni posao izravno oslonjen na volju koju je očitovao *pater familias* ili *dominus (praepositio, iussum)*, tako i one u kojima je voljni element konkretiziran prešutno podjeljivanjem pekulija ili *merx peculiaris*. U titulu D.14.4 Ulpijan navodi osnovne zahtjeve vezane za tributornu tužbu: *merx peculiaris* i *scientia domini* temeljem kojih je *dominus* postajao obavezan po osnovi tužbe *tributoria* (D.14.4.1.1-3); osobe zbog čije je aktivnosti imatelj vlasti postajao odgovoran (D.14.4.1.4; D.14.4.5.2); opseg vlasnikove odgovornosti u posebnim situacijama u kojima bi se našli *servus communis, pupillus, vicarius servi* (D.14.4.3;4;5); cilj tužbe, odnosno *tribuere* robe i prihod od nje (D.14.4.5.5); opseg vlasnikove odgovornosti i one osobe koje su imale pravo zahtijevati je (D.14.4.5.6-19).

D.14.4.1pr. (*Ulp. 29 as ed.*): *Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur.*<sup>40</sup>

Već na početku titula naglasak se stavlja na "*utilitas*" - Ulpijan ističe važnost pretorova edikta<sup>41</sup> u kojem se naglašava činjenica da je rob trgovao *cum merce*

<sup>39</sup> Miceli, nav. dj., 322.

<sup>40</sup> D.14.4.1pr.: Jedna od znatnih koristi ovog edikta je što tretira gospodara kao vanjskog vjerovnika ako je znao da je njegov rob trgovao stvarima iz pekulija, dok je u drugim slučajevima privilegirani s obzirom na ugovore svog roba jer je odgovoran samo za ono što preostane u pekuliju nakon što se izdvoji sve ono što mu je dugovano.

<sup>41</sup> Tekst pretorova edikta prema Lenelovoj rekonstrukciji (III. izd. iz 1927. god.) glasio bi: "*Qui merce peculiari sciente eo, in cuius potestate erit, negotiabitur, si quid cum eo eius mercis nomine contractum erit, eius, quod ex ea merce erit eove nomine receptum erit, eum, in cuius potestate erit, si quid ei debebitur, cum creditoribus mercis pro rata eius quod cuique debebitur in tributum*

*peculiare*, sa znanjem svog gospodara, zbog čega se on temeljem edikta "*vocatur in tributum velut extraneus*". Bitni zahtjevi izneseni su u ediktu: a) postojanje *merx peculiaris* s kojom je trgovao podčinjeni; b) *scientia* imatelja vlasti; c) pretorov poziv upućen gospodaru da izvrši razmjernu raspodjelu pekulijarne imovine na sve vjerovnike. Pored već navedenih pretpostavki, traži se *vocatio in tributum* – saziv vjerovnika radi izvršenja raspodjele. Tužba se podiže samo u slučaju doložne *tributio*, tj. kada je imatelj vlasti iz *merx peculiaris* izdvojio više nego što mu pripada.<sup>42</sup> U narednim tekstovima Ulpijan određuje koncept *merxa*, koncentrirajući se posebice na *merx peculiaris*, te na druge zahtjeve (prvenstveno na znanje gospodara i odnos podčinjenosti) potrebne za tužbu *tributoria*.<sup>43</sup> Očito je da Ulpijan u komentaru pretorova edikta iznosi iste pretpostavke za tužbu *tributoria*, kao i Gaj u Institucijama. On također zahtijeva da je *dominus* morao biti upoznat (*scientia*) s trgovinskom djelatnošću svog podčinjenog<sup>44</sup> (*negotiari merce peculiari*).

## V. Scientia domini

Fundamentalni tekst koji se odnosi na pitanje *negotiatio sciente domino* je D.14.4.1.3 u kojem Ulpijan pobliže označava što se podrazumijeva pod gospodarovim "znanjem" (*scientia*).

D.14.4.1.3 (*Ulp. 29 ad ed.*): *Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed, ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle*

*vocabo.*" (Ako je netko imao pekulijarnu imovinu i sa znanjem onoga, čijoj je vlasti bio podređen, obavljao trgovačke poslove, onda ću, ako je u vezi s tom imovinom bio zaključen neki pravni posao i nešto stečeno ili primljeno od te imovine, onoga, pod čijom je dotični vlašću bio, ako mu ovaj nešto duguje, pozvati da svoje potraživanje namiri skupa s ostalim vjerovnicima iz ovog posla, razmjerno iznosu koji je dugovan svakome od njih. Prijevod: Romac, Izvori rimskog prava, Zagreb 1973, 53.) O kritikama Lenelove rekonstrukcije v. Valiño, nav. dj., 105-107.

<sup>42</sup> Valiño, nav. dj., 107. upozorava da se u tekstovima češće govori o *actio tributoria* kada bi se u stvari trebalo govoriti o prethodnoj tribuciji, budući da *actio tributoria* ima za cilj postići osudu za prijevarno ponašanje gospodara.

<sup>43</sup> *Qui merce* (D.14.4.1.1) *peculiari* (D.14.4.1.2) *sciente eo* (D.14.4.1.3) *in cuius potestate erit* (D.14.4.1.4-5; D.14.4.3; D.14.4.5pr.-1) *negotiabitur* (D.14.4.5.2; D.14.4.1.20; D.15.1.27pr.), *si quid cum eo* (D.14.4.5.3) *eius mercis nomine* (D.14.4.5.4) *contractum erit* (G.4.72).

<sup>44</sup> Edikt koji se odnosi na *actio tributoria* zahtijeva postojanje odnosa podčinjenosti između osobe koja se poziva na sud temeljem tužbe *tributoria* i osobe koja je zaključila pravni posao. D.14.4.1.4 (*Ulp. 29 ad ed.*): *Potestatis verbum ad omnes sexum, item ad omnes qui sunt alieno iuris subiecti, porrigendum erit.* (Izraz "očinska vlast" protegnuta je na osobe oba spola, jednako kao i na sve one koji su podčinjeni tuđoj vlasti.); D.14.4.1.5: *Non solum ad servos pertinebit tributoria actio, verum ad eos quoque, qui nobis bona fide serviunt, sive liberi sive servi alieni sunt, vel in quibus usum fructum habemus.* (*Actio tributoria* se ne odnosi samo na robove, nego i na one osobe kojima se u dobroj vjeri služimo kao robovima, bilo da su slobodne ili tuđi robovi, kao i oni na kojima imamo plodouživanje.); D.14.4.5.6 (*Ulp. 29 ad ed.*): *In tributum autem vocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis.* (U diobi sudjeluju oni koji imaju u vlasti osobe koje se bave trgovinskom djelatnošću, kao i vjerovnici dobara kojima se trgovalo.)

*debet dominus, sed non nolle. Si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributoria.*<sup>45</sup>

*Scientia* je jedan od subjektivnih elemenata nužnih pretpostavki potrebnih za tributornu tužbu. Ulpijan objašnjava da se pod *scientia* podrazumijeva takvo psihičko stanje koje uključuje kako volju,<sup>46</sup> tako i, po njegovom mišljenju, još češću, *patientia*. Sastoji se u poznavanju s pristankom imatelja vlasti, preciznije rečeno, u njegovom neprotivljenju, tj. u *patientia* glede poslova podčinjenog izvršenih s pekulijarnom imovinom. Romanisti su složni u mišljenju da pod "*scientia*" ne treba razabirati izričitu volju ili htijenje, nego da se pod gospodarovim znanjem misli i na "*non nolle*", kao i na "*pati*". Već sama činjenica da *dominus* nije zabranio ono što je trebao zabraniti ako je bio upoznat s djelatnošću podčinjenoga,<sup>47</sup> dovoljno govori o gospodarovoj *scientia*.<sup>48</sup> Imatelj vlasti mogao je izbjeći tributornoj tužbi samo putem javnog *protestari* ili *contra dicere*. Principal koji svoju tražbinu u cijelosti može naplatiti putem *actio de peculio*, ograničen je tributornom tužbom jer je od trenutka kada je saznao da njegov podčinjeni trguje s pekulijarnom imovinom, obvezan sudjelovati s ostalim vjerovnicima u tribuciji. Već na osnovi činjenice da je znao za trgovinsku djelatnost podčinjenoga i da joj se nije protivio, gospodar se obvezuje što je jasno rečeno u Ulpijanovom tekstu (D.14.4.1.3). Micolier<sup>49</sup> smatra da je tekst bio predmetom interpolacija kompilatora i glosatora.<sup>50</sup> Ističe da je Ulpijan, za razliku

<sup>45</sup> D.14.4.1.3: Pod znanjem se ovdje podrazumijeva da ono obuhvaća i volju, ali po mom mišljenju, nikakvu vlastitu volju, nego jedino trpljenje, naime, vlasnik ne mora ne htjeti, nego jedino ne smije biti protivan. Ako je, dakle, bio upoznat s poslom i nije prigovarao niti proturječio, odgovara s *actio tributoria*.

<sup>46</sup> Di Porto, nav. dj., 238. ističe da se u vrelima ne susreće značenje *scientia* kao *voluntas*, a Chiusi, nav. dj., 338. upozorava da se *voluntas* ne može identificirati sa *scientia* kao spoznajnim aktom, budući da znati ne znači nužno htjeti.

<sup>47</sup> D.14.4.1.1-2 (*Ulp. 29 ad ed.*; D.14.4.5.4-5 (*Ulp. 29 ad ed.*))

<sup>48</sup> Albanese, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, BIDR 70 (1967), 156; Di Porto, nav. dj., 237; Miceli, nav. dj., 323, n. 206; Valiño, nav. dj., 107; Provera, nav. dj., 276; Plescia, *The Development of Agency in Roman Law*, Labeo 30 (1984), 180.

<sup>49</sup> Micolier, *Pécule et capacité patrimoniale. Etude sur le pécule, dit profectice, depuis l'édit "de peculio" jusqu'à la fin de l'époque classique*, Lyon 1932, 351, n. 3. drži interpoliranim riječi *et voluntatem sed*; drukčije Chiusi, nav. dj., 341. koja smatra da je riječima *scientiam hic eam accipimus quae habet et voluntatem* Ulpijan iznio svoje mišljenje, različito od edikta u kojem se *scientia* shvaćala kao znanje gospodara koji je mogao zabraniti, ali to nije učinio; Ulpijan predlaže da je dovoljna *patientia* da izazove odgovornost temeljem tributorne tužbe; od gospodara se ne zahtijeva *velle* nego *non nolle*. Ulpijanovo izjednačavanje *non nolle* s *non protestari* znači da kao akt zabrane kojim će se izbjeći odgovornost po tributornoj tužbi ne mora biti radikalna *ademptio peculii*, već je dovoljno i obično *protestari*, koje za razliku od *ademptio* nije dovoljno da se izbjegne odgovornost i po *actio de peculio*. Praktična posljedica tog razlikovanja očituje se na način da *negotiatio* u slučaju *dominus adimet peculium* postaje zabranjena, dok se kod javno očitovanog nesuglasja, barem teorijski, može nastaviti s poslovnom djelatnošću koja će gospodara obvezivati samo temeljem tužbe *de peculio*. V. Heumann/Seckel, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1971, 473; Albanese, nav. dj., 154, n. 675.

<sup>50</sup> Usp. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen IV*, Tübingen 1920, 210; Riccobono, *Traditio ficta*, Appendice III, ZSS 34 (1913), 248.

od svojih suvremenika, pod *scientia* podrazumijevao *patientia*, a ne *voluntas*, dok je Gaj<sup>51</sup> zahtijevao samo *consensus* nasuprot *voluntas*. Valiño<sup>52</sup> je mišljenja kako je Gaj pod *scientia* obuhvatio *patientia* ili *consensus*, dakle svako neprotivljenje ili izostanak zabrane obavljanja trgovinske djelatnosti. *Scientia* gospodara morala je biti generalna i prethodna; ako se podčinjenom dopustilo obavljanje trgovinske djelatnosti, podrazumijeva se da mu se prešutno odobrava izvršavanje svih radnji potrebnih za poslovanje, uključujući i one buduće, a da se pri tome ne precizira *patientia* za svaki konkretni slučaj. Jedna od najvažnijih posljedica gospodarove *scientia* bio je gubitak privilegija namirenja tražbina pred ostalim vjerovnicima podčinjene osobe.

Na koji je način razrješavana situacija kada je rob pupile ili duševno bolesnoga trgovao s *merx peculiaris*, govori naredni Ulpijanov tekst koji precizira što se misli pod *scientia* tutora ili skrbnika.

D.14.4.3.1 (*Ulp. 29 ad ed.*): *Si servus pupilli vel furiosi sciente tutore vel curatore in merce peculiari negotietur, dolum quidem tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto, nec tamen lucrosum esse debere, et ideo hactenus eum ex dolo tutoris tributoria teneri, si quid ad eum pervenerit: idem et in furioso puto. quamvis Pomponius libro octavo epistularum, si solvendo tutor sit, ex dolo eius pupillum teneri scripsit: et sane hactenus tenebitur, ut actionem, quam contra tutorem habeat, praestet.*<sup>53</sup>

Ulpijan ističe da pupila ili duševno bolesni ne smiju pretrpjeti nikakvu štetu, ali ni izvući bilo kakvu korist iz prijevarnog ponašanja svog tutora odnosno skrbnika, u slučaju kada je rob pupile ili duševno bolesnoga sa znanjem tutora ili skrbnika trgovao stvarima iz pekulija. Tutorova prijevara činila je pupilu odgovornim temeljem *actio tributoria* do visine primljene koristi. Sličnog mišljenja bio je i Pomponije koji naglašava da će pupila odgovarati za tutorovu prijevaru samo u slučaju tutorove solventnosti, tako što će ustupiti tužbe koje mu pripadaju protiv njega. Tekst otvara važan problem, radi li se o odgovornosti *in solidum* ili samo do visine obogaćenja. Odgovornost *in solidum* postojala bi u slučaju tutorove solventnosti, dok bi u slučaju njegove insolventnosti vrijedila odgovornost u granicama obogaćenja. Talamanca<sup>54</sup> smatra da je pored odgovornosti onoga *id quod pervenit*, počev od Sabina, potvrđeno načelo odgovornosti pupile u granicama regresa prema tutoru. Pitanje odnosa između oba kriterija pojavljuje

<sup>51</sup> G.4.72

<sup>52</sup> Valiño, nav. dj., 108.

<sup>53</sup> D.14.4.3.1: Ako je rob pupile ili duševno bolesnoga sa znanjem tutora ili skrbnika trgovao stvarima iz pekulija, po mom mišljenju tutorova ili skrbnikova prijevara ne smije škoditi pupili ili duševno bolesnom, ali im isto tako ne smije donijeti nikakvu korist, inače bi tutorova prijevara učinila odgovornim pupilu na temelju *actio tributoria* do visine primljene koristi; isto smatram ispravnim i za duševno bolesnog. Doista, Pomponije je u 8. knjizi Pisama bio mišljenja da pupila odgovara za tutorovu prijevaru ako je ovaj solventan. Ali, naravno da on odgovara samostalno da ustupi tužbe koje mu protiv tutora pripadaju.

<sup>54</sup> Talamanca, In tema di azioni di arricchimento, AG 146 (1954), 73.

se u navedenom tekstu<sup>55</sup> u kojem Ulpijan suprotstavlja opće načelo, predloženo od Sabina, kriteriju koji su primjenjivali Pomponije i Ariston u posebnom slučaju u kojem *dolus tutoris* nije bio probitačan za pupilu; zbog toga nije moguće potvrditi ništa o konkurenciji oba kriterija. Najvjerojatnije je da je Sabin dopuštao pupilinu odgovornost za ono što je primio. Kasnije je Ariston, slijedeći Pomponija, potvrdio načelo da u slučaju kada nije izvršena prodaja pupiline imovine, pupila se obvezivao samo u granicama regresne tužbe prema tutoru; takvo stajalište preuzeo je i Ulpijan.<sup>56</sup>

Ako je pupila ostvario posao, kao *doli capax*, obvezuje se temeljem *actio tributoria* premda njegovo rasuđivanje nije bilo dovoljno za poslovanje. *Scientia* tutora ili skrbnika s kojom je rob započeo trgovati *tutore auctore*, mora prouzrokovati *tributio* u mjeri u kojoj se sama prijevara pokazala štetnom.

D.14.4.3.2 (*Ulp. 29 ad ed.*): *Sed et si ipsius pupilli dolo factum sit, si eius aetatis sit, ut doli capax sit, efficere ut teneatur, quamvis scientia eius non sufficiat ad negotiationem. quid ergo est? scientia quidem tutoris et curatoris debet facere locum huic actioni: dolus autem quatenus noceat, ostendi.*<sup>57</sup>

Podrazumijeva se da će u slučaju kada je tutor znao za posao, pupila ili duševno bolesni odgovarati temeljem tužbe ako su ozdravili ili stekli sposobnost, a u raspodjeli su se ponašali dolozno.<sup>58</sup>

## VI. Merx peculiaris

Za razliku od *scientia domini* koja predstavlja subjektivni element, *merx peculiaris* i poslovanje s pekulijarnim dobrima (*negotiarum merce peculiarium*)

<sup>55</sup> Opširnije v. Solazzi, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, BIDR 24 (1911), 120; BIDR 25 (1912), 122. koji smatra da je već klasična jurisprudencija dopuštala odgovornost pupile za tutorov *dolus* u granicama obogaćenja; Schulz, *Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht*, ZSS 27 (1906), 125. je mišljenja da je takva odgovornost najprije potvrđena kod Sabina (D.26.9.3), da bi kasnije postala vladajuće načelo; Albertario, *La responsabilità del pupillo fino al limite del suo arricchimento per il dolo del tutore*, Studi di diritto romano IV, Milano 1946, 323. smatra da su rimski pravnici negirali pupilinu odgovornost za tutorov *dolus*, praveći iznimku samo u slučaju ako si je osigurao regres, zaključujući da je Schulzovo mišljenje, pripisano Sabinovim neistomišljenicima, u stvari bilo opće mišljenje klasične jurisprudencije, a da je odgovornost u granicama obogaćenja bila novina Justinijanovog prava; Niederländer, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht*, Weimar 1953, razlikuje dva razdoblja u razvitku pupiline odgovornosti za tutorovo dolozno ponašanje: pupila je najprije bio obvezan samo ako mu je tutorova solventnost omogućavala regres, da bi kasnije, slijedeći Sabina, bila dopuštena pupilina odgovornost u slučaju njegova obogaćenja.

<sup>56</sup> Valiño, *nav. dj.*, 118-119.

<sup>57</sup> D.14.4.3.2: Ali, i ako je sam štićenik postupao prijevarno, i ako je u dobi da je sposoban za prijevaru, to povlači njegovu odgovornost, premda njegova sposobnost razumijevanja trgovinskih poslova nedostaje. Što je onda ispravno? Znanje tutora i skrbnika mora dati mjesta ovoj tužbi u mjeri u kojoj se prijevara pokazala štetnom.

<sup>58</sup> Opširnije o tekstu v. Kaser, *Gaius und die Klassiker*, ZSS 70 (1953), 174.



predstavljaju objektivni element tužbenih pretpostavki. Rješenje problema područja primjene tužbe *tributoria*, tj. djelatnosti u vezi s kojima je mogla biti podignuta, ovisilo je o značenju termina *merx* u ediktu. Na pitanje kada postoji *merx peculiaris*, moguće je odgovoriti kada se uzme u obzir da je termin *merx* morao imati značenje "trgovinske robe", tj. obuhvaćao stvari koje bi se prodavale po vrsti i isključivao poslove robova suknara, krojača, tkalaca i prodavatelja robova. Ipak, Pedije je proširio učinke tužbe na sve vrste poslovanja, kao što se vidi iz teksta D.14.4.1.1.

D.14.4.1.1 (*Ulp. 29 ad ed.*): *Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones vel sarcinatores vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen Pedius libro quinto decimo scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum.*<sup>59</sup>

Ulpijan najprije navodi uže shvaćanje termina *merx*,<sup>60</sup> ograničavajući ga samo na pokretne stvari namijenjene razmjeni i isključujući iz područja primjene tributorne tužbe *negotiationes* koje su obavljali robovi *fullones*, *textores*, *sarcinatores*, *venaliciarii* i koji se nisu sastojali u razmjeni stvari. Potom se poziva na Pedijevo mišljenje, prema kojem se edikt o tributornoj tužbi odnosi *ad omnes negotiationes*. Uže shvaćanje *merxa* i veza s trgovinskom robom imalo bi za posljedicu da se pod masom namijenjenom za namirenje smatrala samo roba ili njena protuvrijednost, dok bi prema širem shvaćanju, za namirenje dugova služio cjelokupni uloženi kapital. Ipak, moglo bi se zaključiti da je *merx* obuhvaćao cijeli pekulij kojim se trgovalo.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> D.14.4.1.1: Premda izraz "roba" ima usko značenje, tako da se ne odnosi na robeve koji su čistači odijela, krojači, tkalci ili trgovci robljem, Pedije piše u 15. knjizi da edikt treba proširiti na sve vrste poslovnih aktivnosti.

<sup>60</sup> *Merx, merces* je sve ono što se može kupiti i vezano je za obavljanje kupnje i prodaje, razmjenu dobara za novac. Takva razmjena vrši se na određenim mjestima, od strane osoba udruženih u tu svrhu; najčešće se spominje *taberna* kao mjesto za obavljanje *negotiationes* svih vrsta. U tom smislu treba istaknuti razliku između termina *negotiator* i *mercator* koja se javlja od druge polovice 1. st. n.e. Dok je *negotiator* osoba koja u stabilnoj i trajnoj strukturi vrši određenu djelatnost, prodajnog, obrtničkog ili uslužnog karaktera, *mercator* kupuje određenu robu da bi je preprodao, često je prenoseći iz jednog mjesta u drugo. Navedena razlika očituje se i u nepravničkoj literaturi. V. Isid. *orig.*, 5.25.35; Cic., *Verr.*, II.2.188; *Planc.*, 64; *Vatin.*, 5.12; *Macr., Sat.*, 1.16.6; *Plaut., Asin.*, 499; *Epid.*, 395; *Man.*, 32; *Caes., Gall.*, 4.20.3; *Hor., carm.*, 3.24.40; *ars.*, 117; *Liv.*, 9.36.1 (Nav. prema Chiusi, n. dj., 316, n. 112) Opširnije v. Baldacci, *Negotiatores e mercatores frumentarii nel periodo imperiale*, *Ist. Lomb. Sc. Lett.* 161 (1967), 273-291; Treggiari, *Urban Labour in Roma: mercenarii and tabernarii*, u *Non Slave Labour in the Greco-Roman World*, Cambridge 1980, 48; Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, *ZSS* 104 (1987), 488; Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, 26-28; Provera, nav. dj., 275; Aubert, nav. dj., 81, n. 174.

<sup>61</sup> Chiusi, nav. dj., 333. je odlučno protiv mišljenja da se *merx peculiaris* tretira kao autonomna posebna imovina unutar pekulija, što obrazlaže okolnošću da njen zasebni tretman služi za popis mase za namirenje u okviru tužbe *tributoria*; unutar uobičajene poslovne djelatnosti podčinjenoga ne postoji nikakva zabrana obračuna, nego tek s podizanjem tužbe *merces peculiares* obrazuju poseban imovinski kompleks, namijenjen vjerovnicima iz odgovarajućih pravnih poslova. Sl. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts II*, Frankfurt am Main 1906, 1125. koji općenito spominje pekulij kojim se podčinjeni mogao poslužiti za obavljanje poslovne aktivnosti sa

U tekstu D.14.4.1.2 Ulpijan uspoređuje *merx peculiaris* s pekulijem.

D.14.4.1.2 (*Ulp. 29 ad ed.*): *Peculiarem autem mercem non sic uti peculium accipimus quippe peculium deducto quod domino debetur accipitur; merx peculiaris etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat, ita demum si sciente eo negotiabitur.*<sup>62</sup>

Ulpijan pojašnjava da se *merx peculiaris* ne podudara s pekulijem, budući da se pod pekulijem podrazumijeva ono što ostane po odbitku dugova prema gospodararu, dok posao zaključen u vezi s *merx peculiaris* obvezuje gospodara ("*dominum tributoria obligat*") ako je bio upoznat s djelatnošću svog roba, čak i onda kada više ničega nije bilo u pekuliju.<sup>63</sup> Ne spominje se "odgovornost" roba koja bi mogla predstavljati pretpostavku ili predmet tužbe. Temeljna pretpostavka za odgovornost gospodara je konstituirana pravnim poslom koji je rob zaključio, a ne putem moguće obveze (pa i naravne), koja nastaje za njega zaključenjem posla. Odgovornost sankcionirana putem *actio tributoria* po svemu izgleda kao vlastita odgovornost gospodara.

Postavilo se pitanje, kako razriješiti situaciju u kojoj je podčinjeni dugovao nekolicini vjerovnika iz različitih poslovnih djelatnosti, ili nekolicini vjerovnika iz istog područja. Ulpijan u tekstu D.14.4.5.15 odgovara na ta pitanja.

D.14.4.5.15 (*Ulp. 29 ad ed.*): *Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in isdem confundendi erunt et omnes in tributum vocandi? ut puta duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores. puto separatim eos in tributum vocari: unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi credidit.*<sup>64</sup>

Ako je podčinjeni imao više vjerovnika, a samo je nekima dugovao za određenu robu, Ulpijan je mišljenja da vjerovnici trebaju sudjelovati u raspodjeli odvojeno jer je svaki od njih dao kredit imajući u vidu više robu s kojom se

---

znanjem imatelja vlasti, naglašavajući da se može raditi o bilo kojoj djelatnosti, a ne samo trgovinskoj. Suprotno Micolier, nav. dj., 99; Bekker, Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 4 (1861), 526; Mandry, nav. dj., 435. koji zastupaju tezu o *merx peculiaris* kao samostalnoj trgovinskoj imovini različitoj od ostatka pekulija koju su sačinjavala dobra razne naravi. Di Porto, nav. dj., 223-226. drži *merx* dijelom pekulija namijenjenim obavljanju određene *negotiatio*. Opširnije v. Bürge, Römische und Romanistisches zum Unternehmensrecht, Wirtschaft und Recht 32 (1980), 147.

<sup>62</sup> D.14.4.1.2: Robu koja sačinjava pekulijarnu imovinu shvaćamo drukčije nego pekulij, budući da se pod pekulijem podrazumijeva samo imovina po odbitku dugova koji postoje prema vlasniku, dok kod *merx peculiaris* vlasnik odgovara temeljem *actio tributoria* i onda kada u pekuliju nema ničega, uz jedinu pretpostavku da je rob poslovao sa znanjem gospodara.

<sup>63</sup> Opširnije o tekstu v. Chiusi, nav. dj., 333-334; Beseler, nav. dj., 210; Devilla, L'obbligazione naturale nel diritto classico, St. Betti II, Milano 1962, 375, n. 35, 36; Riccobono, nav. dj., 248; Seidl, Methode der Kommentatoren, St. Betti IV, Milano 1962, 122.

<sup>64</sup> D.14.4.5.15: Ako rob ima više vjerovnika, a samo nekima duguje za određenu robu, trebaju li svi biti zajedno obuhvaćeni i sudjelovati u raspodjeli? Primjerice, ako rob vodi dvije radnje: suknom i lanenim platnom, a imao je i druge vjerovnike. Mišljenja sam da vjerovnici sudjeluju u raspodjeli odvojeno; naime, svaki je od njih dao svoj kredit, više s obzirom na robu nego na osobu.

trgovalo nego osobu. Ako je podčinjeni vodio dva posla iste vrste, i u tom je slučaju trebalo obračunati odvojeno tražbine vjerovnika, na način da svaki vjerovnik pokrije svoju tražbinu u trgovini realiziranoj u tom mjestu. Između vjerovnika nije trebala postojati nikakva komunikacija kako bi se izbjeglo da se neki od njih okoriste solventnošću druge radnje i tako nanesu štetu drugim vjerovnicima. Ulpijan se zalaže za kriterij mjesta gdje je ugovoren posao i gdje se nalazi određeni *merx* iz kojeg će se izvršiti raspodjela.<sup>65</sup>

*Merx peculiaris*<sup>66</sup> razlikuje se od zbira pekulijarnih dobara kojima je trgovao podčinjeni sa znanjem gospodara po tome što se u tribuciji uzimaju u obzir samo dobra koja su bila predmetom ugovora, koji se zbog toga ne odnosi na sve ono što je sadržano u pekuliju. Svakako da se moglo dogoditi da samo dio pekulija bude upotrijebljen za poslovanje.<sup>67</sup> Micolier<sup>68</sup> smatra da sustav tribucije zahtijeva da se *merx peculiaris* shvati kao *universitas iuris*, različit od pekulija, te da u slučajevima kada je nedostajala *scientia* gospodara, nije bilo moguće bilo aktivu bilo pasivu *merxa* promatrati kao pekulij. *Merx peculiaris*, po njemu, nije samo zbir tjelesnih stvari namijenjenih prodaji nego cjelokupna trgovinska osnova osobe *alieni iuris* sa svojim tjelesnim i netjelesnim elementima. Zato se *merx peculiaris* može definirati kao umjetna imovina koja svoju kohezionu snagu nalazi u volji podčinjenoga da trguje, praćenoj prešutnom suglasnošću imatelja vlasti. U slučaju kada je postojala *scientia domini*, *merx* je imao sva obilježja jedne *universitas iuris*, tvoreći homogenu cjelinu pogodnu za povećavanje ili smanjivanje.<sup>69</sup> Aktivu *merxa* sačinjavali su svi elementi koji su mogli ulaziti u

<sup>65</sup> D.14.4.5.16 (Ulp. 29 ad ed.): "*Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit et ego fui tabernae verbi gratia quam ad Bucinum habuit ratiocinator, alius eius quam trans Tiberim, aequissimum puto separatim tributionem faciendam, ne ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.*" (Čak i ako rob ima dvije slične radnje, npr. jednu u Bucinumu, gdje sam ja računovoda, a u onoj preko Tibra je drugi, smatram da je najispravnije odvojeno poduzeti razdiobu kako jedni vjerovnici ne bi bili oštećeni iz poslova i robe druge radnje i da tako drugi vjerovnici time ne bi pretrpjeli štetu.).

<sup>66</sup> Bitno je naglasiti razliku između *merx peculiaris* i *merx dominica* (odnosno između *patrimonium domini* i *quasi patrimonium* podčinjenoga) jer od nje ovisi mogućnost podizanja tužbi *institoria*, *tributoria* i *de peculio*, pa samim tim i različit opseg odgovornosti imatelja vlasti. Poslovanje s *merx dominica* povlačilo je odgovornost temeljem *actio institoria (in solidum)*. Za razliku od tužbe *institoria* kod koje se predmet djelatnosti često sastojao u prodaji stvari zbog čega je bila bliska tužbi *tributoria*, *actio exercitoria* se rijetko stavlja u kontekst blizak tužbi *tributoria* (izuzev u D.14.1.1.19-20 i D.14.1.6pr.) vjerojatno zbog toga što se *actio exercitoria* odnosi na djelatnost *exercere navem*, kod koje se *merces* ne susreću.

<sup>67</sup> G.4.72; D.14.4.11.

<sup>68</sup> Micolier, nav. dj., 350; sl. Dietzel, *Die Commanditen – Gesellschaft und die actio tributoria*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 2 (1859), 1-18; Bekker, n. dj., 499; Mandry, nav. dj., 420.

<sup>69</sup> Valiño, nav. dj., 111. smatra da je termin *universitas iuris* pretjeran jer navodi na ideju o pravnoj osobi, pa bi zbog toga bilo bolje govoriti o odvojenom vlasništvu. Douaren, *Opera omnia*, Lucae 1765-1768, 981. i Cujas, *Opera omnia in decem tomos distributa*, Neapolis 1758, t. X, col. 1034. ističu da *merx* mora potjecati iz pekulija, a ne iz gospodarove imovine, inače nema mjesta tužbi *tributoria*, pa treba razlikovati *merx peculiaris* i *merx dominica*, ali isto tako i *merx* od ostatka

pekulij osobe *alieni iuris*, ali ne cijeli pekulij kako kaže Ulpijan u tekstu D.14.4.5.11.<sup>70</sup> *Merx peculiaris* nije obuhvaćao samo robu namijenjenu prodaji, nego i sve ono što je služilo realizaciji poslovanja;<sup>71</sup> prema Labeu, to su robovi *vicarii*, trgovinski zajmovi i svi pripatci stečeni novcem od *merxa*,<sup>72</sup> ali ne i one stvari iz pekulija koje su odvojene od trgovinske djelatnosti. U *merx* ne spada roba koja je povjerena podčinjenoj osobi u svrhu prodaje jer ju je vlasnik uvijek mogao zatražiti natrag;<sup>73</sup> isto tako, hipotekarni vjerovnik mogao se suprotstaviti drugim vjerovnicima.<sup>74</sup>

## VII. *Vocatio in tributum*

*Vocatio in tributum* je pozivanje koje vrši pretor i kojim se obvezivao *pater familias* ili *dominus* na proporcionalnu raspodjelu *merx peculiaris* između vjerovnika, među koje je ulazio i on sa svojim naravnim tražbinama, vlastitim ili svojih podčinjenih, s obzirom na sina ili roba.<sup>75</sup> Predstavlja postupak dragovoljne raspodjele, vrstu privatnog stjecaja vjerovnika, koji ne slijedi norme ovršnog

pekulija. *Merces* su pokretne stvari namijenjene prodaji koje se individualiziraju unutar pekulija u trenutku kada se njima trguje i postaju pravno samostalne proizvođači pravne učinke u smislu da *merx peculiaris* obvezuje *dominusa* putem *actio tributoria* i onda kada u pekuliju, kada su izdvojeni njegovi dugovi nije više bilo ničega; otuda zahtjev za *scientia et patientia domini*. (Nav. prema Chiusi, nav. dj., 288, n. 16; 289, n. 19.) Di Porto, nav. dj., 218. smatra da je odvajanje *merx peculiaris* kao imovinskog entiteta unutar pekulija bilo apsolutno u smislu da je samo *merx* bio predmetom tribucije; razlikovanje *merx peculiaris* – *peculium* s obzirom na odvajanje *peculium* – *res dominica* sadržano je u činjenici da su se vjerovnici *ex causa peculiari* mogli namiriti samo iz pekulija.

<sup>70</sup> D.14.4.5.11 (Ulp. 29 ad ed.): *Non autem totum peculium venit in tributum, sed id dumtaxat, quod ex ea merce est, sive merces manent sive pretium earum receptum conversumve est in peculium.* (U diobu ne dolazi cijeli pekulij, nego samo ono što spada u robu, bilo da roba još uvijek postoji bilo da je za nju dobivena cijena već ušla u pekulij ili mu služi.)

<sup>71</sup> Usvajajući Pedijevo shvaćanje *merxa*, većina romanista smatra da se *actio tributoria* odnosila *ad omnes negotiationes*. V. Buckland, nav. dj., 234; Micolier, nav. dj., 349; Solazzi, nav. dj., 362, n.15; Valiño, nav. dj., 109; Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, 159, n. 698. S obzirom na uže (Ulpijanovo) i šire (Pedijevo) shvaćanje *merxa* Di Porto, nav. dj., 218. razlikuje tri razdoblja u ekonomskoj primjeni tužbe *tributoria*: prvo je vezano za uže i izvorno značenje *merxa*; drugo se podudara s posljednjim stoljećem Republike i prvim stoljećem Principata, kada se dovode u pitanje granice *merxa* i kada se pod utjecajem ekonomskog napretka nastoji proširiti područje primjene tužbe *tributoria*, da bi najzad, u trećem razdoblju oba shvaćanja bila podjednako primjenjivana; mišljenje je autora da je u tom razdoblju restriktivna (Ulpijanova) teza ipak imala prednost.

<sup>72</sup> D.14.4.5.13 (Ulp. 29 ad ed.); D.14.4.5.11-13.

<sup>73</sup> D.14.4.5.18

<sup>74</sup> D.14.4.5.8; D.14.4.5.17

<sup>75</sup> Chiusi, nav. dj., 354-359. smatra da u vrelima nema dokaza o postojanju *vocatio in tributum*; posebice odlomak "*et ita praetor ius dicit*" (G.4.72; I. 4.7.3) nije dekret, nego pretorov edikt; kada se u Teofilovim Parafrazama spominje pojedinačni pretorov akt, onda to odgovara justinijanskom, a ne klasičnom shvaćanju. Poseban slučaj susreće se kod Ulpijana u D.14.4.7.1: *dominus* ne želi sam poduzeti *tributio*, ali je spreman prepustiti *merces* vjerovnicima; ako se u tom slučaju izabere *arbiter*, onda se radi o iznimnom postupku; redovito sredstvo za provođenje tribucije je *actio*.

postupka; *vocatio* nije posljedica tužbe niti njezin dio, niti je dio *proscriptio*, zbog čega su u *tributio* ulazile i naravne obveze. Raspodjelu je vršio *dominus* po zaduženju pretora, osim u slučaju ako bi htio unijeti cijeli pekulij, kada je pretor imenovao suca koji je izvršavao distribuciju, kako kaže Ulpijan, pozivajući se na Pedija, u D.14.4.7.1. Međutim, postavlja se pitanje, bi li se prepuštanjem *merxa* gospodar lišio prava na namirenje svojih zahtjeva iz naravnih obveza. Premda izvori o tome ništa konkretno ne govore, bizantski pravници smatraju da bi ustupanje značilo odricanje od namirenja vlastitih zahtjeva.<sup>76</sup>

Na ovom području ne postoje pozivanja na intervenciju pretora, kao ni na določno ponašanje. *Dolus* imatelja vlasti kao bitni zahtjev<sup>77</sup> za primjenu tužbe *tributoria*, spominje se tek u tekstovima kompilatora i tek bizantski izvori daju preciznije podatke o intervencijama pretora<sup>78</sup> prema kojima je vršena *tributio*.<sup>79</sup> Zbog čega Gajeve i Justinijanove Institucije ne govore o tako važnim zahtjevima? Balestri Fumagalli<sup>80</sup> smatra da je Gaj izbjegao strogi kronološki slijed te da se rukovodio općim rezoniranjem: utvrđivanje odgovornosti imatelja vlasti, ustanovljeno od strane pretora protiv krute logike civilnog prava.

*Actio tributoria* se prvobitno razvijala zajedno s *actio de peculio*, da bi je kasnije zbog zajedničkog "trgovinskog" karaktera asimilirale *actiones exercitoria* i *institoria*.<sup>81</sup> Bitni problem koji otežava pridruživanje tužbe *tributoria* ostalim adjektivijskim tužbama je taj što *actio tributoria* izravno sankcionira osobnu odgovornost gospodara, dok to ostale *actiones adiecticiae qualitatis* čine na posredan način. Većina romanista<sup>82</sup> smatra da se ovaj problem može riješiti uočavajući u vrelima jasnu razliku između *vocatio in tributum*, koja je određena pretorovom intervencijom i same *actio tributoria*,<sup>83</sup> pretpostavljajući da adjektivijsku narav treba pripisati samo prvoj. Buti<sup>84</sup> smatra da je obveza postupanja po *tributio* smatrana posrednim, ali efikasnim sredstvom za sankcioniranje dugova robova iz *negotiationes*, čak i onda kada je već postojala *actio de peculio*. S druge strane, nije postojala osobna obveza i odgovornost imatelja vlasti, na što upućuje činjenica da je on mogao izbjeći neugodnosti osobnog sudjelovanja u

Suprotno, Watson, *Slavery and the Development of Roman Private Law*, BIDR 90 (1987), 109; Valiño, nav. dj., 113.

<sup>76</sup> Valiño, nav. dj., 113.

<sup>77</sup> D.14.4.7.2-4.

<sup>78</sup> Mandry, nav. dj., 441; Bonfante, nav. dj., 85, Chiusi, nav. dj., 358-359. smatraju da je izričito spominjanje pretorove intervencije u Teofilovim Parafrazama, kao i u komentaru Bazilika, plod postklasične i justinijanske misli koja je naginjala javnom karakteru stečajnog postupka.

<sup>79</sup> Theoph. Par. 4.7.3; Sch. 8, Bas.18.2.1 (nav. prema Miceli, nav. dj., 324, n.210, 211.)

<sup>80</sup> Balestri Fumagalli, nav. dj., 136.

<sup>81</sup> Valiño, nav. dj., 124; isti, Las "actiones adiecticiae qualitatis" y sus relaciones básicas en derecho romano, AHDE 37 (1967), 347.

<sup>82</sup> Buti, nav. dj., 151, n. 7; Balestri Fumagalli, nav. dj., 191; Valiño, La "actio tributoria", 112; suprotno Chiusi, nav. dj., 355.

<sup>83</sup> Valiño, nav. dj., 123.

<sup>84</sup> Buti, nav. dj., 151, n. 7.

*tributio*, tako što bi prepustio vjerovnicima pekulijarna dobra, a pretor bi odredio suca čijim bi posredovanjem bila raspodijeljena roba iz pekulija.<sup>85</sup> Miceli<sup>86</sup> smatra da u navedenim Butijevim tvrdnjama postoji jasna suprotnost, koja se odnosi najprije na obvezu sudjelovanja u tribuciji, dok kasnije tvrdi da takva obveza ne postoji na teret gospodara koji ju je mogao izbjeći prepustivši vjerovnicima *merx peculiaris*. Osim toga, odbijanje *dominusa* da sudjeluje u raspodjeli nije bilo bezuvjetno nego vezano za određene radnje koje su bile nužne radi osiguranja tribucije.

Iz vrele je teško odrediti kakva je i kolika bila pretorova uloga i na koji je način započinjao i izvršavan postupak tribucije. Raspodjela se mogla izvršiti i s obzirom na samo jednog vjerovnika.

D.14.4.5.19 (*Ulp. 29 ad ed.*): *Tributio autem fit pro rata eius cuique debeatur. Et ideo, si unus creditor veniat desiderans tribui, integram portionem consequitur: sed quoniam fieri potest, ut alius quoque vel alii existere possint mercis peculiaris creditores, cavere debet creditor iste pro rata se refusurum, si forte alii emerterint creditores.*<sup>87</sup>

Ulpijan kaže da se raspodjela vrši u razmjeri prema onome što se svakome duguje (*pro rata eius quod cuique debeatur*) i to na takav način da ako se javi samo jedan vjerovnik i zatraži razdiobu, dobit će cijeli dio koji odgovara njegovoj tražbini (*integram portionem*). Pri tome je bilo bitno da taj vjerovnik jamči da će isplatiti odgovarajući iznos (*pro rata se refusurum*) u slučaju ako se pojave i drugi pekulijarni vjerovnici i zatraže namirenje svog dijela od imatelja vlasti. *Dominus* nije smio pretrpjeti nikakvu štetu ako je bio pozvan *in tributum*.

D.14.4.7pr. (*Ulp. 29 ad ed.*): *Illud quoque cavere debet, si quid aliud domini debitum emerterit, refusurum se ei pro rata. Finge enim condicionale debitum imminere vel in occulto esse: hoc quoque admittendum est: nam iniuriam dominus pati non debet, licet in tributum vocatur.*<sup>88</sup>

Premda bi se na prvi pogled moglo reći da u navedenom tekstu ima puno proturječnosti, pretor je uistinu nastojao da u stečajnom postupku sudjeluju svi vjerovnici. Ako se dopusti pretpostavka da je inicijativa mogla poteći samo od jednoga od njih, sam postupak je uključivao i ostale. Vjerojatno je pojedini vjerovnik mogao izravno zahtijevati od *dominusa* postupak tribucije, a samo u slučaju ako ih je bilo više, mogla se tražiti pretorova intervencija. Međutim, za

<sup>85</sup> D.14.4.7.1

<sup>86</sup> Miceli, nav. dj., 326.

<sup>87</sup> D.14.4.5.19: Razdioba se vrši razmjerno prema onome što se svakome duguje. I otuda ako se samo jedan vjerovnik pojavi i zatraži razdiobu, dobija cijeli dio koji odgovara njegovom potraživanju. Ali, kako postoji mogućnost da se s obzirom na robu iz pekulija pojavi još jedan ili više vjerovnika, taj vjerovnik mora jamčiti za to da će isplatiti odgovarajući iznos u slučaju ako se pojave i drugi vjerovnici.

<sup>88</sup> D.14.4.7pr.: Vjerovnik mora dati osiguranje da će isplatiti vlasniku razmjerni dio ako se ispostavi još neko drugo potraživanje; pretpostavimo, uvjetno potraživanje ili neizvjesno ili nedospjelo potraživanje. I takvo potraživanje mora biti predviđeno za raspodjelu. Dakle, ako vlasnik sudjeluje sa svojim zahtjevom u razdiobi, ne smije ga se tretirati nepravično.

ovakve zaključke ne postoji potpora u tekstovima.<sup>89</sup> Iz tekstova se sa sigurnošću može utvrditi da je *ratio* pretorove intervencije u osiguranju jednakog i proporcionalnog namirenja trećih. Svakako da je na intervenciju pretora utjecala kompleksna dužnička situacija *dominusa* koja je prethodila podizanju tužbe. Platež dugova nije se smio obaviti arbitrarno niti po redu kako su se vjerovnici javljali, kao što je bio slučaj kod tužbe *de peculio*, nego na proporcionalnom načelu, kako objašnjava Paul u D.14.4.6. Proporcionalna raspodjela imovine vrši se ne uzimajući u obzir pojedine privilegirane tražbine, s iznimkom realnih osiguranja (D.14.4.5.8; D.14.4.5.18).<sup>90</sup> Što se događalo u situaciji kada imatelj vlasti nije bio vjerovnik? Tada nije dolazilo do tribucije i vjerovnici su svoje zahtjeve mogli namiriti putem *actio de peculio*. *Dominus* nije sudjelovao u raspodjeli već zbog same činjenice da je on ustanovio pekulij, nego zbog drugih tražbina koje je imao on ili njegovi podčinjeni. Pri tome se ne smije zanemariti da je gospodar vlasnik pekulija zbog čega ga je mogao povući kada god je zaželio. Dok je *actio de peculio* podrazumijevala privilegiran položaj imatelja vlasti u ugovorima svog podčinjenog, na tribuciju se poziva jednako kao i drugi vjerovnici (D.14.4.1pr.). Ulpijan naglašava da imatelj vlasti sudjeluje u tribuciji ne samo zbog onoga što se njemu duguje, nego i zbog onoga što se duguje njegovim podčinjenima.<sup>91</sup> Isto tako, ako postoji više vlasnika, dugovi će im biti namireni proporcionalno njihovoj visini.<sup>92</sup> Bitna je specifičnost na ovom području da krediti gospodara, kao i drugih vjerovnika nisu bili ograničeni u odnosu na trgovinu. Svi dugovi, ma koje vrste (*ex quacumque causa*), sudjeluju u raspodjeli, uključujući i one nastale prije početka trgovanja; bilo je važno, kako ističe Labeo, da je gospodar izgubio privilegij prvenstva namirenja (*privilegium deductionis*) iz imovine podčinjenoga.<sup>93</sup> Treba obratiti pozornost da se *tributio* ne može izjednačiti s ovršnim postupcima premda postoje autori koji naglašavaju

<sup>89</sup> Miceli, nav. dj., 327, n. 222.

<sup>90</sup> Buckland, nav. dj., 236. se pita, prodaje li se *merx* ili dijeli, priklanjajući se prvoj soluciji, za što potvrdu nalazi u tekstu D.14.4.7.3. Valiño, nav. dj., 115. naglašava da *vocatio in tributum* ima za cilj isplatu vjerovnika, a njih zanima vrijednost *merxa* i uračunavanje cijele imovine. Znajući to, moglo se dogoditi da gospodar radije isplati vjerovnike iz svog džepa nego da pristupi prodaji robe.

<sup>91</sup> D.14.4.5.9 (Ulp. 29 ad ed.): *Sive autem domino sive his qui in potestate eius sunt debeatur, utique erit tribuendum.* (Dug sudjeluje u raspodjeli, bez obzira duguje li se gospodar ili njegovom podčinjenom.)

<sup>92</sup> D.14.4.5.10 (Ulp. 29 ad ed.): *Sed si duo pluresve domini sint, utique omnibus tributetur pro rata debiti sui.* (Postoje li pak dvojica ili više gospodara, onda svi sudjeluju u razdiobi razmjerno njihovim potraživanjima.)

<sup>93</sup> D.14.4.5.7 (Ulp. 29 ad ed.): *Sed est quaesitum, dominus utrum ita demum partietur ex merce, si quid ei mercis nomine debeatur, an vero et si ex alia causa. et Labeo ait, ex quacumque causa ei debeatur, parvique referret, ante mercem an postea ei debere quid servus coeperit: sufficere enim, quod privilegium deductionis perdidit.* (Postavlja se pitanje, sudjeluje li gospodar u razdiobi robe samo onda kada se zbog robe njemu nešto duguje, ili pak i onda kada mu se duguje iz neke druge osnove. Labeo kaže da on sudjeluje iz bilo koje osnove da mu se duguje i da dalje nije važno, je li robova obveza nastala odmah na početku trgovanja ili kasnije, naime, dovoljno je da je gospodar izgubio pravo prvenstva namiriti se iz robove imovine.)

njihove sličnosti.<sup>94</sup> Na temelju navedenih tekstova može se zaključiti da se obveza koju je imao *pater* ili *dominus* nije nužno sastojala u distribuciji *merx peculiaris*, nego je bilo bitno da ispuni obveze koje je s njegovim znanjem preuzeo podčinjeni u granicama *merxa*, izbjegavajući pri tome prethodno izdvajanje svojih tražbina i nastojeći osigurati da se platež ostvari u granicama mogućnosti, jednako i proporcionalno namirenje svih vjerovnika.<sup>95</sup> Konkretni načini distribucije odredit će se od slučaja do slučaja prema zahtjevima za namirenje. Razlikovanje između *vocatio in tributum* i *actio tributoria* nije moglo biti predočeno u tako jasnim granicama i kada se pretpostavi da je postojao pretorov dekret.

Izvori ne nude suglasna polazišta. Navedeno razlikovanje ne rezultira toliko iz ograničenja naravi tributorne tužbe i odgovornosti koja je putem nje sankcionirana, nego je razlikovanje naglašeno i nalazi svoje opravdanje u nužnosti uvrštenja među ostale adjektivijske tužbe, a u isto vrijeme u priznanju njezinih posebnosti. Adjektivijski karakter bi se tako realizirao u *vocatio in tributum*, dok bi *actio tributoria* sankcionirala osobnu odgovornost gospodara.<sup>96</sup> Ipak, postavlja se pitanje kako se *vocatio in tributum* može pripisati adjektivijska narav kada se uzme u obzir da se ne radi o istinskoj tužbi opskrbjenoj odgovarajućom formulom. (Ipak, procesna istovjetnost postoji između *actio de peculio* i *actio tributoria*, a ne između *actio de peculio* i *vocatio in tributum*.) *Vocatio* može u krajnjem slučaju konstituirati izvor obveze za gospodara da pristupi tribuciji, ako ona nije proistjecala izravno iz pretorovog edikta. Ipak, ako se ovo razlikovanje može razabrati, ono se ne očituje između *vocatio in tributum* i *actio tributoria*, nego između *actio tributoria* i *tributio* koja joj prethodi. Balestri Fumagalli naglašava da je odvajanje *vocatio in tributum* i *actio tributoria* jasno samo s pojmovnog stanovišta te da opširnost s kojom bizantski autori istražuju sadržaj i učinke magistratskog *ius dicere* pokazuje u stvari cjelishodnost proširenja operativne sfere tužbe *tributoria*. Osim toga, kako primjećuje Chiusi<sup>97</sup>, u vrelima se ne nailazi na samostalni termin *vocatio in tributum*, nego samo na *vocari in tributum* ili *venire in tributum*.<sup>98</sup> Za gospodara uvijek nastaje obveza izvršiti *tributio*.

Tko je mogao tražiti *tributio*? Bilo koji vjerovnik imao je pravo zahtijevati od pretora izvršenje tribucije i sudjelovati u njoj. Vjerovnik je morao biti upravo iz tog posla i zahtjev se postavljao u odnosu na količinu koja se duguje, budući da svaki posao koji se zaključi s robom nije dovodio do tribucije. Također, ni vjerovnik koji je predao svoju robu na prodaju i koja još nije prodana ne ulazi u *tributio*.<sup>99</sup>

<sup>94</sup> Valiño, nav. dj., 123. odlučno se suprotstavlja mišljenju onih koji naglašavaju bliskost između *tributio* i ovršnih postupaka. Sl. Miceli, nav. dj., 327, n. 222.

<sup>95</sup> Miceli, nav. dj., 327-328, n. 222.

<sup>96</sup> Buti, nav. dj., 151, n. 7; Balestri Fumagalli, nav. dj., 191.

<sup>97</sup> Chiusi, nav. dj., 352-353.

<sup>98</sup> D.14.4.5.11; D.14.4.5.17.

<sup>99</sup> D.14.4.5.18



D.14.4.5.4-5 (*Ulp. 29 ad ed.*): "*Mercis nomine*" merito adicitur, ne omnīs negotiatio cum eo facta tributoriam inducat. 5. Per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est.<sup>100</sup>

Chiusi<sup>101</sup> smatra da se navedeni tekstovi odnose na pretpostavke tužbe, a ne na *vocatio in tributum*, na što bi posebno ukazivao izraz *per hanc actionem*. Međutim, drugi dio doktrine koji je sklon razlici između *vocatio in tributum* i *actio tributoria* nastoji umanjiti dokazni učinak ovih tekstova ističući da se navedene pretpostavke odnose na *vocatio in tributum*, te da su ih pravnici samo zbog terminološke nepreciznosti pripisali tužbi. Ti autori jedinstvenim izrazom *actio tributoria* bi se pozivali na cijeli postupak koji je uključivao *vocatio in tributum* i samu *actio tributoria*.<sup>102</sup> Drukčijeg je mišljenja Miceli<sup>103</sup>, koja ističe da se izraz *quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit* pojavljuje ne samo i u drugim tekstovima koji se odnose na *actio tributoria* (G.4.72; I.4.7.3), nego i u onim koji se bave s *actio quod iussu* (D.15.3.1). Zbog toga nema dvojbe da se izraz mogao odnositi na tužbu, a ne na postupak u cjelini. Sigurno je da tužba ne može biti podignuta radi izvršenja tribucije. Ona je upravljena na ispravljanje učinaka prijevarne raspodjele (*dolosa tributio*), koja se mogla očitovati u *minus tribuere* ili u *nilhil tribuere*, ali samo prema vjerovniku koji je to zahtijevao procesualnim putem, a nikada za razmjernu i stečajnu raspodjelu između svih vjerovnika dobara obuhvaćenih s *merx peculiaris*.<sup>104</sup>

Prije svega, ne čini se uvjerljivim da se nepostojanje gospodarove obveze na tribuciju moglo izvesti iz okolnosti, potvrđene u tekstovima, da je *dominus* mogao odbiti izvršenje raspodjele.<sup>105</sup>

D.14.4.7.1 (*Ulp. 29 ad ed.*): *Quid tamen si dominus tribuere nolit nec hanc molestiam suscipere, sed peculio vel mercibus cedere paratus sit? Pedius refert audiendum eum, quae sententia habet aequitatem: et plerumque arbitrum in hanc rem praetor debebit dare, cuius interventu tribuantur merces peculiares.*<sup>106</sup>

Pedije i Ulpijan smatraju legitimnim gospodarovo odbijanje da izvrši tribuciju koje je praćeno ponudom prepuštanja pekulija i *merx peculiaris*.<sup>107</sup> U tim bi se slučajevima pretor pobrinuo da se imenuje *arbiter* sa specifičnom zadaćom

<sup>100</sup> D.14.4.5.4-5: "S obzirom na robu" je u ediktu s pravom dodano kako ne bi svaki posao s robom doveo do *actio tributoria*. 5. Putem ove tužbe mora biti raspodijeljeno ono što je u samoj robi i ono što je u vezi s njom primljeno.

<sup>101</sup> Chiusi, nav. dj., 351.

<sup>102</sup> Heumann, nav. dj., 38; Valiño, nav. dj., 107.

<sup>103</sup> Miceli, nav. dj., 233.

<sup>104</sup> U tom smislu Talamanca, nav. dj., 703-704.

<sup>105</sup> Buti, nav. dj., 151, n. 7.

<sup>106</sup> D.14.4.7.1: Što treba vrijediti ako vlasnik neće poduzeti razdiobu, ali je spreman prepustiti pekulij i zalihu robe vjerovnicima? Pedije ispravno poučava da u svakom slučaju pretor mora odrediti suca čijim će posredovanjem roba iz pekulija biti raspodijeljena.

<sup>107</sup> Schulz, nav. dj., 130, n. 2 ističe činjenicu da se počev od Pedija tuženik mogao osloboditi prepuštanjem pekulija, ali je tužitelju morao isplatiti potraživanja koja su se odnosila na pekulij prema njihovoj nominalnoj vrijednosti.

izvršenja tribucije. Navedeni tekst ne isključuje postojanje gospodarove obveze nego samo predviđa mogućnost da gospodar ne izvrši obvezu ponudivši ispunjenje nužnih uvjeta za tribuciju. Ako *dominus* ne bi osigurao sve akte potrebne za tribuciju, mogao je biti optužen za dolozno ponašanje i tužen s *actio tributoria*.

### VIII. *Tributio dolosa*

Samo *dolosa tributio* predstavlja pretpostavku za tužbu, bez obzira je li naređena od strane pretora, ili je realizirana dragovoljno od strane *pater familiasa*, ili nije nikako ostvarena. U čemu se sve može sastojati *dolus* imatelja vlasti pojašnjeno je u paragrafima D.14.4.7.2-4.

D.14.4.7.2-4 (*Ulp. 29 ad ed.*): *Si cuius dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit, praestet: quae actio dolum malum coercet domini. Minus autem tribuere videtur etiam si nihil tributum sit. Si tamen ignorans in merce servum habere minus tribuit, non videtur dolo minus tribuisse, sed re comperta si non tribuat, dolo nunc non caret. Proinde si sibi ex ea merce solvi fecit, utique dolo videtur minus tribuisse. 3. Sed et si mercem perire passus est aut eam avertit aut vilioris data opera distraxit vel si ab emptoribus pretium non exigerit, dicendum erit teneri eum tributoria, si dolus intervenit. 4. Sed et si negaverit dominus cuiquam deberi, videndum erit, an tributoriae locus sit: et est verior Labeonis sententia tributoriam locum habere: alioquin expedit domino negare.*<sup>108</sup>

Na osnovi Ulpijanovog teksta<sup>109</sup> može se zaključiti da su razna ponašanja bila obuhvaćena pojmom *dolosa tributio*.<sup>110</sup> *Dominus* je odgovarao ne samo u slučaju

<sup>108</sup> D.14.4.7.2-4: Ako zbog prijevornog ponašanja vlasnika ne bude izvršena razdioba, dopušta se protiv njega *actio tributoria* kako bi on odgovarao za ono što je premalo raspodijeljeno. Ova tužba štiti od zlonamjernog ponašanja vlasnika. Premala raspodjela uključuje i nikakvu raspodjelu. Ako je vlasnik ipak manje raspodijelio zato što nije znao da je rob raspolagao robom, onda se ne pretpostavlja da je on zlonamjerno premalo raspodijelio. Ako pak, nakon što je ovo saznao, nije ništa raspodijelio, nije više oslobođen od prijevera. Ako si je otuda isplatio iz one robe, onda je u svakom slučaju premalo raspodijelio. 3. Ali, i ako je pustio da roba propadne ili ju je odstranio ili namjerno prodao ispod vrijednosti ili od kupaca nije uzeo kupovninu, mora se reći da on odgovara na temelju *actio tributoria*, ukoliko je postupao prijeverno. 4. Ali i ako gospodar osporava postojanje obveze prema bilo kome, mora se provjeriti, ima li mjesta tributoriji. I ispravnije je ovdje Labeovo mišljenje da ima mjesta tributoriji, inače bi vlasniku koristilo već obično osporavanje.

<sup>109</sup> Chiusi, nav. dj., 363-370. posvećuje posebnu pozornost Ulpijanovom tumačenju iz D.14.4.7.2: "*minus autem tribuere videtur etiam si nihil tributum sit*" i D.14.4.7.4: "*si negaverit dominus cuiquam debere*" gdje se, po njenom mišljenju, ne opravdava koncept *dolus in tribuendo*, nego predstavlja svjesno odbijanje tribucije prema pravilima utvrđenim u ediktu, u čemu vidi još jedan dokaz neovisnosti tužbe od prethodne *vocatio ad tributionem*. Također, i slučaj koji opisuje Julijan u D.14.4.12, gdje se tužba veže za manjkavu *tributio*, odnosi se samo na konkretan slučaj koji nije podoban za uopćavanje. Opširnije o tekstu D.14.4.7.2 v. Haymann, *Textkritik. Studien zum römischen Obligationenrecht*, ZSS 40 (1919), 271, n.2; Mayr, *Praestare*, ZSS 42 (1921), 219, n.4; Seidl, nav. dj., 124.

<sup>110</sup> Ulpijanov tekst D.14.4.7.2 i Julijanov tekst D.14.4.12 zagovornici teze o deliktnoj naravi tributorne tužbe smatraju temeljnim. V. Heumann, nav. dj., 54; Valiño, nav. dj., 117.

kada nije izvršio tribuciju premda je znao za dobra koja su spadala u *merx* ili zbog svoje nemarnosti upropasti *merx*, ili se ne pobrine za naplatu dugova (D.14.4.7.3), ili prije izvršenja tribucije poriče postojanje tražbina trećih (D.14.4.7.4). Također je očito da se pod *minus tribuere* podrazumijave i *nil tribuere*, tj. premala raspodjela uključivala je i nikakvu raspodjelu.<sup>111</sup> Osim toga, doloznim ponašanjem smatralo se i ako bi *dominus* namirio svoje tražbine u razmjerno većoj mjeri u odnosu na ostale vjerovnike (*si sibi ex ea merce solvi fecit utique dolo videtur minus tribuisse*), ako ne bi pazio na aktivu bilo koje vrste koja je pripadala *merxu*, ako bi suviše jeftino prodao stvari koje su služile za trgovačku djelatnost podčinjenoga, ako bi u distribuciju uključio nepostojeće dugove, ako bi različito postupao prema vjerovnicima. Sve navedeno značilo je postojanje svijesti o oštećivanju vjerovnika i rezultiralo objektivno štetnim posljedicama.<sup>112</sup> Zanimljivo je da u tekstu D.14.4.7.4 Ulpijan, pozivajući se na Labeovo mišljenje, navodi da za podizanje tributorne tužbe nije nužno dolozno ponašanje nego je bilo dovoljno hotimično odbijanje raspodjele prema pravilima utvrđenim u ediktu.

Glavni razlog postojanja tužbe *tributoria* je u sankcioniranju prijevare koju je počinio *dominus* prilikom raspodjele *merxa*.<sup>113</sup> Gospodar se može pozvati na odgovornost ako nije ništa raspodijelio ili ako je raspodijelio manje nego što je trebao (D.14.4.7.2). Za podizanje tužbe nije bila dovoljna obična nemarnost, nego se zahtijevao konkretni *dolus*, tj. pri raspodjeli je gospodar za namirenje svoje tražbine uzeo razmjerno veći dio od onoga ostalih vjerovnika. Takvu situaciju analizira Julijan u tekstu D.14.4.12.

D.14.4.12 (*Iul. 12 dig.*): *Alius dumtaxat de peculio, alius tributoria servi nomine cum domino agit: quaesitum est, an deducere dominus de peculio debeat, quod tributoria agenti praestaturus sit. respondit: tributoria actione tunc demum agi potest, cum dominus in distribuendo pretio mercis edicto praetoris non satisfecit, id est cum maiorem partem debiti sui deduxit quam creditoribus*

<sup>111</sup> Usp. D.50.16.32 (*Paul. 24 ad ed.*); D.50.16.82 (*Paul. 14 ad Plaut.*).

<sup>112</sup> Opširnije v. Mandry, nav. dj., 440; Karlowa, nav. dj., 1162; Chiusi, nav. dj., 363.

<sup>113</sup> Chiusi, nav. dj., 366-371. smatra da *actio tributoria* nije dopušтана u svrhu reprimiranja hipotetičnog dolusa imatelja vlasti nego radi toga da ga se prinudi da odgovara za dugove podčinjenoga, a da prethodno nije smio odbiti vlastita potraživanja, tj. u uvjetima apsolutne ravnopravnosti s ostalim vjerovnicima. Tužba je bila sredstvo putem kojeg je pretor vršio pritisak na imatelja vlasti, ili je služila kako za korigiranje posljedica namjerno loše izvršene raspodjele, tako i za njihovo izravno proizvođenje u slučaju kada je *dominus* svjesno propustio izvršiti je. *Dolus* nije predstavljao apsolutno nužan element za podizanje tributorne tužbe. Tužba je zasnovana na *scientia domini* o aktivnosti podčinjenoga s pekulijarnim dobrima i svrha joj je garantirati vjerovnicima raspodjelu *merxa*, *pro rata parte* među svim vjerovnicima uključujući imatelja vlasti. Što je takva raspodjela mogla biti povjerena gospodaru bez pribjegavanja tužbi, a to je bilo u većini slučajeva, čini razumljivim opetovano spominjanje dolusa imatelja vlasti koji je mogao prouzročiti povredu prava ostalih vjerovnika. U takvom je slučaju *actio tributoria* dolazila nakon tribucije, ali njen cilj bio je uvijek isti: prinuditi gospodara na namirenje dugova podčinjenoga sukladno pravilima edikta. Suprotno Balestri Fumagalli, nav. dj., 194. koja *dolus* smatra nužnom pretpostavkom tužbe *tributoria*.

*tribuit, veluti si, cum in merce triginta fuissent, in quam ipse quidem quindecim crediderat, duo autem extranei triginta, tota quindecim deduxerit, et creditoribus reliqua quindecim dederit, cum deberet sola decem deducere, extraneis dena tribuere. cum igitur hoc fecit, nec intellegendus est servum a se liberasse eo, quod quinque adhuc nomine eius tributoria actione praestaturus sit: quare si agi de peculio coeperit, cum forte extra mercem peculium esset, quinque tamquam adhuc creditor servi deducere debet.*<sup>114</sup>

Jedan vjerovnik tužio je imatelja vlasti tužbom *de peculio*, a drugi tužbom *tributoria*. Julijanu je postavljeno pitanje, može li *dominus* koji je tužen *de peculio*, odbiti iz pekulija ono što je obvezan dati vjerovniku koji ga tuži tributornom tužbom. Julijan je odgovorio da će se postupati po tributornoj tužbi samo u slučaju kada *dominus*, prilikom raspodjele vrijednosti *merxa*, nije poštivao pravila pretorova edikta, tj. kada se utvrdi da je prijevarno za namirenje svoje tražbine, izdvojio dio veći od onoga koji pripada vjerovnicima. Tako, u slučaju kada je *merx* vrijedio 30 000 sestercija, a dvojica vjerovnika imali tražbinu u iznosu od 15 000, a *dominus* također u iznosu od 15 000 sestercija, slijedi da bi u tribuciji svaki trebao dobiti po 10 000. Međutim, u postupku tribucije *dominus* je namirio svoju tražbinu od 15 000 i tako oštetio ostale vjerovnike za 5 000 sestercija. Prevareni vjerovnici mogli su onda putem *actio tributoria*, zahtijevati *in solidum* razliku dugovanja.<sup>115</sup> Prema tome, gospodaru je ostalo još 5 000 koje je trebao namiriti, a taj je iznos mogao izdvojiti iz robova pekulija, tako da se rob nije u potpunosti oslobađao dugova koje je imao prema vlasniku.

Ako je gospodar pogriješio u raspodjeli, bez namjere da ošteti vjerovnike i kasnije nije u tome ustrajao ili ako je izvršio pogriješnu diobu zato što nije znao što uistinu obuhvaća *merx peculiaris*, onda se ne može govoriti o njegovom doloznom ponašanju (D.14.4.7.2). Ipak, ako naknadno ne prijavi ono što je propustio raspodijeliti, neće biti oslobođen prijevare. Također, pod prijevarom se smatralo i ako je dopustio da roba propadne, ili ju je otuđio, namjerno prodao ispod vrijednosti, ili od kupaca nije uzeo kupovninu (D.14.4.7.3). Labeo kaže da prijevara postoji i u slučaju kada vlasnik negira postojanje duga prema određenoj osobi. Poricanje dugovanja smatra se kao *dolus in tribuendo* i otvara put tužbi *tributoria* (D.14.4.7.4).

<sup>114</sup> D.14.4.12: Ako jedan tužitelj tuži gospodara s *actio de peculio*, a drugi tuži s *actio tributoria* na račun istoga roba, smije li gospodar izdvojiti iz pekulija ono što će morati platiti tužitelju po osnovi *actio tributoria*? Odgovor je da se dopušta *actio tributoria* samo ako gospodar raspodjeljujući vrijednost imovine, nije postupao po pretorovom ediktu, tj. ako je izdvojio više nego što mu se dugovalo, nego što je platio ono što je dugovano vjerovnicima. Primjerice, u slučaju imovine vrijedne 30, gdje bi gospodar sudjelovao s 15 i dva vanjska vjerovnika pozajmila 15, i umjesto da izdvoji samo 10 i podijeli vjerovnicima svakome po 10, gospodar izdvaja svih svojih 15, prepuštajući njima samo 15 koje je ostavio. Gospodar koji je ovo uradio, ne smatra se da je oslobodio roba od daljnjih 5 koje će isplatiti po osnovi *actio tributoria*, tako on ostaje robom vjerovnik za tih 5 i smije ih izdvojiti iz pekulija ako u pekuliju ima i druge imovine.

<sup>115</sup> *Actio de peculio* nije tužba *in solidum*, za razliku od tužbe *tributoria* kod koje gospodar odgovara bez ograničenja s obzirom na dio koji je propustio raspodijeliti.

## IX. Odnos između *actio tributoria* i drugih *actiones adiecticiae qualitatis*

*Actiones adiecticiae qualitatis* konstituirane su u vrijeme sve većeg otvaranja rimskog društva prema poduzetničkoj aktivnosti: derogira se načelo nepostojanja odgovornosti imatelja vlasti za obveze podčinjenoga, što je imalo za posljedicu stvaranje ekonomskog prostora za poduzetničku djelatnost podčinjenih u uvjetima kompleksnih imovinskih odnosa unutar rimske obitelji, praćenih sve većom dinamikom u ekonomskim i društvenim odnosima između osoba *sui iuris* i *alieni iuris*.

Kada se govori o odgovornosti imatelja vlasti za djelatnost podčinjenih i o njihovoj ekonomskoj i poslovnoj autonomiji, treba uzeti u obzir raznolikost mogućih stavova imatelja vlasti s obzirom na poslovnu djelatnost podčinjenoga: *ignorantia*, *scientia*, *voluntas* nude mu sredstvo za različito manevriranje u području vlastite imovine. *Peculium* koristi kao sredstvo za ograničenje vlastite odgovornosti, a *merces peculiares* u svrhu raspodjele poslovnog rizika između različitih poduzeća. Zasnivanje imovine podčinjenih, koje društvena svijest shvaća odvojenom i samostalnom od *res dominica*, omogućava stvaranje uvjeta za njihovu sve veću emancipaciju na ekonomskom, ako ne i pravnom području. Zato nas ovdje prvenstveno zanima odnos između tužbe *tributoria* i tužbe *de peculio*, te odnos između *actio tributoria* i *actio institoria*.

IX.1. Postoji vidljiva konfuzija glede konkurencije tužbi *de peculio* i *tributoria*<sup>116</sup> koja proizlazi iz ideje da su navedene tužbe alternativne.<sup>117</sup> Prema tom mišljenju, podizanje jedne tužbe onemogućuje upotrebu druge, s obrazloženjem da se radi o *eadem res* i zbog konsumptivnog učinka litiskontestacije koji ne dopuštaju novi tužbeni zahtjev iz iste osnove. Obje tužbe imaju bitne zajedničke točke: nastoje osigurati odgovornost imatelja vlasti iz poslova podčinjenoga i utemeljene su na postojanju pekulijarne imovine koja određuje granice te odgovornosti, ali i bitno različite elemente: za tužbu *de peculio* bilo je dovoljno postojanje pekulija, dok je minimalni subjektivni zahtjev za tributornu tužbu gospodarova *scientia*. *Dominus sciens* mogao je biti tužen kako putem tužbe *de peculio*, tako i tužbom *tributoria*, dok je *dominus ignorans* mogao biti tužen samo *de peculio*. Iz specifičnog subjektivnog elementa (*scientia domini*) proizilazi najvažnija razlika između navedenih tužbi, a to je gubitak privilegija (*ius deductionis*) namirenja vlastitih tražbina za gospodara tuženog temeljem tužbe *tributoria*, što se nije događalo ako je tužen *de peculio*. Ta je razlika istaknuta već na početku titula "*De tributoria actione*" u tekstu D.14.4.1pr. u

<sup>116</sup> Buckland, nav. dj., 237, 243; Levy, nav. dj., 154; Rechnitz, *Studien zu Salvius Iulianus*, Weimar 1925, 39; Beseler, *Romanistische Studien*, ZSS 50 (1930), 74; Mayr, nav. dj., 219, n.4.

<sup>117</sup> Polazeći od gradacije *ignorantia – scientia – voluntas* Chiusi, nav. dj., 379. ističe da se *actio de peculio* podiže i u slučaju *ignorantia domini* o poslovnoj djelatnosti podčinjenoga i dovodi do ograničene odgovornosti s *privilegium deductionis*. *Scientia*, za koju se veže *actio tributoria*, dovodi do gubitka *privilegium deductionis* i do izjednačenja gospodara s ostalim vjerovnicima na osnovi *pro rata* namirenja. *Voluntas*, sadržana u *praepositio*, na koju se nadovezuje *actio institoria*, dovodi do neograničene odgovornosti *in solidum*.

kojem se ističe važnost načela ravnopravnosti imatelja vlasti s ostalim vjerovnicima. To je načelo ublaženo mogućnošću koja je pružena gospodaru da može obračunati ne samo tražbine iz određenog trgovinskog poduzeća podčinjenoga, nego sve zahtjeve koje je imao prema njemu, bez obzira je li se radilo o trgovinskoj djelatnosti. Ulpijan u D.14.4.5.7 opravdava takvo rješenje pozivajući se na Labea koji smatra da je gubitak *ius deductionis* dovoljna kompenzacija za gospodarovo znanje o poslovanju podčinjenog. Opseg namirenja vjerovnika također je u ovisnosti o činjenici kojom je tužbom tuženo: temeljem tributorne tužbe tužitelj zna da može računati samo s *merx peculiaris*, a temeljem tužbe *de peculio* namirenju služi cijeli pekulij. Zato je kako se ističe u G.4.74a i u D.14.4.11, za vjerovnike bilo sigurnije pravno sredstvo *actio de peculio* nego *actio tributoria*. *Actio de peculio* bila je sigurnija i zbog načela prioriteta. Vjerovnik koji je prvi tražio i ostvario namirenje svoje tražbine (ili je postigao osudu na platež), nije bio obvezan na refundiranje ostalim vjerovnicima koji bi se javili naknadno sa svojim zahtjevima. To nije bio slučaj ako je tuženo putem *actio tributoria*, kada se vjerovnik koji je sam postigao namirenje duga, morao obvezati refundirati *pro rata* drugim vjerovnicima koji bi kasnije istaknuli svoje zahtjeve (D.14.4.5.19). Ipak, razni su motivi mogli potaknuti vjerovnike na izbor jedne ili druge tužbe, ali kada bi tužili jednom, zbog konsumptivnog učinka *litis contestatio*, izgubili bi pravo podići drugu tužbu (D.14.4.9.1).<sup>118</sup> To znači da su one međusobno nesukladne, budući da imaju isti predmet, a to je namirenje zahtjeva vjerovnika, s tom razlikom da druga pretpostavlja da je *pater nesciens*. Razlike između tih tužbi su jasno uočljive: kod *actio tributoria* ulazi u raspodjelu samo ono što je ostalo od robe i ono što je zarađeno, dok se kod *actio de peculio* uračunava cijeli pekulij u koji spada i roba. Tako se moglo dogoditi da podčinjeni trguje samo polovicom, trećinom ili još manjim dijelom pekulija, ili da podčinjeni ne duguje ništa gospodaru, pa se neće postupati po tribuciji nego po *actio de peculio* (D.14.4.11).

Najvažniji tekstovi koji se odnose na konkurenciju tužbi *de peculio* i *tributoria* su D.14.4.5.1. i G.4.74a.

D.14.4.5.1 (*Ulp. 29 ad ed.*): *Si vicarius servi mei negotietur, si quidem me sciente tributoria tenebor, si me ignorante, ordinario sciente, de peculio eius actio nem dandam Pomponius libro sexagensimo scripsit, nec deducendum ex vicarii peculio, quod ordinario debetur, cum id quod mihi debetur deducatur. sed*

<sup>118</sup> Valiño, nav. dj., 120. smatra da *actio tributoria* ima za cilj samo ispravljanje določno izvršene raspodjele, što znači da su jedino korelativne *actio de peculio* i *tributio*, te da su one nespojive jer onaj koji tuži *de peculio*, to čini jer mu ne odgovara *tributio*, i obrnuto. U tom slučaju izbjegava se konsumptivni učinak litiskontestacije jer *tributio* nije procesna tužba nego postupak voluntarističke raspodjele. Doktrina je pomiješala tužbu s njenom pretpostavkom, tribucijom, a takva pogreška dovela je do nepreciznosti i nejasnoća glede *tributio*. Tako i Digesta govore o *actio tributoria*, a misli se, u stvari, na prethodnu tribuciju. Vjerovnik je morao pažljivo izabrati između dviju mogućnosti jer je znao da nakon podizanja jedne tužbe nema prijelaza na drugu. Ali će zato moći tužiti iz jedne osnove s *actio tributoria*, a temeljem druge s *actio de peculio*. V. Heumann, nav. dj., 70; Buckland, nav. dj., 238; Micolier, nav. dj., 355.

*si uterque scierimus, et tributoriam et de peculio actionem competere ait, tributoriam vicarii nomine, de peculio vero ordinarii: eligere tamen debere agentem, qua potius actione experiatur, sic tamen, ut utrumque tribuatur et quod mihi et quod servo debetur, cum, si servus ordinarius ignorasset, deduceretur integrum, quod ei a vicario debetur.*<sup>119</sup>

Tekst<sup>120</sup> sadrži tri različite hipoteze: *dominus sciens – servus ordinarius ignorans*; *dominus ignorans – servus ordinarius sciens*; *dominus sciens – servus ordinarius sciens*.

- a) *Vicarius* je trgovao sa znanjem svog gospodara koji se obvezao izvršiti *tributio mercis*, inače će odgovarati sukladno ediktu temeljem *actio tributoria*. Ako *servus ordinarius* nije bio upoznat s poslovanjem, u cijelosti se izdvaja sve ono što duguje njegov rob. U tom slučaju ne radi se o postojanju tužbe *de peculio* unutar tužbe *tributoria* nego o izdvajanju određene količine iz pekulija radi plaćanja tražbina koje je imao *servus ordinarius*. Radi se samo o kombinaciji *deductio peculii* s *tributio* i pri podjeli se odjeljuju ta dobra da bi se solidarno platilo glavnom robu koji nije znao za trgovanje. Takvo činjenično stanje nije sporno i ne izaziva probleme.
- b) Druga hipoteza otvara različita tumačenja.<sup>121</sup> *Vicarius* je trgovao bez znanja *dominusa*, ali je s tim bio upoznat *ordinarius*: u tom slučaju dopušta se *actio de peculio* iz pekulija *ordinariususa*, protiv vlasnika, u nedostatku njegove *scientia*.<sup>122</sup> *Actio de peculio* podrazumijeva da ulaze u istu cjelinu, po učincima *deductio peculii*, dva pekulija – glavnog roba i *vicariususa*, s tim da se iz nje nije izdvajalo ono što se dugovalo glavnom robu, nego što se dugovalo vlasniku, budući da mu *scientia* glavnog roba osigurava ulogu vjerovnika u tribuciji. Unutar pekulija glavnog roba nalazi se *vicarius* sa svojim pekulijem, i iz tog zajedničkog pekulija *dominus nesciens* će izdvojiti ono što mu duguju oba roba.<sup>123</sup> U tom bi

<sup>119</sup> D.14.4.5.1: Obvezan sam na temelju *actio tributoria* ako znam da se rob mog roba bavi trgovinom. Ako ja to nisam znao, ali moj rob jeste, obvezan sam iz tužbe iz pekulija robova roba, kao što kaže Pomponije u 60. knjizi; smijem oduzeti iz pekulija robova roba ono što meni duguje, ali ne i ono što duguje robu. Ako smo obojica znali, on kaže, ja ću biti obvezan ne samo po tužbi tributoriji nego također i po tužbi iz pekulija, po prvog s obzirom na robova roba, po drugog s obzirom na pekulij roba i tužitelj će izabrati koju će od tih tužbi podići. Dugovi prema meni i dugovi prema mom robu bit će razmjerno oduzeti, "s obzirom na robu"; inače svaki posao s robom daje mjesta tributoriji.

<sup>120</sup> Opširnije o tekstu v. Erman, *Servus vicarius. L'esclave de l'esclave romain*, Lausanne 1896; Buckland, nav. dj., 237, 243; Micolier, nav. dj., 366; Beseler, nav. dj., 268; Chiusi, nav. dj., 382; Reduzzi Merola, "Servo parere", Napoli 1990, 59; Di Porto, nav. dj., 313.

<sup>121</sup> Sporno je na koga se odnosilo *eius*: na glavnog roba (*servus ordinarius*) ili na podroba (*servus vicarius*). Opširnije v. Chiusi, nav. dj., 383.

<sup>122</sup> Usp. D.15.1.17 (*Ulp. 29 ad ed.*); D.14.4.3pr.

<sup>123</sup> Neki autori tumače tekst na način da su Ulpijan i Pomponije pod *de peculio eius* mislili na *de peculio ordinarii*, te da tužbu nisu koncipirali kao uobičajenu *actio de peculio*, nego kao *tributoria de peculio*: pekulij glavnog roba konstituirao bi okvir unutar koje bi *dominus* bio obvezan temeljem

se slučaju *actio tributoria* pretpostavila tužbi *de peculio* ako *dominus* pokuša izdvojiti iz *merx peculiarisa* dugove *vicariusa* prema *ordinariusu*, umjesto da ih uvrsti u *tributio*. Tada će vjerovnik tužiti *vicariusa* jer u *tributio* ne ulazi suma koju je taj dugovao *ordinariusu*. *Actio de peculio* koristi se za utuženje duga; ako *dominus* izdvoji ono što *vicarius* duguje *ordinariusu*, vjerovnik će prosvjedovati. I jednom kada je napravljena loša *tributio*, uslijedit će *actio tributoria*.<sup>124</sup>

- c) *Dominus* i *ordinarius* znali su kakvim se poslovima bavi *vicarius*: protiv vlasnika se nalaže *tributio* (i njena moguća posljedica: *actio tributoria*), kao i *actio de peculio* zbog duga posredno uskraćenog *ordinariusu*. Tužitelj je trebao izabrati između jedne ili druge, na način da u *tributio* uđe ono što duguje *vicarius* vlasniku i glavnom robu. Treća hipoteza ne otvara značajnije probleme: *actio tributoria* će biti podignuta *vicarii nomine* jer je *negotiatio* na koju se odnosi obavljao *servus vicarius*; *actio de peculio* će biti dopuštena *ordinarii nomine* jer se radi o pekuliju glavnog roba.

G. 4.74a: *Is quoque, cui tributoria actio competit, de peculio vel de in rem verso agere potest. Sed huic sane plerumque expedit hac potius actione uti quam tributoria. Nam in tributoria eius solius peculii ratio habetur, quod in his mercibus est quibus negotiatur filius servusve quodque inde receptum erit; at in actione de peculio peculii totius. Et potest puisque tertia forte aut quarta vel etiam minore parte peculii negotiari, maximam vero partem peculii in aliis rebus habere*.<sup>125</sup>

Gaj se bavi pitanjem kada je vjerovnicima korisnije podići tužbu *de peculio*, a kada im je u interesu tužiti putem tužbe *tributoria*. Zaključuje da je ipak pogodnije podići tužbu *de peculio* jer se kod te tužbe sve računa u pekulij; naprotiv, kod tužbe *tributoria* pod pekulijem se podrazumijeva samo roba kojom je trgovao sin ili rob i dobit iz te trgovine (*merx peculiaris*). Upozorava na postojanje mogućnosti da netko samo trećinu, četvrtinu ili još manji dio pekulija upotrijebi za trgovinsku aktivnost, a da najveći dio uloži u druge stvari.

IX.2. Razlike između *actio tributoria* i *actio institoria* koje se očituju prvenstveno u opsegu odgovornosti imatelja vlasti, proistječu iz dvije različite pretpostavke: iz njegovog stava prema *negotiatio* koju obavlja podčinjeni i postojanju *merces* kojom se ona obavlja. Temeljem *actio institoria* gospodar odgovara *in solidum*, a ta odgovornost proizilazi iz njegove volje očitovane u

---

tužbe *tributoria*. V. Mandry, nav. dj., 452; Buckland, nav. dj., 246; Erman, nav. dj., 487; Di Porto, nav. dj., 316.

<sup>124</sup> Valiño, nav. dj., 122. iz toga izvodi zaključak da *actio tributoria* nije adjektivijska, jer nije konsumirana tužba i jer je očito nepostojanje *eadem res*.

<sup>125</sup> G. 4.74a: I onaj kome pripada *actio tributoria*, može tužiti *de peculio* ili *de in rem verso*. Ali, većinom će mu biti korisnije tužiti *de peculio*, nego tužbom *tributoria* jer se kod tributorne tužbe pekulij odnosi samo na ono što je sadržano u robi kojom je sin ili rob trgovao, i ono što je time stečeno; naprotiv, kod tužbe *de peculio* sve se uzima u obzir, i može netko npr. s trećinom ili četvrtinom ili još manjim dijelom pekulija trgovati ili najveći dio pekulija imati u drugim stvarima;



*praepositio* da će preuzeti obveze nastale iz poslovanja svog podčinjenog. Karakteristični elementi su gospodarova *voluntas* za obavljanje trgovinske djelatnosti posredstvom druge osobe, koja ima izravne učinke na njegovu imovinu, kao i postojanje *merces peculiares* koje služe za trgovinsku aktivnost podčinjenog. S obzirom na odnos *ignorantia – scientia – voluntas* slijedi da *ignorantia domini* povlači ograničenu odgovornost zasnovanu na pekuliju, ali ublaženu s *ius deductionis*; *scientia domini* ima za posljedicu također ograničenu odgovornost, ali bez *ius deductionis*, u ravnopravnim uvjetima s ostalim vjerovnicima; najzad, *voluntas* očitovana u *praepositio institoria* povlači neograničenu odgovornost. U prva dva slučaja radi se o pekulijarnoj imovini, dok se u zadnjem radi o izravnoj gospodarovoj imovini (kao kod *actio exercitoria* i *actio quod iussu*).<sup>126</sup> Ulpijan pojašnjava razliku između *actio institoria* i *actio tributoria* u tekstu D.14.3.11.7.

D.14.3.11.7 (Ulp. 28 ad ed.): *Si institoria recte actum est, tributoria ipso iure locum non habet: neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica. quod si non fuit institor dominicae mercis, tributoria superest actio.*<sup>127</sup>

Ulpijan jasno kaže da podizanje jedne tužbe onemogućava upotrebu druge, ne samo zbog konsumptivnog učinka litiskontestacije nego i zbog činjenice da se odnose na različite situacije. Ako je podčinjeni organizirao poslovnu djelatnost s *merces peculiares*, mogla se podići *actio tributoria*, dok se u suprotnom slučaju, kada je *institor* vodio trgovinsku aktivnost s *merces dominicae*, *actio tributoria* nije mogla upotrijebiti jer je ta tužba ograničavala odgovornost imatelja vlasti na *merces*. I u završnom dijelu teksta Ulpijan navodi da ostaje samo *actio tributoria* u slučaju kada podčinjeni nije obavljao poslovnu djelatnost za gospodarov račun njegovim sredstvima. Nema mjesta tributornoj tužbi s obzirom na *merces dominicae* i zbog činjenice da s obzirom na *merces peculiares* ne postoji *praepositio domini*, pa prema tome ni njegova izričita *voluntas*.

## X. Zaključak

*Actio tributoria* je jedna od adjektivijskih tužbi koja je uvedena vjerojatno krajem 1. st. p.n.e. zbog specifičnih zahtjeva trgovinskog i pravnog prometa razdoblja kasne Republike. Primjenjivana je u slučaju kada bi rob ili slobodna osoba *alieni iuris* upotrijebili sa znanjem gospodara svoj pekulij za vođenje trgovinskog ili nekog drugog obrta. Pekulijarna imovina koja je bila namijenjena poslovnoj djelatnosti (*merx peculiaris*), sve ono što je služilo poslovanju radnjom ili je stečeno poslovanjem služilo je namirenju imatelja vlasti i vjerovnika kod kojih je podčinjeni preuzeo obveze. *Dominus* je bio obvezan namiriti vjerovnike

<sup>126</sup> Földi, Remarks on the legal structure of enterprises in Roman law, RIDA 43 (1996), 188.

<sup>127</sup> D.14.3.11.7: Ako je tuženo tužbom *institoria*, onda nema mjesta tributornoj tužbi, niti se *actio tributoria* može primijeniti na robu koja spada u gospodarovu imovinu; samo ako je netko bio poslovođa pekulijarne, a ne gospodarove imovine, dopušta se *actio tributoria*.

podčinjenoga iz *merx peculiarisa*, i to *pro rata*, pri čemu je i sam mogao nastupiti kao vjerovnik i namiriti razmjerni dio svojih zahtjeva prema podčinjenom. Nije imao pravo prvenstva namirenja svojih tražbina (*privilegium deductionis*) i tretiran je ravnopravno s ostalim vjerovnicima. Specifičnost tributorne tužbe je u tome što predviđa izravnu odgovornost imatelja vlasti koji je prilikom raspodjele *merx peculiaris* dolozno oštetio vjerovnike. Morao je odgovarati i u slučaju kada u pekuliju više nije bilo ničega, što je posljedica činjenice da je bio upoznat s djelatnošću podčinjenoga. Cilj tužbe bio je ne samo kazniti gospodara zbog prijevornog ponašanja, nego i ispraviti posljedice pogriješne tribucije, prinuditi imatelja vlasti da odgovara za dugove podčinjenog i osigurati ravnopravan tretman svih vjerovnika. Ugovorna narav tužbe *tributoria* nije u suprotnosti sa zahtjevom za doloznim ponašanjem. Kriterij *dolosa*, kao nužne pretpostavke za tributornu tužbu, u svakom konkretnom slučaju treba razmotriti s posebnom pozornošću, posebice uzimajući u obzir široko shvaćanje *dolosa* kod *iudicia bonae fidei* u klasičnom i Justinijanovom pravu. Terminom *dolosa tributio* bila su obuhvaćena razna ponašanja. *Actio tributoria* mogla se podići *in perpetuum* protiv gospodarovih nasljednika.

Pored *tributio dolosa* za primjenu tributorne tužbe tražilo se znanje gospodara o poslu koji je podčinjeni zaključio u objektivno determiniranom području (*merx peculiaris*). Pod *scientia domini* podrazumijeva se ne samo *voluntas* nego i *patientia*, odnosno svako neprotivljenje ili izostanak zabrane trgovinske djelatnosti. *Dominus* je mogao izbjeći tributornoj tužbi samo putem javnog *protestari* ili *contra dicere*.

*Actio tributoria* ima bitne dodirne točke s drugim adjektivskim tužbama, prvenstveno s tužbom *de peculio* i tužbom *institoria*.

## Summary

### **ACTIO TRIBUTORIA**

*Actio tributoria* is one of the *actiones adiecticiae qualitatis*, introduced to meet specific requirements of commercial activity which *actio de peculio* could not cover. This action was used against a head of the family in the case when a subordinate (slave or son in power) traded, with the master's or father's knowledge, with the peculium or part of it (*negotari merce peculiari*). The *actio tributoria* operated directly against the master who was fraudulent in distribution of the *merx peculiaris*. The article presents an analysis of open questions related to the *actio tributoria*, particularly the question of the juridical nature (*actio ex delicto* or *actio ex contractu*) and of the essential requirements: *scientia domini*, *tributio dolosa*, *merx peculiaris*. Relation of this action with the actions *de peculio* and *institoria* is analyzed in the final part of the article.

**Key words:** *actio tributoria*, Roman law.

## Zusammenfassung

**ACTIO TRIBUTORIA**

*Actio tributoria* ist eine der *actiones adiecticiae qualitatis*, die wegen der besonderen Forderungen des Handelsverkehrs aufgekomen ist. Sie kommt in dem Fall zur Anwendung wenn der Gewaltunterworfenen mit dem Wissen des Gewalthabers sein *peculium* ganz oder teilweise zum Betrieb eines Handelsgeschäfts oder sonstigen Gewerbes verwandt hatte (*negotiarum merces peculiari*). Mit dieser Klage haftete unmittelbar der *dominus*, der bei der Verteilung (*tributio*) der *merx peculiaris* wissentlich (*dolo malo*) die Gläubiger benachteiligt hat. In dem Artikel werden die umstrittenen Fragen untersucht, vorzugsweise die Frage der rechtlichen Natur (*actio ex delicto* oder *actio ex contractu*), und die Grundvoraussetzungen für die Anwendung dieser Klage: *scientia domini*, *tributio dolosa*, *merx peculiaris*. Am Ende des Artikels analysiert man das Verhältnis der *actio tributoria* zu den Klagen *de peculio* und *institoria*.

**Schlüsselwörter:** *actio tributoria*, römisches Recht.

## Sommario

**ACTIO TRIBUTORIA**

L'*actio tributoria* appartiene al sistema delle *actiones adiecticiae qualitatis* e venne introdotta per incontrare specifiche esigenze della vita giuridica e commerciale cui l'*actio de peculio* non poteva far fronte. Si tratta di un'azione che veniva proposta nel caso in cui un sottoposto avesse negoziato merci particolari (*negotiarum merces peculiari*) con la conoscenza dell'avente potestà (*sciens domino*). Questa *actio* sanziona direttamente la responsabilità propria del *dominus* o del *pater*, che chiamati a effettuare una *tributio* della *merx peculiaris* tra i creditori abbiano dolosamente ripartito tale *merx*. Nel lavoro l'autrice esamina le questioni controverse concernenti l'*actio tributoria*, principalmente la questione della natura giuridica (*actio ex delicto* o *actio ex contractu*) e i presupposti necessari per l'esercizio dell'azione (*scientia domini*, *tributio dolosa*, *merx peculiaris*). Nella parte finale del lavoro è analizzato il rapporto tra l'*actio tributoria* e le azioni *de peculio* e *institoria*.

**Parole chiave:** *actio tributoria*, diritto romano.

## CONSTITUTIONAL REVIEW OF SOCIAL LAW-REFORMS IN GERMANY AND ITS IMPACT ON LEGISLATION

Dr. Markus Sichert  
Max Planck Institute for Foreign  
and International Social Law  
München, Germany

UDK: 349.3:342.4(430)  
Pr.: 27. ožujka 2006.  
Ur.: 8. svibnja 2006.  
Izvorni znanstveni članak

### *Nadzor ustavnosti reformi socijalnih propisa u Njemačkoj i njegov utjecaj na zakonodavstvo*

*Značaj nadzora ustavnosti u odnosu na socijalno zakonodavstvo u Njemačkoj postaje očit kada se sagleda brojnost ustavnosudskih predmeta koji obuhvaćaju različite socijalne kategorije te utjecaj takvih odluka na socijalnu politiku i zakonodavstvo. Jednakost pred zakonom i načelo socijalne države blagostanja samo su dvije primjenjive ustavne odredbe, no one sadrže temeljne standarde za odlučivanje. Primjena načela jednakosti pred zakonom prilikom ocjene ustavnosti zahtijeva stavljanje u odnos konkretnih kategorija. Ustavni sud utvrđuje moguća neustavna razlikovanja na zahtjev ovlaštene stranke. U slučaju utvrđenja povrjede jednakosti pred zakonom, Ustavni sud može naložiti zakonodavcu redefiniranje određene kategorije. Zakonodavac tako ima zadaću stvoriti i preurediti društveni poredak u okvirima koje postavlja Ustav koristeći pri tome široke diskrecijske ovlasti. Posebno se razmatraju najnovije reforme modernih usluga na tržištu rada radi odgovarajuće ilustracije izazova koji su vezani uz smanjenje izdataka iz državnog proračuna.*

**Ključne riječi:** *nadzor ustavnosti, načelo socijalne države blagostanja, jednakost pred zakonom, smanjenje izdataka, reforma zakonodavstva u području modernih usluga na tržištu rada.*

## *Introduction*

In the Federal Republic of Germany<sup>1</sup> constitutional litigation plays an outstanding role<sup>2</sup> that has been developed and strengthened throughout more than 50 years. Constitutional jurisdiction at the federal level is assigned to the Federal Constitutional Court (FCC)<sup>3</sup>, a specialized tribunal empowered to decide constitutional issues that arise within manifold jurisdictional categories. Attention is not only paid to politically determined cases like "disputes between supreme constitutional organs"<sup>4</sup>, "federal-state conflicts"<sup>5</sup> or the prohibition of political parties seeking to undermine or to abolish the free democratic basic order<sup>6</sup>. Any constitutional action may gain significance if the subject matter is of particular public interest<sup>7</sup> or many people are affected by the acts or laws to be assessed. The latter is especially true with respect to review of welfare reforms. The impact of testing the constitutionality of social laws is not restricted to a single pending lawsuit. Cassation but also mere declaration of incompatibility of the relevant laws takes an overall effect.<sup>8</sup> By testing the constitutionality of laws the authority of both the constitution and the FCC becomes effective; hence this issue is

<sup>1</sup> The text of the Constitution is available sub [www.bunderegierung.de/en](http://www.bunderegierung.de/en) (Federal Government/Function and constitutional basis). Each internet-citation within this article has lastly been checked on March 15<sup>th</sup> 2006 if not explicitly indicated otherwise. Decisions of the Federal Constitutional Court not (yet) published in print media are referred to by date and file number and accordingly available sub [www.bverfg.de/entscheidungen](http://www.bverfg.de/entscheidungen).

<sup>2</sup> Constitutional review is part of the constitution's intangible core (Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck (eds.), GG, 5<sup>th</sup> ed., Vol. 2, 2005, Art. 20 Abs. 3 no. 326.); following a concept of constitutional identity Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, pp. 237, (pp. 232, 235 et seq.); with respect to the principle of separation of power and Art. 79 (3) even in favour of intangibility of the Constitutional Court Herzog (1980) in: Maunz/Dürig, GG, V. Art. 20 no. 73. For a comparative perspective Häberle, *Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*, EuGRZ 2005, pp. 685 et seq. In view of the European Court of Justice as a constitutional court and EC-primary law as a constitution Sichert, *Grenzen der Revision des Primärrechts in der Europäischen Union*, 2005, pp. 819 et seq. respectively pp. 383 et seq.

<sup>3</sup> "*Bundesverfassungsgericht*". See Art. 92, 93 and 100 of the Constitution (Const.) of May 23<sup>rd</sup> 1949 (BGBl. p. 1, lastly revised 26. 7. 1992, BGBl. I 2863) and the Act on the Federal Constitutional Court (FCCA, proclaimed anew 11. 8. 1993, BGB. I 1473, lastly revised 15. 12. 2004, BGBl. I 3396), esp. § 13. Moreover see Art. 18, 21 (2), 41 (2), 84 (2) 98 (2), (5), 99, 126 Const.

<sup>4</sup> Art. 93 (1) no. 1 Const., § 13 no. 5, §§ 63 et seq. FCCA.

<sup>5</sup> Art. 93 (1) no. 4 Const., § 13 no. 8, §§ 71, 72 FCCA.

<sup>6</sup> Or to endanger the existence of the Republic, Art. 21 (2) Const., § 13 no. 2, §§ 43 et seq. FCCA; see, for instance (procedural) dismissal of 18. 3. 2003, BVerfGE 107, 339. See also Sichert, *Das Parteiverbot in der wehrhaften Demokratie*, DÖV 2001, pp. 671 et seqq.

<sup>7</sup> On February 2<sup>nd</sup> the FCC declared a provision of the aviation security act (BGB. I 2005, p. 78) void according to which military forces were empowered to shoot down by force of arms an aircraft used to attack human lives as far as non-involved people are on board, BVerfG of 15. 2. 2006, NJW 2006, pp. 751 et seqq.; see also Schenke, *Die Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG*, NJW 2006, pp. 736 et seqq. Such a shot violates the right to life in conjunction with the guarantee of human dignity.

<sup>8</sup> Judgements on review of norms even take a statutory effect, § 31 (2) FCCA.

considerably dealt with in the process of law-making and remains vivid while the law has come into force and is frequently applied. Constitutional limits often form part of the socio-political debate into which not only experts enter.<sup>9</sup> The frequency to take constitutional action in view of a particular reform may indicate the degree of its social acceptance. Also with respect to the number of cases social law issues take a major position within the court's activity.<sup>10</sup> Accordingly, social security faces outstanding challenges<sup>11</sup> in view of demography<sup>12</sup>, globalization<sup>13</sup>, economic conditions and financing, but although retrenchment occurs more frequently these days it is nonetheless limited by constitutional law.<sup>14</sup>

Understandably, retrenchment causes resistance and even or just in times of low budgets it appears as if the affected citizen's main concern is to be treated equally: "Germans are »equality-diseased«", as federal judge of the Constitutional Court *Steiner* stated,<sup>15</sup> not only with regard to the latest law reforms for modern services on the labour market. The critique, however, gives rise to the question whether it is nonetheless true that calling upon "equality before the law" served as a vehicle for this fundamental right to evolve as a (creative) principle that not only limits but also determines further development of social security law. We may see that the principle of equality obtains a particular position – not only with respect to material standards (sub. III), but especially in view of the FCC's judgements, its authority and relation to the legislator (IV); against this background it is possible to enlighten if the Constitutional Court is looking beyond judicial competences by means of exceptionally following a "quasi-legislative approach". As an overall foundation we shall initially look at the legal system of constitutional litigation and in how welfare laws and reforms, on which some preliminary remarks are made (I), are subject to control by the FCC (II).

---

<sup>9</sup> E.g. there is much discussion about the constitutionality of the fourth law for modern services on the labour market (see below I) on several internet platforms.

<sup>10</sup> *Umbach/Dollinger*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2<sup>nd</sup> ed. 2005, pp. 30 et seq., nos. 6 et seq. with further references.

<sup>11</sup> *Von Maydell*, Social Insurance – An Instrument of Social Security in the Future?, in: *Engels/Weiss (eds.)*, *Labour Law and Industrial Relations of the Century*, Liber Amicorum Blanpain 1998, pp. 125 (132 et seq.).

<sup>12</sup> *Becker*, Die alternde Gesellschaft – Recht im Wandel, *JZ* 2004, p. 929.

<sup>13</sup> *Idem*, The Challenge of Migration to the Welfare State, in: *Benvenuti/Nolte (eds.)*, *The Welfare State, Globalization and International Law* 2003, pp. 1 et seq.

<sup>14</sup> *Steiner*, Reform des Sozialstaats – Spiel ohne (Verfassungs-)Grenzen?, *DVP* 2003, pp. 385 et seq.; *Neumann*, Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot, *NZS* 1998, pp. 401 et seq.

<sup>15</sup> *Steiner*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* of 14. 3. 2005, p. 1.

## ***I. The subject matter of constitutional litigation: Social laws and "welfare reform" with special regard to "Hartz IV"***

Whereas in former time welfare reform predominantly aimed at consolidating and further developing standards of social (security) law, current reforms are often arranged for retrenchment due to the challenges described above. One of the most famous and a real fundamental reform, particularly referred to here, had recently been enacted by the already mentioned "forth law for modern services on the labour market", also called "Hartz-IV" with respect to the head of commission for modern services appointed in 2002.<sup>16</sup> The commission made several proposals that served as the basis for the finally enacted corresponding laws numbered one to four.<sup>17</sup> Concern about keeping constitutional standards that assign legislative power to the "Bundestag" (Art. 38 Const.) is legitimate;<sup>18</sup> nonetheless there was accurate procedure and the corresponding rules do not govern pre-legislative initial steps.<sup>19</sup>

As already reported in the middle of March 2005, 40 cases concerning "Hartz-IV"-reforms were pending before the constitutional court.<sup>20</sup> The Hartz-laws are ambitious and far-reaching. Its main issues may be described as follows:

- Shortening the duration of paying unemployment benefits;<sup>21</sup>
- Merging the former follow-up benefit called "unemployment relief"<sup>22</sup> with welfare assistance into a new form of basic assistance<sup>23</sup> as

<sup>16</sup> *Bayreuther*, Die Vorschläge der Hartz-Kommission, Sonderbeilage NZA 1/2004, pp. 3 et seqq.

<sup>17</sup> *Grahn/Schmidt*, Änderungen im Sozialrecht durch die "Hartz-Gesetze", SGB 2003, pp. 207 et seqq. For the first and second law *Neumann*, Das Erste und das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt im Überblick, NZS 2003, pp. 113 et seqq.; *Bayreuther*, op cit.; from a retrospective point of view *Spellbrink*, Die Vorschläge der Hartz-Kommission – 3 Jahre danach, info also 2005, pp. 195 e seqq.

<sup>18</sup> *Ruffert*, Entformalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung, DVBl. 2002, pp. 1145 et seqq.; *Papier*, Reform an Haupt und Gliedern – Eine Rede gegen die Selbstentmachtung, ZFSH/SGB 2003, pp. 67 et seqq.

<sup>19</sup> See *Masing*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (eds.), GG, 5<sup>th</sup> ed., Vol. 2, 2005, Art. 76 Abs. 1 no. 25.

<sup>20</sup> *Steiner*, supra note 15, p. 1.

<sup>21</sup> § 127 (2) SGB III, limited up to 12 months and up to 18 months for unemployed people aged 55, in any case additionally dependent on the duration of a recent compulsory insurance relation; benefits were formerly much more specifically graduated as depending on the age of the beneficiary and duration of recent compulsory insurance relations; § 434/ SGB III provides for transitional regulation: ancient law had to be applied in favour of beneficiaries whose claim for unemployment benefits ("Arbeitslosengeld") had come into existence before January 1<sup>st</sup> 2006.

<sup>22</sup> Also called unemployment assistance ("Arbeitslosenhilfe") as formerly granted after entitlement to receive unemployment benefits ("Arbeitslosengeld") had expired.

<sup>23</sup> The so called "Arbeitslosengeld II" (§ 19 SGB II) is composed of regular allowance to the amount of 345 € (for beneficiaries residing in the old and 331€ [legislative intent for equal pay dated 29.11.2005, BT-Drucks. 16/99] for those living in the new *Länder*), § 20 II SGB, and benefits for accommodation and heating, § 22 SGB II. Under certain conditions, a temporally limited supplement is granted (§ 19 no. 2, § 24 SGB II). Payments for further specific needs are provided by § 21 SGB II. The term "Arbeitslosengeld II" is in so far misleading as the benefits granted may

regulated in a newly introduced second book of the social code (SGB II),<sup>24</sup>

- Ensuring basic assistance within a divided authority-scheme by assigning responsibility for further support (especially benefits on accommodation and heating) to counties and towns that are not county-seated and binding the federal agency for labour to pay regular allowance and to provide for social security contributions and services for integration, §§ 6, 44b, 46 SGB II;
- Arranging services and imposing duties to seek for integration in the labour market, e.g. assigning the case to a "case-manager" and demanding to conclude an integration agreement from the person in need for assistance, §§ 14 et seq. SGB II;
- Sharpening of the duty to take up and accept work which basically is any reasonable work<sup>25</sup> and allowing sanctions like cutting the regular allowance if the beneficiary fails to make own efforts to find a job, ignores integration actions or refuses to conclude integration agreements, §§ 2, 10, 31, 32 SGB II.

These issues particularly conform to the motto "demanding and supporting" (see title chap. one, §§ 2 and 14 SGB II). The corresponding change of paradigm from "active" to "activating" employment promotion has already been followed by preceding laws for modern services on the labour market, especially the third one.<sup>26</sup> "*Hartz-III*" contains regulations to reform the organisation and administration of the federal agency and former institution of labour, to redefine its tasks and to simplify instruments on labour employment policy.<sup>27</sup> New sanctions affecting the unemployed are introduced like suspension of unemployment assistance because of insufficient own efforts of the unemployed and failure to attend the job-centre (§ 144 SGB III)<sup>28</sup>; sanctions already existing

---

– unlike "unemployment benefits" formerly known – not be qualified as benefits on contributions but rather correspond to those formerly covered by social assistance ("Sozialhilfe"). Ascertaining the need for basic assistance by additionally counting on income and property of partners and relatives living together with the person in need (§§ 7 and 9 SGB II) has been ruled similarly within the former system of general welfare assistance. Under special conditions, additional earnings are permissive and "additional jobs" may also serve as activation measures in favour of public utility and interest for which some reimbursement is paid (§ 16 [3] SGB II); see – taking activities promoting sports as an example – *Becker/Sichert*, *Hartz IV in Diensten des Sports – Privilegierung gemeinnütziger und im öffentlichen Interesse liegender Tätigkeiten im SGB II*, *SpuRt* 2005, pp. 187 et seqq.

<sup>24</sup> BGBl. I 2003, p. 2954, lastly revised December 2005, BGBl. I 3676.

<sup>25</sup> For a critical point of view with respect to freedom of occupation, compulsory work and labour enforcement *Rixen*, in: *Eicher/Spellbrink*, *SGB II*, 2005, § 10 nos. 20 et seqq. For further details see infra III. 1. c) aa).

<sup>26</sup> See legislative intent, *BT-Drucks.* 15/1515, p. 74.

<sup>27</sup> Legislative intent, pp. 6 et seqq.

<sup>28</sup> *Serving employment promotion*, of 24. 3. 1997, BGBl. I 594, lastly revised December 2005, BGBl. I 3676.



are increased.<sup>29</sup> Whereas the provisions of either "Hartz III" or "II" had not been tested, three constitutional complaints directed against the first of these laws have not been accepted to be ruled upon;<sup>30</sup> there was no reasonable prospect of success. The tested provisions that granted equal salary for both loan workers and regular employees did neither unjustifiably violate collective bargaining autonomy nor contractual liberty of the temporary employment agencies.

Retrenchment also occurs in other fields of social law. A subtle form, for instance, is the increase of contributions that slightly affects the equivalent-relation to benefits, especially in conjunction with raising the contributory basis.<sup>31</sup> Within the setting of another recent reform modernising public health insurance,<sup>32</sup> non-prescription pharmaceuticals had been excluded from the catalogue of medicals provided as benefits.<sup>33</sup> Patients were at the same time obliged to pay an additional fee to health insurance funds for visiting a doctor who is responsible for collection.<sup>34</sup> In 1996 the legislator expedited full implementation of increasing legal retirement age for women and unemployed people as adopted in 1992. The former possibility for women to retire at the age of 60 without financial loss was financially restricted in 1992, again limited by a deduction of pension in 1996 and then principally abolished in 1999 such as early

<sup>29</sup> § 147 SGB III (BT-Drucks. 15/1515, p. 87); henceforth not only suspensions that arose after but also those coming into existence together with the claim of unemployment relief are taken into account for an exclusion of benefits.

<sup>30</sup> BVerfG, 29.12.2004, BVerfGK 4, 356; for further comments see *Bayreuther*, Tarifpolitik im Spiegel der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, NZA 341, pp. 341 et seqq., and – from an economical perspective – *Milacher*, Equal-Pay – Das Ende der Zeitarbeit, SF 2005, pp. 97 et seqq.

<sup>31</sup> See Art. 2 no. 4 (§ 275 c SGB VI) and Art. 8 § 1 of the law to ensure stability in health and pension insurance law of 23.12.2002, BGBl. I, 2002, pp. 4637, 4639, 4641. Constitutional complaints were not accepted, BVerfG, 4. 2. 2004, BVerfGK 2, 283; BVerfG, 1 BvR 2151/03 of 18. 2. 2004.

<sup>32</sup> GKV-Modernisierungsgesetz of 14. 11. 2003, BGBl. I, 2003, p. 2189. On new (respectively adapted) forms of supply tending to result in competition see *Sichert*, Kooperative Versorgungsformen in einer solidarischen Wettbewerbsordnung – Integrierte Versorgung (IV) und Medizinische Versorgungszentren (MVZ), in: Bodirola-Vukobrat (ed.), Soziale Sicherung und Wettbewerb – Europäische Vorgaben und nationale Regelungen, Rijeka 2007 (forthcoming); *idem*, Abkehr vom Kollektivvertragssystem in der Integrierten Versorgung: Verbot und Folgen der Beteiligung Kassenärztlicher Vereinigungen, VSSR 2006, Vol. 4.

<sup>33</sup> Acceptance of a constitutional complaint filed by 6570 complainants was rejected; due recourse to the courts had not been exhausted (§§ 90 (2), 93a (2) FCCA): BVerfG, 1 BvR 1076/04 of 4. 8. 2004; see also BVerfG, 1 BvR 1078/04 of 4. 8. 2004. On health (insurance) and the FCC see *Steiner*, Das Bundesverfassungsgericht und die Volksgesundheit, MedR 2003, pp. 1 et seqq.

<sup>34</sup> The fee was held constitutional by the *Landessozialgericht Brandenburg*, 24 KR 47/04 of 25. 1. 2005 [www.Brandenburg.lsgbb (Entscheidungen)]; see also *Linke*, Praxisgebühr auf dem Prüfstand, NZS 2004, pp. 186 et seqq. A claim of an association of panel doctors (competent via encashment) for the fee and the costs incurred in making request for payment has been substantially rejected with respect to the latter position by the social court *Düsseldorf*, S 34 KR 269/04 of 22. 3. 2005 (www.sozialgerichtsbarkeit.de, Entscheidungen); especially civil law was not held applicable (see § 69 SGB V).

retirement for unemployed in 1996.<sup>35</sup> Transitional provisions do still apply (see §§ 237, 237a SGB VI). All these exemplary provisions on retrenchment have been tested by (constitutional) complaints, but all of these were rejected.<sup>36</sup>

## II. Constitutional jurisdiction: "Judging welfare reforms"

### 1. Separation of constitutional areas and jurisdiction within a federal system

Constitutional litigation is not exclusively assigned to the federal level. The federal states (*Länder*) are states as well, and notwithstanding major restrictions of external sovereignty and the boundaries within a federal system the constitutional areas are separated.<sup>37</sup> Each *Land* has its own constitution and 15 of them established a constitutional court (CC)<sup>38</sup>, except *Schleswig-Holstein* that conferred limited constitutional jurisdiction upon the FCC as a lent organ in accordance with the Basic Law.<sup>39</sup> Complex interrelations cannot be dealt with here.<sup>40</sup>

Compared to procedures at the federal level, constitutional jurisdiction in the *Länder* is – more or less – conceptualized similarly, especially with respect to incidental review of norms.<sup>41</sup> Nonetheless, some features are particularly striking like principle review of laws by popular action as provided by the *Bavarian* constitution that does not require alleging to be personally affected by an act of the legislator.<sup>42</sup> Out of 81 decisions of the constitutional courts of the *Länder*

<sup>35</sup> BVerfG, 3. 2. 2004, BVerfGK 2, 266.

<sup>36</sup> *Supra* notes 31, 33, 35.

<sup>37</sup> BVerfGE 1, 14 (34); 99 (11 et seq.).

<sup>38</sup> Called "Staatsgerichtshof" or "Verfassungsgerichtshof".

<sup>39</sup> Art. 99 Const. See also Art. 44 of the constitution of *Schleswig-Holstein*. In this respect, the Federal Constitutional Court applies constitutional law of the Land and acts as a Court of the Land, whereas the procedure itself is governed by federal constitutional law.

<sup>40</sup> Within the category of popular action, for example, fundamental rights of the federal constitution do not serve as standard of control, but other provisions may do in so far as a severe violation of law of higher rank may – at the same time – violate the (principle of the rule of law of the) *Bavarian* constitution (see *Pestalozza*, *Verfassungsprozessrecht*, 3<sup>rd</sup> ed. 1991, § 23 II, no. 103, p. 449 et seqq. with further references). – Concrete judicial review of norms as provided by *Land* law may lead to the corresponding procedure at the federal level if a post-constitutional provision of the Constitution of the land itself is held unconstitutional because of a violation of the federal Basic Law. On further controversies, e.g. whether or not the CC of the *Länder* may principally decide about constitutionality by applying the standards of federal constitutional law, see *Hillgruber/Goos*, *Verfassungsprozessrecht*, 2004, pp. 309 et seq. no. 883. Even a CC of the *Land* may exceptionally be obliged to suspend a case and submit it to the FCC, but this depends on the scope of control as well as on the qualification of the presumed validity of the norm to be reviewed as the main or just an incidental issue, see *Pestalozza*, *op cit.*, § 13 II, nos. 3 and 24, pp. 203 and 212.

<sup>41</sup> *Pestalozza*, *op cit.*, § 21 I, no. 1, p. 372. Here, Art. 100 (1) Const. already provides a minimum standard.

<sup>42</sup> Art. 98, 4<sup>th</sup> sent. Const., Art. 2 no. 7, Art. 55 of the law of the *Bavarian* CC.

reported in the field of social law<sup>43</sup> in between 1952 and 2005 about half were ruled by the *Bavarian CC*, in turn approximately half of these were popular actions, and by far most of the last mentioned referred to equality before the law as a standard of control, even though not (necessarily) exclusively.

Compared to the federal level, however, the judgements are of minor significance in so far as social security law is predominantly federal law, and federal law is not subject to constitutional litigation as provided by the *Länder*, because it may not violate constitutional law of the *Länder* since federal law prevails (Art. 31 Const).<sup>44</sup> Almost all main issues of social security law are matters of concurrent legislation<sup>45</sup> within which the federal legislator has extensively exercised the powers conferred on the Federation.<sup>46</sup> Still a matter of *Land* law, by contrast, is regulating old age provision for professional classes. Regulations governing the lawyers' pension<sup>47</sup> and the notary fund<sup>48</sup> have been reviewed by the *Bavarian CC* as well as bye-laws of decentralized public corporations like statutes or legally enacted keys for allocation of fees<sup>49</sup> passed by the association of panel doctors/dentists.<sup>50</sup> The Court also decided upon regulations on educational allowance additionally provided by *Bavarian Land* law as a follow-up benefit<sup>51</sup> and various regulations on financial assistance, e.g. to cover costs for the way to school.<sup>52</sup>

<sup>43</sup> Outcome of a search in the data-base "juris" dated 27. 2. 2006 ("VerfGH" and "StGH" [not taking into account the constitutional court of *Vienna/Austria*], each combined with "Sozialrecht" as field of law).

<sup>44</sup> See *Hillgruber/Goos*, supra note 40, no. 880 et seq., p. 309.

<sup>45</sup> See Art. 74 (1) nos. 7, 9, 10, 12, 13, 19a Const. Details, however, are debatable. In medical law, for instance, various interplays may be observed, and it is held that some federal laws specifically affecting medical practitioners are not fully covered by federal competence, see *Riedel/Derpa*, *Kompetenzen des Bundes und der Länder im Gesundheitswesen*, 2002.

<sup>46</sup> Modifying the general allocation of competences to the *Länder* (Art. 70), Art. 72 (1) Const. provides that "on matters within the concurrent legislative power of the federation the *Länder* shall have power to legislate so long as and to the extent that the Federation has not exercised its legislative power by enacting a law." The legal order of competences will be revised in the near future.

<sup>47</sup> BayVerfGH, 13. 6. 1986, ZfSH/SGB 1986, p. 558; BayVerfGH, 4. 8. 1999, BayVBl. 2000, p. 239.

<sup>48</sup> BayVerfGH, 13. 4. 2005, BayVBl. 2006, p. 43.

<sup>49</sup> BayVerfGH, 15. 12. 1989, BayVBl. 1990, p. 749; BayVerfGH, 27. 5. 1998, BayVBl. 1999, p. 461; BayVerfGH, 4. 7. 2001, BayVBl. 2002, p. 79; BayVerfGH, 14. 11. 2003, NZS 2004, p. 264. These regulations are (by-)laws in a material sense.

<sup>50</sup> On register of the public health insurance system (*Honorarverteilungsmaßstäbe der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen*).

<sup>51</sup> BayVerfGH, 27. 1. 1993, BayVBl. 1993, p. 302; BayVerfGH, 28. 7. 1995, BayVBl. 1996, p. 141.

<sup>52</sup> BayVerfGH, 25. 1. 1990, BayVBl. 1991, p. 268.

## 2. The federal level: Procedures to review welfare reforms

### a) Abstract or principal review of norms, Art. 93 (1) nos. 2, 2a Const.

At the federal level, abstract or principle review of norms is an option to test the constitutionality of a social law that has already been promulgated<sup>53</sup> "on application of the Federal Government, of a Land government, or of one third of the Members of the *Bundestag*." Disregarding the prevailing classification as an objective procedure, principal review is mainly filed by oppositional fractions, and the Government usually appears to be the natural counterpart of action.<sup>54</sup> However, considering its overall relevance within society and the need of approval by the *Bundesrat* in view of significant administrative implications<sup>55</sup> there has often been a consensus between the parties on major reforms of health and pension insurance. The same is, all in all, true with respect to "Hartz-IV".<sup>56</sup> The so called "Party of Democratic Socialism" alone was helplessly tempted to take constitutional action.<sup>57</sup> Considering that only two representatives of this party were members of the former Parliament (*Bundestag*)<sup>58</sup> surmounting the quota of one third of the members of parliament was just impossible.<sup>59</sup>

It was already in 1967 that the FCC filed a famous decision on welfare assistance and youth welfare service.<sup>60</sup> In 1995 a regulation on short time allowance for unemployment caused by a regionally limited industrial strike in another tariff-area but within the same industrial sector was held constitutional.<sup>61</sup> Moreover, the main part of the *law on old people's welfare* was held constitutional in 2002 because the federal legislator predominantly exercised legislative competences in accordance with the constitution except in the area of education of simple helpers.<sup>62</sup> Another two very important cases filed in 2001 and 2003 that have been decided just recently concern the laws providing financial adjustment

<sup>53</sup> BVerfGE 1, 396 (400 et seqq.).

<sup>54</sup> *Vofßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (eds.), GG, 5<sup>th</sup> ed., Vol. 3, 2005, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 no. 119. On procedural law see also § 13 nos. 6, 6a, §§ 76 et seqq. FCCA.

<sup>55</sup> See Art. 84 (1) Const. Due to extensive interpretation and the view according to which approval is needed not only with respect to the norm on administrative procedure but the law as a whole (BVerfGE 8, 274 [294 et seq.]; 55, 274 [319, 326 et seq.]) revising this principle is one of the major tasks of reforming the federal constitutional order, see [www.bundesrat.de](http://www.bundesrat.de) (Bundesstaatskommission).

<sup>56</sup> On the process see *Münder*, in: idem (ed.), SGB II, 2005, introduction no. 1.

<sup>57</sup> For the party's aims and policy as well as a the opinion titled "Hartz IV und das Grundgesetz" by *Wende* (2004) see [www.sozialisten.de](http://www.sozialisten.de) (Politik/Themen, and *Medienspiegel*, 7. Juli 2004).

<sup>58</sup> *Pau and Löttsch*; see also Art. 1 and 6 (1), (6) of the federal electoral law.

<sup>59</sup> Under certain conditions a political party may file a constitutional complaint as a legal person that it is directly affected by an infringement of its basic rights but not its constitutional status.

<sup>60</sup> BVerfGE 22, 180 et seqq.

<sup>61</sup> BVerfGE 92, 365.

<sup>62</sup> Until now this was the first and only procedure ruled by Art. 93 (1) no. 2a Const. as implemented in 1994, which is a particular form of principal review to control federal competences formally covered by ordinary abstract review.

between health insurance funds (*Risikostrukturausgleich*)<sup>63</sup> respectively aim at achieving stability of contribution-rates for health insurance (*Beitragsatzsicherungsgesetz*);<sup>64</sup> both were held constitutional.

In case a norm is held unconstitutional the FCC declares the norm void (§ 78 FCCA) and in case it is considered constitutional, the Court will expressly declare this although such a *dictum* is not explicitly provided by the FCCA. Even though discussed controversially the predominant view is that unconstitutional norms are both void *ab initio* and *ipso iure*.<sup>65</sup> The formal declaration, however, is exclusively assigned to the FCC. By legal practice the court further developed the *dictum* of only declaring a norm incompatible with the constitution. This is accepted by express provisions in the meantime<sup>66</sup>, but neither the conditions nor the consequences of such a *dictum* are specifically regulated.

*b) Concrete or incidental review of norms, Art. 100 (1) Const.*

Decisions and consequences are equally drawn within the category of concrete or incidental review of norms. "If a court concludes that a law on whose validity its decision depends is unconstitutional" due to a violation of the Basic Law a decision shall be obtained from the FCC.<sup>67</sup> In this respect, incidental review especially determines the relation between ordinary jurisdiction or jurisdiction within special fields of law and constitutional jurisdiction. Judicial control including the application of constitutional law is a task for any court; the competence to decide about constitutionality and to draw further consequences, however, is exclusively assigned to the constitutional court. Unlike principle review<sup>68</sup>, bye-laws and subordinate legislation (decree- and executive order law) may not be tested by incidental review,<sup>69</sup> the extend of control is generally restricted to the norm upon which the decision of the court presenting the question depends<sup>70</sup> and the constitutional court may only decide this question but not the ordinary lawsuit. With respect to the number of cases, incidental review is the second most important procedure.<sup>71</sup> 26 actions were filed in 2005.<sup>72</sup>

<sup>63</sup> 18. 7. 2005, SoZR 4-2500, § 266 SGB V, decision no. 8. See also *Becker*, *Rechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Risikostrukturausgleich – unter Berücksichtigung der integrierten Versorgung*, VSSR 2001, pp. 277 et seqq.

<sup>64</sup> BVerfG, 13. 9. 2005, concerning the law of 23. 12. 2003, BGBl. I, 2002, pp. 4637, MedR 2006, pp. 45 et seqq.

<sup>65</sup> *Voßkuhle*, supra note 54, Art. 93 no. 47.

<sup>66</sup> §§ 31 (2), 79 (1) FCCA.

<sup>67</sup> § 13 no. 11, §§ 80 et seqq. FCCA.

<sup>68</sup> BVerfGE 2, 307 (312 et seq.); 10, 20 (54).

<sup>69</sup> For bye-laws see BVerfGE 2, 341 (346); 79, 245 (249 et seq.), statute on doctor's pension.

<sup>70</sup> For this precept and its exceptions see *Siekmann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (eds.), supra note 54, Art. 100 Abs. 1 no. 65, and *Clemens*, in: Umbach/Clemens, GG, Vol. 2, 2002, Art. 100 nos. 44 et seqq.

<sup>71</sup> www.bverfg.de (Organisation/Jahresstatistik 2005 A I.1., V.1.).

<sup>72</sup> www.bverfg.de (Organisation/Jahresstatistik 2005 A I.4.).

Incidental review has frequently occurred with respect to single norms of social welfare law. Almost half of all cases pending before the first senate contained issues of social law.<sup>73</sup> Referrals were filed by the social courts<sup>74</sup>, by social courts of appeal<sup>75</sup> and the federal social court. In 2005, one case was submitted by a lower social court, five referrals have been made by the federal social court.<sup>76</sup> Social courts decide various issues of social security as enumerated and generally provided by the *law concerning social courts and their procedure* (SGG)<sup>77</sup> and as particularly assigned to the social courts by other laws.<sup>78</sup> They are now competent to decide on cases of basic assistance [§ 51 (1) no. 4a SGG], unless exceptionally conferred upon a special penal of administrative courts like in *Bremen*<sup>79</sup>, and on cases of welfare assistance and those governed by the law of benefits for persons seeking for asylum [§ 51 (1) no. 6a SGG] also.<sup>80</sup>

In summer 2004, the FCC declared a provision unconstitutional according to which foreigners were not entitled to receive child benefits in 1994 and 1995 while their residence was only authorized but not strengthened by a right to reside or a residence permit.<sup>81</sup> Another referral by a social court concerned the constitutionality of provisions on the transition of pensions of additional and special pension systems of the former German Democratic Republic to the system of the reunified Federal Republic.<sup>82</sup> In 2006 the court will have to decide upon a referral of the federal social court in order to review a law that shortens the amount of individually acquired points to determine foreigners' or refugees' pension payment.<sup>83</sup>

<sup>73</sup> According to *Umbach/Dollinger*, supra note 10, p. 31, no. 9.

<sup>74</sup> See for instance BVerfGE 102, 107; BVerfGE 111, 115.

<sup>75</sup> BVerfGE 16, 305, referring to the social court of appeal as a tribunal; E 54, 159 (164), 111, 160.

<sup>76</sup> www.bverfg.de (Organisation/Jahresstatistik 2005 B/C II.1).

<sup>77</sup> Proclaimed anew 23<sup>rd</sup> September 1975, BGBI. I 2535, lastly revised August 2005, BGBI. I 2354.

<sup>78</sup> E.g. like in § 13 of the federal law of educational allowances.

<sup>79</sup> See – in accordance with § 50a no. 2 SGG – Art. 1 § 1a of the Act establishing special penals of the administrative and upper administrative court to exercise jurisdiction in social law matters, Brem.GBl. 2004, p. 583. The provisions of the SGG are applied accordingly, § 50a SGG, unless otherwise regulated by Chap. 5 of Part 1 SGG.

<sup>80</sup> Administrative courts formerly ruled upon cases on welfare assistance and they are still competent, for instance, to decide cases on youth welfare service, promotion of education and care for war victims; see also *Waibel*, *Zuständigkeiten des Sozialgerichte für Angelegenheiten nach dem Sozialgesetzbuch – Versuch einer Systematisierung des Rechtswegs nach Einfügung der Bücher II und XII in das SGB*, SGB 2005, pp. 215 (226 et seq.).

<sup>81</sup> BVerfGE, 111, 160. The case was submitted by the social court of appeal of *Northern-Westfalia*. See also BVerfGE 111, 176. By now, the law concerning aliens has been revised, last thoroughly by the migration law which has been in force since 2005, BGBI. I 2004, p. 1950, after the former version (BGBI. 2002, p. 1946) had been annulled, BVerfGE 106, 310.

<sup>82</sup> BVerfGE 111, 115.

<sup>83</sup> 1 BvL 9/00 et al.; www.bverfg.de (Organisation, Zu erledigende Verfahren 2005).

It is frequently discussed whether and if so under which circumstances a court is obliged to file a referral in preliminary summary proceedings as well. The FCC stresses that in order to respect the principle of effective legal protection the courts are not obliged, unless proceedings in the main action would be anticipated.<sup>84</sup> Not to apply the norm in question, however, is only one possible consequence<sup>85</sup> as drawn by the *social court Düsseldorf*, again with respect to "Hartz IV": The court presumed a violation of the basic law<sup>86</sup> because determining the "need" for basic assistance currently operates by additionally committing not only a person's husband or wife or *registered* homosexual partner but also heterosexual partners in extra-marital cohabitation, whereas homosexual partners outside registered partnership are not taken into account. Presuming a violation of the principle of equality by discrimination, the court did not apply the relevant section and granted benefits at the level of 80 % to avoid anticipation of the proceedings in the main action. However, the court was overruled by the social court of appeal of *Northern-Westfalia*, which held that the initial perspective for constitutional qualification is only matrimony but not comparability of forms of living together; the legislator is free to decide and not forced to treat these groups equally<sup>87</sup> especially where typing in view of mass phenomena is necessary.<sup>88</sup>

*c) Constitutional complaints by individuals, Art. 93 (1) no. 4a Const.*

96% out of more than 154.000 settled cases in between September 1951 and the end of 2005 were constitutional complaints of which only 2.5 % succeeded.<sup>89</sup> By far most complaints were filed by individuals (those filed by municipalities are not counted separately). Additional procedural requirements<sup>90</sup> were already provided by ordinary federal law since 1951; pre-litigation proceedings were introduced five years later and replaced by a preliminary acceptance procedure 1963 which was modified again in 1983.<sup>91</sup> Last year, the chamber competent to

<sup>84</sup> BVerfGE 86, 382 (389); referral, however, is generally permissible in view of final decisions about counterstatements determined by press and broadcast law, see BVerfGE 63, 131 (140 et. seqq.), *Hillgruber/Goos*, supra note 40, p. 223, no. 606. Hence, that the courts do not submit can be justified by current predominance of the need of effective legal protection as principally granted by the constitution (*Siekmann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (eds.), supra note 54, Art. 100 Abs. 1 no. 9) but not, as often maintained, by reference to summary control alone that concerns determining facts, see *Hillgruber/Goos*, op cit., no. 607.

<sup>85</sup> *Redeker/von Oertzen*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 14<sup>th</sup> ed. 2004, § 1 no. 7b.

<sup>86</sup> *SG Düsseldorf*, 16. 2. 2005, DB 2005, p. 617 (with annotations by *Wank/Maties*, ibidem, p. 619), basically agreed by *O'Sullivan*, *Verfassungsrechtliche Fragen des Leistungsrechts der Grundsicherung für Arbeitsuchende*, SGB 2005, pp. 369 (375 et seqq.).

<sup>87</sup> L 9 B 405 SO of 21. 4. 2005 ([www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de))

<sup>88</sup> As put forward by the Upper Social Court of *Saxony*, 14. 4. 2004, NZS 2006, p. 107 (109), that was facing the same issue. See likewise the resolution of the Upper Social Court of *Hessen*, L 7 AS 29/05 ER of July 21<sup>st</sup> 2005 ([www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de)).

<sup>89</sup> [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de) (Organisation/Jahresstatistik 2005 A I.1.).

<sup>90</sup> See also § 13 no. 8a, §§ 90 et seqq. FCCA.

<sup>91</sup> See *Pestalozza*, supra note 40, pp. 160 et seqq.

do so has refused acceptance of 4.666 out of 4.967 complaints.<sup>92</sup> Constitutional complaints "may be filed by any person alleging that one of his basic rights" or of his rights equally granted "has been infringed by public authority". The judiciary is included, and by far most of the complaints refer to an infringement by the judiciary. In 2005, 930 complaints were directed against federal judgements out of which 171 were filed by the federal social court.<sup>93</sup> All in all, 281 judgements of social courts were tested.<sup>94</sup> The FCC may refer to any constitutional issue<sup>95</sup> not only to those addressed to by the complainant.<sup>96</sup> Decisions that violate basic law are set aside and the cases are remitted. Unconstitutional laws are dealt with in the same way as under review although § 95 (3) FCCA rules that they have to be declared void.

A complaint may only be successful on grounds of infringing specific constitutional law; the FCC may not act as another supreme or "super-"instance of appeal.<sup>97</sup> Nonetheless, many complaints directed against social laws, administrative acts and judgements of social courts have been successful. However, none of the individual complaints alleging an infringement by "Hartz IV" has been accepted to be decided by judgement so far: Complaints are only admissible if the complainant himself is directly affected at present. Hence a complainant's groundless fear for belonging to a group of people bound to support the person in need lead to rejection of the complaint.<sup>98</sup> The same was true for a claimant who did not substantiate in how far the law would apply in his case,<sup>99</sup> e.g. whether or not he was certainly obliged to conclude a reintegration-agreement and which sanctions would have been imposed on him in case he refuses to do so.<sup>100</sup> Complaints directed against the law<sup>101</sup> hardly ever meet the criterion of being directly affected because laws usually have to be executed by

<sup>92</sup> www.bverfg.de (Organisation/Jahresstatistik 2005 A IV.1.); in 2004 5.205 out of 5434 complaints were not accepted.

<sup>93</sup> www.bverfg.de (Organisation/Jahresstatistik 2005 A IV.5.).

<sup>94</sup> www.bverfg.de (Organisation/Jahresstatistik 2005 A IV.3.).

<sup>95</sup> BVerfGE 42, 312 (325 f.); 76, 1 (74).

<sup>96</sup> Complaints are regarded as a specific legal action provided by objective constitutional law, BVerfGE 33, 247 (258 f.); E 51, 130 (139).

<sup>97</sup> That constitutional litigation is basically free of costs, § 34 (1) FCCA, also has the effect that many complaints just refer to a violation of the right to a hearing in accordance with the law just because appeal within "ordinary" jurisdiction has come to an end; this is probably the main reason why so many constitutional complaints are not successful. Academics have frequently discussed to abolish constitutional complaints (*Vofßkuhle*, supra note 54 Art. 93 no. 166), at least those against decisions of the courts. This is possible even with regard to the principle of effective legal protection and the material limits provided by Art. 79 (3) Const.; see also supra note 2.

<sup>98</sup> BVerfG, 1 BvR 1962/04 of 2. 9. 2004.

<sup>99</sup> BVerfG, 1 BvR 199/05 of 14. 2. 2005; see also BVerfG, 1 BvQ 39/04 of 27. 9. 2004.

<sup>100</sup> BVerfG, 1 BvR 199/05 of 14. 2. 2005, op cit.

<sup>101</sup> Complaints directed against orders and bye-laws are permissible, for references *Vofßkuhle*, supra note 54, no. 175, footnote 350.



further acts to take an effect.<sup>102</sup> Regardless of several exceptions<sup>103</sup> – like retrenchment of pension benefits<sup>104</sup> – individuals shall take legal action to control administrative acts within non-constitutional jurisdiction first whereby the law may be constitutionally reviewed by incidental referrals. In accordance with the principle of subsidiarity of constitutional complaints, a complaint may be filed only if due recourse to the courts has been exhausted [§ 90 (II) FCCA]. Then the complainant may choose to review the final decision only or additionally (one of) those of the (lower) courts and/or the underlying act as well.<sup>105</sup> Hence retrenchment of benefits as provided by the *Hartz-reforms* has to be faced and the underlying notifications must be dealt with by the social courts first.<sup>106</sup> Even in these cases the constitutional court refused to exceptionally accept a complaint before all remedies have been exhausted, which is permissible only "if a complaint is of principal importance or if recourse to other courts would entail a serious and unavoidable disadvantage to the complainant" [§ 90 (II) FCCA]. The court argued that it is not obliged to decide but to weigh up all circumstances against and in favour of an early decision which may not be filed if far reaching ordinary legal and factual clarification is needed which is the task of jurisdiction of the social courts.<sup>107</sup> The same reasons were given when an action commonly filed by 6570 complainants against excluding non-prescription pharmaceuticals from the catalogue of medicals provided as free treatment had been rejected.<sup>108</sup>

*d) Constitutional complaints filed by municipalities or associations of municipalities, Art. 93 (1) no. 4 b Const.*

Exceptionally, welfare reforms may also be tested by a so called "municipal constitutional complaint".<sup>109</sup> Academics sometimes deny its character as a "complaint" but see it as a special procedure of review of norms by emphasizing restrictions as to the object and scope of control and the entitlement to put it in motion.<sup>110</sup> By the end of 2004, eleven administration counties (*Landkreise*) put in such a complaint to be "filed by municipalities or associations of municipalities". These counties – associations of municipalities under constitutional law<sup>111</sup> – aim

<sup>102</sup> With respect to "Hartz IV" BVerfG, 1 BvR 143/05 et al. of 18. 3. 2005 (no.15).

<sup>103</sup> For many examples see *Schlaich/Korioth*, 6<sup>th</sup> ed. 2004, p. 162 et seqq., no. 240.

<sup>104</sup> BVerfG, 2. 3. 2004, BVerfGK 2, 266.

<sup>105</sup> BVerfGE 19, 377 (389); 54, 53 (64 et seq.).

<sup>106</sup> BVerfG, 1 BvR 2323/04 of 29. 10. 2004; 1 BvR 199/05 of 14. 2. 2005; 1 BvR 143/05 et al. of 18. 3. 2005, no. 17.

<sup>107</sup> BVerfG, 1 BvR 2323/04 (op cit.); 1 BvR 199/05 (op cit.); 1 BvR 143/05 et al. of 18. 3. 2005, nos. 21 et seqq.

<sup>108</sup> BVerfG, 1 BvR 1076/04 of 14. 11. 2004.

<sup>109</sup> For procedural implications see also § 13 no. 8a, §§ 90 et seqq. FCCA.

<sup>110</sup> *Stern*, Staatsrecht II, 1980, p. 1023 et seq., *Schlaich/Korioth*, supra note 103, p. 143, no. 191 et seqq.; *Vobkuhle*, supra note 54, no. 196.

<sup>111</sup> BVerfGE 83, 363 (383); on terms and categories see *Tettinger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (eds.), supra note 2, Art. 28 Abs. 2 nos. 240 et seqq.

at testing certain provisions of the SGB II as implemented by "Hartz IV"-laws. This is permissible only "on the ground that their right to self-government under Article 28 has been infringed by a law." The counties argue that additional tasks have been conferred upon the municipalities without compelling reasons for federal regulation and they correspondingly refer to the portage for benefits and services for reintegration as well as certain supporting benefits to ensure the unemployed's living.<sup>112</sup> The duties to establish institutionalized working cooperation between federal and municipality institutions and to confer administrative tasks upon them are criticized as well as imposing financial burdens on the municipalities and counties by federal law.<sup>113</sup> Until now, the FCC has not yet ruled a decision.

### ***III. Constitutional standards***

#### ***1. Provisions demanding a fair and social order and constraints limiting welfare reforms***

Constitutional law does not only limit infringements of constitutional rights but also contains legal provisions that determine a social order.<sup>114</sup> Providing for a social order and welfare reforms are, of course, interrelated; laws enacted to establish or to reform the social legal order may justify interferences with individual positions. It is within this conflict between upholding individual positions and guaranteeing common welfare that we shall look to important constitutional rights and principles.

##### *a) The principle of social welfare state (in conjunction with human dignity)*

The principle of social welfare state (*Sozialstaatsprinzip*) is of fundamental and outstanding importance for welfare legislation. The FCC stressed that because of this principle the state is obliged to counterbalance social imbalances and to provide for a fair and social order, particularly by legislation.<sup>115</sup> According to *Zacher* the most important objectives of the social welfare state are "aid against need and poverty",<sup>116</sup> "to guarantee everyone an existence with decent living conditions, to diminish differences of well-being, and to abolish or control

---

<sup>112</sup> § 6 (1) no. 2, § 16 (2) nos. 2-4, §§ 22, 23 (3) SGB II

<sup>113</sup> For details of constitutional questions arising *Henneke*, *Aufgabenwahrnehmung und Finanzlastverteilung im SGB II als Verfassungsproblem*, DÖV 2005, pp. 177 et seqq.; *Ruge/Vorholz*, *Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragestellungen bei der Arbeitsgemeinschaft nach § 44 b SGB II*, DVBl. 2005, pp. 403 et seqq.

<sup>114</sup> See below a).

<sup>115</sup> BVerfGE 22, 180 (204).

<sup>116</sup> *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof* (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. II, 3<sup>rd</sup> ed. 2004, p. 678 no. 25.

relations of dependence"<sup>117</sup> and "more security in view of the vicissitudes of life, and finally raising and spreading of prosperity."<sup>118</sup> The principle of social welfare state is anchored in Art. 20 (1) Const. The constitutional order in the *Länder* must be conform to this principle within the meaning of the basic law (Art. 28 [1] Const.)<sup>119</sup>. An amendment to the basic law affecting the fundamental core principle of social welfare state is impermissible.<sup>120</sup> Hence the principle is either of higher rank or at least subject to particular constitutional protection.<sup>121</sup>

Disregarding the social markedness of particular fundamental rights [Art. 6, 7, 9 (3), 14 (2) and (3), 15]<sup>122</sup> the principle of social welfare state serves, in the first place, as an objective and constitutional task of the state. It becomes operational, for instance, as a directive for the interpretation of laws and as a standard for authorities to exercise their discretion<sup>123</sup>. For further consequences it takes an effect especially in conjunction with the right of equality before the law. Equality is in line with the aim of providing a fair and social order as to prevent unequal exclusion of groups or people. A law that provided additional retirement benefits, for instance, was declared incompatible with the basic law to the extent that employees working less than half time were excluded.<sup>124</sup> Similarly the principle operates to grant subjective legal positions only in conjunction with other fundamental rights. Together with the principle of human dignity [Art. 1 (1)] the principle of social state commands to secure a stranded person's social minimum by social benefits if necessary.<sup>125</sup> Correspondingly, the social minimum of a person liable for taxation and his family entitled to maintenance has to be spared.<sup>126</sup> It is, however, hardly possible to fix an exact moneyed legal position

<sup>117</sup> *Idem*, in: *Abhandlungen zum Sozialrecht*, ed. by von Maydell/Eichenhofer, pp. 73 (93).

<sup>118</sup> *Idem*, supra note 116. As to security against the "vicissitudes of life" compare with Art. 171 of the *Bavarian Const.* and Art. 53 (3) of the *Const. of Rheinland-Pfalz*.

<sup>119</sup> The principle of the social welfare state as such is also rooted in the following constitutional provisions of the *Länder*: Art. 23 (1) [*Baden-Württemberg*]; Art. 3 (1) [*Bavaria*]; Art. 2 (1), Art. 45 (1) [*Brandenburg*]; Art. 65 (1) [*Bremen*]; Art. 3 (1) [*Hamburg*]; Art. 27 [*Hessen*]; Art. 2 [*Mecklenburg-Vorpommern*]; Art. 1 (2) [*Lower Saxony*]; Art. 74 (1) [*Rheinland-Pfalz*]; Art. 60 (1) [*Saarland*]; Art. 1 [*Saxony*]; Art. 2 (1) [*Sachsen-Anhalt*]; Art. 44 (1) [*Thüringen*].

<sup>120</sup> Art. 79 (3) Const. On material limits for constitutional amendments in EU-member state countries *Sichert*, supra note 2, pp. 706, 745, 750, all et seqq.

<sup>121</sup> *Sichert*, *ibid.*, pp. 546 et seqq.

<sup>122</sup> *Sommermann*, supra note 2, Art. 20 Abs. 1 no. 102.

<sup>123</sup> *Idem*, op. cit., nos. 125, 126.

<sup>124</sup> BVerfGE 97, 35, 44 et seqq.; see also BVerfG 82, 126 (146).

<sup>125</sup> BVerfGE 40, 121 (133); 82, 60 (80); see also *Sartorius*, *Das Existenzminimum im Recht*, 2000, pp. 54 et seqq.; *Könemann*, *Der verfassungsunmittelbare Anspruch auf das Existenzminimum*, 2005. Human dignity is also referred to by § 1 SGB XII (BGBl. I 2003, p. 3022, lastly revised September 2005 [BGBl. I 2809]) in view of social assistance as provided by formal law for people in need who are not entitled within the scheme of basic assistance (SGB II). Basic assistance is granted for people in need (below 65) who are capable of work.

<sup>126</sup> See – summarizing its constant adjudication – BVerfGE 99, 246 (259 ff.).

by constitutional law alone.<sup>127</sup> Correspondingly, when refusing to accept a complaint directly striking the "Hartz-laws" because there was no due recourse to specified courts, the FCC also argued that in this context an actual ascertainment of financial needs to secure a social minimum is required.<sup>128</sup> Recently lower Social courts<sup>129</sup> decided that there is no indication of unconstitutionality of the legally granted level of basic assistance;<sup>130</sup> complex details – e.g. as to a pre-constitutional guarantee of security, the impact of financial sanctions etc. – cannot be dealt with here.<sup>131</sup>

Further individual positions may be derived from the "Sozialstaatsprinzip" in conjunction with equality before the law and other fundamental rights, e.g. occupational freedom; on this legal basis the FCC granted a right to participate in professional university education, however subject to existing vacancies.<sup>132</sup> In a recent decision the FCC held that it is both a violation of the principle of social state in conjunction with the right to personal freedom (Art. 2 [1] Const.) and a contempt of the duty to protect one's life (as assigned to the state by and derived from Art. 2 [2] Const.) to exclude a person from free treatment following a so called (brand-)new method not yet generally asserted if there is no principally accepted way to accomplish but at least some prospect of success with respect to the new method.<sup>133</sup> Here, this treatment belongs to a necessary "minimum" supply for a person insured within the public scheme raising income-related contributions.

Even though the court emphasized that the basic law does not lay down a particular economic system, the principle of social welfare state may form part

<sup>127</sup> For a far-reaching approach, however, see *infra* note 223.

<sup>128</sup> BVerfG, 1 BvR 199/05 of 14. 2. 2005, sec. no. 10. Therefore exceptional ruling [§ 90 (II) FCCA] was also refused.

<sup>129</sup> It is important to mention that explicitly declaring a norm unconstitutional or compatible with the constitution is not a task of specialized or ordinary courts; if the Basic law is held to be violated by a law on whose validity the courts decision depends, a decision shall be obtained by the FCC upon referral, see II. 2. b. Nonetheless fundamental rights also establish an objective order of values for all areas of law [see also Art. 1(3)] and hence courts are bound to regard constitutional rights when applying and interpreting law, BVerfGE 7, 198.

<sup>130</sup> SG *Chemnitz*, S 21 AS 491/05 of 12. 2. 2006 ([www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de)), stating that the law takes socio-cultural needs into account [§ 20 (1) SGB II], provides for benefits beyond regular allowance, § 23 SGB II, and that the legislator is not precluded from typifying and generalizing; likewise SG *Aachen*, S 11 AS 15/05 of 15. 6. 2005; see also SG *Schleswig*, S 6 AS 70/05 ER, and SG *Berlin*, S 63 AS 1311/05 of 2. 8. 2005, all sub [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de) (Entscheidungen), furthermore *Lang*, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2005, § 20 nos. 112 et seqq.

<sup>131</sup> For critical assessment see *Däubler*, Das Verbot der Ausgrenzung einzelner Bevölkerungsgruppen – Existenzminimum und Arbeitslosengeld II, NZS 2005, pp. 225 et seqq.; *Bieback*, Probleme des SGB II, NZS 2005, pp. 337 et seqq. See also *Martínez Soria*, Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums, JZ 2005, pp. 644 et seqq.

<sup>132</sup> Unless very exceptional conditions would qualify a non-performance of creating new career-opportunities as an evident violation of the constitution, BVerfGE 33, 303, 331 et seqq. (*numerus clausus*).

<sup>133</sup> BVerfG, 1 BvR 347/98 of 6. 12. 2005.

of the framework of the concept of "social market economy" to which the principle's affinity is predominant. However, the court has been "reluctant ... to lay down guidelines for the realization of socio-economic rights" and likewise "for the achievement of other social goals".<sup>134</sup> "With respect to the requirements of the social order and the legal protection of the individual's freedom", the court argued, "the legislator enjoys wide-ranging discretion for legal formation, within which he may determine the way and the extent of necessary or at least maintainable interference with the economic self-determination of the individual."<sup>135</sup>

*b) Social rights and affirmative constitutional tasks*

"The Basic law is largely silent with regard to the nature of social rights."<sup>136</sup> Constitutional law at the federal level does not contain any of the classical social rights e.g. to work, lodging or education. Art. 6 (4) alone says that "every mother shall be entitled to the protection and care of the community." According to the FCC this is a fundamental right<sup>137</sup> as well as an affirmative constitutional task.<sup>138</sup> Moreover, both a general task of protection and equal treatment but also corresponding basic rights are provided by Art. 6 (1) and (5): "Marriage and the family", as sec. one reads, "shall enjoy the special protection of the state." According to Art. 6 (5) "Children born outside of marriage shall be provided by legislation with the same opportunities for physical and mental development and for their position in society as are enjoyed by those born within marriage". The constitutional court dealt with Art. 6 (5) in 1958 and 1963 before a bill was introduced;<sup>139</sup> in view of material problems of legislation the court decided anew in 1969 and successfully set forth a deadline for the implementation of the law in order to fulfil the constitutional task of Art. 6.<sup>140</sup>

In the last decade and against the background of reunification it was largely discussed to implement social, cultural and ecologic basic rights.<sup>141</sup> Such rights are granted by many constitutions of the "old" *Länder*,<sup>142</sup> but they are restricted

<sup>134</sup> *Kommers*, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, p. 242. For the court's position BVerfGE 4, 7 (17); 7, 337 (400); 14, 19 (23); 30, 259, 315. By contrast, Art. 38 of the Const. of *Thüringen* provides that the order of economic life has to comply with the principles governing a social and ecologic market order.

<sup>135</sup> BVerfGE 10, 354 (371); E 18, 257 (273).

<sup>136</sup> *Kommers*, supra note 134, p. 241.

<sup>137</sup> BVerwE 47, 23 (27).

<sup>138</sup> BVerfGE 60, 68 (74).

<sup>139</sup> For details see *Kleuker*, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, 1993, pp. 112 et seqq.

<sup>140</sup> To prevent direct enforcement by the courts, BVerfGE 25, 167 (188).

<sup>141</sup> *Sterzel*, *Staatsziele und soziale Grundrechte*, ZRP 1993, pp. 13 (16 et seq.).

<sup>142</sup> See for instance the Constitutions of *Baden-Württemberg*: Art. 11 (1) [right to education]; *Bavaria*: Art. 106 (1) [right to accommodation], Art. 125 (3) [care for families with many children], Art. 128 (1) [right to education], Art. 166 (2) [right to ensure one's one subsistence by work], Art.

in operation.<sup>143</sup> Similarly "social rights" can substantially be found (only) as constitutional tasks or foundations of the state – separated from fundamental freedoms – in constitutions of the new federal countries.<sup>144</sup> Social rights existing within the *Bavarian* constitution are similarly designed as constitutional tasks with limited justiciability.<sup>145</sup> At the federal level, however, implementing classical social rights was rejected. Nevertheless it is important to mention that as a specific approach of constitutional interpretation the so called social theory<sup>146</sup> "highlights the importance of social justice, cultural rights, and economic security."<sup>147</sup> Social rights contribute to being conscious of social justice and preserve public interests that are constitutionally demanded, they also function as to justify interferences in order to achieve social objectives and they finally operate as to preserve some legal setting established to build up a social order.<sup>148</sup>

*c) Fundamental freedoms – economic liberties*

It is not possible to deal with all relevant basic rights and fundamental freedoms binding and also determining welfare legislation comprehensively here. The right to physical integrity, for instance, is – first of all – a fundamental right but also serves as an affirmative task to protection. Hence the legislator is obliged to provide for protection against negative health affecting consequences of night work.<sup>149</sup> Moreover, freedom of associations might be affected by a provision to pay equal salary for both loan workers and regular employees. In

---

168 (3) [care], Art. 171 [social security], Art. 174 (1) [vacation]; *Berlin*: Art. 18 [right to work], Art. 20 (1) [right to education], Art. 28 (1) [right to accommodation]; *Bremen*: Art. 8 (1) [work], Art. 14 (1) [accommodation], 27 (1) [education]; *Hessen*: Art. 28 (1) [work]; *Lower Saxony*: Art. 4 (1) [education]; *Northern Westfalia*: Art. 8 (1) [education], 24 (1) [work]; *Saarland*: Art. 45 [work], Art. 48 [vacation]; *Thüringen*: Art. 20 [education]. The former Art. 53 (2) [work] of the constitution of *Rheinland-Pfalz* has been revised in 2000. The Constitutions are commonly collected in: *Verfassungen der deutschen Bundesländer*, 8<sup>th</sup> ed. 2005.

<sup>143</sup> For *Bavaria* see *Meder*, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, 4th ed. 1993, Art. 106 no. 1; Art. 166 no. 1. Moreover *Brenne*, *soziale Grundrechte in den Landesverfassungen*, pp. 7 et seqq. et passim.

<sup>144</sup> Art. 11 (13 et seqq.) of the Const. of *Mecklenburg-Vorpommern*; Art. 34 et seqq. of the Const. of *Sachsen-Anhalt*; moreover very clearly Art. 7 (1) and 9 (1) Const. of *Saxony*; See also Art. 6a of the Const. of *Lower Saxony*. For general constitutional tasks on social security see furthermore Art. 22 (*Berlin*), Art. 45 (*Brandenburg*), Art. 35 (*Hessen*), Art. 53 (3), (4) [*Rheinland-Pfalz*], Art. 46 (*Saarland*). See also *Riepe*, *Soziale Grundrecht in den Verfassungen der Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen*, 1995, pp. 171 et seqq.

<sup>145</sup> See supra note 143.

<sup>146</sup> *Böckenförde*, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW 1974, pp. 1529 (1530, 1535 et seq.); *Alexy*, *A Theory of Constitutional Rights*, 1982, translation 2004, pp. 11, 378 et seq.

<sup>147</sup> See *Kommers*, supra note 134, p. 49, with reference to the Court's jurisdiction.

<sup>148</sup> *Lübbe-Wolf*, *Soziale Grundrechte und Verfassungsaufträge*, JöR n.F. 53 (2005), pp. 1 et seqq.

<sup>149</sup> BVerfGE 87. 363 (386); 85, 191 (323 f.).

this case already addressed to,<sup>150</sup> however, the question was left open and the court affirmed that such interference by the second law of modern services of the labour market was at least justified.

*aa) Occupational freedom, Art. 12 Const.*

With respect to welfare reforms occupational freedom plays an important role for those who perform within the public insurance system. Main problems arise with respect to the law of registered medicals<sup>151</sup> including difficulties to fix the limits of constitutional categories. In general the court accurately distinguishes regulations on exercising one's occupation from provisions restricting individual access or access in general;<sup>152</sup> thereby it draws a distinction which is important to meet the progressively fixed conditions of justification. With respect to the law of registered medicals, however, who provides services for 90% of the population insured by the public scheme, the court often left open a proper delimitation and turned to the more severe conditions of justification. These were applied to a provision according to which access to registration was denied for doctors already aged 55 and to another one providing that registration automatically expires for medicals aged 68. In the first case the court argued that there was a proportionate relation between the purpose of the law and the intensity of interference because monetary stability and proper function of public health insurance are legitimate public interest issues of particular and even outstanding importance.<sup>153</sup> Similarly health protection and ensuring quality of services were defined as particularly important common values that may uphold justification of even severe and typified interferences with the access to occupation, as held in the second case.<sup>154</sup> By contrast, simply regulations on exercising the medical profession within the public scheme are federal agreements on units of medical treatment in order to measure performances by scores that in turn determine a doctor's salary.<sup>155</sup> Extending the personal scope of compulsory insurance may under certain circumstance affect the occupational freedom of private insurance companies although such interference can rather be justified.<sup>156</sup> The FCC held

<sup>150</sup> See supra note 30.

<sup>151</sup> Schnapp, in: idem/Wigge (eds.), *Handbuch des Vertragsarztrechts*, 2002, pp. 65 et seqq.

<sup>152</sup> See BVerfG 7, 377 (405 et seqq.); E 46, 120 (138 et seqq.).

<sup>153</sup> BVerfGE 103, 172 (184), leaving aside a delimitation between interfering with exercising one's occupation or – stressing the economic effect – with individual access.

<sup>154</sup> BVerfG, 16. 4. 1998, NZS 1998, p. 285 (286), leaving open a qualification alike (supra note 153). See also Becker, *Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Vertragsärzte am Beispiel der zulassungsbezogenen Altersgrenzen*, NZS 1999, pp. 521 et seqq.

<sup>155</sup> BSG, 9. 12. 2004, SozR-4 2500, § 72 decision no. 2; § 87 decision no. 8. See also Engelhard (2006), in Hauck/Noftz, SGBV, § 69 no. 204. With respect to the latest "Bewertungsmaßstab [EBM] 2000 plus" Ehlers/Sichert, *Juristische Möglichkeiten der Verbandspolitik*, Allergo Journal 2005, pp. 138 et seqq. As regards content of these authoritative collective agreements, however, freedom of occupation and equality before the law commonly call for justice of fee-allocation.

<sup>156</sup> BVerfG, 4. 2. 2004, BVerfGK 2, 283. If applicable with respect to their character, fundamental freedoms also protect legal persons or associations, Art. 19 (3) Const.

that establishing a legal framework to unfold freedom of occupation is a common value for appropriate justification of reforming social labour laws.<sup>157</sup>

To lower standards of employment expected to be taken by the work-seeking beneficiary and sanctioning contempt by the "Hartz"-laws (e.g. by cutting payments), §§ 10, 31 SGB II, should not be qualified as forced labour of a particular kind banned by Art. 12 (2) Const.<sup>158</sup> A basically dissenting view<sup>159</sup> nonetheless leads to justification by colliding constitutional law (Art. 12 and 14) of solidly community.<sup>160</sup> The distinct defensive structure of Art. 12 (2), (3)<sup>161</sup> may be evoked for extended protection also covering indirect pressure on guarantee level as known with respect to Art. 12 (1); emphasizing the dimension to positively claim benefits, however, leads to restrictive interpretation. Likewise the duty to conclude a (re-)integration agreement and thereby accept an additional job-bargain (§ 16 [3] SGB II) does presumably not unconstitutionally<sup>162</sup> interfere with Art. 12 (2) or (3)<sup>163</sup> even though it might be imposed by administrative act in case of the beneficiary's failure (§ 15 [1] SGB II). Ultimately, it is a crucial question in how far pushing below the subsistence level may not violate – unjustifiable<sup>164</sup> – human dignity in its specification of guaranteeing a social minimum. Basically it is important to mention that (restrictively) interpreting and applying the SGB II in accordance with the constitution gains outstanding importance in order to "avoid" the verdict of unconstitutionality. Cutting basic assistance conform to the constitution therefore likely presupposes that a

---

<sup>157</sup> BVerfG, 29. 12. 2004, BVerfGK 4, 356 (361).

<sup>158</sup> Nor as (general) compulsion to (specified) work, basically prohibited by Art. 12 (3) Const. Moreover, several exemptions prevent unconstitutionality in view of other fundamental rights (e.g. human dignity, family protection). Art. 12 (1) – freedom of occupation – is touched in case a juvenile is sanctioned for not taking up "reasonable" education, which, however, may be justified if aid had been provided.

<sup>159</sup> *Berlit*, in: SGB II, Lehr- und Praxiskommentar, 2005, § 31 no. 13; see also *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (eds.), GG, Vol. 1, 5<sup>th</sup> ed. 2005, Art. 12 Abs. 2 no. 302; *Däubler*, Absenkung und Entzug des ALG II – ein Lehrstück zur Verfassungsferne des Gesetzgeber, info also 2005, p. 51 (at p. 55).

<sup>160</sup> *Manssen*, op cit., Art. 12 Abs. 2 nos. 302 and 309.

<sup>161</sup> See *Tettinger*, in: Sachs (ed.), GG, Commentary, 3<sup>rd</sup> ed. 2003, Art. 12 nos. 148, 157.

<sup>162</sup> In favour of unconstitutionality because of a violation of the principle of freedom of contract as contained in Art. 2 (1) Const. *Berlit*, supra note 159, § 31 no. 14; dissenting *Rixen*, supra note 25, § 15 Nos. 15 et seq.

<sup>163</sup> See SG *Schleswig*, S 6 AS 70/ER of 8. 3. 2005 (sub [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de)). According to the FCC (general) compulsion to (specified) work is touched only if the commitment may lead to (potential) interference with human dignity; BVerfGE 74, 102 (116, 121 et seq.); 83, 119 (126). By contrast *Manssen*, supra note 159 no. 304; *Berlit*, supra note 159, § 31 no. 13, emphasizing that such a job is neither placed by the market nor may it reasonably provide for one's own livings.

<sup>164</sup> *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (eds.), supra note 159, Art. 1 Abs. 1 no. 34, also with respect to Art. 79 (3) Const. exposing Art. 1 Const. as a limit of constitutional amendment.



minimum is provided for otherwise and furthermore such a measure may not go beyond reducing the socio-cultural interest of subsistence.<sup>165</sup>

*bb) Right to property, Art. 14 (1) Const.*

Next to substantial property Art. 14 covers all valuable legal positions and goods of private law, contractual rights included. Today, legal positions as guaranteed by public law are also protected in case they are equivalently based on one's own<sup>166</sup> and not only inessential efforts; these rights as to property value have to be assigned to the possessor like exclusive rights are. Neither condition, for instance, is met in view of abolishing formerly granted unemployment assistance ("Arbeitslosenhilfe") following unemployment benefits by the "Hartz-IV"-laws because unemployment assistance was exclusively financed by federal funds and also depending on the beneficiary *currently being* in need.<sup>167</sup> Financial property as such is not protected and neither are obligations to pay as provided by public law classified as undue interference. It took quite some time until the court outlined its position to rights granted by public law clearly. In 1985 legal protection of social security rights was definitely affirmed in a leading case concerning pension related contributions and allowances of retired people's health insurance.<sup>168</sup> Henceforth, rights and claims within social security law were frequently protected in accordance with the conditions already mentioned. The equivalent core of valuable legal positions is particularly protected. However, the court ruled that such legal positions must serve to ensure basic assistance, which has often been criticized.<sup>169</sup> The court acknowledged<sup>170</sup> protection of pension and unemployment payment, both including entitled expectancies,<sup>171</sup> pensions for war victims<sup>172</sup> and expectancies of occupational disability pensions,<sup>173</sup> maintenance

<sup>165</sup> With respect to the former "Bundessozialhilfegesetz" *Krahmer*, in: Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. 2003, § 25 no. 9; *Berlit*, supra note 159, § 31 no. 12; *Däubler*, supra note 159, p. 55. According to all authors a cut of 30% (or more) is constitutionally unacceptable.

<sup>166</sup> Therefore social welfare, promotion of vocational training, family allowances, housing benefits, child-rearing allowance and social reimbursement are not protected, *Umbach/Dollinger*, supra note 10, p. 48 no. 71 with further references.

<sup>167</sup> Albeit it is nonserious if the position is additionally or predominantly based on governmental grant (BVerfGE 69, 272 [301]); see *Boecken*, Zusammenführung von Sozialhilfe und Arbeitslosenhilfe: insbesondere zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Abschaffung des Anspruchs auf Arbeitslosenhilfe und einer Beteiligung des Bundes an den Sozialhilfeaufwendungen, SGB 2002, pp. 357 (360 et seqq.); moreover see also BSGE 59, 157 (161); *Umbach/Dollinger* (supra note 10) Chap. A II. 2., p. 49. Nonetheless it is not without controversy that "Arbeitslosenhilfe" is not covered by Art. 14 (1) Const., *Boecken*, op cit.

<sup>168</sup> BVerfGE 69, 272; following BVerfGE 53, 257.

<sup>169</sup> See *Deppenheuer*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (eds.), supra note 159, Art. 14 nos. 71 et seqq., 185.

<sup>170</sup> For an overview *Jarass*, in: idem/Pieroth, GG, 7<sup>th</sup> ed. 2004, Art. 14 no. 12.

<sup>171</sup> E 64, 87 (97).

<sup>172</sup> BSGE 73, 41 (42).

<sup>173</sup> BVerfGE 75, 78 (96 f.).

allowance and temporary allowance.<sup>174</sup> Again it is nonetheless impossible to fix an exact moneyed legal position by constitutional law (alone). This is especially true with respect to prospective and systematic changes of welfare reforms on retrenchment. Content and limits of property are defined by (social) laws, albeit these restricting laws must meet the requirements of the principle of proportionality. In this respect, shortening the duration of unemployment benefits by the "Hartz"-laws in order to rearrange security effectively, thereby determining rights in content and enacting transitional regulations can be properly justified.<sup>175</sup> By contrast, expectations of fees, profit and income are not protected. Hence increasing the income level for compulsory insurance without affecting already existing insurance relations did not even touch the area of guaranteed property as alleged by a private insurance company. In this case the court left open if the establishment of regular costumers is protected because it was not affected.<sup>176</sup> Similarly reforming federal agreements on score-units of medical performance for fee allocation (see c] aa]) does not violate Art. 14 Const.<sup>177</sup>

*d) Protection of legitimate expectations and against retroactivity, Art. 20 (3) Const.*

Rather complex constitutional standards to outline are protection against retroactivity and protection of legitimate expectations. Real retroactivity interferes with a closed set of facts and provides legal consequences for a time before publication of the law. According to the rule of law this is principally unconstitutional unless there are obligatory reasons and exceptional circumstances.<sup>178</sup> Permissible, by contrast, are norms that retrospectively (by "pretentious retroaction") take effect by referring to current cases and facts that are still in motion and not yet closed.<sup>179</sup> With respect to the rule of law and also fundamental freedoms they may only be held unconstitutional if it was unreasonable for the individual to take such interference into account and if the individual's interest is in greater need of protection than common interest.<sup>180</sup> Both, for instance, is not the case as far as the "Hartz"-laws retrospectively shortened the period of unemployment

<sup>174</sup> BVerfGE 76, 220 (235)

<sup>175</sup> See also SG *Schleswig*, S 6 AS 70/05 ER of 8. 3. 2005 ([www.Sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.Sozialgerichtsbarkeit.de)); see also supra note 167, and, for transitional law, supra note 21.

<sup>176</sup> BVerfG, 4.2.2004, BVerfGK 2, 283 (287, 289).

<sup>177</sup> *Link/de Wall*, *Verfassungsanforderungen an die Honorarverteilung im Vertragsarztrecht – insbesondere im Hinblick auf ärztliche Minderheitengruppen VSSR 2001*, pp. 69 (96 et seq.).

<sup>178</sup> BVerfGE 30, 367 (385); 95, 64 (86 et seq.); 109, 133 (181). The Second Senate of the BVerfG calls this "back-reaching" or "operating aback" of legal consequences. Only here the principle of legal state shall serve as a limiting standard, BVerfGE 72, 200 (242 et seq.); 92, 277 (325).

<sup>179</sup> BVerfGE 30, 392 (402 et seq.); 95, 64 (86); 101, 239 (263). Again, the Second Senate uses a different terminology (tying up legal consequences to a set of facts behind), BVerfGE 72, 200 (242 et seq.); 92, 277 (325); here, fundamental freedoms shall impose restrictions on the law-maker.

<sup>180</sup> BVerfGE 97, 378 (389); 101, 239 (263 et seq.).

benefit entitlement<sup>181</sup> – also because of transitional provisions<sup>182</sup> – and with respect to transforming the former follow-up benefit of unemployment assistance into basic assistance,<sup>183</sup> especially when limited supplementary benefits (§ 24 SGB II) are taken into account.

Concrete legitimate *expectations* are protected under exceptional circumstances. This is predominantly derived from Art. 20 (3) Const. [also in conjunction with Art. 2 (1) Const.] **and with respect to pension expectancies** it may also be derived from the freedom of property.<sup>184</sup> Protection may be granted if the individual actually trusted in the continuing existence of the law, if the person affected made arrangements against this expectation and if a comprehensive balancing of expectation and interests with the purpose of the new provision to promote common interest lead to acknowledging a legitimate need for protection.<sup>185</sup> The legislator may pass transitional provisions to avoid unconstitutional interference. He may alter these provisions only with respect to a change of the underlying circumstances and the need of common interest. Against this standard it was held constitutional that in 1996 the legislator expedited full implementation of increasing legal retirement age for women and unemployed people as already adopted in 1992.<sup>186</sup> Provisions on a factual limitation of the former possibility for women to retire at the age of 60 without financial loss by deduction of pension were also sustained as well as abolishing this opportunity in 1999 like early retirement for unemployed in 1996.

*e) Equality before the law, Art. 3 Const.*

It has already been mentioned that testing the constitutionality of law reforms is of particular significance with respect to equality before the law.<sup>187</sup> A large number of cases arises with respect to presumably comparable situations that are (potentially) governed by the principle of equality – a standard that is rather relational in its operation. Given a multiplicity of constellations, alleging a violation of Art. 3 Const. seems to be more promising than litigation based on rather absolute standards like fundamental freedoms. Accordingly main issues of constitutional review are being unequally excluded from benefits or facing retrenchment or burdening measures that do not affect other people who are supposed to be in a similar situation. For instance, it is held unconstitutionally unequal that young people who do not comply with the duties set forth by the SGB II are only paid

<sup>181</sup> See I.

<sup>182</sup> Supra note 21.

<sup>183</sup> *Boecken*, supra note 167, pp. 361 et seq.; *O'Sullivan*, supra note 86, pp. 369 (375 et seq.).

<sup>184</sup> BVerfGE 67, 1 (14); BVerfG, 3.2.2004 BVerfGK 2, 266 (273).

<sup>185</sup> BVerfG 67, 1 (15).

<sup>186</sup> BVerfG, 2. 3. 2004, BVerfGK 2, 266.

<sup>187</sup> On state-run benefits and payments by social (security) law as secondarily ("derivatively") determined entitlements *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz (eds.), supra note 159, Art. 3 nos. 141 et seq.

costs for accommodation and heating but no regular allowance.<sup>188</sup> Moreover, *additionally* cutting a limited supplement granted subsequent to "Arbeitslosengeld" but not for long-term unemployed is hardly justifiable.<sup>189</sup>

The FCC frequently emphasized that with respect to Article 3 Const. and especially within the area of social security law the legislator has wide-ranging discretion<sup>190</sup> that includes typifying constellations, particularly if the subject matter is rather complex.<sup>191</sup> Thereby legislative interference may be allowed as to material grounds of differentiation<sup>192</sup> but has to meet the conditions of proportionality. Against this background the laws providing financial adjustment between health insurance funds (*Risikostrukturausgleich*)<sup>193</sup> were held constitutional. With respect to the legislator's legitimate aim to provide for health insurance based on social balance, including redistribution, there was a constitutionally acceptable and proportional differentiation between some groups of insured members and also public health insurance funds (which do not hold constitutional freedoms).<sup>194</sup>

By contrast, successful litigation shall be illustrated by two decisions ruled in 2000 and 2001. Although it was not questioned that the legislator annexed compulsory long-term care insurance to existing individual protection of public or private health insurance it was held unconstitutional to thereby exclude the small group of people without health insurance but in equal need of care.<sup>195</sup> Before, the FCC rendered it unconstitutional to raise contributions for social security funds on the basis of non-recurrent wages without taking this payment into account for unemployment and sickness benefits.<sup>196</sup> The FCC decided that the norms were incompatible with the constitution without declaring them void. In both cases the court also imposed an obligation upon the legislator to pass a new law and set forth a deadline. In the first case the Parliament's task was defined as to allow people without health insurance to join the long-term care insurance scheme. According to the second judgement the legislator had to ensure that non-recurrent wages had to be taken into account for benefits. In both cases the court gave hints to the Parliament with regard to possible formation of the provisions to be enacted, including particular issues of transitional law and inter-temporal cases. These hints can be identified by statements such as "it is up to the legislator whether or not" or "the law-maker is quite free to".

<sup>188</sup> *Berlit*, supra note 159, § 31 nos. 17, 106.

<sup>189</sup> *Berlit*, op cit., § 31 no. 18. For further problems in view of "Hartz IV" compared with social assistance see *Luthe*, Gleichheitsprobleme mit Hartz IV, SGB 2004, pp. 729 et seq.; *Däubler*, supra note 159, at p. 53.

<sup>190</sup> BVerfGE 77, 84 (106 et seq.); BVerfG, 29. 12. 2004, BVerfGK 4, 356 (362 et seq.).

<sup>191</sup> BVerfGE 77, 84 (106 et seq.).

<sup>192</sup> See *Starck*, supra note 159, no. 28.

<sup>193</sup> BVerfG, 18. 7. 2005, supra note 63.

<sup>194</sup> Op cit., nos. 92, 113, 210, al et seqq.

<sup>195</sup> BVerfGE 103, 225.

<sup>196</sup> BVerfE 102, 127.

## 2. Some principal remarks on justification of retrenchment and interference

Monetary stability, proper function of public health insurance and quality standards of services are central issues to justify interferences with fundamental freedoms.<sup>197</sup> These issues serve as requirements that in turn limit justification of interferences as constitutionally allowed by laws or so called colliding constitutional law. To the extent that they are connected with the principle of social welfare state they may directly operate to justify interferences. All these issues are valued within the progressively fixed system of justification in view of occupational freedom<sup>198</sup> and similarly they operate within the staged principle of proportionality. This is derived from the principle of "rule of law" and provides that justification is only valid if restrictions are appropriate in view of legitimate aims, if more lenient but equally effective measures cannot be taken and if interference is adequate and reasonable. While regulations interfering with exercising a profession may be justified by "reasonable issues of public interest", the FCC recently hold that affordability is an issue of paramount public interest and therefore upheld regulations of the "Beitragssatzsicherungsgesetz" that impose duties on pharmacists, drugmakers and wholesale merchants to grant discount and reduction of fixed percentages to public sickness funds.<sup>199</sup>

With respect to the first of the "Hartz"-laws the FCC repeated that the legitimate aim to fight mass unemployment enjoys constitutional rank in view of the principle of the social welfare state and that it allows people formerly unemployed to realize freedom of occupation. "Within the area of labour-, social and economic order", the court added, "the law-maker has an especially wide-ranging prognostic leeway and margin of evaluation. It is particularly up to legislator to decide about measures for common interest in accordance with his social, economic and labour-market related policy."<sup>200</sup> The wide-ranging discretion, however, may be reduced in view of an interference with the core of the protected position like the equivalent core of valuable legal positions formed by one's own efforts.<sup>201</sup> It is held that the principle of proportionality is violated with respect to sanctions imposed on young people who do not comply with the duties set forth by the SGB II:<sup>202</sup> they are only paid costs for accommodation and heating but no regular allowance.

<sup>197</sup> BVerfGE 70, 1 (30); 82, 209 (230); 103, 172 (184 f.); BVerfGK 2, 283 (286).

<sup>198</sup> In our context *Schnapp*, in: Schnapp/Wigge (eds.), supra note 151, pp. 67 et seqq. with further references.

<sup>199</sup> BVerfG, 2 BvF 2/03 of 13.9.2005, MedR 2006, p. 45 (at pp. 52 et seqq.); central issues, however, were matters of competence distribution.

<sup>200</sup> And also aims that respect the regime of factual issues of the subject matter, BVerfGE 77, 84 (106); 87, 363 (383); 103, 293 (307); BVerfG, 29. 12. 2004, BVerfGK 4, 356 (362 et seq.).

<sup>201</sup> 5<sup>th</sup> ed. 2001, See *Gitter*, Sozialrecht, 5<sup>th</sup> ed. 2001, § 3 no. 25, p. 34

<sup>202</sup> *Berlit*, supra note 159, § 31 nos. 17, 106.

#### ***IV. The Court's "quasi-legislative approach": On looking beyond judicial competences***

##### ***1. Declaration of incompatibility and obliging the legislator to clear up the state of unconstitutionality***

As said the court may declare a norm only incompatible with the constitution but not void – this is often the case when equality before the law serves as decisive standard of control. If there is unjustifiable unequal treatment the fundamental right of equality does not provide a definite solution: the legislator may either abolish discrimination of a group of people or set aside the privileges; he may also abolish the whole regulation or form a new one.<sup>203</sup> As a consequence of a declaration of incompatibility the courts and administrative agencies may not apply the norms tested and procedures must be stayed; under exceptional circumstances application within a transitional period is permissible. However the FCC holds and declares that the legislator is obliged to find a new regulation and often fixes a deadline.<sup>204</sup> In 2001, for instance, the FCC declared some provisions of the law on long-term care insurance incompatible with Art. 3 (1) in conjunction with Art. 6 (1) Const. because members educating children and thereby extraordinarily contributing to the function of a public system financed by allocation and – on the other side – members without children were equally in charge of contributions.<sup>205</sup> The court exceptionally allowed to apply the challenged provision until the legislator would pass a new regulation as obliged to until the end of 2004. The law-maker fulfilled his task by increasing the contributory rate for people without children older than 23 up to 1.1 % of income since 2005, § 55 (3) SGB XI.

The court's approach may be criticized. There is no appropriate legal basis for how and under which circumstances a norm may be declared just incompatible with the constitution, even though since 1970 the possibility to declare a provision incompatible has been acknowledged implicitly.<sup>206</sup> However, the legislator's obligation to resolve the unconstitutional state may be derived from the principle of legal state or rule of law, Art. 20 Const.<sup>207</sup> But this is true only if the FCC in turn may legally reject to declare a norm rendered unconstitutional void. The conflict cannot be solved by deciding the dispute between the theory according to which a norm is void *ipso iure* and the theory claiming that a norm

<sup>203</sup> *Schlaich/Korioth*, supra note 103 nos. 401 et seqq.; *Vofkühle*, supra note 54, Art. 93 no. 48.

<sup>204</sup> *Vofkühle*, op cit., Art. 93 no. 49.

<sup>205</sup> BVerfGE 103, 242.

<sup>206</sup> *Schlaich/Korioth*, supra note 103 nos. 394 et seqq.

<sup>207</sup> *Kleuker*, supra note 139, pp. 36 et seqq. With respect to protection liability imposed on the state as derived from basic rights *Badura*, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen, in: Müller et al. (eds.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift for Eichenberger, 1982, pp. 481 et seqq.

has to be destructed.<sup>208</sup> With regard to Art. 3 Const. both theories are functionally equivalent and an unconstitutional *relation* cannot be split and isolated and therefore even the *ipso iure*-theory exceptionally allows declaring a norm only unconstitutional but not void.<sup>209</sup>

## **2. Refraining form declaring a norm incompatible and rendering an appeal to the legislator**

Sometimes the court declares that a norm is *just* in accordance with the constitution and makes an appeal to the legislator to provide for future legislation. This is also significant from the perspective that social laws, too, are adopted within the current socio-economic context that may undergo a change by time.<sup>210</sup> In the "Widower's Social Security Benefits case" of 1975 the court ruled upon a provision that had already been tested more than ten years ago: In 1963 the court sustained a provision that conferred "benefits on a widower only if his wife had been primarily responsible for the family's support".<sup>211</sup> The same condition, however, did not apply for benefits for the widow. In the second decision, within which the provision was challenged anew, the court reasoned that in the light of changing social conditions and in view of special shaping of equality further existence of the provisions in future may not be allowed.<sup>212</sup> The court did neither declare the provision void or incompatible but instructed the legislator to change the statute in the light of the changes according to which "married women constituted a significant portion of the labour force, just as they had obtained greater equality under law within marital relationship."<sup>213</sup> The court dedicated two pages alone to reasoning about options how new provisions might be formed. It did not fix a sharp deadline, but "expected that the new regulation should be implemented until the end of the next period of legislation but one."<sup>214</sup> Accordingly the legislator fulfilled his task in 1985.<sup>215</sup>

In these cases it is even more difficult to derive an obligation of the legislator to change the law directly from the constitution. The law-maker might be obliged

---

<sup>208</sup> Kleuker, op cit. p 3.

<sup>209</sup> Kleuker, op cit., p. 33 with further references.

<sup>210</sup> The meaning of existing regulations is subject to changes and supplements as a true picture of changes within society; there may be changes in the field of application and evaluation; see *Bryde*, supra note 2, p. 283. For the notion of "changing constitution" see *Jellinek*, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* [1906 (reprint 1996)]; *Hsü Dau-Lin*, *Die Verfassungswandlung* (1932), pp. 17 et seqq.; *Smend*, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2<sup>nd</sup> ed. 1968, pp. 187 et seqq.; *Bryde*, op cit., pp. 254 et seqq., *Sichert*, supra note 2, pp. 122, 198 and 524, all et seqq., including "changing primary EU/EC-law".

<sup>211</sup> BVerfGE 17, 1 (3, 12 et seqq.).

<sup>212</sup> BVerfGE 39, 169.

<sup>213</sup> *Kommers*, supra note 134, p. 144.

<sup>214</sup> BVerfGE 39, 169 (194 et seqq.).

<sup>215</sup> BGBl. 1985 I, p. 1450; *Kleuker*, supra note 139, p. 123.

to clear up unconstitutionality, but there is no clear obligation to positively prevent unconstitutionality. At the time the FCC decides unconstitutionality is only *presumed* according to future changes; hence there is a prognosis as to these changes and their impact for legislation which is principally assigned to the legislator.<sup>216</sup> The court may control whether such a prognosis already filed is wrong but it may not replace the law-makers discretion.

### **3. Practice of "implementation"**

It has been observed that most of the tasks imposed on the legislator have been successfully fulfilled; problems on implementation have been relatively rare and they often concerned the time limits.<sup>217</sup> 52 tasks were registered at the beginning of April 1989 and 12 more in 1991.<sup>218</sup> Many more followed (*supra*). Laws that were finally implemented mainly also took into account the proposals made by court.<sup>219</sup> It has been argued that the shift of legislative power to preparatory work at the governmental ministry level has absorbed much conflict potential between the law-maker and the constitutional court.<sup>220</sup>

## ***V. Due control or undue interference with the democratic process?***

### **1. The court's "authority to determine politics"**

It has often been considered dangerous that public authorities are broadly or permanently subject to constitutional jurisdiction.<sup>221</sup> Critique arises both with respect to far reaching legal and factual consequences of the court's dicta. Tasks imposed on the legislator by the constitutional court may lead to further financial consequences. This was obviously the case with respect to the famous decision according to which the legislator may not interfere with the social minimum of children by tax law as this is true for other people.<sup>222</sup> The court also argued that the law-maker must positively provide for ensuring such a minimum for all children even if parents may be unable to do so. Similarly the court obliged the legislator to pass a law according to which costs of education for children are to be acknowledged as a decrease of income and therefore reduce tax burden not

---

<sup>216</sup> See also *Tz-hui Yang*, *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 2003, pp. 113 et seq.

<sup>217</sup> *Kleuker*, *supra* note 139, pp. 128 et seq., 144 et seqq.

<sup>218</sup> According to *Kleuker*, *op cit.*, pp. 122 and 164, note 334.

<sup>219</sup> *Kleuker*, *op cit.*, pp. 144 et seqq., 190.

<sup>220</sup> *Kleuker*, *op cit.*, p. 190.

<sup>221</sup> For an illustration of critical interferences see the contributions in *Piazolo* (ed.), *Das Bundesverfassungsgericht – Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, 1995; and in *Guggenberger/Württenberger* (eds.), *Hüter oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, 1998; furthermore *Blasberg*, *Verfassungsgerichte als Ersatzgesetzgeber*, 2003.

<sup>222</sup> BVerfGE 82, 60 (89 et seqq.).



only for a person educating children alone but also for parents living in extra-marital cohabitation.<sup>223</sup> The court even exactly defined financial limits related to tax law. In 1992 the court ruled that the legislator was obliged to adjust deficits within pension insurance resulting from disadvantages of old age pension due to education of children.<sup>224</sup> From a material perspective it was argued that the FCC had been the "only instance" which acknowledged the outstanding value of family and children protection.<sup>225</sup> But nonetheless critique arose with respect to the principle of separation of powers and the court's socially determined authoritative reasoning.<sup>226</sup> It has no competence, as argued, to judge upon or even to set forth future orientated persisting standards.<sup>227</sup> Within a society of interplays of process an authoritative directing style and competence could not be reasonable any longer; the court may be the guardian of the constitution but not the guarding of common social nature of society that does not exist any longer.<sup>228</sup>

## 2. The courts position according to constitutional law

Facing these observations the court's position "under" the Constitution is of increasing interest. According to the Basic Law, the FCC court is a supreme constitutional organ.<sup>229</sup> It is often said to be the "guardian of the constitution"<sup>230</sup>. At the very beginning of constitutional jurisdiction the court identified that there is binding extra- and supra-positive law but at the same time held itself competent to further interpret and apply this law.<sup>231</sup> However, the court does not stand outside the constitution. It is also bound by the constitutional provisions and by law.<sup>232</sup> Nevertheless there is a wide-ranged concept of constitutional jurisdiction in *Germany*. It is also obvious that much of the court's intervention is due to the nature of equality before the law as a frequently applied standard; it is constitutionally requested to redefine an unconstitutional unequal relation whereas cassation becomes inapplicable.<sup>233</sup> This has to be taken into account

---

<sup>223</sup> BVerfGE 99, 216. Costs for care and education of children, the court argued, are also to be taken into account to define the substantial basic need of a family and the corresponding valuable positions are to be protected from interference by tax laws.

<sup>224</sup> BVerfGE 87, 1 (40 et seq.).

<sup>225</sup> *Lübbe-Wolff*, supra note 148, p. 1 (15) with further references.

<sup>226</sup> *Lübbe-Wolff*, op cit., pp. 15 et seqq.

<sup>227</sup> *Lietzmann*, in: Guggenberger/Würtenberger (eds.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?* (1998), pp. 233 (251, 253 et eqq.).

<sup>228</sup> *Lietzmann*, op. cit., pp. 233 (251, 253, 259 et seqq.).

<sup>229</sup> See *Denkschrift (I) des Bundesverfassungsgerichts*, JöR n.F. 6 (1957), p. 144; *Chryssogonos*, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung* (1987), pp. 24 et seqq.

<sup>230</sup> See *Denkschrift*, op cit.; *Chryssogonos*, supra note 229, pp. 29 et seqq. with further references; *Guggenberger*, in: idem (ed.), supra note 227, p. 202 (218).

<sup>231</sup> BVerfGE 1, 14; see also *Lietzmann*, supra note 227, p. 251 et seqq.

<sup>232</sup> *Schlaich/Koriath*, supra note 103, nos. 33 et seqq.; *Vofßkuhle*, supra note 54, Art. 93 no. 18.

<sup>233</sup> *Vofßkuhle*, supra note 54, Art. 93 no. 48.

when criticising that there is no clear legal basis for imposing tasks or fixing dates; the legislator himself never reorganised the regime of procedural consequences of the courts decisions.

### **3. Judicial restraint and the democratic process**

Against this background judicial self-restraint might be an appropriate solution. However, the impact of judicial self-restraint transferred from American constitutional doctrine is not totally clear and understood differently.<sup>234</sup> The court itself addressed to this doctrine and acknowledged restraint to make politics in the sense of interfering with the constitutional guaranteed area of political action, but it refrained from setting forth criteria to comply with.<sup>235</sup> And since both the material standards and the principle of effective legal protection demand that the court exercises its power, it is not up to the FCC to decide whether or not to substantially or restrictively adjudicate.<sup>236</sup> A tendency to identify a cross over or pretended overlapping of exercising powers is inherent in a system of checks and balances. A solution rooted in material law faces the difficulty that the FCC itself authoritatively interprets constitutional law<sup>237</sup> and various legal consequences cannot be explained solely on material grounds. It is therefore suggested that material directives must be added by a functional approach according to which a task is assigned to the constitutional organ in accordance with its power to perform and the process to decide.<sup>238</sup> In how far different organs may be bound differently, however, and how the components may be brought into line is not self-evident.

Keeping welfare legislation free of constitutional control solely with respect to the (intangible) democratic principle might be critical as well: To ensure a "proper" material social standard that faces future challenges might often become a problem with respect to discontinuity of Parliament due to periodicity of elections. Moreover the majority rule may lead to the effect that representatives of a majority of people who are not affected may retrench benefits of predominantly other people who belong to the minority that is affected.<sup>239</sup> To call on external experts (commissions) alone, however, is also inappropriate in a way.<sup>240</sup>

---

<sup>234</sup> *Voßkuhle*, supra note 54, Art. 93 no. 36. As *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 5<sup>th</sup> ed., 2005, Einl. no. 31, point out, the question is not substantially discussed any longer.

<sup>235</sup> See *Burchardt*, Grenzen verfassungsgerichtlicher Erkenntnis, 2004, pp. 63 et seq.; *Lechner/Zuck*, op cit.

<sup>236</sup> *Schlaich/Korioth*, supra note 103, no. 505.

<sup>237</sup> *Voßkuhle*, supra note 54, Art. 93 no. 39.

<sup>238</sup> *Schlaich/Korioth*, supra note 103, nos. 505 et seq. with further references.

<sup>239</sup> *Zacher*, supra note 117, pp. 3 (56 et seqq.).

<sup>240</sup> See sub I.

### *Concluding remarks*

Against this background and with particular respect to retrenchment one may wonder what happens if the legislator fails to ensure a social minimum although obliged to do so. In this respect it is important to mention that both the core principles of democracy and the social state are not subject to amending the constitution, Art. 79 (3) Const. A conflict may under exceptional circumstances be solved by the court as an outstanding organ of the principle of legal state. The latter principle is in turn not subject to a change of the constitution<sup>241</sup> even if one may argue that constitutional litigation *before a special tribunal* is not involved and neither a demand of the fundamental principle of Art. 1 Const. nor of implicit limitation.<sup>242</sup> As long as special constitutional jurisdiction exists, however, it is up to the constitutional court to decide and it will take into account that the leading idea underlying the fundamental principle is human dignity. It may bring the principle of social state and demands of democracy in line. Thereby it may go back to common roots of both principles in view of solidarity as a pre-constitutional value that forms a community which is homogeneous to an extent not yet found within European citizenship.<sup>243</sup>

### *Abbreviations*

Abs.	Absatz
Art.	Artikel, article
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
Brem.GBl.	Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des BSG (amtliche Sammlung)
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG (amtliche Sammlung)
BVerfGK	Kammerentscheidungen des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
CC	Constitutional Court
Const.	constitution

<sup>241</sup> For a comparative perspective see *Sichert*, supra note 2, pp. 748 et seqq.

<sup>242</sup> Constitutional review as such, however, belongs to the intangible core of German Basic law, supra note 2.

<sup>243</sup> Comp. with *Sichert*, supra note 2, pp. 369, 624, 651, all et seqq.; *Gussone*, *Das Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union und seine Grenzen*, 2006, p. 167 et seq., 175. See also *Zacher*, *Wird es einen europäischen Sozialstaat geben?*, EuR 2002, pp. 147 et seq.

---

DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBbl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis
E	Entscheidung
Einl.	Einleitung
EuGRZ	Europäische Grundrechts-Zeitschrift
EuR	Europarecht
FCCA	Act on the Federal Constitutional Court
FCC	Federal Constitutional Court
GG	Grundgesetz
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
info also	Informationen zum Arbeitslosenrecht und Sozialhilferecht
JöR n.F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts (neue Folge)
JZ	Juristenzeitung
LSG	Landessozialgericht
MedR	Medizinrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	note, number
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
SF	Sozialer Fortschritt
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SozR-4	Sozialrecht, 4. Folge
SpuRt	Zeitschrift für Sport und Recht
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
ZfSH/SGB	Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch
ZFSH/SGB	Sozialrecht in Deutschland und Europa
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

## Summary

**CONSTITUTIONAL REVIEW OF SOCIAL LAW-REFORMS IN GERMANY AND ITS IMPACT ON LEGISLATION**

The importance of constitutional review of social laws in Germany becomes obvious with respect to a significant number of cases in various categories and by virtue of the judgements' impact on social policy and law-making. Among the constitutional provisions to be applied, equality before the law and the principle of social welfare state are prominent standards. According to equality before the law constitutionality is determined rather relationally. Within this setting the Constitutional Court detects unconstitutional interferences upon permissible request. With respect to a violation of equality before the law it may impose a task on the legislator to redefine a relation or accordingly renders an appeal. Against the legal background of a wide-ranging discretionary power it is the law-maker's task to build up and also to rearrange a social order as basically requested by constitutional law. Particular reference is given to the latest law reforms for modern services on the labour market where appropriate in order to illustrate specific challenges of retrenchment in times of low budgets.

*Key words:* constitutional review, principle of social welfare state, equality before the law, retrenchment, law reforms for modern services on the labour market.

## Zusammenfassung

**KONTROLLE DER VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT VON REFORMEN SOZIALER VORSCHRIFTEN IN DEUTSCHLAND UND IHR EINFLUSS AUF DIE GESETZGEBUNG**

In der Bundesrepublik Deutschland kommt der verfassungsgerichtlichen Kontrolle sozialrechtlicher Gesetze große Bedeutung zu. Die hohe Zahl der in diversen Verfahrensarten entschiedenen Fälle untermauert dies ebenso wie der erkennbare Einfluß der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) auf Politik und Gesetzgebung. Unter den verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäben nehmen der Gleichheitssatz und das Sozialstaatsprinzip eine besondere Rolle ein. Beim Gleichheitssatz sticht hervor, daß die Verfassungsmäßigkeit strukturell relational zu bestimmen ist. Ist das verfassungsgerichtliche Verfahren zulässig, entscheidet das BVerfG, ob ein Verfassungsverstöß vorliegt bzw. ob differenzierende Eingriffe verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind. Verstößt ein Gesetz gegen den Gleichheitssatz, ohne daß die Norm aufgehoben wird, erklärt das BVerfG

die Unvereinbarkeit mit der Verfassung und fordert den Gesetzgeber zumeist auf, diesen Zustand zu beseitigen. Zuweilen stuft das BVerfG die Norm auch als "noch" verfassungsgemäß ein, verbunden mit einem Appell an den Gesetzgeber, tätig zu werden. Im Zeichen des weiten Einschätzungsspielraums des Sozialgesetzgebers ist dann eine Neujustierung der in den Sozialgesetzen verankerten Verhältnisse angezeigt, ebenso, wie es grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers ist, für eine faire und soziale Ordnung des Gemeinwesens zu sorgen. Die der Verfassungskontrolle von Sozialgesetzen immanenten Fragen werden anhand der jüngsten Reformgesetze über Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt illustriert, die den besonderen Herausforderungen des "Umbaus" des Sozialstaates in Zeiten knapper Kassen gerecht werden sollen.

**Schlüsselwörter:** *Verfassungsgerichtliche Kontrolle, Sozialstaatsprinzip, Gleichheitssatz, Einschränkung des Leistungsumfangs, Verschärfung der Bezugsvoraussetzungen, Gesetze für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt.*

## Sommario

### CONTROLLO COSTITUZIONALE DELLA RIFORMA DELLE DISPOSIZIONI SOCIALI IN GERMANIA E IL SUO IMPATTO SULLA LEGISLAZIONE

L'importanza del controllo costituzionale delle disposizioni sociali in Germania risulta evidente dal significativo numero di casi in diversi settori sociali e per la virtù dell'impatto giurisprudenziale sulla politica e la legislazione sociale. Tra le previsioni costituzionali da applicare, l'eguaglianza davanti alla legge e il principio del benessere nello stato sociale sono i criteri prevalenti. L'eguaglianza davanti alla legge è determinata costituzionalmente piuttosto che relazionalmente. Nell'ambito di questo inquadramento il Tribunale costituzionale individua le interferenze incostituzionali sull'istanza ammissibile. Rispetto alla violazione dell'eguaglianza davanti alla legge può essere imposto al legislatore il compito di ridefinire un rapporto. Contro la base giuridica di un diffuso potere discrezionale è compito del legislatore di costruire e anche di riconfigurare un ordine sociale come fundamentalmente richiesto dal diritto costituzionale. Particolare riferimento è fatto all'ultima riforma giuridica dei moderni servizi al mercato del lavoro per illustrare le specifiche sfide delle riduzioni di spesa da fondi pubblici.

**Parole chiave:** *controllo costituzionale, principio del benessere nello stato sociale, eguaglianza davanti alla legge, riduzioni di spesa, riforma della legislazione nell'ambito di moderni servizi al mercato del lavoro.*



## PRIJEDLOZI I NACRTI KONFEDERALIZACIJE JUGOSLAVIJE 1990./91. – POSLJEDNJI POKUŠAJI "SPAŠAVANJA" ZAJEDNIČKE DRŽAVE

Dr. sc. Budislav Vukas, ml.,  
znanstveni novak – viši asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 94(497.1)"1990/1991"  
321.013(497.1)"1990/1991"  
Ur.: 19. svibnja 2006.  
Pr.: 6. rujna 2006.  
Izvorni znanstveni članak

*Jugoslavenska državna zajednica nikada u svojoj povijesti nije bila konfederacija, ali je u trenucima njezinih državnih kriza, koje je zapravo prate kroz sedam desetljeća dug život, bilo ideja za njezinu transformaciju. Te su ideje kulminirale pogotovo u vremenu iscrpljivanja jugoslavenskog državnog zajedništva kasnih osamdesetih godina XX. stoljeća.*

*Temeljeći se na povijesnim iskustvima i primjerima konfederacije, autor u radu obrađuje prijedloge konfederalizacije jugoslavenske države, koji su ponajprije postojale u transformaciji njezinog ustavnopravnog sustava (do 1990.), da bi kasnije postali prijedlozi za rješavanje jugoslavenske krize. Napose su apostrofirani Zajednički hrvatsko-slovenski prijedlog iz listopada 1990., Prijedlog u pet točaka iz 1991. te prijedlog što ga je Konferencija o Jugoslaviji EZ, ponudila jugoslavenskim državama 4. studenog 1991. godine, kao posljednju prigodu "spašavanja" državnog zajedništva.*

*Autor zaključuje kako sve ove prijedloge treba isključivo sagledavati u kontekstu rješavanja jugoslavenske krize te oni predstavljaju isključivo suvremenu pravno-povijesnu tematiku. Bilo kakvo ponovno povezivanje tih država, na političkim ili državnopravnim temeljima kategorija je, temeljno suprotna povijesnom iskustvu gotovo svih država članica nekadašnje jugoslavenske države.*

**Ključne riječi:** *konfederacija, međunarodni odnosi 1990.-1991., Jugoslavija – propast države, Hrvatska – stvaranje države (pravno-povijesni kontekst), EEZ – Konferencija o Jugoslaviji 1991.*



## **1. Nekoliko uvodnih pripomena**

Ustavnopravna i međunarodnopravna zbilja stoljećima je izgrađivala razne oblike državnopravnog organiziranja. Pa iako se ustavnopravne odrednice poimanja i organiziranja države, s obzirom na povijesno iskustvo ili ideološko-vjersku osnovicu (kršćanski univerzalizam npr.), bitno razlikuju od suvremenog poimanja države, priklanjamo se stavu da evolucija državnog organiziranja ostvaruje neki vid kontinuiteta. Mnogi povijesni primjeri mogu se tako podvesti i pod neke osnovne odrednice koje uz povijesnu različitost, ipak postavljaju sličnosti između država.<sup>1</sup> U tom mnoštvu povijesnih primjera državnopravnog organiziranja od davnina su se iz različitih interesa, ratne zbilje ili nasljednopravnih odnosa pojedinih vladara izgrađivali i takvi državni modaliteti, koje uobičajeno nazivamo složenim državama.

Od raznih vrsta i oblika država, koje su postojale u prošlosti ili i danas postoje, s međunarodnopravnog gledišta posebno su zanimljive, baš takve složene države. Bitno je, naime, pitanje subjektiviteta: je li subjekt međunarodnog prava država kao cjelina ili to ostaju njezine sastavnice? U sagledavanju složenih država nameće nam se tetrahotomija njezinih oblika pa možemo razlikovati personalnu uniju, realnu uniju, državni savez (konfederaciju) i saveznu državu (federaciju). Šarolikost primjera pojava tih vrsta otežava njihovu striktnu definiciju, no mi ćemo se ukratko poslužiti njihovim uobičajenim određenjima:

Personalna je unija zajednica dviju suverenih država koje povezuje samo zajednički vladar. Ovdje je neupitan međunarodnopravni subjektivitet svake države članice. Personalna unija obično nastaje poklapanjem nasljednih redova u dvjema državama ili samostalnom odlukom neke države o izboru nekog stranog vladara kao njezinog. Ova vrsta složene države pripada prošlosti. Za primjere ovoga tipa složene države navode se unija Poljske i Litve (1386. – 1569.), Pruske i Neuchatala (1707. – 1857.), Engleske i Hanovera (1714. – 1837.), Nizozemske i Luksemburga (1815. – 1890.) Hrvatskog i Ugarskog Kraljevstva (1102. – 1527.).

Realna unija predstavlja vezu više država sa zajedničkim vladarom i utvrđenim zajedničkim poslovima. I ovdje postoji subjektivitet članica unije, jer su države potpuno suverene, no i unija može imati značajne elemente i sadržaje međunarodnopravnog subjektiviteta. Povijesno iskustvo međutim upozorava na činjenicu bližeg povezivanja takvih unija, pa one vrlo često imaju stanoviti zajednički djelokrug nekih poslova. One ipak nastupaju prema vani kao jedinstvena država, ali je nepobitna ustavnopravna samostalnost država članica unije. Obično se kao primjeri realne unije spominju Švedsko-norveška unija (1815. – 1905.), Austro-Ugarska (1867. – 1918.), unija Danske i Islanda (1918.

<sup>1</sup> Kao primjer možemo navesti vrlo preciznu sistematizaciju srednjovjekovnih država, koje Beuc dijeli na patrimonijalnu državu, lensku državu, stalešku državu, feudalnu apsolutnu monarhiju i srednjovjekovnu aristokratsku republiku. On iznosi osnovne povijesne premise postanka svake od tih državnih primjera, ukazujući na njihove osnovne karakteristike i naglašavajući njihove međusobne utjecaje. Vidi, BEUC, Ivan, Osnovni oblici evropske srednjovjekovne države, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, God. XXXI, br. 3, str. 391–423, Zagreb, 1981.

– 1944.), a neka stajališta i uniju Rusije i Finske (1809. – 1917.) cijene kao realnu uniju.

Državni savez (konfederacija) je savez više država, zasnovan na međunarodnom ugovoru, s ciljem ostvarivanja nekog zajedničkog interesa. U okvirima ovakve državne zajednice, članice saveza su međunarodnopravni subjekti, s očuvanim velikim opsegom poslova iz njihove nadležnosti. Iako je ovaj pojam u pravnoj teoriji imao svoju genezu jer je izraz "konfederacija" bio drukčije shvaćan, danas ipak postoji načelno ujednačeno mišljenje o shvaćanju konfederacije<sup>2</sup>. U suvremenim međunarodnim iskustvima današnjice više ne postoje primjeri tako ustrojenih složenih država. Možda bi se kao suvremeniji primjer tako uređene države mogla spomenuti nedavno postojeća Zajednica Nezavisnih Država, nastala kao jedan vid zajedništva nekih bivših država članica SSSR-a<sup>3</sup>. Primjeri konfederacije iz prošlosti bili su Švicarska konfederacija (od

<sup>2</sup> Teorijsko-pravna razmatranja konfederacije možemo pratiti od potkraj XVIII. stoljeća, a napose u prvoj polovici XIX. stoljeća i djelima Alexisa De Toquevillea. U svojim djelima on razlikuje tri vrste vlada, prema djelovanju njihovih odluka. Jedne su one vlade čiji se pravni učinci odnose samo na udružene države, ne i na državljane tih država. Njih De Tocqueville naziva "federacijama" iako one imaju zapravo odlike konfederacije. Drugi su tipovi vlada čije odluke djeluju samo na državljane neke države, što ih ovaj znameniti pravnik i politički filozof naziva "nacionalne vlade". Prema Tocquevilleu u treću skupinu vlada, kojima međutim on ne daje neki posebni naziv su one vlade koje djeluju prema građanima samo u određenom djelokrugu, što bi danas bilo definirano kao federalnom državom. Golemo je značenje ovog pravnika i mislioca političke filozofije. On spaja iskustva u praksi pravnika, u okolnostima dinamičnih zbivanja u Francuskoj prve polovice XIX. stoljeća, te političko-filozofskih rasprava, temeljeći doktrinu tada novog i aktualnog demokratskog konzervativizma. O tome, RODIN, S. "Je li moguća evropska konfederacija?", *Politička misao*, XXVII (1991.), br. 2, str. 131–146 i KURTOVIĆ, Š., Tocqueville: "Liberalizam i demokracija (što je Tocqueville tražio u Americi?)", rad je objavljen u monografiji: *Studije i članci iz opće povijesti prava i države 1969.–2002.* (knj. br. 3.) autora Š. Kurtovića, Zagreb, 2003., str. 92–116.

<sup>3</sup> Zajednica neovisnih država nastala je kao rezultat želje za međusobnom suradnjom 12 država nastalih raspadom SSSR-a, u Alma Ati, 21. prosinca 1992. godine. Temelje ovog međudržavnog saveza postavile su već 8. prosinca Rusija, Bjelorusija i Ukrajina, dok su u Alma Ati Zajednici pristupile Armenija, Azerbejdžan, Kazahstan, Kirgistan, Ruska Federacija, Tadžikistan, Turkmenistan, Ukrajina i Uzbekistan. Tijekom 1993. Zajednici pristupaju Gruzija i Moldova, dok baltičke države nisu pokazivale interes pristupa ovoj specifičnoj zajednici. Više odlika međunarodne organizacije ima ZND, jer se temelji na međudržavnim ugovorima potpuno suverenih država, s naznačenim ciljevima i uređenjem. One su uvidjele međusobne ciljeve suradnje, kako u tranzicijskim izazovima raspada SSSR-a, (poglavito u gospodarskom smislu, te uvođenju institucija liberalno-demokratskog poretka), tako i u smislu zajedničkih vanjskopolitičkih ciljeva, ali uvijek na temeljima ravnopravnosti i poštivanja teritorijalne cjelovitosti, državne nezavisnosti svake članice, te prihvaćanju svih međunarodnih obveza. Pored summita prema konferencijskom modelu, ZND je za neke posebne ciljeve mogao osnivati zajednička tijela, poput zajedničkih zapovjedništva u pitanjima vojnih interesa i kontrole naoružanja u smislu korištenja atomske energije, neka tijela s ciljem uspostave zajedničkog tržišta po uzoru na europska ili azijska iskustva trgovačkih odnosa i sl. Novim promjenama međunarodnih odnosa smanjena je homogenost ovog područja. Izazovi velikih kriza, međudržavnih te unutardržavnih napetosti i sporova u državama članicama ZND-a, te penetracijom SAD-a, poglavito prema državama Kavkaza i nekih azijskih zemalja, oslabili su i dokinuli ovakav savez. Za dio teksta osnivačkog ugovora vidi: CHRONIK HANDBUCH – REDEN UND DOKUMENTE DES 20. JAHRHUNDERT, Chronic Verlag, Gütersloh, München, 1996., str. 500.

1291. do 1798., te ponovno 1815. do 1848.<sup>4</sup>), Nizozemska (1580. – 1795.), SAD (1778. – 1787. – Članci o konfederaciji<sup>5</sup>), Njemački savez (1815. – 1866.), Sjevernonjemački savez (1866. – 1871.)<sup>6</sup>, Centralnoamerička konfederacija (od 1895. do 1899., ponovno 1922.) i dr.

Savezna država (federacija) je državnopravna zajednica više država koje nose različite nazive (republika, zemlja, pokrajina), a ustavom je uređen odnos između savezne i pokrajinske vlasti. Federacija je kao cjelina subjekt međunarodnog prava. Mnogobrojni povijesni primjeri i suvremeno stanje

<sup>4</sup> Švicarska konfederacija (Confédération Helvétique) svakako je jedan od najstarijih primjera konfederacije u povijesti i najjasniji uzor njezina organiziranja. Ona je prvotno nastala 1291. godine kada su je oformila tri tzv. prakantona Uri, Schwyz i Unterwalden. Do potkraj XIV. stoljeća Konfederaciji pristupaju i drugi kantoni. Organizacija te Konfederacije predviđena je Federalnim paktom sklopljenim u Bernu 1353. godine, a kantoni zadržavaju svoju suverenost, prenoseći tek neke poslove od svojih zajedničkih interesa na Savez (obrana, arbitražni postupci i sl.). Izazovi reformacije znatno su oslabili funkcioniranje Konfederacije, koja je u vremenu Napoleonovih ratova i ukinuta. Obnovljena je ponovno odlukama Bečkog kongresa 1815. godine, kada je Konfederaciji priznata i trajna neutralnost, da bi se 1848., nakon građanskog rata, usvajanjem novog Ustava Švicarska transformirala u federativnu državu. Ustavom je ojačana središnja vlast u federaciji. Umjesto Sabora (Tagessatzung), s prerogativima konferencijskog predstavništva kantona i tzv. Vodećeg kantona, (koji je imao stalnu upravnu funkciju dok Sabor ne zasjeda) sada je prema tzv. skupštinskom modelu oformljena dvodomna skupština koju čine Vijeće kantona i Nacionalno vijeće. Savez ima i nadalje mali broj ovlaštenja (vanjska politika, neki posebni trgovačko-pravni odnosi), ali je samostalnost kantona ograničena nemogućnošću donošenja i provođenja propisa, izričito suprotnih federativnom ustavu. Vidi više: DEGAN, V. Đ., Konfederalizam, Politička misao, Vol. XXVIII., br. 2, Zagreb, 1991., str. 9–13; Za tekst Završnog akta Bečkog kongresa sklopljenog 9. lipnja 1815. između Austrije, Španjolske, Francuske, Velike Britanije, Portugala, Pruske, Rusije i Švedske koji uređuje položaj Švicarske vidi, IBLER, V., Diplomatska historija 1814.–1871. – sumarni pregled, Zagreb, 1960., str. 137 i dalje. Vidi i VAJS, A., KANDIĆ, Lj., Opšta istorija države i prava – dvanaesto izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1984., str. 224–225.

<sup>5</sup> Jedan od prvih cjelovitih primjera konfederativnog uređenja svakako je razdoblje američke povijesti od 1777. do Ustava iz 1787. godine. Iako će se teorijsko-pravne pa i mnogo šire polemike o uređenju države voditi i još do polovice XIX. stoljeća, tzv. Članci o konfederaciji i vječnoj Uniji ostaju povijesni primjer postojanja prvog jasnog i prepoznatljivog suvremenog modela konfederacije. Svaka od pojedinih država ima vlastiti Ustav, koji proklamira narodnu suverenost i podjelu vlasti, a svih trinaest kolonija na Savez prenose samo neka ovlaštenja. Ona spadaju u nadležnost jednodomnog Kongresa i čine tzv. "supranacionalnu legislativu". Nacionalna legislativa potpuno je u rukama država članica Saveza, a "supranacionalna egzekutiva" zapravo uopće ne postoji, iako kao stalni organ Saveza djeluje Odbor. I financijsko-pravne ovlasti ostale su u nadležnosti država članica, što smanjuje mogućnost jače egzistencije Saveza. Sve to ima za posljedicu neučinkovitost takvog saveza, što pokazuju daljnji procesi američke državnopravne povijesti, ali i mnoge rasprave o ustavnopravnoj prirodi države. To, dakako, ne može biti tema ovog rada. Za tekst Članaka o konfederaciji i vječnoj Uniji vidi: KURTOVIĆ, Š., Hrestomatija opće povijesti prava i države – II. knjiga (Novi vijek), Izdavač PF u Zagrebu, Zagreb, 2000., str. 58 – 63; JELUŠIĆ, M., Razvoj konfederalističkih stremjenja u SAD i konfederalistička koncepcija Johna Caldwellella Calhouna, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, God. 42., br., 5–6, Zagreb, 1992., str. 843–854; JOVANOVIĆ, S., Američki federalizam, Politika i društvo, Beograd, 1939.; DEGAN, Konfederalizam, str. 16–21.

<sup>6</sup> O tome više: ZIPPELIUS, R., Kleine deutsche Verfassungsgeschichte – vom frühen Mittelalter bis zum Gegenwart, Beck'sche Reihe, vierte vorbereitete Aufgabe, str. 90–121.; DEGAN, V. Đ., Konfederalizam, str. 21–29.

ukazuju na najrazličitija rješenja odnosa između savezne razine i razine države članice federacije, ali su nerijetki primjeri da i članice savezne države imaju, doduše ograničenu, međunarodnopravnu sposobnost. Izvjesno značenje federalnih jedinica u međunarodnim odnosima potvrđuje i postojanje, tzv. federalne klauzule, koja omogućuje upravo tim jedinicama vezanost s određenim ugovorom i njegovu provedbu. Kao primjere suvremenih federacija možemo spomenuti Austriju, Njemačku, Švicarsku te Jugoslaviju, čija je federalna jedinica u vremenu od 1945. do 1991. bila i Hrvatska.

U povijesti je bilo, ali i danas postoji, i drugih oblika povezivanja država, temeljenih najrazličitijim međusobnim, ali i međunarodnim interesima. To su raznovrsni savezi, danas suverenih država, prije članica kolonijalnih carstava (Commonwealth) te mnogobrojne međunarodne organizacije. Oni su nesporno subjekti međunarodnog prava, od onih klasične strukture, kao npr. Ujedinjeni narodi, do onih "supranacionalnih", kao što je Europska unija. Svu osebnost ispoljavanja najrazličitijih kompromisa predstavljaju suvremeni primjeri složenih država *sui generis* poput Bosne i Hercegovine prema Daytonskom sporazumu iz 1995. te zajedničke države Srbije i Crne Gore, sukladno odredbama tzv. Beogradskog sporazuma te s njim usklađene Ustavne povelje iz 2002. godine.

## **2. Ideje konfederalizacije Jugoslavije 1945. – 1990.**

U situacijama političkih i državnih kriza jugoslavenskog zajedništva, za čitavo njezino gotovo sedamdesetljetno razdoblje postojanja, vodeći su politički dužnosnici tražili rješenje za njezin opstanak, pazeći pritom na svoje stranačke, ideološke ili usko osobne interese.<sup>7</sup> Tako je još prije Drugog svjetskog rata, u

---

<sup>7</sup> Zanimljivo je pripomenuti kako je već u tijeku Prvog svjetskog rata, u vremenu procesa nastanka zajedničke jugoslavenske države bilo izuzetno razrađenih ideja o novoj jugoslavenskoj državi s nekim konfederativnim obilježjima. Iako su se te ideje odnosile poglavito na definiranje prijelaznog, provizornog razdoblja, od proglašenja ujedinjenja do donošenja ustava, i one mogu ukazivati na zanimljiva rješenja konfederativnog uređenja zajedničke jugoslavenske države. Pobornici takvih ideja bili su, kao i kasnije, pripadnici Hrvata, Slovenaca, a kao primjer možemo iznijeti, zbog srbijanskih opstrukcija kasnije neprihvaćenu Ženevsku deklaraciju, iz studenog 1918. godine. Prema tom nacrtu trebalo je biti oformljeno tzv. "Zajedničko ministarstvo", kao oblik prijelazne vlade, utemeljeno na paritetnim i ravnopravnim principima. "Vlada Kraljevine Srbije i Narodno vijeće u Zagrebu produžit će otpravljati poslove svaki u svojem unutrašnjem pravnom i teritorijalnom delokrugu na redovan način, kakav god postoji, dok Velika Skupština ujedinjenih Srba, Hrvata i Slovenaca (Konstituenta) izabrana opštim, jednakim, neposrednim i tajnim glasanjem svih građana, ustavom ne propiše definitivno ustrojstvo države". Prema Čulinoviću ova zajednica, osim više odlika federacije ima i dva obilježja konfederacije: 1. obje države su u potpunosti zadržale svoju unutrašnju suverenost i pravo da odlučuju o svim onim poslovima, koji nisu određeni kao poslovi u isključivoj, prenijetoj nadležnosti zajedničke države i 2. Zajedničko ministarstvo u potpunosti zavisi od odluka svojih Vlada (Vlada Kraljevine Srbije i Narodno vijeće SHS). To "zajedničko ministarstvo" je, dakle, bilo neki vid konfederativnog organa, no u ovom slučaju s nadležnostima "supranacionalne egzekutive", jer se radi o provizornom stanju nepostojanja zajedničkog parlamentarnog tijela. Za tekst Ženevske deklaracije vidi: ŠIŠIĆ, F., Dokumenti o postanku Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, naklada "Matica Hrvatska", Zagreb,

vremenima kada je velikosrpsko hegemonističko nasilje u Jugoslaviji bilo na svom vrhuncu, što se pokušavalo prikazati kao neriješenost nacionalnog pitanja, došlo do Sporazuma Cvetković-Maček (1939. godine) i stvorena je Banovina Hrvatska. No ona nije uspjela odoljeti, s jedne strane velikosrpskoj moći nove vlade generala Simovića, te izazovima Drugog svjetskog rata. Jugoslavija, ustrojena na konfederativnim načelima bila je u zamislima i nekih izdvojenih političkih prijedloga HSS-a u Drugom svjetskom ratu. No, kasnija su kretanja ipak išla u pravcu stvaranja, doduše, formalnopravno ravnopravne federacije, ali u zbilji centralističke dogmatsko-unitarističke države.

I s novim režimom jugoslavenska se država kroz čitavo svoje poslijeratno vrijeme nalazila u stalnoj opasnosti svojega raspadanja. Iza naočigled stabilnog ideološkog monolitnog partijskog sustava vodile su se stalne rasprave o svim ključnim pitanjima, pa i o preuređenju jugoslavenske zajednice. I dok je Banovina Hrvatska bile jedna vrsta decentralizacije i federalizacije državne vlasti *sui generis*, u vremenu socijalističke Jugoslavije gotovo od samog početka njezina nastajanja postojale su razne ideje nužnosti njezine transformacije u pravcu konfederalizacije. U mnogim se dijelovima društvene, socijalne i kulturne stvarnosti pokazivalo da, unatoč svojem federativnom uređenju, centralistički, etatistički uređena država, pod stalnim pritiskom i bezgraničnom moći Partije i karizmatičkog vođe, traži odlučnije promjene svog državnog uređenja.

Prva ideja o stvaranju jugoslavenske konfederacije, istaknuta na političkoj razini dolazi od najbližeg Titovog suradnika i jednog od utemeljitelja i glavnih ideologa jugoslavenskoga jedinstva, Eduarda Kardelja. Tako je na sjednici Izvršnog komiteta Centralnog komiteta Saveza komunista Jugoslavije (IK CK SKJ), održanoj od 14. do 16. ožujka 1962. u okolnostima sporova ideološke i ekonomsko-političke problematike, sukoba između stajališta o većoj samostalnosti republika, i stajališta o centraliziranoj federaciji, ograničenom samoupravljanju i zadržavanju dotadašnje uloge države i partije, bio posebno zanimljiv Kardeljev prijedlog. Njegova analiza nacionalnog stanja u Jugoslaviji uočava tri realiteta: 1. Krugovi skloni izrazitoj centralizaciji i etatizaciji, koji kroz takav koncept organizacije države pokušavaju ostvariti sada zamaskirane velikosrpske interese; 2. Drugi se krug zalagao za korake decentralizacije i deetatizacije, no u prilog, tzv. nerazvijenih područja, koji bi profitirali tim zahvatima; 3. Treći je krug stajališta bio okupljen oko slovenskih i hrvatskih republičko-partijskih vodstava i zalagao se za radikalniji model decentralizacije. U takvim okolnostima nacionalnog stanja, Kardelj je polazio od teze kako je jugoslavenska država nastala na principu ujedinjenja oko ideala socijalizma. Ti narodi su se ujedinili poput svih drugih naroda svijeta i njihovih modela ujedinjavanja, te je stoga i u okolnostima ideoloških imperativa, moguće izvršiti konfederalizaciju jugoslavenske države. U svojem modelu konfederalizacije državnog i društvenog sustava, Kardelj osobito naglašava decentralizaciju financijskih sredstava,

1920., str. 236–241.; ČULINOVIĆ, F., *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX. i XX. stoljeća*, - knj. II., Školska knjiga, Zagreb, 1954., str. 207–209.

smatrajući kako efikasnost rada banaka treba mjeriti prema njezinom profitu. On ukazuje i na nužnost diferenciranja nadležnosti saveznih banaka u odnosu na republičke. Kardelj se posebno zalaže i za novi devizni režim. Ti bi novi financijski standardi, uz bitnije državnopravne promjene trebale stabilizirati jugoslavensku državu. No, napetosti u međurepubličkim partijskim vodstvima bile su vrlo velike, pa je Tito u tom vremenu bio ozbiljno zabrinut za opstanak same državne zajednice.

### ***2.1. "Od savezne države prema državnom savezu" - reformska nastojanja u vremenu Hrvatskog proljeća (1970./1971.)***

U razdoblje dinamičnih političkih odnosa šezdesetih godina i prijelaza desetljeća, kada je jugoslavenska država ozbiljno uzdrmana pojavama nacionalnih pokreta (svakako najglasovitiji Hrvatski nacionalni pokret – kako ga naziva Bilandžić<sup>8</sup>), ova politička promišljanja postaju realnost, te su ona počela postajati i uzorima novih ustavnopravnih rješenja reorganizacije države. Jedna od osnovnih intencija proljećarskih političara, napose okupljenih oko vodstva hrvatskog Saveza komunista, je preobrazba jugoslavenske države iz savezne države u državni savez. Vodstvo hrvatskih komunista, većim svojim dijelom okupljeno oko dominantne proljećarske ideje vrlo je opširno obrazlagalo temeljne razloge i uzroke nužnosti transformacije jugoslavenske države, te predlagalo konkretna rješenja za reformu same države. Osnovni razlozi takve transformacije, svakako su opće političke prilike u državnom uređenju i ustavnoj te pravnoj zbilji, a ideja o rehabilitiranju potpunije hrvatske državnosti jasno je obrazlagana i shvaćana.<sup>9</sup>

Detaljna elaboracija pitanja transformacije položaja Hrvatske u odnosima prema federaciji, konfederalizacija Jugoslavije i sl. zahtijevala bi daljnju i dublju analizu, što opseg ovog rada nikako ne može zahvatiti. Važno je tek navesti kako je hrvatsko proljećarsko vodstvo bilo potpuno svjesno hrvatske "samobitnosti" i državnosti, ono ga je vrlo često obrazlagalo i argumentiralo, predlažući i konkretne zahvate institucionalne transformacije jugoslavenske države prema

<sup>8</sup> BILANDŽIĆ, D., *Hrvatska moderna povijest, Golden marketing, Zagreb, 2001.*, str. 553.

<sup>9</sup> Iako se može tvrditi neobjektivnost i nedovoljna prihvatljivost memoara kao izvora za proučavanje povijesnih činjenica, (a u nedostatku izvora u ovom se radu počesto pozivamo na neku memoarsku književnost), mi prihvaćamo stav A. Milušića koji o memoarima kao pravno-povijesnim izvorima navodi: "Memoari pojedinih ličnosti, posebice onih što su bile aktivni sudionici političkih zbivanja o kojima pišu, također imaju vrijednost kao izvor podataka o povijesnim činjenicama, kada se informacije koje se donose interpretiraju kritički (a to se mora zbog toga što su memoari često neobjektivni, pristrani, jer preneglašavaju piščevu ulogu u zbivanjima koja opisuju), uzimajući u obzir i druge izvore.", MILUŠIĆ, A., *Povijest hrvatskog prava i države – knjiga prva – uvod – temeljni problemi znanstvenog pristupa predmetu, Sveučilište J.J. Strossmayera u Osijeku, Osijek, 1997.* str. 49. Mi se u ovom radu oslanjamo primjerice na memoarsku literaturu dr. Savke Dabčević-Kučar, ak. Davorina Rudolfa, ak. Dušana Bilandžića, Borisava Jovića i dr., nastojeći odgovoriti na zahtjeve prema memoarskoj književnosti kao obliku pravno-povijesnog vrela.

konfederalnom modelu, modelu saveza suverenih država. Takav se model temeljito obrazlaže u aktima Centralnog komiteta SKH, a uz ideološku osnovu (pozivanje na izvorna načela ZAVNOH-a, i druge temelje hrvatske i jugoslavenske ustavnosti, obrazovanje posebne, tzv. hrvatske radničke klase, usuprot internacionalizacijskim poimanjima radničke klase i sl.), vodstvo SK jasno predlaže gospodarsku decentralizaciju, deetatizaciju velikih državnih poduzeća te radikalne promjene u funkcioniranju pravnih i faktičkih mehanizama u Jugoslaviji (npr. reforma deviznog sustava, ekonomski koncept, tzv. čistih računa, detaljna reforma savezne politike prema, tzv. nerazvijenim republikama, eksploatacija državnih dobiti od turizma i sl.).<sup>10</sup> Te će temeljne postavke rezultirati ustavnim amandmanima 1971. te donošenjem novog saveznog i republičkog Ustava 1974. godine.

Tako su već Amandmani na Ustav SFRJ iz 1971. godine najavili ono što će vrlo brzo uslijediti. Bio je to tzv. Konfederalni ustav iz 1974., kojim je, u okvirima i nadalje ideologiziranog društvenog sustava, valjalo decentralizirati saveznu državu, u pravcu što naglašenijeg samostalnijeg položaja republika. Iako postoje pravnici koji osporavaju karakter jugoslavenske države kao konfederacije (Degan), njezini su mehanizmi prema takvim ustavnim rješenjima ipak ukazivali na znatne elemente konfederacije. Ustav, doduše, nije bio međunarodni ugovor, ali je usvajanjem načelom pariteta, baš kao i mnogi savezni zakoni, koji su bili u nadležnosti federacije. Naglašenija državnost republika vidljiva je i u njezinom ograničenom međunarodnopravnom subjektivitetu. Tako je, primjerice, čl. 332. st. 8 Ustava SRH davao Republici mogućnost sudjelovanja u procesu kreiranja vanjske politike SFRJ, dok je Ustav u procesu ratifikacije međunarodnog ugovora predviđao mogućnost da Republika daje suglasnost na one međunarodne ugovore za čiju su provedbu nadležna republička tijela vlasti.

Čl. 332. st. 8. Ustava SRH propisuje kako Republika Hrvatska "sudjeluje u utvrđivanju i provođenju vanjske politike SFRJ i njezinih odnosa sa drugim državama i međunarodnim organizacijama." U okviru predviđenog zakonodavnog postupka i nadležnosti Federacije, republika daje suglasnost na međunarodne ugovore koji spadaju u njezinu nadležnost, a ima i mogućnost sudjelovanja u međunarodnim odnosima, te ostvarivanje međunarodne suradnje. U tu svrhu Ustav SRH predviđa, definirajući nadležnost Sabora, kako Sabor "daje suglasnost na međunarodne ugovore koje sklapa SFRJ, a koji zahtijevaju donošenje novih ili izmjene važećih zakona Republike ili iz kojih proistječu posebne obveze za

<sup>10</sup> Do sada već postoji opsežna povijesna literatura, te podosta publicističkih i memoarskih naslova o Hrvatskom nacionalnom programu. Neke od njih, prema stajalištima autora ovog rada mogu biti svojevrsne studije, s obzirom na temeljitost i gotovo znanstvenu argumentaciju njihovih autora, kao npr. DABČEVIĆ-KUČAR, S. '71 – Hrvatski snovi i stvarnost – knjiga prva i druga, Zagreb, Interpublic, Zagreb, 1997., TRIPALO, M., Hrvatsko proljeće, Globus, Zagreb, 1990., DRAGOVIĆ, M., Hrvatsko proljeće – masovni pokret hrvatskog naroda, Hrvatska obzorja, časopis Ogranka Matice hrvatske Split, 1996., 4; str. 781-790. (časopis je u cjelosti tematski posvećen Hrvatskom proljeću). Vidi i djela u prigodi obilježavanja 30-te obljetnice Hrvatskog proljeća, 2001.

Socijalističku Republiku Hrvatsku" (čl. 350 st. 4. Ustava SRH). Time SRH sudjeluje u onim međunarodnim odnosima koji se odnose na delegirane joj nadležnosti od strane Federacije.<sup>11</sup>

Sagledavajući kontinuitet hrvatske državnosti 20. stoljeća Hodimir Sirotković ovako analizira položaj hrvatske države na temelju novog Ustava : "Ustav SRH iz 1974. godine, u skladu sa sedamdesetih godina prihvaćenom koncepcijom reforme federacije u smislu snaženja republičke državnosti i suvereniteta i unošenja elemenata konfederalizma u ustrojstvo federativne vlasti, vraća se u osnovi, koncepciji izvornog suvereniteta i državnosti Republike Hrvatske iz 1947. godine. Tako se u osnovnim načelima Ustava SRH iz 1974. godine ističe da je hrvatski narod uspostavio svoju državu SRH na temelju prava na samoodređenje, uključujući i pravo na odcjepljenje i udruživanje s drugim narodima svojom slobodno izraženom voljom, a radi zaštite svoje nacionalne nezavisnosti i slobode."<sup>12</sup>

Ustav je inicirao brojne pravne i političke procese. Rasformirani su mnogi fondovi federacije u korist republika, a federativni organi ustrojeni su na principima pariteta, a ne više na do tada postojećem većinskom modelu. Time su dobila na značenju hrvatska tijela vlasti, Sabor Socijalističke Republike Hrvatske, Predsjedništvo, Savjet Republike, te Izvršno vijeće Sabora (republička vlada).

Događanja s kraja 70-ih i tijekom 80-ih godina obilježeni su brojnim napetostima i novim ideološkim trendovima. Tako je npr. 1976. donijet Zakon o udruženom radu. Smrt jugoslavenskoga predsjednika Tita 1980. bila je uvodom u sve intenzivnije i otvorene međunacionalne sukobe između pojedinih naroda Jugoslavije. Nastavljaju se i mnogobrojni sudski progono uglednih Hrvata. Godine 1981. javlja se ponovno kosovska kriza, koja će sljedećih godina doseći velike razmjere. Jača i velikosrpska misao, koja je 1986. godine u zloglasnom Memorandumu SANU-a oživjela staro velikosrpstvo. Upravo će ovaj akt postati idejni predložak velikosrpskoj agresiji. Srbijanski partijski i republički vođa Slobodan Milošević od 1988. ukida samostalnost autonomnih pokrajina u Srbiji i time i ruši jugoslavenski ustavni sustav. Godine 1990. raspada se i Savez komunista Jugoslavije. Javljaju se nove političke stranke, produbljuje se gospodarska kriza i to sve vodi u suton Jugoslavije i njezine socijalističke ideologije.

Zaključno možemo reći kako konfederalizacija Jugoslavije, u smislu njezine ustavnopravne transformacije, nije uspjela, niti juridički (s obzirom na mnoge nedorečenosti i nužne kompromise te napose ideološka ograničenja), a niti faktički (zbog urušavanja jugoslavenskog državnog sustava, gospodarskog kolapsa i novog vala velikosrpskog političkog nasilja).

<sup>11</sup> Ustavni članci navedeni prema: Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Ustav Socijalističke Republike Hrvatske, NN, Zagreb, 1979.

<sup>12</sup> SIROTKOVIĆ, H., *Kontinuitet izgradnje hrvatske državnosti u razdoblju 1918.-1991.*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 6., Zagreb, 2000., str. 996.



### **3. Nacrti konfederacije kao prijedlozi rješavanja jugoslavenske krize – 1990./1991.**

U predvečerje jugoslavenske krize, kada je već bilo jasno da slijede burne promjene na političkim obzorjima ovih prostora, kada se velikosrpsko-hegemonistička politika približava vrhuncu svoje pogubnosti za susjedne narode, mnogi hrvatski intelektualci i političari govore o nužnosti transformacije jugoslavenske države u pravcu stvaranja klasičnog modela konfederacije. Tema je to mnogih javnih političkih nastupa predvodnika hrvatske oporbene misli Franje Tuđmana i ak. Ivana Supeka (predsjednika HAZU). Iako različiti politički vizionari, u svojim su se predavanjima u Chicagu u studenom 1989. godine izjašnjavali za nužnost transformacije jugoslavenske zajednice u pravcu konfederacije. Supek je u ime HAZU konfederativni model države sagledavao još u kontekstu samoupravnih institucija, zalažući se za jačanje institucija društvenog, političkog i gospodarskog karaktera te je smatrao kako će se takvim jačanjem postići pluralitet i demokratičnost društva.<sup>13</sup> S druge strane, Tuđman se priklanjao naglašenijoj nacionalno-liberalnoj orijentaciji stvaranjem jače nacionalne države hrvatskoga naroda, koja će kroz višestranačje i zaštitu ljudskih prava ostvariti demokratski i pluralistički koncept.<sup>14</sup>

Još prije ovih vizija hrvatskih intelektualaca krajem osamdesetih godina, slovensko, poglavito oporbeno, mnijenje također izražava svoja stajališta o nužnosti reforme jugoslavenske države. Dejan Jović slovensku političku oporbu promatra u dva kruga (jedan okupljen oko lista Mladina i J. Janše, dok je drugi, intelektualno mnogo snažniji, vezan za časopis Nova revija, Grafenauera i

<sup>13</sup> U mnogim svojim radovima ak. Ivan Supek tada je naglašavao temeljne postulate u pristupu jugoslavenskom pitanju. Među njima je dakako stvaranje konfederativnog modela države, kojeg treba žurno uključiti u europske institucije. Odnos s BiH vidio je značajnim čimbenikom u zajedničkom odupiranju velikosrpskom ekspanzionizmu, zalažući se za njezinu državnopravnu cjelovitost i nezavisnost, dok je u znanosti vidio osnovicu svega budućeg razvitka i napretka hrvatskog naroda i države. Vidi, npr. SUPEK, I., *European peace and cooperation after the disintegration of the Socialist Federative Republic of Yugoslavia*, Encyclopedia moderna, str. 433–437., 1992.; SUPEK, I., *Humanizam i politički pluralizam*, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, Birotehnika, Zagreb, 1990. (predavanje održano u JAZU); ova stajališta Supek je iznio i u mnogih javnim istupima i intervjuima u programima hrvatskih javnih glasila, primjerice Hrvatskoj televiziji (urednik: Branimir Bilić) ili Hrvatskom radiju (urednik Aris Angelis) i dr.

<sup>14</sup> **Programska osnovica Hrvatske Demokratske Zajednice temeljena je i na povijesnim pogledima i argumentima Franje Tuđmana.** Nju je Tuđman generirao tijekom svojega života u svojim glavnim znanstvenim napisima te ukupnom radu kao direktor Instituta za historiju radničkog pokreta. Ta je politička vizija temeljena na pozitivnim sastavnicama Starčevićevskog državitvorstva, radićevštine, te pozitivnim postignućima hrvatske antifašističke ljevice, s naglašenim odlučnim ciljem, stvaranjem suverene hrvatske nacionalne države sukladno kriterijima međunarodne zajednice. Sadržaj te političke ideje je i revalorizacija značenja uloge hrvatskoga iseljeničtva u prošlosti i danas, te politika pomirbe između suprotstavljenih strana u svim hrvatskim povijesnim sukobima, u cilju stvaranja političkog jedinstva hrvatskoga naroda. Snažno je naglašen i koncept demokratske i socijalne države, slobode poduzetništva, te u cjelini izgradnje moderne hrvatske države u zajednici zemalja slobodnoga svijeta.

Rupela). Ovaj drugi krug, u mnogim člancima i istupima nudi više mogućnosti položaja Slovenije u Jugoslaviji, krećući se u rasponu od ostanka Slovenije u jedinstvenoj državi, preko jače reforme jugoslavenske federacije, tj. "federacije koja neće priznavati državnu suverenost samo formalno" – to je zapravo prijedlog državne konfederalizacije (ako Ustav iz 1974. godine promatramo kao konfederalni ustav) – pa do stvaranja potpuno samostalne i nezavisne države.<sup>15</sup> U tim člancima osobito argumentirano o slovenskoj nezavisnosti piše Tine Hribar. No, slovenska je oporbena scena, doduše drukčije impostirana od one srbijanske (primjerice zalaže se za izolacionistički koncept), u stalnom dosluhu i korelaciji baš sa srbijanskim nacionalističko-ekspanzionističkim oporbenim krugovima. Reakcija političke komunističke elite u Sloveniji bila je prilično "kardeljevski" postavljena, slično kao i u Srbiji, ali će se novim demokratskim zaokretima i slomom SK, ona ipak temeljito demokratizirati i transformirati, u potpunosti prihvativši ideale liberalne demokracije i samostalne slovenske države.

Iz svega naznačenog gotovo je nemoguće tvrditi kako postoji bilo kakva veza i razumijevanje slovenskih krugova za pitanja hrvatskih državotvornih interesa, iako će nova realnost 1990. godine uzrokovati zajednička, koordiniranija stajališta slovenske i hrvatske vlade.

### ***3.1. Zajednički slovensko-hrvatski nacrt iz listopada 1990. godine***

Vrijeme početaka jugoslavenske krize 1990.,<sup>16</sup> kada su međurepublički odnosi obilježeni zategnutošću i suprotstavljanjima demokratskih i antidemokratsko-hegemonističkih snaga, ponovno je obilježeno novim raspravama o reorganizaciji jugoslavenske države. Kao i ranije, nositelji takvih ideja predstavnici su, sada demokratskih, vlada u Zagrebu i Ljubljani. Oni ističu kako se Jugoslavija može spasiti jedino u obliku saveza suverenih država. U javnosti se u tim vremenima nerijetko pojavljuju stajališta o nužnosti, tzv. skandinavizacije Jugoslavije, a vrlo skoro nakon formiranja novih demokratskih vlasti u Sloveniji i Hrvatskoj pojavljuju se i službeni nacrti mogućeg saveza jugoslavenskih republika.

<sup>15</sup> JOVIĆ, D., *Jugoslavija – država koja je odumrla – uspon, kriza i pad Kardeljeve Jugoslavije (1974.–1990.)*, Prometej, Zagreb, 2003., str. 433 i dalje.

<sup>16</sup> Ovo razdoblje predstavlja prijelomnicu u suvremenoj povijesti svjetske politike, napose europskih odnosa. Pad Berlinskog zida, urušavanje komunističkih sustava i korjenite demokratske promjene u većini istočnoeuropskih i srednjoeuropskih država, ujedinjenje Njemačke, novo definiranje pojmova nacionalne sigurnosti i vanjskopolitičkih interesa mnogih država u Europi označavajući kraj hladnoratovskog bipolarnog vremena. Svijet otvara potpuno novu stranicu svojega razvitka, susrećući se s novim i znatno drukčijim interesima i problemima svoje sigurnosti, razvitka i ukupnih međunarodnih odnosa. O tome vidi više npr.: DI NOLFO, E., *Storia delle relazioni internazionali 1918.–1998.*, editori Laterza, 6. izd., 2005., str. 1330–1334; CALVOCORESSI, P., *Svjetska politika nakon 1945.*, Nakladni zavod Globus i Adamić, Zagreb, 2003., str. 328–355 i 430–445; DUROSELLLE, J., B., *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni – talijansko izdanje*, Edizione universitaria di Lettere Economia Diritto, str. 713–732.

Osobito značajan je Model konfederacije u Jugoslaviji (Zajednički prijedlog Predsjedništva Hrvatske i Slovenije), objavljen 12. listopada 1990. godine.<sup>17</sup> (dalje Zajednički prijedlog). Bio je to rezultat dvaju odvojenih nacrti, hrvatskog; Nacrta Ugovora o jugoslavenskoj konfederaciji – savezu jugoslavenskih republika (autor je prof. Degan)<sup>18</sup> i slovenskog prijedloga ugovora od 11. rujna. Unatoč slovenskom stajalištu labavijeg saveza (tzv. konfederacija *a la carté*), zajednički je prijedlog, bliži hrvatskim stajalištima, bio inspiriran idejama tadašnjega ustroja Europske zajednice, te povijesnim iskustvima konfederativno uređenih država.

Treba dodati i nekoliko riječi o slovenskim stajalištima, koja su bila temeljena na naglašenijoj suverenističkoj koncepciji. Iako je Slovenija načelno početno podržala ovaj zajednički prijedlog, njezini su zahtjevi bili usmjereni poglavito na ustrojavanje zone slobodne trgovine, s nekim koordinacijskim mehanizmima. Taj tzv. model *a la carté*, značio je da će suverenim državama biti ponuđeni sadržaji u kojima mogu stvoriti i provoditi stanovite zajedničke politike, već prema volji i političkim pogledima pojedinih država, bez bilo kakve jače suprainstitucionalne strukture. To je zapravo trebao biti niz bilateralnih ugovora država članica, temeljen na zajedničkim načelima, iz kojih države potpuno slobodno biraju sadržaje svoje međusobne suradnje, s možebitnim koordinacijskim tijelima, kroz koje bi se ostvarivala takva suradnja. O tom naglašenom suverenističkom stavu i nesklonosti Slovenije prema konfederalizaciji jugoslavenske države piše i Dimitrije Rupel.<sup>19</sup> I iz ovoga se može potvrditi zaključak kako je hrvatsko-slovenska suradnja bila izrazito pragmatične prirode.

Razmatrajući ovaj Zajednički prijedlog važno je napomenuti kako je on temeljen na primjerima tadašnjeg iskustva stvaranja europske supranacionalne pravne strukture, te je vodio računa i o osobitostima vrlo osjetljivih odnosa jugoslavenske krize. To je i razumljivo kada se uzme u obzir temeljni motiv samog stvaranja te zajednice. To je poglavito bilo postizanje kompromisa između vrlo oprečnih početnih polazišta tadašnjih jugoslavenskih republika i očuvanje stabilnosti i mira na ovom prostoru. Kako je imperativ kompromisa bio uvjetovan prilično različitim polaznim stajalištima, jer je trebalo pomiriti demokratsko-europske snage u Hrvatskoj i Sloveniji, s onim antidemokratsko-velikosrpskim krugovima u Srbiji i Crnoj Gori (koji su se zalagali za centralizirani, unitaristički koncept), Zajednički prijedlog je trebao, na neki način, pomiriti suprotnosti i odgovoriti na prilično velik izazov sigurnosti u srednjoeuropskom i jugoistočnoeuropskom prostoru. Sve su to razlozi određenom specifičnom modelu konfederacije, što su ga zajednički predložila Predsjedništva republika

<sup>17</sup> Tekst ovog Nacrta objavljen je 12. listopada u *Vjesniku*, a objavio ga je i prof. Degan, Vidi: DEGAN, V. Đ., *Hrvatska država u međunarodnoj zajednici – razvitak njezine međunarodnopravne osobnosti tijekom povijesti*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2002., str. 281–294.

<sup>18</sup> Za tekst vidi: *Ibid.*, str. 295–306.

<sup>19</sup> RUPEL, D., *Skrivenost države*, str. 70 i dalje.

Hrvatske i Slovenije.<sup>20</sup> No, međunarodno pravo ne poznaje neki uobičajeni jednoobrazni model konfederacije. Njegovo povijesno iskustvo i zbilja dopušta stvaranje najrazličitijih oblika konfederativnih struktura.

### *3.1.1. Ravnopravnost država članica – međunarodni ugovor*

Kako je već naglašeno, konfederacija se mora temeljiti na međunarodnom ugovoru, što znači da se njome ne obrazuje neka državnopravna tvorba, već isključivo organizam što nastaje klasičnim međunarodnim ugovorom. Na tom su tragu već i temeljna polazišta Zajedničkog nacrt, koja predviđajući zajedničke organe Konfederacije naglašavaju delegatski, tj. konferencijski princip njihova djelovanja. Svaka "supranacionalna legislativa, egzekutiva ili judikatura" mora se temeljiti na konceptu jednoglasnosti i pariteta. Drugi je pokazatelj naglašavanja ovog kontraktualnog karaktera jugoslavenske zajednice svakako činjenica da Zajednički prijedlog (osim uvoda i Temeljnih polazišta), zapravo predviđa klasičan model međunarodnog ugovora, koji definira pravnu infrastrukturu Konfederacije, a sklapaju ga samostalne i suverene države.<sup>21</sup> Tako Zajednički prijedlog prejudicira nužnost stvaranja samostalnih i nezavisnih država, bivših republika SFRJ. Ugovor se trebao sastojati iz slijedećih glava: (I.) Načela; (II.) Članstvo; (III.) Nadležnost; (IV.) Organi; (V.) Financiranje Saveza; (VI.) Pitanje sukcesije; (VII.) Uporaba jezika i (VIII.) Prijelazne i završne odredbe. U Uvodu Zajedničkog prijedloga ističe se obaveza implementacije odredbe koja afirmira pravo naroda na samoodređenje, gdje se navodi kako se udruživanju pristupa "na temelju neotuđivog i nepotrošivog prava svakog naroda na samoodređenje, uključujući i pravo na odcjepljenje i udruživanje s drugim narodima i državama". Na karakter međunarodnog ugovora, kojim je trebala biti obrazovana ova Konfederacija, upućuju i odredbe iz Prijelaznih i završnih odredaba Zajedničkog prijedloga. One predviđaju klasični mehanizam ratifikacije navedenog osnivačkog međunarodnog ugovora Konfederacije, jednako uobičajenoj proceduri ratifikacije sličnih ugovora iz primjera međunarodnih organizacija, kako to uobičajeno

<sup>20</sup> Ti su zajednički motivi konfederacije iznijeti u Temeljnim polazištima Zajedničkog prijedloga. Motivi su bili: 1. ekonomska suradnja i povezivanje na tim interesima, 2. obrambeno-sigurnosni interesi, 3. dogovaranje standarda zaštite ljudskih prava (posebno zaštite nacionalnih manjina u svim članicama Konfederacije), 4. jačanje međunarodnog položaja država, njihova razvitka i napretka. U tu se svrhu i oformljuje Konfederacija.

<sup>21</sup> Kao uvjet članstva u Savezu predviđa se da sve države moraju biti opredijeljene za parlamentarno-demokratski sustav, utemeljene na višestranačkim izborima. Svaka članica saveza mora se opredijeliti za slobodu privatnog vlasništva, slobodu poduzetništva i pravo sindikalnog organiziranja. Konfederalni sud je nadležan za odlučivanje o mogućem isključenju države iz Saveza, u slučaju kršenja Ugovora, tj. neispunjavanja prava i dužnosti što proistječe iz članstva. Prema uzoru na Povelju UN-a države se dijele na iskonske članice i one članice koje naknadno iskažu svoju volju za pristup Savezu. Nema razlike u njihovom statusu u Savezu. Na ovakvo rješenje očit je utjecaj čl. 3. i 4. Povelje Ujedinjenih naroda, koji reguliraju pitanja članstva u Ujedinjenim narodima. Povelja Ujedinjenih naroda i Statut međunarodnog suda, Narodne Novine, Zagreb, 1992.; DEGAN, V. Đ., *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2000., str. 437.

predviđa međunarodno pravo. Tako bi svaka od država-članica Saveza, osnivački ugovor ratificirala sukladno svojoj ustavnopravnoj proceduri, a instrumenti o ratifikaciji bili bi deponirani kod jedne od vlade države-članice Saveza. Ugovor stupa na snagu između samo onih država koje su ispunile uvjete ratifikacije i Savez stupa u život danom predaje ratifikacijskih instrumenata država-članica zainteresiranih za sudjelovanje u njemu. Moguće je i vremensko ograničenje trajanja Ugovora te je on mogao biti podvrgnut reviziji nakon 5 ili 10 godina. Postoji i posebna klauzula o istupanju iz Saveza. Opće je načelo da država-članica može uvijek napustiti Savez, što i proistječe iz načela prava naroda na samoodređenje, te iz činjenice da države-članice Saveza imaju potpun međunarodnopravni subjektivitet. No posebna klauzula (točka 3 Glave VIII Zajedničkog prijedloga) daje mogućnost vezivanja istupa države-članice iz saveza s njezinim pristupom Europskoj zajednici. Time je ponovno naglašen interes država-članica Saveza da je on trebao predstavljati jedno prijelazno rješenje proširenja Europske zajednice i prema srednjoeuropskom i jugoistočnoeuropskom prostoru.

Ravnopravnost država članica, načelo nenadglasavanja i nenametanja volje drugim državama od bilo koje članice Saveza, bilo je od izuzetne važnosti i – kako smo objasnili – temeljni uvjet formiranja jugoslavenske konfederacije. To ističe i glavni hrvatski "projektant" modela konfederacije prof. dr. sc. Vladimir Đ. Degan (uz dr. Darka Bakića) kada naglašava kako bi "države-članice morale priznati pravo na opstanak, na nezavisnost, na jednakost i na postojeće granice (načelo *uti possidetis*). Ako toga nema, ne samo da nije moguća konfederacija, nego nije moguć ni bilo kakav drugi odnos zasnovan na pravu."<sup>22</sup> Ove, gotovo proročanske riječi, pokazat će se potpuno točnima, kako u kasnijim stajalištima Konferencije o Jugoslaviji, tako i u daljnjim političkim odrednicama geneze jugoslavenske krize.

### 3.1.2. Polje suradnje država-članica

"Ovaj koncept ne predstavlja labavu i nedjelotvornu federaciju ili labavu i nedjelotvornu konfederaciju, nego veoma čvrst i konsolidiran savez suverenih država na temelju zajedničkih interesa, s namjerom da dugoročno djeluje, pa da u svom prirodnom razvoju možda zadobije, poput Evropske unije 1993. i neka federalistička obilježja."<sup>23</sup> Ovako Degan obrazlaže osnovne postavke i namjere kreacije jugoslavenskog saveza, što pokazuje da se u ovom prijedlogu trebalo raditi o dosta čvrstom i homogeniziranom savezu, s mnogim zajedničkim poljima suradnje i mehanizmima njezine provedbe. Suradnja koja se ostvaruje preko Saveza osobito je značajna na sljedećim područjima:

- i. vojno-obrambena suradnja;

<sup>22</sup> DEGAN, *Konfederalizam*, str. 3–46.

<sup>23</sup> DEGAN, *Konfederalizam*, str. 44.

- ii. suradnja u promociji standarda zaštite prava čovjeka i nacionalnih manjina;
- iii. ekonomska, carinska suradnja, zaštita okoliša i kulturno-znanstvena suradnja prema principima međudržavne solidarnosti.

ad i) Već Temeljna polazišta Zajedničkog prijedloga navode kako "Konfederacija mora osigurati ostvarivanje obrambeno-sigurnosnih interesa, tj. zaštitu od napada izvana, točnije, zaštitu granica svih država članica." Ova je zadaća razrađena u točki 3 glave III. Zajedničkog prijedloga s naslovom "Obrana i sigurnost – oružane snage". Posebno je naglašena zajednička obrana od agresije na Konfederaciju, gdje su nadležnosti i procedura vođenja obrambenih zadaća povjerene zajedničkim civilnim i vojnim tijelima Konfederacije, ostavljajući državama članicama široku autonomiju u organizaciji, funkcioniranju, napose zapovijedanju svojim posebnim vojnim snagama. Ova je klauzula temeljena na iskustvima NATO-saveza koji u čl. 5. Sjevernoatlanskog ugovora iz 1949. godine sadrži srž vojnog postojanja tog vrlo specifičnog vojno-političkog saveza. To je odredba o zajedničkoj obrani od agresije trećega i stava kako napad na bilo koju od država članica Saveza znači napad na čitav savez. U tom slučaju, članice saveza poduzimaju "akciju koju smatraju potrebnom, uključujući upotrebu oružane sile kako bi uspostavile i održale sigurnost u Sjevernoatlanskom području"<sup>24</sup>

Važno je naglasiti kako je pitanje stvaranja posebnih vojski država članica saveza dodatno potvrđivalo njihovu državnost.<sup>25</sup> S druge strane, provedba i usuglašavanje ovakvog ustroja vojske bilo je vrlo upitno i gotovo iluzorno. JNA je za čitavog funkcioniranja jugoslavenske države bila smatrana jamcem njezine opstojnosti, zalažući se za provedbu najradikalnijih ideoloških, društvenih i političkih odrednica, koje su, tobože, trebale jamčiti jugoslavensko državno jedinstvo. Ona je funkcionirala kao potpuno izdvojeno tijelo u društvenom i političkom sustavu, bez ikakve društvene kontrole, a sve ključne odluke donosi samo vrhovni komandant, neprikosnoveni vođa ukupnog državnog, društvenog i političkog sustava u zemlji. Tito je do smrti 1980. godine, prema mnogim svjedočanstvima aktera tih zbivanja, imao potpunu dominaciju nad svim

<sup>24</sup> Navedeno prema KINDER, I., *Institucionalna struktura i pravni položaj Sjevernoatlanske organizacije*, ZPFR, vol. 19., br. 1., Rijeka, 1998., str. 262; Zajednička obrambena suradnja bila je jedan od glavnih razloga uspostavljanja konfederacija u povijesti. Navodili smo već primjere Švicarske konfederacije, koja je krajem XIII. stoljeća i nastala u želji za obranom od Habsburgovaca, a kasnije je jedna od temeljnih zadaća Konfederacije i bila zajednička obrana kantona od trećih država. Slično je bilo i u razdoblju nakon 1815. godine, kada je Bečki kongres Švicarskoj međunarodno priznao trajnu neutralnost.

<sup>25</sup> Tako je Nacrtom predviđeno da svaka država članica samostalno odlučuje o prirodi vojne službe (profesionalna ili obveznička vojska) te samostalno provodi vojnu obuku. Međudržavna se pitanja rješavaju temeljem dogovora i ravnopravnog sudjelovanja država članica u zajedničkim vojnim nastojanjima Konfederacije, zašto se osiguravaju i sredstava (tako postoje primjerice ideje o stvaranju zajedničkih organizacijskih jedinica i kontingenata više vojski, npr. zajedničko zrakoplovstvo i sl.). Poseban je slučaj formiranja kontingenata u svrhu zajedničke obrane od agresije trećega na Konfederaciju.

strukturama JNA, prijeteći njome u vremenima državnih kriza.<sup>26</sup> Od sloma hrvatskog nacionalnog pokreta 1970-ih godina, nastavljaju se trendovi eliminacije mnogih uvažениh i dokazano kompetentnih hrvatskih časnika i visokih dužnosnika u JNA<sup>27</sup>, tako da je uoči raspada Jugoslavije vrh JNA bio zapravo u potpunosti u rukama velikosrpskih krugova, koji se difamantno predstavljao braniteljem jugoslavenskog državnog zajedništva. Pored S. Dapčević-Kučar i vodstva Hrvatskog nacionalnog pokreta u šezdesetim godinama, a napose 1970./71., na te je trendove ukazivao i slovenski oporbeni politički dužnosnik iz vrha slovenske omladinske organizacije Janez Janša. Zahtijevajući demilitarizaciju Slovenije, on je 1986. godine upozoravao da JNA djeluje potpuno izvan ustavnih pozicija i načela, dominantno ignorirajući slovensku i albansku nacionalnu komponentu svojega sastava.<sup>28</sup>

Sve te trendove pokazuju i mnoga zbivanja iz 1990. i kasnije, kada se JNA svrstava na stranu ekstremnih srpskih nacionalističkih vojnih formacija u Hrvatskoj i BiH. Stoga je u političkim krugovima 1990-ih, svaki istup ciljan uspostavi posebnih vojnih postrojbi u Hrvatskoj i Sloveniji bio na meti najodlučnijih kritika velikosrpskih vojnih vrhova u Beogradu.

ad ii) Suradnja u promociji standarda zaštite prava čovjeka i nacionalnih manjina bila je osobito važna u kreaciji ovog Nacrta.<sup>29</sup> U Uvodu, tj. osnovnim načelima Saveza, predviđa se primjena Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama iz 1950. godine s pripadajućim protokolima, a daljnja razradba institucionalnih mehanizama predviđenih za ovu Konfederaciju, pokazat će kako su autori ovog Nacrta bili inspirirani postojećim mehanizmima zaštite ljudskih i manjinskih prava, sukladno normativnom, judikaturnom i zbiljskom okviru Vijeća Europe. Uvod Nacrta posebno izdvaja neka temeljna ljudska, politička i građanska prava, no naglašava se njihova primjena i zaštita s obzirom na recepciju prava Vijeća Europe, koja će štiti institucije Konfederacije (napose Konfederalni sud). S druge strane, autori ovog Nacrta poznavali su i nove mehanizme prava Europske zajednice (sustav zaštite ljudskih prava EZ do tada se temeljio isključivo na judikaturi Europskog suda), koje u vidu, tzv. četiri osnovne slobode Unije čini dio njezinu pravnu stečevinu. Ta su načela trebala činiti temelj zaštite ljudskih prava u ekonomskom smislu, sukladno idejama autora ovog konfederativnog ugovora.

ad iii) Zajednički nacrt ovog polja međudržavne suradnje naziva "ključnim dijelom konfederalnog ugovora". Ta, ekonomska suradnja, sastoji se od formira-

<sup>26</sup> O tome piše npr. DABČEVIĆ-KUČAR, S., '71 – hrvatski snovi i stvarnost – knjiga 1., INTERPUBLIC, Zagreb, 1997., str. 414 i dalje.

<sup>27</sup> Neke podatke donosi DABČEVIĆ-KUČAR, S, *ibid.*, str. 429 i 444 i dalje.

<sup>28</sup> O tome vidi: JOVIĆ, D., *Jugoslavija – država koja je odumrla (uspon, kriza i pad Kardeljeve Jugoslavije 1974.–1990.)*, Prometej, Zagreb, 2003., str. 430–431.

<sup>29</sup> Zanimljivo je navesti kako je predsjednik još uvijek postojećeg Predsjedništva R Hrvatske dr. Tuđman inzistirao na posebnoj pozornosti u pravnom utanačivanju ovog vida suradnje. Tako je, prema sjećanjima dr. Degana, autor ovog Nacrta, prema molbi dr. Tuđmana morao doradivati ove odredbe, uvrštavajući one o zaštiti nacionalnih manjina.

nja zajedničkih mehanizama i sadržaja slijedećih područja: a) carinska unija, b) zajedničko tržište, c) monetarna unija<sup>30</sup> i d) zaštita okoliša i ostali vidovi suradnje. Kreacija ovih sadržaja zajedničkih polja međusobne suradnje inspirirana je novim procesima geneze zajedničkih politika Europske zajednice, koja baš u tim vremenima ostvaruje početna stremljenja prema konačnoj monetarnoj uniji (koja u svojem izvornom doktrinarnom smislu nije postignuta ni do danas). Ovaj nacrt, međutim, već predviđa uspostavu svih stupnjeva ekonomskog povezivanja, što je bilo moguće s obzirom na postojanje jugoslavenskog državnog zajedništva. Nacrt, dakle, polazi od carinske unije, što je preduvjet postojanja zajedničkog tržišta, do konačnog ustroja monetarne unije. U jugoslavenskom primjeru radilo bi se o jednostavnijem zahvatu transformacije države, jer je ta transformacija trebala tek reorganizirati i reformirati postojeću federalnu državu, koja je već u nekim vidovima i uključivala ove ekonomske integrativne čimbenike. S druge strane, europski je primjer mnogo zahtjevniji, jer polazi od integracijskih koraka, koji tek trebaju voditi konačnoj uspostavi pune ekonomske integracijske strukture.

### *3.1.3. Supranacionalna legislativa, egzekutiva i judikatura*

Zajednički nacrt jugoslavenske konfederacije polazi od tetrarhijskog koncepta glavnih organa kakvi su tada već u procesima geneze europskih integracija postojali na razini Europske zajednice. Zajednički nacrt navodi tako Savjetodavni parlament, Vijeće ministara, Izvršnu komisiju te Konfederalni sud. U analizi ovih tijela nemoguće je razmatrati njihovu zbilju, jer oni nikada nisu funkcionirali. Vrlo je teško izvršiti bilo kakvu analizu njihove detaljnije pravne strukture ili mehanizama, jer Zajednički nacrt sadrži tek osnovna načela i dosta nedorečenosti.

---

<sup>30</sup> Monetarna unija nije do kraja definirana ovim Nacrtom. Date su tri mogućnosti, koje polaze od različitih modaliteta definiranja monetarne suverenosti država članica. Prva mogućnost polazi od postojanja posebnih valuta svake države članice s usklađivanjem tečajne politike. U drugoj također svaka država članica Konfederacije ima vlastitu valutu, ali je predviđeno i postojanje tzv. zajedničke obračunske valute (poput tadašnjeg ECU-a). Treća alternativa prijedloga polazi od monetarne suverenosti Konfederacije i središnje emisijske politike. Širina polaznih mogućih prijedloga razumljiva je s obzirom na konstelacije ekonomske i monetarne politike u Jugoslaviji. S jedne strane, srbijanska je velikodržavna politika nastojala očuvati svoje interese koncentracije finansijskih institucija u Beogradu i naglašeniju kontrolu nad središnjim monetarnim institucijama u Jugoslaviji. S druge strane, temeljni zahtjevi novih demokratskih vlada u Zagrebu i Ljubljani bili su eliminacija velikodržavnih centralističkih institucija u središtu federacije. Ta su pitanja već od šezdesetih godina bila važan kamen spoticanja i sukobima između republičkih vlada u Zagrebu i Ljubljani s jedne strane, te velikodržavnih (zapravo velikosrpskih) krugova s druge dominantne strane u jugoslavenskoj federaciji. Otegotna okolnost prijepora stvaranja ukupnih ekonomskih odnosa u Jugoslaviji, vrlo nepovoljna za hrvatske interese, bila je postojanje tadašnje tzv. reformske ekonomske politike saveznog premijera Ante Markovića, koji je imao veliku potporu europskih i međunarodnih ekonomskih i političkih krugova, pa su time zahtjevi za hrvatsku monetarnu samostalnost bili znatno otežani. U ovom kontekstu Zajednički prijedlog predviđa i zajedničku politiku na području temeljne infrastrukture prometa, veza i energetike, te na području poljoprivrede, pitanja elektroprivrede, željezničkog prometa, pošta i telekomunikacija, kao i pravila o konkurenciji (npr. antimonopolističke odredbe i sl.).



Vrlo je sažet i prikaz ovog Nacrta, u vrelima znanosti međunarodnog prava, svodi se tek na nekoliko sažetijih znanstvenih članaka.

**Savjetodavni parlament** predviđen Nacrtom definiran je u nekoliko alternativnih koncepata, koje se kreću od recepcije iskustava Europske zajednice, preko modela snažnijeg realiziranja parlamentarno-demokratskih principa pa do potpunog nepostojanja ovakvog tijela.

Nekoliko je mogućnosti predviđeno za izbor članova Savjetodavnog parlamenta. Prvi model predviđa neposredan izbor zastupnika Savjetodavnog parlamenta na temelju proporcionalnih kriterija s obzirom na države članice Konfederacije. Ovaj Nacrt predviđa jednoobrazna izborna pravila za izbor zastupnika, koja određuje Vijeće ministara, kao glavno zakonodavno tijelo Konfederacije<sup>31</sup>. Drugo rješenje predviđa donošenje odluka u Savjetodavnom parlamentu, sukladno paritetnim principima ustroja Konfederacije, tako da bi nacionalni parlamenti asignirali određeni broj zastupnika. Čini se kako se ovdje ne radi o imperativnom mandatu zastupnika u Savjetodavnom parlamentu, već isključivo o načinu njihova izbora u Savjetodavni parlament.<sup>32</sup>

Nadležnost Savjetodavnog parlamenta kreće se u modalitetima Zajedničkog nacrta od koncepcije savjetodavnog organa, što je svakako njegova primarna funkcija, preko nadzornog tijela u Konfederaciji pa do njegova definiranja kao određenog aktivnijeg subjekta u zakonodavnom postupku. Druga mogućnost predviđa donošenje "odluka" u Savjetodavnom parlamentu. No, takva odluka nije rezultat zakonodavnog postupka nekog parlamenta centralizirane države, već ona ima karakter odluke konferencijskog tipa. Naime, temeljna pretpostavka za donošenje takve odluke je "prethodna suglasnost država članica", a za stupanje odluke na snagu nužna je njezina naknadna ratifikacija sukladno zakonskoj

---

<sup>31</sup> Utemeljen člancima od 137. do 144. Ugovora o EEC-u, institucionalna struktura Europskog parlamenta više je puta mijenjana do današnje njegova naglašenije funkcije u ustavnoj strukturi Europske unije. Izbore za Europski parlament regulirao je Act Concerning the Election of the Representatives of the Assembly by Direct Universal Suffrage, čime je predviđeno opće i jednako pravo glasa. Do 1976. članovi Europskog parlamenta biraju se sukladno nacionalnim zakonodavstvima svojih zemalja, a kasnije je prihvaćen koncept jednoobraznog modela izbora članova Parlamenta. To je načelo dakle služilo kao model piscima Zajedničkog prijedloga Konfederacije.

<sup>32</sup> Inzistiranje na paritetnim načelima i vrlo suženoj nadležnosti Savjetodavne skupštine svakako slijedi modele konfederativno uređenih država i njihovu karakteristiku naglašenosti konferencijskog modela odlučivanja. Tu dakako valja navesti da je povijesno iskustvo hrvatskih političkih krugova u jugoslavenskoj državi, još od 1918., izuzetno traumatično. Demokratski parlamentarni mehanizmi u Kraljevini SHS/Jugoslaviji bili su vrlo suženi, u relaciji prema izvršnoj vlasti (kralju i vladi), a rad skupštinskih organa u Vidovdanskom i Oktroiranom razdoblju bio je karakteriziran taktikom političkih malverzacija uvijek na štetu hrvatskih interesa, pa sve do antidemokratskih iskustava i nasilja velikosrpskih političkih krugova (napose 1928. godine). Vrijeme kada je vrijedio tzv. Oktroirani ustav (od 1931.) označeno je juridički i dakako faktični bitno skučenim parlamentarizmom, gdje su hrvatski nacionalni interesi tek povremeno štićeni nakon 1935. Razdoblje socijalističke vlade nakon 1945. zapravo ne poznaje klasičan parlamentarni rad, jer je sustav odlučivanja tek formalno u nadležnosti savezne skupštine, a faktično u rukama uskih partijskih krugova, gdje u konačnici arbitrira neprikosnoveni vođa države.

proceduri država članica. To pokazuje da Savjetodavna skupština predstavlja širi politički organ, koji djeluje na temeljima konferencijskog modela. Ta mogućnost uređenja Savjetodavnog parlamenta predviđa i njegovo pravo rasprave o godišnjem izvješću rada Izvršne komisije, kao i o nacrtu proračuna Konfederacije. Radi se zapravo o konkretizaciji savjetodavnog prava Savjetodavnog parlamenta, jer on nema nikakvo pravo kontrasignature po pitanjima proračunskog prava, što je jedno od temeljnih prava parlamenta u nekoj centralistički uređenoj državi.

Jedna od mogućnosti predviđa tješnji odnos između Savjetodavnog parlamenta i Izvršne komisije, kao svojevrsnog izvršno-stručnog tijela Konfederacije. Tako ta mogućnost predviđa sudjelovanje Izvršne komisije u radu Savjetodavnog parlamenta, a Parlament ima pravo postavljati zastupnička pitanja članovima Izvršne komisije. Interpelacija nije propisana, iz jednostavnog razloga, što Parlament ne može odlučivati prema modalitetu zakonodavnih postupaka, karakterističnih za centraliziranu državu. Mogućnost koja predviđa jaču ulogu parlamenta u Konfederaciji propisuje i mogućnost izglasavanja nepovjerenja Izvršnoj komisiji. Ovaj mehanizam parlamentarno-demokratske države danas je prihvaćen i u suvremenom odlučivanju Europskog parlamenta. U slučaju da Savjetodavni parlament izglasuje nepovjerenje Izvršnoj komisiji, ona podnosi ostavku i ostaje na dužnosti do izbora nove.

Ovakva nadležnost Savjetodavnog parlamenta tek načelno slijedi tadašnji koncept Europskog parlamenta. Njegova je nadležnost na osnovi izvora europskog prava (što smo ih naveli ranije) tada bila koncipirana u tri temeljne grupe: a) zakonodavna ovlaštenja, b) financijska (proračunska) ovlaštenja i c) nadzorna ovlaštenja.<sup>33</sup> Ugovor iz Maastrichta iz 1993., Amsterdama iz 1998. te Nice, kao i *de lege ferenda* Europskog ustava znatno ojačavaju pravni položaj Europskog parlamenta u Europskoj uniji.<sup>34</sup> Dakako da razlike između Europskog parlamenta i Savjetodavnog parlamenta u ovom Nacrtu, proizlaze iz samog poimanja konfederacije, te Savjetodavni parlament ipak odgovara pravno-povijesnim iskustvima švicarskih Dieta, dok je temeljna intencija Europskog parlamenta išla u cilju njegova institucionalnog ojačavanja, kao nekog vida donjeg parlamentarnog doma možebitne buduće europske federacije.

<sup>33</sup> Zakonodavni postupak Europskog parlamenta, znatno razrađen Jedinistvenim europskim aktom iz 1986. godine ima značajne specifičnosti u odnosu na tradicionalnu ulogu parlamenata u nacionalnim državama. Složenost tog postupka u konačnici odlučujuću ulogu ipak daje Vijeću Europskih zajednica. Nešto je detaljnija i naglašenija uloga Europskog parlamenta u donošenju proračuna Europske zajednice. O položaju Europskog parlamenta, napose prema Osnivačkim ugovorima, drugim izvorima europskog prava, a naročito Jedinistvenom europskom aktu iz 1987. vidi u RODIN, S., *Pravni sustav i institucije Evropske zajednice*, Zagrebačka poslovna škola, Zagreb, 1990., str. 160–172.

<sup>34</sup> O razvitku Europskog parlamenta u svjetlu izrazitije institucionalne rekonstrukcije Europske Unije, vidi više: JURIC, D., "Europski parlament nakon Amsterdamskog ugovora" Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19. (Supplement 1998.); JURIC, D., "Europski parlament u svjetlu Ugovora iz Nice" *Pravo i porezi*, br. 11/2002., JURIC, D., POŠIĆ, A., VUKAS, B., ml., "Novi europski ustav", *Riječki teološki časopis*, vol. 12. (br. 2/2004.), str. 337-365.

Kako je jedini uvjet za opstojnost konfederacije ravnopravnost njezinih država članica, teško je bilo vjerovati da u iskustvu opstojnosti višedesetljetnog antidemokratskog režima u jugoslavenskoj državi, a uz nepoznavanje temeljnih demokratskih iskustava te vrlo nisku političko-demokratsku kulturu koja je postojala u većini jugoslavenskih država početkom 90-ih, može biti utemeljen jedan ovakav sustav vlasti. Hegemonistička komponenta, lažno prikazivana kao projugoslavenska u većini ne samo srbijanskih stranaka ne bi mogla prihvatiti ovakav ravnopravni model državne zajednice.

U razmatranjima položaja **Vijeća ministara** postojale su dvije temeljne ideje. Jedna je polazila od modela prihvaćenog iz iskustva Europske zajednice, gdje je ovo tijelo definirano kao ključno zakonodavno tijelo Konfederacije. Vijeće ministara sastavljeno od po jednog predstavnika svake države članice djeluje kao organ konferencijske naravi. On predstavlja interese politika država članica, koje su u njegovom sastavu zastupane po jednom predstavniku. Vijeće ima potpunu zakonodavnu vlast u Konfederaciji, a za njezino izvršenje ono može ovlastiti Izvršnu komisiju. U svakom trenutku Vijeće može vratiti ovlaštenje koje je prenijelo na Izvršnu komisiju. Vidljiv je utjecaj na ovu stilizaciju Zajedničkog prijedloga čl. 145. Ugovora o osnivanju EEZ, koji naglašava kako Vijeće Europskih zajednica osigurava usklađivanje općih ekonomskih politika država članica, donosi odluke (zakonodavna vlast u Uniji), a prema Jedinostvenom europskom aktu Vijeće je dobilo nadležnost dodjeljivanja ovlaštenja da prenese na Europsku komisiju ovlaštenja za provođenje propisa koje donosi. Poput Vijeća Europskih zajednica i Vijeće ministara Konfederacije trebalo je biti, prema Nugentu, "glavno mjesto sastajanja nacionalnih vlada i glavna zakonodavna institucija Zajednice".<sup>35</sup>

Prema drugom modelu, koji slijedi iz jače uloge Savjetodavnog parlamenta (kako smo naveli ranije) Vijeće ministara "izvršavalo bi odluke Savjetodavnog parlamenta, koje prihvate sve države članice Konfederacije". Radi se o drukčijoj preraspodjeli nadležnosti u Konfederaciji, ali uvijek s naglašenim paritetnim konceptom i nužnošću ratifikacije svake odluke sukladno zakonima svake od država članica. Po uzoru na uobičajenu praksu međunarodnih organizacija, Vijeće ministara je trebalo odluke u svezi s pitanjima postupka donositi većinom glasova, dok se odluke o meritumu donose jednoglasno. S obzirom na iskustva opstrukcije rada kolektivnih tijela u Jugoslaviji, poglavito njezina Predsjedništva, jer su predstavnici radikalnije hegemonističke struje vođeni B. Jovićem ili B. Kostićem često opstruirali njegove odluke, predloženo je rješenje kako "suzdržavanje od glasovanja ne bi sprječavalo donošenje punovažne odluke."

Inicijatori ovog Zajedničkog prijedloga u smislu zaštite ljudskih prava, vodili su se i iskustvima njihove regionalne zaštite u europskom prostoru. Tako je u sadržaj nadležnosti Vijeća unijeta istovrsna nadležnost koju Odbor ministara Vijeća Europe ima prema Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine. Uz čl. 28., 31. i 32., osobito značajnim

<sup>35</sup> Navedeno prema RODIN, Pravni sustav, str. 135.

ocjenjujemo čl. 52. Konvencije koji navodi: "Ništa u ovoj Konvenciji ne ograničava ovlasti Odbora ministara povjerene mu Statutom Vijeća Europe."<sup>36</sup> Time se naglašava kako Vijeće ministara Konfederacije je nadležno poduzimati korake u cilju zaštite ljudskih prava šticećenih Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, koja tada još nije bila na snazi niti u jednoj od država članica moguće jugoslavenske konfederacije. Tako Vijeće ministara ima nadležnost primjenjivati standarde i mehanizme Vijeća Europe i Europsku konvenciju i na one države Konfederacije koje nisu članice te najstarije i vrlo ugledne europske međunarodne organizacije s velikim iskustvom i autoritetom u zaštiti ljudskih prava.

Prema uzoru na Europsku komisiju Europskih zajednica, Konfederacija je trebala imati **Izvršnu komisiju** koja je trebala biti definirana kao izvršno-stručno tijelo, koje štiti interese Konfederacije. Izvršna komisija, dakle, nije vezana nikakvim naptucima nacionalnih vlada, poput Vijeća ministara.

Članove Izvršne komisije sporazumno imenuju vlade država članica na mandat od četiri godine, s mogućnošću reizbora. Članovi tog tijela mogu biti jedino državljani država članica Konfederacije, a propisan je strogi inkompatibilitet za članove tog tijela. On se još trebao razraditi Osnivačkim ugovorom i pravom Konfederacije.

Zajednički prijedlog predviđa dvojaku nadležnost Izvršne komisije. Prvo, ona donosi preporuke i mišljenja o pitanjima koja uređuje konfederalni ugovor, kada je to izričito predviđeno ili ako ona to smatra potrebnim. To je, dakle, izvorna nadležnost s karakteristikama izvršno-operativnih funkcija, temeljenih prijenosom državne suverenosti na Konfederaciju. Tu nadležnost Izvršna komisija stječe ne kao *iuris delegata*, budući da njezina nadležnost uvijek mora proizlaziti iz onih poslova koje države članice Konfederacije suverenom odlukom, tj. Osnivačkim međunarodnim ugovorom, prenose na Savez. Druga je skupina ponovno samostalna nadležnost Izvršne komisije, no na temelju delegacije nadležnosti od strane Vijeća ministara. Izvršna komisija odlučuje većinom glasova, uvijek u granicama Osnivačkog ugovora Konfederacije.

U izradi supranacionalnih institucija Konfederacije je velika važnost bila poklonjena **Konfederalnom sudu**. Njegova je nadležnost načelno usporediva s ustavnosudskim tijelima te međunarodnim sudovima, a ima nekih, doduše, vrlo malih odlika i upravnosudskog tijela. Na stvaranje Konfederalnog suda utječu i razrađena iskustva sustava međunarodnog pravosuđa, ona Vijeća Europe (tada još dvostrukog sudbenog organa Komisije i Suda u VE) te Suda Europskih

<sup>36</sup> Navedeno prema DOKUMENTI VIJEĆA EUROPE – institucionalni okvir, ljudska i manjinska prava, lokalna samouprava, kazneno pravo, priredili M. Matulović i B. Pavišić, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, str. 111. Iako bi daljnja pitanja nadležnosti Vijeća ministara Konfederacije regulirao Osnivački ugovor Konfederacije, ustavni akti Konfederacije i Poslovnik Vijeća, moguće je pretpostaviti da se je u nadležnost Vijeća predviđalo posebno postaviti njegova nadležnost temeljem jednoglasnog odlučivanja iz članka 20. Statuta Vijeća Europe iz 1949. godine. Primjerice, Vijeće ministara odlučivalo bi jednoglasno u obliku preporuka određenim sadržajima što ih propisuje Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama.

zajednica. Moguće je uočiti tri temeljne skupine nadležnosti Konfederalnog suda:

- i) Rješavanje sporova između država članica. Ovo načelo nije istovjetno nadležnosti ustavnih sudova u državama federativnog uređenja, npr. Vrhovni sud SAD i sl., već je koncipirano prema institucionalnom i procesualnom iskustvu Međunarodnog suda UN-a. S obzirom na to da su sve države članice Konfederacije vezane Osnivačkim ugovorom, one tim pristaju i na nadležnost tog Suda te na prava i obveze što proistječu iz Ugovora. To je dakle temelj da, kako navodi Zajednički prijedlog, ako neka država članica krši Osnivački ugovor i temeljna prava i obveze svojeg članstva u Konfederaciji, protiv nje može biti podnijeta tužba Sudu, uz prethodno odlučivanje Izvršne Komisije. Sud donosi mišljenje, a ako država tužiteljica uspije sa svojim optužnim prijedlogom, za izvršenje sudske odluke nadležno je Vijeće ministara, u skladu sa svojim temeljnim zakonodavnom nadležnostima.
- ii) Zaštita načela ustavnosti i zakonitosti u smislu prava Konfederacije. Sud ocjenjuje prekorachenje nekog od organa prema njegovoj nadležnosti, što je predviđa pravo Konfederacije, ali i poništava druge akte, koji krše Osnivački ugovor ili druga "ustavna načela" Konfederacije. Tako Zajednički prijedlog predviđa da Sud može ocjenjivati zakonitost odluka Vijeća ministara ili Izvršne komisije, osim njezinih preporuka i mišljenja. Tu je uočljiva konfederalna priroda Suda, jer bi se u slučaju da Sud odlučuje o odlukama koje se izravno primjenjuju u državi članici Konfederacije (kakvih zapravo i nema), radilo o federativnom modelu. U tom ograničenju nadležnosti Suda vidimo i razliku prema Sudu Europskih zajednica, koja kao što znamo nema odlike klasične konfederacije, a neke se odluke tijela Europskih zajednica izravno primjenjuju u državama članicama. Dakle, Konfederalni sud je u vršenju svoje nadležnosti zaštite načela ustavnosti ograničen isključivo konfederalnim pravom i ne može se upuštati u sudbene stvari država članica.
- iii) Predviđen je i utok sudu pravnih i fizičkih osoba, prema uzoru na već tada definiran sustav zaštite ljudskih prava sukladno pravu Vijeća Europe. To je nadležnost što je uobičajeno uređena vrstama ustavnih tužbi, a Vijeće Europe razradilo ju je svojim specifičnim pravom, koje na regionalnoj razini vrlo učinkovito štiti osnovne demokratske standarde europskih država. Ova, treća temeljna nadležnost ima više mogućih rješenja, koji se odnose na raznovrsne modalitete sudbeno-institucionalnog vezivanja Konfederalnog suda za mehanizme postupaka pred sudbenim tijelima Vijeća Europe, sukladno Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. i njezinim protokolima. Upravnosudsku prirodu ovog Konfederativnog suda pokazuje odredba prema kojoj svaka pravna ili fizička osoba ima pravo utoka Sudu protiv odluke (ovdje se vjerojatno misli na upravni akt) koja se na nju odnosi, kao i ako neki organ Konfederacije propusti donijeti potrebnu odluku (šutnja

administracije). To su i fundamentalni sadržaji aktivne legitimacije za upravni spor, kojega u konetinalnoeuropskom sustavu uobičajeno rješavaju upravnosudbena tijela.

Zajednički prijedlog predviđa neparan broj sudaca, zahtijevajući uobičajene uvjete za izbor suca. Suce sporazumno imenuju vlade država članica na mandat od 6 godine (ne spominje se mogućnost parcijalnog izbora svake dvije godine i sl.). Sudski postupak je jednostupanjski, a sudska odluka konačna i izvršna bez prava na žalbu. Zajednički prijedlog, prema uzoru na Ujedinjene narode, predviđa da je Statut Konfederalnog suda temeljni akt Konfederacije, ravnopravan s Osnivačkim ugovorom i mogućim njegovim dopunskim protokolima.

Degan posebno upozorava na nužnost detaljnog reguliranja i preciziranja nadležnosti Konfederalnog suda. Svako postojanje konkurentne i paralelne nadležnosti te nedorečenosti njegovog institucionalnog ili formalno-postupovnog sadržaja slabio bi autoritet i učinkovitost Suda, a time i opstojnost i zdravo funkcioniranje Konfederacije.<sup>37</sup>

Nacrt još predviđa sadržaje financiranja Konfederacije, sukcesije država članica (sukladno kodifikacijskim rješenjima međunarodnog prava i, dakako, dogovorno), pitanja ravnopravnosti jezika i slična temeljna načela, koja uvijek polaze od radikalnog koncepta međudržavne jednakosti i ravnopravnosti, s naglašenim inzistiranjem na njihovu potpunom međunarodnopravnom subjektivitetu.

### **3.2. Predsjedništvo SFRJ i prijedlozi konfederalizacije Jugoslavije**

Ovakav zajednički model konfederacije hrvatsko i slovensko državno vodstvo pokušalo je braniti na sjednici proširenog Predsjedništva SFRJ 10. listopada 1990.<sup>38</sup> Predsjedništvo je međutim bilo nesklono hrvatsko-slovenskim

<sup>37</sup> DEGAN, V. Đ., *Konfederalizam*, str. 43.

<sup>38</sup> Za ilustraciju okruženja u kojima je zasjedalo predsjedništvo SFRJ valja ukazati na neke događaje koji su obilježavali te listopadske dane 1990. Pripadnici pobunjenih Srba u Hrvatskoj, koji su tada već pet mjeseci opstruirali hrvatsku državnu vlast, ne priznajući njezin legitimitet, nastavljaju sa svojim terorističkim akcijama, podstrijekivanih od beogradskih vlasti. Tako su ponovno 1. listopada 1990. lokalni srpski teroristi na području Dalmacije prekinuli cestovni i željeznički promet prema Dalmaciji, dok su nekoliko dana kasnije terorističke grupacije minirale cestu nedaleko Obrovca. Terorističke formacije dijela srpske manjine u Hrvatskoj nastavljaju i s kampanjom naoružavanja svojih paravojskih postrojbi, pa su 17. listopada pokradene znatne količine oružja iz nečuvanih vagona na kninskoj željezničkoj postaji, navodno potrebnih postrojbama JNA. Nastavljaju se i procesi narušavanja slobodnog tržišnog gospodarstva u Jugoslaviji od strane srbijanskih vlasti. Bilježi se, kako je 24. listopada u srbijanskoj Skupštini donijet Zakon o zatvaranju srbijanskog tržišta za proizvode iz Hrvatske i Slovenije, a proizvodi iz tih zemalja proglašeni su štetni za razvitak srbijanskog gospodarstva. Nastavljena je politika homogenizacije srpskog naroda iz Hrvatske sa Srbijom. Protivno hrvatskom zakonodavstvu o državnoj televiziji i sustavima odašiljača i veza, 2. studenog 1990. je u Kninu potpisan sporazum između Općine Knin (koju tada vodi ratni zločinac Milan Babić) i srbijanske državne radio-televizije. Tako je postavljen temelj snažne promidžbe protiv Hrvatske, kojom će srbijanska televizija za čitavog ratnog sukoba manipulirati srpskom manjinom u Hrvatskoj, vodeći pravi propagandistički rat protiv hrvatskog

inicijativama te se izdvajaju tri skupine stajališta: Srbija i Crna Gora zalažu se za federativni model, dok BiH i Makedonija neodlučne i nedefinirane, čini se, podržavaju neki vid reforme egzistirajuće federacije. Tadašnji predsjednik predsjedništva SFRJ Borisav Jović ističe kako je u tijeku sjednice uspio pridobiti bosanskohercegovačku i makedonsku stranu, te njihove prijedloge predstaviti kao "alternativu" postojećem federativnom uređenju Jugoslavije. Time je, kako navodi u svojim memoarima<sup>39</sup>, izolirao Hrvatsku i Sloveniju te potpuno umanjio i obezvrijedio njihove argumente. Znakovito je da se u svojim memoarima Jović zapravo predstavlja kao radikalni antidemokrat, poslušni sluga Miloševićevog ekspanzionizma, negirajući legitimitet vlastima Slovenije i Hrvatske. U takvim političkim okolnostima i konstelacijama i nije bilo moguće očekivati bilo kakav uspjeh slovensko-hrvatskog nacrtu.

Predsjedništvo SFRJ nije prihvatilo konačni zaključak o novom uređenju države. Predviđa se da se s prijedlozima upozna Savezna Skupština, dok bi se u republikama koje se zalažu za konfederativni model možebitno prišlo provedbi referenduma o budućem uređenju Jugoslavije. Umjesto da razmatraju modalitete daljnje političke krize, temeljene na opsežnijoj raspravi i argumentima, tadašnji vodeći srbijanski političari bili su okupirani drugim temama, ciljanih difamiranju čitavog hrvatskog državnog vodstva.<sup>40</sup> U okolnostima stalnih optužbi prema hrvatskom državnom vodstvu, srbijanska je politika počela naglašavati kako konfederacija i nije hrvatski interes, već samo pokušaj da kroz odbijanje takvih prijedloga iz redova srbijanskih i jugofilskih struktura, pokaže kako nikakav pokušaj reforme jugoslavenske države nije moguć, što bi zapravo otvaralo put prema punoj državnoj neovisnosti. Srbijanski argumenti tada su se svodili na optužbe kako Hrvatska priprema rat protiv Srbije, prikazujući nužne hrvatske korake ciljane za obranu protiv agresije, kao izazivanje rata u zemlji. Tadašnji Miloševićem poslušnik u jugoslavenskom predsjedništvu B. Jović (kojeg će se Milošević lako odreći 1994. godine), tako zaključuje: "Neće oni (vlast u Hrvatskoj, op. B.V.) političke razgovore. Odlučili su se za rat. I to za prljavi rat. Neće oni ni konfederaciju, a kamoli zajedničku državu."<sup>41</sup>

No hrvatska vlast i nadalje nastavlja kampanju za ostvarenje konfederativnog preuređenja Jugoslavije. Dana 18. listopada 1990. hrvatski predsjednik Tuđman u razgovoru sa stranim novinarima ističe kako Hrvatska ne može prihvatiti niti jedno drugo rješenje, koje bi se temeljilo na Ustavu SFR Jugoslavije, već njegovu temeljnu rekonstrukciju u pravcu ozbiljenja saveza suverenih država. U tijeku je i izrada Ustava Republike Hrvatske, koji će promovirati Hrvatsku u samostalnu

---

naroda i njezine vlasti, kakav je u prvoj polovici XX. stoljeća već viđen (primjerice u Njemačkoj ili SSSR-u, te drugim totalitarnim režimima). Pregled zbivanja rekonstruiran je prema izvješćima iz dnevnog tiska (NOVI LIST, VJESNIK), te KRONOLOGIJA ZBIVANJA U REPUBLICI HRVATSKOJ 1989.–1995., priredio: Reuf Mirko Kapetanović, Informator, Zagreb, 1997., str. 10–11.

<sup>39</sup> JOVIĆ, Borisav, Poslednji dani SFRJ, drugo izdanje, Beograd, 1996., str. 203 i dalje.

<sup>40</sup> Vidi JOVIĆ, Borisav, str. 205.

<sup>41</sup> JOVIĆ, Borisav, str. 206.

i suverenu državu, pa nikakav modalitet njezina položaja u okvirima Ustava SFR Jugoslavije neće biti mogući.

#### ***4. Konfederacija kao modalitet transformacije Jugoslavije u ustavnim aktima i zaključcima vlasti RH 1990. i 1991. godine***

Već je navedeno kako se predsjednik Tuđman u svojim prvim političkim nastupima u vremenu demokratskih promjena zalagao za konfederativno preuređenje države. To potvrđuju i njegovi saborski govori, prvi govor kao predsjednik predsjedništva SR Hrvatske 30. svibnja 1990<sup>42</sup>., govor na dan donošenja Ustava 22. prosinca 1990. te na obilježavanju prve obljetnice demokratskog Sabora, 30. svibnja 1991. godine. U svim tim istupima predsjednik se zalaže za transformaciju jugoslavenske države prema savezu ili savezima suverenih država, cijeneći okolnosti unutardržavnih političkih odnosa, ali i trendove velikih promjena međunarodnih odnosa. Demokratska vlast u Hrvatskoj mora voditi računa o činjenicama kako se svijet civilizacijski svestrano integrira (u smislu evolucije Europske zajednice), ali se istodobno nacionalno sve više individualizira, što sve zapravo predstavlja pogodnost reformi jugoslavenske zajednice u pravcu stvaranja saveza suverenih država. Tuđman često iznosi i argumente o spremnosti međunarodnih čimbenika u pravcu formiranja saveza, jer je očuvanje jugoslavenske federacije silom, apsolutno neprihvatljivo<sup>43</sup>.

Stajališta o spremnosti ulaska Hrvatske i Slovenije u savez suverenih država, uz ispunjavanje demokratskih standarda svih zainteresiranih članica takvog saveza bili su sadržajem i većine ustavnih akata i izjava u vremenu procesa konstituiranja samostalne hrvatske države (1990./1991.). Tako 21. veljače 1991. Hrvatski sabor u Rezoluciji o prihvaćanju postupka za razdruživanje SFRJ i o mogućem udruživanju u savez suverenih republika postavlja uvjete pod kojima je Republika Hrvatska spremna na moguće udruživanje u savez suverenih država, koje ne mora isključivo uključivati jugoslavenske republike. Pretpostavka je dakle svakog ulaska RH u bilo kakve konfederativne ili slične asocijacije priznanje njezinog međunarodnog subjektiviteta, dakle potpune državnosti i samostalnosti.<sup>44</sup> Ova Rezolucija prihvaća inicijativu Skupštine Republike Slovenije o početku procesa razdruživanja i možebitnog postizanja novog dogovora jugoslavenskih republika o stvaranju konfederativnog saveza suverenih država. Sabor u Rezoluciji ističe jasne kriterije i uvjete pod kojima će stupiti u konfederativne odnose s jugoslavenskim republikama. Ti su kriteriji kompatibilni suvremenim međunarodnim standardima te odredbama međunarodnoga prava

<sup>42</sup> O tome vidi više: VUKAS, B., ML., Prvi višestranački hrvatski sabor (30. svibanj 1990.) i njegovi odjeci u riječkoj javnosti, Sveti Vid, IX., ICR., Rijeka, 2004., str. 127–148.

<sup>43</sup> RUDOLF, D., Rat koji nismo htjeli, Hrvatska 1991., Nakladni zavod Globus, Zagreb, 1999., str. 294–295.

<sup>44</sup> Za tekst Rezolucije vidi: NN, br. 8., 21. veljače 1991.



(točka druga do deveta Rezolucije). Sabor izražava volju "sklapanja saveza i s drugim državama Europe, i izvan SFRJ, uključujući i pravo sklapanja odgovarajućih dvostranih i multilateralnih sporazuma". Rezolucija sadrži i stajališta o daljnjoj participaciji hrvatskih predstavnika u saveznim tijelima vlasti, a kao krajnji rok za okončanje postupka razdruživanja predviđa 30. lipanj 1991.

U Odluci predsjednika Republike o raspisivanju referenduma u prvom pitanju, koje se odnosilo na izjašnjavanje biračkog tijela za samostalnu i suverenu Republiku Hrvatsku stajalo je: "Jeste li za to da Republika Hrvatska, kao suverena i samostalna država, koja jamči kulturnu autonomiju i sva građanska prava Srbima i pripadnicima drugih nacionalnosti u Hrvatskoj, može stupiti u savez suverenih država s drugim republikama (prema prijedlogu Republike Hrvatske i Republike Slovenije za rješavanje državne krize SFRJ)?"<sup>45</sup>. Iako je jasno da se je time glasovalo za hrvatsku neovisnost, juridički su birači bili pozvani izjasniti se o Zajedničkom prijedlogu, kojeg smo ranije razmatrali. Poznato je da je velika većina od 93,94% birača poduprla taj koncept za rješavanje jugoslavenske krize.

I sama Deklaracija o proglašenju suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske, od 25. lipnja 1991., nakon što obrazlaže Ustavnu odluku o samostalnosti i suverenosti Republike Hrvatske, u svojoj točki V. ističe: "RH priznaje puni suverenitet i međunarodnopravni subjektivitet novim državama koje nastaju razdruživanjem SFRJ u okviru postojećih granica SFRJ i u okviru njihovih međusobnih granica utvrđenih dosadašnjim ustavom ili međunarodnim dogovorom na demokratski način... RH će uspostaviti posebni ugovorni odnos s Republikom Slovenijom, stvarajući savez dviju samostalnih suverenih država."<sup>46</sup>. Izjavljuje se kako bi stvaranje saveza suverenih država moglo biti od koristi svim jugoslavenskim republikama, ali uz potpuno uvažavanje svih europskih i međunarodnih demokratskih standarda. Odluka Sabora RH od 8. listopada 1991., kojom su raskinute sve državnopravne veze Hrvatske s republikama SFRJ i samom federacijom, također je ostavljala, doduše nešto modificiranu, mogućnost pristupanja Hrvatske savezu samostalnih i suverenih država. Tako se formulacija točke V. ove Odluke ne odnosi isključivo na bivše jugoslavenske republike, već na sve demokratske države s kojima je RH spremna ući u "međudržavne i međuregionalne asocijacije". Kao što je to istaknuto i u saborskoj Rezoluciji od 21. veljače, i u ovoj Deklaraciji Hrvatska postavlja jasne uvjete za stupanje u takvu zajednicu, a oni su temeljeni na demokratskim standardima, poglavito u smislu da država s kojom bi se savez oformio poštuje opće standarde međunarodnog prava i temeljne propise zaštite ljudskih i manjinskih prava. Točka IV. Odluke osporava bilo kakvu suradnju s državama s kojima je RH u ratnom sukobu. Iako ratno stanje formalnopravno nikada nije proglašeno, dakako da se ovdje mislilo na suradnju s Republikama Srbijom i Crnom Gorom<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Točka III. Odluke o raspisu referenduma predsjednika Republike, NN, br. 21, 2. svibanj 1991.

<sup>46</sup> NN, br. 31, 25. lipanj 1991.

<sup>47</sup> NN, br. 53, 8. listopad 1991.

Sve su to bili pokušaji hrvatskoga državnoga vodstva i predsjednika Republike Franje Tuđmana da osiguraju potpunu državnost Republici Hrvatskoj, a time ostanu dosljedni i razboriti u nastojanjima rješavanja jugoslavenske krize, u okolnostima njezinih specifičnih sastavnica, te osiguraju demokratski i gospodarski prosperitet Hrvatskoj i državama u jugoslavenskoj zajednici.

No, velikosrpsko-hegemonistički krugovi, koji su se tada predstavljali kao branitelji integralističke jugoslavenske ideje, uz potporu moćne JNA, odbacivali su svako drugo rješenje osim moguće reforme postojeće federacije. Neke su republike ponudile svoje prijedloge, pa je u prvoj polovici 1991. godine vodstvo BiH i Makedonije predstavilo neki vid kompromisnog rješenja (Platforma o budućoj jugoslavenskoj zajednici – Gligorev-Izetbegovićev plan – svibanj 1991.). U raspravu se uključuju i relevantni hrvatski pravni stručnjaci pa postoje i neke neslužbene inicijative (uz izložene, inicijativu je istakao i potpredsjednik Vlade prof. dr. Milan Ramljak).

### **5. "Plan u pet točaka" Davorina Rudolfa**

Akademik Davorin Rudolf, ministar u prvim hrvatskim vladama (u resorima vanjskih poslova i pomorstva), temeljem svojih temeljitih i vrlo širokih znanja o iskustvima konfederalizma u povijesti, preciznog poznavanja međunarodnog prava, kao i nekih hrvatskih povijesnih i pravno-povijesnih radova i stajališta iz hrvatske povijesti XIX. i XX. stoljeća podnosi Vladi svoj nacrt konfederalnog modela, tzv. Plan u pet točaka. Rudolf je svjestan rigidnog stava srbijanske politike, te u svojem radu nastoji iznaći kompromis između tih stajališta i imperativa zaštite hrvatskih nacionalnih interesa, a sve u cilju izbjegavanja već plamtećeg ratnog sukoba u Jugoslaviji. To su temeljni razlozi pokušaja novog modela konfederacije, kojeg sada više ne oblikuje samo nauk međunarodnog prava ili povijesno-pravna iskustva i realiteti, već poglavito pragmatizam u rješavanju jugoslavenske krize.

Rudolfov nacrt nastaje u srpnju 1991. godine, nakon što je usvojena hrvatska i slovenska ustavna odluka (Listina u Sloveniji) o samostalnosti i suverenosti, u okolnostima ratne agresije i nasilja JNA u Sloveniji, a međunarodna je zajednica (ponajviše Europska zajednica) pokušavala internacionalizirati jugoslavensku krizu. Rudolf je kao hrvatski šef diplomacije svoj položaj iskoristio za dobru međunarodnu promidžbu tog prijedloga pa ga je izlagao u svojim diplomatskim susretima s talijanskim ministrom vanjskih poslova De Michelisom, gdje su se okupili i ostali visoki dužnosnici jugoslavenskih republika te sekretar vanjskih poslova SFRJ Budimir Lončar. Značajno je navesti kako je načelnu podršku taj koncept dobio čak i od crnogorskog premijera Mila Đukanovića, koji će kasnije voditi vladu u vremenu agresije svoje države na Republiku Hrvatsku.

Kako je jugoslavenska kriza dalje evoluirala, poglavito, tzv. Brijunskom deklaracijom,<sup>48</sup> kojom su se 7. srpnja 1991. godine Hrvatska i Slovenija obvezale

<sup>48</sup> *Zajednička deklaracija (Brijunska deklaracija)*, (s dva aneksa, napomena B.V.), 7. srpanj 1991., MILARDOVIĆ, A., *Dokumenti o državnosti Republike Hrvatske*, Alinea, Zagreb, 1992., str. 114–117.

zamrznuti svoje ustavne odluke o samostalnosti i suverenosti na rok od tri mjeseca, a čelnici jugoslavenskih država dobili taj rok za nastavak napora u rješavanju krize, Rudolfov je prijedlog prerastao u službeni stav hrvatske Vlade. Prihvatio ga je predsjednik Republike dr. Franjo Tuđman, a u svojem uvodnom govoru u Hrvatskom saboru, predsjednik nove vlade "demokratskog jedinstva" dr. Franjo Gregurić istakao je kako je Rudolfov plan temelj u budućim pregovorima Republike Hrvatske o rješavanju krize.<sup>49</sup>

Plan je, na što upućuje i njegov neslužbeni naziv, imao pet osnovnih točaka:

### **5.1. Priznanje odluka o samostalnosti**

Kako je navedeno, Plan uvažava nove okolnosti i kao prvi, temeljni uvjet, zahtijeva od država članica SFRJ da međunarodno priznaju odluke o samostalnosti Republika Hrvatske i Slovenije od 25. lipnja, što je osnovna pretpostavka bilo kakvih daljnjih pregovora o preuređenju jugoslavenske države. To međunarodno priznanje dakle, pretpostavlja priznanje punog međunarodnog pravnog subjektiviteta državama koje su proglasile samostalnost, a pozvane su i treće države da učine istovjetan korak. Međunarodno priznanje presumira da novopriznati subjekti međunarodnog prava kao punopravni članovi međunarodne zajednice poštuju temeljna načela međunarodnog prava, napose ona predviđena Poveljom Ujedinjenih naroda (primjerice načela mirnog rješavanja sporova, poštivanja državne neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti i sl.).<sup>50</sup> Međunarodnopravni subjektivitet mogao bi u nekim pitanjima imati i Savez. Tako autor predlaže mogućnost zaključenja međunarodnih ugovora od strane Saveza, koji bi tada obvezivali sve njegove države članice (nakon procesa ratifikacije, što se dakako treba predvidjeti pravom Saveza, tj. ustavima država članica). Autor kao primjer navodi neke međunarodne ugovore, čija je stranka Europska zajednica, a ne njezine države članice, ali obvezuju članice Europske zajednice, bez njihova posebnog pristupa ugovoru. Pored mogućnosti ograničenog prava *ius contrahendi* za Savez, autor u obrazloženjima svojega Plana ističe i mogućnost ugovaranja zajedničkog *iuris legitimationis* u smislu aktivnog i pasivnog poslanstva i sl. Autorov je stav bio iznaći ono rješenje, koje će pomiriti interese Hrvatske i Slovenije prema samostalnosti, ali i zadovoljiti one države (poglavito Srbiju i Crnu Goru) za tješnjim odnosima i naglašenijom zajedničkom vanjskopolitičkom orijentacijom. To bi bilo moguće ostvariti na navedenim načelima budućega Saveza jugoslavenskih država.

<sup>49</sup> GREGURIĆ, F., *Vlada demokratskog jedinstva: 1991., 1992.*, Naklada Zadro, Zagreb, 1998.

<sup>50</sup> Autor Prijedloga u pet točaka argumentirao je svoj prijedlog u *Obrazloženjima Plana*, a šira je javnost s Planom bila upoznata u *Vjesniku*, 15. kolovoza 1991., *VJESNIK*, 15. kolovoz 1998, str. 8 i 9., prema RUDOLF, D., *Rat koji nismo htjeli*, str. 307–321.

## **5.2. Poštivanje međunarodnih obveza (osobito načela o mirnom rješavanju sporova)**

Ova druga točka Plana zapravo proizlazi iz prethodne, no autor naglašava njenu važnost zbog ukazivanja na nužnost poštivanja međunarodnog prava, u smislu prihvaćanja načela mirnog rješavanja sporova. Ovdje se izrijeком spominje "obvezu poštivanja postupaka i foruma za rješavanje sporova, uključujući sud i arbitražu." Rudolf osobito naglašava, tzv. institucionalne ili formalne mehanizme mirnog rješavanja sporova, čije su odluke obvezujuće za države u sporu, kako bi se naglasilo nastojanje i učinkovitost rješavanja međunarodnih sporova. Primjerice, autor nije sklon diplomatskim sredstvima mirnog rješavanja sporova (npr. dobrim uslugama, posredovanjima i drugim načinima rješavanja spora, čija odluka ima političko-diplomatsku važnost, a ne i obvezu da bude provedena).<sup>51</sup> Važno je upozoriti kako je ova točka Plana bila vrlo dalekovidna, s obzirom na to da će nakon evolucije krize u Jugoslaviji i njezinog potpunog internacionaliziranja biti nezamislivo njezino rješavanje bez korištenja modaliteta institucija međunarodnih foruma sa zadaćom mirnog rješavanja sporova (Vijeće sigurnosti UN), međunarodnog pravosuđa (Međunarodni sud UN-a). Vijeće sigurnosti će u cilju postizanja svojih zadaća očuvanja mira u bivšoj Jugoslaviji utemeljiti i svoj posebni *ad hoc* pomoćni organ, sa sudbenom funkcijom (Međunarodni sud za ratne zločine počinjene na području bivše Jugoslavije i Ruande utemeljen 1993. godine).

## **5.3. Otpočinjanje postupka razdruživanja**

Treća točka Plana odnosi se na početak postupka razdruživanja samostalnih država od ostalih federalnih jedinica i federacije. U tom bi se postupku koristili i prije navedeni elementi međunarodne arbitraže, a za čitavo vrijeme tog specifičnog postupka, u svrhu njegovog realiziranja, ali i mirnog prijenosa ovlaštenja nastavljaju postojati i funkcionirati pojedina tijela, organi i institucije iz nadležnosti jugoslavenske federacije.

Pod pojmom "razdruživanja" misli se u prvom redu na gašenje tijela, organa i institucija federacije i redefiniranje njihove nove uloge, koja bi se mogla

---

<sup>51</sup> U slučaju jugoslavenske krize sve prednosti koje pružaju ta tzv. diplomatska sredstva (izravno pregovaranje, dobre usluge i posredovanje ili medijacija) bile bi potpuno beskorisne. Kod takvih sredstava predmet spora ne treba biti posebno definiran. Jugoslavenskim republikama tada ne bi koristila niti prednost tih sredstava koja se odnosi na mogućnost da se takvi pregovori obave diskretno, izvan pozornosti javnosti. Mana tih modaliteta mirnog rješavanja sporova je i činjenica što se teško može jamčiti potpuna ravnopravnost pregovora, a napose poštivanje njegovih rezultata. Obično neka od stranaka u takvim pregovorima dominira. Stoga je Rudolf s razlogom i jasnim argumentima *apriori* odbacio ovakve modalitete mirnog rješavanja sporova, priklonivši se poglavito tzv. institucionalnim (formalnim sredstvima). Kao neki vid takvih pregovora moguće je razmatrati susrete predsjednika šest jugoslavenskih republika, koji su se u nekoliko navrata održali tijekom 1990. i 1991. Ti neformalni razgovori, obično obilježeni incidentima i izrazitom napetošću nisu, međutim, dali nikakvih rezultata.

ostvariti u okviru novoutemeljenih institucija Saveza jugoslavenskih država. Značajno je napomenuti kako autor ovog Plana dobro cijeni važnost ostvarivanja kontinuiteta u djelovanju tih saveznih organa i njihovih zaposlenika, navlastito strukture časnika, dočasnika i stručnih tijela JNA. Autor se boji svake radikalizacije u rješavanju njihova statusa te uočava njihovo iskustvo i stručnost, što sve može koristiti možebitnim budućim zajedničkim tijelima novouspostavljenog jugoslavenskog saveza.

Pojam "razdruživanje" sadržan je u nekoliko saborskih rezolucija, osobito u onoj od 21. veljače 1991. Sukladno autoru Plana taj specifičan pojam odnosi se u prvom redu na "postupak mirnog i dogovornog sređivanja računa, međusobnih prava i obveza između republika i federacije".<sup>52</sup> Taj sporazum mora poštovati dotadašnja prava i obveze federacije prema trećim državama (u skladu i s Ustavnom odlukom o samostalnosti i suverenosti Republike Hrvatske – Točka III.), kao i kognitna međunarodnopravna pravila, i ne smije ničim osporavati jamstvo svake novonastale države u pogledu zaštite prava čovjeka. Svako pojedinačno pitanje (primjerice postupak sukcesije) rješava se primjenom ugovornog ili običajnog međunarodnog prava, a moguće je ugovoriti poseban aranžman međunarodne arbitraže. Članak u Vjesniku, kao svojevrsna razradba Plana pet točaka sadrži i analizu praktičnih pitanja koja će proizaći iz postupka razdruživanja, a autor, temeljem vrsnog poznavanja međunarodnog prava, njegove prakse i judikature, daje prilično jasne i realne odgovore na moguće izazove "razdruživanja". Ta su pitanja vezana za: a) utvrđenje državnih granica, b) status osoba, c) važenje dotadašnjih međunarodnih ugovora, d) isplatu zajedničkog jugoslavenskog duga, e) važenje federalnog zakonodavstva. Zanimljivo je reći kako su svi ovi argumenti prof. Rudolfa gotovo istovjetni budućim stavovima, koje će, počevši od studenog 1991. godine, iznijeti Badinterova komisija. Sve to ukazuje ne samo na visoku razinu i ispravnost hrvatske politike u kreaciji ukupne državne politike u tim vrlo delikatnim danima, već i na utemeljenost i prihvatljivu argumentaciju pitanja s kojima se stručnjaci koji se bave međunarodnim pravom rijetko susreću. Unatoč prvotnom nerazumijevanju međunarodne zajednice, koja je bila pod dojmom neprihvatljivih srbijansko-hegemonističkih stavova, vrlo će se skoro postaviti potpuno prihvatljivi argumenti za međunarodno priznanje i afirmaciju Republike Hrvatske.

#### **5.4. Stvaranje saveza suverenih država**

Četvrta točka Plana tiče se zaključenja ugovora o stvaranju saveza suverenih država, prema modelu Europske zajednice. Taj bi postupak tekao istodobno s postupkom razdruživanja, te bi se tako nastavio svojevrsni kontinuitet funkcioniranja

---

<sup>52</sup> Navod prema članku u VJESNIKU, op. cit., 15. kolovoza 1991. Zanimljivo je kako autor Plana ovaj pojam temelji na pravno-povijesnim iskustvima razdruživanja Norveške i Švedske iz 1905. (Sporazum u Karlstadu), te Danske i Islanda iz 1944. No ta iskustva koja su bila obilježena i ratnim zbivanjima, na žalost nisu bila primjenjiva i sukladna osnovnim postavkama srbijanske i druge hegemonističke koncepcije u Jugoslaviji.

saveznih tijela, u smislu njihova preustroja u tijela Konfederacije. Autor Plana kao uzor modela jugoslavenskog saveza navodi Europsku zajednicu, upozoravajući i na rješenja koja su bila predviđena za institucionalnu reformu Zajednice 1993. godine. Posebno su važna iskustva u genezi prvobitnih Zajednica od 1957. do 1993. pa i ta realnost može biti optimističan znak možebitnih budućih mijena jugoslavenskog saveza. Navode se i modeli skandinavskih zemalja, model Ujedinjenih naroda, kao iskustvo u traženju modela državnog saveza spominju se i Hruščovljeve ideje o Konfederaciji Savezne Republike Njemačke i Njemačke Demokratske Republike, a posebna se važnost daje već analiziranom Zajedničkom hrvatsko-slovenskom prijedlogu iz 1990., Zajedničkom prijedlogu predsjednika BiH i Makedonije iz 1991., te neslužbenim nacrtima hrvatske Vlade iz 1990. i iz svibnja 1991. Rudolf tek napominje moguće modele, ne ulazeći u njihovu daljnju elaboraciju. Međutim, dati su temeljni ciljevi i zadaće budućeg udruživanja, koji bitnije ne odstupaju od Deganovog modela iz listopada 1990., koji smo ranije dublje analizirali. To su zajednički interesi u gospodarstvu, području vanjskih poslova, obrane i poštivanje ljudskih i manjinskih prava.

### ***5.5. Poštivanje ljudskih i manjinskih prava***

Striktno poštivanje ljudskih prava i prava nacionalnih manjina pod internim i međunarodnim nadzorom peti je osnovni postulat Rudolfova prijedloga. Iako ta točka nije detaljnije razrađena, jasno je kako se misli na znatna iskustva koja su u tom vremenu bila već izgrađena u smislu zaštite čovjeka u međunarodnom pravu. Naglašava se kako će se nadzor nad provedbom tih prava provoditi putem internih organa, a ako za to bude bilo potrebe i putem međunarodnih. Već smo navodili iskustva zaštite ljudskih prava u sustavu Vijeća Europe, koja su služila kao uzor u navedenim modelima konfederalizacije Jugoslavije.

### ***5.6. Odjeci Rudolfova Plana***

Odjeke Rudolfova Plana u pet točaka valja sagledavati u okolnostima tadašnjeg trenutka i zaključaka Brijunske deklaracije, koja od jugoslavenskih republika zahtijeva nastavak pregovora za rješavanje krize. Jugoslavenska je javnost Planu pristupala sa svojih već dobro profiliranih pozicija. Tako ga je većina tadašnjih vrhovnih dužnosnika jugoslavenskih republika ocjenjivala kao dobru podlogu za nastavak pregovora. Bosansko-hercegovačko vodstvo, u skladu sa svojim manje naglašenim suverenističkim konceptom, pribojavalo se je agresivne velikosrpske političke, ali i vojne akcije, (ono tada pokušava postići, tzv. povijesni sporazum sa Srbima, što nije uspjelo) dok je Slovenija nastavljala zastupati naglašeniji suverenistički smjer.

Stajališta međunarodnih čimbenika još nisu bili dovoljno generirani, što će uslijediti napose od rujna 1991. i početka naglašenije internacionalizacije jugoslavenske krize. Očekivali su se učinci brijunskoga dogovora. U tom, gotovo naivnom očekivanju početaka pregovora čelnih dužnosnika jugoslavenskih

država, što su trebali otpočeti 1. kolovoza 1991., međunarodna je zajednica gotovo unisono tolerirala velikosrpsku politiku, koju već tada možemo opisati kao zločinačkom.<sup>53</sup> Stoga, niti u rijetkim diplomatskim kontaktima hrvatske diplomacije s dužnosnicima Europske zajednice i SAD-a nije bilo iskazano nikakvo razumijevanje za sukob u Hrvatskoj. S obzirom na tadašnje nepostojanje učinkovitijeg zauzimanja za nastojanje konstruktivnijeg rješavanja jugoslavenske krize, te i kasnijih nejasnih i nepovoljnih poteza prema Hrvatskoj i BiH, stvoreni su izravni uvjeti da velikosrpska akcija, s oznakama agresije i genocida potraje čak četiri godine i uzrokuje zla, kakva je povijest Europe, doduše, imala priliku ispisivati, ali ne nakon 1945. godine.

### ***6. Ideje o jugoslavenskoj konfederaciji u prijedlozima Konferencije o Jugoslaviji Europske zajednice – 4. studeni 1991.***

Potkraj kolovoza 1991. na prijedlog njemačkog saveznog ministra vanjskih poslova Hans Dietricha Genschera<sup>54</sup>, Vijeće ministara EZ-a donosi odluku o osnutku Konferencije o Jugoslaviji, s ciljem rješanja krize, a u prvom joj je planu

---

<sup>53</sup> Zbivanja tih dana na prostoru Hrvatske i Jugoslavije možemo pratiti u tri pravca: 1. U Hrvatskoj se vodi klasični ratni sukob protiv postrojbi MUP i hrvatskih dragovoljaca, koji sukladno međunarodnom ratnom pravu imaju status boraca (u smislu članaka 1. i 2. Haškog pravilnika o kopnenom ratu iz 1907. Ženevskih konvencija o poboljšanju sudbina žrtava rata 1949. te Protokola iz 1977., čl. 44). Napada se Osijek, Vukovar i druga mjesta u Slavoniji i Baranji. Posebno su šokantna svjedočanstva mnogih prognanika (već ih je tada desetak tisuća) o stravičnim zločinima u Dalju i Aljmašu. Napeto je u zadarskom i šibenskom zaleđu, a terorističke formacije dijela srpske nacionalne manjine u Republici Hrvatskoj obznanjuju javnosti nove forme svojega paradržavnog organiziranja, suprotna ustavnopravnom poretku RH. 2. Nastavlja se diplomatska aktivnost i intenzivna kampanja za očuvanje nacionalnih interesa i pokušavanja izbjegavanja rata. Tako se bilježe mnogi susreti predsjednika Republike dr. Tuđmana, Sabor na izvanrednom zasjedanju daje potporu Vladi demokratskog jedinstva premijera Gregurića, a važne su i odluke unutarnje političke prirode u cilju obrane države i očuvanja ustavnog poretka. 3. Nastavljaju se i aktivnosti na razini Predsjedništva SFRJ. Ono u više pokušaja donosi odluke o prestanku rata u Hrvatskoj, ističući u prvom redu kako JNA mora jamčiti ta primirja. Bila je to dobro smišljena akcija, gdje se jedinstvena jugoslavenska vojska, koja je trebala štiti i interese hrvatskog naroda, rabila isključivo u svrhu velikosrpske kampanje i nove dimenzije njihove agresije na RH. To prepoznaje i predsjednik predsjedništva SFRJ Stjepan Mesić, koji 30. srpnja 1991. napušta sjednicu. Prema KRONOLOGIJA ZBIVANJA U REPUBLICI HRVATSKOJ, op. cit. str. 44–46.

<sup>54</sup> Zanimljivo je navesti kako je njemačka diplomacija imala posebno važno i istaknuto mjesto u procesima internacionalizacije jugoslavenske krize. Za razliku od ostalih velikih sila koje su se poglavito zalagale za očuvanje jugoslavenskog državnog zajedništva, njemački je savezni kancelar Helmut Kohl bio izričit u svojim zahtjevima za priznavanje državne samostalnosti onih jugoslavenskih republika koje to žele i koje ispunjavaju određene uvjete. Iako je u prvim istupima ovakva njemačka diplomatska intencija bila kritizirana, s obzirom na moguća podsjećanja na njemačku želju za svojom penetracijom prema srednjoeuropskom i istočnom području, ova će inicijativa imati izuzetno značenje za međunarodne procese u afirmaciji i međunarodnom priznanju Republike Hrvatske. Tako Helmut Kohl 4. rujna 1991. govori u njemačkom parlamentu (Bundestag) o "pravu na međunarodno priznanje onih država koje žele više sudjelovati u jugoslavenskoj zajednici", a 19. rujna istupa s bilateralnom izjavom s francuskim predsjednikom

pokušaj postizanja primirja i zaustavljanja velikosrpske agresije. Konferencija otpočinje s radom 7. rujna 1991., a zaključena je 12. prosinca iste godine, s jasnim rezultatima, koji će ipak odškrinuti vrata za razrješavanje barem jedne, u etapama izuzetno kompleksne, jugoslavenske krize. Na čelo Konferencije imenovan je nekadašnji ministar vanjskih poslova u vladi Ujedinjenog Kraljevstva lord Petar Carrington. Posebnu će važnost imati i specijalizirano stručno *ad hoc* tijelo što će ga Konferencija osnovati sa zadatkom donošenja stručnih, autoritativnih stajališta o najvažnijim pitanjima međunarodnopravne problematike. To je Povjerenstvo koje je, prema svojem predsjedniku, bivšem predsjedniku francuskog Ustavnog suda, Robertu Badinteru, poznato kao Badinterovo povjerenstvo ili Badinterova komisija.

Velike sile, poglavito EZ i SAD, koje, izuzev Njemačke i snažne i odlučne vatikanske diplomacije pape Ivana Pavla II<sup>55</sup>, nikako nisu bile sklone disoluciji Jugoslavije zalagale su se za neki oblik njezina očuvanja. Kompromis bi bio jedino njezino institucionalno i državnoopravno reformiranje. To pokazuju i brojna iskazana stajališta vodećih dužnosnika velikih sila iz rujna i listopada 1991. S gledišta međunarodnog prava osnovne proturječnosti velikih sila bile su u prijeporima oko dva suprotna temeljna pogleda na ovaj slučaj, s obzirom na međunarodno priznanje jugoslavenskih republika. S jedne strane, inzistiralo se na prihvaćanju načela prava naroda na samoodređenje, koje je u međunarodnom pravu već imalo svoju, doduše ograničenu, primjenu (sukladno principima *uti possidetis iuris* u pitanjima dekolonizacije u Latinskoj Americi u XIX. stoljeću<sup>56</sup>), dok je s druge strane američka diplomacija ukazivala na st. 4. članka 2. Povelje UN-a, koja zabranjuje bilo kakvu uporabu sile "uperene protiv teritorijalne

---

države Mitterandom sa sličnim argumentima. Vidi HILLGRUBER, CH., *Die Aufnahme neuer Staaten in der Völkerrechtsgemeinschaft*, Peter Lang, Frankfurt am Mein, 1998., str. 618. i 619.

<sup>55</sup> Za temeljne postavke vatikanske diplomacije u jugoslavenskoj krizi vidi CVRLJE, V., *Vatikanska diplomacija – pokoncilski Vatikan u međunarodnim odnosima*, Školska knjiga, Kršćanska sadašnjost, Zagreb, 1992., str. 300–310.

<sup>56</sup> Ovo načelo se primjenjivalo u pitanjima dekolonizacije u Srednjoj i Južnoj Americi početkom XIX. stoljeća, a svoju afirmaciju postiže i u stajalištima Međunarodnoga suda u vremenima dekolonizacije u Africi. Na načelo se poziva i pri raspadu SSSR i Češko-Slovačke, a stajališta Arbitražnog povjerenstva Konferencije o Jugoslaviji pozivaju ga kao načelo rješavanja pitanja sukcesija granica. Postoji već i dosta bogata sudska praksa međunarodnoga pravosuđa u cilju afirmacije načela pa V. Crnić-Grotić drži: "Ispitujući dostupnu međunarodnu judikaturu, kao i odluke političkih organa međunarodnih organizacija poput OUN, EZ, KESS, autorica zaključuje da se može prihvatiti tvrdnja da je načelo *uti possidetis iuris* opće načelo međunarodnog prava primjenjivo na slučaj dekolonizacije i raspada federalnih država." Crnić-Grotić, V., "Načelo *uti possidetis* u međunarodnom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2., 1995., str. 295-308. Ovo načelo će biti primijenjeno i u odlukama Badinterovog povjerenstva (Mišljenje br. 1 i slijedeća), što će srušiti argumente srbijanske državne politike, u smislu njihovih okupacijskih sustava u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini. Srbijanska osvajanja u BiH biti će, na svojevrsni način, respektirana tek 1995. kada će Daytonski sporazum u budućem uređenju BiH uzvati postojanje srbijanske ekspanzionističke politike, i u vidu tzv. entiteta priznati Republiku Srpsku. Za tekst Mišljenja Badinterovog povjerenstva vidi: DEGAN, *Hrvatska država u međunarodnoj zajednici*, str. 334 i dalje.



cjelovitosti ili političke nezavisnosti bilo koje države". S obzirom da je Hrvatska tada još, prema američkim gledištima, bila sastavni dio SFRJ, njezina politika nije bila sukladna s temeljima prava Ujedinjenih naroda. No, načelo prava naroda na samoodređenje ipak je u znatnoj mjeri bilo lakše argumentirano, pa se u okviru rada Mirovne konferencije sve više ukazuje važnost priznanja međunarodnopravnog subjektiviteta jugoslavenskim republikama, s mogućnošću organiziranja svojevrstnog saveza suverenih država.

Na to su u svojoj izjavi 4. listopada pristali i predsjednici Hrvatske i Srbije (dr. Franjo Tuđman i Slobodan Milošević) te ministar obrane SFRJ (Veljko Kadrijević), kada su kao osnovu rješavanja jugoslavenske krize istakli međunarodno priznanje jugoslavenskih republika, a između načela rješavanja krize u prvoj točki Izjave istaknuto je "ustrojavanje jednog labavog saveza neovisnih država."<sup>57</sup> No, velikosrpska koncepcija ipak nije zastupala načelo *uti possidetis iuris* u smislu određivanja međudržavnih granica tih spomenutih samostalnih subjekata međunarodnog prava. Ta će koncepcija doživjeti krah i bit će radikalno odbačena u mišljenjima Badinterovog povjerenstva.

Munjevite su bile promjene u danima listopada 1991. godine. Nakon nepoštivanja niti jednog potpisanog primirja, 7. listopada zrakoplovstvo JNA izvršilo je brutalni i bezobzirni napad na Zagreb, nastojeći likvidirati hrvatsko državno vodstvo. Raketirani su Banski dvori s nakanom atentata na predsjednika Republike Hrvatske, dr. Franju Tuđmana te njegove najbliže suradnike, a baš u trenucima tog napada, hrvatsko vodstvo razgovaralo je i sa saveznim premijerom Antom Markovićem. Dana 8. listopada istekao je tromjesečni moratorij na brijunske odluke, pa je Hrvatski sabor, kako smo već ranije naveli, u svojoj Odluci<sup>58</sup> proglasio prekid svih državnopravnih veza s jugoslavenskom federacijom i republikama koje su činile tu državu, pozvavši države međunarodne zajednice na međunarodno priznanje. U takvim okolnostima izmijenila se i uloga Mirovne konferencije. Na novoj sjednici njezinog šireg saziva, 18. listopada 1991., uz nazočnost članova jugoslavenskog predsjedništva, saveznoga premjera Markovića, saveznoga ministra vanjskih poslova Lončara, Konferenciji su nazočili i predsjednici jugoslavenskih republika. Pored novog primirja koje je dogovoreno te odluka o povlačenju JNA iz Hrvatske, Konferencija je razradila i svoje zaključke od 4. listopada. U zaključcima tog sastanka jače su naglašene obveze jugoslavenskih republika po pitanjima zaštite ljudskih i manjinskih prava, te obveze republika u prihvaćanju institucionaliziranih standarda OESS-a u provedbi i nadzoru poštivanja tih prava. Pod točkom b) navedenih zaključaka ponovno se spominje mogući savez država, ali je sada posebno naglašen

<sup>57</sup> Navedeno prema: HILLGRUBER, CH., op. cit., str. 629.

<sup>58</sup> NN, br. 53, 8. listopada 1991. Ova odluka ima dijelom deklaratorni karakter, jer potvrđuje i ponovno osnažuje primjenu saborskih odluka od 25. lipnja 1991. godine. No, u pogledu raskida državnopravnih veza sa SFRJ i republikama koje su je činile, karakter te odluke je konstitutivne prirode. To potvrđuje opća odredba Odluke pod 1.: "Republika Hrvatska od dana 8. listopada 1991. godine raskida državnopravne sveze na temelju kojih je s ostalim republikama i pokrajinama tvorila dosadašnju SFRJ".

"međunarodnopravni subjektivitet republika", što je u usporedbi s prijašnjim zaključcima jasna nakana Konferencije da će međunarodno priznati sve države jugoslavenske federacije, koje to žele, kao punopravne subjekte međunarodnog prava i respektirati njihove želje stvaranja nekog međudržavnog saveza. Ako sagledavamo takav stav Mirovne konferencije, moguće je zaključiti kako su svi prijedlozi hrvatskih vladinih stručnjaka o jugoslavenskoj konfederaciji, ovim zapravo dobili i međunarodnu potvrdu. Ti su se prijedlozi pokazali izrazito dalekovidnima i realnima, što i nije nerazumljivo s obzirom na poznavanje naravi velikosrpskih stavova. Ta točka u izvorniku glasi: "(a) Sovereign and independent republics with international personality for those that wish it; (b) a free association of the republics with international personality as envisage in these arrangements."<sup>59</sup>

Prva etapa rada Konferencije, od 7. rujna do 4. studenog 1991., uz ostale već istaknute ciljeve, bila je dakle označena i pokušajem konkretnog rješenja krize, u smislu stvaranja svojevrsnog saveza jugoslavenskih država. Predsjedatelj Konferencije je kao dva temeljna prijedloga naveo Zajednički hrvatsko-slovenski prijedlog i Izetbegović-Gligorevljevu Inicijativu za rješavanje krize, da bi u konačnici nakon više sastanaka bio predložen nacrt za stvaranje jugoslavenskog saveza država.

To je Nacrt Konvencije Konferencije o miru u Jugoslaviji od 4. studenog 1991<sup>60</sup>. Potrebno je naglasiti kako su u radu Konferencije sudjelovali državni čelnici hrvatske države te se ta politika Europske zajednice može smatrati prvim međunarodnim kontaktima RH i EZ. No, prijedlog o jugoslavenskoj konfederaciji donijet je prekasno. Vrijeme je to samog vrhunca agresije Srbije, Crne Gore i ostataka JNA na Hrvatsku, te je bilo teško za očekivati kako će ovakav projekt imati značajnijeg uspjeha. No, neki aspekti spomenutog dokumenta ipak će imati bitniju ulogu u procesima međunarodnog priznanja RH te daljnjoj artikulaciji međunarodnih odnosa vezanih za jugoslavensku krizu. Ovaj ćemo akt vrlo sažeto analizirati iz razloga što je sličan prethodnima, a analizu vršimo razmatranjem elementata koji karakteriziraju državni savez ili konfederaciju, prema Iblerovoj temeljnoj definiciji.<sup>61</sup>

1. **Međunarodni ugovor.** Konfederativni oblik državnog zajedništva temeljen je na međunarodnom ugovoru, kojim su definirani odnosi država u savezu. Ovaj je Nacrt konfederacije trebao biti međunarodni ugovor. Savezu pristupaju samostalne i suverene države, s pravom njegova napuštanja, a Konvencija predviđa mogućnost napuštanja konfederacije one države koja stekne punopravno

<sup>59</sup> Prema HILLGRUBER, op. cit., str. 631–632.

<sup>60</sup> Nacrt je analiziran prema izvorniku pribavljenom u Ministarstvu inozemnih poslova RH, ("Treaty provisions for the Convention – Corrected version, 4. November 1991."), a preveo ga je i Degan. Prijevod je objavljen: DEGAN, Hrvatska država u međunarodnoj zajednici, str. 319–331.

<sup>61</sup> IBLER, V., Rječnik međunarodnog javnog prava – 2. izmjenjeno i dopunjeno izd., Informator, Zagreb, 1987., str. 134–135.

članstvo u Europskoj zajednici. Međusobno međunarodno priznanje svih država članica saveza temeljni je uvjet obrazovanja ovakvog saveza.

2. **Vinculum iuris.** Suvremeni nauk međunarodnog prava na temeljima povijesnih iskustava niti u kojem slučaju ne poznaje formatiran primjer sadržaja pravnog odnosa u okviru konfederacije. Svaki se povijesni primjer uobičajeno posebno razmatra i definira (što smo i pokazali u uvodnim pripomenama ovoga rada). Takav je primjer pokazao i Nacrt konfederacije o kojem govorimo. Uzori stvaranju ove konfederacije bili su sadržani u tadašnjim ugovorima Europskih zajednica, upravo nastajećem Maastrichtškom modelu Europske unije te u pravu Ujedinjenih naroda. Konvencija nabraja uobičajen katalog ljudskih prava (čl. 2A), prema uzoru na dominantna vrela univerzalnog i partikularnog međunarodnoga prava u oblasti zaštite ljudskih prava. Osobito je bila naglašena suradnja jugoslavenskih država na polju zaštite ljudskih prava s predviđajućim pravnim mehanizmima i procedurama te zaštite. Kao uzori takve suradnje, analizom Konferencije mogu se uočiti mehanizmi zaštite ljudskih prava u sustavu Ujedinjenih naroda (Odbor za ljudska prava) i Vijeća Europe (Europska komisija, odnosno Europski sud za ljudska prava) te modaliteti monitoringa prema uzoru na tadašnji KESS (danas OESS). Tako se trebao uspostaviti Sud za ljudska prava, čija je procedura trebala sličiti onoj pred Odborom za ljudska prava UN-a ili Europskog suda za ljudska prava Vijeća Europe. Značajnija je pozornost ukazana na međusobnu suradnju u pitanjima zaštite prava manjina. Konvencija je predviđala uspostavu političkih autonomija na onim područjima država članica gdje nacionalna manjina predstavlja većinu u odnosu na većinsko stanovništvo u državi. Ta su područja trebala biti demilitarizirana uz uspostavljen međunarodni nadzor nad njima (čl. 2b Nacrta). Konferencija o Jugoslaviji razumljivo je, inzistiranjem na takvim standardima, pokušala odgovoriti na teška kršenja ljudskih prava u Hrvatskoj u tome vremenu te zajamčiti manjinska prava srpskoj i drugim manjinama u Hrvatskoj i spriječiti buduće sukobe koji bi bili inspirirani nacionalnim motivima. Takva će se stajališta vrlo brzo pokazati opravdana, kada će, izbijanjem rata u Bosni i Hercegovini, jugoslavenska kriza dobiti nove dimenzije. Prema uzoru na europsku ekonomsku suradnju u okviru EEZ-a, jugoslavenske su države trebale surađivati i na drugim područjima. Tako je Konvencija predviđala pojedine oblike carinske unije, mogućnost uspostave zajedničke tržišne i monetarne unije, posebne zajedničke politike i aranžmane tješnje suradnje na područjima nacionalne sigurnosti, borbe protiv organiziranog kriminala, zajedničku policijsku suradnju, suradnju u kulturi, socijalnim politikama i dr.

3. **Institucije.** Institucije ne trebaju neminovno postojati kao obilježja konfederacije. Ako postoje, one imaju pravnu prirodu konferencijskih organa, gdje svaka država sudjeluje s jednim glasom ili jednakim brojem glasova. Izvršna funkcija ne postoji, a moguća su i neka stručna, tehnička ili organizacijska tijela za lakše funkcioniranje konfederacije. Konvencija Konferencije o Jugoslaviji predviđala je institucije u jugoslavenskoj konfederaciji. S jedne strane posebno je važnu ulogu imao već spomenuti Sud za ljudska prava, a zaštitom ljudskih prava trebala su se baviti i *ad hoc* povjerenstva za ljudska prava (npr. izbrana

sudišta za mirno rješavanje sporova i drugi mehanizmi međunarodnog prava). Vijeće je vrhovno tijelo za opću suradnju i utvrđivanje općih obilježja politike konfederacije. U njega ulaze poglavari država-članica i odluka se donosi konsenzusom. Za ekonomsku suradnju trebalo je ustrojiti Vijeće za ekonomsku suradnju, u kojem bi sudjelovali nadležni ministri država-članica konfederacije. Ono odlučuje konsenzusom, a može obrazovati i druga specijalistička tijela za suradnju. Izvršni odbor, Tajništva i Glavni tajnik, trebala su biti tijela administrativnog značenja, koje bi omogućavalo funkcioniranje jugoslavenske konfederacije i brinula se o tehničkim i organizacionim pitanjima. Osobitu je važnost trebalo imati Vijeće za političku i sigurnosnu suradnju<sup>62</sup>, u koje bi ulazili ministri vanjskih poslova država-članica, koji također odlučuju konferencijskim modelom. Odluka se dakle donosi jednoglasno, a ako se neka država njoj protivi, odluka se može usvojiti, s time da se ne primjenjuje na državu koja glasuje protiv. Ostavljena je otvorena mogućnost parlamentarne suradnje, tj. u svakom slučaju postupka odlučivanja moguće je drukčije sporazumijevanje i ugovaranje alternativnih mehanizama.

Postavlja se pitanje kakav je bio odjek ove inicijative Konferencije o Jugoslaviji i je li ona imala nekog utjecaja na daljnja kretanja jugoslavenske krize. Agresija Srbije i Crne Gore na Hrvatsku nije obustavljena, a jugoslavenska je zajednica već bila stvar prošlosti. No u procesu međunarodnog priznanja novonastalih republika bivše Jugoslavije ovaj je akt Konferencije o Jugoslaviji ipak imao svoje značenje. Njegov čl. II., koji govori o zaštiti ljudskih prava i specijalnom statusu nacionalnih manjina, postat će relevantan u slijedu kriterija za međunarodno priznanje Republike Hrvatske od država-članica Europske zajednice. Kada je u Smjernicama o priznanju novih država u Istočnoj Europi i Sovjetskom Savezu, usvojenoj na izvanrednom ministarskom sastanku Europske unije (16. prosinca 1991.) te Deklaraciji o Jugoslaviji, Europska zajednica odlučila je uvjetno priznati države nastale raspadom bivše Jugoslavije, na temelju mišljenja, tzv. Badinterovoga arbitražnoga povjerenstva, katalog ljudskih prava (čl. II. Konvencije od 4. studenog 1991.), postat će jedan od tih uvjeta. Tako je Deklaracija o Jugoslaviji, koja je posebne uvjete za priznanje država bivše Jugoslaviji predviđala za sve države koje žele međunarodno priznanje i ispunjavaju uvjete iz Smjernica o priznanju država u Sovjetskom Savezu i Istočnoj Europi, da do 23. prosinca 1991. godine pored drugih uvjeta izjave: "da prihvaćaju odredbe navedene u Nacrtu Konvencije u razmatranju Konferencije o Jugoslaviji, a napose odredbe Glave II. o ljudskim

<sup>62</sup> Ovo je tijelo zamišljeno pod utjecajem tzv. drugog stupa Europske zajednice, koji se baš u to vrijeme ugovorio Maastrichtskim ugovorom. Tako je dotadašnja integracijska struktura Europske zajednice (tzv. prvi stup) proširena i novim dvama poljima zajedničke suradnje. Drugi i treći stup Europske unije ima karakter međuvladinog ugovora, za razliku od osobitog supranacionalnog prava, izgrađenog dotadašnjim sporazumima, a koje su sada novom sistematizacijom prava EZ predstavljene kao tzv. prvi stup. Tako zajednička sigurnosna politika jugoslavenskih država ima isključivo karakter međunarodnog ugovornog prava, te se nije predviđala čvršća supranacionalna struktura.

pravima i pravima nacionalnih i etničkih skupina."<sup>63</sup> Nakon što je Republika Hrvatska podnijela naznačena jamstva Konferenciji o Jugoslaviji te odgovorila i posebnim zahtjevima Konferencije o Jugoslaviji o izmjenama Ustavnog zakona o zaštiti prava manjina, države-članice Europske zajednice kolektivno su međunarodno priznale Republiku Hrvatsku 15. siječnja 1992.

### *Zaključna razmatranja*

Vrijeme kasnih osamdesetih godina XX. stoljeća, vrijeme je munjevitih promjena u europskom iskustvu, koje označuju izuzetno radikalne, neočekivane i iznenađujuće mijene u Istočnoj Europi. Slom komunizma i sve što će uslijediti najavit će nove valove humanizacije i demokratizacije Europe. Svijet će dobiti novu priliku da na kraju stoljeća, kojeg papa Ivan Pavao II. s pravom naziva "stoljećem sumraka ljudskog dostojanstva", na svojem koncu ipak iskaže neke nove i optimističnije odlike. Iscrpljivanje SSSR-a, koje završava njegovim raspadom, slomom komunizma, stvaranjem novih nacionalnih država, bili su veliki izazovi, kako za postojeću europsku realnost, u smislu pravocrtnih procesa geneze Europske zajednice, tako i na mnoge nove odnose, primjerice u domeni određivanja vanjskopolitičkih ciljeva, demokracije, ljudskih prava i sl. Definirani su potpuno novi modeli shvaćanja nacionalne sigurnosti, transatlantizma, odnosa prema Rusiji, definiranja izazova stabilnosti i sl. U takvim su okolnostima pojedinačni europski prostori različito reagirali. Sjeverne baltičke države obnavljaju odluke o svojoj državnosti iz ranih dvadesetih godina XX. stoljeća, skidajući višedesetljetni jaram temeljen na Staljinovoj okupaciji iz Drugog svjetskog rata. No, baltička iskustva, i unatoč napetostima, pokazatelj su značajnih vrijednosti formiranja vlastitih državnopravnih cjelina, spremnih za korijenite gospodarske i političke reformske izazove, usmjerene prema zapadnoeuropskim političkim i sigurnosnim sustavima. Srednjoeuropski dio, s teškim povijesnim teretima izuzetno je uspješno odolio izazovima mogućih većih potresa i sukoba, što je vrlo moguće kada se stvara nova država bez veće državnopravne tradicije. Demokratska Poljska, s vladom Tadeusa Mazowieckog, iskazala se je u nekoliko vrsnih diplomatskih poteza, kako u definiranju odnosa s Gorbačovom, tako i u uvažavanju nove ujedinjene Njemačke države, ali i osamostaljenju Ukrajine, Češke, Slovačke, Litve... U tim srednjoeuropskim prostorima s mogućim velikim izazovima za sigurnost, nove su demokratske vlade uspjele iznaći prava rješenja, zahvaljujući i političkoj razboritosti njihovih predvodnika-državnika te drugih velikana tadašnje političke scene Europe: Mihaila Gorbačova, Helmuta Kohla, Tadeusa Mazowieckog, Vatslava Havela, Lennarda Marria.

<sup>63</sup> Akte najvažnijih čimbenika međunarodne zajednice, koji su vodili međunarodnom priznanju RH objavio je i sistematizirao Anđelko Milardović. MILARDOVIĆ, A., Dokumenti o državnosti Republike Hrvatske, str. 112 i dalje; vidi i DEGAN, Hrvatska država, str. 330 i dalje.

Južniji dijelovi srednjoeuropskog prostora, Slovenija i Hrvatska, nisu imali sličnu povijesnu sudbinu, iako su baš pravna rješenja i prijedlozi koje razmatramo, bili u duhu najpozitivnijih iskustava Poljske, Čehoslovačke i drugih srednjoeuropskih zemalja, kao modela otvaranja i utemeljenja novih stranica u njihovoj političkoj i državnopravnoj povijesti. Jugoslavenska država, zbog nacionalističkog i hegemonističko-antidemokratskog vodstva, poglavito u Srbiji, s izuzetno opasnom strukturom jugoslavenske vojske i nejasnim međunarodnim odnosima prema opstanku Jugoslavije, bila je suočena s realnošću da baš te struje dobiju veliki manevarski prostor u negaciji hrvatsko-slovenskih stavova, koji su na demokratski, racionalan i ispravan način nastojali riješiti jugoslavensku krizu. Upravo su na tom tragu, na tragu mirne i tolerantne transformacije sustava, prijelaza iz socijalističkog sustava prema oblicima liberalnih demokracija, s eliminacijom velikodržavnih i imperijalističkih komunističkih sustava i likvidacije sada već blijedih Brežnjevljevske floskula o tzv. ograničenoj suverenosti, te zapadnoj jugoslavenske države nastojale iznaći rješenja za ostvarivanje tih ciljeva.

Kako bi slijedili srednjoeuropska iskustva i nastojali prevenirati izbijanje snažnije državne krize, hrvatski i slovenski politički čelnici pokušali su ponuditi konfederalni model transformacije Jugoslavije. Iako su kao dobri poznavatelji jugoslavenskih prilika oni bili svjesni malih izgleda za pokušaj prihvaćanja takvog rješenja, ne može se osporiti činjenica njihova nastojanja za iznalaženje mirnog zaključenja krize. Nudjenje prijedloga jugoslavenske konfederacije bilo je upravo u tu svrhu vrlo značajan pokazatelj zalaganja hrvatskog i slovenskog vodstva za mirom na ovim prostorima, ali uz potpuno očuvanje svojih državnopravnih interesa. Povijesna iskustva su pokazala kako dotadašnja praksa funkcioniranja Jugoslavije nije mogla biti jamac za ostvarivanje tih ciljeva.

Kako je za konfederaciju od neminovnog značenja ravnopravnost država članica, konferencijski model odlučivanja, nemogućnost nadglasavanja, bilo kakav hegemonistički element stran je opstanku takve državne zajednice, vrlo se brzo pokazalo da takva zajednica zapravo nema nikakve izgleda u datim povijesnim okolnostima. Srbija je baš u to vrijeme promovirala svoju hegemonističku političku doktrinu, koju generira prema ratnoj agresiji na gotovo sve susjedne države, s elementima grubog kršenja međunarodnog ratnog prava do jasnih odrednica genocida. Pripadnici njezine vojske i paravojskih postrojbi, u ime te ideologije vrše i najstravičnije ratne zločine. Te su konstelacije bile, dakako, sadržajem i taktikom vodećih čimbenika srbijanskog državnog vodstva, njezinih zastupnika u saveznim tijelima vlasti, te njihovih paradržavnih i lokalnih egzekutora, stoga je bilo nemoguće bilo kakvo pregovaranje i dogovaranje nekog modaliteta budućeg državnog organiziranja, koji bi akceptirao neke od odrednica, što definiramo kao konfederativnu državnu zajednicu.

Naposlijetku, valja zaključiti kako su hrvatski (manje slovenski) nacrti bili izgrađeni na vrhunskom poznavanju povijesnih iskustava i primjera konfederalnih država, savršenom poznavanju svih međunarodnopravnih odrednica i mehanizama koji bi bili prihvatljivi za moguću implementaciju u takav nacrt u jugoslavenskom primjeru. Te su opće povijesne, međunarodno-političke i međunarodnopravne

spoznaje bile proširene i vrlo zanimljivim i načelno prihvatljivim idejama tadašnjeg predmastrihtskog sustava organiziranja Europske zajednice, koja je tada pokazivala iskustva progresivnog političkog i gospodarskog rasta, s imperativima institucionalnog rekonstruiranja. Takva su iskustva, da su zaživjela na jugoslavenskim prostorima, mogla biti i svojevrsni primjer i poticaj europskom integriranju, ali i doprinijeti budućoj integraciji naroda koji su živjeli u Jugoslaviji u EZ. Uspoređujući razmatrane prijedloge možemo ustvrditi kako je Zajednički slovensko-hrvatski prijedlog više inklinirao izvornijem modelu konfederacije, iako je i u njegovu kreiranju neminovno utjecaj imalo i iskustvo Europske zajednice. Prijedlog Davorina Rudolfa zapravo je postupak, mehanizam, konkretni projekt čiji je temelj trebao biti postizanje povoljnijeg rezultata za razrješavanje jugoslavenske krize, bez temeljitijih razradbi budućeg saveza jugoslavenskih država. Prijedlog Europske zajednice veći uzor u institucionalnom kreiranju saveza crpi u iskustvu Zajednice i daje jači naglasak na mehanizme zaštite ljudskih prava, prema uzoru na postignuća Vijeća Europe.

Bolno iskustvo života nekih naroda u Jugoslaviji, još od 1918. godine, a napose brutalnost ratnih razaranja u vremenu prve polovice devedesetih godina XX. stoljeća u Sloveniji, Hrvatskoj i BiH, bit će dovoljan razlog da će hrvatska država budućnost potražiti u stvaranju samostalne države s ustavnom zabranom bilo kakvog stupanja u južnoslavenske ili balkanske integracije. Hrvatske i slovenske prijedloge iz 1990. i 1991. promatramo isključivo kao model rješavanja jugoslavenske krize, u tadašnjem povijesnom trenutku. Svako njegovo osuvremenjivanje u nekom od modela političkog ili državnopravnog oblika stvaranja neke nove zajedničke države na ovim prostorima bilo je jasno odlučno odbačeno, jer i danas dopiru neki, pa i institucionalni, prijedlozi o obnovama različitih oblika povezivanja država proizašlih iz jugoslavenske državne tvorbe. Elemente povezivanja sa susjednim državama Hrvatska sagledava isključivo u kontekstu njezine zainteresiranosti za stabilnost i sigurnost u jugoistočnoj Europi, što uključuje imperativne ravnopravne i partnerske suradnje sa susjedima. Hrvatska jasno odbacuje bilo kakve nametnute sveze s istočnim susjedima, osim u spomenutim ciljevima, dok su različiti programi i projekti što započinju u kasnim devedesetim (poput tzv. zapadnobalkanske suradnje u stabilizaciji i pridruživanju s EU, SECI, Pakt za stabilnost u jugoistočnoj Europi i različiti drugi oblici suradnje u okviru jugoistočne Europe) isključivo sagledavani u okviru imperativa suradnje Hrvatske sa susjednim državama, jedino sa željom njezinog doprinosa stabilnosti Europe, gdje će Hrvatska u skoroj budućnosti pronaći svoj ravnopravni položaj.

## Summary

### **PROPOSALS AND DRAFTS OF YUGOSLAV CONFEDERATION 1990/1991 – THE LAST ATTEMPTS OF “SAVING” THE STATE**

Yugoslav state was never in its history a confederation, however, at the time of crises – that actually had often occurred in its seven decades long life – there were ideas for its transformation. These ideas have culminated by the end of Yugoslav state community, in the late 1980's.

On the basis of historical experiences and examples of confederations, the author explores proposals for Yugoslav confederation that had been primarily developed for the purpose of constitutional transformation (prior to 1990), and subsequently became proposals for solution of Yugoslav crisis. Special emphasis is placed on the Common Croatian-Slovenian Proposal, of October, 1990; the Proposal in Five Points of 1991; and proposal drafted by the EEC Conference on Yugoslavia, offered to Yugoslav states on November 4<sup>th</sup>, 1991, as a last attempt of “saving” the state.

The author concludes that all of these proposals should be considered exclusively in the context of solving the Yugoslav crisis. They only represent a topic in contemporary legal history. Any future linking of these states on political grounds and creation of a new common state is fundamentally contrary to historical experience of almost all the member states of the former Yugoslavia.

**Key words:** *confederation, international relations 1990-1991, Yugoslavia – collapse of the state, Croatia – creation of the state (legal historical aspects), EEC – Conference on Yugoslavia 1991.*

## Zusammenfassung

### **VORSCHLÄGE UND ENTWÜRFE ZUR UMGESTALTUNG JUGOSLAWIENS IN EINE KONFÖDERATION IN DEN JAHREN 1990/91 – LETZTE VERSUCHE ZUR "RETTUNG" DES GEMEINSAMEN STAATES**

Der jugoslawische Staat war in seiner Geschichte niemals eine Konföderation, doch zu Zeiten seiner Staatskrisen, die ihn eigentlich durch die ganze sieben Jahrzehnte seines Bestehens begleiten, gab es Ideen zu seiner Transformation. Diese Ideen kulminierten geradezu im Augenblick der Erschöpfung der jugoslawischen Staatgemeinschaft, in den späten achtziger Jahren des XX. Jahrhunderts.

Indem er sich auf die historischen Erfahrungen und Beispiele der Konföderation bezieht, bearbeitet der Autor in dem Aufsatz Vorschläge zur



Konföderation des jugoslawischen Staates, die zuerst in der Transformation seines verfassungsrechtlichen Systems bestanden (bis 1990), um später zu Vorschlägen zur Lösung der jugoslawischen Krise zu werden. Besonders werden der Gemeinsame kroatisch-slowenische Vorschlag vom Herbst 1990, der Vorschlag in fünf Punkten von 1991, sowie der Vorschlag, den die Konferenz für Jugoslawien der EU den jugoslawischen Staaten am 4. Dezember 1991 als letzte Gelegenheit zur "Rettung" der staatlichen Gemeinschaft angeboten hat, genannt.

Der Autor kommt zu dem Schluss, dass alle diese Vorschläge ausschließlich im Kontext der Lösung der jugoslawischen Krise betrachtet werden müssen, denn sie präsentieren ausschließlich eine rechtstheoretische Thematik. Jegliche neue Verbindung dieser Staaten auf Grund politischer oder staatsrechtlicher Kategorien steht grundlegend im Gegensatz zur historischen Erfahrung so gut wie aller Mitgliedstaaten des ehemaligen jugoslawischen Staates.

**Schlüsselwörter:** *Konföderation, Internationale Beziehungen in den Jahren 1990-1991, Jugoslawien – Untergang des Staates, Kroatien – Schaffung des Staates (rechtshistorische Aspekte), EEZ – Konferenz über Jugoslawien 1991.*

## Sommario

### **PROPOSTE E PROGETTI DI CONFEDERAZIONE JUGOSLAVA 1990/1991 – ULTIMI TENTATIVI DI "SALVATAGGIO" DELLO STATO COMUNE**

Lo stato jugoslavo non è mai stato una confederazione nella sua storia, tuttavia nei periodi di crisi – che sono spesso accaduti nella sua lunga esistenza di sette decenni – ci sono state idee per la sua trasformazione. Queste idee sono culminate con la fine della comunità dello stato jugoslavo, negli ultimi anni ottanta del ventesimo secolo.

Sulla base delle esperienze e degli esempi di confederazioni nella storia l'autore esplora le proposte per la confederazione jugoslava che inizialmente sono state sviluppate allo scopo della trasformazione costituzionale (sino al 1990), e successivamente sono divenute proposte per la soluzione della crisi jugoslava. Particolare enfasi è posta sulla Proposta comune croata-slovena dell'ottobre 1990, la Proposta in cinque punti del 1991 e la proposta della Conferenza sulla Jugoslavia della Comunità Economica Europea, offerta agli stati jugoslavi il 4 novembre 1991, come ultimo tentativo di "salvataggio" dello stato comune.

L'autore conclude che tutte queste proposte dovrebbero essere considerate esclusivamente nel contesto della risoluzione della crisi jugoslava e che esse rappresentano solo una topica nella storia giuridica contemporanea. Qualsiasi

futuro legame di questi stati sul piano politico e la creazione di un nuovo stato comune è fondamentalmente contraria all'esperienza storica di quasi tutti gli stati membri del preesistente stato jugoslavo.

**Parole chiave:** *confederazione, rapporti internazionali 1990-1991, Jugoslavia – caduta dello stato, Croazia – creazione dello stato (aspetti storico-giuridici), Comunità Economica Europea (CEE) – Conferenza sulla Jugoslavia 1991.*



## DIE ANWENDUNG DES EUROPÄISCHEN WETTBEWERBSRECHTS AUF DIE GESETZLICHE KRANKENVERSICHERUNG

Dr. Beatrix Karl, ao. Univ-Prof.  
Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht  
der Karl-Franzens-Universität  
Graz, Österreich

UDK: 369.8:369.06  
339.13.012.42  
Ur.: 22. studenog 2005.  
Pr.: 22. studenog 2006.  
Prethodno priopćenje

### *Primjena europskog prava tržišnog natjecanja na zakonsko zdravstveno osiguranje*

*Europski sud je u nizu odluka donesenih proteklih godina jasno naglasio da se područje socijalne sigurnosti ne može generalno izuzeti iz područja primjene europskog prava tržišnog natjecanja. Kako se europsko pravo tržišnog natjecanja primjenjuje samo na poduzeća, od odlučujućeg je značenja smatra li se nositelj zdravstvenog osiguranja poduzećem u smislu europskog prava tržišnog natjecanja. Iz navedene judikature Europskog suda proizlazi da se nositeljima zdravstvenog osiguranja ne može unaprijed priznati obilježje poduzeća. Potrebno je, prije svega, ocijeniti njihove pojedinačne aktivnosti prema kriteriju radi li se o socijalnim ili gospodarskim djelatnostima. Predmet ispitivanja mora pritom biti sadržaj, kao i vrsta i način provođenja navedene djelatnosti. Suprotno gospodarskoj djelatnosti, vršenje socijalne djelatnosti isključuje obilježje poduzeća nositelja zdravstvenog osiguranja. To znači da je nositelj zdravstvenog osiguranja isključen iz prava tržišnog natjecanja ako obavlja neku socijalnu zadaću. Europski sud neće priznati socijalni karakter u slučaju kada nositelj socijalnog osiguranja vrši neku gospodarsku aktivnost u tržišnoj utakmici s privatnim osiguravajućim društvom. Europsko pravo tržišnog natjecanja uključuje zabranu kartela (čl. 81. Ugovora o EZ), kao i zabranu zlouporabe vladajućeg položaja na tržištu (čl. 82. Ugovora o EZ.). Oba činjenična stanja mogu postojati istodobno. Povreda zabrane kartela može postojati u slučaju kada bolesničke blagajne kao nositelji zdravstvenog osiguranja donesu odluku o dozvoli izvršavanja usluga, primjerice, liječničkih, ili postignu o tomu sporazum s liječničkom udrugom. Zlouporaba vladajućeg položaja na*

tržištu može postojati u slučaju kada bolesničke blagajne nastupaju kao tražitelji zdravstvenih usluga i pritom su monopolisti. Kao monopolisti u traženju usluga obvezne su zaključiti ugovor s liječnicima. Ako ne ispune ovu obvezu, čine povredu zabrane zloupotrebe, osim ako je to stvarno opravdano. Kao posljedica toga, nije dopušten sustav ograničenog odobrenja ugovornim liječnicima, ako se pri izboru liječnika i ugovornih uvjeta postupa samovoljno ili uz zluporabu.

Štoviše, kada nositelj bolesničkog osiguranja, koji je kvalificiran kao poduzeće, povrijedi europsko pravo tržišnog natjecanja, postoji mogućnost izuzimanja od primjene prava tržišnog natjecanja. Čl. 86. st. 2. Ugovora o Europskoj zajednici predviđa da se na poduzeća, kojima je povjereno obavljanje usluga u općem gospodarskom interesu, primjenjuju pravila tržišnog natjecanja samo ako primjena tih propisa ne sprječava, pravno ili stvarno, ispunjavanje na njih prenesenih posebnih zadaća. Ukoliko je ispunjavanje zadaća moguće bez povrjede ugovora, nositelji zdravstvenog osiguranja vezani su Ugovorom o EZ-u. Isto tako, treba uzeti u obzir izmjenu zakona na nacionalnoj razini, ako se time može osigurati ispunjavanje zadaća bez kršenja ugovora. Nema mjesta primjeni čl. 86. st. 2 Ugovora o EZ-u ako nositelj zdravstvenog osiguranja uopće nije u stanju ili nije spreman na zadovoljavajući način sam ispuniti zadaće koje su mu povjerene.

**Ključne riječi:** *Europski sud, socijalna sigurnost, pravo tržišnog natjecanja, poduzeće, bolesničko osiguranje, zabrana kartela, vladajući položaj na tržištu, monopol tražitelja usluga, liječnici.*

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in den vergangenen Jahren in einer Reihe von Entscheidungen deutlich zum Ausdruck gebracht, dass für den Bereich der sozialen Sicherheit keine generelle Ausnahme vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts gilt. Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, inwieweit das europäische Wettbewerbsrecht auf die Tätigkeiten der Krankenkassen zur Anwendung gelangt. Dazu wird zuerst erörtert, ob und inwieweit es sich bei den Kassen um Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts handelt. Das europäische Wettbewerbsrecht gelangt nämlich nur auf Unternehmen zur Anwendung.

## I. Die Unternehmenseigenschaft von Institutionen der Gesundheitssysteme

Der EG-Vertrag selbst enthält keine Definition des Unternehmensbegriffs. Die Praxis der Gemeinschaftsorgane<sup>1</sup> sowie die herrschende Auffassung in der Literatur<sup>2</sup> gehen von einem funktionalen Verständnis des Unternehmensbegriffs aus. Demnach ist ein Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.<sup>3</sup>

Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nach Auffassung des EuGH für die Qualifikation als Unternehmen nicht erforderlich,<sup>4</sup> so dass z.B. auch gemeinnützige Organisationen Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln sein können.<sup>5</sup> Es kommt auch nicht auf die Person des Trägers sowie die Eigentumsverhältnisse und die Rechtsform des Unternehmens oder seine Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht an.<sup>6</sup> Vom Unternehmensbegriff werden daher auch Unternehmen der öffentlichen Hand sowie unternehmerisch tätige öffentlich-rechtliche Körperschaften oder Verbände umfasst. Die Unternehmenseigenschaft beschränkt sich somit nicht nur auf die Leistungserbringer, wie Ärzte, (öffentliche) Krankenanstalten, Apotheker und Hersteller von Heil- und Hilfsmitteln. Auch die Krankenversicherungsträger und ihre Verbände können trotz öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung Unternehmen sein.

<sup>1</sup> EuGH 23.4.1991, Rs C-41/90 (Höfner und Elser) Slg 1991, I-1979 Rz 21; 17.2.1993, Rs C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre) Slg 1993, I-637; 19.1.1994, Rs C-364/92 (SAT Fluggesellschaft) Slg 1994, I-43 Rz 18; 16.11.1995, Rs C-244/94 (FFSA) Slg 1995, I-4019 Rz 14; 11.12.1997, Rs C-55/96 (Job Centre) Slg 1997, I-7119; 21.9.1999, Rs C-67/96 (Albany) Slg 1999, I-5751 Rz 77; 21.9.1999, Rs C-115/97 (Brentjens) Slg 1999, I-6025 Rz 77; 21.9.1999, Rs C-219/97 (Bokken) Slg 1999, I-6121 Rz 67; Kommission, Entsch v 13.7.1994 (Carton) Abl 1994, L 243/1 (45); 27.7.1994 (PVC) Abl 1994, L 239/14 (28).

<sup>2</sup> *Schröter* in Groeben/Schwarze (Hrsg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2, 6. Auflage, 2003, Vorbem zu Art 81 bis 85 Rz 17 ff insb 22; *Stockenhuber* in Grabitz/Hilf (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Band I: EUV/EGV (Amsterdamer Fassung), Loseblatt.Slg, Art 81 EGV Rz 51; *Grill* in Lenz (Hrsg), EG-Vertrag, 2. Auflage, 1999, Vorbem Art 81-86 Rz 33; *Emmerich* in Dausen (Hrsg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, Loseblatt.Slg, H.I Rz 62.

*Ebsen*, Öffentlich-rechtliches Handeln von Krankenkassen als Gegenstand des Wettbewerbsrechts? Probleme materiellrechtlicher und kompetenzrechtlicher Koordinierung, in: Igl (Hrsg), Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung, 2000, 22 (33).

<sup>3</sup> EuGH 23.4.1991, Rs C-41/90 (Höfner und Elser) Slg 1991, I-1979 Rz 21; 17.2.1993, Rs C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre) Slg 1993, I-637; 16.11.1995, Rs C-244/94 (FFSA) Slg 1995, I-4019 Rz 14; 11.12.1997, Rs C-55/96 (Job Centre) Slg 1997, I-7119; 21.9.1999, Rs C-67/96 (Albany) Slg 1999, I-5751 Rz 77; 21.9.1999, Rs C-115/97 (Brentjens) Slg 1999, I-6025 Rz 77; 21.9.1999, Rs C-219/97 (Bokken) Slg 1999, I-6121 Rz 67.

<sup>4</sup> EuGH 16.11.1995, Rs C-244/94 (FFSA) Slg 1995, I-4019 Rz 21; 21.9.1999, Rs C-67/96 (Albany) Slg 1999, I-5751 Rz 85; 21.9.1999, Rs C-115/97 (Brentjens) Slg 1999, I-6025; 21.9.1999, Rs C-219/97 (Bokken) Slg 1999, I-6121.

<sup>5</sup> *Schröter* in Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag<sup>6</sup> Vorbem zu Art 81 bis 85 Rz 23.

<sup>6</sup> *Schröter* in Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag<sup>6</sup> Vorbem zu Art 81 bis 85 Rz 37.

### ***I.1. Ausnahmen von der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen***

Wenn die Tätigkeit einer Krankenkasse nicht als wirtschaftlich, sondern als sozial, hoheitlich oder als bloße Bedarfsdeckung zu qualifizieren ist, gelangt insoweit das europäische Wettbewerbsrecht nicht zur Anwendung.

Grundlage für eine Ausnahme vom Wettbewerbsrecht ist meines Erachtens die Qualifikation als nichtwirtschaftliche Tätigkeit und nicht etwa der vom EuGH in ständiger Judikatur betonte Grundsatz, dass die Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.<sup>7</sup> Dieser Grundsatz besagt nur, dass es auf europäischer Ebene keine zwingenden Vorgaben für eine bestimmte Form der Ausgestaltung der Sozialsysteme gibt. Jeder Mitgliedstaat kann selbst bestimmen, wie er sein System ausgestaltet. Es bleibt ihm überlassen, ob und inwieweit er das System auf dem Grundsatz der Solidarität aufbaut, ob er eine Pflichtmitgliedschaft vorsieht, wie die Leistungserbringung erfolgen soll usw. Das bedeutet aber nicht, dass die Sozialsysteme dem Europarecht entzogen sind. Wie auch der EuGH in seinen jüngeren Entscheidungen deutlich zum Ausdruck bringt, haben die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Sozialsysteme sehr wohl das Gemeinschaftsrecht zu beachten.<sup>8</sup> Es ist daher auch von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auszugehen. Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als der Mitgliedstaat sein System so ausgestaltet, dass die Tätigkeiten der Versicherungsträger als nichtwirtschaftlich einzustufen sind.

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, wie die Tätigkeit eines Krankenversicherungsträgers ausgestaltet sein muss, damit sie nicht als wirtschaftlich anzusehen ist.

#### *I.1.1. Die hoheitliche Tätigkeit*

Das Wettbewerbsrecht gelangt dann nicht zur Anwendung, wenn und soweit echte hoheitliche Aufgaben wahrgenommen werden.<sup>9</sup>

Die Abgrenzung zwischen hoheitlichem und wirtschaftlichem Handeln reduziert sich auf die Frage, ob die an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilhabende Tätigkeit grundsätzlich auch von einem privaten Unternehmen zum

---

<sup>7</sup> AA Benicke, Zum Unternehmensbegriff des Europäischen Wettbewerbsrechts, EWS 1997, 373 (377); Ebsen in Igl, Gesundheitswesen 35. Zu diesem Grundsatz s EuGH 7.2.1984, Rs 238/82 (Duphar) Slg 1984, 523 Rz 16; 17.2.1993, Rs C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre) Slg 1993, I-637 Rz 6; 26.3.1996, Rs C-238/94 (García) Slg 1996, I-1673 Rz 15; 17.6.1997, Rs C-70/95 (Sodemare) Slg 1997, I-3395 Rz 27; 28.4.1998, Rs C-120/95 (Decker) Slg 1998, I-1831 Rz 21; 28.4.1998, Rs C-158/96 (Kohll) Slg 1998, I-1931 Rz 17.

<sup>8</sup> EuGH 28.4.1998, Rs C-120/95 (Decker) Slg 1996, I-1831 Rz 23; 28.4.1998, Rs C-158/96 (Kohll) Slg 1996, I-1931 Rz 19; 26.1.1999, Rs C-18/95 (Terhoeve) Slg 1999, I-345 Rz 34; 23.11.2000, Rs C-135/99 (Elsen) ZASB 2001, 8 Rz 33.

<sup>9</sup> Hochbaum/Klotz, in Groeben/Schwarze (Hrsg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2, 6. Auflage, 2003, Art 86 Rz 16 mwN.

Zweck der Gewinnerzielung ausgeübt werden kann bzw. könnte<sup>10</sup>. Entscheidend ist damit, ob der Hoheitsträger aus funktionaler Perspektive wie ein Privater am Geschäftsverkehr teilnimmt bzw. teilnehmen kann, oder ob dem das öffentliche Interesse entgegensteht. Es kommt auf die Wirkung des Handelns im Hinblick auf den Wettbewerb und nicht auf seine Rechtsform an.<sup>11</sup>

In Deutschland ist z.B. das Verhältnis zwischen den Krankenversicherungsträgern und den Leistungserbringern stark öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Deutsche Krankenkassen haben einen gesetzlichen Auftrag zur Sachleistungsvorsorge. Sachleistungsvorsorge heißt, dass die Gesundheitsleistungen den Versicherten entweder durch kasseneigene Einrichtungen oder durch außenstehende Leistungserbringer auf Kosten der Krankenkasse erbracht werden. Die Sicherstellung der Leistungserbringung auf Kosten der Kasse kann – wie etwa in Österreich – im Vertragswege erfolgen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich demgegenüber für die Erteilung einer Zulassung als Angelegenheit der sogenannten Selbstverwaltung von Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen entschieden. Die Auswahlentscheidung wird somit in einem Verwaltungsverfahren getroffen. Dies darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich funktional betrachtet um eine Nachfragetätigkeit der Kassen bzw. der Kassenärztlichen Vereinigungen handelt. Der Arzt wird durch einen empfangsbedürftigen Verwaltungsakt dazu verpflichtet, den Versicherten Leistungen in einem bestimmten Umfang zu einem bestimmten Preis zu erbringen. Die Krankenkassen bzw. Kassenärztlichen Vereinigungen führen zwar ein öffentlich-rechtliches Zulassungsverfahren ab, fragen damit aber ärztliche Leistungen am Markt nach. Damit handeln sie wie private Unternehmen und sind daher wie diese zu behandeln, so dass sie auch dem Wettbewerbsrecht zu unterwerfen sind. Daran vermag das Handeln in öffentlich-rechtlicher Rechtsform nichts zu ändern.<sup>12</sup>

### *1.1.2. Die soziale Tätigkeit*

Von zentraler Bedeutung für die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen ist aber die Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher und sozialer Tätigkeit.

Der EuGH hat in der Rechtssache Poucet und Pistre<sup>13</sup> die Versicherungstätigkeit von solidarisch ausgestalteten Pflichtversicherungsträgern als Erfüllung einer

<sup>10</sup> Generalanwalt *Tesauero*, Slg 1993, I-661 Nr 8 und Generalanwalt *Jacobs*, Slg 1999, I-5751 Nr 311; sa *Langer*, Probleme der Koordinierung beim Public/Private-Mix von Gesundheitsleistungen, in: Igl (Hrsg), Europäische Union und gesetzliche Krankenversicherung, 1999, 60 (67).

<sup>11</sup> *Haverkate/Huster*, Europäisches Sozialrecht, 1999, Rz 600.

<sup>12</sup> Zur Beschaffungstätigkeit deutscher Krankenkassen im Hilfsmittelbereich s *Boecken*, Rechtliche Schranken für die Beschaffungstätigkeit der Krankenkassen im Hilfsmittelbereich nach der Publizierung des Vertragsrechts – insbesondere zum Schutz der Leistungserbringer vor Ungleichbehandlungen, NZS 2000, 269 (272).

<sup>13</sup> EuGH 17.2.1993, Rs C-159/91 und C-160/91 (*Poucet und Pistre*) Slg 1993, I-637.



Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter qualifiziert. Als Kriterien, die für das Vorliegen einer sozialen Tätigkeit sprechen, nennt er den sozialen Zweck, den Grundsatz der Solidarität, die unabhängig von der Vermögenslage des Versicherten und seinem Gesundheitszustand im Zeitpunkt des Beitritts erfolgende Gewährung von Versicherungsschutz, die Versicherungspflicht, die staatliche Kontrolle, die gesetzliche Regelung der Leistungen, die Unabhängigkeit der Leistungen von der Höhe der Beiträge und die Wahrnehmung der Aufgaben unter Anwendung der Gesetze, so dass auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel oder die Bestimmung des Leistungsumfangs kein Einfluss genommen werden kann. Der Grundsatz der Solidarität äußert sich nach Auffassung des EuGH bei Krankenversicherungsträgern darin, dass die Beiträge nach Maßgabe der beruflichen Einkünfte finanziert werden, während die Leistungen für alle Empfänger gleich sind. Dadurch komme es zu einer Einkommensumverteilung zwischen den Wohlhabenderen und den Personen, denen angesichts ihrer Mittel und ihrer gesundheitlichen Lage ohne eine solche Regelung die notwendige soziale Absicherung fehlen würde.

Der soziale Charakter wird vom EuGH dann verneint, wenn der Sozialversicherungsträger eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit privaten Versicherungsunternehmen ausübt. Als wirtschaftlich hat er die Versicherungstätigkeit sowohl von freiwilligen<sup>14</sup> als auch von verpflichtenden<sup>15</sup> Zusatzrentenversicherungsfonds qualifiziert. Dabei stellt er vor allem auf das Funktionieren der Systeme nach dem Kapitalisierungsprinzip ab. Zudem weist er darauf hin, dass an der Qualifikation als wirtschaftliche Tätigkeit auch die Verfolgung eines sozialen Zwecks, einzelne Solidaritätsgesichtspunkte und die Beschränkungen oder Kontrollen in Bezug auf Investitionen des Sozialversicherungsträgers nichts ändern. Im Fall der Freiwilligkeit der Versicherung nimmt er eine nur äußerst begrenzte Geltung des Grundsatzes der Solidarität an.

Dass es für das Kriterium der Wirtschaftlichkeit auf das Vorliegen einer realen oder potentiellen Wettbewerbssituation ankommt, hat der EuGH auch in den Entscheidungen Höfner und Elser<sup>16</sup> sowie Job Centre<sup>17</sup> zum Ausdruck gebracht. Dabei ist es um die Arbeitsvermittlung gegangen.

Den Krankenversicherungsträgern ist somit nicht von vornherein die Unternehmenseigenschaft abzusprechen. Es sind vielmehr ihre einzelnen Aktivitäten primär dahingehend zu beurteilen, ob es sich dabei um soziale oder um wirtschaftliche Tätigkeiten handelt. Prüfungsgegenstand müssen dabei der Inhalt sowie die Art und Weise der Durchführung der fraglichen Tätigkeit sein.

<sup>14</sup> EuGH 16.11.1995, Rs C-244/94 (*Fédération française des sociétés d'assurance - FFSA*) Slg 1995, I-4019 Rz 17.

<sup>15</sup> EuGH 21.9.1999, Rs C-67/96 (*Albany*) Slg 1999, I-5751 Rz 81 ff; 21.9.1999, Rs C-115/97 (*Brentjens*) Slg 1999, I-6025 Rz 81 ff; 21.9.1999, Rs C-219/97 (*Bokken*) Slg 1999, I-6121 Rz 71 ff; 12.9.2000, Rs C-180/98 bis C-184/98 (*Pavlov*) Rz 114 ff.

<sup>16</sup> EuGH 23.4.1991, Rs C-41/90 (*Höfner und Elser*) Slg 1991, I-1979 Rz 22.

<sup>17</sup> EuGH 11.12.1997, Rs C-55/96 (*Job Centre*) Slg 1997, I-7119 Rz 22.

## ***II. Die verbotenen Verhaltensweisen***

Wir wissen nun, wann ein Krankenversicherungsträger als Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts zu qualifizieren ist. Aber wann verstößt er gegen die Wettbewerbsregeln? Das europäische Wettbewerbsrecht enthält ein Kartellverbot (Art 81 EGV) sowie ein Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art 82 EGV). Beide Tatbestände können auch nebeneinander zur Anwendung gelangen.

Beide Verbote richten sich an Unternehmen. Der EuGH geht aber in ständiger Judikatur davon aus, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die geeignet sind, die praktische Wirksamkeit (effet utile) der Wettbewerbsregeln auszuschalten.<sup>18</sup>

### ***II.1. Bilden die Verbände in Gesundheitssystemen verbotene Kartelle?***

Stellen wir uns nun die Frage, ob und inwieweit Krankenkassen-Verbände als verbotene Kartelle anzusehen sind. Derartigen Verbänden können verschiedenste Aufgaben zugeordnet sein. Sie beschließen z.B. über die Zulassung von Leistungserbringern oder treffen darüber Vereinbarungen mit deren Verbänden. Zudem geben sie z.B. in Form von Mustern für allgemeine Geschäftsbedingungen auch Empfehlungen an die ihnen angehörenden Institutionen ab. Gelangt hier das Kartellverbot zur Anwendung?

Meines Erachtens kommt es entscheidend darauf an, ob die Verbände bzw. die ihnen angehörenden Krankenversicherungsträger über einen durch selbst bestimmtes wirtschaftliches Handeln beschränkbareren Handlungsspielraum verfügen. Das Fehlen eines solchen Handlungsspielraums wird vor allem die Folge gesetzgeberischer Maßnahmen sein. Gehen die gesetzlichen Vorgaben so weit, dass sie keinen Raum für autonomes unternehmerisches Handeln lassen, kommt das Kartellverbot mangels eines eigenen wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltens des Verbands nicht zur Anwendung. Das ist z.B. dann der Fall, wenn eine nationale Bestimmung vorsieht, dass ein Verband mittels Beschluss über die Zulassung von Leistungserbringern zu entscheiden hat und die Zulassungskriterien verbindlich und abschließend festlegt, so dass der Verband nur die gesetzlichen Vorgaben vollzieht, ohne dass ihm Raum für eine eigene Auswahlentscheidung bleibt.

Diese Überlegungen hätten meines Erachtens auch im EuGH Urteil AOK Bundesverband,<sup>19</sup> in dem es um die Festbetragsregelung gegangen ist, zur Anwendung gelangen müssen. Der EuGH führt aus, dass die Kassenverbände

<sup>18</sup> Der EuGH leitet dies aus den Art 10 Abs 2 und 86 Abs 1 iVm Art 3 Buchstabe g und Art 81 und 82 EGV ab. S EuGH 11.4.1989, Rs C-66/86 (Ahmed Saeed) Slg 1989, 804 Rz 48; 23.4.1991, Rs C-41/90 (Höfner und Elser) Slg 1991, I-1979 Rz 26; 11.12.1997, Rs C-55/96 (Job Centre) Slg 1997, I-7119 Rz 28; 19.5.1993, Rs C-320/91 (Corbeau) Slg 1993, I-2533 Rz 11.

<sup>19</sup> EuGH 16.3.2004, Rs C-264/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband).

mit der Festsetzung der Festbeträge nur einer Pflicht nachkommen, die ihnen § 35 SGB V auferlegt, um den Fortbestand des deutschen Systems der sozialen Sicherheit sicherzustellen. Diese Vorschrift regle ausführlich die Einzelheiten der Festsetzung dieser Beträge und bestimme, dass die Kassenverbände gewisse Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsgebote beachten müssen. Das SGB V sieht zudem vor, dass der zuständige Minister die Festbeträge festsetzt, wenn es den Kassenverbänden nicht gelingt, sie festzusetzen.<sup>20</sup> Die konkrete Höhe der Festbeträge wird zwar nicht durch das Gesetz vorgegeben, sondern von den Kassenverbänden entschieden, jedoch unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber festgelegten Kriterien.<sup>21</sup> Dies führt den EuGH zum Ergebnis, dass die Kassenverbände mit der Festsetzung der Festbeträge nur eine Pflicht im Rahmen der Verwaltung des deutschen Systems der sozialen Sicherheit erfüllen, die ihnen das Gesetz auferlegt, und dass sie nicht als Unternehmen handeln, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.<sup>22</sup>

Meines Erachtens kann dieser Fall nicht dadurch gelöst werden, dass man die als Nachfragetätigkeit am Gesundheitsmarkt anzusehende Festsetzung von Festbeträgen als soziale und nicht als wirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert und daher die Unternehmenseigenschaft verneint. Von entscheidender Bedeutung ist vielmehr der Umstand, dass den Kassenverbänden durch § 35 SGB V kein Raum für autonomes unternehmerisches Handeln gelassen wird. Mangels eines eigenen wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltens der Kassenverbände kommt daher das Kartellverbot nicht zur Anwendung. Das Urteil AOK Bundesverband lässt für mich daher nicht den Schluss zu, dass im Falle der Bewertung der Versicherungstätigkeit als soziale Tätigkeit zugleich auch die Leistungsbeschaffungsaktivitäten des Sozialversicherungsträgers vom Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts ausgenommen sind.<sup>23</sup> Eine solche Auffassung würde dem funktionalen Unternehmensbegriff widersprechen, demzufolge es darauf ankommt, ob die Merkmale, die für die Qualifikation als soziale Tätigkeit sprechen, gerade hinsichtlich des Verhaltens erfüllt sind, um welches es konkret geht.<sup>24</sup> Die Prüfung der Unternehmenseigenschaft hat sich eben nicht auf die Kasse als Ganzes entsprechend ihrer Struktur oder

<sup>20</sup> EuGH 16.3.2004, Rs C-264/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband) Rz 61.

<sup>21</sup> EuGH 16.3.2004, Rs C-264/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband) Rz 62.

<sup>22</sup> EuGH 16.3.2004, Rs C-264/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband) Rz 64.

<sup>23</sup> Zur getrennten Betrachtung von Versicherungstätigkeit und Leistungserbringung s etwa *Marhold*, *Europäischer Wettbewerb im Gesundheitswesen*, in: Tomuschat/Kötz/v Maydell (Hrsg), *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen* (1995) 451 (454 ff); *ders*, *Das europäische Wirtschaftsrecht und die Gesundheitsleistungen - Auswirkungen*, in: Palm (Hrsg), *Gesundheitsleistungen ohne Grenzen in der Europäischen Union?* (1999) 48; *ders*, *Auswirkungen des Europäischen Wirtschaftsrechts auf die Sozialversicherung*, in: Theurl (Hrsg), *Der Sozialstaat an der Jahrtausendwende* (2001) 234 (237 ff); *Mossialos/McKee/Palm/Karl/Marhold*, *EU Law and the Social Character of Health Care* (2002) 169 f; *Karl*, *Competition Law and Health Care Systems*, in: McKee/Mossialos/Baeten (eds) *The Impact of EU Law on Health Care Systems* (2002) 161 (169 f).

<sup>24</sup> *Zum funktionalen Unternehmensbegriff* s *Ebsen* in Igl, *Gesundheitswesen* 33.

Organisationsform, sondern jeweils nur auf jede einzelne von ihr ausgeübte Aktivität zu beziehen.

Das Kartellverbot gelangt meines Erachtens auf Beschlüsse von Verbänden auch dann nicht zur Anwendung, wenn das Gesetz noch einen Handlungsspielraum lässt, der allerdings aufgrund gesetzlicher Anordnung nur vom Verband und nicht von den Krankenkassen selbst ausgenutzt werden kann oder wenn das Gesundheitssystem so ausgestaltet ist, dass der Verband und die Kassen eine wirtschaftliche Einheit bilden, die den Kassen die Möglichkeit zu einem autonomen Marktverhalten nimmt. Hier fehlt es den beteiligten Kassen an der für eine verbotene Kartellabsprache erforderlichen wirtschaftlichen Autonomie. Ihr Zusammenwirken ist kein Beschluss einer Unternehmensvereinigung. Dem Verband kann damit zwar kein Verstoß gegen das Kartellverbot, wohl aber ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorgeworfen werden, wenn die Voraussetzungen des Art 82 EGV erfüllt sind. An der erforderlichen Autonomie zu selbst bestimmtem Handeln fehlt es den Krankenkassen z.B. dann, wenn das Gesundheitssystem so ausgestaltet ist, dass die Kassen am Gesundheitsmarkt nicht als mehrere, sondern als ein Nachfrager auftreten. Sind Zulassungsvoraussetzungen, Leistungskatalog, Qualität und Preis nicht auf der Ebene der einzelnen Kassen, sondern gemeinsam und einheitlich zu gestalten, stellt ein Beschluss eines Verbands über die Zulassung von Leistungserbringern oder über den Preis medizinischer Güter und Dienstleistungen keinen Beschluss einer Unternehmensvereinigung im Sinne des Art 81 Abs. 1 EGV dar.<sup>25</sup>

Haben jedoch auch die einzelnen Krankenkassen und nicht nur der Verband die Möglichkeit, eine autonome Entscheidung zu treffen, handelt es sich um ein Kartell, sofern der Beschluss bzw. die Empfehlung für die Kassen rechtlich oder faktisch verbindlich ist bzw. von diesen befolgt wird.

Der Beschluss eines Verbands des Gesundheitssystems ist schließlich auch dann nicht als verbotene Kartellabsprache zu qualifizieren, wenn die zur Beschlussfassung berufenen Mitglieder der dem Verband angehörenden Krankenkassen nicht als Vertreter dieser Kassen anzusehen sind. Dies ist dann der Fall, wenn bei der Beschlussfassung nicht nur die Interessen der Kassen, sondern auch Interessen der Allgemeinheit und der Leistungsberechtigten, wie z.B. das Interesse der Landbevölkerung an einer flächendeckenden (fach)ärztlichen Versorgung, zu berücksichtigen sind.<sup>26</sup> Gleiches gilt, wenn die an der Beschlussfassung beteiligten Vertreter der Kassen von diesen unabhängig

---

<sup>25</sup> Sa *Schulz-Weidner/Felix*, Die Bedeutung des europäischen Wettbewerbsrechts für die österreichische Sozialversicherung, SoSi 2001, 435 (447).

<sup>26</sup> Vgl. EuGH 9.6.1994, Rs C-153/93 (*Delta*) Slg 1994, I-2517 Rz 17 f; 17.11.1993, Rs C-185/91 (*Reiff*) Slg 1993, I-5801 Rz 18 f; 5.10.1995, Rs C-96/94 (*Centro Servizi Spediporto*) Slg 1995, I-2883 Rz 24 f; 1.10.1998, Rs C-38/97 (*Librandi*) Slg 1998, I-5955 Rz 30 und 34; 18.6.1998, Rs C-35/96 (*Kommission/Italien*) Slg 1998, I-3851 Rz 41-44.

sind oder wenn dem Beschluss fassenden Gremium eine Mehrheit von Vertretern öffentlicher Stellen angehört.<sup>27</sup>

Damit stellt sich noch die Frage nach der Verantwortlichkeit des Staates. Jene nationalen Regelungen, die dem Verband eine verbotene Absprache vorschreiben, erleichtern oder in ihrer Auswirkung verstärken, sind mit dem Wettbewerbsrecht (Art 10 Abs. 2 und 86 Abs. 1 iVm Art 3 Buchstabe g und Art 81 EGV) nicht vereinbar. Ist dem Verband allerdings keine gegen das Kartellverbot verstoßende Absprache vorzuwerfen, verletzt auch der Staat nur dann seine Verpflichtungen, wenn er einer eigenen Regelung den staatlichen Charakter nimmt, indem er dem Verband die Verantwortung für Eingriffe in die Wirtschaft überträgt. Es ist dem Staat somit auch untersagt, hoheitliche Befugnisse zur Wirtschaftslenkung auf den Verband zu delegieren.<sup>28</sup>

## **II.2. Beschränkte Zulassung von Vertragsärzten – Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung?**

Treten die Krankenkassen als Nachfrager nach Gesundheitsleistungen auf und sind sie dabei Nachfragemonopolisten, so erfüllen sie regelmäßig die Voraussetzung des Vorliegens einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art 82 EGV. Damit stellt sich die Frage, ob es einen Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung bedeutet, wenn nicht alle Ärzte zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen werden.

*Marhold*<sup>29</sup> ortet in der beschränkten Zulassung von Vertragsärzten sowohl eine nach Art 82 Satz 2 lit b EGV verbotene Angebotsverknappung zum Schaden der Versicherten als auch einen Ausschluss der nicht zugelassenen Ärzte vom Gesundheitsmarkt, ohne dass dies die Folge eines wirtschaftlichen Wettbewerbs wäre, der darauf angelegt ist, den Mitbewerber durch die Güte und Preiswürdigkeit der eigenen Leistung zu überflügeln und ihm Kunden abzunehmen. Der Ausschluss vom Gesundheitsmarkt sei vielmehr die Folge der Ausschaltung des privaten Anbieters vom Leistungsvergleich.

Diese Auffassung ist zutreffend. Sofern ärztliche Hilfe als Sachleistung erbracht wird, befinden sich die Ärzte in einer weitgehenden wirtschaftlichen Abhängigkeit von den Krankenkassen, die sich aus unzureichenden anderweitigen Absatzmöglichkeiten und somit aus dem Fehlen wirksamen Nachfragewettbewerbs erklärt.<sup>30</sup> Als Nachfragemonopolisten sind die Kassen zum Vertragsabschluss mit

<sup>27</sup> Vgl. EuGH 9.6. 1994, Rs C-153/93 (*Delta*) Slg 1994, I-2517 Rz 16 und 18; 17.11.1993, Rs C-185/91 (*Reiff*) Slg 1993, I-5801 Rz 17; 5.10.1995, Rs C-96/94 (*Centro Servizi Spediporto*) Slg 1995, I-2883 Rz 23 und 25.

<sup>28</sup> *Schröter* in Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag<sup>6</sup> Art 81 Rz 136.

<sup>29</sup> *In Palm, Gesundheitsleistungen* 50 f; *ders* in Tomuschat/Kötz/v Maydell, *Integration* 457 f; grundsätzlich zustimmend *Köck*, Die Auswirkungen des EG-Wettbewerbsrechts auf die österreichische Sozialversicherung, in: Tomandl (Hrsg.), *Der Einfluss europäischen Rechts auf das Sozialrecht*, 2000, 27 (50).

<sup>30</sup> *Schröter* in Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag<sup>6</sup> Art 82 Rz 74.

den Ärzten verpflichtet. Kommen sie dieser Verpflichtung nicht nach, verstoßen sie gegen das Missbrauchsverbot (nach Art 82 Satz 1 EGV), sofern keine sachliche Rechtfertigung vorliegt.<sup>31</sup> Demzufolge ist ein System der beschränkten Zulassung von Vertragsärzten dann unzulässig, wenn bei der Auswahl der Ärzte und der Ausgestaltung der Vertragsbedingungen willkürlich oder missbräuchlich vorgegangen wird. Als Rechtfertigungsgründe für die Vertragsverweigerung kommen sowohl subjektive Merkmale des Arztes, wie z.B. Befähigung oder Zuverlässigkeit, als auch die Marktverhältnisse in Betracht.

### ***III. Die Ausnahme vom Wettbewerbsrecht für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art 86 Abs. 2 EGV***

Selbst wenn ein Krankenversicherungsträger als Unternehmen zu qualifizieren ist und gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstößt, besteht noch immer die Möglichkeit einer Ausnahme vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts. Art 86 Abs. 2 EGV sieht für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, vor, dass die Wettbewerbsregeln für sie nur insoweit gelten, als die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

Die den Krankenversicherungsträgern übertragene besondere Aufgabe liegt in der Regel in der Zurverfügungstellung einer flächendeckenden, qualitativ hochwertigen und zugleich kostengünstigen, gleichen medizinischen Versorgung für alle Leistungsberechtigten. Die Prüfung, ob ein Krankenversicherungsträger diese ihm übertragene besondere Aufgabe nur dann erfüllen kann, wenn er die europäischen Wettbewerbsregeln verletzt, kann nicht generell für alle Tätigkeiten des Trägers durchgeführt werden, sondern hat für jede einzelne Tätigkeit gesondert zu erfolgen. Bei dieser Prüfung gilt es die besondere Situation des Trägers sowie die Besonderheiten des Gesundheitsmarktes zu berücksichtigen.

Der Gesundheitsmarkt entspricht aufgrund der besonderen Situation im Gesundheitssektor nicht dem Idealbild des unverfälschten Wettbewerbs. Auf Gütermärkten unter Wettbewerbsbedingungen trägt für gewöhnlich der Nachfrager auch die finanziellen Folgen seiner Bedarfsentscheidung. Anderes gilt für den Gesundheitsmarkt: Je nachdem wie die nationalen Gesundheitssysteme ausgestaltet sind, hat der Versicherte als Nachfrager nach Gesundheitsleistungen keine oder nur einen gewissen Teil der Kosten für seine Leistungsanspruchnahme zu tragen. Dabei kommt noch eines hinzu: Der versicherte Patient ist auch kein klassischer Nachfrager. Er entscheidet in der Regel nur über den Erstkontakt mit dem Arzt und konsumiert in der Folge eine Leistung, die maßgeblich vom Arzt bestimmt und letztlich von der Krankenkasse finanziert wird.

---

<sup>31</sup> S Jung in Grabitz/Hilf, EGV Art 82 Rz 156; Schröter in Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag<sup>6</sup> Art 82 Rz 251 ff; Grill in Lenz, EG-Vertrag<sup>2</sup> Art 82 Rz 36.

Angesichts der Kostentragung durch die Krankenkassen fragt der Patient viele Arztleistungen nach und der Arzt nützt seinen Informationsvorteil Gewinn maximierend und schafft in seiner Beratungsfunktion zusätzliche Nachfrage, die der Gesundheit mitunter sogar abträglich sein kann.<sup>32</sup> Diesem sogenannten "Patienten- und Ärzte-Moral-Hazard" werden von den Gesundheitssystemen vor allem Zulassungsbeschränkungen, Preisfestsetzungen und Leistungsbeschränkungen entgegengesetzt.<sup>33</sup> Dadurch soll einer Ausdehnung der Leistungsmenge und damit steigenden Ausgaben, die die finanzielle Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems bedrohen, entgegengewirkt werden.

Als Grund, der die Erfüllung der besonderen Aufgabe verhindern könnte, kommt aber nicht nur die Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Gesundheitssystems, sondern vor allem auch der Schutz der Gesundheit in Betracht.

Die Argumentation, dass die Krankenversicherungsträger die ihnen übertragene besondere Aufgabe nur dann erfüllen können, wenn sie etwa auf wettbewerbswidrige Preisbeeinflussungen und/oder Zulassungsbeschränkungen zurückgreifen, setzt jedoch voraus, dass es sich dabei um ein angemessenes und dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit genügendes Mittel handelt. Die Einschränkung der Geltung der Vertragsvorschriften darf nicht weitergehen, als es für die Aufgabenerfüllung unbedingt erforderlich ist.<sup>34</sup>

Solange und soweit eine Aufgabenerfüllung ohne Vertragsverletzung möglich ist, sind die Krankenversicherungsträger somit an den EG-Vertrag gebunden. Selbst eine Gesetzesänderung auf nationaler Ebene ist in Betracht zu ziehen, wenn dadurch eine Aufgabenerfüllung ohne Vertragsdurchbrechung sichergestellt werden kann.<sup>35</sup> Für die Anwendung des Art 86 Abs. 2 EGV ist auch dann kein Raum, wenn der Krankenversicherungsträger gar nicht in der Lage oder bereit ist, die ihm übertragene Aufgabe in befriedigender Weise selbst zu erfüllen<sup>36</sup>. Ein Mitgliedstaat wird sich daher zur Rechtfertigung seines Systems der beschränkten Zulassung von Vertragsärzten nicht erfolgreich auf Art 86 Abs. 2 EGV berufen können, wenn die Krankenkassen offenkundig nicht in der Lage sind, die Nachfrage der Leistungsberechtigten nach ärztlichen Leistungen zu erfüllen; sei es weil die ärztliche Versorgung durch Vertragsärzte nicht flächendeckend erfolgt oder die Qualität zu wünschen übrig lässt. Damit wird zugleich auch deutlich, dass bei der im Rahmen des Art 86 Abs. 2 EGV erfolgenden Beurteilung von staatlichen Maßnahmen am Gesundheitsmarkt nicht bloß Kosteneffekte, sondern

<sup>32</sup> *Kletter*, Kostenerstattung und Sachleistungsvorsorge, SoSi 1994, 27 (28).

<sup>33</sup> *Kletter*, SoSi 1994, 28; *Kletter*, Das VfGH-Erkenntnis zur Kostenerstattung, SoSi 2000, 704 (707 f).

<sup>34</sup> *Kommission*, Entsch v 26.7.1976 (BNIA) ABl 1976, L 231/24.

<sup>35</sup> *Emmerich* in Dausers, H. II. Rz 160 unter Hinweis auf EuGH 30.4.1974, Rs 155/73 (Sacchi) Slg 1974, 409 (431); 8.6.1982, Rs C-258/78 (Nungesser) Slg 1982, 2015 (2056 f); 3.10.1985, Rs C-311/84 (Télémarketing) Slg 1985, 3261 (3275).

<sup>36</sup> Vgl EuGH 23.4.1991, Rs C-41/90 (Höfner und Elser) Slg 1991, I-1979 Rz 25 ff.

auch qualitative Aspekte der Gesundheitsversorgung, des Zugangs zu Gesundheitsleitungen u.ä. zu berücksichtigen sind.

### Summary

## **APPLICATION OF EUROPEAN COMPETITION LAW ON STATUTORY HEALTH INSURANCE**

The European Court of Justice has over the past years clearly emphasized in its decisions that application of the European competition law cannot be generally excluded in the field of social security. Since the European competition law is applicable to commercial companies exclusively, the quintessential question is whether a health insurance provider has a status of company under the European competition law. The relevant ECJ's case-law demonstrates that health insurance providers are not uniformly considered to be companies. It is necessary to evaluate their individual activities to establish whether they are in fact social or commercial in nature. The focus should be placed on content, as well as on the kind and manner of performing a certain activity. Unlike commercial activities, social activities exclude labeling a health insurance provider as commercial company. In this case, a health insurance provider that performs a certain social task is excluded from the competition law. The ECJ will not recognize a social character of a company in case a health insurance provider performs a commercial activity on market in competition with private insurance company.

The European competition law includes prohibition of cartels (EC Treaty, art. 81), as well as prohibition of abuse of dominant position on market (EC Treaty, art. 82). Both situations may exist at the same time. Violation of prohibition of cartels may occur in case when health insurance providers reach a decision allowing providing of certain services, e.g., medical services, or reach an agreement with association of physicians. Abuse of dominant position on market may occur in case when patients' funds act as medical services seekers and, at the same time, act as monopolists. As monopolists they are obliged to conclude a contract with physicians. If they do not comply, they are violating prohibition of abuse, unless there are particularly justified reasons for such a behavior. As a consequence, the system of limited agreement with contracted physicians is not allowed if in choosing physicians and contractual terms, the health insurance provider acts with arbitrariness or abuse.

Moreover, even in case a health insurance provider, considered a commercial company, breaches European competition law, there is a possibility for non-application of competition law. The EC Treaty, in art. 86 para. 2, provides that competition law rules are applicable on commercial companies that provide entrusted services in general economic interest only if application of such rules does not hamper, legally or factually, fulfillment of special tasks that have



been transferred to them. In case a fulfillment of their tasks is possible without breaching the contract, health insurance providers are bound by provisions of the EC Treaty. Furthermore, a possibility to ensure the fulfillment of tasks without breaching a contract might be created by revision of laws on national level. Art. 86 para. 2 is not applicable if a health insurance provider is not capable of fulfilling, or not prepared to fulfill alone in satisfactory manner the entrusted tasks.

**Key words:** *European Court of Justice, social security, competition law, company, health insurance, prohibition of cartel, dominant position on the market, monopoly of service seekers, physicians.*

### Zusammenfassung

## DIE ANWENDUNG DES EUROPÄISCHEN WETTBEWERBSRECHTS AUF DIE GESETZLICHE KRANKENVERSICHERUNG

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in den vergangenen Jahren in einer Reihe von Entscheidungen deutlich zum Ausdruck gebracht, dass für den Bereich der sozialen Sicherheit keine generelle Ausnahme vom Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts besteht. Da das europäische Wettbewerbsrecht nur auf Unternehmen zur Anwendung gelangt, ist von entscheidender Bedeutung, ob Krankenversicherungsträger als Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts anzusehen sind. Aus der einschlägigen EuGH-Judikatur ergibt sich, dass den Krankenversicherungsträgern nicht von vornherein die Unternehmenseigenschaft abzusprechen ist. Es sind vielmehr ihre einzelnen Aktivitäten primär dahingehend zu beurteilen, ob es sich dabei um soziale oder um wirtschaftliche Tätigkeiten handelt. Prüfungsgegenstand müssen dabei der Inhalt sowie die Art und Weise der Durchführung der fraglichen Tätigkeit sein. Im Gegensatz zur wirtschaftlichen Tätigkeit schließt die Ausübung einer sozialen Tätigkeit die Unternehmenseigenschaft des Krankenversicherungsträgers aus. Das heißt, insoweit der Krankenversicherungsträger eine soziale Aufgabe wahrnimmt, ist er vom Wettbewerbsrecht ausgenommen. Der soziale Charakter wird vom EuGH dann verneint, wenn der Sozialversicherungsträger eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit privaten Versicherungsunternehmen ausübt.

Das europäische Wettbewerbsrecht enthält ein Kartellverbot (Art 81 EGV) sowie ein Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art 82 EGV). Beide Tatbestände können auch nebeneinander zur Anwendung gelangen. Gegen das Kartellverbot kann etwa dadurch verstoßen werden, dass Krankenkassen-Verbände über die Zulassung von Leistungserbringern, wie zB von Ärzten, beschließen oder darüber Vereinbarungen mit deren Verbänden

treffen. Ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung kann etwa dann vorliegen, wenn Krankenkassen als Nachfrager nach Gesundheitsleistungen auftreten und dabei Nachfragemonopolisten sind. Als Nachfragemonopolisten sind sie zum Vertragsabschluss mit den Ärzten verpflichtet. Kommen sie dieser Verpflichtung nicht nach, verstoßen sie gegen das Missbrauchsverbot, sofern keine sachliche Rechtfertigung vorliegt. Demzufolge ist ein System der beschränkten Zulassung von Vertragsärzten dann unzulässig, wenn bei der Auswahl der Ärzte und der Ausgestaltung der Vertragsbedingungen willkürlich oder missbräuchlich vorgegangen wird.

Selbst wenn ein Krankenversicherungsträger als Unternehmen zu qualifizieren ist und gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstößt, besteht aber noch immer die Möglichkeit einer Ausnahme vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts. Art 86 Abs 2 EGV sieht für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, vor, dass die Wettbewerbsregeln für sie nur insoweit gelten, als die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Solange und soweit eine Aufgabenerfüllung ohne Vertragsverletzung möglich ist, sind die Krankenversicherungsträger an den EG-Vertrag gebunden. Selbst eine Gesetzesänderung auf nationaler Ebene ist in Betracht zu ziehen, wenn dadurch eine Aufgabenerfüllung ohne Vertragsdurchbrechung sichergestellt werden kann. Für die Anwendung des Art 86 Abs 2 EGV ist auch dann kein Raum, wenn der Krankenversicherungsträger gar nicht in der Lage oder bereit ist, die ihm übertragene Aufgabe in befriedigender Weise selbst zu erfüllen.

**Schlüsselwörter:** *Europäischer Gerichtshof, soziale Sicherheit, Wettbewerbsrecht, Unternehmen, Krankenversicherung, Kartellverbot, marktbeherrschende Stellung, Nachfragemonopol, Ärzte.*

## Sommario

### **APPLICAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA ALL'ASSICURAZIONE MALATTIE OBBLIGATORIA**

La Corte di giustizia europea ha chiaramente evidenziato nelle sue decisioni degli ultimi anni che l'applicazione del diritto europeo della concorrenza non può essere generalmente escluso nel campo della sicurezza sociale. Siccome il diritto europeo della concorrenza è applicabile esclusivamente alle imprese, la questione fondamentale è se il fornitore di assicurazione malattie assuma la figura di impresa commerciale nel diritto europeo alla concorrenza. La prassi giurisprudenziale rilevante della Corte di giustizia europea dimostra

che i fornitori di assicurazione malattie non sono uniformemente considerati come imprese. È necessario valutare le loro specifiche attività per stabilire se sono in concreto di natura sociale o commerciale. Il punto dovrebbe essere individuato nel contenuto, così come nel tipo e nel modo di svolgimento di una determinata attività. Diversamente dalle attività commerciali, le attività sociali non consentono di definire un fornitore di assicurazione malattie come impresa commerciale. In questo caso, un fornitore di assicurazione malattie che adempie un determinato compito sociale è escluso dal diritto della concorrenza. La Corte di giustizia europea non riconosce il carattere sociale di un'impresa nel caso un fornitore di assicurazione malattie svolga un'attività commerciale sul mercato in concorrenza con imprese assicuratrici private.

Il diritto europeo della concorrenza include il divieto di cartello (art. 81, Trattato della Comunità Europea), così come il divieto di abuso di posizione dominante sul mercato (art. 82, Trattato CE). È possibile la coesistenza delle due situazioni. La violazione del divieto di cartello può occorrere nel caso i fornitori di assicurazione malattie adottino una decisione per permettere la fornitura di determinati servizi, ad esempio i servizi medici, o raggiungano un accordo con associazioni di medici. L'abuso di posizione dominante sul mercato può accadere nel caso i fondi di pazienti agiscano come richiedenti di servizi e, al tempo stesso, operino come monopolisti. Come monopolisti sono obbligati a concludere un contratto con i medici. Se non ottemperano, violano il divieto di abuso, a meno che esistano ragioni particolarmente giustificate per tale comportamento. Di conseguenza, il sistema di accordo limitato con i medici contraenti non è consentito se nella scelta dei medici e dei termini contrattuali il fornitore di assicurazione malattie agisce in modo arbitrario o abusivo.

Inoltre, anche in caso un fornitore di assicurazione malattie, considerato un'impresa commerciale, violi il diritto europeo della concorrenza, è possibile la disapplicazione del diritto della concorrenza. L'art. 86 par. 2 Trattato CE stabilisce che le regole del diritto della concorrenza sono applicabili alle imprese commerciali che eseguono i servizi affidati nell'interesse economico generale solo se l'applicazione di tali regole non impedisce legalmente o fattivamente l'adempimento di speciali compiti che sono stati affidati loro. Nel caso l'adempimento dei loro compiti sia possibile senza la violazione del contratto, i fornitori di assicurazione malattie sono vincolati alle disposizioni del Trattato CE. Ancora, la possibilità di assicurare l'adempimento dei compiti senza la violazione del contratto può essere ottenuta dalla revisione della legislazione a livello nazionale. L'art. 86 par. 2 Trattato CE non è applicabile se il fornitore di assicurazione malattie non è in grado di adempiere i compiti affidati, o non è preparato a farlo in modo soddisfacente.

**Parole chiave:** *Corte di giustizia europea, sicurezza sociale, diritto della concorrenza, impresa, assicurazione malattie, divieto di cartello, posizione dominante sul mercato, monopolio dei richiedenti servizi, medici.*

## IZMJENE KAZNENOG ZAKONA – OD ZNATNOG UBLAŽAVANJA DO ZNATNOG POOŠTRENJA KAZNENOPRAVNE REPRESIJE

Dr. sc. Velinka Grozdanić, redovita profesorica  
Dr. sc. Marissabell Škorić,  
znanstvena novakinja – viša asistentica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 343.2(497.5)(094.5)  
Ur.: 18. listopada 2006.  
Pr.: 13. studenog 2006.  
Pregledni znanstveni članak

*U radu se analiziraju temeljne karakteristike i odnos između dviju značajnih reformi kroz koje je prošlo hrvatsko kazneno zakonodavstvo u posljednjih deset godina. Iz analize jasno proizlazi da je prva reforma na normativnom nivou išla u pravcu ublažavanja represije, dok je druga reforma u potpunosti išla u suprotnom pravcu i znatno pooštrila represiju.*

*Rezultati analize upućuju na zaključak da zakonodavac nema jasnu i dosljednu strategiju kod propisivanja kaznenopravne represije te da pooštrenje represije u mjeri i na način kako je to učinjeno u drugoj reformi nije bilo nužno jer je i prije ove reforme zakon ostavljao dovoljno prostora za izricanje težih kazni.*

**Ključne riječi:** *reforme materijalnog kaznenog zakonodavstva, kaznenopravna represija.*

### 1. Uvod

U posljednjih deset godina hrvatsko materijalno kazneno zakonodavstvo obilježile su dvije značajne reforme. Prva reforma, ona iz 1997. godine rezultirala je znatnim promjenama dotadašnjeg, od bivše države preuzetog zakonodavstva i usvajanjem novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva<sup>1</sup> (u daljnjem tekstu: prva reforma ili novo hrvatsko kazneno zakonodavstvo). Druga reforma okončana je 2006. godine usvajanjem Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona<sup>2</sup> (u daljnjem tekstu: druga reforma).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Kazneni zakon, Narodne novine, 110/1997.

<sup>2</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Narodne novine, 71/2006.

<sup>3</sup> Između prve i druge reforme bila je još jedna značajna reforma koja je rezultirala usvajanjem opsežnog Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona (Narodne novine, 111/2003.). Kako je taj Zakon Ustavni sud ukinuo (Odluka Ustavnog suda o ukidanju Zakona o izmjenama i dopunama

Prvu reformu materijalnog kaznenog zakonodavstva obilježilo je donošenje novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva koje se temeljilo na ograničenju kaznenopravne represije, afirmaciji novčane kazne, proklamiranju načela individualizacije i alternativnih sankcija kao zamjena za kaznu zatvora, a sve u skladu sa suvremenim europskim i svjetskim trendovima. U posebnom dijelu Kaznenog zakona došlo je do smanjenja kaznenih okvira na način da su se u velikom broju slučajeva smanjile gornje mjere kazne, a kod određenog broja kaznenih djela smanjena je i najmanja mjera kazne. Suprotno tome, glavno obilježje druge reforme hrvatskog kaznenog zakonodavstva je pooštavanje zakonom propisane represije što se ogleda kroz izmjenu općih odredaba Kaznenog zakona i kroz propisivanje kaznenih okvira u posebnom dijelu. Tako je u cilju pooštavanja zakonske kaznenopravne represije zakonodavac izmijenio 129 kaznenih okvira, što je 18,15% od ukupnog broja propisanih kazni za sve inkriminacije.

U nastavku će se analizirati temeljne karakteristike i odnos između prve i druge reforme hrvatskog kaznenog zakonodavstva te pitanje je li usvojeno pooštrenje kaznenopravne represije, koje karakterizira drugu reformu, bilo opravdano i nužno u mjeri u kojoj je poduzeto.

## ***2. Temeljne izmjene hrvatskog kaznenog zakonodavstva kroz prvu i drugu reformu***

### ***2.1. Prva reforma – ublažavanje represije***

Među temeljnim postavkama kaznenog zakonodavstva iz 1997. bilo je ograničenje kaznenopravne prisile kao obveze koja proizlazi iz međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima, Ustava RH i tumačenja pojma pravne države ili vladavine prava.<sup>4</sup> Pored toga, tendencija izricanja sve blažih kazni po vrsti i mjeri i osobito njihovo zamjenjivanje nepunitivnim sankcijama bila je uočljiva u sudskoj praksi europskih država pa se može reći da je redukcija kaznenopravne prisile bila europski trend kontinuirane tendencije ublažavanja kaznenopravne represije i kaznenopravnih sankcija. U novom hrvatskom kaznenom zakonodavstvu ograničenje kaznenopravne prisile ostvareno je, između ostalog, uvođenjem načela određenog trajanja svih kaznenopravnih sankcija, uklanjanjem prijašnje mogućnosti pooštavanja kazne u slučaju višestrukog povrata, uvođenjem mogućnosti zamjene kratkotrajnih kazni zatvora radom za opće dobro na slobodi

---

Kaznenog zakona, Narodne novine, 190/2003.), može se govoriti samo o pokušaju reforme kaznenog zakonodavstva. O ovoj reformi i reakcijama koje je izazvao pokušaj pooštrenja represije više vidi u: Novoselec, P., *Temeljne crte novele Kaznenog zakona od 9. srpnja 2003.*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 10., br. 2/2003., str. 264-265. i u prikazu s II. Interkatedarskog sastanka nastavnika kaznenopravnih predmeta pravnih fakulteta hrvatskih sveučilišta i Visoke policijske škole u Zagrebu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 2/2002.

<sup>4</sup> Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Zagreb, travanj 2006. (u daljnjem tekstu: Konačni prijedlog), str. 26.

te afirmacijom novčane kazne koja se učestalije nego do tada propisivala kao alternativa s kaznom zatvora.<sup>5</sup>

Prilikom stvaranja novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva morali su se ocijeniti postojeći kazneni okviri za preuzeta kaznena djela i uspostaviti novi kazneni okviri za nova djela tako da odgovaraju načelu zakonitosti i načelu individualizacije. Propisivanje kazni za pojedina kaznena djela temeljilo se na dotadašnjoj dugogodišnjoj sudskoj praksi u Republici Hrvatskoj i stranim uzorima na način da se u znatnom broju slučajeva smanjivao posebni maksimum te u određenim slučajevima i posebni minimum. Prva reforma imala je izraženu tendenciju da kazneni okviri budu dovoljno široki radi mogućnosti individualizacije i da se istodobno izbjegava preveliki broj težih i lakših oblika pojedinog kaznenog djela. Budući da kazneni okviri ne smiju biti preširoki, jer praksa pokazuje kako se u pravilu iskorištava samo donja polovica raspona zatvorske kazne, u znatnom broju slučajeva smanjivao se posebni maksimum u odnosu na dotadašnje kazne. Osim toga, veliki postotak ublažavanja dotadašnjih kazni utjecao je i na smanjenje posebnih minimuma u određenim slučajevima.<sup>6</sup>

Nema nikakve sumnje da je novo hrvatsko kazneno zakonodavstvo iz 1997., ublažavanjem represije na normativnom nivou, nastojalo kazne usuglasiti sa suvremenim kaznenim zakonima, ali i s kaznenom politikom naših sudova.

## **2.2. Druga reforma – pooštrenje represija**

Donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona 2004. godine,<sup>7</sup> započela je najnovija reforma hrvatskog materijalnog kaznenog prava, koja je okončana u listopadu 2006., kada su stupile na snagu posljednje izmjene i dopune Kaznenog zakona.<sup>8</sup>

Usvojenim izmjenama u općem dijelu Kaznenog zakona mijenjaju se odredbe o zastari kaznenog progona i zastari izvršenja kazni, smanjenoj ubro-

---

<sup>5</sup> Kazneni zakon iz 1997. godine sadrži odredbu po kojoj se za kaznena djela za koja je propisana zatvorska kazna bez posebnog minimuma, a s najvišim posebnim maksimumom od 3 godine kao alternativna kazna može izreći i novčana kazna (članak 53. stavak 6.). Ovom odredbom uvedena je mogućnost novčanog kažnjavanja kod gotovo trećine kaznenih djela (31,4% svih inkriminacija) što je tri puta više u odnosu na mogućnosti novčanog kažnjavanja koje su postojale prije uvedene odredbe.

<sup>6</sup> Horvatić, Ž., *Novo hrvatsko kazneno pravo*, Zagreb, 1997., str. 309.

<sup>7</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Narodne novine, 105/2004.

<sup>8</sup> Prilikom oblikovanja ovih izmjena uzete su u obzir predložene promjene u Zakonu o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona iz 2003. kojeg je Ustavni sud ukinuo, stajališta Interkatedarske sjednice pravnih fakulteta održane u Osijeku 2002., referati i rasprave s XVI. savjetovanja Udruženja za kazneno pravo i praksu te niz drugih pismenih i usmenih prijedloga. Uz navedeno, značajnu ulogu u oblikovanju najnovijih promjena imalo je istraživanje o odnosu između zakonom propisane i primijenjene represije prema počiniteljima kaznenih djela koje je 2004. godine provela Akademija pravnih znanosti Hrvatske i Hrvatsko udruženje za kazneno pravo i praksu. Konačni prijedlog, str. 23. O rezultatima istraživanja odnosa zakonske i sudske politike kažnjavanja vidi: Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11., 2/2004.

jivosti, kazni zatvora, uvjetnom otpustu, ublažavanju kazne, stjecaju kaznenih djela, uvjetnoj osudi, sigurnosnim mjerama te oduzimanju imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom. U pravcu pooštrenja represije ograničene su dosadašnje mogućnosti ublažavanja kazne i izricanja uvjetne osude. Usvojene izmjene odvajaju i razlikuju zakonsko i sudsko ublažavanja kazne što u punoj mjeri dolazi do izražaja u novim granicama za ublažavanje kazne kod teških i najtežih kaznenih djela. Pooštavanje zakonom propisane represije kroz odredbe o ublažavanju očituje se u postavljanju većih ograničenja za sudsko ublažavanje kazne propisivanjem viših donjih granica ublažavanja kod težih kaznenih djela.<sup>9</sup> Za razliku od prijašnje regulative, koja je omogućavala primjenu uvjetne osude i u slučajevima kada je sudac smatrao da osobito olakotne okolnosti opravdavaju izricanje uvjetne osude, usvajanjem najnovijih izmjena Kaznenog zakona ovakva mogućnost više ne postoji. Naime, temeljem usvojenih izmjena o uvjetnoj osudi prema počinitelju kaznenog djela za koje je popisana kazna do 10 godina zatvora uvjetna osuda se može izreći samo ako su primijenjene odredbe o zakonskom ublažavanju kazne. U posebnom dijelu Kaznenog zakona za pojedina kaznena djela pooštrena je zakonska represija bilo ukidanjem alternativno propisane novčane kazne, bilo povišenjem posebnog minimuma kazne zatvora uz zadržavanje dosadašnjeg maksimuma, bilo povećanjem maksimuma uz dosadašnji minimum ili povišenjem obje mjere.

### **2.3. Komparativni prikaz izmjena kaznenih okvira kroz prvu i drugu reformu**

Kako bi se cjelovito sagledala zakonska kaznena politika u RH od njenog osamostaljenja do danas, u tablici 1. koja je sastavni dio ovog rada, (v. prilog na kraju rada) daje se komparativni prikaz raspona propisanih kaznenih okvira za sva kaznena djela kod kojih je najnovijom reformom pooštrena kaznenopravna represija.<sup>10</sup> Usporedili smo zakonska rješenja iz posebnog dijela Kaznenog zakona (kaznene okvire) prije donošenja novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva,<sup>11</sup> ona sadržana u novom kaznenom zakonodavstvu iz 1997. te

<sup>9</sup> Više o tome vidi Mrčela, M., *Ublažavanje kazne prema Prijedlogu zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona iz 2005. godine*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 12., br. 2/2005. str. 425–440.

<sup>10</sup> Iz analize su izostavljena kaznena djela kod kojih je kaznenopravna represija ublažena. Naime, suprotno općoj klimi pooštrenja kaznenopravne represije koja u bitnome karakterizira drugu reformu, kod kaznenih djela uvrede (čl. 199. st. 1. i 2.), klevete (čl. 200. st. 1. i 2.) i iznošenja osobnih ili obiteljskih prilika (čl. 201. st. 1. i 2.) došlo je do ublažavanja represije. Kod navedenih kaznenih djela izostavljena je kazna zatvora i kao jedina sankcija ostavljena novčana kazna.

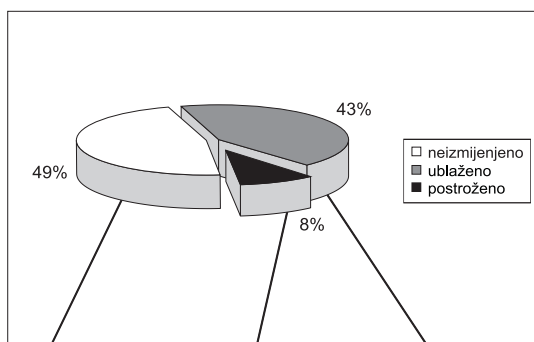
<sup>11</sup> Nakon osamostaljivanja Republika Hrvatska donijela je Zakon o preuzimanju Krivičnog zakona SFRJ. Tome je zakonu novelom od 22. prosinca 1992. promijenjen naziv u Osnovni krivični zakon Republike Hrvatske (Narodne novine, pročišćeni tekst, 31/1993.), u daljnjem tekstu: OKZRH. Uz taj zakon, u RH se primjenjivao i Krivični zakon SR Hrvatske kojem je novelom od 22. veljače 1992. godine promijenjen naziv u Krivični zakon Republike Hrvatske (Narodne novine, pročišćeni tekst 32/1993.), u daljnjem tekstu: KZRH. Oba ova zakona izmijenjena su novelama od 29. ožujka 1996. godine (Narodne novine, 28/1996.).

konačno, rješenja usvojena u posljednjoj reformi hrvatskog kaznenog zakonodavstva okončanoj 2006.<sup>12</sup>

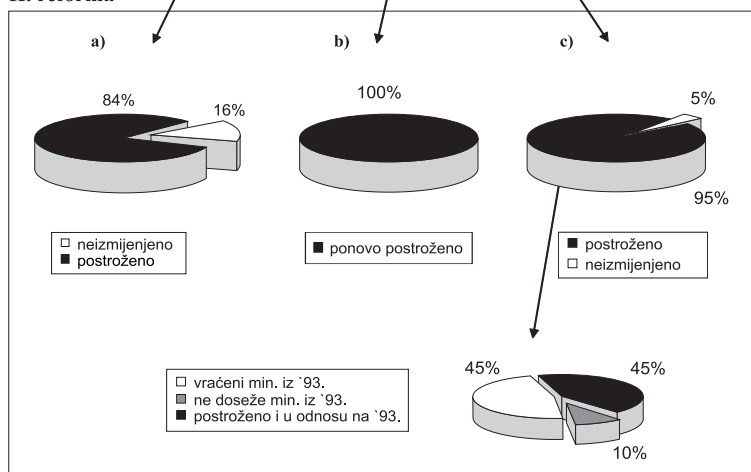
Na slikama 1. i 2. grafički su prikazani posebni minimumi za one inkriminacije kod kojih je druga reforma pooštrila represiju, uz napomenu da je usporedba rađena samo kod onih inkriminacija, (102 inkriminacije od ukupno 129) čiji se sadržaj nije promijenio u mjeri da predstavlja novo kazneno djelo.

Slika 1. prikazuju učinke prve reforme u odnosu na posebne minimume za 102 inkriminacije. Slika 2. prikazuju učinke druge reforme za iste inkriminacije na način da se zasebno prikazuju posebni minimumi koji su prvom reformom ostali neizmijenjeni (slika 2a), zatim oni koji su bili postroženi (slika 2b) i konačno oni koji su prvom reformom bili ublaženi (slika 2c).

Slika 1.  
I. reforma



Slika 2.  
II. reforma



<sup>12</sup> Ovdje valja ukazati na okolnost da je novo hrvatsko kazneno zakonodavstvo propisalo neka nova kaznena djela te unijelo promjene u dotadašnjim opisima kaznenih djela na način da su učinjene određene redakcijske, jezične i sadržajne promjene. Iako su u potonjem slučaju sadržaji pojedinih kaznenih djela izmijenjeni oni se ne bi trebali smatrati novim kaznenim djelima u našem pravu i stoga je raspon kazni kod takvih kaznenih djela predmet analize u ovom radu.



Iz navedenog grafičkog prikaza uočava se sljedeće:

Prvom reformom posebni minimum je ublažen kod 44 inkriminacije (43%), dok je kod njih 8 (8%) postrožen. Kod preostalih 50 inkriminacija (49%) donji minimum je ostao neizmijenjen (slika 1).

Na slici 2.a prikazane su inkriminacije čiji posebni minimumi nisu bili predmet prve reforme. Međutim, drugom reformom je kod 42 inkriminacije (84%) posebni minimum postrožen. Kod preostalih 8 inkriminacija (16%) postrožen je posebni maksimum, dok je donja mjera kazne ostala i dalje neizmijenjena.

Slika 2.b prikazuje inkriminacije čiji je posebni minimum dva puta postrožen – i u prvoj i u drugoj reformi. Radi se o sljedećim kaznenim djelima: Međunarodni terorizam (čl. 169. st. 1.), Spolni odnošaj s nemoćnom osobom (čl. 189. st. 1.), Spolni odnošaj s djetetom (čl. 192. st. 1.), Zadovoljavanje pohote pred djetetom ili maloljetnom osobom (čl. 194.), Napuštanje djeteta (čl. 212.), Iznuda (čl. 234. st. 1.), Ucjena (čl. 235. st. 1.) i Onečišćenje okoliša (čl. 250. st. 2.).

Slika 2.c prikazuje promjene posebnog minimuma kod inkriminacija kojima je prvom reformom minimum ublažen. Kod gotovo svih inkriminacija posebni minimum sada je postrožen. Naime, od 44 kaznena okvira kojima je prvom reformom ublažen minimum, sada je kod 42 taj minimum postrožen. Dakle, samo kod dvije inkriminacije ostavljena je ista donja granica. Za 19 inkriminacija to znači u potpunosti vraćanje na staro, odnosno ponovno izjednačavanje njihove donje mjere kazne s onom iz 1993. Kod 19 inkriminacija kojima je 1997. ublažen posebni minimum, sada je izmijenjen na način da je stroži nego što je bio 1993. Kod preostale 4 inkriminacije posebni minimum, iako sada postrožen, još je uvijek blaži od onog iz 1993.

S obzirom na to da se glavna karakteristika druge reforme glede posebnog dijela Kaznenog zakona odnosi na povišenje donje mjere kazne, slijedi tabelarni prikaz slike 2.c kako bi se dobio potpuni uvid o kojim se kaznenim djelima radi.

Čl.	Kazneno djelo	KZRH i OKZRH	I. reforma	II. reforma
91.	Teško ubojstvo	najmanje 10 g. ili zatvorom do 20 g.	najmanje 8 g. ili dugotrajni zatvor	najmanje 10 g. ili dugotrajni zatvor
96.	Sudjelovanje u samoubojstvu stavak 4.	od 6 mj. do 5 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
99.	Teška tjelesna ozljeda stavak 1. stavak 2.	od 6 mj. do 5 g. od 1 g. do 10 g.	od 3 mj. do 3 g. od 6 mj. do 8 g.	od 6 mj. do 3 g. od 1 g. do 8 g.

Čl.	Kazneno djelo	KZRH i OKZRH	I. reforma	II. reforma
100.	Tjelesna ozljeda na mah stavak 2.	6 mj. do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
101.	Tjelesna ozljeda iz nehaja stavak 2.	od 6 mj. do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
105.	Napuštanje nemoćne osobe stavak 2.	od 1 g. do 5 g.	od 3 mj. do 3 g.	od 6 mj. do 3 g.
125.	Otmica stavak 1. stavak 2.	od 1 g. do 10 g. najmanje 3 g.	od 6 mj. do 5 g. od 1 g. do 10 g.	od 1 g. do 5 g. od 3 g. do 10 g.
155.	Kažnjavanje za najteže oblike k. d. protiv RH stavak 2.	najmanje 8 g. / najmanje 10 g. <sup>13</sup>	najmanje 5 g.	najmanje 10 g.
173.	Zlouporaba opojnih droga stavak 4.	od 6 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 5 g.	od 1 g. do 5 g.
190.	Prisila na spolni odnošaj	od 6 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 5 g.	od 6 mj. do 5 g.
208.	Kršenje obiteljskih obveza stavak 1.	od 3 mj. do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
209.	Povreda dužnosti uzdržavanja stavak 2.	do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
213.	Zapuštanje ili zlostavljanje djeteta ili maloljetne osobe stavak 3.	od 6 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 5 g.	od 1 g. do 5 g.
215.	Sprječavanje i neizvršenje mjera za zaštitu djeteta ili maloljetne osobe stavak 2.	od 3 mj. do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.

<sup>13</sup> Kazneno djelo iz članka 155. Kažnjavanje za najteže oblike kaznenih djela protiv RH bilo je obuhvaćeno člankom 118. OKZRH i člankom 244. KZRH.

Čl.	Kazneno djelo	KZRH i OKZRH	I. reforma	II. reforma
216.	Krađa stavak 1.	od 3 mj. do 5 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
224.	Prijevара stavak 1.	od 3 mj. do 5 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
233.	Lihvarski ugovor stavak 1. stavak 2.	do 5 g. i NK do 3 g. i NK	NK ili do 1 g. NK ili do 1 g.	od 1 g. do 3 g. od 1 g. do 3 g.
240.	Nesavjesno liječenje stavak 1. stavak 2.	do 3 g. do 3 g.	NK ili do 2 g. NK ili do 2 g.	od 3 mj. do 3 g. od 3 mj. do 3 g.
242.	Nedozvoljeno presađivanje dije- lova ljudskog tijela stavak 1.	6 mj. do 5 g.	NK ili do 3 g.	od 6 mj. do 3 g.
243.	Nepružanje medicinske pomoći	do 3 g.	NK ili do 2 g.	od 6 mj. do 3 g.
272.	Izazivanje prometne nesreće stavak 3.	najmanje 3 g.	od 1 do 10 g.	od 3 g. do 10 g.
273.	Nepružanje pomoći osobi koja je teško tjelesno ozlijeđena u prometnoj nesreći stavak 1. stavak 2.	do 1 g. od 3 mj. do 5 g.	NK ili do 1 g. NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g. od 6 mj. do 5 g.
291.	Nesavjesno gospo- darsko poslovanje stavak 1.	do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
301.	Pomoć počinitelju nakon počinjenja kaznenog djela stavak 1. stavak 2.	do 3 g. do 3 g.	NK ili do 3 g. NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g. od 3 mj. do 3 g.
303.	Davanje lažnog iskaza stavak 1. stavak 2. stavak 3.	do 3 g. do 3 g. od 1 g. do 10 g.	NK ili do 3 g. NK ili do 3 g. od 3 mj. do 5 g.	ZIDKZ (NN 105/04.) <sup>14</sup> od 6 mj. do 5 g. od 6 mj. do 5 g. od 1 g. do 10 g.

<sup>14</sup> Ovo kazneno djelo bilo je predmet prve faze druge reforme poduzete 2004. godine.

Čl.	Kazneno djelo	KZRH i OKZRH	I. reforma	II. reforma
304.	Sprječavanje dokazivanja stavak 2.	do 1 g.	NK ili do 1 g.	od 3 mj. do 3 g.
319.	Sudjelovanje u grupi koja sprječava ili napada služenu osobu stavak 1.	od 3 mj. do 5 g.	NK ili do 1 g.	od 3 mj. do 3 g.
321.	Pozivanje na otpor stavak 1.	od 3 mj. do 5 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
327.	Uništavanje ili prikrivanje arhivske građe stavak 1.	do 5 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
332.	Dogovor za počinjenje kaznenog djela	do 1 g.	NK ili do 1 g.	ZIDKZ (NN 105/04.) <sup>15</sup> NK ili do 3 g.
333.	Udruživanje za počinjenje kaznenih djela stavak 3.	do 1 g.	NK ili do 1 g.	ZIDKZ (NN 105/04.) <sup>16</sup> NK ili do 3 g.
335.	Nedozvoljeno posjedovanje oružja i eksplozivnih tvari stavak 1.	do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
337.	Zlouporaba položaja i ovlasti stavak 1.	do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
347.	Primanje mita stavak 1. stavak 2.	od 1 g. do 10 g. od 6 mj. do 5 g.	od 6 mj. do 5 g. od 3 mj. do 3 g.	od 1 g. do 8 g. od 6 mj. do 5 g.
348.	Davanje mita stavak 1.	od 6 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 3 g.	od 6 mj. do 3 g.

<sup>15</sup> Vidi supra, bilj. 14.

<sup>16</sup> Vidi supra, bilj. 14.

Iz ovog tabelarnog prikaza vidljivo je da su kod kaznenih djela za koja je kao gornja mjera propisana kazna zatvora do 3 godine usvojene promjene minimuma na način da se dosadašnja novčana kazna zamjenjuje kaznom zatvora. Bitno je napomenuti da gotovo polovica izmjena otpada upravo na takva kaznena djela. Kod gotovo zanemarivog broja tih kaznenih djela ostavljena je mogućnost izricanja novčane kazne kao glavne kazne.<sup>17</sup> Uzrok "odricanja" od novčane kazne vjerojatno treba tražiti u primjeni odredaba o novčanoj kazni u sudskoj praksi. Novčana kazna u našem pravu, kao i u drugim suvremenim kaznenim zakonodavstvima, temelji se na modelu dnevnih dohodaka. Prema tom modelu novčana kazna propisuje se u dnevnim dohodcima osobe prema kojoj se primjenjuje. Nastojanje da se novčanom kaznom uvažavaju financijske prilike počinitelja kaznenog djela opće je prihvaćena formula,<sup>18</sup> koja ima izvanredne prednosti u odnosu prema klasičnom sustavu fiksnih kazni.<sup>19</sup> Na žalost, ovaj sustav propisivanja novčanih kazni nije saživio u našoj praksi i upućene su mu brojne kritike.<sup>20</sup> Ove kritike trebalo je uzeti u obzir i predložiti mjere koje bi omogućile primjenu ove sankcije umjesto što je zamijenjena kaznom zatvora.<sup>21</sup>

U konačnici, posljedice promjena kod kaznenih djela za koja je kao gornja mjera propisana kazna zatvora do 3 godine mogu biti ili kratkotrajne kazne zatvora ili uvjetne osude. Kratkotrajne kazne zatvora izložene su brojnim kritikama (kriminalna infekcija i stigmatizacija osuđenika, neekonomičnost i dr.) i kada je afirmirana novčana kazna 1997. godine, jedan od glavnih argumenta u njezinu korist bilo je odustajanje od kratkotrajnih kazni zatvora. Pored toga, dajući prednost zatvorskom u odnosu na novčano kažnjavanje u potpunosti se ignorira opće poznata problematika pretrpanosti zatvora koja je upravo posljednjih godina vrlo aktualna. Druga moguća posljedica ovih promjena je da će suci umjesto novčanih kazni za ova kaznena djela izricati uvjetne osude. Ne ulazeći u ocjenu je li stroža sankcija novčana kazna ili uvjetna osuda, ostaje nejasno

<sup>17</sup> Novčana kazna ostaje popisana u čl. 114. (Povreda prava na rad i drugih prava iz rada), čl. 115. (Povreda prava na zdravstvenu i invalidsku zaštitu), čl. 305. st. 1. i 2. (Povreda tajnosti podataka), čl. 322. st. 1. (Širenje lažnih i uznemirujućih glasina), čl. 332. (Dogovor za počinjenje kaznenog djela), čl. 333. st. 3. (Udruživanje za počinjenje kaznenih djela). Vidi tabelu 1. na kraju rada.

<sup>18</sup> Grozdanić, V., *Kazne – nova rješenja u Kaznenom zakonu i njihova provedba u sudskoj praksi*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 2/2000., str. 337.

<sup>19</sup> Horvatić, Ž., *Izbor kazne u jugoslavenskom krivičnom pravu i sudskoj praksi*, Informator, Zagreb, 1980., str. 51.

<sup>20</sup> Bojanić, I., *Promjene u općem dijelu Kaznenog zakona prema Prijedlogu zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona iz 2005.*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 12., 2/2005., str. 342.

<sup>21</sup> Iz državnog odvjetništva stižu upozorenja da će se usvojene promjene osjetiti poglavito u onim predmetima u kojima je uobičajeno da državni odvjetnik zahtijeva izdavanje kaznenog naloga, što je bila uobičajena praksa kod kaznenih djela počinjenih iz koristoljublja. Za ta kaznena djela državni odvjetnici morat će odlučiti hoće li predložiti izricanje zatvorske kazne što znači odustajanje od kaznenog naloga ili će predložiti izricanje uvjetne osude u kaznenom nalogu. Novosel, D., *Pregled predloženih izmjena Kaznenog zakona – posebni dio*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 12., 2/2005., str. 366.

zašto sucima nije ostavljena mogućnost da u konkretnom slučaju procjene kojom bi se od ovih dviju sankcija potpunije ostvarila svrha kažnjavanja. Usvojeno rješenje kojim se onemogućuje izricanje novčane kazne najviše ide na štetu načela individualizacije što zacijelo nije bila intencija zakonodavca.

Iz analize navedenih podataka jasno proizlazi da je druga reforma u potpunosti išla u pravcu pooštrenja represije na normativnom nivou u posebnoj djelu Kaznenog zakona, bilo da su se pooštravali kazneni okviri koji su u prvoj reformi ostali nepromijenjeni, bilo da su se ublaženi kazneni okviri iz prve reforme pooštavanjem u drugoj reformi vraćali na stare okvire, bilo da su se pooštreni okviri iz prve reforme u drugoj još više pooštrili.<sup>22</sup> Isto tako, može se reći kako je druga reforma poništila gotovo 30% prve reforme i to u svim slučajevima pooštavanja posebnih minimuma (ukupno 42 kaznena okvira), koji su u prvoj reformi ublaženi.

### ***3. Opravdanost ili neopravdanost pooštrenja represije drugom reformom***

U obrazloženju Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona iz 2006., predlagatelj kao razloge za pooštrenje zakonom propisane represije navodi postojeću sudsku praksu te pogibeljnost i učestalost pojedinih kaznenih djela. Osim toga poziva se i na rezultate ispitivanja stajališta opće i stručne javnosti koji ukazuju da javnost izrečene kazne počiniteljima najtežih kaznenih djela drži neopravdano preblagim.<sup>23</sup>

U nastavku ćemo se zadržati na svakom od ova tri prigovora i vidjeti mogu li oni biti otklonjeni poduzimanjem mjera koje idu u pravcu pooštrenja represije ili je pažnju valjalo usmjeriti u drugom pravcu.

#### ***3.1. Sudska praksa kao jedan od razloga za pooštrenje represije***

Usvojenim izmjenama koje idu u pravcu povišenja posebnog minimuma i ograničavanja dosadašnjih mogućnosti ublažavanja želi se djelovati na sudsku praksu na način da se primjenjivana represija pooštri. Zakonodavac kao cilj svoje strategije navodi ravnomjernije iskorištavanje propisanih kaznenih okvira u izricanju kazni počiniteljima kaznenih djela.<sup>24</sup>

Pitanje ravnomjernog iskorištavanja propisanih kaznenih okvira zapravo je pitanje odnosa između zakonom propisane represije i one koju kroz kaznenopravne sankcije izriču sudovi. Odnos između zakonom propisane i sudski izrečene kazne

<sup>22</sup> I sve ostale izmjene Kaznenog zakona iz općeg djela kojima se u radu nismo posebno bavili išle su u pravcu pooštavanja represije – ograničenje primjene uvjetne osude, novčane kazne, ublažavanja kazna itd.

<sup>23</sup> Detaljnije o tome vidi: Konačni prijedlog, str. 27–29.

<sup>24</sup> Konačni prijedlog, str. 29.

predmet je brojnih rasprava o čemu postoji obimna literatura.<sup>25</sup> Osvrnut ćemo se na glavna obilježja tog odnosa i prigovore koji mu se upućuju. Zbog okolnosti da naša sudska praksa pribjegava donjoj granici ne može se tvrditi kako postoji nesrazmjer između zakonskog i sudskog odmjeravanja kazne. Takav zaključak temeljio bi se na pogrješnom stavu da se prosjek kazni treba kretati oko sredine između posebnog minimuma i maksimuma propisane kazne. I u teoriji se opravdano naglašava da takav stav nije prihvatljiv.<sup>26</sup> Tako se navodi da je zakonodavac, postavljajući široki kazneni okvir kod određene inkriminacije htio ostaviti dovoljno prostora za najteže slučajeve koje smatra iznimkom. U ovoj koncepciji je normalan prosjek kazne blizu minimuma, odnosno nešto viši od minimuma. U prilog tomu govori i niz mogućnosti za ublažavanje kazne i njezinu zamjenu blažim kaznenopravnim sankcijama kod lakših kaznenih djela.<sup>27</sup> Naime, ublažavanje kazne stoji sudeći na raspolaganju kao mogućnost u procesu individualizacije kazne u slučaju kada to zakon izričito predviđa i u slučaju kada sudac smatra da se zbog posebno izraženih olakotnih okolnosti svrha kažnjavanja može postići i blažom kaznom od propisane. S druge strane, od ukidanja mogućnosti pooštavanja kod višestrukog povrata u prvoj reformi, gornju granicu suci ne mogu prijeći ni u kom slučaju.<sup>28</sup> Stoga, dok smo imali moguće dileme i po inerciji prihvaćali matematički način razmišljanja o srednjoj vrijednosti između minimuma i maksimuma, kao polazištu kod izricanja kazne, ukidanjem mogućnosti pooštavanja gornje mjere kazne kao pandana ublažavanju kazne, te dileme su otklonjene. Drugim riječima, kazne koje se pretežito kreću oko donjeg minimuma, iako na prvi pogled nameću problematiku o neravnomjernosti iskorištavanja propisanih zakonskih okvira, zapravo su u potpunosti usklađene s intencijom zakonodavca, što znači da je sudska praksa koja slijedi takav pristup usuglašena sa zahtjevima koji su postavljeni pred nju.

Nema sumnje da će usvojene izmjene dovesti do izricanja strožih kazni jednostavno zato jer Zakon sada tako propisuje. Isto tako, zakonodavac će ostvariti zacrtanu strategiju o ravnomjernijem iskorištavanju zakonskih okvira iz razloga što su sada kazneni okviri smanjeni i na taj način će se stvoriti dojam o većoj usuglašenosti zakonske i sudske politike kažnjavanja. Međutim, ne dovodeći u pitanje pravo zakonodavca da propisuje zakonsku kaznenu politiku, ne možemo na ovom mjestu ne postaviti pitanje jesu li ovakvim izmjenama

<sup>25</sup> O odmjeravanju kazne i odnosu između zakonom propisane i sudski izrečene kazne iscrpno vidi u: Maurach, R.; Gössel, H. K.; Zipf, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 2, C.F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg, 1989., str. 536–622., Triffterer, O., *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer-Verlag, New York, Wien, 1994., str. 502–520.

<sup>26</sup> Horvatić, Ž., *Problem odnosa u zakonu propisane kazne i sudskim presudama primijenjene kaznenopravne represije prema počiniteljima kaznenih djela*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol.11, 2/2004., str. 392.

<sup>27</sup> Zlatarić, vidjeti u: loc.cit.

<sup>28</sup> Prilikom donošenja novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva, 1997. izostavljena je odredba članka 42. OKZRH o mogućnosti strožeg kažnjavanja višestrukog povratnika.

narušena temeljna načela materijalnog kaznenog prava: načelo individualizacije i načelo ograničenja kaznenopravne prisile.<sup>29</sup>

### **3.2. Pogibeljnost i učestalost kaznenih djela kao razlog pooštrenja represije**

U obrazloženju druge reforme kao razlog za pooštrenje zakonske represije ističe se pogibeljnost i učestalost pojedinih kaznenih djela. Predlagatelj je smatrao potrebnim kroz promjene kaznenih okvira, bilo povišenjem posebnog minimuma, bilo povišenjem posebnog maksimuma, ili povišenjem obje mjere pooštriti zakonsku represiju prema počiniteljima tih kaznenih djela.<sup>30</sup>

Nesporno je da su i pogibeljnost i učestalost argumenti za pooštrenje represije pa ćemo se u nastavku zadržati na tim pojmovima.

Kao temeljna orijentacija za opasnost (pogibeljnost) i težinu kaznenog djela služi nam propisana kazna i to njezina gornja mjera.<sup>31</sup> Naime, teško bi bilo prema posebnom minimumu procijeniti težinu kaznenog djela budući da je isti minimum propisan kod niza kaznenih djela pa je upravo maksimum taj koji upućuje na težinu pojedinog kaznenog djela.<sup>32</sup> Donja mjera kazne mogla bi nam ukazivati na odnos težine između onih kaznenih djela koja imaju isti maksimum, ali se razlikuju po propisanom posebnom minimumu.<sup>33</sup> Pored toga, valja imati na umu da se donji minimum kroz institute ublažavanja kazne i oslobođenja od kazne uvijek može modificirati što ide u prilog stajalištu da je za procjenjivanje težine kaznenog djela mjerodavnija gornja granica koja je uvijek izvjesna i koja se ni u kojem slučaju se može prijeći.

Budući da je glavno obilježje druge reforme pooštavanje posebnih minimuma, a ne maksimuma propisane kazne, može se zaključiti da je kod pretežitog broja kaznenih djela kod kojih je mijenjana samo donja mjera kazne (gotovo 2/3 inkriminacija) poruka o njihovoj pogibeljnosti ostala nepromijenjena.<sup>34</sup> Drugim riječima, argument o pogibeljnosti kaznenih djela na koji se poziva predlagatelj

---

<sup>29</sup> Primjerice, ako krenemo od pretpostavke da je sudac u čak 9 od 10 slučajeva izrečenih uvjetnih osuda izrekao preblagu kaznu, a da je samo u jednom slučaju ta uvjetna osuda bila adekvatna sankcija, pooštavanjem represije kroz isključivanje mogućnosti uvjetnog kažnjavanja u tom jednom slučaju narušen je princip individualizacije i ograničenja kaznenopravne prisile, a to je neprihvatljivo.

<sup>30</sup> Konačni prijedlog, str. 30.

<sup>31</sup> Konačni prijedlog, str. 28.

<sup>32</sup> Primjerice, i za kazneno djelo iskorištavanja djece ili maloljetnih osoba za pornografiju (čl. 196. st. 1.) i za kazneno djelo napuštanja djeteta (čl. 212.) propisan je isti posebni minimum od 1 godine, dok posebni maksimumi od 8 kod prvog, odnosno 3 godine kod drugog kaznenog djela ukazuju na znatnu razliku u težini između ovih kaznenih djela.

<sup>33</sup> Primjerice, i za kazneno djelo otmice najviših državnih dužnosnika (čl. 139.) i za kazneno djelo otmice zrakoplova ili broda (čl. 179. st. 1.) propisana je ista gornja mjera od 15 godina, ali su posebni minimumi različiti.

<sup>34</sup> Od 129 kaznenih okvira koji su bili predmet druge reforme, kod njih 50 je povišen posebni maksimum.



može opravdati pooštrenje tek kod nešto više od trećine izmijenjenih inkriminacija kod kojih je povišen posebni maksimum.

Drugi argument kojim zakonodavac opravdava pooštrenje represije je učestalost pojedinih kaznenih djela. Iako učestalost činjenja pojedinih kaznenih djela može biti rezultat niza različitih faktora (primjerice, preširoke zakonske regulative, pogoršanje ekonomske situacije i visoke stope nezaposlenosti, nedovoljne prevencije ili propusta u drugim sustavima koji prethode kaznenom) nije upitno da i ona može biti argument u prilog pooštrenja represije. Međutim, uz podatke glede učestalosti počinjenja kaznenih djela u obrazloženju Konačnog prijedloga se navodi da broj kaznenih djela beznačajno varira u razdoblju od 2000. do 2004., i štoviše, u posljednje tri godine promatranog perioda taj broj je manji negoli u 2001. godini.<sup>35</sup> Podatci koje navodi predlagatelj prema kojima je broj prijavljenih počinitelja kaznenih djela u padu, upućuju upravo na suprotan zaključak, da ne postoji učestalost koja bi trebala biti razlog pooštrenja represije. Međutim, podatci predlagatelja su nepotpuni pa time i samo djelomično točni. Naime, prema podacima Državnog zavoda za statistiku u navedenom razdoblju (od 2000. do 2004.), ukupan broj prijavljenih, optuženih i osuđenih osoba u stalnom je porastu.<sup>36</sup> Različitost podataka rezultat je okolnosti da je predlagatelj uzeo u obzir samo broj *poznatih* počinitelja kaznenog djela. Međutim, da bismo dobili realnu sliku o kretanju i stanju kriminaliteta moramo uzeti u obzir i prijavljene *nepoznate* osobe. Broj potonjih se od 2000. godine stalno povećava što je vidljivo iz Godišnjeg izvješća o radu Državnog odvjetništva za 2004.:<sup>37</sup>

	2000.	2001.	2002.	2003.	2004.
Prijavljene <b>poznate</b> osobe	48564	52882	49853	51388	49315
Prijavljene <b>nepoznate</b> osobe	29294	37468	39672	43469	47499
Ukupno	77858	90350	89525	94857	96814

Iz podataka je vidljivo da nema značajnijih oscilacija u broju prijavljenih punoljetnih poznatih osoba. Njihov broj je u 2004. godini čak manji negoli prethodnih godina. Međutim, ono što zabrinjava jest stalan i značajan porast broja prijave protiv nepoznatih počinitelja kaznenih djela (u 2004. u odnosu na 2003. godinu iznosio je 9%). Porast nepoznatih počinitelja kaznenih djela upućuje na očigledan problem u organizaciji, kadrovskoj ekipiranosti i tehničkoj opremljenosti službi za otkrivanje kriminaliteta.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Konačni prijedlog, str. 25.

<sup>36</sup> Statistička izvješća 1278, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2004., Državni zavod za statistiku, Zagreb, 2005., str. 11.

<sup>37</sup> Godišnje izvješće Državnog odvjetništva, 2004. (u daljnjem tekstu: Godišnje izvješće), dostupno na [www. http://www.dorh.hr/Download /2005/09/ 29/Rad\\_na\\_kaznenim\\_predmetima.pdf.](http://www.dorh.hr/Download/2005/09/29/Rad_na_kaznenim_predmetima.pdf), str. 2. i 3.

<sup>38</sup> Godišnje izvješće, str. 3.

Kada se, dakle, u cjelini pogledaju podatci o učestalosti i unutar toga odnos između poznatih i nepoznatih počinitelja kaznenih djela u strukturi kriminaliteta onda je jasno da nije bilo nikakvog razloga za pooštavanje kaznene represije, ali da su postojali jaki razlozi za poduzimanjem mjera koje bi išle u pravcu otkrivanja i pronalaženja počinitelja kaznenih djela.

Nadalje, struktura kriminaliteta u RH pokazuje da je počinjeno najviše imovinskih delikata i kaznenih djela u svezi sa zlouporabom opojnih droga.<sup>39</sup> I dok imovinska delinkvencija uglavnom nije bila predmet značajnijih izmjena ni kroz prvu ni kroz drugu reformu, kazneno djelo zlouporabe opojnih droga je u proteklih desetak godina već nekoliko puta bilo pooštreno.<sup>40</sup> Prvo je kao nova inkriminacija uvedeno kazneno djelo posjedovanja opojne droge,<sup>41</sup> zatim je bio povećan posebni maksimum što je imalo za posljedicu nemogućnost izricanja uvjetne osude<sup>42</sup> i konačno, druga reforma ponovo pooštava kaznu povisujući posebni minimum.<sup>43</sup> S obzirom na to da broj počinjenih kaznenih djela u svezi zlouporabe opojnih droga u ukupnom kriminalitetu nameće se zaključak da povećanje propisane kazne nije dovelo do smanjenja broja kaznenog djela. Upravo suprotno, RH kao i ostale zemlje suočena je sa sve većim brojem (ne)djela vezanih uz zlouporabu opojnih droga. Osim što kazneno djelo zlouporabe opojnih droga ima veliki udio u ukupnoj strukturi kriminaliteta, među počiniteljima ovog kaznenog djela ima i znatan broj recidivista što ponovo pokazuje da oštre zakonske sankcije nisu nimalo doprinijele smanjenju broja počinjenja ovog kaznenog djela.<sup>44</sup> Stoga se nameće pitanje zašto je zakonodavac

<sup>39</sup> U 2004. godini, najviše starijih punoljetnika prijavljeno je zbog imovinskih delikata (12617 osoba ili 30,6% od ukupno prijavljenih 41291 starijih punoljetnih osoba). Nakon toga slijede kaznena djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina (5166 osoba ili 12,5%), a odmah iza njih kaznena djela vezana za zlouporabu opojnih droga (4066 osoba ili 9,8% od ukupno prijavljenih odraslih osoba). Ukoliko se uzmu u obzir samo prijave za kaznena djela iz županijske nadležnosti tada gotovo polovicu kriminaliteta čine kaznena djela zlouporabe opojnih droga. Kod mlađih punoljetnih osoba i maloljetnih osoba kaznena djela vezana na zlouporabu opojnih droga po učestalosti su odmah iza imovinskih delikata. Godišnje izvješće, str. 4., 5. i 80.

<sup>40</sup> Propisane kazne u RH kod kaznenog djela zlouporabe opojnih droga daleko su represivnije u usporedbi s rješenjima susjednih država. O tome detaljnije vidi Turković, K., *Komparativni prikaz osnovnih obilježja zakonske i sudske politike u Sloveniji, Austriji, Italiji, Njemačkoj i Republici Hrvatskoj*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, 2/2004., str. 988.

<sup>41</sup> Do 1996. godine, posjedovanje droge za vlastite potrebe nije bilo propisano kao kazneno djelo (vidi čl. 9. Zakona o izmjenama i dopunama Osnovnog krivičnog zakona RH, Narodne novine, 28/1996.).

<sup>42</sup> Zakonom o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona (Narodne novine, 129/2000.) za kazneno djelo preprodaje opojne droge (čl. 173. st. 2.) dotadašnja kazna zatvora od 1 do 10 godina ili kazna dugotrajnog zatvora zamijenjena je kaznom zatvora od 1 do 12 godina.

<sup>43</sup> Vidi čl. 41. Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona (Narodne novine, 71/2006.).

<sup>44</sup> Tako, prema podacima Državnog zavoda za statistiku za 2005. godinu, recidivizam kod kaznenog djela zlouporabe opojnih droga (čl. 173. st. 1.-6.) iznosi 21%. Najveći broj povratnika, čak 38%, nalazimo među počiniteljima kaznenog djela preprodaje opojne droge (st. 2.), a upravo je za ovu inkriminaciju kazna već nekoliko puta bila pooštrena. V. Statistička izvješća 1309,

opet, po treći put, pooštrio represiju kada prethodna dva pokušaja nisu polučila nikakav uspjeh?

Ova statistika, osobito podatci o broju prijava protiv nepoznatih počinitelja kaznenih djela potvrđuju staru tezu da je izvjesnost kazne, a ne njezina visina ono što odvraća od činjenja kaznenih djela.<sup>45</sup> Brzo otkrivanje počinitelja kaznenih djela te jednako tako brzo i učinkovito suđenje imaju daleko veći učinak odvratanja potencijalnih počinitelja od činjenja kaznenih djela negoli visina propisane kazne i u tom je pravcu trebalo usmjeriti reformu.

### 3.3. Utjecaj javnosti na pooštrenje kazni

U obrazloženju Konačnog prijedloga navodi se kako rezultati ispitivanja stajališta javnosti nesporno ukazuju kako ona nedvojbeno smatra da su izrečene kazne prema počiniteljima najtežih kaznenih djela neopravdano preblage.<sup>46</sup> To nije ništa novo. Javnost je oduvijek bila nezadovoljna sudskim odmjeravanjem kazne i za očekivati je kako će se to nezadovoljstvo nastaviti i nakon što su najnovije izmjene prihvaćene. Ovaj prigovor javnosti temelji se, s jedne strane, na njezinoj zabludi da će povećanje represije dovesti do smanjenja kriminala te, s druge strane, na neznanju o temeljnim postavkama kažnjavanja propisanim u normativnim aktima. Iz navedenih razloga ovakav je prigovor pravno irelevantan. Ipak, treba ga imati u vidu zbog velikog utjecaja javnosti na političke strukture koje često želeći zadovoljiti porive glasačkog tijela donose odluke koje imaju prvenstveno političke ciljeve. Najnovije pooštrenje represije nakratko će umiriti javnost. Međutim, puno učinkovitije bile bi mjere poduzete u cilju boljeg informiranja javnosti o osnovnim postavkama sudskog odmjeravanja kazne i uspostave bolje međusobne komunikacije između sudbene vlasti i javnosti. Analiza javnog mnijenja glede strogosti kažnjavanja ukazala je na potrebu educiranja javnosti da povećanje sigurnosti i smanjenje kriminala nije izravno povezano s represivnošću kaznenog sustava.<sup>47</sup>

Pored opće, i stručna javnost iznosi prigovore u pogledu sudskog odmjeravanja kazne.<sup>48</sup> Iz redova sudaca kritike su prvenstveno upućene nedostatnim obrazloženjima činjenica kojima se sud rukovodio prilikom odmjeravanja kazne počinitelju kaznenog djela koja se često svode na stereotipno nabranjanje olakotnih i otegotnih okolnosti bez njihove poblize analize.<sup>49</sup> Uz to, sudskoj kaznenoj

---

Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2005., Državni zavod za statistiku, Zagreb, 2006., str. 179.

<sup>45</sup> Na to je odavno ukazao i Beccaria. Beccaria, C., *O zločinima i kaznama*, Split, 1984., str. 102.

<sup>46</sup> Konačni prijedlog, str. 27.

<sup>47</sup> V. o tome Turković, K., *op.cit.*, str. 954, 999.

<sup>48</sup> Vidi rezultate istraživanja koje je 2004. godine provela Akademija pravnih znanosti Hrvatske i Hrvatsko udruženje za kazneno pravo i praksu. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, 2/2004.

<sup>49</sup> Mrčela, M.; Tripalo, D., *Zakonska i sudska politika kažnjavanja na području Županijskog suda u Puli*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, 2/2004., str. 673. U istom smislu

politici se prigovara postojanje izvjesnog "tarifiranja" kazni za određeno kazneno djelo pri čemu sud, unatoč utvrđenju osobito otežavajućih okolnosti na strani počinitelja, izriče kaznu u granicama minimuma ili ispod njega.<sup>50</sup> U ovim prigovorima možemo prepoznati nedostatke u obrazlaganju okolnosti kojima se sud rukovodio prilikom izbora određene vrste i mjere kazne. Takva utvrđenja upućuju na zaključak da bi sudska vlast trebala posvetiti više pažnje tom izuzetno važnom, a istodobno i izrazito kreativnom dijelu posla u procesu suđenja te s jednakom pažnjom utvrđivati kako činjenice koje se odnose na krivnju tako i one koje utječu na visinu kazne.<sup>51</sup> Zakonom propisani okviri daju dovoljno prostora sucu za odmjeravanje kazne i njezinu individualizaciju. Otvorenim ostaje pitanje zašto ga suci uvijek ne koriste na adekvatan način, odnosno zašto više pažnje ne posvete samom odmjeravanju kazne. Dijelom, opravdanje možemo pronaći u okolnosti da su suci preopterećeni velikim brojem predmeta te da nakon što pažljivo utvrde druge okolnosti važne za slučaj, prije svega postojanje kaznenog djela i krivnje, nemaju dovoljno vremena za utvrđivanje svih okolnosti važnih za odmjeravanje kazne, kao završnoj fazi postupka. U takvoj situaciji najelegantnije rješenje je o kazni odlučiti *in favorem* okrivljenika, odnosno kretati se u donjim granicama propisane kazne.

Pooštrenjem represije kroz podizanje posebnih minimuma i smanjenjem raspona propisane kazne navedeni nedostaci neće se otkloniti, ali će se opet narušiti temeljna načela kaznenog prava - načelo individualizacije i načelo ograničenja kaznenopravne prisile.<sup>52</sup> Iz navedenih razloga pažnju je valjalo usmjeriti mjerama kojima je cilj bolja organizacija sudova koja bi omogućila ravnomjerno opterećenje sudaca te mjerama koje se mogu poduzeti unutar same sudbene vlasti, a odnose se na različite edukacijske tečajeve i kontinuiranu izobrazbu sudaca.<sup>53</sup>

Prigovori u pogledu izrečenih kazni dolaze i iz državnog odvjetništva. Državni odvjetnici ističu da su sudovi blagi u izricanju sankcija te da se žalbama

---

vidi Bojanić, I.; Poljak D., *Ostvarivanje zakonske politike kažnjavanja u praksi Županijskog suda u Osijeku kao drugostupanjskog suda u razdobljima 1993-1997. i 1998-2002.*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, 2/2004., str. 536.

<sup>50</sup> Kos, D., *Zakonska i sudska politika kažnjavanja županijskih sudova u Republici Hrvatskoj – ubojstvo, razbojništvo i teško djelo protiv sigurnosti javnog prometa*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, 2/2004., str. 472.

<sup>51</sup> Sirotić, V.; Krbec, I., *Zakonska i sudska politika kažnjavanja na području Županijskog suda u Puli*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, 2/2004., str. 565.

<sup>52</sup> O tome je već bilo riječi u poglavlju 3.1.

<sup>53</sup> Ovdje treba istaći da statistički podatci iz 2005., pokazuju da je izrečeno 13,6% više bezuvjetnih kazni zatvora u odnosu na 2004. (vidi Statistička izvješća 1309, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2005., Državni zavod za statistiku, Zagreb, 2006., str. 12.). Iz navedenih podataka može se zaključiti da su unutar same sudbene vlasti poduzete mjere u pravcu otklanjanja nedostataka na koje su upozorili rezultati istraživanja koje je provela Akademija pravnih znanosti Hrvatske i Hrvatsko udruženje za kazneno pravo i praksu, a koji su sucima bili prezentirani na XVII. savjetovanju Udruženja održanom krajem 2004. u Opatiji.

ne može utjecati na sudsku politiku kažnjavanja.<sup>54</sup> S obzirom na to da državni odvjetnici smatraju da izrečene kaznenopravne sankcije nisu zadovoljavajuće, opravdano bi bilo za očekivati povećan broj njihovih žalbi kao korektiv na sudsku odluku o kaznenopravnoj sankciji. Međutim, praksa pokazuje suprotno, odnosno smanjenje broja žalbi koje podnose državni odvjetnici u odnosu prema ukupnom broju osuđujućih presuda.<sup>55</sup> Uz to, suprotno tvrdnjama dijela državnih odvjetnika da se žalbama ne može utjecati na sudsku politiku kažnjavanja, podaci pokazuju da drugostupanjski sudovi u značajnom broju slučajeva prihvaćaju žalbu državnog odvjetnika zbog odluke o kazni.<sup>56</sup> Iz toga se zaključuje da državni odvjetnici podnošenjem žalbi u kojima su dobro obrazložene sve okolnosti bitne za izbor vrste i mjere kaznenopravne sankcije mogu utjecati na ujednačavanje i promjenu politike kažnjavanja.<sup>57</sup>

#### 4. Zaključak

Kazneno zakonodavstvo Republike Hrvatske od njezina osamostaljenja do danas pokazuje dvije tendencije: jednu koja je išla u pravcu smanjenja kaznenopravne represije, koja je bila izražena u Kaznenom zakonu iz 1997., i drugu koja je predstavljena u najnovijoj reformi i koju karakterizira upravo suprotno - pooštrenje kazni. S obzirom na to da protek vremena između ovih reformi, čini se da nam zakonodavac prečesto šalje proturječne poruke iz kojih je teško razabrati njegovu pravu intenciju. Novo hrvatsko kazneno zakonodavstvo prilagođavalo se praksi naših sudova i ublažavalo kazne. I najnovija reforma ima za cilj usuglašavanje zakonodavne i sudske politike kažnjavanja, no polazi od suprotne pretpostavke u odnosu na onu iz 1997. Sada se ovo usuglašavanje želi postići tako da se sudska politika kažnjavanja pooštri i tako prilagodi intenciji zakonodavca. Jednako tako, 1997. godine proklamirano je načelo individualizacije kazne te alternativne sankcije umjesto kazne zatvora uz afirmaciju novčane kazne. Sadašnja reforma u velikoj mjeri ograničava mogućnost izricanja novčane kazne, ublažavanja kazne i uvjetovanja kazne te time smanjuje mogućnost individualizacije kaznenopravnih sankcija. S obzirom na navedeno može se postaviti pitanje jesu li se 1997. dovoljno sagledale potrebe našeg društva (tu se prvenstveno misli na suočavanje sa sve težim oblicima kriminala), odnosno je li

<sup>54</sup> Novosel, D., *Žalbe državnog odvjetnika i okrivljenika kao korektiv izrečenih kazni*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, 2/2004., str. 701. Godišnje izvješće, str. 10.

<sup>55</sup> Podatke o izrečenim sankcijama i žalbama državnih odvjetnika zbog kazne vidi u: *ibid.*, str. 713.

<sup>56</sup> Statistika u razdoblju od 2000. do 2004. pokazuje da je državni odvjetnik u skoro polovici predmeta u kojima je bio nezadovoljan izrečenom sankcijom uspio u drugostupanjskom postupku promijeniti tu sankciju. Kada se uzmu u obzir velika državna odvjetništva, najveću uspješnost ima Osijek (48,4%), a najmanju Rijeka (29%). Godišnje izvješće, str. 10-11.

<sup>57</sup> Tim više iznenađuje podatak da dio državnih odvjetnika često ne podnosi žalbu u onim slučajevima kada im je poznata sudska politika kažnjavanja s obrazloženjem da će žalba ionako biti odbijena. Godišnje izvješće, str. 10.

se pretjeralo sa snižavanjem kaznenih okvira kod određenog broja kaznenih djela ili se, pak, najnovijom reformom pretjeralo s pooštavanjem represije. No, bez obzira kakav je odgovor na prethodno pitanje može se zaključiti da zakonodavac nema jasnu i dosljednu strategiju kod propisivanja kaznenopravne represije i zbog toga treba na sebe preuzeti dio odgovornosti za nezadovoljstvo kaznama koje izriče sudbena vlast. Kada se uzme u obzir da je zakonodavac kod donošenja novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva jasno izrazio svoju namjeru da se smanjenjem kaznenopravne represije i proklamiranjem načela individualizacije približimo europskim trendovima, time je njegova odgovornost za kaznenopravne sankcije kakve izriče sudbena vlast, još veća jer su one u velikom dijelu bile u skladu upravo s tako izraženom intencijom zakonodavca.

Pooštrenje represije na način učinjen drugom reformom nije bilo nužno. I prethodni zakon pružao je dovoljno prostora za izricanje težih kazni, osobito kod težih kaznenih djela. Umjesto čestog mijenjanja zakonskog teksta što u krajnjem uvijek vodi pravnoj nesigurnosti građana, pozornost bi trebalo usmjeriti unaprijedjenju rada nadležnih tijela uprave i pravosuđa u cilju poboljšanja njihove efikasnosti i osobito razvijanja i jačanja njihove senzibiliziranosti za primjenom odgovarajuće represije, (veće ili manje) vodeći računa o počinitelju, kaznenom djelu i realnim potrebama i zahtjevima društva za suzbijanje kriminaliteta.

### Literatura

1. Beccaria, Cesare, *O zločinima i kaznama*, prijevod Antun Cvitanić, Logos, Split, 1984.
2. Bojanić, Igor, *Promjene u općem dijelu Kaznenog zakona prema Prijedlogu zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona iz 2005.*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 12, 2/2005.
3. Bojanić, Igor; Poljak Dragan, *Ostvarivanje zakonske politike kažnjavanja u praksi Županijskog suda u Osijeku kao drugostupanjskog suda u razdobljima 1993-1997. i 1998-2002.*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, 2/2004.
4. Grozdanić, Velinka, *Kazne – nova rješenja u Kaznenom zakonu i njihova provedba u sudskoj praksi*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 2/2000.
5. Horvatić, Željko, *Problem odnosa u zakonu propisane kazne i sudskim presudama primijenjene kaznenopravne represije prema počiniteljima kaznenih djela*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, 2/2004.
6. Horvatić, Željko, *Novo hrvatsko kazneno pravo*, Zagreb, 1997.
7. Horvatić, Željko, *Izbor kazne u jugoslavenskom krivičnom pravu i sudskoj praksi*, Informator, Zagreb, 1980.
8. Kos, Damir, *Zakonska i sudska politika kažnjavanja županijskih sudova u Republici Hrvatskoj – ubojstvo, razbojništvo i teško djelo protiv sigurnosti javnog prometa*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, 2/2004.
9. Maurach, Reinhart; Gössel, Heinz, Karl; Zipf, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 2, C.F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg, 1989.

10. Mitrović, Davor; Tomičić, Zvonimir, *II. interkatedarski sastanak nastavnika kaznenopravnih predmeta pravnih fakulteta hrvatskih sveučilišta i Visoke policijske škole u Zagrebu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 2/2002.
11. Mrčela, Marin, *Ublažavanje kazne prema Prijedlogu zakona o izmjenama i dopunama kaznenog zakona iz 2005. godine*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 12, br. 2/2005.
12. Mrčela, Marin; Tripalo, Dražen, *Zakonska i sudska politika kažnjavanja na području Županijskog suda u Puli*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, 2/2004.
13. Novosel, Dragan, *Žalbe državnog odvjetnika i okrivljenika kao korektiv izrečenih kazni*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, 2/2004.
14. Novosel, Dragan, *Pregled predloženih izmjena Kaznenog zakona – posebni dio*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 12, 2/2005.
15. Novoselec, Petar, *Temeljne crte novele Kaznenog zakona od 9. srpnja 2003.*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 10, br. 2/2003.
16. Sirotić, Vlado; Krbec, Iztok, *Zakonska i sudska politika kažnjavanja na području Županijskog suda u Puli*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, 2/2004.
17. Triffterer, Otto, *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer-Verlag New York, Wien, 1994.
18. Turković, Ksenija, *Komparativni prikaz osnovnih obilježja zakonske i sudske politike u Sloveniji, Austriji, Italiji, Njemačkoj i Republici Hrvatskoj*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, 2/2004.
19. Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Zagreb, travanj 2006.
20. Statistička izvješća 1278, *Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2004.*, Državni zavod za statistiku, Zagreb, 2005.
21. Statistička izvješća 1309, *Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2005.*, Državni zavod za statistiku, Zagreb, 2006.
22. Godišnje izvješće Državnog odvjetništva, 2004. dostupno na [www.http://www.dorh.hr/Download/2005/09/29/Rad\\_na\\_kaznenim\\_predmetima.pdf](http://www.dorh.hr/Download/2005/09/29/Rad_na_kaznenim_predmetima.pdf).

## PRILOG

Tablica 1.<sup>58</sup>

Čl.	Kazneno djelo	KZRH i OKZRH	I. reforma	II. reforma
91.	Teško ubojstvo	najmanje 10 g. ili zatvorom do 20 g	najmanje 8 g. ili dugotrajni zatvor	najmanje 10 g. ili dugotrajni zatvor
92.	Ubojstvo na mah	od 1 g. do 10 g.	od 1 g. do 10 g.	od 3 g. do 10 g.
96.	Sudjelovanje u samoubojstvu stavak 4.	od 6 mj. do 5 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
99.	Teška tjelesna ozljeda stavak 1. stavak 2.	od 6 mj. do 5 g. od 1 g. do 10 g.	od 3 mj. do 3 g od 6 mj. do 8 g	od 6 mj. do 3 g. od 1 g. do 8 g.
100.	Tjelesna ozljeda na mah stavak 2.	od 6 mj. do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
101.	Tjelesna ozljeda iz nehaja stavak 2.	od 6 mj. do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
105.	Napuštanje nemoćne osobe stavak 2.	od 1 g. do 5 g.	od 3 mj. do 3 g.	od 6 mj. do 3 g.
114.	Povreda prava na rad i drugih prava iz rada	NK ili do 1 g.	NK ili do 1 g.	NK ili do 3 g.
115.	Povreda prava na zdravstvenu i invalidsku zaštitu	NK ili do 1 g.	NK ili do 1 g.	NK ili do 3 g.
125.	Otmica stavak 1. stavak 2. stavak 3.	od 1 g. do 10 g. najmanje 3 g.	od 6 mj. do 5 g. od 1 g. do 10 g. od 1 g. do 12 g.	od 1 g. do 5 g. od 3 g. do 10 g. najmanje 3 g.
129.	Prijetnja stavak 3.	od 3 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 3 g.	od 6. mj. do 3 g.

<sup>58</sup> Usporedba zakonskih okvira nije vršena kod onih inkriminacija koje su nove u odnosu na KZRH i OKZRH te kod onih koje su znatno izmijenjene. Riječ je o sljedećim inkriminacijama: Otmica (čl.125. st. 3.), Rasna i druga diskriminacija (čl. 174. st. 4.), Protuzakonito prebacivanje osoba preko državne granice (čl. 177. st. 2.), Međunarodna prostitucija (čl. 178. st. 1.-3.), Morsko i zračno razbojništvo (čl. 180. st. 1.), Spolni odnošaj s djetetom (čl. 192. st. 4.-5.), Podvođenje (čl. 195. st. 3.-6.), Iskorištavanje djece ili maloljetnih osoba za pornografiju (čl. 196. st. 1.), Dječja pornografija na računalnom sustavu ili mreži (čl. 197.a st. 2.), Nasilničko ponašanje u obitelji (čl. 215a.), Prijevara (čl. 224. st. 2.), Ucjena (čl. 235. st. 2.), Samovoljno liječenje (čl. 241. st. 1. i 2.), Onečišćenje okoliša (čl. 250. st. 1.), Primanje mita u gospodarskom poslovanju (čl. 294a. st. 1. i 2.), Davanje mita u gospodarskom poslovanju (čl. 294b. st. 1.), Širenje lažnih i uznemirujućih glasina (čl. 322. st. 2.), Udruživanje za počinjenje kaznenih djela (čl. 333. st. 2. i 4.).



Čl.	Kazneno djelo	KZRH i OKZRH	I. reforma	II. reforma
139.	Otmica najviših državnih dužnosnika	najmanje 3 g.	najmanje 3 g.	najmanje 5 g.
141.	Protudržavni terorizam	najmanje 3 g.	najmanje 3 g.	najmanje 5 g.
143.	Diverzija	najmanje 3 g.	najmanje 3 g.	najmanje 5 g.
145.	Objavljivanje sadržaja državne ili vojne tajne stavak 1. stavak 2.	NK ili do 3 g. do 5 g.	NK ili do 3 g. do 5 g.	od 3 mj. do 3 g. od 6 mj. do 5 g.
155.	Kažnjavanje za najteže oblike k. d. protiv RH stavak 2.	najmanje 8 g. / najmanje 10 g. <sup>59</sup>	najmanje 5 g.	najmanje 10 g.
169.	Međunarodni terorizam stavak 1. stavak 4.	najmanje 1 g. najmanje 5 g.	najmanje 3 g. najmanje 5 g.	najmanje 5 g. najmanje 10 g.
173.	Zlouporeba opojnih droga stavak 2. stavak 3. stavak 4. stavak 5.	od 1 g. do 10 g. najmanje 3 g. od 6 mj. do 5 g. od 3 mj. do 5 g.	od 1 g. do 12 g. najmanje 3 g. od 3 mj. do 5 g. od 3 mj. do 5 g.	najmanje 3 g. najmanje 5 g. od 1 g. do 5 g. od 1 g. do 5 g.
174.	Rasna i druga diskriminacija stavak 4.		NK ili od 3 mj. do 3 g.	od 6 mj. do 3 g.
177.	Protuzakonito prebacivanje osoba preko državne granice stavak 2.		od 6 mj. do 5 g.	od 1 g. do 8 g.
178.	Međunarodna prostitucija stavak 1. stavak 2. stavak 3.		od 3 mj. do 3 g. od 6 mj. do 5 g. od 1 g. do 10 g.	ZIDKZ (NN 105/04.) <sup>60</sup> od 6 mj. do 5 g. od 1 do 8 g. najmanje 3 g.
179.	Otmica zrakoplova ili broda stavak 1.	najmanje 1 g.	najmanje 1 g.	najmanje 3 g.
180.	Morsko i zračno razbojništvo stavak 1.		najmanje 1 g.	najmanje 3 g.
188.	Silovanje stavak 1.	od 1 g. do 10 g.	od 1 g. do 10 g.	od 3 g. do 10 g.
189.	Spolni odnošaj s nemoćnom osobom stavak 1. stavak 2. stavak 3.	od 3 mj. do 5 g. najmanje 1 g. najmanje 1 g.	od 1 g. do 8 g. od 1 g. do 10 g. od 1 g. do 10 g.	od 3 g. do 8 g. od 3 g. do 10 g. od 3 g. do 10 g.

<sup>59</sup> Vidi supra, bilj. 13.<sup>60</sup> Vidi supra, bilj. 14.

Čl.	Kazneno djelo	KZRH i OKZRH	I. reforma	II. reforma
190.	Prisila na spolni odnošaj	od 6 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 5 g.	od 6 mj. do 5 g.
191.	Spolni odnošaj zlouporabom položaja stavak 1. stavak 2.	od 3 mj. do 3 g. od 6 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 3 g. od 6 mj. do 5 g.	od 6 mj. do 3 g. od 1 g. do 5 g.
192.	Spolni odnošaj s djetetom stavak 1. stavak 2. stavak 3. stavak 4. stavak 5.	od 6 mj. do 5 g. najmanje 3 g. od 1 g. do 10 g.	od 1 g. do 8 g. najmanje 3 g. od 1 g. do 10 g. najmanje 5 g. najmanje 5 g. ili dug. z.	od 3 g. do 12 g. najmanje 5 g. ili dug. z. najmanje 3 g. najmanje 5 g. ili dug. z. najmanje 8 g. ili dug. z.
194.	Zadovoljenje pohote pred djetetom ili maloljetnom osobom	do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.	od 6 mj. do 3 g.
195.	Podvođenje stavak 1. stavak 2. stavak 3. stavak 4. stavak 5. stavak 6.	od 3 mj. do 3 g. od 3 mj. do 3 g.	od 3 mj. do 3 g. od 3 mj. do 3 g. od 6 mj. do 5 g. od 1 g. do 8 g. od 3 mj. do 3 g. od 1 g. do 10 g.	od 1 g. do 5 g. od 6 mj. do 3 g. od 1 g. do 5 g. najmanje 3 g. od 1 g. do 5 g. najmanje 5 g.
196.	Iskorištavanje djece ili maloljetnih osoba za pornografiju stavak 1.		od 1 g. do 5 g.	od 1 g. do 8 g.
197.	Upoznavanje djece s pornografijom stavak 1.	NK ili do 1 g.	NK ili do 1 g.	od 6 mj. do 3 g.
197.a	Dječja pornografija na računalnom sustavu ili mreži stavak 2.		NK ili do 3 g.	od 6 mj. do 3 g.
208.	Kršenje obiteljskih obveza stavak 1.	od 3 mj. do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
209.	Povreda dužnosti uzdržavanja stavak 2.	do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
212.	Napuštanje djeteta	do 3 g.	od 6 mj. do 3 g.	od 1 g. do 3 g.

Čl.	Kazneno djelo	KZRH i OKZRH	I. reforma	II. reforma
213.	Zapuštanje ili zlostavljanje djeteta ili maloljetne osobe stavak 1. stavak 2. stavak 3.	od 3 mj. do 3 g. od 3 mj. do 3 g. od 6 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 3 g. od 3 mj. do 3 g. od 3 mj. do 5 g.	od 6 mj. do 3 g. od 6 mj. do 3 g. od 1 g. do 5 g.
215.	Sprječavanje i neizvršenje mjera za zaštitu djeteta ili maloljetne osobe stavak 2.	od 3 mj. do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3. g
215.a	Nasilničko ponašanje u obitelji		od 3 mj. do 3 g.	od 6 mj. do 5 g.
216.	Krađa stavak 1.	od 3 mj. do 5 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
224.	Prijevarama stavak 1. stavak 2.	od 3 mj. do 5 g.	NK ili do 3 g. NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g. od 3 mj. do 3 g.
233.	Lihvarski ugovor stavak 1. stavak 2.	do 5 g. i NK do 3 g. i NK	NK ili do 1 g. NK ili do 1 g.	od 1 g. do 3 g. od 1 g. do 3 g.
234.	Iznuda stavak 1. stavak 2.	od 3 mj. do 5 g. od 1 do 10 g.	od 6 mj. do 5 g. od 1 g. do 10 g.	od 1 g. do 5 g. od 3 g. do 10 g.
235.	Ucjena stavak 1. stavak 2.	od 3 mj. do 5 g.	od 6 mj. do 5 g. od 1 g. do 10 g.	od 1 g. do 5 g. od 3 g. do 10 g.
240.	Nesavjesno liječenje stavak 1. stavak 2.	do 3 g. do 3 g.	NK ili do 2 g. NK ili do 2 g.	od 3 mj. do 3 g. od 3 mj. do 3 g.
241.	Samovoljno liječenje stavak 1. stavak 2.		do 150 d.d. ili do 6 mj. NK ili do 1 g.	od 6 mj. do 3 g. od 6 mj. do 3 g.
242.	Nedozvoljeno presađivanje dijelova ljudskog tijela stavak 1. stavak 4.	od 6 mj. do 5 g. od 3 mj. do 3 g.	NK ili do 3 g. od 3 mj. do 3 g.	od 6 mj. do 3 g. od 6 mj. do 5 g.
243.	Nepružanje medicinske pomoći	do 3 g.	NK ili do 2 g.	od 6 mj. do 3 g.
249.	Teška kaznena djela protiv zdravlja ljudi stavak 3.	od 6 mj. do 5 g.	od 6 mj. do 5 g.	od 1 g. do 5 g.
250.	Onečišćenje okoliša stavak 1. stavak 2.	do 3 g.	od 3 mj. do 5 g. od 3 mj. do 5 g.	od 6 mj. do 5 g. od 6 mj. do 5 g.

Čl.	Kazneno djelo	KZRH i OKZRH	I. reforma	II. reforma
271.	Teška kaznena djela protiv opće sigurnosti stavak 2.	najmanje 3 g.	od 3 g. do 12 g.	najmanje 3 g.
272.	Izazivanje prometne nesreće stavak 3.	najmanje 3 g.	od 1 g. do 10 g.	od 3 g. do 10 g.
273.	Nepružanje pomoći osobi koja je teško tjelesno ozlijeđena u prometnoj nesreći stavak 1. stavak 2.	do 1 g. od 3 mj. do 5 g.	NK ili do 1 g. NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g. od 6 mj. do 5 g.
291.	Nesavjesno gospodarsko poslovanje stavak 1. stavak 2.	do 3 g. od 6 mj. do 5 g.	NK ili do 3 g. od 6 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 3 g. od 1 g. do 5 g.
294.a	Primanje mita u gospodarskom poslovanju stavak 1. stavak 2.		od 6 mj. do 5 g. od 3 mj. do 3 g.	od 1 g. do 8 g. od 6 mj. do 5 g.
294.b	Davanje mita u gospodarskom poslovanju stavak 1.		od 3 mj. do 3 g.	od 6 mj. do 3 g.
301.	Pomoć počinitelju nakon počinjenja kaznenog djela stavak 1. stavak 2.	do 3 g. do 3 g.	NK ili do 3 g. NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g. od 3 mj. do 3 g.
303.	Davanje lažnog iskaza stavak 1. stavak 2. stavak 3.	do 3 g. do 3 g. od 1 g. do 10 g.	NK ili do 3 g. NK ili do 3 g. 3 mj. do 5 g.	ZIDKZ (NN 105/04.) <sup>61</sup> od 6 mj. do 5 g. od 6 mj. do 5 g. od 1 g. do 10 g.
304.	Sprječavanje dokazivanja stavak 2.	do 1 g.	NK ili do 1 g.	od 3 mj. do 3 g.
305.	Povreda tajnosti podataka stavak 1. stavak 2.	NK ili zatvor do 6 mj. NK ili zatvor do 6 mj.	NK od 150 dd ili do 3 mj. NK od 150 dd ili do 3 mj.	ZIDKZ (NN 105/04.) <sup>62</sup> NK ili do 6 mj. NK ili do 6 mj.
311.	Krivotvorenje isprave stavak 2.	od 3 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 5 g.	od 6 mj. do 5 g.

<sup>61</sup> Vidi supra, bilj. 14.

<sup>62</sup> Vidi supra, bilj. 14.

Čl.	Kazneno djelo	KZRH i OKZRH	I. reforma	II. reforma
312.	Krivotvorenje službene isprave stavak 1. stavak 2.	od 3 mj. do 5 g. od 3 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 5 g. od 3 mj. do 5 g.	od 6 mj. do 5 g. od 6 mj. do 5 g.
315.	Ovjeravanje neistinitog sadržaja stavak 1. stavak 2.	od 3 mj. do 5 g. od 3 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 5 g. od 3 mj. do 5 g.	od 6 mj. do 5 g. od 6 mj. do 5 g.
317.	Sprječavanje službene osobe u obavljanju službene dužnosti stavak 1. stavak 3. u vezi st. 1.	od 3 mj. do 5 g. od 3 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 3 g. od 3 mj. do 3 g.	od 6 mj. do 3 g. od 6 mj. do 3 g.
318.	Napad na službenu osobu stavak 1. stavak 2.	od 3 mj. do 5 g. od 3 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 3 g. od 3 mj. do 3 g.	od 6 mj. do 3 g. od 6 mj. do 3 g.
319.	Sudjelovanje u grupi koja sprječava ili napada službenu osobu stavak 1. stavak 2.	od 3 mj. do 5 g. od 1 g. do 5 g.	NK ili do 1 g. od 1 g. do 5 g.	od 3 mj. do 3 g. od 1 do 8 g.
321.	Pozivanje na otpor stavak 1.	od 3 mj. do 5 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
322.	Širenje lažnih i uznemirujućih glasina stavak 1. stavak 2.	NK ili do 6 mj.	NK do 150 dd ili do 6 mj. NK ili do 3 g.	NK ili do 1 g. od 3 mj. do 3 g.
324.	Oduzimanje ili uništenje službenog pečata ili službenog spisa stavak 1.	NK ili do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
327.	Uništavanje ili prikrivanje arhivske građe stavak 1.	do 5 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
332.	Dogovor za počinjenje kaznenog djela	do 1 g.	NK ili do 1 g.	ZIDKZ (NN 105/04.) <sup>63</sup> NK ili do 3 g.
333.	Udruživanje za počinjenje kaznenih djela stavak 1. stavak 2. stavak 3. stavak 4.	od 3 mj. do 5 g.  do 1 g.	od 3 mj. do 3 g. od 6 mj. do 5 g. NK ili do 1 g. od 3 mj. do 3 g.	ZIDKZ (NN 105/04.) <sup>64</sup> od 6 mj. do 5 g. od 1 g. do 8 g. NK ili do 3 g. od 6 mj. do 5 g.

<sup>63</sup> Vidi supra, bilj. 14.<sup>64</sup> Vidi supra, bilj. 14.

Čl.	Kazneno djelo	KZRH i OKZRH	I. reforma	II. reforma
335.	Nedozvoljeno posjedovanje oružja i eksplozivnih tvari stavak 1.	do 3 g.	NK ili do 3 g.	od 3 mj. do 3 g.
336.	Sudjelovanje u grupi koja počini kazneno djelo stavak 1. stavak 2.	od 3 mj. do 5 g. od 1 g. do 10 g.	od 3 mj. do 3 g. od 1 g. do 8 g.	od 6 mj. do 5 g. od 1 g. do 10 g.
337.	Zlouporaba položaja i ovlasti stavak 1. stavak 2. stavak 3.	do 3 g. od 3 mj. do 5 g. od 6 mj. do 5 g.	NK ili do 3 g. od 3 mj. do 5 g. od 6 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 3 g. od 6 mj. do 5 g. od 1 g. do 5 g.
347.	Primanje mita stavak 1. stavak 2.	od 1 g. do 10 g. od 6 mj. do 5 g.	od 6 mj. do 5 g. od 3 mj. do 3 g.	od 1 g. do 8 g. od 6 mj. do 5 g.
348.	Davanje mita stavak 1.	od 6 mj. do 5 g.	od 3 mj. do 3 g.	od 6 mj. do 3 g.

### Summary

## CRIMINAL LAW REFORM – FROM SIGNIFICANT REDUCTION TO SIGNIFICANT INCREASE OF CRIMINAL REPRESSION

This article analyses fundamental characteristics and relation between the two significant reforms of the Croatian criminal legislation within the last ten years. The analysis clearly demonstrates that, on the normative level, the first reform reduced repression, while the second took a complete turn and significantly increased repression.

Results of the analysis demonstrate that the legislator does not have a clear and consistent strategy in regulating criminal repression, as well as that increase in criminal repression, in the extent and in the manner contained in the second reform, was not necessary since the previously existing provisions did leave enough room for application of more severe sanctions.

**Key words:** *reforms of substantive criminal legislation, criminal legal repression.*

## Zusammenfassung

**ÄNDERUNGEN DES STRAFGESETZES – VON  
WESENTLICHER MILDERUNG BIS ZUR WESENTLICHEN  
VERSCHÄRFUNG STRAFRECHTLICHER REPRESSION**

In der Arbeit werden grundlegende Charakteristiken und die Beziehung zwischen zwei bedeutenden Reformen analysiert, die die kroatische Strafgesetzgebung in den letzten zehn Jahren durchgemacht hat. Aus der Analyse geht klar hervor, dass die erste Reform auf dem normativen Niveau in Richtung einer Milderung von Repressionen verlief, während die zweite Reform völlig in entgegen gesetzter Richtung ging und die Repression wesentlich verschärft hat.

Die Ergebnisse der Analyse lassen des Schluss zu, dass der Gesetzgeber keine klare und konsequente Strategie bei der Vorschreibung strafrechtlicher Repressionen besitzt sowie, dass Ausmaß und Art der Verschärfung der Repression in der zweiten Reform nicht nötig waren, da das Gesetz auch vor dieser Reform für die Auferlegung schwerer Strafen genügend Raum gelassen hat.

*Schlüsselwörter:* *Reformen der materiellen Strafgesetzgebung, strafrechtliche Repression.*

## Sommario

**RIFORMA DELLA LEGGE PENALE  
– DALLA SIGNIFICATIVA MITIGAZIONE  
AL SIGNIFICATIVO INASPRIMENTO  
DELLA REPRESSIONE PENALE**

Nel lavoro si analizzano le caratteristiche fondamentali e il rapporto tra due significative riforme della legislazione penale croata negli ultimi dieci anni. L'analisi mostra chiaramente che a livello normativo la prima riforma riduce la repressione, mentre la seconda opera un'inversione completa e aumenta significativamente la repressione.

I risultati dell'analisi dimostrano che il legislatore non ha una chiara e consistente strategia nel disciplinare la repressione penale, così come che l'incremento nella repressione penale al livello e nel modo contenuto nella seconda riforma non era necessario poiché le disposizioni precedentemente esistenti lasciavano abbastanza spazio all'applicazione di sanzioni più severe.

*Parole chiave:* *riforma della legislazione penale sostanziale, repressione penale.*

## HIPOTEKA NA BRODU U HRVATSKOM POMORSKOM PRAVU

Dr. sc. Vinko Hlača,  
redoviti profesor u mirovini  
Rijeka

UDK: 347.798(497.5)(094.5)  
Ur.: 9. rujna 2005.  
Pr.: 5. prosinca 2005.  
Pregledni znanstveni članak

*U uvodnom dijelu rada autor prikazuje povijesni razvoj hipoteke na brodu, uvođenjem toga pravnog instituta u hrvatsko pomorsko pravo s predloženom Osnovom pomorskog zakonika Ugarske 1909. godine, s uredbama o stvarnim pravima na brodu 1939. godine i Zakonom o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi 1978. godine te napokon, donošenjem Pomorskog zakonika Republike Hrvatske 1994. godine i njegove novele 2004. godine. Slijedeći zakonsku regulativu naročito kroz odredbe novog Pomorskog zakonika iz 2004. godine autor obrađuje pravni institut hipoteke na brodu, tumačeći njegovu zakonsku definiciju, ugovornu i sudsku hipoteku, te odredbe o prostiranju i prestanku hipoteke. U završnom dijelu rada autor analizira hipotekarnog vjerovnika i obveze hipotekarnog dužnika, te njihove međusobne odnose u knjižnom režimu koji za hipoteku na brodu propisuje zakon putem upisa u upisnike brodova, čije vođenje i postupak upisa opisuje u zaključnom osvrtu.*

**Ključne riječi:** *hipoteka na brodu, ovlaštenja, prostiranje, prestanak.*

### **1. Povijesni razvoj instituta hipoteke na brodu**

Brodarstvo i brodogradnja u ekonomskim i financijskim uvjetima koji dominiraju svjetskim gospodarstvom ovisni su o dobivanju dugoročnih kredita većih iznosa za uspješno obavljanje djelatnosti prijevoza morem brodovima ili izgradnje brodova koji te prijevoze vrše. Takvo kreditiranje brodarskih kompanija koje se bave pomorskim prijevozima robe i putnika ili brodogradilišta u kojima se grade i popravljaju ili prepravljaju brodovi bilo bi rizično za kreditore bez odgovarajućeg jamstva da će njihovi krediti biti vraćeni i naplaćeni od kreditnog dužnika. Kreditni dužnici su brodari i brodograditelji koji takvo jamstvo pružaju kreditnim vjerovnicima davanjem broda u zalog ili osnivanjem založnog prava odnosno hipoteke na brodu.



Hipoteka na brodu je pravni institut koji u hrvatsko pomorsko pravo ulazi putem zakona koji ga uvode u pomorsko gospodarstvo početkom dvadesetog stoljeća kao stvarnopravno jamstvo na brodu radi zaštite dugoročnih kredita. Uvođenje toga instituta u hrvatsko pomorsko pravo je započeto s Osnovom pomorskog zakonika iz 1909. godine koji je izradio prof. Nagy za ugarsko ministarstvo pravosuđa, čije donošenje i provođenje sprječava Prvi svjetski rat.<sup>1</sup>

Za vrijeme Kraljevine Jugoslavije pripremala se kodifikacija pomorskog prava, pa je izrađena Osnova pomorskog trgovačkog zakona koja je 1937. godine upućena u zakonodavnu proceduru. No, predložena Osnova nije postala zakonom, ali njezine odredbe o pomorskoj hipoteci i privilegijima usvaja Uredba sa zakonskom snagom o stvarnim pravima na brodu i pomorskim privilegijima donesena 1939. godine. Za provođenje ove Uredbe tijekom 1940. godine stupile su na snagu tri prateće uredbe: o upisima stvarnih prava na brodu, o ustrojstvu upisnika brodova i o izvršenju, osiguranju i privremenim naredbama na brodu.

Uredba iz 1939. godine prihvaća rješenja za hipoteku na brodu Međunarodne konvencije o izjednačenju nekih pravila o pomorskim privilegijima i hipotekama iz 1926. godine, kojoj je bio cilj ojačati hipoteke na brodu i međunarodni položaj hipotekarnog vjerovnika te poboljšanje uvjeta međunarodnog kreditnog financiranja brodova u gradnji i plovidbi. Tom cilju trebala je dodatno doprinijeti nova Međunarodna konvencija o izjednačenju nekih pravila o pomorskim privilegijima i hipotekama iz 1967. godine, koja je u svojoj stilizaciji mnogo određenija u definiranju hipoteke i predstavlja napredak prema Konvenciji iz 1926. godine, no svejedno nije stupila na snagu.

Konvencija iz 1967. godine nije stupila na snagu zbog nedovoljnog broja ratifikacija te nije postigla očekivani uspjeh, što je bilo razlogom nove unifikacije propisa o pomorskim privilegijima i hipotekama, koju je prema dogovoru tajništva UNCTADA-a i IMO-a trebala pripremiti zajednička međuvladina grupa stručnjaka osnovana 1986. godine. Njezin zadatak je bio revidiranje postojećih međunarodnih konvencija o pomorskim privilegijima i hipotekama zajedno sa srodnim postupcima izvršenja te da razmotri mogućnost osnivanja međunarodnog upisnika brodova.<sup>2</sup> Rezultat višegodišnjeg rada ove grupe bio je novi Nacrt konvencije o pomorskim privilegijima i hipotekama koji je usvojen 1993. godine.

Izglasana nova Međunarodna konvencija o pomorskim privilegijima i hipotekama u Ženevi 1993. godine rezultat je nastojanja da se pronađu kompromisna rješenja u međunarodnoj zajednici, unaprijede i poboljšaju uvjeti za financiranje, eksploatacije, nabave i prodaje brodova te otklone razlike između kontinentalnog i angloameričkog sustava hipoteka i privilegija na brodovima. U tom se smislu u Konvenciji ističe da red prvenstva upisanih mortgagea, hipoteka

---

<sup>1</sup> Velimir Filipović: *Stvarnopravna jamstva na brodu, Savjetovanje o stvarnopravnim i obveznopravnim jamstvima na brodu, Udruženje za pravo osiguranja u SR Hrvatskoj, Pula, 1988., str. 21.*

<sup>2</sup> *Loc.cit.*

i tereta među njima i njihov učinak prema trećima određuje pravo države upisa broda, a za postupak prisilnog izvršenja bit će mjerodavno pravo države u kojoj se provodi izvršenje.<sup>3</sup>

Pravni institut hipoteke na brodu kako ga uređuju propisi Uredbe o stvarnim pravima na brodu iz 1939. godine i pratećih joj uredbi, primjenjivani kao pravna pravila u Hrvatskoj nakon Drugog svjetskog rata, na identičan način regulira Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi od 1978. godine iz bivše Jugoslavije, koji se u Hrvatskoj primjenjivao temeljem Zakona o preuzimanju saveznih zakona u oblastima pomorske i unutarnje plovidbe. Također su sa Zakonom o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi prihvaćene u našem pravu neke odredbe o hipoteci iz Konvencije od 1926. i 1967. koje kod nas nisu ratificirane.

Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi definira hipoteku kao pravo prema kojem je vjerovnik ovlašten namiriti se iz prodajne cijene broda ostvarene sudskom prodajom. Hipoteka se u ovom Zakonu uređuje pod nazivom "ugovorno založno pravo" umjesto tradicionalnog naziva "hipoteka", koji po shvaćanju tadašnjeg zakonodavca nije bio u skladu s društvenim vlasništvom na brodovima. No, bez obzira na ove nazive u zakonu se detaljno uređuje institut hipoteke, osnovna obilježja i sadržaj hipoteke, njezino prostiranje i prestanak, postupak upisa brodova u upisnike kojima je obuhvaćen i upis hipoteke.<sup>4</sup> Takvo pravno stanje i uređenje u pitanjima hipoteke na brodu vrijedilo je do stupanja na snagu Pomorskog zakonika Republike Hrvatske 1994. godine.

Cijeli sustav hrvatskog pomorskog prava temelji se na odredbama Pomorskog zakonika iz 1994., koje su obuhvaćene velikim brojem od 1055 zakonskih članaka raspoređenih u dvanaest dijelova, od kojih se šesti dio odnosi na stvarna prava među kojima je i hipoteka na brodu.<sup>5</sup> U šestom dijelu materiju stvarnih prava uređuju propisi svrstani u tri glave, tako da se u glavi I. govori o pravu vlasništva, u glavi II. o založnim pravima na brodu (hipoteka i privilegiji), a u glavi III. o postupku za upisivanje u upisnike brodova.

Kako je već rečeno Pomorski zakonik je ukinuo naziv "ugovorno založno pravo" za hipoteku i vratio ovom institutu njegov tradicionalni naziv "hipoteka na brodu", koji upućuje na to da se radi o zalogu stvari bez predaje založene stvari u posjed zalogoprimatelju.<sup>6</sup> Dapače, izraz "hipoteka" jedino je ispravan i moguć, jer prema Zakoniku hipoteka nastaje na temelju ugovora i sudske odluke u kojem slučaju se radi o sudskoj hipoteci. Prema tome, izraz "hipoteka" je odgovarajući kako za hipoteku na brodu koja nastaje ugovorom (ugovorna hipoteka), tako i za hipoteku koja može nastati presudom suda (sudska hipoteka).

<sup>3</sup> Ivo Grabovac: *Hrvatsko pomorsko pravo i međunarodne konvencije*, Književni krug, Split, 1995., str. 57.

<sup>4</sup> Gordan Stanković: *Pomorski privilegiji i hipoteke te pravci razvitka na međunarodnom polju*, doktorski rad, Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet, Rijeka, 1996., str. 264.

<sup>5</sup> *Pomorski zakonik* objavljen je u *Narodnim novinama* br. 17/1994.

<sup>6</sup> Gordan Stanković, *ibidem*, str. 268.

Budući da je hipoteka na brodu stvarnopravno jamstvo za dugoročne kredite broda, ona djeluje prema svima čim se upiše u upisnik brodova. Za upis ugovorne hipoteke temelj je ugovor, a za upis sudske hipoteke sudska odluka. Izraz "hipoteka" jednako pokriva jednu i drugu hipoteku na prikladan način, što se nije radilo u slučaju izraza "ugovorno založno pravo".<sup>7</sup> Posebno za strane ulagače u brodove i njihove kreditore izraz "hipoteka na brodu" je mnogo jasniji i određeniji nego izraz "ugovorno založno pravo", kojega je ukinuo Pomorski zakonik iz 1994. i uveo u hrvatsko pomorsko pravo institut hipoteke na brodu općepoznat cijelom svijetu u pomorskom gospodarstvu.

Za ugovornu hipoteku Zakonik dopušta da založni vjerovnik namiri svoju dospjelu nepodmirenu tražbinu iskorištavanjem broda. Ovlaštenje založnog vjerovnika da iskorištava brod založnog dužnika sve dok njegov dug vjerovniku ne bude isplaćen, mora biti sadržano u ugovoru o hipoteci i propisano njegovim odredbama. Brod opterećen hipotekom mora biti upisan u upisnik brodova, kao i sama hipoteka na brodu koja prati brod bez obzira na promjenu vlasnika broda, njegova korisnika ili posjednika odnosno brodaru koji brod iskorištava. Svakako, za sve ove upise u upisnik brodova, kao i za prvi upis hipoteke na brodu temelj je ugovor o hipoteci kojega prilikom osnivanja hipoteke zaključuju hipotekarni vjerovnik i hipotekarni dužnik.

## ***2. Hipoteka na brodu u Pomorskom zakoniku 2004.***

### ***2.1. Uvodne napomene i opaske***

Dio peti Pomorskog zakonika iz 2004. regulira stvarna prava na brodu.<sup>8</sup> U ovome dijelu Zakonika Glava I. sadrži propise koji reguliraju pravo vlasništva (članci 208.-218.), Glava II. propise koji uređuju založna prava, hipoteku na brodu i privilegije na brodu (članci 219.-240.) i Glava III. u kojoj se propisuje postupak za upisivanje u upisnike brodova (članci 253.-384.). Ista materija i građa instituta hipoteke na brodu i drugih stvarnih prava pod identičnim naslovima nalazi se u "starom" Pomorskom zakoniku iz 1994. iz kojega je gotovo u cijelom, skoro neizmijenjenom sadržaju propisa, preuzeta u "novom" Pomorskom zakoniku iz 2004. (dalje: Zakonik). Izmjene i dopune propisa koji se odnose na institut hipoteke na brodu učinjene su u nastojanju da se pravno uređenje ovoga instituta u hrvatskom pravu što više približi uređenju instituta mortgagea u anglosaksonskom pravu, koji se u suvremenoj pomorskoj praksi široko primjenjuje s obzirom na mogućnost namirenja tražbine hipotekarnog vjerovnika iskorištavanjem broda.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Loc. cit.

<sup>8</sup> Novi Pomorski zakonik objavljen je u Narodnim novinama broj 181/2004., 21. prosinca 2004. i stupio je na snagu osmoga dana od objave.

<sup>9</sup> Hrvoje Kačić, *Deposicija kao atribut ugovornog založnog prava*, *Uporedno pomorsko pravo i pomorska kupoprodaja*, 100/1983., str. 163.

Pravi motiv za uređenje instituta hipoteke slično uređenju instituta mortgagea bio je u primjeni tog instituta, koji bi olakšao hrvatskim brodarima ishođenje dugoročnih kredita uz zalaganje brodova pod hrvatskom zastavom, koje bi strani kreditori mogli iskorištavati ili prodati za namirenje svojih hipotekarnih tražbina. Razlika u pogledu namirenja vjerovnikovih tražbina između mortgagea i hipoteke bila je upravo vjerovnikova ovlast na privatnu prodaju broda, koju institut mortgagea pruža vjerovniku, a institut hipoteke ne pruža.

Prikazana razlika između hipoteke i mortgagea prema Pomorskom zakoniku iz 1994. godine briše se u novom Pomorskom zakoniku. Prema novom Zakoniku hipotekarni vjerovnik je ovlašten namiriti svoju tražbinu izvansudskom prodajom broda i uzimanjem broda u posjed ili iskorištavanjem broda, što su ovlasti vjerovnika predviđene institutom mortgagea.

Sada proširene ovlasti hipotekarnog vjerovnika u hipoteci izviru iz zakona, a ne iz ugovora kao prema prijašnjem Pomorskom zakoniku. Namirenje tražbine vjerovnika iskorištavanjem broda nije bila ovlast utemeljena po samom zakonu, nego je ta ovlast vjerovnika postojala samo ako je to bilo predviđeno ugovorom o hipoteci.

Prema novom Zakoniku vjerovnik je ovlašten namiriti svoju tražbinu iz prodajne cijene broda ostvarene sudskom prodajom ili izvansudskom prodajom ili uzimanjem broda u posjed i iskorištavanjem broda. Neke od ovih vjerovnikovih ovlasti kao iskorištavanje broda ugovorne strane mogu isključiti ugovorom o hipoteci, dok su se po prijašnjim propisima zasnivale baš ugovorom. Sada su to zakonske ovlasti koje proizlaze iz samoga zakona, a ne iz ugovora, o čemu će kasnije biti riječi.

Predložena rješenja o založnim pravima na brodu u novom Zakoniku usklađivana su sa suvremenijim rješenjima iz konvencija, npr. Međunarodne konvencije o pomorskim privilegijima i hipotekama iz 1993. godine. U obrazloženju prijedloga novog Pomorskog zakonika ističe se da je veći dio predloženih novih rješenja u sustavu stvarnih prava rezultat nastojanja stvaranja pravnog režima koji će omogućiti hrvatskoj trgovačkoj floti poslovati po svjetskim standardima pod kojima posluje većina svjetskih trgovačkih flota s čijom se konkurencijom hrvatska flota mora suočiti. S druge strane, ističe se u prijedlogu, imajući na umu da o sustavu stvarnih prava na brodu – hipoteke i drugih – ovisi zanimanje financijskog kapitala za ulaganje u gradnju brodova, a time i razvoj hrvatske trgovačke flote, predložene izmjene Zakonika imaju za cilj jačanje uloge pomorske hipoteke, te njezinu prihvatljivost u okviru svjetskog financijskog poslovanja.

Institut hipoteke na brodu uređen propisima o založnim pravima u novom Pomorskom zakoniku obuhvaća i hipoteku na brodu u gradnji, koji se upisuje u upisnik brodova u gradnji. Dovršetkom gradnje broda, prijenosom upisa broda iz upisnika brodova u gradnji u upisnik trgovačkih brodova (brodova u plovidbi), prenosi se i hipoteka na brodu u gradnji. Zato se brodovi u gradnji i brodovi u plovidbi pod hipotekom nalaze u jednakom pravnom režimu hipoteciranog broda kako ga uređuje novi Zakonik.

## 2.2. Zakonska definicija hipoteke na brodu

Zakonsku definiciju hipoteke na brodu nalazimo u odredbama članka 219. Zakonika. U stavku 1. toga članka, izričito se kaže da je hipoteka na brodu pravo prema kojem je vjerovnik ovlašten namiriti svoju tražbinu iz prodajne cijene broda ostvarene sudskom prodajom ili izvansudskom prodajom ili uzimanjem broda u posjed i iskorištavanjem broda. Prema prijašnjem tekstu u Pomorskom zakoniku je bilo samo jedno zakonsko ovlaštenje vjerovnika za namirenje njegove tražbine, a to je sudska prodaja broda, dok je ovlaštenje da namiri svoju dospjelu nepodmirenu tražbinu iskorištavanjem broda vjerovnik imao samo ako je to predviđao ugovor o hipoteci.

Proširenje zakonske ovlasti hipotekarnog vjerovnika na sudsku prodaju hipoteciranog broda slijedom Zakonika i na izvansudsku prodaju broda ili uzimanje broda u posjed radi namirenja tražbine iskorištavanjem broda normirano je u Zakoniku iz prije navedenih razloga približavanja instituta hipoteke institutu mortgagea.<sup>10</sup> No, ipak ne bezuvjetno, jer stavak 2. spomenutog članka 219. Zakonika, sadrži odredbu dispozitivne naravi, koja ugovornim stranama daje pravo da u ugovoru o hipoteci isključe neke vjerovnikove ovlasti iz stavka 1. navedenog članka. Deposijom broda ili uzimanjem broda u posjed hipotekarni vjerovnik stječe pravo na iskorištavanje broda, koje sada ima po zakonu, a ne po ugovoru kao prema prijašnjem zakonu.

U novoj zakonskoj definiciji hipoteke uočava se jedna bitna novina s kojom se pojačava položaj hipotekarnog vjerovnika, a to je izvansudska prodaja broda koja može omogućiti vjerovniku brže i lakše namirenje tražbine nego prodaja sudskim putem. Radi se o privatnoj prodaji broda koja nije toliko formalizirana kao sudska prodaja, jer se ne provodi na sudu nego izvan suda.

Prema prikazanoj definiciji hipoteke na brodu iz članka 219. stavak 1. Zakonika, hipotekarni vjerovnik za namirenje svoje tražbine ima pravo na sudsku prodaju broda i izvansudsku prodaju, te na kraju i na iskorištavanje broda. Što se sudske prodaje tiče u stavku 3. spomenutog članka 219. Zakonika predviđa se iznimno namirenje vjerovnika drugačije od onoga koje se postiže u postupku sudske prodaje.

Naime, odredba iz stavka 3. članka 219. Zakonika govori da kada se namirenje na temelju hipoteke na brodu provodi u inozemstvu uz primjenu postupovnih odredaba stranog prava koje ne poznaje sudsku prodaju, vjerovnik je ovlašten namiriti se iz prodajne cijene broda ostvarene nadmetanjem na javnoj dražbi.<sup>11</sup>

Treba na kraju upozoriti na zadnju odredbu članka 219. stavak 4. Zakonika koji definira brodsku hipoteku koja prati brod, kojega njegov vlasnik ili hipotekarni dužnik daje u zalog hipotekarnom vjerovniku. Prema toj odredbi

<sup>10</sup> Loc. cit.

<sup>11</sup> Ivo Grabovac – Gordan Stanković, *Osiguranje tražbina prema novom pomorskom zakonodavstvu Republike Hrvatske, Zbornik radova "Zaštita vjerovnika", 1994., str. 61-71.*

hipoteka na brodu ne prestaje promjenom vlasnika broda, ako Zakonikom nije drugačije određeno.

Hipoteka prati brod koji je opterećen hipotekom u korist hipotekarnog vjerovnika, bez obzira na promjenu vlasnika broda i djeluje prema trećim osobama čim se upiše u upisnik brodova. Upis hipoteke u upisnik brodova ima konstitutivan učinak u pogledu nastanka hipoteke i njezinog djelovanja prema trećima.<sup>12</sup>

Osnova za upis hipoteke u upisnik brodova je ugovor o hipoteci zaključen između brodovlasnika i banke ili kreditora, koji kreditiraju brodarstvo i brodogradnju o čemu je uvodno bilo riječi. Za pomorske brodove koji vrše prijevoze morem, trgovačke robe i putnika, postoji upisnik trgovačkih brodova, a za brodove u gradnji upisnik brodova u gradnji.

U spomenute upisnike upisuju se stvarna prava na brodu, a to su pravo vlasništva i hipoteka na brodu, koje se podvrgava knjižnom režimu putem upisa u upisnike brodova koji se vode i vrše onako kako to propisuje Zakonik. Hipoteka na brodu se zasniva upisom u upisnike brodova, kako je to već naprijed istaknuto, a može nastati ugovorom (ugovorna hipoteka) i sudskom odlukom ili aktom suda (sudska hipoteka), koje se prikazuje i tumači u daljnjem izlaganju sukladno Zakoniku.

### **2.3. Ugovorna i sudska hipoteka na brodu**

U smislu odredbe članka 209. stavka 1. Zakonika na brodu i brodu u gradnji mogu postojati stvarna prava, a napose pravo vlasništva, hipoteka na brodu i pomorski privilegiji. Pravo vlasništva i hipoteka na brodu mogu se steći, prenijeti, ograničiti i ukinuti jedino upisom u upisnik brodova. Za postanak pomorskih privilegija i njegove pravne učinke prema trećima nije potreban upis u upisnik brodova.<sup>13</sup>

Vlasnik broda na temelju prava vlasništva može:

1. prenijeti brod na drugu pravnu osobu, uz naknadu ili bez naknade;
2. osnovati hipoteku na brodu;
3. prenijeti ili otuđiti brod napuštanjem u korist osiguratelja;
4. sklapati ugovore o plovidbenim poslovima i o zakupu.<sup>14</sup>

Hipoteka na brodu koju je ovlašten osnovati vlasnik broda, može nastati ugovorom ili sudskom odlukom. Zakonik hipoteku koja može nastati ugovorom naziva ugovorna hipoteka, a hipoteku koja nastaje sudskom odlukom – prisilna sudska hipoteka.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Loc. cit.

<sup>13</sup> Članak 209. st. 2. Zakonika.

<sup>14</sup> Grabovac, op. cit., str. 51.

<sup>15</sup> Članak 220. st. 1. Zakonika.

### 2.3.1. Ugovorna hipoteka

Ugovorna hipoteka na brodu zasniva se upisom u odgovarajući upisnik brodova. To proizlazi iz zakonske odredbe članka 214. stavak 1. Zakonika, koja propisuje da se pravo vlasništva i hipoteka na brodu mogu steći, prenijeti i ukinuti jedino upisom u upisnik brodova. Za brodove u gradnji odgovarajući upis se vrši u upisnik brodova u gradnji, a za trgovačke brodove u plovidbi u upisnik trgovačkih brodova, što je već ranije bilo spomenuto u prikazu.

Za potrebe knjižnog režima kojemu je podvrgnuta hipoteka na brodu, koja se temelji na pravnom poslu, a to je ugovor o hipoteci, potreban je pisani oblik toga ugovora koji je preduvjet valjanosti ugovorne hipoteke. Prema članku 213. Zakonika za valjanost pravnog posla na temelju kojega se stječe hipoteka potreban je pisani oblik pa zato pravni posao koji nije sklopljen u pisanom obliku nema pravni učinak.<sup>16</sup>

Kako je već rečeno, upis u upisnik brodova ima konstitutivan učinak za zasnivanje ugovorne hipoteke. Radi se o učinku hipoteke prema trećima, *erga tertios*, ali za valjanost hipoteke među ugovornim strankama, *inter partes*, dovoljna je i potrebna pisana isprava.<sup>17</sup> Ta isprava je za hipoteku ugovor o hipoteci, a za mortgage engleski mortgage deed.

Zakonik u članku 220. stavku 3. predviđa da ugovor o hipoteci može sadržavati sporazum stranaka o vrijednosti broda, te o najnižoj prodajnoj cijeni. Tu zakonsku odredbu iz praktičnih razloga bilo je potrebno prihvatiti i donijeti zbog olakšanja postupka u etapi namirenja potraživanja i ubrzavanja prodaje hipoteciranog broda.

Ugovor o hipoteci može biti ovršna isprava kojom se rješava problem neposredne ovršnosti isprave odnosno hipoteke, tzv. javnobilježničke hipoteke. Takva hipoteka se u Zakoniku predviđa kao ugovorna hipoteka neposredne ovršnosti, o kojoj se u članku 220. stavku 2. kaže sljedeće:

Ako ugovor o hipoteci u kojemu je potpis dužnika javno ovjeren, sadrži izjavu dužnika da vjerovnik može neposredno na temelju ugovora zatražiti upis hipoteke u upisnik brodova, kao i izjavu dužnika da je suglasan da se na temelju tog ugovora na brodu na kojemu je zasnovana hipoteka može radi tražbine utvrđene tim ugovorom nakon dospelosti tražbine provesti neposredna ovrha, takav je ugovor ovršna isprava.

Na temelju ovakve ovršne isprave provedba neposredne ovrhe bit će olakšana, ako se ugovorom o hipoteci predvidi najniža prodajna cijena broda i njegova vrijednost. Naime, kako je to već spomenuto, zakon dopušta strankama da sporazumno odrede vrijednost broda i najnižu prodajnu cijenu broda kao elemente ugovora o hipoteci.

Hipoteka na brodu može se ugovoriti i upisati u domaćoj i stranoj valuti. Prema tome, hipotekarni vjerovnik ima se pravo namiriti u onoj valuti koja se

<sup>16</sup> Članak 213. st. 2. Zakonika.

<sup>17</sup> Mintas Hodak, Ljerka, Jamstva pri stjecanju broda na kredit, HAZU, Zagreb, 1990., str. 72.

ostvari sudskom ili izvansudskom prodajom broda, odnosno nadmetanjem na javnoj dražbi kada se ona provodi u slučajevima predviđenim Zakonikom.<sup>18</sup>

Na temelju ugovora, može se na hipoteci na brodu osnovati nadhipoteka u korist treće osobe, uz iste uvjete kao i kod hipoteke. U tom slučaju hipotekarni dužnik može namiriti svoj dug hipotekarnom vjerovniku samo uz pristanak nadhipotekarnog vjerovnika ili ako dužnu svotu položi u sud. Ovaj propis iz članka 227. stavka 2. Zakonika sadrži odredbu koja upozorava hipotekarnog dužnika, da će ako tako ne postupi, hipoteka na brodu ostati na snazi za tražbine nadhipotekarnog vjerovnika.

Iz navedenog proizlazi da je ugovor o hipoteci strogo formalan ugovor potreban za upis hipoteke u upisnik brodova i ovršna isprava s kojom hipotekarni vjerovnik može provesti neposrednu ovrhu na brodu.

### 2.3.2. *Sudska hipoteka*

Hipoteka na brodu koja može nastati sudskom odlukom nazvana je u Zakoniku prisilna sudska hipoteka. Osnivanje prisilne sudske hipoteke na brodovima upisanim u odgovarajući upisnik brodova obavlja se uknjižbom. Na brodovima koji nisu upisani u upisnik brodova osnivanje prisilne sudske hipoteke obavlja se pljenidbenim popisom broda, kojeg se upisuje u privremeni upisni list.

Osiguranje vjerovnikovih potraživanja prema dužniku zasnivanjem prisilne sudske hipoteke je najjača mjera osiguranja predviđena Zakonikom u korist vjerovnika, čijom se inicijativom kao predlagatelja osiguranja ova mjera i provodi.

Prema članku 932. Zakonika predlagatelj osiguranja ima pravo tražiti osiguranje tražbine zasnivanjem prisilne sudske hipoteke na brodu protivnika osiguranja, na osnovi ovršne isprave kojom je utvrđena njegova, vjerovnikova, novčana tražbina.

Na zahtjev predlagatelja osiguranja koji ima ovršnu ispravu kojom je utvrđena novčana tražbina sud će, ako utvrdi da se može udovoljiti prijedlogu, donijeti rješenje kojim se nalaže lučkoj kapetaniji izvršenje uknjižbe hipoteke u upisnik u kojem je brod upisan. U tom upisniku u koji se upisuje prisilna sudska hipoteka koja nastaje uknjižbom hipoteke, mora se naznačiti ovršivost tražbine u čiju se korist prisilna sudska hipoteka upisuje.<sup>19</sup>

Uknjižba hipoteke je način ili modus osnivanja sudske hipoteke, čemu je usmjerena i prethodna mjera predbilježbe sudske hipoteke, koja se određuje radi osiguranja novčane tražbine predlagatelja osiguranja. Kao prethodnu mjeru sud može odrediti predbilježbu založnog prava na brodu ili brodu u gradnji protivnika osiguranja, čijom provedbom predlagatelj osiguranja stječe hipoteku na brodu. U

<sup>18</sup> Članak 239. Zakonika.

<sup>19</sup> Članak 934. Zakonika.



tom smislu predbilježba sudske hipoteke jedna je od prethodnih mjera osiguranja, kojom se može osigurati novčana tražbina predlagatelja osiguranja.<sup>20</sup>

Osnivanje sudske hipoteke na brodu na temelju sporazuma stranaka nije izričito predviđeno Zakonikom, ali mogućnost zasnivanja takve hipoteke postoji u smislu članka 848. Zakonika koji govori o nadležnosti suda za upis takve hipoteke u upisnik. Članak 848. stavak 1. propisuje da je za odlučivanje o prijedlogu za osiguranje novčane tražbine zasnivanjem sudske hipoteke na brodu ili brodu u gradnji na temelju sporazuma stranaka mjesno nadležan sud na čijem se području nalazi upisnik broda u koji je brod upisan, odnosno upisnik broda u gradnji u koji je brod u gradnji upisan.

Pravni temelj za osnivanje sudske hipoteke na brodu na temelju sporazuma stranaka je sporazum sklopljen pred sudom u obliku sudskog zapisnika, kojim se utvrđuje volja stranaka da se radi osiguranja tražbine zasnjuje hipoteka na brodu. Takav sudski zapisnik s potpisima stranaka ima snagu sudske nagodbe i ovršna je isprava, na temelju koje sud donosi odluku odnosno rješenje o određivanju osiguranja uknjižbom hipoteke na brodu.<sup>21</sup>

Bitno je istaknuti, da sudska hipoteka ne nastaje tek sudskom odlukom nego je potreban i upis hipoteke u upisnik brodova, koji se upis provodi na temelju odluke suda i kojim upisom je zapravo osnovana hipoteka.

Sudska hipoteka se u svom nastanku na temelju sporazuma stranaka može izjednačiti s mogućnošću javnobilježničkog osiguranja tražbine hipotekarnog vjerovnika zasnivanjem hipoteke na brodu, tzv. javnobilježničke hipoteke koja je prethodno spomenuta u prikazu članka 220. stavak 2. Zakonika. Naime, taj zakonski propis ugovor o hipoteci određuje kao ovršnu ispravu ako je u ugovoru o hipoteci potpis hipotekarnog dužnika javno ovjeren, te ako ugovor sadrži izjavu dužnika da vjerovnik može neposredno na temelju ugovora zatražiti upis hipoteke u upisnik brodova (*klauzula intabulandi*) i suglasnost dužnika da se na temelju ugovora o hipoteci na brodu može radi tražbine utvrđene tim ugovorom nakon njezine dospelosti provesti neposredna ovrha.

Na temelju ugovora o hipoteci na brodu, sastavljenog u obliku javnobilježničke isprave koja predstavlja ovršnu ispravu, provodi se upis hipoteke u upisnik brodova kojim se upisom osniva hipoteka. Ova javnobilježnička hipoteka, dakle, kao i sudska hipoteka, nastaje upisom u upisnik brodova.

### 3. Prostiranje hipoteke na brodu

Hipoteka na brodu prostire se, na sam hipotecirani brod, njegove pripadke, uzgrednosti broda, naknade iz ugovora o iskorištavanju broda, naknadu iz

<sup>20</sup> Članak 946. st. 1. Zakonika.

<sup>21</sup> Shodno primjeni čl. 261.-268. Ovršnog zakona (Narodne novine br. 57/96., 29/99., 42/00., 173/03.).

osiguranja broda i drugo predviđeno zakonom, prema uvjetima propisanim u Zakoniku.<sup>22</sup>

### **3.1. Brod**

Hipoteka na brodu prostire se na brod i sve njegove sastavne dijelove, te se može upisati samo na cijeli brod sa svim sastavnim dijelovima, ali ne na pojedini sastavni dio. U pravilu brod je u vlasništvu jednoga vlasnika, ali ako se brod nalazi u suvlasništvu opterećivanje cijelog broda hipotekom moguće je jedino uz suglasnost svih suvlasnika.

Zakonik u članku 238. dopušta mogućnost da se za jednu te istu tražbinu, hipoteka osnuje nepodijeljeno na dva ili više brodova (zajednička hipoteka). U takvom slučaju vjerovnik je ovlašten tražiti namirenje cijele tražbine iz svakog pojedinog broda na kojem postoji hipoteka.

### **3.2. Pripadak broda**

Hipoteka na brodu prostire se na pripadke broda osim u slučaju kada je u upisniku broda zabilježeno da je određeni pripadak u vlasništvu druge osobe (tzv. *pactum reservati domini*). U smislu članka 218. Zakonika, hipoteka ne obuhvaća one stvari pripatka u pogledu kojih je, uz pristanak vlasnika broda, upisano zabilježbom u upisnik brodova da pripadaju drugoj fizičkoj ili pravnoj osobi.

Pripadak ili pertinencija broda jesu sve stvari koje po svojoj namjeni trajno služe njegovoj upotrebi i kad su privremeno odvojene od broda. Pripatkom broda smatraju se i one stvari koje su upisane u brodski inventar. Trajnost upotrebe pripatka znači da njegova upotreba (čamci, sidra, pomorske karte, kompasi i dr.) nije unaprijed vremenski ograničena, a obuhvaća ga hipoteka na brodu.

### **3.3. Uzgrednosti broda**

Hipoteka na brodu prostire se na uzgrednosti broda, a to su:

- a) tražbine po osnovi naknade štete za još nepopravljena materijalna oštećenja koja je brod pretrpio,
- b) tražbine po osnovi zajedničke havarije, ako se one odnose na još nepopravljena materijalna oštećenja broda.<sup>23</sup>

U cilju zaštite interesa hipotekarnih vjerovnika instalirao se u pomorskom pravu institut uzgrednosti broda, koji obuhvaća novčanu naknadu za oštećenje odnosno propast broda na koje se prostire hipoteka na brodu.

<sup>22</sup> Članak 228.-232. Zakonika.

<sup>23</sup> Članak 229. Zakonika.

### 3.4. Naknada iz osiguranja

Ako nije drugačije ugovoreno hipoteka na brodu prostire se i na naknadu iz osiguranja broda koja pripada vlasniku broda ili hipotekarnom dužniku kome osiguratelj mora isplatiti osigurninu na temelju ugovora o osiguranju broda. Hipoteka na osigurninu ili naknadu iz osiguranja broda prestaje ako osiguratelj isplati naknadu prije nego što ga hipotekarni vjerovnik obavijesti o postojanju hipoteke na brodu.

Hipotekarni vjerovnik stječe pravo na naknadu iz osiguranja u trenutku kada je obavijestio osiguratelja o postojanju hipoteke na brodu. Ako je osiguratelj primio takvu obavijest, ne smije isplatiti naknadu iz osiguranja osiguraniku bez pristanka hipotekarnog vjerovnika.<sup>24</sup>

### 3.5. Civilni plodovi broda

Civilni plodovi broda su prihodi iz eksploatacije broda i naknade koje vlasnik broda ostvaruje iskorištavanjem broda. U civilne plodove spadaju vozarina, prevoznina, tegljarina, zakupnina i nagrada za obavljeno spašavanje. Radi se o civilnim plodovima koji se duguju hipotekarnom dužniku, no hipoteka na njih se ne prostire po samom zakonu, *ex lege*, već samo ako je to ugovoreno između hipotekarnog dužnika i hipotekarnog vjerovnika.

Prema tome, civilni plodovi broda opterećeni hipotekom su vozarina i drugi iznosi koji se postignu njegovom eksploatacijom, koje duguju hipotekarnom dužniku njegovi dužnici iz brodarskog ugovora ili drugih ugovora o iskorištavanju broda.<sup>25</sup>

### 3.6. Troškovi i kamate

Hipoteka na brodu u korist glavnice, dakle glavnog hipotekarnog duga, postoji i za troškove upisa hipoteke te obuhvaća prema zakonu uz troškove upisa i troškove parničnog i ovršnog postupka.

Za kamate na glavnice se u članku 232. stavku 1. Zakonika predviđa da trogodišnji zaostatci kamata koji vjerovniku pripadaju na temelju ugovora ili zakona imaju podjednako prvenstvo kao i glavnica.

**Hipoteka na brodu u gradnji.** Ovdje se govori o prostiranju hipoteke na brodu te bi trebalo objasniti što je predmet hipoteke na brodu u gradnji i na što se ona prostire. Treba prije toga reći i ponoviti već rečeno da se odredbe Zakonika o hipoteci na brodu primjenjuju, *mutatis mutandi*, i na hipoteku na brodu u gradnji koja se upisuje u upisnik brodova u gradnji.

Brod koji se gradi u hrvatskom brodogradilištu može se upisati u upisnik brodova u gradnji na zahtjev vlasnika broda, s kojim hipotekarni vjerovnik

<sup>24</sup> Članak 231. Zakonika.

<sup>25</sup> Branko Jakaša, Udžbenik plovidbenog prava, Narodne novine, Zagreb, 1983., str. 106.

zaključuje ugovor o hipoteci broda u gradnji. Predmet toga ugovora je brod u gradnji koji se u zakonu definira kao gradnja broda od trenutka polaganja kobilice ili sličnog postupka gradnje do trenutka upisa u upisnik brodova trgovačke flote (upisnik trgovačkih brodova).

Kobilica broda u gradnji i sam brod do porinuća u more grade se na navozu u brodogradilištu, gdje se nalaze svi njegovi dijelovi i stvari koje se ugrađuju u brod. Zato hipoteka na brodu u gradnji obuhvaća, osim broda, i stvari koje su ugrađene u brod ili nisu još ugrađene u brod, a nalaze se u brodogradilištu, ako su prema svojoj izradi određene isključivo za ugrađivanje u određeni brod ili za njegov pripadak ili ako su na vidljiv način obilježene ili izdvojene za ugrađivanje u brod.<sup>26</sup>

#### **4. Ovlaštenja hipotekarnog vjerovnika**

Pravna narav hipoteke na brodu ogleda se u ovlaštenjima hipotekarnog vjerovnika prema brodu opterećenom hipotekom i hipotekarnom dužniku, koji brodom raspolaže do namirenja vjerovnikove hipotekom osigurane tražbine. Sadržaj tih vjerovnikovih ovlaštenja određuje konkretan hipotekarni ugovor i zakon, koji definira i uređuje institut hipoteke na brodu.

Ovlaštenja hipotekarnog vjerovnika usmjerena na osnaženje hipoteke i namirenje vjerovnikove tražbine koriste se prije dospijeca tražbine i nakon njezina dospijeca. Radi se o ovlaštenjima u stadijima osiguranja tražbine i namirenja tražbine, koja se temelje na zakonu.

##### **4.1. Stadij osiguranja tražbine**

Ovlaštenja hipotekarnog vjerovnika u stadiju osiguranja tražbine odnose se na brod, čijem je vlasniku hipotekarni vjerovnik ovlašten postavljati sve zahtjeve potrebne radi zaštite od gubitka vrijednosti broda. Tako, primjerice, ako vlasnik odnosno hipotekarni dužnik koji eksploatira brod opterećen hipotekom, čini nešto što prijeti umanjenu vrijednosti broda ili smanjuje njegovu vrijednost, hipotekarni vjerovnik je ovlašten tražiti od hipotekarnog dužnika da to ne čini ili propusti učiniti, te ako tako ne postupi može zahtijevati prisilnu naplatu svoje tražbine osigurane hipotekom i prije njezina dospijeca.<sup>27</sup>

Slično ovome ovlaštenju ima hipotekarni vjerovnik prema odredbi članka 233. Zakonika koja propisuje da, kada brod pretrpi takva oštećenja ili je njegovo stanje takvo da hipoteka ne daje dostatnu sigurnost za namirenje tražbine, hipotekarni vjerovnik može zahtijevati isplatu tražbine i prije dospelosti ako mu hipotekarni dužnik za razliku nastalu tim smanjenjem sigurnosti ne ponudi

<sup>26</sup> Vidi članak 212. Zakonika.

<sup>27</sup> Jasenko Marin, *Novo pravno uređenje hipoteke na brodu*, Zbornik radova, Savjetovanje, HDPP, Rijeka, 2005., str. 73-81.

osiguranje na drugi način. Ovo pravo hipotekarnom vjerovniku daje zakon kojega vjerovnik može koristiti bez obzira tko je odgovoran za oštećenje broda, odnosno smanjenje sigurnosti namirenja tražbine, je li hipotekarni dužnik ili netko drugi.

I odredba članka 234. Zakonika, kao i prethodna, usmjerena je na zaštitu hipotekarnog vjerovnika od smanjenja ili gubitka vrijednosti broda, koje može biti posljedica trajnog povlačenja broda iz plovidbe. Zbog toga ova odredba određuje da je za povlačenje iz plovidbe hipotekom opterećenog broda potreban prethodni pristanak hipotekarnih vjerovnika, a ako takvog pristanka nema, hipotekarni dužnik ima pravo zahtijevati od suda prodaju broda nadmetanjem na javnoj dražbi.

Ako hipotekarni vjerovnik ima zajedničku hipoteku, upisanu hipoteku na dva ili više brodova za jednu istu tražbinu, u tom slučaju vjerovnik je ovlašten tražiti namirenje cijele tražbine iz svakog pojedinog broda na kojem postoji hipoteka.<sup>28</sup> Ovdje treba ukazati i na članak 237. Zakonika koji određuje da prava hipotekarnog vjerovnika i njihov red prvenstva stečena upisom hipoteke ne prestaju brisanjem broda iz upisnika brodova iz razloga što je brod propao ili se pretpostavlja da je brod propao, ili je trajno povučen iz plovidbe.

Zakonik u članku 239. propisuje da se hrvatska hipoteka može upisati u domaćoj ili stranoj valuti, te da hipotekarni vjerovnik ima pravo raspolagati sredstvima u onoj valuti koja se ostvari sudskom prodajom, što je već ranije spomenuto u prikazu. To vrijedi i u slučaju izvansudske prodaje broda odnosno prodaje nadmetanjem na javnoj dražbi.

Sva navedena ovlaštenja hipotekarni vjerovnik ima na temelju zakona, no moguća su i druga koja idu preko zakona na temelju ugovora o hipoteci, koji sadrži odredbe o ovlastima hipotekarnog vjerovnika i obvezama hipotekarnog dužnika u vezi s iskorištavanjem i održavanjem hipoteciranog broda. U tom smislu hipotekarni vjerovnik je ovlašten poduzimati sve na zakonu temeljene radnje radi zaštite svoje tražbine osigurane hipotekom na brodu.

#### **4.2. Stadij namirenja tražbine**

Temeljna ovlaštenja hipotekarnog vjerovnika u stadiju namirenja tražbine proizlaze iz same definicije hipoteke na brodu, koju daje članak 219. stavak 1. Zakonika čiji je sadržaj prikazan u ranijem izlaganju. Prema zakonskoj definiciji hipoteke na brodu iz narečenog članka Zakonika, temeljna ovlaštenja hipotekarnog vjerovnika obuhvaćaju:

- a) namirenje tražbine iz prodajne cijene broda ostvarene sudskom prodajom;
- b) namirenje tražbine iz prodajne cijene broda ostvarene izvansudskom prodajom;
- c) namirenje tražbine uzimanjem broda u posjed i iskorištavanjem broda.

<sup>28</sup> Članak 238. Zakonika.

Neke od navedenih vjerovnikovih ovlaštenja ugovorne strane mogu isključiti ugovorom o hipoteci, kako to predviđa članak 219. stavak 2. Zakonika.

U zakonski sadržaj hipoteke na brodu ulaze navedena hipotekarna prava ili ovlaštenja vjerovnika, naznačena pod a) do c) koja treba detaljnije obrazložiti, osobito u odnosu na izvansudsku prodaju broda, koju nije poznao Zakonik iz 1994. godine.

a) Namirenje tražbine putem sudske prodaje broda provodi se u postupku koji se propisuje u Dijelu devetome Zakonika, pod naslovom Ovrha i osiguranje na brodu i teretu. U članku 870. stavku 1. Zakonika stoji da se brod u pravilu prodaje usmenom javnom dražbom, no u idućim stavkama ovog članka dopušta se mogućnost prodaje broda neposrednom pogodbom. Uređenje neposredne pogodbe kao načina sudske prodaje broda Zakonik predviđa po uzoru na Ovršni zakon za sudsku prodaju nekretnina neposrednom pogodbom.

Ovrha radi namirenja tražbine provodi se prinudnom prodajom broda na temelju odgovarajuće ovršne isprave u kojoj se utvrđuje postojanje, visina i dospelost vjerovnikove tražbine.

b) Namirenje vjerovnikove tražbine putem izvansudske prodaje broda uvodi Zakonik u hrvatsko pravo radi olakšanja kreditiranja hrvatskih brodara od stranih kreditora, vjerovnika ili banaka kojima zakon daje mogućnost privatne prodaje broda radi namirenja njihove hipotekom osigurane tražbine.<sup>29</sup>

Prije smo vidjeli da ovlaštenje hipotekarnog vjerovnika da namiri svoju tražbinu izvansudskom prodajom broda ulazi u zakonski sadržaj hipoteke na brodu. Poblize to ovlaštenje uređuje članak 221. stavak 1. Zakonika, koji kaže da u slučaju izvansudske prodaje broda vjerovnik može slobodno prodati brod. Zakonik propisuje da u tom slučaju vjerovnik mora postupati pažnjom dobrog privrednika, te postići razumnu cijenu s obzirom na stanje broda i cijenu takvih ili sličnih brodova na tržištu te njegovu opterećenost stvarnim pravima drugih osoba.

Iduće odredbe članka 221. (stavak 2. i 3.) Zakonika predviđaju mogućnost nastupa štete dužniku i odgovornosti vjerovnika ako ne postupa u skladu s prethodnim odredbama te obvezu vjerovnika da mogući višak sredstava dobivenih takvom prodajom broda isplati dužniku u roku od osam dana po primitku kupovnine od kupca broda.

Kupac koji kupi brod od hipotekarnog vjerovnika u izvansudskoj prodaji na koju je ovlašten, stječe pravo vlasništva na brodu neovisno o stvarnom odnosu između vjerovnika i dužnika.<sup>30</sup> Kada kupi brod od hipotekarnog vjerovnika kupac je ovlašten tražiti upis prava vlasništva u upisniku brodova na temelju ovjerovljenog ugovora o prodaji.

c) Namirenje tražbine putem preuzimanja posjeda broda i njegova iskorištavanja, treće je temeljno ovlaštenje hipotekarnog vjerovnika iz ugovora o

<sup>29</sup> Jasenko Marin, loc. cit.

<sup>30</sup> Članak 223. Zakonika.

hipoteci prema i na temelju zakona. Ovo zakonsko ovlaštenje hipotekarni vjerovnik gubi ako ga stranke isključe ugovorom.

Vjerovnik hipoteke na brodu koji preuzme posjed broda i njegovo iskorištavanje upisuje se u upisnik brodova kao brodar, kojega zakon definira kao fizičku ili pravnu osobu koja je kao posjednik broda nositelj plovidbenog pothvata, u kojemu iskorištava brod i ostvaruje prihode od njegova iskorištavanja. Zakonik određuje da u tom slučaju vjerovnik može zaprimati prihode broda te rabiti zaradu za namirenje svoje tražbine, što je i sadržaj vjerovnikova prava da iskorištavanjem hipoteciranog broda ubire njegove civilne plodove i koristi ih za namirenje duga.<sup>31</sup>

Odnose između hipotekarnog vjerovnika koji svoju tražbinu namiruje iskorištavanjem broda i njegova dužnika čiji brod iskorištava, regulira zakon s naglaskom na pažnji dobrog gospodarstvenika. Članak 225. stavak 2. Zakonika propisuje da prilikom preuzimanja broda u posjed i njegova iskorištavanja vjerovnik mora postupati pažnjom dobrog gospodarstvenika.

Kako deposesijom broda hipotekarni vjerovnik stupa u posjed broda radi njegova iskorištavanja, on ga ima pravo iskorištavati samo do namirenja tražbine osigurane hipoteciranim brodom, a nakon toga morao bi vratiti brod hipotekarnom dužniku.

### **5. Prestanak hipoteke na brodu**

Prestanak hipoteke na brodu regulira članak 236. Zakonika, koji određuje da hipoteka na brodu prestaje:

- 1) brisanjem hipoteke,
- 2) prodajom broda u ovršnom ili stečajnom postupku,
- 3) izvansudskom prodajom broda,
- 4) proglašenjem broda pomorskim plijenom, odnosno ratnim plijenom.

Ako u slučaju pod 4. brod bude oslobođen, hipoteka se ponovno uspostavlja, kaže se u stavku 2. članka 236. Zakonika.

U novom Zakoniku među razloge prestanka hipoteke uvodi se nadopuna s jednim novim razlogom prestanka hipoteke, a to je izvansudska prodaja broda koju Zakonik iz 1994. godine nije poznao nego samo sudsku prodaju broda. S ovom nadopunom i drugim razlozima prestanka hipoteke koje određuje Zakonik 2004., hipoteka na brodu u hrvatskom pomorskom pravu u pogledu njezina nastanka i prestanka nadovezuje se i slijedi moderna zakonska rješenja.

Brisanje hipoteke iz upisnika brodova kao prvi razlog prestanka hipoteke na brodu logična je posljedica njezina nastanka i načina stjecanja. Hipoteka se steže upisom u upisnik brodova ili uknjižbom hipotekarnog prava u korist hipotekarnog vjerovnika. To se pravo gubi brisanjem hipoteke koje se također vrši uknjižbom.

<sup>31</sup> Mintas-Hodak, loc. cit. str. 65.

Hipoteka na brodu uživa knjižni režim koji se ogleda baš u uknjižbama hipoteke, koja nastaje upisom i prestaje brisanjem iz upisnika brodova.

Prodaja broda u ovršnom ili stečajnom postupku kao drugi razlog prestanka hipoteke određen zakonom provodi se na temelju detaljnih propisa o ovrši na brodu prema Zakoniku. U redovitom postupku ovrhe prodajom broda sud donosi rješenje o dosudi broda i rješenje o namirenju vjerovnika.<sup>32</sup> Nakon što rješenje o dosudi broda postane pravomoćno i kupac ispuni zakonske obveze, sud će odrediti da se u upisniku broda upiše pravo vlasništva u korist kupca i brisanje svih drugih prava i tereta.<sup>33</sup> Brod se u pravilu prodaje usmenom javnom dražbom kako to predviđa članak 870. Zakonika, koji međutim dopušta da se brod u ovršnom postupku može prodati i neposrednom pogodbom.

Izvansudska prodaja broda instalira se Zakonikom kao novi razlog prestanka hipoteke, koji je kreditorima i bankama pružio mogućnost da kroz privatnu prodaju broda uspješno ostvare svoje hipotekom osigurane tražbine. U tom pogledu Zakonik slijedi rješenja engleskog i drugih prava, koja davanje brodova pod hipoteku ili zalaganje brodova opravdavaju ekonomskim razlozima i zahtjevima tržišta na kojemu se prodaju.<sup>34</sup>

Izvansudska prodaja broda pobliže se regulira u Zakoniku odredbama članka 221.-224., od kojih treba ovdje istaknuti najvažniju odredbu koja određuje status osobe odnosno kupca koji kupi brod od hipotekarnog vjerovnika u postupku izvansudske prodaje. To je odredba članka 223. koja kaže da kupac koji kupi brod od hipotekarnog vjerovnika stječe pravo vlasništva na brodu neovisno o stvarnom odnosu između vjerovnika i dužnika, te je ovlašten tražiti upis prava vlasništva u upisniku brodova na temelju ovjerovljenog ugovora o prodaji broda. Tim upisom zasnovano je pravo vlasništva kupca na kupljenom brodu, koje kupcu daje pravo da neposredno traži ovrhu protiv dužnika radi predaje broda u posjed.<sup>35</sup>

Proglašenje broda pomorskim plijenom odnosno ratnim plijenom novi Zakonik kao i prijašnji iz 1994. navodi kao razlog prestanka hipoteke. Utrnuće hipoteke iz ovog razloga ne mora biti trajno, jer zakon predviđa da ako brod bude naknadno oslobođen, hipoteka se ponovno uspostavlja (članak 236. stavak 2. Zakonika).

## 6. Upisi u upisnik brodova

Trebalo bi ponovljeno reći ono što je kroz izlaganja o hipoteci na brodu više puta naglašeno, da se pravo vlasništva i založno pravo ili hipoteka na brodu

<sup>32</sup> Članak 893. i 925. Zakonika.

<sup>33</sup> Članak 878. Zakonika.

<sup>34</sup> Gordan Stanković, *Hrvatska pomorska hipoteka u svjetlu nadolazećih izmjena Pomorskog zakonika, Vladavina prava*, vol. 1., br. 1., 1997., str. 129.

<sup>35</sup> Članak 224. Zakonika.



moгу steći, prenijeti i ukinuti jedino upisom u upisnik brodova. To su bitne karakteristike i temeljna obilježja stvarnih prava na brodu, prije svega vlasništva i hipoteke, ali i drugih, za koje zakon propisuje knjižni režim putem upisa u upisnike brodova koji nije obvezan za pomorske privilegije. Privilegiji su, naime, založna prava na brodu koja nastaju *ex lege* iz određenih tražbina nastalih iskorištavanjem broda, koje se ne upisuju u upisnik brodova.

Postupovne odredbe o upisima brodova i postupku za upisivanje u upisnike brodova koje vode lučke kapetanije sadržane su u odredbama članka 253.-384. Zakonika. Prema odredbi članka 254. upisi u upisnik brodova obavljaju se na temelju rješenja lučke kapetanije, koja vodi upisnik trgovačkih brodova ili brodova u gradnji kojih se tiču upisi stvarnih prava o kojima se prethodno govori.

Skoro potpuna upravna nadležnost nad upisnicima brodova bila bi uspostavljena spomenutim propisom članka 254. stavak 1., da istim propisom nije predviđena nadležnost suda za donošenje rješenja u sklopu postupka ovrhe i osiguranja na temelju kojih se provode upisi. Tako, npr. osnivanje prisilne sudske hipoteke na brodovima upisanim u upisnik brodova obavlja se uknjižbom na temelju rješenja suda kojim se dopušta osnivanje hipoteke. Također, u postupku ovrhe sud donosi rješenja u pogledu broda koji je predmet ovrhe. Primjerice, kada donese rješenje o prodaji broda koji je upisan u upisnik brodova, sud će odrediti da se to rješenje zabilježi u upisnik brodova.

Postupak upisivanja u upisnik brodova kojega provodi lučka kapetanija koja vodi upisnik brodova je upravni postupak, koji se provodi prema odredbama Zakona o općem upravnom postupku osim ako u smislu članka 283. Zakonika nije drugačije određeno. Sukladno članku 285. Zakonika u postupku upisivanja u upisnik brodova lučka kapetanija donosi odluke u obliku rješenja kada odlučuje o pravu ili obvezi određene stranke u postupku, a u obliku zaključka kada odlučuje o nekom proceduralnom pitanju.

Upisi koje provodi lučka kapetanija na temelju rješenja o upisu sadrže tekst rješenja koji određuje vrstu upisa, koje Zakonik propisuje u članku 257. navodeći njihov sadržaj. Upisi koje predviđa Zakonik su: prvi upis u upisnik brodova, upis u list A, uknjižba, predbilježba, zabilježba, prijenos upisa broda, brisanje broda i ponovni upis broda. Upisnici brodova i upisi koji se provode na temelju propisanih isprava koje se odlažu u zbirku isprava, čine knjižni režim kome su podvrgnuti brodovi u pogledu stjecanja, nastanka, prijenosu i prestanka vlasništva i drugih stvarnih prava, ponajprije hipoteke na brodu.

Sadržaj isprave na temelju koje se upisuje hipoteka na brodu utvrđuje članak 260. Zakonika, prema kojemu upis hipoteke na brodu mora sadržavati najmanje:

- 1) novčanu svotu tražbine koja se osigurava hipotekom,
- 2) visinu kamata, ako se moraju platiti uz tražbinu,
- 3) tvrtku, odnosno naziv i sjedište, tj. osobno ime i prebivalište hipotekarnog vjerovnika.

Na sadržaj isprave na temelju koje se obavljaju upisi hipoteke na brodu posebno ukazuje članak 261. Zakonika, koji traži da ako se hipotekom na brodu osigurava tražbina koja bi mogla nastati zbog odobrenog kredita, zbog preuzetog jamčenja ili naknade štete, u ispravi se mora navesti najviša svota koju kredit ili odgovornost smije dostići. Ako se zatraži upis prijenosa tražbine u smislu odredbe članka 258. st. 3. Zakonika, upis prijenosa tražbine osigurane hipotekom na brodu i stjecanje nadhipotekarnog prava dopušteni su u pogledu cijele tražbine, te njenog dijela određenog razmjerno ili brojčano.

Hipotekarni vjerovnik, ima pravo tražiti upis hipoteke, ali zakon dopušta mogućnost da on to ne učini, pa u slučaju ako vjerovnik koji ima pravo zatražiti upis hipoteke na brodu ili nadhipotekarnog prava na upisanom hipotekarnom pravu svog dužnika taj upis ne zatraži, može zatražiti i jamac upis tih prava u korist vjerovnika (članak 264.).

Prijedlog za upis hipoteke na brodu može dati više hipotekarnih vjerovnika, koji nakon provedenog upisa s istovrsnim pravom namirenja njihove tražbine ostvaruju namirenje po prvenstvenom redu upisane hipoteke. U smislu članka 266. stavak 1. Zakonika, za prvenstveni red upisa mjerodavno je vrijeme kada je prijedlog upisa stigao lučkoj kapetaniji koja vodi upisnik brodova u koji se obavlja upis.

O prijedlogu za upis u upisnik brodova rješenje donosi lučka kapetanija u prvom stupnju, a Ministarstvo mora u drugom stupnju. Detaljne propise o postupku upisa u upisnik brodova koje donosi Zakonik nije potrebno obrazlagati više od prikazanog u ovome osvrtu.

## **7. Zaključak**

U uvodnom prikazu razvoja instituta hipoteke na brodu zaključilo se da je hipoteka na brodu stvarnopravno jamstvo za dugoročne kredite broda, koja djeluje prema svima čim se upiše u upisnik brodova. Brodovlasnici i brodograditelji u brodarstvu i brodogradnji redovno koriste institut hipoteke na brodovima kada uzimaju kredite od banaka ili kreditora, kojima hipoteka na brodu daje pravo namirenja kredita iz založenog broda, ako im potraživanje iz kredita ne podmiri hipotekarni dužnik.

Osoba koja ima založno pravo ili hipoteku na brodu zove se založni ili hipotekarni vjerovnik (banka – kreditor), a osoba zbog čijeg se duga zasniva založno pravo na brodu zove se založni ili hipotekarni dužnik (brodovlasnik – brodograditelj). U smislu definicije iz Pomorskog zakonika 1994. hipoteka na brodu je založno pravo prema kojemu je vjerovnik ovlašten namiriti se od dužnika iz prodajne cijene broda ostvarene njegovom prodajom u sudskom postupku.

U svrhu jačanja uloge hipoteke na brodu koju nameće svjetsko pomorsko poslovanje i gospodarstvo Pomorski zakonik iz 2004. daje širu definiciju hipoteke na brodu. Tako hipoteku definira kao pravo prema kojem je vjerovnik ovlašten namiriti svoju tražbinu iz prodajne cijene založenog broda ostvarene

sudskom prodajom ili izvansudskom prodajom ili uzimanjem broda u posjed i iskorištavanjem broda. Ovlaštenja hipotekarnog vjerovnika koja mu daje Zakonik proizlaze iz odredaba koje su dispozitivne naravi, pa stranke mogu sporazumno isključiti jedno od ovlaštenja iz prikazane definicije hipoteke na brodu.

Namirenje vjerovnikove tražbine iz prodajne cijene broda ostvarene sudskom prodajom propisano je u Pomorskom zakoniku 1994., ali ne i namirenje ostvarene izvansudskom prodajom broda koju uvodi u hrvatsko pravo Pomorski zakonik 2004. Ovo čini zbog olakšanja kreditiranja hrvatskih brodara od stranih kreditora ili banaka, kojima Zakonik daje mogućnost kreditiranja putem privatne prodaje broda radi namirenja njihove hipotekom osigurane tražbine.

U slučaju preuzimanja broda u posjed i njegova iskorištavanja vjerovnik može zaprimati prihode broda te rabiti zaradu za namirenje svoje tražbine. Ovo zakonsko ovlaštenje hipotekarni vjerovnik gubi ako ga se u sporazumu s hipotekarnim dužnikom odrekne ili isključi ugovorom.

Prikazana ovlaštenja hipotekarnog vjerovnika koja mu daje Pomorski zakonik 2004. u sadržajno široj definiciji hipoteke na brodu od one iz Zakonika 1994., izjednačuju hipoteku kontinentalnog prava s mortgageom anglosaksonskog prava. Mortgage je osebujan institut anglosaksonskog prava koji ima učinak kao i hrvatska hipoteka sada, kada je u hrvatskom pravu uređena prema rješenjima koje je ponudila Međunarodna konvencija o pomorskim privilegijima i hipotekama donesena u Ženevi 1993. godine.

## Summary

### **MORTGAGE ON SHIP IN CROATIAN MARITIME LAW**

In the introductory part of this paper the author is presenting an overview of historical development of mortgage on ship: from introduction of this legal institute into Croatian maritime law with proposed Fundamentals of Maritime Code of Hungary (1909), through Decree on Property Rights on Ship (1938) and Law on Maritime and Inland Navigation (1978), to Maritime Code of the Republic of Croatia (1994) and its revisions in 2004. Following the legal regulation of the 2004 Maritime Code, the author analyses legal institute of mortgage on ship, explaining its legal definition, contractual and judicial mortgage, and provisions on scope and termination of mortgage. In the final part, the author analyses mortgage creditor and obligation of mortgage debtor, their mutual relations within the system of registration in the ship registers that has been prescribed by law for mortgage on ship. Registration procedure and records keeping are described in the concluding remarks.

**Key words:** *mortgage on ship, rights, scope, termination.*

## Zusammenfassung

### **SCHIFFSHYPOTHEK IM KROATISCHEN SEERECHT**

Im einführenden Teil der Arbeit zeigt der Autor die geschichtliche Entwicklung der Schiffshypothek: durch die Einführung dieses Rechtsinstituts in das kroatische Seerecht mit dem vorgeschlagenen Allgemeinen Seefahrtsgesetz Ungarns im Jahre 1909 sowie durch Bestimmungen über Sachenrecht auf dem Schiff vom Jahre 1939 und dem Gesetz über die See- und Binnenschifffahrt von 1978 und schließlich durch die Verabschiedung des Seefahrtsgesetzes der Republik Kroatien von 1994 und dessen Novelle aus dem Jahre 2004. Indem er die Gesetzesregulative verfolgt, besonders durch die Bestimmungen des neuen Seefahrtsgesetzes von 2004, bearbeitet der Autor das Rechtsinstitut der Schiffshypothek, interpretiert seine gesetzliche Definition, die Vertrags- und Gerichtshypothek sowie Bestimmungen über Ausweitung und Beendigung der Hypothek. Im Schlussteil analysiert der Autor den Hypothekengläubiger und die Pflichten des Hypothekenschuldners sowie deren Beziehungen bei der Verbuchung, die für die Schiffshypothek durch Eintragung in die Schiffspapiere gesetzlich vorgeschrieben ist, und deren Führung und Verfahren der Eintragung der Autor zum Schluss beschreibt.

**Schlüsselwörter:** *Schiffshypothek, Befugnis, Ausweitung, Beendigung.*

## Sommario

### **IPOTECA SULLA NAVE NEL DIRITTO MARITTIMO CROATO**

Nella parte introduttiva del lavoro l'autore presenta una rassegna dello sviluppo storico dell'ipoteca sulla nave, dall'introduzione di questo istituto giuridico nel diritto marittimo croato con i proposti Fondamenti del codice marittimo dell'Ungheria del 1909, attraverso il Decreto sui diritti di proprietà sulla nave del 1938 e la Legge sulla navigazione marittima e interna del 1978, sino al Codice marittimo della Repubblica di Croazia del 1994 e la sua novella del 2004. Sulla base della regolamentazione giuridica del Codice marittimo del 2004 l'autore affronta l'istituto giuridico dell'ipoteca sulla nave, illustra la sua definizione legislativa, l'ipoteca contrattuale e giudiziale, e le norme sull'estensione e l'estinzione dell'ipoteca. Nella parte finale del lavoro l'autore analizza il creditore ipotecario e l'obbligazione del debitore ipotecario, i loro rapporti reciproci all'interno del sistema di registrazione nei registri navali che è previsto dalla legge per l'ipoteca sulla nave, la cui gestione e procedura di registrazione è descritta nelle considerazioni conclusive.

**Parole chiave:** *ipoteca sulla nave, autorizzazioni, estensione, estinzione.*



## NEKA PITANJA ODNOSA HISTORIJSKOG I PRIRODNOG PRAVA NA JUŽNOPODUNAVSKI PROSTOR

Dr. sc. Ivan Balta, izvanredni profesor  
Filozofski fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 94(497.5-3Podunavlje)  
Ur.: 24. listopada 2005.  
Pr.: 22. studenog 2006.  
Pregledni znanstveni članak

*Temeljno pitanje višenacionalnog odnosa istočnohrvatskog te južno-dunavskog prostora, bijaše kroz stoljeća pitanje prirodnog i historijskog prava konstituiranja državnih organizacija naroda.*

*Od svih naroda južnopodunavskog prostora, Mađari, Hrvati i Srbi, uvjerljivije su ideološki i nacionalno postavljali pitanja historijskog i prirodnog prava na isti prostor tijekom stoljeća.*

*Hrvatska nacionalna nastojanja bazirala su se na historijskom i prirodnom pravu na slavonski i dio južnopodunavskog prostora, a na temelju svoje brojnosti i kontinuiranog postojanja hrvatske državnosti na istom prostoru.*

*Mađarska nacionalna nastojanja bijahu u učvršćivanju zajednice pridruženih zemalja krune svetog Stjepana, preko željeznice i mađarskih škola, a u ostvarenju mađarske državne misli (Magyar Állam eszme).*

*Srpska nacionalna nastojanja bila su u stvaranju velike države u kojoj bi svi Srbi živjeli zajedno, ali koja su izazvala otpor ostalih naroda, naročito u Slavoniji i južnom Podunavlju, gdje su se Srbi u ostvarenju iste ideje pozivali na dvije povijesne činjenice. Prvo, da je velika srpska srednjovjekovna država imala izlaz na tri mora, i drugo, postojanje srpske pravoslavne patrijaršije, koja se prostirala u krajevima koje su bili zauzeli Osmanlije, a to je značilo između ostalih pripojiti južno Podunavlje i Slavoniju.*

*U vodećim ideologijama na južno Podunavlje, uvijek se iznova postavljalo pitanje pozivanja na životni prostor, tj. trenutno većinsko stanovništvo i pozivanje na nekadašnje historijske granice država i naroda.*

**Ključne riječi:** *historijsko pravo, prirodno pravo, južnopodunavski prostor.*

## I.

Temeljno pitanje višenacionalnog odnosa istočnohrvatskog, tj. južnodunavskog prostora, bijaše kroz stoljeća pitanje prirodnog i historijskog prava konstituiranja državnih organizacija naroda koji su živjeli na istom prostoru.

Još od rimskog vremena cara Teodozija, današnja Slavonija i Vojvodina kao dio južnopodunavskog prostora,<sup>1</sup> bile su granice Istoka i Zapada Rimskog Carstva. Te iste granice ponovljene su na istom mjestu između Bizanta i Franaka, a koje su za posljedicu imale i konfesionalnu podjelu kršćanstva na pravoslavlje i katolicizam. U novom vijeku bijaše tu granica između Habsburške Monarhije i Osmanskog Carstva te granica interesa velikih sila i potencijalno "bure baruta", koje s vremena na vrijeme izazove požar svjetskih razmjera.<sup>2</sup>

Pored slavenskih naroda na istom prostoru živjeli su Mađari, Nijemci i ostali narodi u okviru velikih imperija. Međutim, slabljenjem Osmanskog Carstva i oslobodilačkim ratovima tijekom 19. stoljeća, oslobađaju se balkanski slavenski narodi pokušavajući izgraditi istovremeno svoje nacionalne države na istom prostoru.

Od svih naroda južnopodunavskog prostora, Mađari, Hrvati i Srbi, uvjerljivije su ideološki i nacionalno postavljali pitanja historijskog i prirodnog prava na isti prostor tijekom stoljeća.

## II.

Hrvatska nacionalna nastojanja bazirala su se na historijskom i prirodnom pravu na slavonski i dio južnopodunavskog prostora (Srijem i Baranju), a na temelju svoje brojnosti i kontinuiranog postojanja hrvatske državnosti na istom prostoru.

Hrvatski nacionalni prostor je u 19. stoljeću politički i teritorijalno bio razjedinjen, jezično neunificiran, te ga je valjalo objediniti u odnosu prema narodima u vlastitom korpusu i prema velikim silama.<sup>3</sup>

Buđenje nacionalne svijesti bio je vezan za ilirski, a kasnije narodni preporod te je došao do izražaja u hrvatskoj "moderni" u drugoj polovici 19. stoljeća.<sup>4</sup>

U svojem opravdavanju historijskog i prirodnog prava na Slavoniju i dio južnopodunavskog prostora, hrvatska je ideologija dolazila u sukobe s mađarskom

<sup>1</sup> Južnopodunavski prostor podrazumijeva: današnjih pet istočnohrvatskih županija, zatim Srijem, Bačku i Banat u Republici Srbiji (pokrajina Vojvodina), te današnje južnomađarske županije (Baranya, Bács).

<sup>2</sup> Grupa autora, *Jugoistočna Europa 1918.-1995.*, međunarodni simpozij, Zadar, 1995., str. 6-13.

<sup>3</sup> L. V. Südland, *Südslawische frage und der Weltkrieg*, Wien, 1918. (*Južnoslavensko pitanje – prikaz cjelokupnog pitanja*, Varaždin, 1990.).

<sup>4</sup> Jaroslav Šidak, *Studije iz hrvatske povijesti XIX. stoljeća*, Zagreb, 1973.  
Mirjana Gross, *Društveni razvoj u Hrvatskoj (od 16. do početka 20. stoljeća)*, Zagreb, 1981.

i srpskom nacionalnom ideologijom, koje su postavljali ista prava na iste prostore.

### III.

Mađarska nacionalna nastojanja bijahu u učvršćivanju zajednice pridruženih zemalja krune svetog Stjepana, u kojima su bile i slavonske i južnopodunavske županije, a njemačka nacionalna nastojanja u očuvanju državnog legitimiteta Habsburške Monarhije u kojoj su imali prednost nad ostalim narodima.

Mađarske aspiracije na slavonski prostor započinj u novom vijeku od 1751., kada su tri slavonske županije (Virovitička, Požeška i Srijemska) poslale svoje zastupnike i u Ugarski sabor te su time bile podvrgnute, formalno i stvarno, ugarskom utjecaju. Nakon ukidanja Kraljevskog vijeća u Zagrebu 1779., Hrvatska i Slavonija bile su podvrgnute Ugarskom namjesničkom vijeću te je time okrnjena uloga autonomije Hrvatskom saboru i njena ingerencija na sav hrvatsko-slavonski prostor.<sup>5</sup>

Slavonske su županije od 1785., apsolutističkom odredbom cara Josipa II. bile podvrgnute, odnosno uključene u pečuško okružje te je time dio Slavonije i Srijema pripojen Ugarskoj i odvojen od ostalog dijela Hrvatske. Istim aktima su Hrvatska i Slavonija dijelom podvrgnute mađarskom pravnom i stvarnom utjecaju, posebno od 1790., kada je i započela planska mađarizacija slavonsko-srijemskog prostora.

Ugarska vlada je tijekom 19. stoljeća namjeravala preko politike željeznica pridobiti Slavoniju, a često su puta i izabrani zastupnici iz slavonskih županija u ugarskom ili zajedničkom saboru u Požunu, tražili da se Slavonija odvoji od Hrvatske i pripoji Ugarskoj.<sup>6</sup>

Revolucionarne 1848./1849. nakratko su promijenile hrvatsko-ugarske odnose, a ugarski i hrvatski politički krugovi su sklopili Hrvatsko-Ugarsku nagodbu 1868., koja je trebala dati izvjestan stupanj autonomije slavonskim županijama, ali i "ozakoniti" ugarsku nadležnost nad Slavonijom. Nagodba se kroz određeno vrijeme trebala iznova dogovarati i sklapati, što je u praksi izazivalo teške ugarsko-hrvatske nacionalne tenzije.<sup>7</sup> U praksi, u drugoj polovici 19. stoljeća, Slavonija se politički približavala ili bila dio provedbe ugarskih nacionalnih interesa, odnosno mađarske državne misli.

Naime, kada su Mađari 1867. s Austrijom sklopili nagodbu, donijeli su iduće godine i zakon o jednakopravnosti svih građana, a u kojem je sadržana mađarska državna misao (*Magyar Állam eszme*), koja se u mađarskim udžbenicima

<sup>5</sup> Ivan Balta, *Julijanska akcija kroz mađarske škole u Hrvatskoj i Slavoniji te BiH krajem XIX. i početkom XX. stoljeća*, Motrišta, – glasilo Matice hrvatske za Hercegovinu, br. 22., Mostar, 2001., str. 79-97.

<sup>6</sup> Ivan Balta, *Julijanska akcija u Slavoniji s posebnim osvrtom na našički kraj*, Našički zbornik 3., Matica hrvatska Našice, 1996., 129-143.

<sup>7</sup> Gezá Závodsky, *Történelem III. osztály*, Budapest, 1984.



interpretirala kao "Mađarski ustav", a u kojem je pisalo: "U Našoj domovini osim Mađara žive u njoj i ljudi drugoga jezika, koje zovemo narodnostima. Našu zemlju nastavaju građani govora njemačkog, rumunjskog, rusinskog, slovačkog, srpskog, hrvatskog i slovenačkog i oni zajedno sa Mađarima čine mađarsku naciju."

Bila je to teorija o političkom narodu, koja je u načelu primijenjena u praksi, a što je značilo nakanu stvaranja mađarske nacionalne države s jedinstvenim mađarskim jezikom. Istu "mađarsku državnu misao" ponovio je u polemici s češkim delegatima 20. listopada 1892. ugarski ministar Kálláy, te je ona od tada označena kao rimska koncepcija. Kako je mađarsku državnu misao trebalo provoditi, obrazlagali su je razni mađarski teoretičari, kao Grűnwald, koji je imao stav: "da se osigura budućnost mađarske države, potrebno je stvoriti državu s jednim jezikom"<sup>8</sup> te naglašavao: "Hoće li Mađari živjeti, moraju se jačati samo asimilacijom narodnosnih elemenata. Sporazuma sa narodnostima nema i ne smije biti." Tadašnji mađarski režimski list "Nemzet" je 1885. donio proglas s natpisom: "Pobjeda ili smrt", a list "Pesti Naplo" objavio je članak pod naslovom: "Mađarska će postati Mađarska ili je neće biti."

Mađarski teoretičar Kosztensky,<sup>9</sup> objavio je članak kako treba asimilirati narodnosti, što je pohvalio i ugarski ministar unutrašnjih poslova Bethlen, koji je izdao nekoliko političkih spisa 1907.-1913.,<sup>10</sup> kao o "Osakaćenju Mađarskoj" (*csönka Magyarország*), u kojem je 1907. pozivao Mađare da nešto učine na asimilaciji Nemađara. Slične teze o ugroženosti Mađara i potrebu za asimilacijom, izražavao je i teoretičar Huszár.<sup>11</sup>

Zbog toga je trebala julijanska akcija izvan Mađarske krajem 19. stoljeća, svu javnu upravu, sudstvo, vojsku i žandarmeriju, željeznicu, pošte, financijsku upravu, obrt, trgovinu, industriju, novčarstvo, tisak, knjige, crkve i škole, staviti u službu mađarske državne misli. Procijenilo se kako se asimilacija neće moći provoditi silom zbog nacionalnih preporoda mnogih malih naroda, već da treba asimilaciju provoditi preko kulture, prosvjete i željeznice.

U julijansku akciju u procesu mađarizacije uključila se i crkva, posebno katolička i evangelička crkva. Primas katoličke crkve za Ugarsku i Hrvatsku, kardinal Vászvány, izdao je 1902. naredbu svim školskim inspektorima, da osobitu pozornost posvete učenju mađarskog jezika u svim katoličkim konfesionalnim školama, a kada isto bude ostvareno, izdat će odredbu da se moli, pjeva i propovijeda samo u mađarskom duhu i jeziku.

U Slavoniji, gdje se vršio proces mađarizacije julijanskom akcijom, Hrvati su od 1880. do 1914. bili u velikoj većini s preko 70 % od ukupnog stanovništva.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Adalbert Grűnwald, *Felvidek*, Budapest, 1878.

<sup>9</sup> Gezá Kosztensky, *Nemzeti politika, felvidéken*, Budapest, 1893.

<sup>10</sup> István Bethlen, *Ravnica i Erdeljski Mađari*, Mađarska politika i posjed i drugi spisi...

<sup>11</sup> Antal Huszár, *Mađarski Rumunji i potreba njihove mađarizacije*, Budapest, 1907.

<sup>12</sup> Jakov Gelo, *Demografske promjene u Hrvatskoj od 1780. do 1981. godine*, Zagreb, 1987., str. 100.

Slavonske i podunavsko-dravsko-savske županije su oduvijek, bile privlačne Ugarskoj, ne samo zbog geostrateškog položaja, već i zbog svog prirodnog bogatstva. Kroz Slavoniju, tj. južno Podunavlje prolazili su vodeni i kopneni putovi od Panonije do Jadrana, a ugarski trgovački kapital se od sredine 19. stoljeća zainteresirao i za izgradnju željeznica, koja je trebala poslužiti za eksploataciju rudnog bogatstva. Na slavonski i južnopoludunavski prostor trebalo je dovoditi "svježu" radnu snagu obrtnika, trgovaca, industrijalaca, najamnih radnika, uglavnom nehrvatskog porijekla, a dio slavenskog nacionalnog korpusa trebao je po ugarskom julijanskom programu odnaroditi i mađarizirati, što je dijelom učinjeno željeznicama i školama.

Posvjedočuje o tome osječki list "Jug", koji je u ožujku 1918. izdao članak: *"Piše nam prijatelj iz Drenovca. Po zakonu mora se, i u mađarskim školama u Hrvatskoj predavati hrvatski. Medjutim na julijanskoj školi u Humljanima općina Drenovac ne obučava se hrvatski, jer učitelj znade samo mađarski. Upozorujemo pozvane faktore, da ovoj nezakonitosti stane na kraj."*<sup>13</sup>

Što su to djeca učila u mađarskim pučkim školama, primjer je zemljopisne knjige i čitanke za IV. razred željezničarske pučke škole.

Zemljopisnu knjigu za III. i IV. razred pučke škole napisao je Endre Vargyas,<sup>14</sup> koji je na 43. stranici opisao kako se *VI. Dráva-Száva köze* (županije između Drave i Save, tj. Slavonija) nalaze u Mađarskoj te da "u našoj domovini živi puk raznih vjera i jezika, ali ma kojim jezikom govorili, oni su rođeni Mađžari (*Magyarország szülötje*), svaki je sin zajedničke mađžarske domovine i član mađžarskog naroda."

Čitanku za IV. razred pučke škole napisali su Agost Gyulai, Rezső Radnai i Rezső Tót,<sup>15</sup> a u kojoj na 268 stranica gotovo nema spomena o Hrvatskoj i Slavoniji, već je prikazana Budimpešta, Mađarska, mađarsko more, mađarska himna, revolucija 1848. godine, pripovijest o svetom Ladislavu (Szent Lászlo) i o svetom Stjepanu (Szent István). Osnovane mađarske škole kršile su u Slavoniji Školski zakon od 10. XII. 1906. godine, a po kojem su škole s drugim nastavnim jezikom imale provoditi program kao i hrvatske škole.<sup>16</sup>

Ugarska politika i ekonomija su najlakše prodirale u Slavoniju željeznicom, stoga je još 1848. godine mađarski politički prvak Lajos Kossuth izrekao misao: *"Ki e a vasut e az ország"* (Čija je željeznica, onoga je i zemlja).<sup>17</sup>

Od kraja 19. stoljeća u Slavoniji i južnom Podunavlju osnovane su brojne mađarske škole, koje su trebale imati više politički učinak u zaokruživanju

<sup>13</sup> Mađžarska škola, na kojoj se ne predaje hrvatski, *Jug*, br. 66., 15. III. 1918., str. 3.

<sup>14</sup> Endre Vargyas, (III. i IV. razred zemljopisna knjiga), *Ministarstvo Ugarske – dozvola br. 85539/908.*, Budapest, 1908.

<sup>15</sup> Agost Gyulai, Rezső Radnai i Rezső Tót, *Čitanka za IV. razred pučke škole*, Budapest, 1908.

<sup>16</sup> *Zakon o osnovnim školama u Hrvatskoj*, broj 5496/1906./III., od 10. XII. 1906.

<sup>17</sup> Ivan Balta, *Zbivanja u Virovitičkoj županiji i gradu Osijeku 1848. I. 1849. godine*, Zavod HAZU, Osijek, 1997.

davnašnje želje ugarske nacionalne politike, stvaranja "*mađarskog kraljevstva Svetog Istvana od Karpata do Jadranskog mora*". Istog zadatka primilo se i pobrinulo, da u praksi izvede, peštansko Ministarstvo školstva, preko organiziranog prosvjetno-kulturnog društva "*Julian*",<sup>18</sup> koje je utemeljio Béla Széchenyi,<sup>19</sup> te postao i prvim njegovim predsjednikom.<sup>20</sup>

Kako je dio Baranja u istočnoj Hrvatskoj sve do 1918. bio u okviru Ugarske, na istom području julijanska akcija nije imala potrebe djelovanja, zbog dva razloga: prvo, Baranja je bila u sastavu Ugarske i direktno podložna administrativno-političkom utjecaju Pečuha, kao njezinog središta, i drugo, Baranja je krajem 19. i početkom 20. stoljeća imala većinsko mađarsko stanovništvo.<sup>21</sup>

Julijanska akcija učenja mađarskog jezika i provođenja mađaronske politike, provodila se kroz tri tipa škola u Hrvatskoj i Slavoniji, a uz financiranje ugarske vlade: a) julijanske škole općeg tipa, b) julijanske željezničarske škole i c) julijanske reformatorske škole.<sup>22</sup>

U Slavoniji i južnom Podunavlju, koja je od 1918. bila državno odvojena od Ugarske (tj. od novoosnovane Mađarske), julijanska akcija nije više imala svoja uporišta te je prestala programski i politički djelovati.

#### IV.

Srpska nacionalna nastojanja u stvaranju velike države u kojem bi svi Srbi živjeli zajedno, izazvala su otpor ostalih naroda, osobito u Slavoniji i južnom Podunavlju, gdje su se Srbi u ostvarenju iste ideje pozivali na dvije povijesne činjenice. Prvo, da je velika srpska srednjovjekovna država imala izlaz na tri mora, i drugo, postojanje srpske pravoslavne patrijaršije, koja se prostirala u krajevima koje su bili zauzeli Osmanlije, a to je značilo Srbiji pripojiti čitavu Bosnu, Hercegovinu, južnu Ugarsku i južnu i istočnu Hrvatsku, (tj. Slavoniju).

Političke težnje Srba u južnom Podunavlju za prostornom izdvojenošću sezale su u daleku prošlost,<sup>23</sup> tj. otkada je došlo do stvaranja ugarskih županija, jer Srbi južnog Podunavlju nisu nikad pristali ostati pod ugarskom vlašću. Pod svojim su patrijarsima (npr. Arsenijem III. Crnojevićem i Isajjem Đakovićem),

<sup>18</sup> Radovan Ivančević, *Leksikon ikonografije, liturgike i simbolike zapadnog kršćanstva i Uvod u ikonologiju*, Zagreb, 1990., str. 307-308.

Julian akcia ("*Julian*" je izabrano ime po kršćanskoj ikonografiji od sv. Julijana, kao zaštitnika putnika, skelara i putujućih pjevača).

<sup>19</sup> Julia akcio, *Revai Nagy Lexikona*, Budapest (više godišta), str. 69-70.

<sup>20</sup> Upravitelj ravnateljstva "*Julian*" za škole bio je grof Kunó Kebelsberg, a potpredsjednik društva "*Julian*" bio je József Tarkovich.

<sup>21</sup> Ignác Acsády, *Magyar ország népsége a pragmatica sanctio korában*, Budapest, 1896. (izdanje mađ. drž. statist. ureda), i Josip Bösendorfer, *Nešto malo o našoj Baranji*, Osijek, 1910., str. 47.

<sup>22</sup> Ferencz Bernics, *A Julián akció*, Pécs, 1994.

<sup>23</sup> Nikola Milutinović, *Mađarska i Trianonski ugovor*, otisak "Starine", 54., JAZU, Zagreb, 1969., str. 79.

dolazili u sukobe s feudalnim ugarskim županijama, katoličkim biskupima i ugarskim feudalcima, a nisu bili ni u najboljim odnosima s austrijskom carskom vojskom, isticao je mađarski povjesničar Szekfű.<sup>24</sup> Mađarski povjesničar Eckhart je ukazivao kako su Srbi u južnom Podunavlju oduvijek težili za političkom nezavisnošću.<sup>25</sup> Szenfű je konstatirao kako su ugarski Srbi imali "*samoupravne težnje*", a po Asztalosu kako su imali "*jedinstvenu političku organizaciju*" u južnom Podunavlju.<sup>26</sup> Istina je da su krajem 17. stoljeća Srbi u južnom Podunavlju postigli određen stupanj političke samostalnosti od ugarske vlasti, jer su 1690. i 1694. na temelju privilegija austrijskog cara Leopolda I. dobili posebnu autonomiju, svoje municipije i magistrature. Za Srbe u Slavoniji i južnom Podunavlju, bilo je od velikog značaja i stvaranje Vojne granice (krajine), gdje su se po Szekfűju stalno nastanjivali ne samo po "*šančevima*" nego i po manjim gradovima.

## V.

Ugarsko političko vodstvo došlo bi u neminovnu opasnost ako bi se jednom južnopodunavske pokrajine odcijepile od Ugarske, ukazivao je Szekfű, ali i Asztalos je spominjao ovu opasnost po integritet Ugarske od strane ugarskih Srba. Szekfű je pisao, kako starosjedioci južnog Podunavlja nisu bili Mađari već Slaveni te da su se slavenske naseobine u Ugarskoj, nalazile već u doba osnivanja ugarske države. Na jugu Ugarske, Slaveni su zauzimali "*dominantan položaj*", a djelomično i na sjeveru,<sup>27</sup> a na kulturu došljaka Mađara, Nemađari su bili bezuvjetno "*od značajnog kulturnog utjecaja*".

Po Dušanu Popoviću, Slaveni su bili podloga za osnivanje ugarske države i najveća etnička grupa koju su Mađari zatekli u Panonskoj nizini. Seoba naroda sasvim je izmijenila etničku sliku Europe, a u tim kretanjima možda nijedna oblast u Europi nije doživjela toliko promjena kao južno Podunavlje.<sup>28</sup>

Profesor Sveučilišta u Münchenu, Fritz Valjavec, iznosio je svoja mišljenja kako nisu isključivo Nijemci posredovali u kulturnom razvoju južnog Podunavlja te kako su županijsko uređenje poprimali Mađari od Slavena na što ukazuju i mnogobrojne slavenske jezične pozajmice kod Mađara.<sup>29</sup>

Slaveni i ostali nemađarski narodi u Ugarskoj su živjeli uglavnom svojim odvojenim posebnim životom i poslije doseljenja Mađara u podunavske krajeve,

<sup>24</sup> Hóman Bálint és Szekfű Gyula, *Magyar Történet*, IV kőtet Irta: Gyula Szekfű, Budapest, 1935., str. 261.

<sup>25</sup> Ferenc Eckhart, *Magyarország Története*, Budapest 1933, str. 165. (Eckhart izričito ukazuje na težnju Srba za prostornom samostalnošću).

<sup>26</sup> Miklós Asztalos, *A nemzetiségek története Magyarországon*, Budapest, 1934., str. 44, 71.

<sup>27</sup> Bela Szekfű, *Állam és nemzet*. A Magyar Szemle könyvei, Budapest, 1942., str. 95, 97.

<sup>28</sup> Dušan J. Popović, *Srbi u Vojvodini*, I., Novi Sad, 1957., str. 30-48.

<sup>29</sup> Fritz Valjavec, *Geschichte der deutschen Kulturbeziehungen zu Südosteuropa*, Südoosteuropäische Arbeiten, 41, 42, München, 22.

a mađarski povjesničari ukazivali su na podvojenost Nemađara i Mađara u Ugarskoj.

Osvrćući se na prostorni smještaj Mađara pod Arpadovićima, Ferenc Eckhart iznosio je kako su Mađari uglavnom nastanili središnje dijelove države, obje obale srednjeg Dunava,<sup>30</sup> a preostale dijelove zadržali su za sebe ostali nemađarski narodi u Ugarskoj.

U krajevima srednjeg Podunavlja, pomiješali su se Mađari u prvom redu sa Slavenima, ali su Slaveni svugdje "*zaokruživali*" Mađare, isticao je Pál Török.<sup>31</sup> Mađarsko-slavenstvo stanovništvo živjelo je izmiješano i unutar mađarskih etničkih granica, ali je još početkom 10. stoljeća slavenski element predstavljao većinu stanovništva Ugarske.<sup>32</sup>

Ferenc Eckhart, profesor budimpeštanskog sveučilišta, pokušao je objasniti malobrojnost Mađara i istaknuo kako Trijanonski ugovor 1920. nije predstavljao nepravdu za Mađare. Trijanonski ugovor o miru, po Eckhartu, potisnuo je mađarski elemenat u Ugarskoj na njegove prirodne etnografske granice, jer po njemu Mađari nikad nisu bili u stanju svojim ograničenim brojem ispuniti i naseliti cijelu Ugarsku. Odstranjena je samo jedna tisućugodišnja opsjena da Mađara nikad nije bilo toliko da ispune prostor od 325.000 kvadratnih kilometara predratne Ugarske. Eckhart je napisao: "*Nemojmo misliti da su Mađari osvajači naselili cijelu državu, jer je njihov broj za to bio neznatan. Naseljeni prostor bio je otprilike jednak s onim koji je mirom u Trianonu, poslije 1000 godina, prisilio da se Mađarska svede na krnju Ugarsku. Mađarstvo je trebalo uočiti da se njihove nacionalne granice ne poklapaju s granicama države*".<sup>33</sup>

U novijoj mađarskoj historiografiji, Eckhart nije jedini koji je ovako raspravljao o Trijanonskom ugovoru. Slično Eckhartu pisao je János Makkai, koji je istakao da je Trijanonski ugovor, uglavnom, ostavio novoj Mađarskoj onaj teritorij koji je za svagda etnografski predstavljao "*topionicu i europsku kolijevku*" mađarskog naroda.<sup>34</sup> Istu misao zagovarao je i Gyula Szekfű, jedan od najpoznatijih mađarskih povjesničara: "*Trianonske granice upadljivo liče na naseljene granice sentištvske države*".<sup>35</sup> Ostali dijelovi stare Hungarije, i po Szekfűju, nisu bile zemlje "*naseljene*" mađarskim stanovništvom.

Od posebnog značaja bila su mišljenja slovačkog povjesničara i profesora sveučilišta Jirži Palkoviča: "*Nikad nisu Mađari bili u stanju da dokažu ispravnost*

<sup>30</sup> Ferenc Eckhart, *Magyarország története*. Budapest, 1935., str. 22.

<sup>31</sup> Pál Török, *Magyarország története*, Budapest, 1943., str. 13.

<sup>32</sup> Oszkár Jászi, *A nemzeti államok kialakulása és a nemzetiségi kérdés*, Budapest, 1912., str. 239. Po njemu čak i najmađarskiji gradovi Ugarske (Debreczen, Csongrád, Szolnok) nose slavenska imena. Pozivajući se na Acsádyja (Ignác Acsády, *A Magyar birodalom története*) i na Vámbéryja (Armin Vámbéry, *A magyarország keletkezése és gyarapodása*), Jászi ističe da je najstarije građanstvo Ugarske bilo slavenskog porijekla.

<sup>33</sup> Ferenc Eckhart, *Magyarország története*. Budapest, 1935., str. 21, 251.

<sup>34</sup> János Makkai, *A háború utáni Magyarország*. Királyi magyar egyetemi nyomda, Budapest, 1934., str. 24.

<sup>35</sup> Gyula Szekfű, *A magyar állam életrajza*. Budapest, 1923., str. 235.

svoga tvrđenja da su oni u 15. stoljeću davali brojno 80 do 85 % cjelokupnog stanovništva. Naprotiv, treba smatrati za neospornu činjenicu da je krajem 18. stoljeća samo jedna trećina stanovništva pripadala Mađarima, a dvije trećine Nemađarima. Iako je bilo moguće da je ovako sklopljena Ugarska sve do Prvog svjetskog rata smatrana za državu s jednim jedinstvenim mađarskim političkim narodom?"<sup>36</sup>

Palkovič je u svojoj raspravi citirao karakterističnu izjavu grofa Kazimira Badenija, austrijskog ministra predsjednika, danu u studenom 1895., kako nijedna mnogonacionalna država nije u stanju voditi rat bez štete za sebe te kako pobjeda ili slom u ratu za ovakve države znači jedno te isto. Po Palkoviču Austro-Ugarska Monarhija, uslijed svog neriješenog nacionalnog pitanja, išla je neminovno u susret realiziranju proročanstva grofa Stjepana Sécsenyija, koji je na svom povratku iz Leipziga 1813. u Pragu rekao da će se austrijska državna tvorevina, uslijed nepravde prema svojim vlastitim narodima, raspasti već za sto godina.<sup>37</sup>

Postojalo je i mišljenje po kojem se masovna seoba Slavena i kompaktno slavensko naseljavanje lijeve obale donjeg Dunava vremenski dogodila tek u doba poslije propasti Atiline države. Znači, Slavena je bilo i ranije u Podunavlju, kao starosjedioca Ugarske, daleko prije dolaska Mađara.<sup>38</sup>

Sve ovo dokazuje da mađarska, hrvatska i srpska historiografija znaju za Slavene "iza Karpata", na "lijevoj" obali "donjeg Dunava", tri stoljeća prije dolaska Mađara u Panoniju. Kniezsa je ukazivao kako se širenje Slavena odvijalo i na zapadu i na jugu na velikim površinama, a zapadne granice Južnih Slavena pružale su se daleko u Alpe, prema sjeveru preko Štajerske, Donje i Gornje Austrije.<sup>39</sup> No ubrzo će u Ugarskoj vladajući sloj postati Mađari, a pokoreni u prvom redu Slaveni.

Kako su Mađari gledali na Slavene, najbolje ilustriraju tadašnje mađarske poslovice. Po njima Slavenima se nije priznavala nijedna lijepa osobina, za njih

<sup>36</sup> Jirži Palkovič: *Die Nachbarn der Magyaren und ihre Zusammenarbeit, Prager Rundschau*. Jahrgang V., Heft. 5. Prag 1. V. 1936.

<sup>37</sup> Jirži Palkovič, *Die Nachbarn der Magyaren und ihre Zusammenarbeit, Prager Rundschau*, Jahrgang V., Heft. 5., Prag 1. V. 1936.

Na kraju XIX stoljeća, pisao je Palkovič: bilo je u Ugarskoj nešto više od 6 miliona Mađara, a Nemađari zajedno predstavljali su impozantan broj od preko milion. Po mađarskoj službenoi statistici iz 1900. godine 9.079.045 stanovnika Ugarske nije uopće znalo mađarski jezik, ali mađarskim se jezikom znalo služiti 1.500.000 Nemađara, koje treba dakle, odračunati od Mađara. Mađarska manjina htjela je da zagospodari nemađarskom većinom. Jedino Mađari nisu bili svjesni posljedica koje su se morale izroditi iz ovakvih neprirodnih odnosa, i sanjali su o međunarodnoj ulozi Budimpešte kao središtu jedne prvorazredne velike sile u srednjoj Europi. Od svih mađarskih vlada možda je najgora bila ona barona Banfija. U svom programskom govoru u siječnju 1895. (bio je predsjednik vlade do veljače 1899.) dao je baron Banfi cijelom svijetu na znanje da u Ugarskoj sve mora postati mađarsko ("*dass in Ungarn alles magyarisch sein müsse*").

<sup>38</sup> Grupa autora, *Istorija naroda Jugoslavije*, I, Beograd-Zagreb, 1953., str. 64.

<sup>39</sup> Istvan Kniezsa, *A szlávok. Kincsestár*, 26, szám, Magyar Szemle Társaság, Budapest, 1932., str. 39.

nije postojala nijedna lijepa riječ, omalovažavalo ih se, podcjenjivalo, pa su i pozitivne slavenske osobine prikazivane kao negativne. Te kako Slaven postaje čovjekom, pravim čovjekom i cijelim čovjekom tek kada postane Mađar. Stoga su po Eckhartu nemađarski narodi u krajnjim nastojanjima uvijek željeli razdiobu države na dijelove.<sup>40</sup>

I doseljavanje stranaca bilo je u vezi s veleposjedničkim obilježjem južnog Podunavlja, kao na primjer Nijemaca, jer su veliki posjedi bili upućeni na trgovce, obrtnike i rudare. Protiv svojih suparnika velikaša, vladari su dobijali saveznike u gradskom stanovništvu, koji su jačali doseljavanjem stranaca. Dok je naseljavanje u ranijim stoljećima obavljao isključivo vladar, ovu djelatnost podijelili su kraljevi s velikim posjednicima ili su mu predali u cijelosti, zaključio je Baráth.<sup>41</sup>

Već u 15. stoljeću, Habsburgovci dolaze do kraljevske vlasti u južnom Podunavlju, a kojim će upravljati otada s prekidima, u cjelini ili djelimično, ovim krajevima sve do 1918. godine. Habsburgovci će od nagodbe dijeliti u južnom Podunavlju vlast s Mađarima, iako su Mađari u odnosu na Slavene, Srbe i Hrvate bili u manjini.

U svezi s istim, zaključio je srpski povjesničar Nikola Milutinović kako: "*Trijanonskim ugovorom od 4. lipnja 1920. mađarskom narodu nije učinjena nikakva nepravda, kako su to kasnije proizvoljno tvrdili mađarski iredentisti oko grofa Betlena i mađarski fašisti pod regentom Hortijem. Trijanonski ugovor je značio - primjenu demokratskog načela o samoodređenju naroda. Porazom osovinjskih sila u Drugom svjetskom ratu sankcionirane su odredbe Trijanonskog ugovora zbog toga što su granice Mađarske odgovarale etničkom principu i načelu o pravu samoopredjeljivanja naroda.*"<sup>42</sup>

## VI.

Nisu se sukobljavale samo nacionalne ideologije Mađara i Hrvata i Mađara i Srba, već i nacionalne ideologije Srba i Hrvata u odnosu na zemlje južnog Podunavlja.

Kako je prva srpska država propala 1459., Prvim i Drugim srpskim ustankom protiv Osmanlija počela se stvarati nova srpska država čije su pretenzije bile okrenute preko Drine, Save i Dunava na prostore gdje se protezala jurisdikcija pravoslavne srpske patrijašije. Nova srpska država trebala je biti i tamo gdje drugi narodi govore sličnim jezikom Srba po tezama srpskog pisca Dositeja Obradovića 1783. i povjesničara Jovana Rajića iz 1794. godine, stoga je nužno srpska ideologija došla u sukob s hrvatskom. Već na prvoj karti zamišljene srpske

<sup>40</sup> Dušan J. Popović, *Srbi u Vojvodini*, I, Novi Sad, 1957., str. 49.

<sup>41</sup> Baráth, *Magyar Történet, második bövített kiadás*, Kolozsvár, 1941., str. 44.

<sup>42</sup> Nikola Milutinović, *Mađarska i Trijanonski ugovor*; otisak "Starina", str. 54., JAZU, Zagreb, 1969., str. 79-93.

države, koju je izdao 1806. Sava Tekelija, bile su ucrtane Slavonija i južnopodunavske županije.<sup>43</sup>

Kada je dio Vlaha prešao u službu i austrijskih vladara, a za što su dobili brojne privilegije, protjeravši starosjedioce katolike u Posavlju i Podunavlju i naselivši se na istoj zemlji, bilo je to za hrvatskog povjesničara Tadiju Smičiklasa jedno od prvih etničkih čišćenja i ideoloških sukoba Srba i Hrvata.<sup>44</sup>

Potkraj 19. stoljeća širila se ideja o, tzv. srpskim zemljama u koje su ubrajane tadašnje tri hrvatske zemlje: Hrvatska, Slavonija i Dalmacija, kao i dio Ugarske,<sup>45</sup> iako su u istim zemljama Srbi činili manji dio stanovništva.<sup>46</sup> A pokušaj izmirenja i suradnje hrvatskih i srpskih političara u, tzv. politici "novog kursa" 1903., ostao je bez velikih uspjeha.<sup>47</sup>

Nova Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca od 1918., bila je "tamnica naroda", koju je Miroslav Krleža opisao i nazvao u svojoj knjizi "Deset krvavih godina",<sup>48</sup> a u kojoj su progoni i ubojstva bili uobičajeni, sudski procesi vrlo česti, kao i zatvaranje najuglednijih političara.<sup>49</sup> Rezultat progona i procesa bilo je organiziranje i pružanje organiziranijeg otpora.<sup>50</sup>

Poslije Prvog svjetskog rata na plodne i puste slavonske, srijemske, baranjske ravnice izvršena je velika migracija, dovodeni su uglavnom, tzv. solunski dobrovoljci, koji su donekle izmijenili tamošnju etničku sliku.<sup>51</sup>

U Drugom svjetskom ratu proglašena je 1941. nacionalistička, tzv. Nezavisna Država Hrvatska koju je dio Srba u Hrvatskoj dočekao "na nož" te su u Slavoniji i Srijemu otpočeli prave pobune, čak i prije nego što je nova, tzv. država preuzela vlast.<sup>52</sup>

<sup>43</sup> Dragutin Pavličević, *Dva stoljeća velikosrpskih težnji prema Hrvatskoj 1793.-1993.*, Društvena istraživanja 4-5, *Rat protiv Hrvatske*, Zagreb, 1993., str. 247-282.

<sup>44</sup> Tadija Smičiklas, *Poviest hrvatska*, II., Zagreb, 1879., str. 144.

<sup>45</sup> Ch. Jelavich, *South Slav Nationalism-Textbooks and Yugoslav Union before 1914.*, Ohio State University Press, 1990. (prevedeno na hrvatski, Zagreb 1992.).

<sup>46</sup> M. Zoričić, *Statistische Skizze der Konigreiche Kroatien und Slavonien*, Agram, 1885., str. 4. (prevedeno na hrvatski jezik).

<sup>47</sup> Rene Lovrenčić, *Geneza politike "novog kursa"*, Zagreb, 1972., str. 324.

<sup>48</sup> Miroslav Krleža, *Deset krvavih godina i drugi politički eseji*, Zagreb, 1971., str. 670.

<sup>49</sup> Josip Horvat, *Politička povijest Hrvatske*, Zagreb, 1990., str. 363., i Franjo Tuđman, *Hrvatska u monarhističkoj Jugoslaviji*, I., II., Zagreb, 1993., str. 591. i 540.

<sup>50</sup> Jere Jereb, *Pola stoljeća hrvatske politike, 1895.-1945.*, Zagreb, 1995., str. 180. (prvo izdanje na španjolskom jeziku u Buenos Airesu, 1960.).

<sup>51</sup> Politika Kraljevine SHS je 1918. godine izvršila agrarnu reformu kojom je oduzeto 1.924.307 hektara zemljišta i podijeljeno na 614.603 pretežito srpske obitelji. Na taj način je 2.450.000 članova obitelji dobilo u vlasništvo i posjed obradivo i šumsko zemljište, pa je time izvršena prva kolonizacija kojom je izmijenjena demografska i vlasnička struktura nad zemljištem. Ljubo Boban, *Croatian Borders 1918.-1993.*, Zagreb, 1993., str. 68.

<sup>52</sup> Bogdan Krizman, *Građa o stvaranju jugoslavenske države*, Beograd, 1964., str. 325-326. Ivo Jelić, *O nastanku granice između Hrvatske i Srbije*, Časopis za suvremenu povijest, 1.3. Zagreb, 1991.

Zlatko Stiperski, *The movement of Germans in Eastern Croatia, Bačka and Srijem. Anthology Slavonia, Srijem.*, str. 143.-148.



Od 1918., Srbi su masovnije naseljavali dio Slavonije i južno Podunavlje, koje je tada ušlo u sastav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, odnosno kasnije Kraljevine Jugoslavije.<sup>53</sup>

Provizorna granica u južnom Podunavlju, tj. u Srijemu između Hrvatske i Srbije ostala je neriješena, čak i kada je stvaranjem Banovine Hrvatske, dio Srijema ušao u hrvatski sastav, odnosno kotari Vinkovci, Vukovar i Županja.<sup>54</sup>

Nakon Drugog svjetskog rata novom kolonizacijom<sup>55</sup> u razgraničenjima između Hrvatske i Srbije, spominjala su se sporna granična područja u Srijemu i Bačkoj (kotarevi Vukovar, Ilok, Šid, Subotica i Sombor), no Ustavom Jugoslavije, prihvaćena je granica predložena od strane Povjerenstva Centralnog komiteta Komunističke Partije Jugoslavije, a koja je išla rijekom Dunavom te u hrvatskom korpusu zadržala kotare Vukovar i Ilok, dok su ostali kotarevi pripali Srbiji, odnosno Vojvodini. Veliki dio Hrvata ostao je izvan Hrvatske u autonomnoj višenacionalnoj pokrajini Vojvodini, a veliki dio Srba ostao je izvan Srbije u Hrvatskoj, no najtragičnije je bilo to što je gotovo "nestalo" njemačkog žiteljstva i njegovih dobara.<sup>56</sup> Istina, još je 1941. izvršena i djelomična deportacija naseljenog srpskog stanovništva u Vojvodini, tzv. solunaša, jer su Mađarske vlasti poslije okupacije Bačke naseljavali Mađare iz Bukovine i Moldavije u naselja iseljenih srpskih kolonista (samo 1941. naseljeno je 13.200 Mađara iz Bukovine, iz Moldavije 161 i iz drugih zemalja 2.325), pa su 1941. Mađari imali većinu u Novom Sadu (50,4 %) i sjevernoj Bačkoj (74,7 %). Završetkom Drugog svjetskog rata Mađari su iseljeni, dio srpskog stanovništva vraćen je i naseljen u južnom Podunavlju te se uvelike promjenila etnička slika južnog Podunavlja.

Karakteristični su za promjenu etničke slike statistički podaci popisa stanovništva današnje Vojvodine (Srijem, Bačka, Banat), u kojem se vidi kako se mijenjala struktura stanovništva od 1910., 1931. 1948., 1971. i 1991. godine.

---

*Konačni rezultati popisa stanovništva*, Savezni zavod za statistiku, Beograd...1931., 1948., 1971., 1991.

Ante Sekulić, *Bački Hrvati*, Zagreb, 1990., isti, *Na raskrižju svjetova*, Subotička Danica, 1971., str. 51-57.

Andrija Bognar, *O genocidu nad Mađarima*, Zagreb, 1993.

<sup>53</sup> Bogdan Krizman, *Građa o stvaranju jugoslavenske države*, Beograd, 1964., str. 325-326.

<sup>54</sup> Ivo Jelić, *O nastanku granice između Hrvatske i Srbije*, Časopis za suvremenu povijest, 1.3. Zagreb, 1991.

<sup>55</sup> Na području Vojvodine, Baranje i istočne Hrvatske u vremenu od rujna 1945. do srpnja 1947. godine kolonizirano je bilo 225.696 stanovnika, od čega 162.447 Srba, 40.176 Crnogoraca, 12.000 Makedonaca, 7.134 Hrvata, 2.091 Slovenaca i tako dalje na ponovno "ispražnjene" kuće i zemlju pretežito Nijemaca i Mađara.

<sup>56</sup> Z. Stiperski, *The movement of Germans in Eastern Croatia, Bačka and Srijem. Anthology Slavonia, Srijem...*, str. 143-148.

Tabela popisa stanovništva izražena u postotcima:<sup>57</sup>

Nacionalnost	1910.	1931.	1948.	1971.	1991.
Mađari	28,16	22,97	26,23	21,72	17,00
Nijemci	21,45	20,25	1,85	0,25	0,01
Hrvati	6,02	8,65	8,15	7,11	4,85
Srbi	33,80	37,43	49,97	55,78	57,21

Najveći dio vojvodanskih Mađara živio je na sjevernom dijelu Bačke (u općinama: Subotica, Bačka Topola, Kanjiža, Mali Idoš i Senta), gdje su prema popisu stanovništva od 1991., činili većinu stanovništva (56,5 %). Izvan tog područja Mađari su imali većinu u 20 naselja Banata, osam naselja južne Bačke te u dva naselja u Srijemu.<sup>58</sup>

Ipak, najveći egzodus s istočnohrvatskog i južnodunavskog prostora doživjeli su Nijemci, koje su susjedi nazivali "Švabama" ili Dunavskim Švabama (*Donauschwaben*), iako ih je samo manji dio bio porijeklom iz Švapske, dok su ih sunarodnjaci iz Njemačke nazivali i Folksdojčerima (*Folksdeutscher*).

Kako 1941. nije bilo popisa stanovništva, neki su njemački izvori navodili brojku da je u Jugoslaviji bilo 600.000 pa čak i 750.000 Folksdojčera,<sup>59</sup> no Drugi svjetski rat i njezin kraj bit će tragičan za podunavske južnoslavenske Nijemce. Različiti su podatci o broju njemačkih žrtava u Drugom svjetskom ratu, pa je tako srpski pisac Kočović navodio da je iz Jugoslavije emigriralo 335.000 Nijemaca prema Zapadu, da je nasilno odvedeno u Sovjetski Savez 51.000, da ih je u vojvodanskim logorima zatvoreno 10.000 te da ih je stradalo 26.000, što je samo 2,6 % od ukupnih žrtava u Jugoslaviji.<sup>60</sup> Njemački pisac Josef Beer je tvrdio kako je u jugoslavenskim logorima "nestalo" 135.000 Folksdojčera. Veliki je broj Nijemaca prema Žerjaviću poslije rata bilo asimilirano, npr. oko 5.000 u Hrvate, 3.000 u Srbe, 2.000 u Slovence, 7.000 u Mađare, a po nekima 21.000 u Mađare. Po drugim izvorima asimilirano je 47.000 Nijemaca, 40.000 "pomađareno", 5.000 "posrbljeno", 12.000 "pohrvaćeno". Prvi je poslijeratni popis Nijemaca u Jugoslaviji 1948. zabilježio 55.337 Nijemaca, a 1961. 20.015 Nijemaca te 1981. godine samo 8.712 Nijemaca.

Novi kolonisti u Slavoniji i južnom Podunavlju nisu samo promijenili etničku sliku područja u koje su došli, nego su donijeli i svoju kulturu i običaje.<sup>61</sup> Narodne vlasti, kako su se tada nazivali, žalile su se na domaće izbjeglice koje

<sup>57</sup> *Konačni rezultati popisa stanovništva*, Savezni zavod za statistiku, Beograd...1931., 1948., 1971., 1991.

<sup>58</sup> *Andrija Bognar, O genocidu nad Mađarima*, Zagreb, 1993.

<sup>59</sup> *V. Geiger i I. Jurković, Što se dogodilo s Folksdojčerima? Sudbina Nijemaca u bivšoj Jugoslaviji*, Zagreb, 1993.

<sup>60</sup> *B. Kočović, Žrtve Drugog svetskog rata u Jugoslaviji*, Sarajevo, 1990., str. 65.

<sup>61</sup> *S. Žuljić, Narodnosna struktura Jugoslavije i tokovi promjena*, Zagreb, 1989.

*Z. Stiperski, Kretanje Nijemaca u istočnoj Hrvatskoj, Bačkoj i Srijemu*, Zagreb, 1993.

su došle u Slavoniju samoinicijativno (do sredine 1946. godine došlo je u Slavoniju 2.807 izbjegličkih obitelji), navodeći da isti "ne će da rade" nego da besposličare ili pak obrađuju najnužniju površinu zemlje kako bi imali samo za ishranu, dok u zajedničkim radovima na obnovi ili obradi "ne će da učestvuju". "Iste izbjeglice ne će da se vrate u rodni kraj", nego očekuju da im se dodijeli zemlja u Slavoniji ili južnom Podunavlju.<sup>62</sup> Napuštena imanja protjeranih bivših posjednika kolonizirana su, čime se mijenjala etnička struktura stanovnika istočne Slavonije i južnog Podunavlja, a službene optužbe vlasti prema protjeranim ljudima bile su "prozirne", na primjer: "Za vrijeme fašističke okupacije naše zemlje bili su se uzobijestili i švapski kulturbundaši. Pobjegli su, a u bivše švapsko selo Sarvaš neselio je Okružni narodni odbor Osijek stanovnike: 80 obitelji iz Podgorja, 10 iz Budimaca, 6 iz Ostrošinaca i Dopsina, 13 iz Borovika i manji broj Makedonaca. I dalje sve kuće nisu bile popunjene pa su kolonisti i dalje dolazili". Sva ta pribredska sela Krndije bila su naseljena "novim stanovnicima", a sada preseljena u bivše "švapske" kuće Podunavlja.<sup>63</sup>

Zanimljivo je kako je od 1941. do 1945. jugoslavenska Komunistička partija zagovarala federativnu zajednicu u okviru Jugoslavije, a partizansko rukovodstvo u podjeli svojih operativnih zona 1942. uključila je u Slavoniju Srijem sve do Beograda, kao dijelu Hrvatske. Sve do 1943. Srijem je prihvaćen kao dio Hrvatske, no otada se javlja želja za ponovnim konstituiranjem Vojvodine "kao ravnopravne autonomne jedinice u federativno uređenoj budućoj Jugoslaviji". Vojvodina se trebala sastojati od Bačke, Banata, Srijema i Baranje. Tek 6. travnja 1945. odlučio je Glavni narodnooslobodilački odbor Vojvodine priključenje pokrajine Srbiji.<sup>64</sup>

Tragičnost neriješenih granica između Srbije i Hrvatske, plaćena je bolno u trenutcima raspada južnoslavenske državne zajednice 1990., a u kojem se opet dogodila nova prisilna migracija.<sup>65</sup>

Pitanja prirodnog i povijesnog prava na južnopodunavski prostor iznova se postavljaju u kriznim međunacionalnim i državnim odnosima koja pokušavaju dobiti svoja opravdanja čak u znanstvenim interpretacijama.<sup>66</sup>

### Zaključak

Od naroda južnopodunavskog prostora, Mađari, Hrvati i Srbi, uvjerljivije su od ostalih naroda postavljali pitanja historijskog i prirodnog prava, posebno u 19.

<sup>62</sup> Marijan Maticka, *Agrarna reforma i kolonizacija u Hrvatskoj 1945.-1948.*, Zagreb, 1990., str. 32-35.

<sup>63</sup> Glas Slavonije, 3. VIII. 1945., str. 3. (novinski članak: "Naseljenici iz Podgorja, Budimaca, Ostrošinaca i Dopsina unijeli su novi život u Sarvaš").

<sup>64</sup> I. Nešović - B. Petranović, *AVNOJ i revolucija*, Beograd, 1983., str. 452.

<sup>65</sup> A. Sekulić, *Bački Hrvati*, Zagreb, 1990., isti, *Na raskrižju svjetova*, Subotička Danica, 1971., str. 51-57.

<sup>66</sup> Npr. Memorandum Srpske akademije nauka i umetnosti devedesetih godina 20. stoljeća.

stoljeću, a pitanja su se uglavnom odnosila na pravo konstituiranja državnih organizacija na istom prostoru.

Nacionalna nastojanja Mađara bijahu u učvršćivanju zajednice pridruženih zemalja krune svetog Stjepana iz razdoblja srednjeg vijeka, a u ostvarenju mađarske državne misli.

Nacionalna nastojanja Hrvata bazirala su se na historijskom i prirodnom pravu na dio južnopodunavskog prostora, a na temelju svoje brojnosti i kontinuiranog postojanja hrvatske državnosti na istom prostoru.

Nacionalna nastojanja Srba bila su u stvaranju velike države u kojem bi svi Srbi živjeli zajedno, u kojoj se srpska nacionalna ideologija u ostvarenju iste ideje pozivala na dvije povijesne činjenice: na veliku srpsku srednjovjekovnu državu koja je imala izlaz na tri mora, na postojanje srpske pravoslavne patrijaršije, koja se prostirala u krajevima koje su bili zauzeli Osmanlije, a što je za njih značilo da su srpske zemlje između ostalih južno Podunavlje i Slavonija.

Tijekom povijesti u navedenim se vodećim ideologijama uvijek iznova postavljalo pitanje pozivanja na životni prostor, tj. na trenutno većinsko stanovništvo južnog Podunavlja i pozivanje na nekadašnje historijske (i srednjovjekovne i novovjekovne) granice država i naroda.

Tako su mađarska nacionalna nastojanja bila u učvršćivanju zajednice pridruženih zemalja krune svetog Stjepana, a svoje uporište imala je i u austrijskim ili njemačkim nacionalnim nastojanjima u očuvanju državnog legitimiteta Habsburške Monarhije. Mađarske aspiracije na južnopodunavski prostor započele su u novom vijeku od sredine 18. stoljeća kada su tri slavonske županije bile podvrgnute formalno i stvarno, ugarskom utjecaju, posebno od 1790., kada je i započela planska mađarizacija slavonsko-srijemskog prostora. Posebno se to osjetilo od vremena kada su Mađari 1867. sklopili nagodbu s Austrijom te donijeli zakon o jednakopravnosti svih građana, u kojem su svi građani (tj. narodi) interpretirani kao mađarska nacija.

Nasuprot mađarske nacionalne misli, hrvatska su se nacionalna nastojanja bazirala djelomično na historijskom i prirodnom pravu, odnosno na temelju svoje brojnosti i kontinuiranog postojanja hrvatske državnosti na istom prostoru. Hrvatska su nacionalna nastojanja za južnopodunavskim prostorom bila vrlo slaba jer su hrvatske zemlje u 19. stoljeću politički i teritorijalno bile razjedinjene, jezično neunificirane, bez jačeg uporišta svojih nastojanja, bazirana na buđenju nacionalne svijesti u ilirskom pokretu i hrvatskoj "moderni".

Ipak najizraženija bijahu srpska nacionalna nastojanja u stvaranju velike države u kojem bi svi Srbi živjeli zajedno, a koja su nužno izazvala otpor ostalih naroda u južnom Podunavlju. Političke težnje Srba u južnom Podunavlju za prostornom izdvojenosti sezale su u daleku prošlost, tj. otkada je došlo do stvaranja ugarskih županija, jer Srbi južnog Podunavlju nisu nikad pristali ostati pod ugarskom vlašću pa su pod vodstvom svojih patrijarha dolazili u sukobe s feudalnim ugarskim županijama, katoličkim biskupima i ugarskim feudalcima, a nisu bili ni u najboljim odnosima s austrijskom carskom vojskom, kako je isticao mađarski povjesničar Szekfü. Napokon su Srbi krajem 17. stoljeća u južnom

Podunavlju postigli određen stupanj političke samostalnosti od ugarske vlasti, na osnovu privilegija austrijskog cara Leopolda I., tj. dobili su posebnu autonomiju, naročito izraženu u stvorenoj Vojnoj granici (krajini).

Završetkom Prvoga svjetskog rata stvorene su današnje "povijesne" granice Trijanonskim ugovorom 1920., a koji i prema nekim mađarskim znanstvenicima, kao Eckhartu, Szekfű i Makkaiju, nije predstavljao nepravdu za Mađare, jer je samo potisnuo mađarski elemenat u Ugarskoj na njegove prirodne etnografske granice. No i prema nemađarskim teoretičarima, kao Palkoviću i Milutinoviću, današnje mađarske granice ostale su i poslije Drugog svjetskog rata "prirodne" granice, jer su: porazom osovinskih sila sankcionirane odredbe Trijanonskog ugovora zbog toga što su granice Mađarske odgovarale etničkom principu i načelu o pravu samoopredjeljivanja naroda.

Tijekom povijesti u svojim su opravdavanjima historijskog i prirodnog prava na dio južnopodunavskog prostora, navedene ideologije dolazile u sukobe, postavljajući ista prava na iste prostore.

Ostaje upitno jesu li današnje granice u južnom Podunavlju prirodne ili povijesne, temelje li se na prirodnom ili historijskom pravu i jesu li nastale pravedno, silom ili dogovorom. No, otvaranje ovog pitanja prema volji europske politike nije poželjno ni dopušteno, jer se postavlja i pitanje pravednosti drugih granica u svijetu.

Na kraju, pitanja prirodnog i povijesnog prava na južnopodunavski prostor uvijek se iznova postavljaju u kriznim međunacionalnim i državnim odnosima, a koja često pokušavaju dobiti svoja opravdanja čak i u znanstvenim interpretacijama.

### Summary

## **CERTAIN ASPECTS OF RELATION BETWEEN HISTORICAL AND NATURAL RIGHT IN SOUTH-DANUBIAN REGION**

For many centuries the fundamental underlying key to multinational relations in Eastern Croatia and South-Danubian region was the issue of constituting national state organizations according to natural and historical right. Among all the nations within South-Danubian region, Hungarians, Croats and Serbs presented their historical and natural right to the said region, on both ideological and national level, in the most persuasive manner. Croatian national aspirations were founded on historical and natural right on Slavonian and part of South-Danubian region, based on numerous nationals and continuing presence of Croatian statehood in the region. Hungarian national aspirations were contained in the idea of creating a stronger union of associated countries of the St. Steven's Crown, connecting them through railways and Hungarian schools, all in view of realization of the Hungarian statehood (*Magyar Állam eszme*). Serbian national aspirations were based on the idea of creating a great Serbian state in which

all the Serbs would live, but which also incited resistance of the other people, especially in Slavonia and South-Danubian region, where Serbs in attaining the said goal invoked two historical facts. The first was that the great Serbian medieval state had access to three seas, and the second, that there is a Serbian Orthodox patriarchy that comprises all territories conquered by the Otoman Empire, which in turn meant that it includes South-Danubian Region and Slavonia. Leading ideologies in the South-Danubian region have always been based either on present situation and living space (i.e., present national majority), or on right deriving from historical boundaries between states and nations.

**Key words:** *historical law, natural law, South-Danubian region.*

### Zusammenfassung

## **EINIGE FRAGEN ZU DEM VERHÄLTNIS VON HISTORISCHEM UND NATÜRLICHEM RECHT IM SÜDDONAU RAUM**

Die grundlegende Frage der Beziehungen zwischen den einzelnen Völkern des nordkroatischen sowie südlichen Donaumaums war durch die Jahrhunderte hindurch eine Frage des natürlichen und des historischen Rechts zur Konstituierung staatlicher Organisationen der einzelnen Völker. Von allen Völkern des südlichen Donaugebiets haben Ungarn, Kroaten und Serben im Lauf der Jahrhunderte ideologisch und national am überzeugendsten die Frage nach dem historischen und natürlichen Recht auf dasselbe Gebiet gestellt.

Die kroatischen nationalen Bemühungen basierten auf dem historischen und natürlichen Recht auf den slawonischen und teilweise südlichen Donaumaum und dies auf Grund der Einwohnerzahl und auf Grund des kontinuierlichen Bestehens der kroatischen Staatsbürgerschaft auf eben dem Gebiet

Die ungarischen nationalen Bemühungen waren, die angeschlossenen Länder unter der Krone des heiligen Stefan durch Eisenbahn und ungarische Schulen sowie auch in der Realisierung ungarischer Staatsideen (Magyar Állam eszme) zu festigen.

Die serbischen nationalen Bemühungen bestanden in der Erschaffung eines großen Staates, in dem alle Serben gemeinsam leben würden, die aber bei den anderen Völkern auf Widerstand gestoßen sind, besonders in Slawonien und im südlichen Donaumaum, wo sich die Serben zur Realisierung dieser Ideen auf zwei historische Tatsachen berufen haben. Erstens, dass der große serbische mittelalterliche Staat den Zugang zu drei Meeren hatte, und zweitens, das Bestehen eines serbischen orthodoxen Patriarchats, das sich auf Gebiete erstreckte, die früher von den Osmanen besetzt waren, und das bedeutete ua. auch den Süddonaumaum und Slawonien zu annektieren.

In den führenden Ideologien aus dem Süddonauraum taucht immer wieder die Frage auf nach der Berufung auf den Lebensraum d.h. auf die derzeitige Mehrheit der Bevölkerung und die Berufung auf ehemalige historische Grenzen der Staaten und Völker.

**Schlüsselwörter:** *historisches Recht, natürliches Recht, südlicher Donauraum.*

## Sommario

### ALCUNE QUESTIONI SUL RAPPORTO TRA DIRITTO STORICO E NATURALE NELLA REGIONE DANUBIANA MERIDIONALE

Per molti secoli la chiave fondamentale delle relazioni multinazionali nella regione croata orientale e danubiana meridionale è stata la questione delle costituenti organizzazioni degli stati nazionali secondo il diritto naturale e storico.

Tra tutti i popoli nella regione danubiana meridionale, ungheresi, croati e serbi hanno presentato nel modo più persuasivo il loro diritto storico e naturale nella regione citata a livello ideologico e nazionalistico.

Le aspirazioni nazionali croate sono state basate sul diritto storico e naturale sulla Slavonia e parte della regione danubiana meridionale, e sul fondamento della loro consistenza e anche sulla presenza continuativa dello stato croato in quella regione.

Le aspirazioni nazionali ungheresi sono state contenute nell'idea della creazione di una forte unione dei paesi alleati della Corona di Santo Stefano, attraverso la ferrovia e la scolarizzazione degli ungheresi, tutto in vista della realizzazione dello stato ungherese (*Magyar Állam eszme*).

Le aspirazioni nazionali serbe sono state basate sull'idea della creazione di un grande stato serbo nel quale tutti i serbi avrebbero vissuto, ma che suscitava la resistenza degli altri popoli, particolarmente in Slavonia e regione danubiana meridionale, dove nel conseguimento del menzionato obiettivo i serbi hanno invocato due fatti storici. Primo, il grande stato serbo medioevale aveva accesso a tre mari, e secondo, la presenza del patriarcato serbo ortodosso comprendeva tutti i territori conquistati dagli ottomani, incluse regione danubiana meridionale e Slavonia.

Nelle ideologie dominanti presso la regione danubiana meridionale, è sempre stata posta nuovamente la questione del richiamo allo spazio vitale, cioè la popolazione maggioritaria momentanea, e l'appello ai precedenti confini storici di stati e popoli.

**Parole chiave:** *diritto storico, diritto naturale, regione danubiana meridionale.*

## MEĐUNARODNI SUSTAV ODGOVORNOSTI ZA ONEČIŠĆENJE MORA ULJEM - NAJNOVIJE IZMJENE

Dr. sc. Dorotea Ćorić, docentica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 341.221.2:347.426.6  
347.796:341.241  
Ur.: 30. listopada 2006.  
Pr.: 13. studenog 2006.  
Pregledni znanstveni članak

*U radu se daje prikaz osnovnih obilježja posebnog međunarodnog sustava odgovornosti za onečišćenje mora uljem s brodova koji se temelji na odredbama Konvencije o odgovornosti iz 1992. i Konvencije o Fondu iz 1992. Posebna pozornost posvećuje se najnovijim izmjenama sustava koje su posljedica odgovarajućih mjera koje je poduzela Europska unija nakon velikih ekoloških katastrofa tankera Erika (1999.) i Prestige (2000.). Naglašava se potreba cjelovite revizije cjelokupnog sustava uzimajući u obzir nove standarde ekološke zaštite.*

**Ključne riječi:** *odgovornost, onečišćenje, ekološka šteta, ulje, Fond, brodovlasnik.*

### 1. Uvodne napomene

Međunarodni sustav odgovornosti za onečišćenje mora uljem s brodova u više od sto država svijeta predstavlja osnovni model obeštećenja koji osigurava primjenu ujednačenih materijalnih pravila prilikom procjene odgovornosti i naknade štete zbog onečišćenja mora uljem. Osnovna je svrha navedenog sustava omogućiti brzu i odgovarajuću naknadu osobama koje pretrpe štetu zbog onečišćenja mora uljem.

Početni, sada već "stari" sustav odgovornosti usvojen je 1969., odnosno 1971. godine nakon nezgode tankera *Torrey Canyon* (1967.). Tijekom godina više se puta mijenjao nastojeći se prilagoditi zahtjevima novijih ekoloških katastrofa.<sup>1</sup> Najznačajnije izmjene doživio je 1992. godine kada se formirao "novi" sustav odgovornosti.

---

<sup>1</sup> O nastanku sustava odgovornosti iz 1969./71. v. A. Popp, *The Civil Liability and Fund Conventions: model compensation schemes*, The IOPC Funds' 25 Years of Compensating Victims of Oil Pollution Incidents, str. 81.



Nedvojbeno spada među najuspješnije unifikacijske instrumente usvojene pod okriljem Međunarodne pomorske organizacije. Poslužio je kao model za usvajanje posebnih režima odgovornosti i naknade štete glede prijevoza opasnih i štetnih tvari morem i odgovornosti od onečišćenja brodskim gorivom.<sup>2</sup>

Ipak, nedugo nakon stupanja na snagu novog sustava odgovornosti iz 1992. godine, nezgode tankera *Erika* (Francuska, 1999.) i *Prestige* (Španjolska, 2002.) pokazale su da rizik od onečišćenja mora uljem prelazi okvire sustava iz 1992. godine.<sup>3</sup>

Pored toga, nezgoda tankera *Erika* prva je nezgoda nakon koje je Europska unija pokazala ozbiljan interes glede primjene i učinkovitosti međunarodnog sustava odgovornosti.

*Erika* je potaknula niz prijedloga novih mjera poznatih pod nazivom *Erika package I.* i *Erika package II.* s ciljem poboljšanja sigurnosti plovidbe i zaštite okoliša.<sup>4</sup>

U okviru tih mjera, a potom i onih donesenih povodom nezgode tankera *Prestige* predložene su i određene mjere u svrhu poboljšanja sustava odgovornosti i naknade štete. Ozbiljne zamjerke upućene su na račun međunarodnog sustava odgovornosti, naglašavajući da njegova primjena ne odgovara potrebama velikih ekoloških katastrofa. Osim pitanja visine odgovornosti, u prijedlogu mjera nakon navedenih nezgoda, Komisija poziva države članice da podrže prijedlog o ukidanju zaštite osobama koje igraju značajnu ulogu u prijevozu ulja morem, kao naručitelji, brodari, poslovođe itd., ukidanju mogućnosti ograničenja odgovornosti za štete zbog onečišćenja mora, kao i izmjeni pristupa naknadi ekološke štete.<sup>5</sup>

U nastojanjima da se izbjegne usvajanje posebnih regionalnih mjera određene izmjene učinjene su u okviru međunarodnog sustava odgovornosti.<sup>6</sup>

U nastavku radu, analizirajući osnovna obilježja posebnog, međunarodnog sustava odgovornosti pokušat ću odgovoriti na pitanje je li sustav koji se primjenjuje više od trideset godina uspio zadržati svoje osnovne postulate ili je pokleknuo pred novim standardima ekološke zaštite?

---

<sup>2</sup> Sustav odgovornosti za onečišćenje mora uljem poslužio je kao model za sustav odgovornosti prema Konvenciji o građanskoj odgovornosti u svezi prijevoza opasnih i štetnih tvari iz 1996. (HNS Konvencija) kao i Konvenciji o građanskoj odgovornosti za onečišćenje brodskim gorivom iz 2001. (Bunker Konvencija).

<sup>3</sup> Maksimalna visina odgovornosti prema sustavu iz 1992. godine u slučaju tankera *Erika* iznosi 185 mil. Eura, a procjena štete je oko 387 mil. Eura U slučaju tankera *Prestige* maksimalan iznos odgovornosti je 171.5 mil. Eura, a procjena visine štete je 1 050 Eura. Podatci prema IOPC Fund incidents.

<sup>4</sup> <http://ec.europa.eu/transport/maritime/safety/2000/erika>.

<sup>5</sup> <http://ec.europa.eu/transport/maritime/safety/2000/prestige>.

<sup>6</sup> Za potrebe rada na izmjenama sustava na 4. izvanrednom zasjedanju Skupštine Fonda 2000. osnovana je posebna radna grupa u svrhu procjene primjerenosti međunarodnog sustava i predlaganja odgovarajućih izmjena. O radu navedene grupe v. IOPC Funds Annual Report 2005. str. 28-33.

## 2. Razvoj posebnog međunarodnog sustava odgovornosti

Poseban međunarodni sustav građanske odgovornosti za onečišćenje mora uljem reguliran je odredbama Međunarodne konvencije o građanskoj odgovornosti za štetu zbog onečišćenja mora uljem iz 1969. godine (**Konvencija o odgovornosti iz 1969.** godine, *Civil Liability Convention – CLC Konvencija*)<sup>7</sup> i Međunarodne konvencije o osnivanju Međunarodnog fonda za naknadu štete zbog onečišćenja uljem iz 1971. godine (**Konvencija o Fondu iz 1971.**)<sup>8</sup>.

Konvencija o odgovornosti nametnula je odgovornost za onečišćenje brodovlasnicima uz dopunsku financijsku odgovornost vlasnika tereta putem Međunarodnog fonda za naknadu štete zbog onečišćenja mora uljem koji se osniva na temelju Konvencije o Fondu iz 1971. godine.

Treba napomenuti da prilikom pristupanja međunarodnom sustavu odgovornosti države mogu prihvatiti samo odredbe Konvencije o odgovornosti bez obveze prihvaćanja Konvencije o Fondu. Mogućnost dopunske naknade od strane Fonda odluka je svake pojedine države pod uvjetom da je prihvatila odredbe Konvencije o odgovornosti.<sup>9</sup>

Tijekom godina navedeni sustav odgovornosti nekoliko se puta mijenjao.<sup>10</sup>

Protokoli iz 1992. godine o izmjeni Konvencije o odgovornosti iz 1969. i Konvencije o Fondu iz 1971. značajnije su izmijenili početni sustav odgovornosti. Stupili su na snagu u svibnju 1996. godine.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Međunarodna konvencija o građanskoj odgovornosti za štetu zbog onečišćenja mora uljem iz 1969. godine usvojena je na Diplomatskoj konferenciji u Bruxellesu 29. XI. 1969. godine, a stupila je na snagu 19. VII. 1975. Tekst Konvencije na engleskom i hrvatskom jeziku v. u Čorić, D., *Međunarodni sustav odgovornosti i naknade štete zbog onečišćenja mora uljem*, Jadranski zavod HAZU, Zagreb, 2002., str. 216-240.

<sup>8</sup> Međunarodna konvencija o osnivanju Međunarodnog fonda za naknadu štete zbog onečišćenja mora uljem iz 1972. godine usvojena je na Diplomatskoj konferenciji u Bruxellesu 18. XII. 1971. godine, a stupila je na snagu 16. listopada 1978. Tekst Konvencije na engleskom i hrvatskom jeziku v. u Čorić, D., op. cit. bilj. br. 1. str. 240-283.

<sup>9</sup> Razlog zbog kojeg pojedine države koje prihvate Konvenciju o odgovornosti ne prihvate i Konvenciju o Fondu, jest financijska obveza plaćanja doprinosa u Fond. Radi se o državama gdje je ulje u tranzitu (npr. Egipat) ali se za potrebe plaćanja doprinosa računa ulje (sirova nafta i lož ulje) svaki put kad se iskrcava u luci ili prihvatnom postrojenju neovisno o tome gdje je ukrcano. V. članak 10. Konvencije o Fondu iz 1992. godine. Isto tako, Ganten, R.H., *The International Oil Pollution Compensation Fund*, Environmental Policy and Law, 12 (1984), str. 6.

<sup>10</sup> Protokoli iz 1976. godine o izmjeni Konvencije o odgovornosti iz 1969. i Konvencije o Fondu iz 1971. godine umjesto zlatnog franka uvode novu obračunsku jedinicu – Posebno pravo vučenja (PPV), v. bilj. br. 33.

Protokol iz 1976. o izmjeni Konvencije o odgovornosti iz 1969. usvojen je 19. XI. 1976., a stupio je na snagu 8.IV.1981. Protokol iz 1976. o izmjeni Konvencije o Fondu iz 1971. usvojen je 19. XI. 1976, a stupio je na snagu 22. XI. 1994.

Protokol iz 1984. godine o izmjeni Konvencije o odgovornosti iz 1969. i Konvencije o Fondu iz 1971. usvojeni su 25.V. 1984. godine. Nisu stupili na snagu.

<sup>11</sup> Protokoli iz 1992. godine usvojeni su na Diplomatskoj konferenciji održanoj u Londonu u studenome 1992. godine. Stupili su na snagu 30. svibnja 1996. godine. Tekst Protokola na engleskom i hrvatskom jeziku v. u Čorić, D., op. cit. bilj. br. 1. str. 299-361.

Prema članku 11. Protokola iz 1992. godine o izmjeni Konvencije o odgovornosti iz 1969. godine među strankama Protokola, Konvencija o odgovornosti iz 1969. godine i navedeni Protokol tumače se zajedno kao jedinstveni instrument – **Konvencija o odgovornosti iz 1992. godine.**

Isto tako, prema članku 27. Protokola iz 1992. o izmjeni Konvencije o Fondu iz 1971. godine među strankama Protokola, Konvencija o Fondu iz 1971. i Protokol iz 1992. tumače se zajedno kao jedinstveni instrument – **Konvencija o Fondu iz 1992. godine.**

U svrhu izbjegavanja problema vezanih uz primjenu dvaju sustava odgovornosti većina država prilikom prihvaćanja sustava odgovornosti iz 1992. godine otkazala je stari sustav odgovornosti.<sup>12</sup>

Ipak, još uvijek postoji određeni broj država u kojima je na snazi Konvencija o odgovornosti iz 1969. godine. U tim državama nema mogućnosti dopunske naknade od strane Fonda.

Naime, Konvencija o Fondu iz 1971. godine od 24. svibnja 2002. nije na snazi i ne primjenjuje se na nezgode koje se dogode nakon navedenog datuma.<sup>13</sup>

Sustav odgovornosti iz 1992. godine dopunjen je usvajanjem **Protokola iz 2003. godine na Konvenciju o Fondu iz 1992.**<sup>14</sup> Temeljem Protokola iz 2003. godine osnovan je Dopunski Fond koji kao treći sloj odgovornosti osigurava naknadu iznad iznosa dostupnih na temelju konvencijskog sustava iz 1992. godine.

Usvajanje navedenog Protokola iz 2003., rezultat je nastojanja da se spriječi prijedlog Europske unije o nametanju dodatne odgovornosti za onečišćenje mora izvan okvira postojećeg međunarodnog sustava.

Dodatna naknada, plaća se samo u državama strankama Konvencije o Fondu iz 1992. godine koje su ratificirale spomenuti Protokol o Dopunskom Fondu iz 2003. godine.

Vodeći računa o ravnomjernoj podjeli odgovornosti i naknade između brodovlasnika i vlasnika tereta, brodovlasnici i njihovi osiguratelji putem posebnih sporazuma povećali su iznos odgovornosti za male brodove (**STOPIA**) i ostale brodove (**TOPIA**). Sporazumi su na snazi od veljače 2006. godine.

S obzirom na navedeno, još uvijek ne postoji jedinstveni sustav odgovornosti za onečišćenje mora uljem. Koji će se režim primijeniti ovisi o mjestu nastanka onečišćenja i glede obvezanosti pojedinim unifikacijskim instrumentima, postoje sljedeće grupe država:

<sup>12</sup> Rezolucije i preporuke Međunarodne pomorske organizacije u svezi međunarodnog sustava odgovornosti za onečišćenja mora, v. Glasnik Ministarstva pomorstva, prometa i veza u Jadranskom zavoda, Zagreb, rujan 1998.

<sup>13</sup> V. *infra* točku 5.1. ovoga rada.

<sup>14</sup> Protokol iz 2003. na Konvenciju o Fondu usvojen je u Londonu 2003. godine. Stupio je na snagu u ožujku 2005. godine. Tekst Protokola iz 2003. godine v. Narodne novine, Međunarodni ugovori br. 12/2005.

- države članice Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine i Konvencije o Fondu iz 1992. (95 država) – među kojima je 19 država prihvatilo i Protokol iz 2003. o osnivanju Dopunskog Fonda;
- države članice Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine (15 država);
- države članice Konvencije o odgovornosti iz 1969. godine (39 država).<sup>15</sup>

U državama koje nisu prihvatile međunarodni režim odgovornosti pitanje odgovornosti i naknade štete za onečišćenje mora uljem procjenjuje se prema odredbama mjerodavnih nacionalnih zakona. Tako su se SAD nakon nezgode *Exxon Valdez* (1989.), suprotno očekivanjima međunarodne zajednice, odlučile na vlastiti pristup problemu odgovornosti zbog onečišćenja mora uljem. Naime, sustav odgovornosti u SAD–u regulira se prema odredbama Zakona o onečišćenju iz 1990. godine (Oil Pollution Act – OPA).<sup>16</sup>

Treba naglasiti, da je Republika Hrvatska u cilju adekvatne zaštite Jadranskog mora prihvatila međunarodni sustav odgovornosti iz 1992. godine, kao i Protokol iz 2003. godine na Konvenciju o Fondu iz 1992. godine.<sup>17</sup>

### **3. Sustav odgovornosti iz 1992. godine**

#### **3.1. Primjena sustava**

Pitanje odgovornosti i naknade štete u slučaju onečišćenja mora uljem prosuđivat će se prema odredbama sustava odgovornosti iz 1992. pod uvjetom da se ispune sljedeći uvjeti:

- Onečišćenje mora potjecati s broda ili pomorskog plovila bilo koje vrste konstruiranog ili prilagođenog za prijevoz ulja u rasutom stanju bez obzira na to prevozi li ulje kao teret ili je prazan, što obuhvaća puni i prazan tanker. Ako se radi o brodu za alternativni prijevoz ulja i rasute rudače onda pod uvjetom da stvarno prevozi ulje kao teret ili da pri povratnom putovanju ima uljnih ostataka.<sup>18</sup>

U svezi s tumačenjem pojma “brod” vodi se zanimljiv slučaj pred grčkim sudom povodom zahtjeva za naknadu štete zbog onečišćenja nakon nezgode u grčkoj luci Pirej. Do onečišćenja je došlo kao posljedica istjecanja ulja s tankera *Slops* u lipnju 2000. godine. S obzirom da se *Slops* od 1995. godine ne koristi za prijevoz ulja već kao plutajuće

<sup>15</sup> Podatci prema web stranicama Fonda [www.iopcfund](http://www.iopcfund). Stanje na dan 2. listopada 2006. godine.

<sup>16</sup> Više o OPA-u v. Kim I. *Ten years after the enactment of the Oil pollution Act of 1990: a success or failure?* Marine Policy 2002; 26, str. 197-207.

<sup>17</sup> Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 2/1997. Za Republiku Hrvatsku Protokoli iz 1992. stupili su na snagu 12. siječnju 1999. godine. Zakon o potvrđivanju Protokola iz 2003. na Konvenciju o Fondu iz 1992., Narodne novine – Međunarodne ugovori, br. 12/2005. Za Republiku Hrvatsku stupio je na snagu 17. svibnja 2006. godine.

<sup>18</sup> Članak 1. stavak 1. točka 1. Konvencije o odgovornosti iz 1992.

skladište i jedinica za preradu, Fond je zahtjev odbio uz obrazloženje da plutajuća skladišta, plutajuće jedinice i odobalne jedinice ulaze u pojam broda samo kada stvarno prevoze ulje od jednog mjesta do drugog. Spor je još uvijek u žalbenom postupku i čeka se odluka grčkog Vrhovnog suda.<sup>19</sup>

- Onečišćenje mora biti prouzročeno istjecanjem ili izbacivanjem ulja i to samo onih koji ulaze u pojam postojećih mineralnih ugljikovodičnih ulja kao što su sirova nafta, gorivo ulje, teško dizelsko ulje i dr.<sup>20</sup>
- Šteta zbog onečišćenja mora biti prouzročena na području države stranke, uključujući teritorijalno more te gospodarski i sličan pojas proglašen u skladu s međunarodnim pravom.<sup>21</sup>

Jednaki uvjeti moraju biti ispunjeni i za primjenu Konvencije o Fondu iz 1992.<sup>22</sup>

### 3.2. *Odgovornost prema sustavu iz 1992. godine*

#### 3.2.1. *Prvi sloj odgovornosti - BRODOVLASNIK*

U državama strankama koje su potpisnice sustava odgovornosti iz 1992. dužnost naknade štete zbog onečišćenja mora uljem tereti u prvom sloju prema CLC Konvenciji brodovlasnika, a u drugom sloju uvoznike ulja putem Međunarodnog fonda za naknadu štetu (Fond) kao posebnog tijela koje se osniva na temelju Konvencije o Fondu iz 1992.

Brodovlasnik je odgovoran za štetu zbog onečišćenja prema načelu objektivne (kauzalne) odgovornosti uz mogućnost oslobođanja od odgovornosti ukoliko dokaže da je šteta posljedica jednog od razloga nabrojanih u članku 3. stavku 2. Konvencije o odgovornosti iz 1992.:

- a) *rata, neprijateljstava, građanskog rata, pobune ili iznimne, neizbježne i nesavladive prirodne pojave, ili*
- b) *u cijelosti prouzročena radnjom ili propustom treće osobe učinjenima u namjeri da se šteta prouzroči, ili*
- c) *u cijelosti prouzročena nemarom ili drugom štetnom radnjom bilo koje vlade ili drugoga tijela odgovornoga za održavanje svjetala ili drugih sredstava za pomoć plovidbi u obavljanju te funkcije.*

Navedenim razlozima za oslobođanje valja pridodati još jedan. Naime, ako brodovlasnik uspije dokazati da je šteta zbog onečišćenja nastala kao posljedica namjerne radnje ili propusta oštećenika, temeljem članka 3. stavka 3. Konvencije o odgovornosti iz 1992., može se u cijelosti ili djelomično osloboditi odgovornosti prema oštećenoj osobi.

<sup>19</sup> IOPC FUNDS Annual Report 2005, str. 93-98.

<sup>20</sup> Članak 1. stavak 1. točka 5. Konvencije o odgovornosti iz 1992. Radi se o tzv. prljavim uljima (*dirty oils*) koja teško hlape i predstavljaju veću opasnost za morski okoliš.

<sup>21</sup> Članak 2. Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine.

<sup>22</sup> Članak 1. stavak 1. točka 2. i članak 3. Konvencije o Fondu iz 1992.

Nastojeći da konvencijski sustav postane isključiva osnova obeštećenja u slučaju onečišćenja mora uljem Konvencija iz 1992. godine usmjerava odgovornost na brodovlasnika. Temeljem odredbe članka 3. stavka 4. Konvencije zahtjev za naknadu štete protiv brodovlasnika može se podnijeti samo na temelju konvencijskog sustava.

Još više naglašavajući kanaliziranje odgovornosti prema brodovlasniku, Konvencija iz 1992. proširuje krug osoba protiv kojih se ne može podnijeti nikakav zahtjev bilo da se temelji na Konvenciji ili ne.<sup>23</sup>

U skladu s odredbom članka 3. stavka 4. Konvencije o odgovornosti iz 1992. to su:

- a) *osobe u službi vlasnika ili njegovih punomoćnika ili članova posade;*
- b) *peljara ili bilo kojeg druge osobe koja je, bez svojstva člana posade, obavljala usluge za brod;*
- c) *bilo kojeg naručitelja ugovora o prijevozu (bilo kako opisanog, uključujući i zakupoprimatelja), upravitelja ili brodarara;*
- d) *bilo koje osobe koja obavlja spašavanje uz pristanak vlasnika ili po uputama nadležnog javnog organa;*
- e) *bilo koje osobe koja poduzima zaštitne mjere;*
- f) *svih osoba u službi osoba spomenutih u točkama (c), (d) i (e) ili njihovih punomoćnika.*

Ipak, zaštita navedenih osoba nije potpuna. U slučaju da je šteta nastala kao posljedica njihove osobne radnje, ili propusta učinjenih u namjeri da se takva šteta prouzroči, ili bezobzirno i sa znanjem da bi takva šteta vjerojatno mogla nastupiti, navedene osobe mogu odgovarati za onečišćenje na temelju mjerodavnog općeg ili posebnog režima odgovornosti.<sup>24</sup>

Nedostatak kvalificirane krivnje oslobađa navedene osobe odgovornosti za naknadu štete prema žrtvama onečišćenja, ali ne utječe na pravo brodovlasnika na regres protiv njih.<sup>25</sup>

### *3.2.1.1. Obvezno osiguranje odgovornosti*

Konvencija o odgovornosti nameće brodovlasnicima obvezno osiguranje odgovornosti za onečišćenje. Dužnost obveznog osiguranja vezuje se za količinu ulja koju brod prevozi. Članak VII. Konvencija iz 1992. propisuje da je vlasnik broda koji je upisan u državi stranci, a prevozi više od 2000 tona ulja kao rasuti teret dužan sklopiti ugovor o osiguranju ili nekom drugom financijskom jamstvu. Obvezno osiguranje odgovornosti omogućuje, pod određenim uvjetima, mogućnost izravne tužbe prema osiguratelju.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> O kanaliziranju odgovornosti više u Grabovac, I., *Usmjeravanje (kanaliziranje) odgovornosti u izvanugovornim odnosima iz pomorskog poduzetništva*, PZ, knjiga 12, Rijeka 1974.

<sup>24</sup> Članak III. točka 4. Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine. O izrazu "bezobzirno i sa znanjem da bi takva šteta mogla nastupiti" *infra*, bilješka br. 38.

<sup>25</sup> Članak III. točka 5. Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine.

<sup>26</sup> Članak VII. stavak 8. Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine.

Kao dokaz o sklopljenom ugovoru o osiguranju brodu se izdaje odgovarajuća svjedodžba (*CLC svjedodžba*).<sup>27</sup>

Države stranke, u skladu s konvencijskim odredbama, provode odgovarajući nadzor obveznog osiguranja.<sup>28</sup>

Treba istaknuti da najnoviji prijedlozi za izmjenu sustava odgovornosti iz 1992. godine, idu u pravcu uvođenja obveznog osiguranja za sve brodove, neovisno o količini ulja koju prevoze.<sup>29</sup>

### 3.2.2. *Drugi sloj odgovornosti - Fond 1992.*

Zadatak je Fonda osigurati naknadu štete zbog onečišćenja u opsegu u kojem je naknada koja proizlazi na temelju Konvencije o odgovornosti iz 1992. neodgovarajuća.

Potrebna financijska sredstva za obavljanje navedenog zadatka, Fond ostvaruje putem godišnjih doprinosa koje za svaku državu stranku Konvencije o Fondu iz 1992. uplaćuje osoba koja je tijekom kalendarske godine primila ukupnu količinu koja prelazi 150.000 tona sirove nafte ili lož ulja, a dopremljeno je morskim putem u luke ili prihvatna postrojenja na području te države.<sup>30</sup> Na taj način u slučaju velikih ekoloških katastrofa uvoznici ulja iz raznih država stranki Konvencije o Fondu iz 1992. godine sudjeluju u naknadi štete, bez obzira gdje je došlo do onečišćenja.

Prema Konvenciji iz 1992., Fond će biti financijski odgovoran u sljedećim slučajevima:

- a) *Konvencijom o odgovornosti iz 1992. godine nije predviđena odgovornost za štetu zbog onečišćenja;*
- b) *Brodovlasnik je odgovoran za štetu prema Konvenciji o odgovornosti iz 1992., ali nije financijski sposoban u potpunosti udovoljiti svojim obvezama, a financijsko jamstvo koje se predviđa na temelju članka VII. Konvencije o odgovornosti ne pokriva štetu ili nije dovoljno da bi se zadovoljili zahtjevi za naknadu štete;*
- c) *Šteta premašuje granice odgovornosti brodovlasnika prema članku V. stavku 1. Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine ili na temelju odredba bilo koje druge međunarodne konvencije o ograničenju odgovornosti*

<sup>27</sup> V. članak VII. Konvencije o odgovornosti iz 1992. Obrazac svjedodžbe v. Dodatak Konvenciji o odgovornosti iz 1992. godine.

<sup>28</sup> *Za nadzor osiguranja v. članak VII. stavak 10., 11. i 12. Konvencije o odgovornosti iz 1992.* Tako npr. v. članak 62. Pomorskog zakonika, Narodne novine, br. 181/2004.

<sup>29</sup> IOPC FUNDS' Annual Report 2005, Consideration of the Adequacy of the International Compensation Regime, str. 32.

<sup>30</sup> Članak 10. Konvencije o Fondu iz 1992. godine. Za potrebe plaćanja doprinosa pod uljem se podrazumijeva sirova nafta i lož ulje kako su definirani u članku 1. stavku 3. toč. a) i b) Konvencije o Fondu iz 1992. godine.

*koja je na dan potpisivanja Konvencije o Fondu iz 1992. na snazi ili je otvorena za potpisivanje, ratifikaciju ili pristupanje.*<sup>31</sup>

Fond se oslobađa obveze naknade štete ako dokaže da je šteta nastala kao:

- a) *posljedica rata, neprijateljstva, građanskog rata ili pobune, ili prouzročena uljem koje je iscurilo ili je bilo ispušteno iz ratnog broda ili nekog drugog broda čije je vlasnik ili brodar država, a koji je u vrijeme nezgode bio korišten isključivo za netrgovačku djelatnost države; ili*
- b) *podnositelj zahtjeva za naknadu ne može dokazati da je šteta nastala kao posljedica nezgode u kojoj su sudjelovali jedan ili više brodova.*<sup>32</sup>

Jednako kao i brodovlasnik, Fond ima mogućnost da se u cijelosti ili djelomično oslobodi naknade štete ako dokaže da je šteta zbog onečišćenja nastalu zbog radnje ili propusta oštećene osobe učinjenih u namjeri da se prouzroči šteta ili zbog nemara te osobe.<sup>33</sup>

Međutim, takvo oslobađanje neće se odnositi na zaštitne mjere pa će Fond neovisno o krivnji oštećene osobe za onečišćenje biti dužan ih nadoknaditi.<sup>34</sup>

Ako usporedimo razloge zbog kojih se brodovlasnik može osloboditi odgovornosti s razlozima koje oslobađaju Fond obveze naknade vidimo da samo u slučaju ratnih djelovanja ni brodovlasnik ni Fond nisu u obvezi nadoknaditi štetu zbog onečišćenja.

Uz to, krivnja oštećene osobe može ih u cijelosti ili djelomično osloboditi odgovornosti.

### **3.3. Visina odgovornosti**

Novi sustav odgovornosti zadržava mogućnost ograničenja odgovornosti brodovlasnika po nezgodi.

Maksimalni iznosi visine odgovornosti izražavaju se obračunskim jedinicima Posebnih prava vučenja (*Special Drawing Rights*) i ovise o tonaži broda.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Članak 4. stavak 1. Konvencije o Fondu iz 1992. godine. Više od 90% slučajeva intervencije Fonda je zbog razloga navedenog u točki c) navedenog članka.

<sup>32</sup> Članak 4. stavak 2. Konvencije o Fondu iz 1992. godine.

<sup>33</sup> Članak 4. stavak 3. Konvencije o Fondu iz 1992. godine. Fond će biti oslobođen u opsegu u kojem je i brodovlasnik oslobođen na temelju članka III. stavka 3. Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine.

<sup>34</sup> Članak 4. stavak 3. Konvencije o Fondu iz 1992. godine.

<sup>35</sup> Posebno pravo vučenja (PPV) kao obračunsku jedinicu za izražavanje granica odgovornosti brodovlasnika odnosno brodarka uveo je Međunarodni monetarni fond 1969. godine sa svrhom uvođenja stabilne osnove za vrednovanje iznosa ograničenja odgovornosti. U početku je bio definiran kao protuvrijednost određene količine zlata, pa kao zbroj fiksnih vrijednosti iznosa šesnaest valuta te njihov postotni udio u ukupnom iznosu jedne jedinice PPV-a. Danas košaru valuta čine američki dolar, euro, engleska funta i japanski jen. S obzirom da se tečajevi navedenih valuta svakodnevno mijenjaju, tako se i vrijednost PPV-a mijenja. Njezinu vrijednost može se pronaći na web-stranici MMF-a [www.imf.org](http://www.imf.org).



Prema sustavu odgovornosti iz 1992. godine brodovlasnik može ograničiti svoju odgovornost po svakoj nezgodi na ukupan iznos koji se obračunava na sljedeći način:

- a) 3 mil. Posebnih prava vučenja za brod koji ne prelazi 5000 jedinica tonaže;
- b) za brodove iznad naznačene tonaže, za svaku dodatnu jedinicu tonaže 420 Posebnih prava vučenja povrh iznosa iz točke a), vodeći računa o tome da ukupan iznos ne smije prijeći 59.70 Posebnih prava vučenja.<sup>36</sup>

Nakon nezgode tankera *Erika* navedeni su iznosi povišeni su za oko 50% i od 1. studenog 2003. iznose:

- a) 4.5 mil. Posebnih prava vučenja za brod koji ne prelazi 5000 jedinica tonaže;
- b) za brodove iznad naznačene tonaže, za svaku dodatnu jedinicu tonaže 431 Posebnih prava vučenja povrh iznosa iz točke a), vodeći računa o tome da ukupan iznos ne smije prijeći 89.77 Posebnih prava vučenja.<sup>37</sup>

Brodovlasnik može koristiti povlasticu ograničenja samo uz uvjet da osnuje fond ograničene odgovornosti.<sup>38</sup>

Brodovlasnik gubi pravo na ograničenje odgovornosti ako oštećena strana uspije dokazati da je do onečišćenja došlo njegovim osobnim činom ili propustom učinjenim s namjerom da se izazove šteta ili bezobzirno i sa znanjem da bi takva šteta vjerojatno mogla nastupiti.<sup>39</sup>

Najviši iznos odgovornosti Fonda ograničen je u pogledu svake nezgode, na način da ukupan zbroj tog iznosa i iznosa naknade stvarno isplaćene za štetu zbog onečišćenja na temelju Konvencije o odgovornosti iz 1992. neće prijeći 135 mil. Posebnih prava vučenja za nezgode koje su se dogodile do 1. studenog 2003.

<sup>36</sup> Članak V. stavak 1. Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine.

<sup>37</sup> Treba podsjetiti da je novina sustava iz 1992. godine to što za izmjenu visina odgovornosti više nije potrebno sazivati diplomatsku konferenciju. Postupak predviđen čl. 15. Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine i člankom 33. Konvencije o Fondu iz 1992. godine uvodi tzv. sustav prihvaćanja šutnjom (*tacit acceptance*), što znači da države koje nisu suglasne s povišenjem iznosa odgovornosti (kada stupe na snagu) stoje pred dvojbom prihvatiti povišenje ili otkazati konvenciju. Navedeni iznosi stupili su na snagu 1. studenog 2003.

<sup>38</sup> Članak V. točka 3. Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine. Osnivanje fonda ograničene odgovornosti je uvjet za korištenje povlasticom ograničenja.

<sup>39</sup> Članak Konvencije o odgovornosti iz 1992. Pojam bezobzirno i sa sviješću (znanjem) da će do štete vjerojatno doći (eng. *recklessly and with knowledge that such damage would probably result*) koristi se i u drugim međunarodnim pomorskopравnim instrumentima (npr. članak 4. Konvencije o ograničenju odgovornosti za pomorske tražbine iz 1976. godine). Njegovo značenje ne tumači se uvijek isto. U našoj pravnoj teoriji zastupljeno je mišljenje da se radi o težem obliku krajnje nepažnje za čije je postojanje uz krajnju nepažnju potreban i dalji element svijesti o vjerojatnosti nastupanja štetnih posljedica. To je ponašanje koje znači hotimičnu ravnodušnost glede posljedica iako nedostaje prava namjera da se djeluje u određenom pravcu i puna svijest o posljedicama. Podrobnije vidjeti Grabovac, I., *Gubitak prava na ograničenje odgovornosti brodara u prijevozu stvari morem*, UPP, Zagreb 1989., str. 51. Isto tako, Filipović, V., *Prijedlozi za izmjenu Pomorskog zakonika*, Zagreb, 1997., str. 9.

Za nezgode koje su se dogodile nakon navedenog datuma maksimalan iznos odgovornosti je 203 mil. Posebnih prava vučenja.<sup>40</sup>

### 3.4. Šteta zbog onečišćenja

Jedno od glavnih pitanja vezanih za primjenu posebnog sustava odgovornosti jest što se nadoknađuje u slučaju onečišćenja mora, odnosno što ulazi u pojam štete zbog onečišćenja.

Konvencija o odgovornosti iz 1992. godine definira štetu zbog onečišćenja kao *gubitak ili štetu nastalu izvan broda zbog onečišćenja uslijed istjecanja ili izbacivanja ulja s broda, bilo gdje se to istjecanje ili izbacivanje dogodilo, pod uvjetom da je naknada za oštećenje okoliša, osim za gubitak dobiti uslijed takvoga oštećenja, ograničena na troškove razumnih mjera koje su stvarno poduzete ili se imaju poduzeti za ponovno uspostavljanje prijašnjeg stanja.*<sup>41</sup>

Navedena definicija ne navodi pojedine kategorije šteta već ih stavlja pod definiciju štete zbog onečišćenja.<sup>42</sup>

U praksi, šteta prouzročena onečišćenjem mora može se podijeliti u sljedeće kategorije: stvarna šteta, izmakla dobit, ekološka šteta. Treba naglasiti da u pojam štete zbog onečišćenja prema sustavu odgovornosti iz 1992. ulaze i troškovi zaštitnih mjera, znači svih onih mjera koje su poduzete nakon nastanka nezgode u svrhu spriječavanja ili smanjivanja štete zbog onečišćenja.<sup>43</sup>

Isto tako nadoknađuju se i troškovi zaštitnih mjera koji su poduzeti i u slučaju teške i neposredne prijetnje nastanku štete zbog onečišćenja.<sup>44</sup>

Stvarna šteta i izmakla dobit spadaju u klasične imovinskopravne štete, dok se ekološka šteta javlja kao specifična šteta onečišćenja okoliša, u ovom slučaju mora.

Ekološka šteta u užem smislu podrazumijeva štetu nanесenu samom morskom eko-sustavu, morskoj flori i fauni.<sup>45</sup>

Zbog mogućih spekulativnih procjena u svezi s umanjenom vrijednosti morskog okoliša sustav odgovornosti iz 1992. jasno određuje da se naknada

<sup>40</sup> Članak 4. stavak 4. Konvencije o Fondu iz 1992. godine.

<sup>41</sup> Članak 1. stavak 6. Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine. Za definiciju štete zbog onečišćenja prema Konvenciji iz 1969. v. *infra* toč. 2. ovoga rada. Isto tako, v. Jacobsson, M., Trotz, N., *The Definition of Pollution damage in the 1984 Protocols to the 1969 Civil Liability Convention and the 1971 Fund Convention*, JMLC, Vol. 17, No 4, October, 1986., str. 472-473.

<sup>42</sup> To nije slučaj samo s Konvencijom o odgovornosti iz 1992. Većina međunarodnih instrumenata koji se odnose na odgovornost ne definiraju pojedine kategorije štete već ih stavljaju pod definiciju šteta zbog onečišćenja. V. M.C. Maffei, *The Compensation for Ecological Damage in the Patmos Case*, u knjizi F. Francioni and T. Scovazzi, *International Responsibility for Environmental Harm* (Kluwer Law International, 1991.), str. 381.

<sup>43</sup> Članak I. stavak 6. točka (b) Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine.

<sup>44</sup> Članak I. stavak 6. 7. i 8. Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine.

<sup>45</sup> D. Ibrahima, *Recovering Damage to the Environment "per se" Following an Oil Spill: The Shadows and Lights of the Civil Liability and Fund Conventions of 1992*, Reciel 14 (1), 2005. str. 63.

ekološke štete ograničava na troškove stvarno poduzetih, razumnih mjera ili onih koje će se poduzeti za ponovno uspostavljanje stanja prije nastale štete.<sup>46</sup>

#### **4. Treći sloj odgovornosti - Dopunski Fond 2003. godine**

Međunarodni sustav odgovornosti iz 1992. godine nadopunjen je u ožujku 2003. godine novim slojem odgovornosti. Naime, u nastojanjima da se osigura postizanje odgovarajuće naknade u slučajevima velikih ekoloških katastrofa Komisija Europske unije nakon nezgoda tankera *Erika* i *Prestige* predložila je osnivanje dopunskog fonda za naknadu štete zbog onečišćenja uljem (Compensation for Oil Pollution in European Waters – COPE Fund).<sup>47</sup> Sa svrhom da se izbjegne osnivanje posebnih regionalnih fondova koji bi ugrozili djelovanje međunarodnog sustava odgovornosti, posebna radna grupa Fonda izradila je Nacrt protokola na Konvenciju o Fondu iz 1992. godine. Protokol je usvojen na Diplomatskoj konferenciji u Londonu 2003. godine, a stupio je na snagu u ožujku 2005. godine.<sup>48</sup>

Temeljem Protokola iz 2003. osniva se Dopunski Fond koji osigurava naknadu iznad iznosa dostupnih na temelju konvencijskog sustava iz 1992. godine.

Dodatna naknada plaća se samo u državama strankama Konvencije o Fondu iz 1992. koje su potvrdile navedeni Protokol o Dopunskom Fondu iz 2003. godine i to na nezgode koje se dogode nakon datuma njegova stupanja na snagu.

Prema članku 4. Protokola iz 2003. Dopunski Fond isplaćuje naknadu štete svakoj osobi koja pretrpi štetu zbog onečišćenja ako ta osoba nije mogla ostvariti potpunu naknadu za *utvrđenu tražbinu* prema Konvenciji o Fondu iz 1992.

*Utvrđenom tražbinom* smatra se tražbina koju je priznao Fond iz 1992. godine ili se smatra priznatom na temelju odluke nadležnog suda koja je obvezujuća za Fond iz 1992. i protiv koje se ne mogu podnositi redoviti pravni lijekovi.<sup>49</sup>

Dopunski Fond financira se na način kao i Fond iz 1992. godine. Doprinosi plaćaju uvoznici ulja u državama strankama Protokola iz 2003., što znači fizičke ili pravne osobe koje u tijeku kalendarske godine uvezu više od 150 000 tona sirove nafte ili lož ulja.<sup>50</sup>

Ipak, treba naglasiti da se za potrebe Protokola iz 2003. jedan milijun tona koje podliježe doprinosu u svakoj državi ugovornici smatra minimalnom količinom. Kada je ukupna količina ulja koje podliježe doprinosu manja od

<sup>46</sup> Više o tome v. točku 7. ovoga rada.

<sup>47</sup> Bulletin of the European Union, EU 3-2003, Presidency conclusions (37/48).

<sup>48</sup> Za tekst Protokola iz 2003. v. Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 12/2005.

<sup>49</sup> Članak 4. stavak 1. u svezi članka 1. stavka 8. Protokola iz 2003. na Konvenciju o Fondu iz 1992.

<sup>50</sup> Članak 10. Protokola iz 2003. godine.

jednog milijuna tona, a ne postoji osoba odgovorna za ukupnu količinu primljenog ulja, država stranka preuzet će obveze koje bi na osnovi ovoga Protokola imala svaka osoba dužna uplaćivati doprinos Dopunskom fondu za ulje primljeno na teritoriju te države.<sup>51</sup>

To znači da je država stranka obvezna plaćati doprinose za bilo koju količinu ulja koje odgovara razlici između 1 milijuna tona i ukupne količine stvarno zaprimljenog ulja u odnosu na tu državu.

Isto tako, člankom 18. u prijelaznim odredbama Protokola iz 2003. uspostavlja se ograničenje na doprinose pojedine države koji ne mogu biti viši od 20% ukupnih godišnjih doprinosa članica Fonda iz 2003.

Ograničenje će se primjenjivati sve dok ukupna količina ulja koje podliježe doprinosu primljenoga u svim državama strankama u kalendarskoj godini ne dostigne 1000 milijun tona, ili dok ne prođe razdoblje od 10 godina od dana stupanja na snagu Protokola iz 2003.<sup>52</sup>

Maksimalan iznos odgovornosti po događaju (uključujući iznose prema Konvenciji o odgovornosti iz 1992. godine i Konvenciji o Fondu iz 1992.) prema Protokolu iz 2003. godine iznosi 750 mil. Posebnih prava vučenja (1133 mil. USD).<sup>53</sup>

Dopunski Fond iz 2003. osigurava mogućnost naknade u slučaju velikih ekoloških katastrofa. Isto tako, smanjuje poteškoće kada raspoloživi iznosi prema konvencijskom sustavu iz 1992. nisu dostupni za isplatu utvrđenih tražbina te se one srazmjerno smanjuju.

## 5. *STOPIA – TOPIA*

Uvođenje trećeg sloja odgovornosti putem Dopunskog Fonda iz 2003. nameće dodatnu financijsku odgovornost samo vlasnicima tereta. **STOPIA 2006** (Small Tanker Oil Pollution Indemnification Agreement) i **TOPIA 2006** (Tanker Oil Pollution Indemnification Agreement) su posebni sporazumi vlasnika tankera o obeštećenju Fonda iz 1992. i Dopunskog Fonda iz 2003.<sup>54</sup>

Navedenim ugovorima nastoji se postići ravnoteža u snošenju tereta odgovornosti i naknada za onečišćenje mora uljem između brodovlasnika i Fonda iz 1992. godine te Dopunskog Fonda iz 2003. godine.

Sporazumi obuhvaćaju vlasnike tankera koji osiguravaju svoju odgovornost putem P&I klubova udruženih u Međunarodnu grupu. Klubovi nisu stranke

<sup>51</sup> Članak 14. Protokola iz 2003. godine.

<sup>52</sup> Članak 18. stavak 4. Protokola iz 2003. v. Oil Spill Compensation, IPIECA/ITOPF Publication, February 2004.

<sup>53</sup> Članak 4. Protokola iz 2003. godine.

<sup>54</sup> Tekstovi Sporazuma v. West of England Club, Notice to Members No 13 2005/2006. Isto tako 92 FUND/A/ES.10/13, SUPPFUND/A/ES.2//.

sporazuma, ali svojim dopunjenim pravilama pokrivaju odgovornost za plaćanje naknade prema navedenim sporazumima.

Isto tako, Klubovi su ovlašteni sklapati posebne sporazume s Fondom iz 1992. i Dopunskim Fondom iz 2003. godine u svrhu realizacije naknade.

Uzimajući u obzir da Konvencija o odgovornosti iz 1992. omogućava brodovlasnicima ograničenje odgovornosti prema tonaži broda na način da brodovi do 5000 tona imaju maksimalan iznos ograničenja od 4.5 mil. SDR-a, STOPIA predviđa dobrovoljno povećanje odgovornosti vlasnika manjih brodova do iznosa od 20 mil. SDR-a što u shemu uključuju brodove do 29,548 tona. To znači da vlasnici brodova odgovarajuće tonaže nadoknađuju Fondu iz 1992. iznose koje on plati s obzirom da je visina štete prešla navedeni iznos ograničenja od 20 mil. SDR-a (uključujući iznos odgovornosti prema Konvenciji o odgovornosti iz 1992. od 4.5 mil. SDR-a). Fondu se nadoknađuje razlika između ta dva iznosa, odnosno 15.5. mil. SDR-a.<sup>55</sup>

Obeštećenje prema navedenoj shemi primjenjuje se i kada se vlasnik u skladu s člankom 3. stavkom 2. Konvencije o odgovornosti iz 1992. oslobodi odgovornosti.

STOPIA 2006 primjenjuje se u državama strankama Konvencije o Fondu iz 1992. neovisno jesu li potpisnice Protokola iz 2003. godine.

TOPIA 2006 predviđa shemu prema kojoj vlasnici tankera učlanjeni u jedan od P&I Klubova članova Međunarodne grupe nadoknađuju Dopunskom Fondu 2003. 50% naknade koju je isplatio na ime štete zbog onečišćenja na području države stranke Protokola iz 2003. TOPIA 2006 primjenjuje se bez obzira na veličini tankera.<sup>56</sup>

STOPIA i TOPIA primjenjuju se na sve nezgode koje se dogode nakon 20. veljače, 2006. godine. Zbog održavanja odgovarajuće ravnoteže sporazumi predviđaju da se nakon deset godina primjene, što znači 2016., a nakon toga svakih pet godina ponovno ispituju.

Ukoliko bi se pokazalo da bilo koja od odgovornih strana snosi više od 60% financijskog tereta sporazumi će se odgovarajuće izmijeniti.

## **6. Sustav odgovornosti iz 1969. godine**

Sustav odgovornosti u državama strankama Konvencije iz 1969. ima sljedeća osnovna obilježja.<sup>57</sup>

U skladu s člankom II. Konvencija iz 1969. primjenjuje se na štetu zbog onečišćenja prouzročenu na teritoriju (uključujući teritorijalno more) države stranke.

<sup>55</sup> Članak IV. STOPIA sporazuma.

<sup>56</sup> Članak IV. TOPIA sporazuma.

<sup>57</sup> V. THE INTERNATIONAL REGIME FOR COMPENSATION FOR OIL POLLUTION DAMAGE, Explanatory note prepared by the Secretariat of the International Oil Pollution Compensation Funds, October 2006.

Konvencija se primjenjuje na tankere koji stvarno prevoze ulje kao teret (puni tanker), što znači da ne uključuje štetu zbog onečišćenja koju prouzroči prazan tanker.

Što se tiče pojma *ulja* osim postojanih mineralnih ugljikovodičnih ulja, uključuje i kitovo ulje kao ulje životinjskog porijekla.<sup>58</sup>

Odgovornost za onečišćenje usmjerava se prema brodovlasniku. Ipak, kanaliziranje odgovornosti nije tako naglašeno kao u sustavu iz 1992. godine. Naime, prema članku III. stavku 4. Konvencije samo osobe u službi brodovlasnika i njegovi punomoćnici uživaju potpunu zaštitu. Protiv tih osoba ne može se podnijeti zahtjev za naknadu štete bilo da se temelji na Konvenciji ili ne.

Treće osobe (npr. spašavatelji, zakupoprimalci) mogu samostalno odgovarati prema mjerodavnom općem režimu odgovornosti.

Za razliku od sustava iz 1992. kada se brodovlasniku treba dokazati kvalificirana krivnja za gubitak prava na ograničenje, prema sustavu iz 1969. brodovlasnik gubi pravi na ograničenje ako je do onečišćenja došlo njegovom osobnom krivnjom (*actual fault or privity*).<sup>59</sup> Znači svaka osobna krivnja brodovlasnika, bez obzira na stupanj te krivnje, dovodi do ukidanja povlastice ograničenja odgovornosti.

Naknade štete zbog onečišćenja ne uključuje pojam ekološke štete, a troškovi zaštitnih mjera odnose se samo na one mjere koje su poduzete nakon nezgode.<sup>60</sup>

Iznosi ograničenja znatno su niži i iznose 133 PPV-a po jedinici tonaže, maksimalno 14 milijuna PPV-a.<sup>61</sup>

### **6.1. Konvencija o Fondu iz 1971.**

U državama koje primjenjuju sustav odgovornosti prema Konvenciji iz 1969. od 24. svibnja 2002. nema dopunske naknade putem Fonda. Naime, osnivanjem Fonda iz 1992. godine, znatno se smanjio broj članica Fonda iz 1971., a time i udjeli plaćanja potrebnih doprinosa.

Postalo je očito da je sustav iz 1969./71. izgubio na svojoj važnosti te da Fond iz 1971. neće biti u mogućnosti ispuniti svoje financijske obveze.

Prema članku 43. Konvencije iz 1971., Fond prestaje biti na snazi na dan kada se broj država smanji na tri. S obzirom da se taj uvjet ne bi ispunio u dogledno vrijeme, usvojen je 2000. godine Protokol o izmjeni Konvencije o Fondu iz 1971.

Protokolom iz 2000. navedeni je članak izmijenjen na način da Konvencija o Fondu iz 1971. prestaje biti na snazi kada se broj država stranki smanji na 25; ili

<sup>58</sup> V. članak 1. Konvencije o odgovornosti iz 1969. godine.

<sup>59</sup> Navedeni kriterij preuzet je iz **Konvencije o ograničenju odgovornosti iz 1957. (članak 1. st. 1. Konvencije iz 1957.). Konvencija o odgovornosti iz 1992. godine za potrebe gubitka na ograničenje odgovornosti** uvodi kvalificiranu krivnju. V. *supra* bilj. 39. ovoga rada.

<sup>60</sup> V. definiciju *štete zbog onečišćenja*, članak I. toč. 6. Konvencije o odgovornosti iz 1969.

<sup>61</sup> Iznosi prema članku V. Konvencije o odgovornosti iz 1969. kako su izmijenjeni Protokolom iz 1976.

kada ukupna količina ulja koja podliježe doprinosu u državama strankama padne ispod 100 milijuna tona.

Uvjet iz izmijenjenog članka Konvencije o Fondu iz 1971. ispunjen je otkazivanjem Konvencije iz 1971. od strane Ujedinjenih Arapskih Emirata koje je stupilo na snagu 24. svibnja 2002. godine. Tim otkazivanjem broj država članica Fonda smanjio se na 24 i od navedenog datuma Konvencija o Fondu iz 1971. nije više na snazi.<sup>62</sup>

Neovisno što Konvencija o Fondu iz 1971. nije više na snazi, Fond iz 1971. treba ispuniti svoje financijske obveze i obaviti isplatu tražbina kao posljedica nezgoda koje su se dogodile prije nego što je Konvencija o Fondu iz 1971. prestala biti na snazi.<sup>63</sup>

Maksimalna visina odgovornosti Fonda iz 1971. (uključujući i iznose prema CLC Konvenciji iz 1969.) iznosi 60 milijuna Posebnih prava vučenja.<sup>64</sup>

Upravno vijeće Fonda iz 1971. sastavljeno od predstavnika svih država članica Fonda iz 1971. poduzima sve potrebne mjere za njegovu likvidaciju. Tajništvo dijeli s Fondom iz 1992. godine.<sup>65</sup>

## **7. Priznavanje zahtjeva za naknadu štete – Praksa Fonda**

Zahtjev za naknadu štete zbog onečišćenja mora uljem s tankera može podnijeti bilo koja fizička ili pravna osoba koja je pretrpjela štetu, uključujući državu ili bilo koji njezin sastavni dio.<sup>66</sup>

Zahtjev se podnosi nadležnom sudu, a u skladu s člankom IX. stavkom 1. Konvencije o odgovornosti iz 1992. sud države na čijem je području<sup>67</sup> došlo do onečišćenja isključivo je međunarodno nadležan da odlučuje o zahtjevu za naknadu štete.

Sud države stranke na čijem je području došlo do onečišćenja isključivo je nadležan odlučivati ne samo o zahtjevu za naknadu podnesenom protiv brodovlasnika, njegovog osiguratelja i Fonda, već i bilo koje druge osobe.<sup>68</sup>

<sup>62</sup> Malik R., *Winding up of the the 1971 Fund*, The IOPC Funds' 25 years of compensating victims of oil pollution incidents", IOPC Fund Publications, str. 77.

<sup>63</sup> Članak 44. Konvencije o Fondu iz 1971. godine. O kojim nezgodama je riječ v. IOPC Fund Annual Report 2004. str. 52-67.

<sup>64</sup> Iznosi prema članku 4. stavku 4. Konvencije o Fondu iz 1971. kako su izmijenjeni Protokolom iz 1976. godine.

<sup>65</sup> IOPC Funds Annual Report 2005. str. 27.

<sup>66</sup> Članak 1. stavak 1. točka 2. Konvencije o odgovornosti iz 1992.

<sup>67</sup> Područje države stranke u skladu s člankom II. Konvencije o odgovornosti iz 1992. uključuje teritorij države stranke, njezino teritorijalno more i gospodarski ili sličan pojas proglašen u skladu s međunarodnim pravom.

<sup>68</sup> *International Oil Pollution Compensation Fund 1992v. RINA S.p.A. and others – Total Fina Elf S.A. and Others v. RINA S.p.A. and Others – French State v. RINA S.p.A. and Others – m/t Erika (Il Diritto Marittimo, 2003., str. 139.)*

Zahtjev se može uputiti izravno i Fondu i to u roku od tri godine od dana nastanka štete zbog onečišćenja ili u roku od šest godina od nastanka nezgode.<sup>69</sup>

Od svog osnutka Fond je (uključuje Fond iz 1971. i Fond iz 1992.) sudjelovao u isplati posljedica ukupno 135 nezgoda i isplatio oko 900 mil. USD. U većini slučajeva zahtjevi su riješeni izvansudskim putem. Ipak, nezgode novijeg datuma poput *Erike* (Francuska, 1999.) rezultirala je podnošenjem 6900 zahtjeva od kojih je veći dio u sudskom postupku. Ista situacija se dogodila i nakon nezgode tankera *Prestige* (Španjolska, 2002.).<sup>70</sup>

Treba napomenuti, da Fond iz 1992. godine djeluje od 1996. godine, a Dopunski Fond od ožujka 2005. godine. Imaju svoju Skupštinu i Izvršni odbor.

Isto tako, Fond iz 1971. još uvijek sudjeluje u rješavanju zahtjeva kao posljedica nezgoda koje su se dogodile dok je na snazi bila Konvencija o Fondu iz 1971. Fond iz 1971. ima Upravno vijeće, a sva tri Fonda imaju zajedničko Tajništvo i Direktora.

Pri donošenju odluka o priznavanju zahtjeva, uzimajući u obzir područje primjene starog i novog sustava odgovornosti, Fondovi iz 1971. i 1992. godine imaju dosljedan i ujednačen pristup.

Fond prihvaća samo one zahtjeve za naknadu štete koja ulazi u pojam štete zbog onečišćenja kako su definirani konvencijskim sustavom.

Na temelju dugogodišnje prakse Fond je izradio opća i posebna mjerila u svezi s priznavanjem pojedinih vrsta štete.<sup>71</sup>

Navedena mjerila nisu obvezujuća za države stranke, ali većina nacionalnih sudova ih koristi prilikom donošenja odluka u sporovima u svezi s naknadom štete zbog onečišćenja mora. Na taj način doprinose ujednačenom tumačenju konvencijskih odredbi.

#### *Stvarna šteta*

U kategoriji stvarne štete ulaze troškovi čišćenja, popravka ili zamijene imovine oštećenika koja je bila zahvaćena onečišćenjem. Primjerice, troškovi čišćenja ribarske opreme ili zamijene novom. U slučaju naknade troškova kupnje nove opreme uzet će se u obzir starost opreme i očekivano vrijeme trajanja. Ako je oprema u trenutku onečišćenja bila stara dvije godine, a uobičajeno je da se zamijeni nakon tri godine, onda će se naknaditi samo jedna trećina vrijednosti nove opreme.

Nematerijalne štete (gubitak života ili tjelesne ozljede) kao posljedica onečišćenja također su nadoknadive.

<sup>69</sup> Članak VIII. Konvencije o odgovornosti iz 1992. i članak 6. Konvencije o Fondu iz 1992. godine.

<sup>70</sup> IOPC Annual Report 2005.

<sup>71</sup> IOPC Fund Claims Manual, 2004. V. Nichols, J., *Admissibility of claims: development of the IOPC Funds' policy*, The IOPC Funds' 25 years of compensating victims of oil pollution incidents, str. 103.



Zanimljivo je napomenuti da je nakon nezgode tankera *Brear* (Škotska, 1993.) jedna osoba podnijela zahtjev za naknadu štete zbog stresa i depresije koju je pretrpjela kao posljedica onečišćenja. Fond je taj zahtjev odbio navodeći da navedene zdravstvene tegobe nisu posljedica onečišćenja.<sup>72</sup>

Međutim, isti zahtjev škotski sud je prihvatio navodeći da šteta prema Merchant Shipping Actu iz 1971. kojim su inkorporirane odredbe konvencijskog sustava obuhvaća tjelesne ozljede i psihička stanja kao stres, strah i depresiju.<sup>73</sup>

#### *Izmakla dobit*

Priznavanje i naknada izmakle dobiti u okviru međunarodnog sustava odgovornosti prvi put se postavilo nakon nezgode tankera *Tanio* (Francuska, 1980.) Fond 1971. je zauzeo stajalište da se naknada izmakle dobiti priznaje onim osobama koje se bave djelatnostima u neposrednoj svezi s morem kao, npr. ribarstvo, marikultura, prerada ribe i školjki i turizam.

Jedan dio ovih zahtjeva posljedica je pretrpljene stvarne štete (npr. nemogućnost ribarenja jer je ribarska oprema onečišćena). Praksa Fonda pokazuje da se ovakvi zahtjevi u pravilu nadoknađuju.

Suprotno tome, naknada izmakle dobiti koja nije vezana za stvarno pretrpljenu štetu nadoknađuje se samo osobama koje su usko povezane s profesionalnim ribarima, odnosno čija djelatnost ovisi isključivo o ribarima s onečišćenog područja (npr. zaustavljena je prerada jer nije bilo otkupa ribe s područja zabranjene zone ribolova). Fond uzima u obzir samo zahtjeve onih osoba koji isključivo ovise o ribarima koji love na onečišćenom području.

Međutim, ne priznaju se zahtjevi za naknadom izmakle dobiti podnešeni od tvrtki čija djelatnost ne ovisi isključivo o prodaji ribljih vrsta s područja zahvaćenog onečišćenjem.

Isto stajalište zauzeo je i škotski žalbeni sud povodom zahtjeva jedne tvrtke zbog smanjene zarade u razdoblju od 1993. do 1994., a koja je rezultat smanjene potražnje za škotskim lososom nakon nezgode tankera *Braer*.

U obrazloženju sud je naveo da prema odredbama konvencijskog sustava i odgovarajućeg zakona, kojim se taj sustav primjenjuje u Ujedinjenom Kraljevstvu, navedena izmakla dobit nije gubitak ili šteta prouzročena izravno onečišćenjem.<sup>74</sup>

U odnosu na naknadu izmakle dobiti vezanu za turizam priznaju se samo oni zahtjevi koji su izravna posljedica onečišćenja, odnosno gubici izazvani smanjenim brojem turista zbog onečišćenja. S tim u svezi, razlikuju se: a) podnositelji zahtjeva koji izravno prodaju robu ili usluge turistima i čije je

<sup>72</sup> IOPC Fund Annual Report 1999., str. 60.

<sup>73</sup> *Black v. The Braer Corporation* (Outer House) v. u Il Diritto Marittimo 2000., str. 999.

<sup>74</sup> *Landcatch Limited v. The International Oil Pollution Compensation Fund* (Inner House, Court of Session), (1999) 2 Lloyd's Rep. 316. Isto tako, *R.J. Tilbury & Sons (Devon) Ltd. v. Alegrete Shipping Co. Inc., SKULD, IOPC Fund* (2003) 1 Lloyd's Rep. 327.

poslovanje izravno pogođeno smanjenim brojem turista i b) podnositelji koji nabavljaju robu ili usluge turističkom sektoru, ali ne izravno turistima.

Ova druga kategorija u pravilu nije nadoknadiva jer u većini slučajeva pretrpljeni gubitak nije izravna posljedica onečišćenja. Gubitak očekivane zarade ne može se podnijeti samo na temelju činjenice da je došlo do nezgode, već treba dokazati da je izmakla dobit neposredna posljedica onečišćenja prouzročenog nezgodom.<sup>75</sup>

Nakon nezgode tankera *Erika* (Francuska, 1999.) Fond je priznao zahtjeve francuskih lokalnih vlasti za naknadom štete zbog smanjenog prihoda od turističke takse. U obrazloženju Fond 1992. naveo je postojanje uzročne veze između prihoda od navedene takse i broja turista.

S obzirom da je nakon nezgode broj turista smanjen što se odrazilo i na prihode od navedenih taksi.<sup>76</sup>

#### *Ekološka šteta*

Prvi zahtjev za naknadu ekološke štete postavljen je nakon nezgode tankera *Antonio Gramsci* (Baltičko more, 1979.). Zahtjev se temeljio na pretpostavci da svaka tona izlivenog ulja onečišćava određenu količinu vode. Fond je odbio zahtjev uz obrazloženje da se temelji na apstraktnoj procjeni štete.<sup>77</sup>

Devedesetih godina zahtjevi za naknadom ekološke štete postali su sve brojniji.

Nezgode tankera *Nissos Amorgos* (Venezuela, 1997.), *Haven* (Italija, 1991.) i *Patmos* (Italija, 1985.) rezultirale su različitim zahtjevima - naknadom troškova oporavka kvalitete vode, troškova zamijene uništenih morskih organizama, kao i zamijene onečišćenog pijeska i dr.<sup>78</sup>

Zahtjevi nisu prihvaćeni, a sustav odgovornosti iz 1992. jasno određuje da se ekološka šteta ograničava na troškove stvarno poduzetih, razumnih mjera ili onih koje će se poduzeti za ponovno uspostavljanje stanja prije nastale štete. U praksi Fonda to znači odgovarajuće zaštitne mjere.

Glede kriterija razumnosti treba u prvome redu voditi računa u kom opsegu mjere pridonose prirodnom oporavku okoliša, sprječavaju nastanak daljnje štete kao posljedice nezgode, kao i njihovu tehničku izvodljivost i troškove.<sup>79</sup>

Restriktivan pristup Fonda u naknadi ekološke štete nakon *Erike* pretrpio je određene izmjene.

U najnovijem Priručniku Fonda za priznavanje i procjenu štete, koji je prihvatila Skupština Međunarodne pomorske organizacije na svom redovnom

<sup>75</sup> Nakon nezgode tankera *Erika* doneseno je 57 sudskih presuda (većina u korist IOPC Fonda) u svezi naknade izmakle dobiti koja nije posljedica stvarno pretrpljene štete. v. IOPC Funds Annual Report 2005. godina, str. 80.

<sup>76</sup> IOPC Funds Annual Report, 2005., str. 83.

<sup>77</sup> IOPC Fund Annual Report 1980., str. 2.

<sup>78</sup> Nichols, J., *Admissibility of claims...* op. cit. bilj. br. 71. str. 114.

<sup>79</sup> IOPC Fund Claims Manual, *Guidelines on the Submission of Different Types of Claim*, str. 30.

zasjedanju 2004. godine, učinjena je nadopuna na način da će se, pod određenim uvjetima, priznavati troškovi obnove morskog okoliša (npr. zamjena uništenih morskih organizama novima).

U navedene troškove u nekim slučajevima ući će i troškovi studija koje je potrebno napraviti kako bi se utvrdio opseg u kojem je stradao okoliš i odredilo je li potrebno i koje mjere oporavka poduzeti.<sup>80</sup>

U slučaju da se zahtjev temelji na apstraktnoj procjeni štete prema teoretskim modelima neće se priznati naknada.<sup>81</sup>

Za razliku od navedenog, američki sustav odgovornosti reguliran odredbama Oil Pollution Acta iz 1990. posebnu pozornost posvećuje naknadi štete zbog onečišćenja prirodnih bogatstava, te uz troškove vraćanja u prijašnje stanje oštećenog prirodnog bogatstva, ulazi i njegova smanjena vrijednost do vraćanja u prijašnje stanje kao i troškovi procjene štete.<sup>82</sup>

Novo tendencije u naknadi ekološke štete izvan područja SAD-a prihvaća i *Direktiva EU o sprječavanju i naknadi ekološke štete (Directive 2004/35/EC of 21 April 2004)*.<sup>83</sup> Direktiva je rezultat dugogodišnjih nastojanja Unije da ustanovi jedinstveni sustav ekološke odgovornosti na svom području.

Odnosi se samo na naknadu ekološke štete i isključuje iz svoje primjene naknadu klasičnih imovinskopravnih šteta, poput stvarne štete i izmakle dobiti. Mogućnost istodobne primjene Direktive i međunarodnog sustava odgovornosti smanjena je člankom 4(2) Direktive koji isključuje odgovornost za ekološku štetu koja je posljedica nezgode koja potpada pod poseban režim odgovornosti i naknade prihvaćen u državi članici.

Direktiva se primjenjuje u svim slučajevim kada nisu ispunjeni uvjeti za primjenu posebnih sustava odgovornosti.

Treba voditi računa da Direktiva, za razliku od međunarodnog sustava odgovornosti, pojam ekološke štete definira uzimajući u obzir da okoliš ima svoju određenu vrijednost, te štiteći posebne vrste i staništa koja mogu biti ugrožena onečišćenjem.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> *Ibidem*, str. 31.

<sup>81</sup> Prvi zahtjev za naknadu ekološke štete nakon nezgode tankera *Antonio Gramsci* (Baltičko more, 1979.) Zahtjev se temeljio na pretpostavci da svaka tona izlivenog ulja onečišćava određenu količinu vode. Izvršni odbor Fonda iz 1971. zahtjev je odbio. IOPC Fund Annual Report 1980. str. 2. Isto tako, nezgoda tankera *Nissos Amorgos* (Venezuela, 1997.) rezultirala je velikim brojem zahtjeva za naknadu ekološke štete.

<sup>82</sup> OPA sec. 1002 (b) (1) i (2). Više u Little G., Hamilton J. *Compensation for catastrophic oil spills: a transatlantic comparison*, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 1997, str. 391-405.

<sup>83</sup> Directive 2004/35/CE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage (Official Journal of the European Union, L 143/56).

<sup>84</sup> Članak 2. Direktive (Definicije). V. Clarke, C., *The proposed EC Liability Directive: Half-Way Through Co-Decision*, Reciel 12 (3) 2003., str. 254.

### *Troškovi zaštitnih mjera*

Zaštitne mjere označavaju svaku razumnu mjeru koju poduzme bilo koja osoba nakon nastanka nezgode u svrhu sprječavanja ili smanjivanja štete zbog onečišćenja, kao i u slučaju da do nezgode nije došlo, ali postoji ozbiljna prijetnja morskom okolišu.<sup>85</sup>

Troškovi zaštitnih mjera, npr. čišćenje i uklanjanje uljne mrlje, nadoknađuju se ukoliko su poduzete mjere bile razumne u okolnostima konkretnog slučaja. To znači, da su na temelju nepristrane tehničke procjene, ocjenjene kao mjere koje vjerojatno mogu imati uspjeha u izbjegavanju ili smanjenju štete zbog onečišćenja.

Ako poduzete mjere ne mogu opravdati vjerojatnost u njihovu uspješnost, zahtjev se neće priznati.

U ove troškove ulaze i troškovi čišćenja ptica, sisavaca ili gmazova onečišćenih uljem. Ukoliko u izvođenju zaštitnih mjera sudjeluje vlada ili drugo javno tijelo može se tražiti naknada odgovarajućeg dijela plaće njihovih zaposlenika angažiranih u provedbi mjera, kao i trošak uporabe odgovarajuće opreme. Nadoknađuje se i kupnja posebne opreme ili materijala za potrebe čišćenja, kao i kupovna cijena uz odbitak za preostalu vrijednost opreme ili materijala.<sup>86</sup>

Troškovi i žrtve koje je brodovlasnik dobrovoljno podnio kako bi spriječio ili umanjio štetu zbog onečišćenja ravnopravne su drugim tražbinama koje se namiruju iz Fonda (npr. troškovi spašavanja ako je brodovlasnik ili brodar sklopio ugovor o spašavanju).<sup>87</sup>

Nadoknađuju se i troškovi popravka štete prouzročeni razumnim preventivnim mjerama ili mjerama čišćenja, kao što su štete lukobranima, cestama i nasipima.

Akcije spašavanja mogu ulaziti u pojam zaštitnih mjera, ukoliko im je primarna svrha sprječavanje onečišćenja. Ako su poduzete s ciljem spašavanja broda i /ili tereta onda se smatraju troškovima spašavanja.<sup>88</sup>

Međutim, ako su u slučaju nezgode poduzete mjere imale dvostruku svrhu, spašavanje broda i tereta i sprječavanje onečišćenja, naknada se dijeli između spašavatelja i osobe koja je poduzela akcije čišćenja.<sup>89</sup>

Treba naglasiti da za naknadu troškova zaštitnih mjera nije uvjet da ulaze u područje teritorijalne primjena konvencijskog sustava, jer se u skladu s člankom 3. Konvencije o Fondu nadoknađuju bez obzira gdje su poduzete. Svrha je spriječiti onečišćenje na području države stranke.

<sup>85</sup> Članak 1. stavak 1. točka 7. i 8. Konvencije o odgovornosti iz 1992. godine.

<sup>86</sup> IOPC Fund Claims Manual, Guidelines on the submission of different types of claim, str. 21-23.

<sup>87</sup> Članak 4. stavak 1. Konvencije o Fondu iz 1992. godine.

<sup>88</sup> Slučaj tankera *Pamos* (Italija, 1985.) – IOPC FUND Annual Report, 1988., str. 62.

<sup>89</sup> Slučaj tankera *Rio Orinoco* (Kanada, 1990.) – IOPC FUND Annual Report, 1991., str. 55.

## 8. Zaključne napomene

Međunarodni režim odgovornosti za štetu zbog onečišćenja mora uljem već više od trideset godina u velikom broju država predstavlja osnovni model obeštećenja u slučaju onečišćenja mora s tankera. Većina zahtjeva riješena je izvansudskim putem što je žrtvama onečišćenja omogućilo brzo i učinkovito ostvarivanje naknade.

Početni sustav koji se temelji na Konvenciji o odgovornosti iz 1969. i Konvenciji o Fondu iz 1971. izmijenjen je 1992. Međutim, osnovna obilježja sustava ostalo su nepromijenjena. S tim u svezi nije iznenađujuće da većina država stranki potaknuta iskustvima novijih tankerskih nezgoda traži radikalnije izmjene.

Tomu su nedvojbeno utjecale posebne mjere Europske unije usvojene nakon tankerskih nezgoda *Erika* i *Prestige*.

Prvi koraci učinjeni su znatnijim povećanjem iznosa odgovornosti putem osnivanja Dopunskog Fonda. Uvođenje trećeg sloja odgovornosti osigurat će naknadu štete u slučaju velikih ekoloških katastrofa.

Isto tako, restriktivan pristup međunarodnog sustava glede naknade ekološke štete ublažen je izmjenama u najnovijem Priručniku Fonda za priznavanje i procjenu štete. Uključujući u naknadu ekološke štete i mogućnost naknade troškova obnove morskog okoliša, Fond polako napušta svoj stav o prirodnoj obnovi morskog okoliša.

Ipak, unatoč velikim pritiscima, međunarodni sustav uspio se oduprijeti drugim predloženim izmjenama. To se u prvome redu odnosi na ukidanje načela usmjeravanja odgovornosti, odnosno proširivanja kruga odgovornih osoba i eventualnog ukidanja ograničenja odgovornosti.

Pitanje je hoće li i koliko dugo međunarodni sustav moći održati svoju učinkovitost ne uvažavajući nova mjerila ekološke zaštite.

I na kraju treba istaknuti da Republika Hrvatska kao stranka međunarodnog sustava odgovornosti za onečišćenje iz 1992. godine vodi računa o svim njegovim izmjenama i dopunama. S tim u svezi, prihvatila je i Protokol iz 2003. godine o osnivanju Dopunskog Fonda. Kako se konvencijski sustav primjenjuje prema nastanku štete od onečišćenja, u slučaju mogućeg onečišćenja na području Republike Hrvatske, što uključuje njezino teritorijalno more i ekološko-ribolovnu zonu, osigurana je mogućnost naknade u iznosu od oko 1080 mil. USD.

## Summary

### **INTERNATIONAL REGIME OF CIVIL LIABILITY FOR OIL POLLUTION DAMAGE – THE LATEST AMENDMENTS**

The paper gives an overview of basic characteristics of special international regime of civil liability for oil pollution damage from ships, based on the provisions of the 1992 Convention on Liability and 1992 Convention on Fund. Special attention is paid to the newest amendments of this system introduced by the European Union after massive ecological catastrophes of oil-tankers Erika (1999) and Prestige (2000). The author stresses the need for a holistic revision of the complete system taking into account new standards of ecological protection.

**Key words:** *liability, pollution, ecological damage, oil, Fund, ship owner.*

## Zusammenfassung

### **INTERNATIONALES SYSTEM DER HAFTUNG FÜR VERSCHMUTZUNG DES MEERES DURCH ÖL - NEUESTE ÄNDERUNGEN**

In der Arbeit werden die Grundcharakteristiken des besonderen internationalen Systems der Haftung für Verschmutzung des Meeres durch Öl von Schiffen aufgezeigt, die sich auf die Bestimmungen der Konvention über Haftung und die Konvention über den Fond von 1992 gründen. Besonders betrachtet werden die neusten Änderungen des Systems als Folge entsprechender Maßnahmen, die die Europäische Union nach den großen ökologischen Katastrophen durch die Tanker Erika (1999) und Prestige (2000) ergriffen hat. Es wird die Notwendigkeit einer umfassenden Revision des Gesamtsystems im Hinblick auf neue Standards des Umweltschutzes betont.

**Schlüsselwörter:** *Haftung, Verschmutzung, ökologischer Schaden, Öl, Fond, Schiffseigentümer.*

## Sommaro

**SISTEMA INTERNAZIONALE DI RESPONSABILITÀ  
PER INQUINAMENTO DEL MARE DA PETROLIO  
– ULTIME MODIFICHE**

Nel lavoro si fornisce una rassegna delle caratteristiche fondamentali dello speciale sistema internazionale di responsabilità per inquinamento del mare da petrolio per mezzo di navi, basato sulle norme della Convenzione sulla responsabilità del 1992 e della Convenzione sul fondo del 1992. Si presta particolare attenzione alle ultime revisioni di questo sistema introdotto dall'Unione Europea dopo le grandi catastrofi ecologiche delle navi cisterna Erika (1999) e Prestige (2000).

Si accentua la necessità di una revisione integrale dell'intero sistema prendendo in considerazione nuovi standard di protezione ecologica.

***Parole chiave:** responsabilità, inquinamento, danno ecologico, petrolio, Fondo, proprietario di nave.*

## UPRAVNI SPOR U EUROPSKOJ ZAJEDNICI<sup>1</sup>

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

UDK: 342.9::061.1(4)EZ  
Ur.: 20. travnja 2006.  
Pr.: 14. studenog 2006.  
Pregledni znanstveni članak

*Cilj rada je dati analizu upravnog spora u pravu Europske zajednice te ukazati na otvorena pitanja koja se javljaju u ovom pravnom području, a koja će za hrvatske građane posebice postati aktualna ulaskom Hrvatske u Europsku uniju. U tu je svrhu najprije pozornost posvećena pravnom normiranju upravnog spora u Europskoj zajednici. Zatim se razmatra Europski sud kao tijelo nadležno za rješavanje upravnih sporova u Zajednici. Slijedi analiza predmeta upravnog spora te razloga za pobijanje upravnog akta. Zatim se raspravlja tko može biti tužitelj, a tko tuženi u upravnom sporu u Europskoj zajednici. Konačno, pozornost se posvećuje roku za pokretanju upravnog spora te se analiziraju mogućnosti postupanja suda po tužbi.*

**Ključne riječi:** upravni spor, upravni akt, Europska zajednica.

### 1. Uvod

Sudski nadzor zakonitosti rada uprave, pa tako i institut upravnog spora, jedno je od najbitnijih pitanja upravnog prava svake države, ali i upravnog prava Europske zajednice. Razvoj pravne države kao imperativ je nametnuo uspostavljanje modela pravnog nadzora koji treba osigurati široku pravnu zaštitu u području upravne djelatnosti. Nositelj tog nadzora treba biti tijelo čija će neovisnost i autoritet osigurati da se uprava u svom djelovanju kreće u okviru pravnih normi

---

<sup>1</sup> Upravni spor u Europskoj zajednici vodi se sukladno odredbama *Ugovora o Europskoj zajednici*. U radu se koriste pojmovi i klasifikacije koji su uobičajeni u europskoj upravnoj literaturi. Više vidi u von Danwitz, Thomas, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996., Streinz, Rudolf, *Europarecht*, 4. völlig neubearbeitete Auflage, Müller, Heidelberg, 1999., str. 198. i dalje, te Hartley, Trevor C., *The Foundations of European Community law: an introduction to the constitutional and administrative law of the European Community*, 4th ed. (reprinted with corrections), Oxford University Press, Oxford, 1998.



pozitivnog prava. Još vrlo rano u razvoju modernih država prevladalo je shvaćanje da upravo sudstvo predstavlja vrlo podesan oblik pravnog nadzora uprave, kako zbog svoje stručnosti, tako i zbog svoje organizacijske neovisnosti u odnosu prema upravi.<sup>2</sup> Sudska kontrola zakonitosti upravnog akta vremenom se razvila u suvremenu formulaciju o ljudskom pravu na upravno sudovanje čak i na globalnoj razini. Tako je primjerice jamstvo prava na sudski nadzor upravnih akata dio paketa mjera potrebnih za demokratizaciju tranzicijskih zemalja.<sup>3</sup>

Mnogostruku važnost sudskog nadzora kao oblika kontrole nad upravom u hrvatskoj je pravnoj teoriji istaknuo Borković navodeći da uloga ovog nadzora kao jamca zakonitosti ne dolazi do izražaja samo u represivnoj naravi koja se izražava primjenom sankcije kad nastupi konkretna povrjeda pravnog poretka, već da on ima i naglašenu preventivnu funkciju, jer unaprijed utječe na tijek upravnog postupanja. Štoviše, s gledišta pravne teorije, upravo je sudska kontrola predstavljala najsavršeniji oblik nadzora nad zakonitošću akata upravnih tijela odnosno djelovanja njihovih službenih osoba.<sup>4</sup>

Stupanj do kojeg je sudska zaštita zajamčena te koliko se učinkovito ona obavlja ključni je element pri ocjeni svakog modernog pravnog sustava. Načelo sudske zaštite osigurava zaštitu prava pojedinaca te preventivno sprječava prekoračenje ovlasti izvršne i upravne vlasti na štetu građana. U tom kontekstu, smatra Schwartz, i pravo Europske zajednice ustanovljava odgovarajuću i dostatnu sudsku zaštitu prava građana od samih svojih početaka, "jer sudski nadzor je sredstvo očuvanja ravnoteže snaga institucija Zajednice i država članica, kao i zaštite prava pojedinaca".<sup>5</sup>

Upravno sudovanje nerijetko se svodi na upravni spor, kao nadzornu djelatnost sudova pri ocjeni postupaju li tijela državne uprave u skladu s pravnim normama,<sup>6</sup> premda se ta dva pojma sasvim ne preklapaju.<sup>7</sup> Međutim, ipak se može ustvrditi da je upravni spor najznačajniji vid sudskog nadzora zakonitosti upravnog akta te upravo o ispravnom ustroju ovoga pravnog instituta uvelike ovisi učinkovitost sudskog nadzora nad djelatnošću uprave.

<sup>2</sup> O tome vidi u Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 128.

<sup>3</sup> Vidi Koprić, Ivan, *Upravno sudovanje na području bivše Jugoslavije*, *Hrvatska javna uprava*, god. 6, br. 1, 2006., str. 224.

<sup>4</sup> Vidi više u Borković, *Upravno*, op. cit., str. 128. te 483.

<sup>5</sup> Schwartz, Jurgen, *Judicial Review in EC Law: Some Reflections on the Origins and the Actual Legal Situation*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, no. 1, 2002., str. 18.

<sup>6</sup> Jacobini, Horace B., *An Introduction to Comparative Administrative Law*, Oceana Publications, New York, London, 1991., str. 10. U Hrvatskoj pravnoj literaturi Borković je upravni spor odredio kao oblik sudske kontrole nad upravom i to u prvom redu kontrole upravnog (pojedinačnog, individualnog) akta. Borković, *Upravno*, op. cit., str. 483. Dupelj upravni spor određuje kao spor o zakonitosti upravnog akta koji je postao konačan u upravnom postupku. Dupelj, Željko, *Upravni spor – oblik sudske kontrole nad upravnom*, *Pravo i porezi*, god. 7, br. 10, 1998., str. 30.

<sup>7</sup> O tome više u Krbeč, Ivo, *O upravnom sporu*, *Hrestomatija upravnog prava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 229-230.

Odredbe o upravnom sporu susreću se u pravnim poredcima velike većine država svijeta pa se tako susreću i u pravnom poretku Republike Hrvatske. *Ustav Republike Hrvatske*<sup>8</sup> člankom 19. stavak 2. propisuje: "Zajamčuje se sudska kontrola zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti.". U svezi s time *Zakon o upravnim sporovima*<sup>9</sup> u članku 1. propisuje: "Radi osiguranja zaštite prava građana i pravnih osoba te radi osiguranja zakonitosti sud u upravnom sporu odlučuje o zakonitosti akata kojima državni organi i organizacije koje imaju javne ovlasti rješavaju o pravima i obvezama u upravnim stvarima.". Dakle, nadzor zakonitosti upravnih akata i u Republici Hrvatskoj prvenstveno je osiguran kroz instituciju upravnog spora.<sup>10</sup>

Kao i u pravnim sustavima suverenih država načelo zakonitosti zauzima primarno mjesto i u pravu Europske zajednice. Europski sud je u presudi slučaja *Les Verts v. Parliament* istaknuo da je Zajednica "utemeljena na vladavini prava, tako da niti njezine države članice niti njezine institucije ne mogu izbjeći nadzor da li su mjere koje su usvojile u skladu sa osnovnom ustavnom poveljom, Ugovorom. Ugovor je ustanovio Europski sud kao sudsko tijelo odgovorno da države članice i institucije Zajednice postupaju u skladu sa zakonom".<sup>11</sup>

Međutim, u svezi sa sudskim nadzorom zakonitosti rada uprave, pa tako i s vođenjem upravnog spora, u Europskoj se zajednici postavljaju neka inicijalna pitanja kao npr.: je li podizanje tužbe pred Europskim sudom vezano kakvim ograničenjima te ako jeste koja su to?; je li Europski sud nadležan rješavati u postupku koji je tužitelj pokrenuo?; koji akti u pravu Zajednice mogu biti predmet upravnog spora?; iz kojih se razloga upravni akt može pobijati?; ima li tužitelj stranačku legitimaciju za pokretanje konkretnog spora?; tko sve može biti tužena stranka?; je li Sud vremenski nadležan za vođenje spora?; vodi li se upravni spor u Europskoj zajednici kao spor o zakonitosti ili se može voditi i kao spor pune jurisdikcije? i sl. Cilj je ovoga rada proanalizirati institut upravnog spora u Europskoj zajednici te uputiti čitatelje u mogućnost zaštite prava i pravnih interesa povrijeđenih aktima institucija Zajednice, po ulasku Hrvatske u Europsku uniju. Iako članak 230. stavak 1. *Ugovora o Europskoj zajednici*<sup>12</sup>

<sup>8</sup> *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 41/01. (pročišćeni tekst) i 55/01.

<sup>9</sup> *Zakon o upravnim sporovima*, Službeni list SFRJ, br. 4/77. i 36/77. te Narodne novine, br. 53/91., 9/92. i 77/92.

<sup>10</sup> Međutim, ovdje valja istaknuti da upravni spor u Hrvatskoj nije jedini vid sudskog nadzora zakonitosti upravnih akata. U oblasti nadzora nad radom uprave značajno je i ovlaštenje Ustavnog suda u svezi s rješavanjem o ustavnim tužbama. Naime, svatko može Ustavnom sudu podnijeti ustavnu tužbu, ako smatra da mu je pojedinačnim aktom tijela državne vlasti, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave ili pravne osobe s javnim ovlastima, kojim je odlučeno o njegovim pravima i obvezama ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela, povrijeđeno ljudsko pravo ili temeljna sloboda zajamčena *Ustavom*, odnosno *Ustavom* zajamčeno pravo na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu. Članak 62. stavak 1. *Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 49/02. (pročišćeni tekst).

<sup>11</sup> *Vidi Case 294/83, Les Verts v. Parliament*, European Court Review, 1339/1986.

<sup>12</sup> *Treaty Establishing the European Community*, Official Journal, 1997, C 340.

propisuje obvezu Europskog suda da nadzire zakonitost akata donesenih od institucija Zajednice, za upravni spor u Europskoj zajednici poseban značaj ima stavak 4. ovoga članka. Njime je svakoj fizičkoj i pravnoj osobi podijeljeno pravo podići tužbu protiv odluke upućene njoj ili protiv odluke koja je, iako u formi uredbe ili odluke upućene trećoj osobi, od neposrednog i pojedinačnog utjecaja na nju. Dakle, ovom se odredbom fizičkim i pravnim osobama jamči sudska zaštita prava povrijeđenih upravnim aktima institucija Zajednice.

## 2. *Pravno normiranje upravnog spora u pravu Europske zajednice*

Potreba za sudskim nadzorom djelatnosti uprave u pravu Zajednice proizlazi iz zajedničke pravne i ustavne tradicije njezinih država članica. Štoviše, još u vrijeme postojanja samo jedne Zajednice – Europske zajednice za ugljen i čelik, u slučaju *Algera v. Common Assembly of the ECSC*, 1957. godine, susrevši se s problematikom poboynosti upravnih akata, Europski sud je otvoreno izrazio nužnost sudskog nadzora u pravu Zajednice.<sup>13</sup> Ovaj je prijedlog ubrzo usvojen te je mogućnost sudskog nadzora nad radom institucija Zajednice, pa tako i vođenja upravnog spora protiv pojedinačnih akata Zajednice, u pravni sustav Europske zajednice uvedena već 1958. godine, člankom 173. *Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici*.<sup>14</sup> Uvođenjem sudskog nadzora nad zakonitošću akata institucija Zajednice već u fazi samog osnivanja zajedničkog europskog tržišta i zajednice za atomsku energiju, zaštita prava građana Europe od nezakonitih radnji institucija postavljena je kao jedan od bitnih pravnih instituta ovog, tada još pravnog sustava u nastajanju. *Ugovorom iz Amsterdama* ovo je načelo s jednom dopunom pravno institucionalizirano u *Petom dijelu Ugovora o Europskoj zajednici, Odjeljku 4.*, koji se odnosi na Sud Europske zajednice. Članak 230. stavak 1. ovog *Ugovora* propisuje: "*Europski sud nadzire zakonitost akata koje su zajednički donijeli Europski parlament i Vijeće, akata Vijeća, Komisije i Europske središnje banke, osim preporuka i mišljenja te akata Europskog parlamenta s pravnim učinkom prema trećim osobama.*". Međutim, za samo vođenje upravnog spora u pravu Zajednice, najbitniji je stavak 4. ovoga članka, koji određuje da svaka fizička i pravna osoba, pod određenim uvjetima, mogu pokrenuti postupak nadzora pojedinačnih odluka institucija Zajednice. Tako je upravni spor i pravno institucionaliziran u pravu Europske zajednice.

Da je pravo na sudsku zaštitu jedno od općih načela prava Zajednice ujedno je 1986. godine potvrdio i sam Europski sud u slučaju *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*.<sup>15</sup> Odlukom u ovom slučaju Sud je pravo na

<sup>13</sup> *Joined Cases 7/56 i 3/57, Algera v. Common Assembly of the ECSC*, European Court Review 39/1957.

<sup>14</sup> *Treaty establishing the European Economic Community*, Encyclopaedia of European Community Law, Series B, 2/1980.

<sup>15</sup> *Case 222/84, Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, European Court Review, 1651/1986.

djelotvornu sudsku zaštitu uvrstio među fundamentalna prava ustavnog poretka Europske zajednice, koja pripadaju svim njezinim subjektima. Štoviše, u slučaju *UNECTEF v. Heylens and Others*<sup>16</sup> Europski sud je, između ostalog, naveo čak i da je: "postojanje pravne zaštite sudske prirode protiv bilo koje odluke nacionalnog tijela koja onemogućava izvršenje tog prava esencijalno da bi se pojedincu osigurala djelotvorna zaštita njegovih prava".<sup>17</sup> U oba je ova slučaja Sud izričito istaknuo kako je pravo na djelotvornu sudsku zaštitu opće načelo prava Zajednice koje proizlazi iz ustavnih tradicija država članica i *Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*.<sup>18</sup> Tako je pravnom normom sadržanom u članku 230. *Ugovora o Europskoj zajednici*, ali i sudskom praksom Europskog suda utvrđeno da svaki pojedinac koji tvrdi kako na osnovu prava Zajednice uživa neko subjektivno pravo, čije mu je vršenje onemogućeno upravnim aktom tijela Zajednice, mora imati mogućnost pokretanja postupka sudske ocjene pravne valjanosti takve odluke.

### 3. *Tijelo nadležno za rješavanje upravnih sporova*

Odredbom članka 230. stavak 1. *Ugovora o Europskoj zajednici*, propisano je da nadzor zakonitosti akata institucija Zajednice obavlja Europski sud. Time je pravo i obveza sudske nadzora nad radom ovih institucija stavljena u nadležnost Europskog suda. U institucionalnom sustavu Zajednice, Europski sud predstavlja zajedničko pravosudno tijelo sa sjedištem u Luxembourg. Ustrojen neposredno po uspostavi Europske zajednice za ugljen i čelik, danas je najviši sud Europske zajednice. Članak 220. *Ugovora o Europskoj zajednici* propisuje: "*Europski sud osigurava provedbu prava u tumačenju i primjeni Ugovora*". Opći opis djelokruga Suda obuhvaća tri glavna područja: praćenje primjene pravnih odredbi Zajednice, kako od strane institucija Zajednice pri provođenju *Ugovora*, tako i od strane država članica i pojedinaca u svezi s njihovim obvezama prema pravnim odredbama Zajednice; tumačenje pravnih odredbi Zajednice; te daljnje oblikovanje pravnog sustava Zajednice. Naravno, nadležnosti Suda taksativno su navedene u *Ugovoru*.<sup>19</sup> Godine 1989. temeljem *Jedinstvenog*

<sup>16</sup> Case 222/86, *UNECTEF v. Heylens and Others*, European Court Review, 4097/1987.

<sup>17</sup> Subjektivno pravo radi zaštite kojeg je Sud smatrao nužnim da se pojedinac treba moći obratiti sudu, bilo je utemeljeno na članku 48. *Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici* (danas je to članak 39. *Ugovora o Europskoj zajednici*), koji propisuje slobodu kretanja radne snage, a nije izričito sadržavao odredbu da se ovo pravo mora zaštititi djelotvornom sudskom zaštitom

<sup>18</sup> O tome više u Čapeta, Tamara, *Sudovi Europske unije: nacionalni sudovi kao europski sudovi*, Institut za međunarodne odnose, Zagreb, 2002., str. 142.

<sup>19</sup> Tako primjerice pored obveze osiguravanja poštivanja prava, Europski sud ima i neke druge zadaće kao što su: utvrditi je li država članica propustila ispuniti neku obvezu prema *Ugovoru* (vidi članak 228. *Ugovora o Europskoj zajednici*); izvršavati neograničenu jurisdikciju u svezi s kaznama propisanim u uredbama (vidi članak 229. *Ugovora o Europskoj zajednici*); spriječiti popuštanje institucije Europske zajednice da postupa u određenom slučaju (vidi članak 232. *Ugovora o Europskoj zajednici*); rješavati o prethodnim pitanjima (vidi članak 234. *Ugovora o*

europskog akta, a s ciljem ublažavanja pritiska velikog broja slučajeva na Europski sud osnovan je Prvostupanjski sud kao samostalno tijelo u okviru Europskog suda. Prvostupanjski je sud nadležan za sporove između Europske komisije i pojedinaca i poduzeća u svezi s odlukama institucija Zajednice, za odštetne zahtjeve na temelju ugovorne ili izvanugovorne odgovornosti te za sporove između službenika Zajednice i njezinih institucija. Sve u svemu, Europski sud svojom sudskom praksom ima velik utjecaj na tumačenje, provedbu, a konačno, i stvaranje prava Europske zajednice.<sup>20</sup>

Europski sud nadležan je postupati u funkcijama koje su u državama u nadležnosti različitih, specijaliziranih sudova. Razmatrajući djelatnost Europskog suda Herdegen je naveo kako Europski sud, između ostaloga, djeluje kao ustavni sud, ali i kao upravni sud Zajednice.<sup>21</sup> Polivalentnost Europskog suda uočava i Gröbern koji, opisujući Europski sud, ističe da je "*Ugovor uveo ne samo europski građanski i upravni, već i ustavni sud*".<sup>22</sup> Slično razmišljanje nalazi se i u hrvatskoj pravnoj teoriji, gdje Mlikotin-Tomić ističe kako Europski sud obavlja funkcije ustavnog, međunarodnog, upravnog suda te suda za rješavanje radnih sporova.<sup>23</sup> Analizirajući postupke koji se vode pred Europskim sudom može se ustvrditi da Europski sud djeluje kao ustavni sud kada se pred njim nađu sporovi između institucija Zajednice ili kada mu se pravni akti podnose na razmatranje radi utvrđivanja zakonitosti. Kao sud rada nastupa kada se bavi slobodom kretanja, socijalnom sigurnošću i jednakim mogućnostima. Ulogu financijskog suda Europski sud preuzima u rješavanju predmeta vezanih uz valjanost i tumačenje smjernica na području poreznog i carinskog prava. Kao kazneni sud djeluje pri razmatranju odluka Komisije o izricanju kazni, kao građanski sud

---

*Europskoj zajednici*); određivati naknadu za štetu počinjenu od institucija Zajednice ili njihovih službenika (vidi članak 235. i 288. *Ugovora o Europskoj zajednici*); odlučivati u sporovima između Zajednice i njezinih službenika (vidi članak 236. *Ugovora o Europskoj zajednici*); odlučivati u sporovima koji se odnose na države članice prema *Statutu Europske investicijske banke* ili mjerama usvojenim od tijela Europske investicijske banke i obvezama nacionalnih središnjih banaka (vidi članak 237. *Ugovora o Europskoj zajednici*); donositi presude u svezi s arbitražnim klauzulama u ugovorima sklopljenim od strane ili u ime Zajednice (vidi članak 238. *Ugovora o Europskoj zajednici*); odlučivati u sporovima u kojima je Zajednica jedna od stranaka (vidi članak 240. *Ugovora o Europskoj zajednici*); odlučivati o neprimjenjivosti uredbi (vidi članak 241. *Ugovora o Europskoj zajednici*); propisivati potrebne privremene mjere (vidi članak 242. *Ugovora o Europskoj zajednici*); te odlučivati o žalbama protiv presuda Prvostupanjskog suda (vidi članak 225. stavak 1. *Ugovora o Europskoj zajednici*).

<sup>20</sup> Više o tome vidi u Peterson, John, Shackleton, Michael, *The Institutions of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002., str. 136-137.

<sup>21</sup> U organizaciji Europskog suda nalaze se i neki formalni elementi specifični za upravne sudove. Herdegen, Matthias, *Europsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2003., str. 102.

<sup>22</sup> von der Gröben, Hans, *Aufbaujahre der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982., str. 264.

<sup>23</sup> *Pravo Europske ekonomske zajednice: Pravni akti i dokumenti*, Informator, Zagreb, 1989., str. 12.

kada vodi rasprave o odštetnim zahtjevima, dok kao upravni sud djeluje prilikom razmatranja upravnih akata koje su donijele institucije Zajednice.

Iz razmatranja i analize funkcija i nadležnosti Europskog suda razvidno je da on, između ostalog, vrši i poslove upravnog suda Zajednice.<sup>24</sup> Stavljanjem u nadležnost Europskog suda prava i obveze nadzora zakonitosti mjera institucija Europske zajednice, pa tako i pravnih akata koje one donose, očito je u Europskoj zajednici, unatoč znatnoj recepciji europskog kontinentalnog prava, barem organizacijski, prihvaćen angloamerički model nadzora zakonitosti koji se ne provodi, u tu svrhu od posebno ustrojenog tijela. Prema pravnoj teoriji, ovakav ustroj opravdanje ima u "*jedinstvu općeg prava*" te načelu diobe vlasti, iz čega slijedi potreba da njegove institucije čuva isto tijelo, bez obzira tko vrijeda odnosna pravna načela. Stoga je ova uloga povjerena redovnom sudu, pa je on prema prirodi svoje funkcije pozvan kontrolirati i upravnu vlast.<sup>25</sup> Nasuprot ovome sustavu, postoji sustav u kojem nadzor zakonitosti akata uprave obavljaju posebni upravni sudovi. Ovaj sustav nadzora zakonitosti rada uprave tipičan je za europsko kontinentalno pravo te ga se nalazi u većini europskih država kao npr. Njemačkoj, Austriji, Italiji, Švicarskoj, Belgiji, Luksemburgu, Nizozemskoj, Portugalu, Grčkoj, Švedskoj, Finskoj i sl.<sup>26</sup> Hrvatski sustav nadzora ustrojen je po uzoru na francuski model te upravne sporove rješava Upravni sud Hrvatske kao specijalizirani sud ustrojen upravo u tu svrhu.<sup>27</sup> Kada se u teoriji uspoređuju vrijednosti jednog i drugog sustava, sustavu posebnih upravnih sudova u prilog ide veća specijalizacija, potpunije rješavanje sporova i, posebno, uloga upravnih sudova u razvoju upravnog prava.<sup>28</sup> Ovdje čudi prihvaćanje anglosaksonske

<sup>24</sup> Pristupajući ovom pitanju s materijalnog aspekta, argument polivalentne funkcije Europskog suda pronalazi se i u pojmovniku Europske zajednice objavljenom u *International Journal of Constitutional Law*, u kojem stoji kako je u nadležnosti Prvostupanjskog suda između ostalog i rješavanje upravnih sporova. Glossary, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, no. 2-3, 2005., str. 167.

<sup>25</sup> Sustav kontrole uprave preko redovnih sudova naziva se obično angloamerički (anglosaksonski) sustav. Ovaj sustav povijesno je vezan uz Veliku Britaniju, odakle se prenio u njezine nekadašnje kolonije, a osobito u Sjedinjene Države. Organizacijski promatrano, upravno sudovanje preko redovnih sudova poznato je i u raznim drugim zemljama kao što su npr. Kanada, Australija, Novi Zeland, Irska, Izrael, Indija, Kenija, a u Europi npr. Danska i Norveška. Borković, *Upravno*, op. cit., str. 487.

<sup>26</sup> Ovaj sustav još se naziva i francuskim sustavom, jer su se povijesno gledajući upravo u Francuskoj najprije ustrojila posebna tijela sa zadatkom obavljanja ovog vida nadzora. Ovdje je doktrina o diobi vlasti bila osnov nastojanja da se sudskom sustavu starog režima onemogućiti utjecaj na upravu. Za odnose između upravne i sudske vlasti u povijesnom razvoju francuskog sustava kontrole uprave posebno je značajan *Zakon iz godine 1790.*, koji člankom 13., utvrđuje da su sudske funkcije odvojene i ostaju uvijek razlučene od upravnih funkcija i da suci ne smiju ni na koji način remetiti upravne operacije niti pred sebe pozvati upravne službenike zbog vršenja njihovih funkcija. Više o tome vidi u Borković, *Upravno*, op. cit., str. 488-489.

<sup>27</sup> Članak 3. stavak 1. *Zakona o upravnim sporovima*.

<sup>28</sup> Od svega toga svakako je najznačajnija stvaralačka uloga koju su upravni sudovi odigrali u razvoju upravnog prava. To posebno vrijedi za francuski Državni savjet i austrijski Upravni sud. Više vidi u Krijan, Pero, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*,

organizacije upravnog sudovanja u pravnom sustavu Europske zajednice, posebice kad se u obzir uzme da je na funkcioniranje upravnog spora u Zajednici značajan utjecaj imalo upravo francusko pravo.<sup>29</sup>

#### 4. Predmet upravnog spora

Predmet upravnog spora je ocjena zakonitosti upravnog akta. Uvijek je posrijedi pojedinačni upravni akt kojim se autoritativno odlučuje o pravu ili obvezi određenog subjekta. Pri ocjeni zakonitosti zadatak je suda utvrditi je li u konkretnom slučaju zakon, odnosno drugi propis ili opći akt, pravilno primijenjen u materijalnom i formalnom smislu. Upravni se spor može voditi protiv upravnog akta, ali ne i svakog drugog akta uprave, jer nisu svi akti podložni sudskom nadzoru. U Republici Hrvatskoj, primjerice upravni se spor može voditi samo protiv upravnog akta, a upravnim se aktom smatra akt kojim državno tijelo ili pravna osoba s javnim ovlastima u vršenju javnih ovlasti, rješava o stanovitom pravu ili obvezi određenog pojedinca ili organizacije u kakvoj upravnoj stvari.<sup>30</sup>

U pravu Zajednice stvar nije toliko jasna. Kako članak 230. nigdje izričito ne navodi protiv koje se vrste akata može pokrenuti postupak sudskog nadzora zakonitosti, ovo pitanje treba proanalizirati tumačeći odredbe *Ugovora o Europskoj zajednici* te uzevši u obzir praksu Europskog suda. Navedeni je članak od mogućnosti sudskog nadzora izričito izuzeo preporuke i mišljenja, dakle pravno neobvezujuće akte. S druge strane, dopustio je sudski nadzor nad "*aktima Europskog parlamenta s pravnim učinkom prema trećim osobama*". Može se, dakle, zaključiti kako bi akt podložan sudskom nadzoru trebao imati pravni učinak, tj. biti obvezujući. U prilog ovoj tezi ide i gledište Europskog suda u slučaju *Commission v. Council* poznatijem kao *ERTA case* iz 1971. godine.<sup>31</sup> Sud je ovdje istaknuo: "*Kako su od stavljanja izvan snage na zahtjev država članica i institucija isključene samo 'preporuke i mišljenja' – koje u skladu sa zadnjim paragrafom članka 189. nemaju obvezujući karakter – prema članku 173. aktom podložnim sudskom nadzoru smatra se svaka pravna mjera donesena od institucija s ciljem pravnog obvezivanja.*"<sup>32</sup> Štoviše, i Europski sud je u odluci slučaja *Parliament v. Council* poznatijem kao *Lomé Convention case* iz 1994. godine,<sup>33</sup> ustvrdio kako je predmet sudskog nadzora svaki akt institucija koji ima

Informator, Zagreb, 2001., str. 1. te Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave: funkcioniranje i upravni spor*, knj. 3., Birozavod, Zagreb, 1962., str. 265-266.

<sup>29</sup> Tako je npr. Služba pravobranitelja oblikovana poput institucije "*commissaire du gouvernement*" koja postoji pri francuskom Državnom savjetu (franc. *Couseil d'Etat*) kao najvišem upravnom sudu u Francuskoj.

<sup>30</sup> Članak 6. Zakona o upravnim sporovima.

<sup>31</sup> Case 22/70, *Commission v. Council (ERTA)*, European Court Review, 263/1971.

<sup>32</sup> Članak 230. *Ugovora o Europskoj zajednici* u *Ugovoru o Europskoj ekonomskoj zajednici* nosio je numeraciju 173.

<sup>33</sup> Case 316/91, *Parliament v. Council (Lomé Convention)*, European Court Review, I-6250/1994.

pravni učinak, čak i bez obzira je li usvojen u skladu s odredbama *Ugovora*. Može se zaključiti kako se sudski nadzor zakonitosti može dopustiti samo nad aktima s pravnim učinkom, dakle uredbama, smjernicama i odlukama, od kojih su u kontekstu upravnog spora najbitnije odluke kao pojedinačni akti institucija Europske zajednice.

Aviani navodi kako su odluke u pravu Zajednice pravni akti koji obvezuju u cijelosti one subjekte kojima su upućene, odnosno koji su njima imenovani. U tom smislu odluka pravno uređuje konkretni pravni odnos. Što se tiče pravne prirode odluke, on navodi kako odluka u pravu Zajednice načelno odgovara pojmu upravnog, dakle pojedinačnog akta u nacionalnom pravu. Takve se odluke, koje su po svojoj pravnoj prirodi upravni akti, donose u onim slučajevima kada su odgovarajuća tijela Zajednice mjerodavna za neposrednu primjenu bilo primarnih bilo sekundarnih izvora prava. Međutim, Aviani ujedno ističe da prema shvaćanju Europskog suda i odluka može djelovati "*erga omnes*" i kao takva imati opći ("*kvazizakonski*") karakter.<sup>34</sup>

U pravu zajednice nerijetko se postavlja pitanje je li neki akt institucije odluka u materijalnom smislu, tj. ima li taj akt pravni učinak ili ne? Hartley ističe kako akt ima pravni učinak ako mijenja pravni položaj neke osobe. Pravni položaj osobe ukupan je zbroj njezinih subjektivnih prava i obveza, a da bi akt imao pravni učinak, on mora proizvesti promjenu prava i obveza neke osobe. Hartley tako navodi da "*...ako pravni akt samo potvrđuje prethodni akt, on ne mijenja ničiji pravni položaj. On nema nikakve pravne učinke. To, međutim, ne vrijedi ako kasniji akt nadilazi prvi i stvara nova prava i obveze, ili ako je nakon donošenja prvog akta došlo do bitnih promjena okolnosti, tako da su pravni učinci prvog akta izmijenjeni. Napose, to će biti slučaj kada presuda suda obvezuje vlast da ponovo razmotri prvi akt.*"<sup>35</sup> Pravnim učinkom akta institucija Zajednice bavio se i Europski sud. Tako je ovo pitanje Sud detaljno analizirao u slučaju *Noordwijks Cement Accord* iz 1967. godine.<sup>36</sup> Ovdje se postavilo pitanje je li "*dopis*" protiv kojeg je pokrenut postupak sudskog nadzora samo "*mišljenje*" ili on ima svoj pravni učinak. Europski sud je zauzeo stajalište da je učinak dopisa ukidanje trgovačkom društvu imuniteta od kažnjavanja propisanog člankom 15. stavak 5. *Pravilnika 17*. te stoga ima pravni učinak na interese poduzetnika. Kako se njihov pravni položaj uskratim navedenog imuniteta dijametralno mijenja, "*dopis*" je za njih obvezujući. Stoga se u ovom slučaju radilo o aktu s pravnim učinkom – dakle odluci, a ne samo o mišljenju, pa je postupak sudskog nadzora zakonitosti bilo moguće pokrenuti.

<sup>34</sup> Aviani, Damir, *Pojam i izvori upravnog prava Europske unije*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru*, vol. 15, 2002., str. 242.

<sup>35</sup> Hartley, Trevor C., *Temelji prava Europske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Europske zajednice*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, COLPI, Rijeka, 1999., str. 344. i 346.

<sup>36</sup> *Joined cases 8-11/66, Noordwijks Cement Accoord*, *European Court Review*, 75/1967.



U slučaju *Fédération Européenne de la Santé Animale v. Council*<sup>37</sup> Sud je, npr. odobrio vršenje sudskog nadzora zakonitosti nad odlukom koja je donesena u formi naputka. Međutim, u slučajevima *Group of the European Right v. Parliament*<sup>38</sup> i *Les Verts v. Parliament* Sud je utvrdio da akt koji ima interni pravni učinak, ipak ne podliježe sudskom nadzoru te ne može biti predmet upravnog spora. Drugim riječima, ako akt utječe samo na unutarnje ustrojstvo ili djelovanje institucije koja ga je usvojila, treće stranke ga ne mogu pobijati. Međutim, ovdje valja napomenuti da nije uvijek jednostavno povući granicu između čisto internog akta i onog koji utječe na treće stranke.

Do velikih problema u praksi može doći kada institucija donese akt koji je obvezuje u pogledu njezinog djelovanja u budućnosti. S obzirom da se na taj način može lišiti neke ovlasti – konkretno ovlasti da djeluje drugačije – to može utjecati na pravni položaj onih koji bi imali koristi od izvršavanja ovlasti. Pitanje je, međutim teško, s obzirom na to da institucija može i opozvati akt. Pa ipak, ako je institucija vezana aktom sve dok ga ne opozove, vjerojatno treba smatrati, drži Hartley, da akt podliježe sudskom nadzoru te da može biti predmetom upravnog spora.<sup>39</sup>

Iz navedenog se može zaključiti da akt protiv kojega se pokreće upravni spor mora biti odluka. U slučaju da pobijani akt nije odluka, fizičke i pravne osobe neće moći postaviti pitanje ocjene njegove zakonitosti prema članku 230. *Ugovora o Europskoj zajednici*, jer pojedinac ne može pokrenuti postupak sudskog ispitivanja zakonitosti općeg akta niti se protiv takvog akta može voditi sudski spor. Međutim, u praksi Europske zajednice u više se navrata dogodilo da se akt koji je po pravnoj prirodi odluka naslovi kao "uredba". Stott i Felix, pozivajući se na sudsku praksu u slučajevima *Federation European de las Sante Animale v. Council* i *Government of Gibraltar v. Council*<sup>40</sup> smatraju kako je odluka u formi uredbe otvorena za sudsko ispitivanje te stoga može biti predmetom upravnog spora. Stoga je pitanje kako razlikovati uredbu od odluke u formi uredbe, više nego bitno za proanalizirati, jer kao što iz navedenog jasno proizlazi, upravni spor moguće je pokrenuti protiv akta koji je odluka po prirodi, bez obzira u kojoj je formi donesena. Stott i Feliks ujedno smatraju da bi se ovdje trebalo primijeniti iste kriteriji kao i pri određivanju ima li neki pravni akt pravni učinak ili ne.<sup>41</sup> U slučaju *Confédération Nationale des Producteurs de Fruits et Legumes v. Council* iz 1962. godine,<sup>42</sup> Europski je sud utvrdio da pojam "odluka"

<sup>37</sup> Case 160/88R, *Fédération Européenne de la Santé Animale v. Council*, European Court Review 4121/1988.

<sup>38</sup> Case 78/85, *Group of the European Right v. Parliament*, European Court Review, 1753/1988.

<sup>39</sup> O tome u Hartley, op. cit., str. 347.

<sup>40</sup> Case 298/89, *Government of Gibraltar v. Council*, European Court Review, I-3605/1993.

<sup>41</sup> Stott, David, Felix, Alexandra, *Principles of Administrative law*, Cavendish, London, 1997., str. 295.

<sup>42</sup> Joined Cases 16 and 17/62, *Confédération Nationale des Producteurs de Fruits and Others v. Council*, European Court Review, 471/1962.

sadržan u članku 230. ima isto značenje kao i "odluka" u članku 249. stavak 4. *Ugovora o Europskoj zajednici*. Kako članak 249. stavak 2. određuje uredbu kao "obvezujuću u cijelosti", a odluku kao "obvezujuću za one kojima je upućena", može se zaključiti da postoji razlika jer uredba ima opću primjenu na sve pravne subjekte, dok se odluka primjenjuje samo na adresata akta.<sup>43</sup> Dok je uredba opći, tj. normativni akt, odluka je pojedinačni akt. Stoga u određivanju je li akt prema pravnoj prirodi odluka ili uredba, pozornost treba usmjeriti na okolnost odnosi li se akt na pojedinačnu osobu ili ima opću primjenu. Međutim, bitno je napomenuti, smatra Granger da iako je uredba akt opće primjene, jer je "upućena u apstraktnom obliku nedefiniranom krugu osoba te se primjenjuje u objektivno određenoj situaciji", neke odredbe uredbe ipak mogu biti od izravnog i pojedinačnog interesa za tužitelja.<sup>44</sup>

Navedeni slučajevi ukazuju na nerijetko odstupanje naziva akta od njegove pravne prirode, što onda dovodi do dvojbi o mogućnosti vođenja upravnog spora protiv takvih akata. Međutim, valja istaknuti da iako je Sud spreman zauzeti stajalište da akt koji prema obliku nije odluka, prema sadržaju to jest, do sada nije krenuo suprotnim pravcem i odlučio da je akt koji je odluka prema svom obliku, prema prirodi neka druga vrsta pravnog akta.<sup>45</sup>

### 5. Razlozi za pobijanje akta

Razlozi zbog kojih se može pobijati zakonitost akata institucija Zajednice propisani su člankom 230. stavak 2. *Ugovora o Europskoj zajednici*. To su nenadležnost, bitne povrjede postupka, povrjede *Ugovora* ili bilo kojeg pravnog pravila vezanog uz njegovu primjenu te zloraba ovlasti.

Kako institucije Zajednice uživaju "podijeljene", a ne "opće ovlasti", one mogu obavljati samo one poslove koji su im izričito stavljeni u nadležnost *Ugovorima*. U slučaju da neka institucija Zajednice djeluje bez pravnog osnova,

<sup>43</sup> Europski sud je u istom slučaju ustvrdio: "... uredba treba imati opću primjenu i treba biti izravno primjenjiva u svim državama članicama, dok odluka treba biti obvezna samo za one osobe na koje se odnosi. Kriterij razlikovanja mora se tražiti u općoj primjeni ili drugim mjerama koje su u pitanju. Bitna obilježja odluke proizlaze iz ograničenja broja osoba kojima je upućena, dok se uredba, koja je u biti zakonodavne naravi, primjenjuje ne na ograničeni broj osoba, određenih ili odredivih, već na skupine osoba uzetih apstraktno i u cijelosti. Stoga, da bi se u spornim slučajevima utvrdilo je li riječ o odluci ili o pravilniku, nužno je ustanoviti odnosi li se mjera o kojoj je riječ pojedinačno na određene osobe. U tim okolnostima, ako mjera kojoj je njezin tvorac dao naziv uredba sadrži odredbe koje se mogu ne samo neposredno već i pojedinačno odnositi na određene fizičke ili pravne osobe, mora se dopustiti – bez prejudiciranja ugovora na pitanje je li ispravno mjeru u cijelosti nazvati uredbom – da svakako te odredbe nemaju obilježje uredbe i stoga ih te osobe ne mogu pobijati na temelju drugog stavka članka 173." (sada četvrtog stavka članka 230. – op. a.).

<sup>44</sup> Granger, Marie-Pierre, *Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jégo-Quéré et Cie SA v Commission and Unión de Pequeños Agricultores v Council*, *Modern Law Review*, vol. 66, no. 1, 2003., str. 129.

<sup>45</sup> Hartley, op. cit., str. 363.

Europski sud takav akt treba staviti izvan snage zbog nenadležnosti. Pitanje nadležnosti je toliko važno da Sud mora izvršiti ovu kontrolu čak i kada je protekao rok za pokretanje postupka nadzora zakonitosti.<sup>46</sup> U skladu s odlukom Suda u slučaju *Commission v. France*, u svakom aktu mora biti jasno naznačeno na kojim se odredbama Zajednice zasniva. Hartley ističe kako se na ovu osnovu u praksi rijetko poziva, jer je teško – osim, možda, u slučajevima delegiranja – dokazati da je institucija koja je donijela akt bila nenadležna. Češća je pritužba da je akt usvojen na temelju pogrešne ovlašćujuće odredbe, tj. da su Vijeće ili Komisija bili ovlašteni donijeti ga na temelju jedne odredbe, ali su ga donijeli na temelju druge.<sup>47</sup> Međutim, Sud će poništiti mjeru samo ako je pozivanje na pogrešnu ovlašćujuću odredbu imalo značajnije posljedice, npr. ako je odredba tražila kvalificiranu većinu, dok je ispravna odredba predviđala jednoglasnost.

Do bitnih povrjeda postupka doći će, npr. kada Vijeće donese odluku bez prijedloga Komisije ili bez savjetovanja s Parlamentom ili ako Komisija donese prijedlog bez da zatraži mišljenje Ekonomskog i socijalnog odbora, a ovo se zahtijeva *Ugovorom*. Sud tada s osnova bitne povrjede postupka treba staviti akt izvan snage. Proglašavanje akta nevaljanim zbog beznačajne postupovne pogreške nepotrebno bi sputavalo djelovanje uprave i poticalo pretjerani formalizam, što bi naposljetku usporavalo upravni postupak. Pravo stoga, ostvaruje kompromis ograničavajući sankciju stavljanja izvan snage samo na one slučajeve gdje je došlo do povrjede neke važne odredbe. Međutim, kako odrediti radi li se o bitnoj ili nebitnoj povrjedi postupka? Ukoliko nepoštivanje odredbe može utjecati na konačan sadržaj akta, opravdano se može zaključiti da je riječ o bitnom zahtjevu. Primjerice zahtjevi da se konzultira druga institucija ili da se saslušati zainteresirana osoba, mogu se svrstati u bitne zahtjeve, jer činjenice i argumenti koji bi se kroz taj postupak mogli predočiti instituciji koja donosi akt mogli bi je navesti na izmjenu sadržaja mjere. Međutim, bitnim postupovnim zahtjevom smatra se i navođenje obrazloženja u aktu, jer upravo obrazloženje pomaže Sudu u obavljanju njegove nadzorne funkcije, te se trećim osobama omogućuje upoznati s načinom kako institucije koje donose propise izvršavaju svoje ovlasti.

Povrjeda *Ugovora* ili bilo kojeg pravnog pravila vezanog uz njegovu primjenu obuhvaća, u biti, sve moguće oblike nezakonitosti. Međutim, može se prihvatiti tumačenje da se u bitnim povrjedama postupka radi o povrjedi postupovnopравnih, a ovdje o povrjedi materijalnopravnih pravila, sadržanih u primarnom i sekundarnom zakonodavstvu Zajednice. Hartley smatra da ovaj slučaj nezakonitosti obuhvaća sve osnivačke *Ugovore* te "*svako pravno pravilo koje se odnosi na primjenu bilo kojeg od Ugovora*". Tako se ovdje, pored *Ugovora*, u obzir treba uzeti akte Zajednice (uključujući akte *sui generis*), supsidijarne konvencije (pod uvjetom da su dio pravnog sustava Zajednice), akte

<sup>46</sup> Vidi npr. Joined Cases 6 and 11/69, *Commission v. France*, European Court Review, 523(11-13)/1969.

<sup>47</sup> Hartley, op. cit., str. 428.

predstavnik država članica (ukoliko su pravno obvezujući) te ugovore s trećim državama koji su obvezujući za Zajednicu (bilo da ih je zaključila Zajednica ili države članice).<sup>48</sup> Dakle povrjeda drugog akta Zajednice bit će osnova za stavljanje izvan snage, ako je taj akt bio obvezujući za donositelja, pobijanog akta. Štoviše, Mathijsen smatra da se pod ovaj razlog nezakonitosti može podvesti i povrjeda općih načela prava, kao što su zaštita legitimnih očekivanja, pravo na saslušanje, pravna sigurnost, načelo jednakog postupanja, zabrane diskriminacije i sl.<sup>49</sup>

Do zloupotrebe ovlaštenja dolazi kada javna vlast koristi svoje zakonske ovlasti u svrhu postizanja cilja za koji ove ovlasti nisu podijeljene. Ova se osnova razlikuje od ostalih jer, pored objektivnih, uključuje i postojanje subjektivnih čimbenika. Da bi se utvrdila, mora se utvrditi koji je bio cilj – motiv ili namjera – tijela koje je izvršavalo ovlast. Zbog toga je zloupotrebu ovlasti mnogo teže dokazati nego druge osnove. Međutim, nije potrebno uvijek dokazati zlu namjeru, jer neka institucija može i bez krivnje zloupotrijebiti svoje ovlasti ako dobro ne prosudi svrhu zbog koje su joj dane. Iako se na ovaj vid nezakonitosti u praksi Europskog suda pozivalo u više navrata, Sud je ovu osnovu rijetko prihvatio kao razlog stavljanja akta izvan snage.<sup>50</sup>

U skladu s člankom 232. *Ugovora o Europskoj zajednici*, Europskom sudu se može podnijeti tužba i zbog šutnje uprave. Pravo podnošenja ove tužbe također imaju države članice i sve institucije Zajednice, kao i fizičke i pravne osobe. Međutim, tužba je dopuštena samo ako je odnosna institucija prethodno bila pozvana na djelovanje, a u roku od dva mjeseca od takvog poziva odnosna institucija nije zauzela stajalište. Tužba se, kao i iz razloga određenih člankom 230. *Ugovora* može podnijeti u daljnjem roku od dva mjeseca. No, Herdegen upozorava da se ova tužba nije pokazala kao učinkovito sredstvo zaštite prava pojedinca.<sup>51</sup>

Može se zaključiti da su navedene osnove vrlo široke te obuhvaćaju gotovo svaki vid nezakonitosti. One se, štoviše, u znatnoj mjeri i preklapaju. Drugim riječima, ako se povrjeda *Ugovora* ili bilo kojeg pravnog pravila vezanog uz njegovu primjenu dovoljno široko tumači, ona može obuhvaćati i ostale tri. Iako razlozi zbog kojih se može pobijati zakonitost akta imaju porijeklo u francuskom upravnom pravu, Europski sud se treba brinuti o pravnoj tradiciji svih država članica, kao i o posebnim okolnostima u kojima djeluje Zajednica.

<sup>48</sup> Ibid., str. 432.

<sup>49</sup> Mathijsen, *Piere, A Guide to European Union Law*, Sweet & Maxwell, London, 1999., str. 136-137.

<sup>50</sup> Rijedak primjer je presuda u slučaju *Case 92/78, Simmenthal v. Commission*, European Court Review, 777/1979. Vidi još Mathijsen, op. cit., str. 138.

<sup>51</sup> Herdegen, op. cit., str. 144.

## 6. Tužitelj

Upravni spor se pokreće tužbom kojom nezadovoljna stranka osporava zakonitost konkretnog upravnog akta. Stranka tužbom od suda zahtijeva da nakon utvrđene nezakonitosti stavi osporavani akt u cijelosti ili djelomično izvan snage te tako zaštititi prava odnosno interese koje stranka smatra povrijeđenim tim upravnim aktom. Pravu pokretanja sudskog nadzora zakonitosti akata Zajednice posvećeni su stavci 2., 3. i 4. članka 230. *Ugovora*. Ovim su stavcima potencijalni tužitelji podijeljeni u tri kategorije. Stavak 2. određuje da postupak mogu pokrenuti države članice, Vijeće Europske unije i Europska komisija. Kako one mogu pokrenuti postupak u svakom slučaju te ne moraju dokazivati pravni interes u konkretnoj stvari, u teoriji ih se ujedno naziva "*privilegiranim tužiteljima*".<sup>52</sup> Opravdanje za davanje neograničenog *locus standi* privilegiranim tužiteljima Hartley nalazi u činjenici "*da se na njih odnosi svaki akt Zajednice*".<sup>53</sup> Stavak 3. odnosi se na Europski parlament, Europski revizijski sud i Europsku središnju banku te propisuje da ovi subjekti mogu pokretati postupak sudskog nadzora zakonitosti akata zajednice, ali samo u svrhu zaštite svojih prava.<sup>54</sup>

Međutim, s gledišta zaštite subjektivnih prava građana u upravnom sporu, ovdje je najzanimljiviji stavak 4. navedenog članka. On propisuje da svaka fizička ili pravna osoba može pokrenuti postupak sudskog nadzora protiv odluke koja se odnosi na nju ili protiv odluke koja je iako donesena u obliku uredbe ili odluke upućene trećoj osobi, od neposrednog i pojedinačnog značaja za nju. Ovdje se govori o tzv. "*neprivilegiranim tužiteljima*", koji prilikom podizanja tužbe moraju dokazati svoj pravni legitimitet. Fizička ili pravna osoba može podići tužbu i voditi upravni spor protiv odluke Zajednice, ukoliko je ona adresat toga akta, ali i u slučajevima kada je ovom odlukom povrijeđen neposredni i pojedinačni interes te osobe iako ona nije adresat akta. Ovdje najprije treba primijetiti da fizičke i pravne osobe mogu pokrenuti upravni spor samo protiv jedne vrste pravnog akta – odluke. Kao što je ranije objašnjeno, bitno je da se postupak pokreće protiv akta koji je odluka prema pravnoj prirodi, a ne isključivo prema formi. Tako, fizička ili pravna osoba može podići tužbu i za utvrđivanje nezakonitosti odluke u formi uredbe, ukoliko je ona od neposrednog i pojedinačnog utjecaja na tužitelja. Konačno, fizička ili pravna osoba mogu podići tužbu za utvrđivanje nezakonitosti akta Zajednice ukoliko je taj akt odluka

<sup>52</sup> Vidi npr. Stott, Felix, op. cit., str. 294., Hartley, op. cit., str. 362. i sl.

<sup>53</sup> Iako Hartley tvrdi da je zamisao općeg interesa opravdana u slučaju institucija Zajednice, "*u slučaju država članica ona se može objasniti samo na osnovi hibridne naravi Zajednice, koja je napola međuvladina organizacija, a napola federacija*". Hartley, op. cit., str. 362.

<sup>54</sup> Stott i Felix ističu kako je i prije zakonodavne intervencije Europski sud u slučaju *European Parliament v. Council* poznatijem kao *Chernobyl case* iz 1990. godine, priznao Europskom parlamentu legitimaciju za pokretanje pitanja sudskog nadzora zakonitosti akata, radi održavanja institucionalne ravnoteže unutar Zajednice, kako je ona postavljena u *Osnivačkim ugovorima*. Stott, Felix, op. cit., str. 294.

koja se odnosi na treću osobu, te ako je od neposrednog i pojedinačnog učinka na tužitelja.

Dakle, članak 230. *Ugovora o Europskoj zajednici* ovlašćuje sve subjekte prava Zajednice da pokrenu postupak ispitivanja zakonitosti akata Zajednice, u svrhu zaštite od samovoljnih radnji njezinih institucija. Međutim, i u Europskoj zajednici i svim njezinim državama članicama primjenjuje se izvorno francusko načelo *pas d'intéret pas d'action* te se smatra da tužba za poništenje nije dopuštena kada tužitelj nema interes stavljanja mjere izvan snage. Štoviše, takav se interes može pokazati samo ako će stavljanje mjere izvan snage imati pravni učinak na tog subjekta. Dakle, može se ustvrditi da su mogućnosti podizanja tužbe za fizičke i pravne osobe znatno ograničenije nego za države članice i institucije Zajednice.

Jasno je da fizičke i pravne osobe moraju imati interes pobijati zakonitost odluke ukoliko se "*odluka odnosi na tu osobu*". Međutim, kada je u pitanju akt koji ima opću primjenu, kao npr. uredba, smatra se da se takav akt odnosi na sve i nikoga posebno. Slijedom toga, takvi akti ne bi mogli biti ispitivani pred Sudom od strane pojedinaca ili poduzeća, ukoliko ovi ne dokažu da opći akt sadrži odredbu koja u stvarnosti ima više "*pojedinačnu*" negoli "*opću*" primjenu. Ili, kako je *Ugovorom* propisano, da je to "*odluka, koja, iako u formi uredbe ili odluke upućena drugoj osobi, je od neposrednog i pojedinačnog učinka na navedenu osobu*".<sup>55</sup> Dakle, može se ustvrditi da privatna osoba može pobijati akt koji je prema svojoj prirodi odluka, ali pod uvjetom da je adresat te odluke ili se odluka na nju neposredno i pojedinačno odnosi. Da bi mogao pokrenuti tužbom upravni spor, tužitelj, dakle, može, ali nužno ne mora sudjelovati u upravnom postupku donošenja toga akta.

Kako je prema članku 189. stavak 4. *Ugovora o Europskoj zajednici* odluka u cijelosti obvezujuća za onog na koga je naslovljena, stranačka legitimacija za podizanje tužbe u slučaju u kojem se tužitelj javlja kao adresat akta nije sporna. Do mogućih dvojbi dolazi kada je odluka donesena u formi uredbe ili kada je adresat treća osoba. Razlog tomu je što u ovim slučajevima tužitelj mora pokazati da je neposredno i pojedinačno zahvaćen dispozitivom odluke. Ovdje se postavljaju dva pitanja. Najprije kako dokazati neposredni interes te kako dokazati pojedinačni interes? Pretpostavka neposrednog interesa zahtijeva postojanje neposredne veze između donesenog akta i učinka tog akta na tužitelja. Drugim riječima, neposrednost interesa ovdje znači da je riječ o interesu koji je u izravnoj vezi s dispozitivom upravnog akta, interesu što ga ta odluka vrijeda, pa bi interes bio zadovoljen čim bi bio stavljen izvan snage akt kojim se on vrijeda. Dakle, nije samo dostatno postojanje veze između akta i pravnog učinka toga akta na određenu osobu, već ta veza mora biti neposredna. To znači da niti

<sup>55</sup> Vidi npr. *Joined Cases 41-44/70, International Fruit Company v. Commission*, European Court Review, 411/1971., gdje Sud drži da članak 1. *Uredbe 983/70 "nije odredba s općom primjenom, već se mora analizirati kao skup pojedinačnih odluka"* te *Case 138/79, Roquette Frères v. Council*, European Court Review, 3333/1980. Više vidi u Mathijssen, op. cit., str. 134.

jedan događaj ili okolnost ne smije djelovati na pravni učinak akta prema osobi potencijalnog tužitelja. Primjerice, pravni učinak akta Zajednice ne smije ovisiti od slobodnoj ocjeni države članice za izvršenje toga akta, jer u tom slučaju potencijalni tužitelj neće imati neposredni već samo posredni interes. Herdegen, tako, navodi kako postoji neposredno zadiranje u interes pojedinca kada Komisija od neke države članice zahtijeva opoziv subvencija podijeljenih tom pojedincu.<sup>56</sup>

Pojedinačno se zadire u prava pojedinca ako se odluka zbog posebnih okolnosti i zbog određenog osobnog svojstva na njih kvalificirano odnosi i individualizira ih kao adresate. Kriterij za određivanje postojanja ili nepostojanja pojedinačnog interesa postavio je Europski sud u slučaju *Plaumann & Co. v. Commission*.<sup>57</sup> Ovdje je Sud ustvrdio: "*Osobe koje nisu adresati odluke mogu tvrditi da se odluka na njih neposredno odnosi samo ukoliko ta odluka utječe na njih, jer se odnosi na značajke koje su njima svojstvene ili na obilježja koja ih razlikuju od svih drugih osoba i putem ovih čimbenika odvajaju ih pojedinačno baš kao i adresate akta*".<sup>58</sup> Stott i Felix nisu skloni ovom kriteriju te ističu kako on u praksi vrlo često ne daje zadovoljavajuće rezultate. Ujedno napominju kako se ovakvim shvaćanjem pojedinačnog interesa često ograničava legitimitet za podnošenje tužbi.<sup>59</sup> Znatno povoljnije shvaćanje općeg interesa otvoreno je presudom Prvostupanjskog suda u slučaju *Jégo-Quéré Cie SA v. Commission* 2002. godine. Ovdje je Sud znatno liberalnije protumačio koncept pojedinačnog interesa navodeći: "*Treba se smatrati da je osoba pojedinačno zahvaćena mjerom opće primjene koja se na nju odnosi izravno, ako mjera u pitanju utječe na njezin pravni položaj, na način da nedvosmisleno i neposredno ograničava njezina prava ili joj nameće obveze. Broj i položaj drugih osoba koji su na takav način pod utjecajem mjere, ili koji mogu biti pod utjecajem mjere, pri tome nisu relevantni*".<sup>60</sup>

Ovi koncepti utvrđivanja osobnog i pojedinačnog interesa, kao ključne pretpostavke legitimacije za podizanje tužbe od strane pojedinaca u svrhu vođenja upravnog spora protiv akata Zajednice, poradi tradicionalno restriktivnog tumačenja Europskog suda, činili su nesavladivu prepreku pojedincima za legitimirano podizanje tužbe. Međutim, Granger smatra kako će tzv. "*Jégo-Quéré formula*" široko otvoriti vrata Europskog suda pojedincima koji traže sudsku zaštitu od nezakonitih akata koji se na njih odnose.<sup>61</sup> Time se i u Europskoj

<sup>56</sup> Herdegen, op. cit., str. 141.

<sup>57</sup> Case 25/62, *Plaumann & Co. v. Commission*, European Court Review, 95/1963.

<sup>58</sup> Međutim, ovo nije slučaj kada se akt odnosi na tužitelja, jer on pripada kategoriji osoba određenih općenito te kada konkretan položaj tužitelja nije obuhvaćen prilikom donošenja akta.

<sup>59</sup> Stott, Felix, op. cit., str. 296.

<sup>60</sup> Case T-177/01, *Jégo-Quéré Cie SA v. Commission* of 3. May 2002. www.curia.eu.int.

<sup>61</sup> Granger, op. cit., str. 124. i 133. Ovo se ipak ne smije shvatiti kao *actio popularis* protiv akata Zajednice, jer tužitelj mora dokazati kako konkretni akt utječe na njegov pravni položaj na štetan način.

zajednici prati višegodišnji trend njezinih država članica u kojima se legitimacija za pokretanje upravnog spora progresivno širi.

## 7. Tuženik

Tužena strana u upravnom sporu je tijelo čiji se akt osporava. Svojestvo tužene strane, ima, dakle, donositelj upravnog akta. Krug mogućih tuženika, određen je člankom 230. *Ugovora o Europskoj zajednici*. Europski sud nadležan je nadzirati zakonitost akata donesenih zajednički od Europskog parlamenta i Vijeća Europske unije, te samostalno od Vijeća Europske unije, Europske komisije i Europske središnje banke, ukoliko ti akti nisu preporuke i mišljenja. Ujedno, Europski sud ima obvezu nadzirati i zakonitost akta donesenih od Europskog parlamenta samostalno, ukoliko ti akti imaju pravni učinak prema trećim osobama.<sup>62</sup> Iz ove odredbe očito proizlazi da se pred Europskim sudom ne može pobijati zakonitost akta donesenog od bilo koje institucije Europske zajednice, već samo od ovdje taksativno pobrojanih. To su, dakle, Vijeće Europske unije, Komisija Europske unije, Europski parlament te Europska središnja banka. Ukoliko se kao donositelj akta javi neko drugo tijelo Zajednice, kao npr. Ekonomski i socijalni odbor, Europska investicijska banka, Europska agencija za zaštitu okoliša i sl., njihov akt neće biti podložan sudskom nadzoru. Pitanje proširenja kruga subjekata podređenih sudskom nadzoru zakonitosti pred Europskim je sudom postavljeno 1993. godine u slučaju *Parliament v. Council and Commission*.<sup>63</sup> Ovdje se razmatralo je li akt donesen od Europskog vijeća ili od strane Vijeća Europske unije.<sup>64</sup> Pravobranitelj Jacobs zauzeo je gledište da odgovor na pitanje je li akt institucija podložan sudskom nadzoru ovisi o sadržaju i učincima toga akta te je ustvrdio: "*S mog gledišta, temeljno načelo (da je Europska Zajednica zasnovana na vladavini prava) bit će povrijeđeno ukoliko se prihvati činjenica da akt nije podložan sudskom nadzoru samo zato što je označen kao akt susreta država članica u Vijeću.*" Ovo stajalište prihvatio je i Europski sud. Dakle, prilikom ocjene koje je tijelo donositelj određenog akta Sud

<sup>62</sup> Prije donošenja *Ugovora o Europskoj zajednici*, članak 173. primjenjivao se samo na akte Europske komisije i Vijeća Europske unije. Međutim, Europski sud je u slučaju *Les Verts v. European Parliament* zauzeo stajalište da bi i akti Europskog parlamenta trebali biti predmet sudskog nadzora u skladu s tada člankom 173. *Ugovora*, ukoliko imaju pravni učinak prema trećim osobama. *Ugovorom iz Maastrichta* članak 173. je izmijenjen te je ovo pravilo inkorporirano u primarno pravo Zajednice. Tada je ujedno propisano da su sudskom nadzoru podložni i akti Europske središnje banke.

<sup>63</sup> *Joined Cases 181/91 and 248/91, Parliament v. Council and Commission*, European Court Review, I-3685/1993.

<sup>64</sup> Europsko vijeće treba razlikovati od Vijeća Europske unije. Dok je Vijeće Europske unije institucija Zajednice i njezino najvažnije zakonodavno tijelo Europsko vijeće je skup predstavnika država i vlada Europske unije, koje se sastaje najmanje dva puta godišnje ili češće, po potrebi. Europsko vijeće dogovara osnove budućeg razvoja Zajednice i daje nove političke inicijative, te rješava sporove koje Vijeće ministara nije riješilo.



ne smije jednostavno prihvatiti tvrdnju da je donositelj akta neka institucija, zaključujući to iz naznake donositelja akta, već mora detaljno razmotriti sadržaj i okolnosti u kojima je svaki akt donesen. U protivnom bi zbog pogrešne oznake donositelja akta određeni akti bili izuzeti od mogućnosti sudskog nadzora zakonitosti, dok bi se upravni spor mogao pokrenuti protiv nekih akata koje uopće nisu donijele institucije Zajednice.

Poseban problem može se javiti i kada institucija Zajednice čiji akti podliježu nadzoru delegira ovlast za donošenje određenog akta drugom tijelu. Postavlja se pitanje hoće li akti toga tijela biti podložni sudskom nadzoru zakonitosti te može li se voditi protiv tog tijela upravni spor? Problema ne bi trebalo biti ukoliko se ovlast delegira drugoj instituciji Zajednice čiji akti također podliježu nadzoru. Primjerice, ukoliko Vijeće delegira ovlast Komisiji, Europski je sud nadležan nadzirati zakonitost svakoga akta koji je donijet na temelju delegirane ovlasti. Do problema može doći kada ovlast za donošenje nekog akta institucija delegira na tijelo koje je sama ustanovila. Takva konkretna situacija razmatrana je u slučaju *SNUPAT v. High Authority*<sup>65</sup> u kojem je Sud odlučio da odluka koju je donijelo Caisse de péréquation de ferrailles importés kao pomoćno tijelo osnovano od Europske komisije ima status odluke institucije Zajednice te da kao takva može biti predmet sudskog nadzora zakonitosti.

### 8. Rok za podnošenje tužbe

U upravnom sporu postoji načelo da sud ne može prema vlastitoj inicijativi pokrenuti spor, već to može učiniti samo temeljem tužbe koju podnosi legitimirana osoba. Međutim, iz razloga pravne sigurnosti tužbu treba podnijeti u određenom roku. Propuštanjem roka za podnošenje tužbe svi potencijalni tužitelji gube ovo pravo. Članak 230. stavak 5. Ugovora o Europskoj zajednici propisuje: "*Postupci propisani ovim člankom pokreću se u roku od dva mjeseca od objavljivanja mjere ili obavješćivanja tužitelja o njoj ili, ako takva objava ili obavijest izostanu, od dana kada je tužitelj saznao za mjeru.*". Kao što je ovdje vidljivo rok za podnošenje tužbe u Europskoj zajednici znatno je duži nego u većini europskih država. Tako je, primjerice dvostruko duži nego li u Njemačkoj i Hrvatskoj gdje je propisano da se tužba podnosi u roku od 30 dana odnosno od jednog mjeseca od dana dostave upravnog akta stranci. Dva tjedna je duži nego u Austriji gdje iznosi šest tjedana, a usklađen je primjerice s rokom za pokretanje upravnog spora u Francuskoj, koji iznosi također dva mjeseca, ili Italiji, koji je određen na 60 dana. Stott i Felix upozoravaju na potrebu strogog poštivanja rokova, jer to ide u prilog pravnoj sigurnosti.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> Case 32-3/58, *SNUPAT v. High Authority*, European Court Review, 127/1959.

<sup>66</sup> Stott, Felix, op. cit., str. 296.

## 9. Postupanje suda po tužbi

Protiv svakog upravnog akta institucija Zajednice mora se, dakle, omogućiti pokretanje upravnog spora. Međutim, ovdje se postavlja pitanje koje su ovlasti Europskog suda prilikom vođenja upravnog spora? Prilikom zaprimanja tužbe Sud najprije treba utvrditi jesu li ispunjeni formalni uvjeti za vođenje upravnog spora. Tako primjerice treba ustvrditi radi li se o aktu koji je prema pravnoj prirodi pojedinačni upravni akt, je li podnesena tužba u propisanom roku, ima li tužitelj stranačku legitimaciju za podnošenje tužbe i sl. U slučaju utvrđivanja Suda da neka od ovih pretpostavki nije ispunjena, on će tužbu *a limine* odbaciti, što znači da uopće neće odlučivati o tužbenom zahtjevu, već odbija postupati zbog formalnih zaprjeka. Ukoliko utvrdi da je tužba podnesena pravovremeno, od strane ovlaštenog tužitelja te da je akt protiv kojega se upravni spor pokreće prema pravnoj prirodi odluka nadležne institucije Zajednice, Sud kreće u razmatranje tužbe.

Sljedeće pitanje koje se ovdje postavlja jest može li se upravni spor u Europskoj zajednici rješavati kao spor pune jurisdikcije ili samo kao spor o zakonitosti, tj. ima li Sud ovlast sudskom presudom zamijeniti protupravni upravni akt, ili je zahtjev za djelotvornom sudskom zaštitom zadovoljen samim time što je Sud poništio osporavani akt, ili čak samo utvrdio njegovu protupravnost deklaratornom presudom. Čapeta tvrdi kako pravo Zajednice ne zahtijeva uvođenje postupka sudske kontrole upravnih odluka koji bi ovlastili Sud da zamijeni takvu odluku sudskom presudom, već da je zahtjev za djelotvornom sudskom zaštitom zadovoljen već samim postojanjem mogućnosti sudskog nadzora zakonitosti takvog akta.<sup>67</sup> U svrhu odgovora na pitanje zašto pravo Zajednice ne inzistira na vođenju spora pune jurisdikcije, Europski sud je povukao paralelu s upravnom praksom Europske zajednice i vlastitim ovlastima te je utvrdio kako donošenje nekih upravnih odluka često zahtijeva ocjenu kompleksnih činjeničnih pitanja i primjenu specifičnih stručnih znanja koja Sud jednostavno ne posjeduje. U presudi slučaja *Upjohn v. The Licensing Authority*<sup>68</sup> Sud je utvrdio: "*Prema praksi Suda, kada je tijelo Zajednice pozvano da u izvršenju svojih obveza donosi kompleksne ocjene, ono uživa široku mjeru diskrecije, čije izvršenje je podložno ograničenom sudskom nadzoru u kontekstu kojeg sudovi Zajednice ne mogu zamijeniti ocjenu činjenica koju je provelo to tijelo vlastitom ocjenom činjenica. Stoga se u takvim slučajevima sudovi Zajednice moraju ograničiti na ocjenu točnosti činjeničnih i pravnih nalaza tijela u pitanju i na provjeru, posebice, da li je tijelo počinilo očitu grešku ili zloupotrijebilo ovlaštenje te da li je prekoračilo granice svoje diskrecije.*"<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Čapeta, op. cit., str. 142.

<sup>68</sup> Case 120/97, *Upjohn v. The Licensing Authority*, European Court Review, I-223/1999.

<sup>69</sup> U novijoj sudskoj praksi, a predmet *Upjohn* presuđen je 1999. godine, Sud sve češće radi usporedbu s vlastitim ovlastima kada utvrđuje koje ovlasti moraju u kontekstu prava Zajednice imati nacionalni sudovi. To potvrđuje da je njegova namjera izgraditi što ujednačeniji sustav

Kako se u Europskoj zajednici ne može voditi spor pune jurisdikcije ne postoji niti mogućnost da Sud svojom presudom zamijeni nezakoniti upravni akt, u skladu s člankom 231. stavak 1. *Ugovora*, akt čiju je zakonitost nadzirao te utvrdio da je nezakonit iz nekog od navedenih razloga, Sud će samo staviti izvan snage poništavanjem. Osnovno načelo u pravu Zajednice je da su nevaljani akti pobjojni, a ne ništavi, što znači da oni imaju pravni učinak, osim ako, i sve dok ih Sud ne poništi. Pravilo prema kojem su nevaljani akti obično pobjojni, a nisu ništavi, važno je iz sljedećeg razloga. Kako je rok za pokretanje postupka za stavljanje izvan snage nevaljanog akta veoma kratak, njegovim protekom taj se akt više ne može staviti izvan snage. Dakle, u izvjesnom smislu pobjojni akt koji unutar određenog roka nije stavljen izvan snage, ima isti pravni učinak kao i valjani upravni akt.<sup>70</sup> Hartley opravdanje za pobjojnost upravnih akata te za kratak rok unutar kojega se ovi akti mogu pobijati nalazi u zaštiti pravne sigurnosti. On dalje navodi: "*Ako se neki akt javne vlasti čini valjanim, poželjno ga je smatrati takvim, osim ako, i sve dok, ne bude poništen; a razdoblje nesigurnosti ograničava se što je moguće više određivanjem kratkoga roka.*"

Pobjojni akti stavljaaju se izvan snage poništavanjem. To znači da nakon njihovog poništavanja oni *pro futuro* ne proizvode nikakav pravni učinak, ali i da će se, što se tiče pravnih posljedica koje su polučili od njihova stupanja na snagu pa do trenutka poništavanja, smatrati da nikada nisu ni postojali. Kako poništavanje djeluje *erga omnes* njihovi učinci odnose se na adresate akta, ali i na sve druge osobe.

Institucija Zajednice čiji je akt stavljen izvan snage mora zatim "*poduzeti nužne mjere u skladu s odlukom Suda*",<sup>71</sup> tj. ukloniti prema presudi nezakonite učinke te "*poduzeti odgovarajuće korake da tužitelja vrati u pravni položaj prije donošenja akta odnosno da izbjegne donošenje istovjetnoga akta*".<sup>72</sup> Ukoliko nije moguće izvršiti povratak u prijašnje stanje oštećeniku se mora platiti naknada.<sup>73</sup>

---

sudske zaštite, bilo da se ona pruža pred nacionalnim ili pred europskim sudovima. Više vidi u Čapeta, op. cit., str. 143.

<sup>70</sup> Međutim, nevaljan akt koji zbog proteka roka za pokretanje upravnog spora više ne podliježe sudskom nadzoru, ne smije se smatrati valjanim, budući da još uvijek može biti predmet posrednog pobijanja.

<sup>71</sup> Članak 233. stavak 1. *Ugovora o Europskoj zajednici*. Ova mjera uključuje "*micanje učinaka nezakonitosti utemeljenih na presudi o poništavanju akta*" i "*od institucije se stoga može tražiti da poduzme odgovarajuće korake da vrati tužitelja na izvorni položaj ili da izbjegne usvajanje istovjetne mjere*". Vidi više u Mathijsen, op. cit., str. 137.

<sup>72</sup> Vidi *Joined cases T-480 and 483/93, Antillian Rice Mills and Others v. Commission*, European Court Review, II-2310/1995.

<sup>73</sup> Vidi npr. *Case 275/87, Commission v. Council*, European Court Review, 259/1988. gdje je akt poništen samo zato što se pravni osnov koji je navelo Vijeće Sud smatrao pogrešnim. U slučaju *Case 22/96, Parliament v. Council*, European Court Review, I-3231/1998, Sud je poništio *Odluku 95/468* stoga što nije mogla biti usvojena na osnovi članak 308. Međutim, Mathijsen smatra kako presuda "*održava učinak ostvarivanja mjera koje je već usvojila Komisija na osnovi ove odluke*". Mathijsen, op. cit., str. 138.

Kako je Europski sud ovlašten staviti akt izvan snage, ali ne i proglasiti ga ništavim<sup>74</sup> postavlja se pitanje, što se čini s ništavim aktima u Europskoj zajednici. Hartley ovdje navodi da ukoliko Europski sud utvrdi da se tužbom osporava ništavi upravni akt, on će tužbu odbaciti. Odbacivanje tužbe zbog ništavosti akta koji se njome pobija imat će isti praktični učinak kao i da je taj akt proglašen nevaljanim.<sup>75</sup> Ovdje je još bitno spomenuti da suci u Zajednici moraju razmotriti je li riječ o ništavosti akta čak i kada stranke same ne postavljaju to pitanje. No, ovdje se kao praktičan problem može se javiti razlikovanje poboynih od ništavih upravnih akata. Stoga se na kraju još nekoliko riječi treba posvetiti tom problemu. Na ovo pitanje nije nimalo lako odgovoriti, jer u pravnom sustavu Zajednice ne postoji odredba koja određuje kada će se upravni akt smatrati ništavim.<sup>76</sup> Hartley primjerice, smatra da nedostatak ništavog akta mora biti "*očiti na prvi pogled*". Europski sud je u slučaju *Conorzio Cooperative d'Abruzzo v. Commission*<sup>77</sup> ustvrdio da bi akt bio ništavan nedostatci akta moraju biti "*osobito ozbiljni i očiti*", dok je slučaju *Société des Usines à Tubes de la Sarre v. High Authority*<sup>78</sup> npr. zauzeo stajalište da je akt ništavan jer nema obrazloženja. Međutim, ovu praksu Sud nije dosljedno slijedio u kasnijim slučajevima te se ne može smatrati pravilom. Akt će se vjerojatno smatrati ništavim kada je on jasno i očito *ultra vires*, npr. ako se odnosi na predmet koji je u cijelosti izvan dosega *Ugovora*, ili ako postoje tako bitne povrjede postupka u njegovu donošenju da se ne može kazati kako ga je donijela neka institucija Zajednice. Međutim, u pravnim sustavima u kojima slučajevi ništavosti nisu izričito navedeni u pravnoj normi, na pravnoj je praksi da uz pomoć teorije izvlači zaključak treba li određena pogriješka dovesti do ništavosti ili samo do poboynosti upravnog akta.

<sup>74</sup> O ništavosti upravnog akta više vidi u Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava*, knjiga I., Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983., str. 334-336.

<sup>75</sup> Hartley, op. cit., str. 354.

<sup>76</sup> Razgraničavanje između poboynih i ništavih upravnih akata lako je provesti samo u onim pravnim sustavima u kojima su slučajevi ništavosti obuhvaćeni pravnom normom i izričito navedeni. Borković, Ivo, *Ništavni upravni akti, Hrestomatija upravnog prava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 165. Npr. u hrvatskom pravnom sustavu članak 267. Zakona o općem upravnom postupku, Službeni list SFRJ, br. 47/86. te Narodne novine, br. 53/91. i 103/96. propisuje: "*Ništavim se proglašava rješenje:*

- 1) koje je u upravnom postupku doneseno u stvari iz sudske nadležnosti ili u stvari o kojoj se uopće ne može rješavati u upravnom postupku;
- 2) koje bi svojim izvršavanjem moglo uzrokovati neko djelo kažnjivo po kaznenom zakonu;
- 3) čije izvršenje uopće nije moguće;
- 4) koje je donio organ bez prethodnog zahtjeva stranke (članak 126.), a na koje rješenje stranka nije naknadno izričito ili prešutno pristala;
- 5) koje sadrži nepravilnost koja je po nekoj izričnoj zakonskoj odredbi predviđena kao razlog ništavosti;
- 6) čije bi izvršenje bilo protivno osnovnim načelima pravnog poretka."

<sup>77</sup> Case 15/85, *Conorzio Cooperative d'Abruzzo v. Commission*, European Court Review, 1005/1987.

<sup>78</sup> Case 14/57, *Société des Usines à Tubes de la Sarre v. High Authority*, European Court Review, 105/1957.

## 10. Zaključak

Pravo na djelotvornu sudsku zaštitu jedno je od temeljnih zahtjeva svakog modernog pravnog sustava. Ono, između ostaloga, obuhvaća mogućnost sudskog nadzora zakonitosti svakog upravnog akta, pa tako i akata donesenih od institucija Europske zajednice. Zbog svoje važnosti, sudski nadzor, u okviru kojega posebno valja istaknuti i upravni spor, svoje je mjesto zauzeo u pravu Zajednice stupanjem na snagu *Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici* 1. siječnja 1958. godine, a danas se može ubrojiti i među opća načela prava Zajednice, koja proizlaze iz ustavnih tradicija država članica i *Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*.

Europski sud kao polivalentni sud u Zajednici nadležan je obavljati sudski nadzor zakonitosti rada institucija Zajednice. Štoviše, u okviru Europskog suda 1989. godine, s radom je započeo Prvostupanjski sud u čijoj je nadležnosti i rješavanje upravnih sporova u Europskoj zajednici. Iako organizacijski gledajući upravni spor u Zajednici slijedi anglosaksonski model upravnog sudovanja, u funkcioniranju i vođenju samog spora utjecaj francuskog upravnog sudstva je više nego očigledan. Očito je da je, izuzev nešto njemačkog utjecaja, francuski sustav bio model za utvrđivanje temelja sudskog nadzora.

Predmet upravnog spora u Zajednici može biti samo pojedinačni pravni akt, dakle odluka. Važno je istaknuti da akt protiv kojeg se pokreće upravni spor mora biti odluka prema pravnoj prirodi, a ne nužno i prema formi u kojoj je donesena. Tako se primjerice, upravni spor može pokrenuti i protiv određenih odredbi uredbe, ukoliko se dokaže da one izravno i pojedinačno imaju pravni učinak na pojedinu osobu. Upravni akt može se pobijati zbog nenadležnosti, bitnih povrjeda postupka, povrjede *Ugovora* ili bilo kojeg pravnog pravila vezanog uz njegovu primjenu te zlorabe ovlasti.

Krug potencijalnih tužitelja u upravnom sporu vrlo je širok. To mogu biti kako institucije Europske zajednice tako i sve fizičke i pravne osobe. Međutim, dok tzv. privilegirani tužitelj mogu pokrenuti spor protiv svakog akta, neprivilegirani tužitelji prilikom pokretanja tužbe moraju pokazati pravni legitimitet za pokretanje konkretnog spora. Tako fizička ili pravna osoba, kao tzv. "*neprivilegirani tužitelj*", može podići tužbu te pokrenuti upravni spor protiv odluke čiji je ta osoba adresat. Izuzetno, upravni spor se može pokrenuti i protiv odluke upućene drugoj osobi, ukoliko je ta odluka od neposrednog i pojedinačnog učinka na potencijalnog tužitelja. Pretpostavka neposrednog interesa zahtijeva postojanje neposredne veze između donesenog akta i učinka tog akta na tužitelja, što znači da niti jedan događaj ili okolnost ne smije djelovati na pravni učinak akta prema osobi potencijalnog tužitelja. Smatra se da je osoba pojedinačno zahvaćena mjerom opće primjene koja se na njega odnosi neposredno, ako mjera u pitanju utječe na njegov pravni položaj, na način da nedvosmisleno i neposredno ograničava njegova prava ili mu nameće obveze. Potencijalni tuženici taksativno su navedeni u *Ugovoru*. To mogu biti samo Vijeće Europske unije, Komisija Europske unije, Europski parlament te Europska središnja banka. Ukoliko se kao

donositelj akta javi neko drugo tijelo Zajednice takav akt ne može biti predmet upravnog spora, jer se navedena strana ne može javiti kao tuženik. Tužitelj upravni spor treba pokrenuti u roku od dva mjeseca od objavljivanja mjere ili obavješćivanja tužitelja o njoj ili, ako takva objava ili obavijest izostanu, od dana kada je tužitelj saznao za mjeru.

Konačno, bitno je naglasiti da se upravni spor u Europskoj zajednici vodi isključivo kao spor o zakonitosti. To ima za posljedicu da Sud može samo utvrditi kako je pobijani upravni akt nezakonit te ga poništavanjem objektivno staviti izvan snage, ali ne i zamijeniti ovaj akt svojom presudom. Tada institucija Zajednice čiji je akt stavljen izvan snage mora poduzeti nužne mjere u skladu s odlukom Suda, tj. u skladu s presudom ukloniti nezakonite učinke te poduzeti odgovarajuće korake da tužitelja vrati u pravni položaj prije donošenja akta odnosno da izbjegne donošenje istovjetnoga akta.

### *Literatura*

1. Aviani, Damir, Pojam i izvori upravnog prava Europske unije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru*, vol. 15, 2002.
2. Borković, Ivo, Ništavni upravni akti, *Hrestomatija upravnog prava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2003.
3. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
4. Čapeta, Tamara, *Sudovi Europske unije: nacionalni sudovi kao europski sudovi*, Institut za međunarodne odnose, Zagreb, 2002.
5. Dupelj, Željko, Upravni spor – oblik sudske kontrole nad upravnom, *Pravo i porezi*, god. 7, br. 10, 1998.
6. Glossary, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, no. 2-3, 2005.
7. Granger, Marie-Pierre, Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jégo-Quéré et Cie SA v Commission and Unión de Pequeños Agricultores v Council, *Modern Law Review*, vol. 66, no. 1, 2003.
8. Gröben von der, Hans, *Aufbaujahre der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982.
9. Hartley, Trevor C., *Temelji prava Europske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Europske zajednice*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, COLPI, Rijeka, 1999.
10. Herdegen, Matthias, *Europsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2003.
11. Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava*, knjiga I., Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983.
12. Jacobini, Horace B., *An Introduction to Comparative Administrative Law*, Oceana Publications, New York, London, 1991.
13. Koprić, Ivan, Upravno sudovanje na području bivše Jugoslavije, *Hrvatska javna uprava*, god. 6, br. 1, 2006.
14. Krbek, Ivo, O upravnom sporu, *Hrestomatija upravnog prava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2003.

15. Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave: funkcioniranje i upravni spor*, knj. 3., Birozavod, Zagreb, 1962.
16. Krijan, Pero, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Informator, Zagreb, 2001.
17. Mathijsen, Pieter, *A Guide to European Union Law*, Sweet & Maxwell, London, 1999.
18. Peterson, John, Shackleton, Michael, *The Institutions of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
19. *Pravo Europske ekonomske zajednice: Pravni akti i dokumenti*, Informator, Zagreb, 1989.
20. Schwartze, Jurgen, *Judicial Review in EC Law: Some Reflections on the Origins and the Actual Legal Situation*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, no. 1, 2002.
21. Stott, David, Felix, Alexandra, *Principles of Administrative law*, Cavendish, London, 1997.

*Pravni izvori:*

1. Case 14/57, *Société des Usines à Tubes de la Sarre v. High Authority*, European Court Review, 105/1957.
2. Case 15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo v. Commission*, European Court Review, 1005/1987.
3. Case 22/70, *Commission v. Council (ERTA)*, European Court Review, 263/1971.
4. Case 22/96, *Parliament v. Council*, European Court Review, I-3231/1998
5. Case 25/62, *Plumman & Co. v. Commission*, European Court Review, 95/1963.
6. Case 32-3/58, *SNUPAT v. High Authority*, European Court Review, 127/1959.
7. Case 78/85, *Group of the European Right v. Parliament*, European Court Review, 1753/1988.
8. Case 120/97, *Upjohn v. The Licensing Authority*, European Court Review, I-223/1999.
9. Case 138/79, *Roquette Frères v. Council*, European Court Review, 3333/1980.
10. Case 160/88R, *Fédération Européenne de la Santé Animale v. Council*, European Court Review 4121/1988.
11. Case T-177/01, *Jégo-Quéréet Cie SA v. Commission* of 3. May 2002. www.curia.eu.int.
12. Case 222/84, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, European Court Review, 1651/1986.
13. Case 222/86, *UNECTEF v. Heylens and Others*, European Court Review, 4097/1987.
14. Case 275/87, *Commission v. Council*, European Court Review, 259/1988.
15. Case 294/83, *Les Verts v. Parliament*, European Court Review, 1339/1986.
16. Case 298/89, *Government of Gibraltar v. Council*, European Court Review, I-3605/1993.
17. Case 316/91, *Parliament v. Council (Lomé Convention)*, European Court Review, I-6250/1994.
18. Joined Cases 6 and 11/69, *Commission v. France*, European Court Review, 523(11-13)/1969.

19. Joined Cases 7/56 i 3/57, *Algera v. Common Assembly of the ECSC*, European Court Review 39/1957.
20. Joined Cases 8-11/66, *Noordwijks Cement Accoord*, European Court Review, 75/1967.
21. Joined Cases 16 and 17/62, *Confédération Nationale des Producteurs de Fruits and Others v. Council*, European Court Review, 471/1962.
22. Joined Cases 41-44/70, *International Fruit Company v. Commission*, European Court Review, 411/1971.
23. Joined Cases 181/91 and 248/91, *Parliament v. Council and Commission*, European Court Review, I-3685/1993.
24. Joined cases T-480 and 483/93, *Antillian Rice Mills and Others v. Commission*, European Court Review, II-2310/1995.
25. *Treaty Establishing the European Community*, Official Journal, 1997, C 340.
26. *Treaty establishing the European Economic Community*, Encyclopaedia of European Community Law, Series B, 2/1980.
27. *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 41/01. (pročišćeni tekst) i 55/01.
28. *Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 49/02. (pročišćeni tekst).
29. *Zakon o općem upravnom postupku*, Službeni list SFRJ, br. 47/86. te Narodne novine, br. 53/91. i 103/96.
30. *Zakon o upravnim sporovima*, Službeni list SFRJ, br. 4/77. i 36/77. te Narodne novine, br. 53/91., 9/92. i 77/92.

## Summary

### ADMINISTRATIVE DISPUTE IN THE EUROPEAN COMMUNITY

The aim of this paper is to analyze administrative dispute in the European Community law and to point out certain open issues in this field that will become especially interesting to Croatian citizens once Croatia accedes to the EU. In that respect, the paper firstly presents legal regulation of administrative dispute in the EC. Afterwards, the European Court of Justice is discussed as the body competent to decide in administrative disputes within the Community. This is followed by analysis of administrative dispute objects and reasons for challenging administrative acts. Furthermore, the author discusses parties in administrative dispute in the EC. Finally, term for commencement of administrative dispute and possibilities for the Court to act upon an action, are analyzed.

**Key words:** *administrative dispute, administrative act, European Community.*



## Zusammenfassung

**VERWALTUNGSRECHTSSTREIT IN DER EUROPÄISCHEN  
GEMEINSCHAFT**

Ziel der Arbeit ist es, den Verwaltungs Rechtsstreit in der Europäischen Gemeinschaft zu analysieren, sowie auf offene Fragen hinzuweisen, die auf diesem Rechtsgebiet auftauchen und die für die kroatischen Bürger mit dem Beitritt zur Europäischen Union besonders aktuell sein werden. Zu diesem Zweck wird die Aufmerksamkeit zuerst auf die Rechtsnormierung des Verwaltungsrechtsstreits in der Europäischen Gemeinschaft gelenkt. Danach wird der Europäische Gerichtshof als Körper, der für die Lösung von Verwaltungsrechtsstreitigkeiten in der Gemeinschaft zuständig ist, betrachtet. Es folgt die Analyse des Gegenstands Verwaltungsrechtsstreit sowie der Gründe für die Anfechtung eines Verwaltungsakts. Dann wird darüber diskutiert, wer Kläger und Angeklagter im Verwaltungsrechtsstreit in der Europäischen Gemeinschaft sein kann. Schließlich wird der Frist zur Anstrengung eines Verwaltungsrechtsstreits Aufmerksamkeit geschenkt und es werden die Möglichkeiten der Einschreitungen des Gerichts bei einer Klage analysiert.

**Schlüsselwörter:** *Verwaltungsrechtsstreit, Verwaltungsakt, Europäische Gemeinschaft.*

## Sommario

**CONTROVERSIA AMMINISTRATIVA  
NELLA COMUNITÀ EUROPEA**

Lo scopo del lavoro è di analizzare la controversia amministrativa nel diritto della Comunità Europea e di indicare alcune questioni aperte in questo campo, che diventerà particolarmente interessante per i cittadini croati una volta che la Croazia entrerà nell'Unione Europea. Per questo è presentata la normativa giuridica della controversia amministrativa nella Comunità Europea. Dopo si esamina la Corte Europea come organo competente a decidere delle controversie amministrative nella Comunità. In seguito si analizzano gli oggetti e le ragioni della controversia amministrativa per sindacare gli atti amministrativi. Inoltre si discute delle parti nella controversia amministrativa nella Comunità Europea. Infine si presta attenzione al termine per l'avvio della controversia amministrativa e si analizzano le possibilità della procedura della Corte secondo l'azione.

**Parole chiave:** *controversia amministrativa, atto amministrativo, Comunità Europea.*

## TRANSPARENTNOST STATUSNIH I FINACIJSKIH ODNOSA POVEZANIH DRUŠTAVA

Dr. sc. Dionis Jurić,  
znanstveni novak – viši asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.72:657.3(497.5)  
347.72:657.3(4)  
Ur.: 21. prosinca 2005.  
Pr.: 14. rujna 2006.  
Pregledni znanstveni članak

*Preglednost odnosa povezanih društava predstavlja pretpostavku odgovarajuće zaštite manjinskih dioničara i vjerovnika ovisnih društava, kvalitetne obaviještenosti članova i uprave vladajućeg društva o uspješnosti povezanih društava te mogućih ulagatelja i drugih sudionika na tržištu kapitala. Pritom se osobiti naglasak daje na uvrštena dionička društva koja pribavljaju kapital na različitim nacionalnim tržištima kapitala. Do izražaja dolazi primjena Međunarodnih računovodstvenih standarda kojima se osigurava jednoobraznost izrade financijskih izvješća povezanih društava.*

**Ključne riječi:** *povezana društva, transparentnost, konsolidirana financijska izvješća, Međunarodni računovodstveni standardi, Hrvatska, Europa.*

### 1. Uvod

Povezana društva predstavljaju pravno samostalna trgovačka društva koja su međusobno povezana kapitalom ili poduzetničkim ugovorima. Pritom vladajuće društvo dobiva značajne ovlasti u odnosu na ovisna društva te utječe na njihovo poslovanje. Na taj način se ugrožavaju načelo pravne samostalnosti trgovačkog društva i načelo očuvanja temeljnog kapitala društva. Stoga nacionalna zakonodavstva različitih država predviđaju odgovarajuće pravne institute kojima je svrha uspostava odgovornosti vladajućeg društva za obveze ovisnih društava u određenim slučajevima. U hrvatskom, slovenskom i njemačkom pravu postoje posebne odredbe koje uređuju ovlasti i odgovornost vladajućeg društva i ovisnih društava u slučaju postojanja povezanosti trgovačkih društava, dok u francuskom i engleskom pravu ne postoje takve posebne odredbe, već se primjenjuju

određeni opći pravni instituti.<sup>1</sup> Pokušaji harmonizacije prava povezanih društava na razini Europske unije pokazali su se neuspješnima. Nacrt Devete smjernice o povezanim društvima iz 1989. i 1991. godine slijedio je njemačko pravo povezanih društava, no taj je model naišao na protivljenje ostalih država članica EU koje su prigovarale krutosti, složenosti i neučinkovitosti odredbi njemačkog prava.<sup>2</sup> Od mogućnosti usvajanja posebne smjernice koja bi uređivala povezana društva se odustalo.<sup>3</sup> Materija prava povezanih društava posredno je harmonizirana Sedmom smjernicom o konsolidaciji godišnjih financijskih izvješća iz 1983. godine<sup>4</sup> koja uređuje obvezu vladajućeg društva za objedinjavanjem godišnjih financijskih izvješća vladajućeg i svih ovisnih društava te Trinaestom smjernicom o ponudama za preuzimanje dioničkih društava iz 2004. godine<sup>5</sup> koja uređuje obvezu društva stjecatelja kontrolnog paketa dionica za davanjem ponude za preuzimanje ostalih dionica ciljanog društva koje drže manjinski dioničari. Konačno, Visoka skupina stručnjaka za pravo društava (*High Level Group of Company Law Experts*) je u svom Izvješću o suvremenom okviru za reguliranje trgovačkog prava u Europi (Izvješće Winter) od 4. studenog 2002. godine<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Gorenc, Vilim, Slakoper, Zvonimir, Filipović, Vladimir, Brkanić, Vlado (redakcija Gorenc, Vilim), Komentar Zakona o trgovačkim društvima, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, RRIF, 2004., str. 788-796., Ivanjko, Šime, Kocbek, Marijan, Korporacijsko pravo – Pravni položaj gospodarskih subjekta, GV Založba, Ljubljana, 2003., str. 825-831., Jurić, Dionis, Odgovornost vladajućeg društva za obveze ovisnog društva u hrvatskom i usporednom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 2/2002., str. 507-509. i 539-540.

<sup>2</sup> Po uzoru na njemačko pravo slične odredbe imaju u svojim nacionalnim propisima Hrvatska, Slovenija i Portugal. Vidi u Werlauff, Erik, *EU-Company Law, Common business law of 28 states*, 2<sup>nd</sup> edition, DJØF Publishing, Copenhagen, 2003., str. 450-452. I u njemačkoj pravnoj praksi se pokazala neučinkovitost tih odredbi o povezanim društvima. Vidi u Wymeersch, Eddy, *Do we need a law on Groups of companies?*, Position Paper, Conference on Company Law and Capital Market, Siena 2000., Financial Law Institute, Ghent University, 2000., str. 10., Wooldridge, Frank, *Aspects of the Regulation of Groups of Companies in European Laws*, u knjizi Drury, R.R. and Xuereb, P.G., *European Company Laws – A Comparative Approach*, Dartmouth, Aldershot, Brookfield USA, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1991., str. 127.

<sup>3</sup> Organi Europske unije pokušali su harmonizirati pravila o povezanim društvima i putem prvih nacрта Uredbe o statutu Europskog dioničkog društva, kao i putem spomenutog Nacrta Devete smjernice. Oba ta pokušaja su bila neuspješna. Vidi u Forum Europaeum, *Corporate Group Law for Europe*, Jure Bokhandel AB, Stockholm, 2000., str. 18-20., Wooldridge, F., op. cit., str. 103-104., Report of The High Level Group of Company law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4 November 2002 (Winter Report 2002), str. 94., Communication from the Commission to the Council and the European Parliament - Modernising Company law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward, Brussels, 21 May 2003, str. 18-19.

<sup>4</sup> Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54(3)(g) of the Treaty on consolidated accounts.

<sup>5</sup> Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 april 2004 on takeover bids.

<sup>6</sup> Report of The High Level Group of Company law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4 November 2002 (Winter Report 2002). Vidi web stranicu [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/company/company/modern/consult/report\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_en.pdf).

predložila poboljšanje transparentnosti odnosa povezanih društava i cjelovitog objavljivanja strukture povezanih društava i međudruštvenih odnosa. Na taj način se nastoji osigurati potrebna obaviještenost dioničara, vjerovnika i potencijalnih ulagatelja kako bi oni mogli donijeti valjane odluke o zaštiti svojih prava u povezanim društvima. U tu svrhu predlaže se revizija odredbi Sedme smjernice te primjena Međunarodnih računovodstvenih standarda u izradi konsolidiranih financijskih izvješća.

## **2. Vrste povezanih društava**

U hrvatskom, slovenskom i njemačkom pravu postoje posebne odredbe koje uređuju vrste povezanih društava, odgovornost vladajućeg društva za obveze ovisnog društva, sredstva osiguranja ovisnog društva, vanjskih dioničara i njegovih vjerovnika, kao i odredbe o sklapanju, izmjeni i prestanku poduzetničkih ugovora. U francuskom i engleskom pravu nema takvih posebnih odredbi, ali se uređuju određene vrste povezanih društava za potrebe konsolidacije godišnjih financijskih izvješća, obveza izvještavanja o postojanju uzajamnih udjela i imenovanje revizora. Odnos povezanosti se može temeljiti na udjelima u temeljnom kapitalu ovisnog društva, odnosno većinskom pravu glasa na glavnoj skupštini ovisnog društva, mogućnosti da jedno društvo utječe na sastav upravnih i nadzornih organa drugog društva, jedinstvenom vođenju poslovanja povezanih društava te ostvarivanjem prevladavajućeg utjecaja u ovisnom društvu na temelju ugovora ili statuta, odnosno društvenog ugovora ovisnog društva. Pritom su oblici povezivanja trgovačkih društava za potrebe konsolidacije godišnjih financijskih izvješća usklađeni odredbama Sedme smjernice EU. Kada se radi o kvalificiranom udjelu koji daje vladajućem društvu mogućnost utjecanja na poslovanje ovisnog društva on je u usporednom pravu uređen na različite načine. U hrvatskom, slovenskom i njemačkom pravu taj udio u temeljnom kapitalu ovisnog društva iznosi 25%, budući da on daje mogućnost vladajućem društvu sprječavanja donošenja određenih odluka u glavnoj skupštini ovisnog društva. U njemačkom pravu je za potrebe obveze konsolidacije godišnjih financijskih izvješća taj udio snižen na 20%. U francuskom pravu kvalificirani udio koji dovodi do mogućnosti utjecaja jednog društva na drugo je utvrđen na iznos od 10% udjela u temeljnom kapitalu ovisnog društva. Kada se radi o uzajamnim udjelima u društvima kapitala, u francuskom pravu se oni ograničavaju na 10% temeljnog kapitala uzajamno povezanih društava kapitala. Ako su ti udjeli veći postoji obveza njihovog otpuštanja do iznosa od 10%. Pri izračunavanju udjela vladajućeg društva u ovisnom društvu, od temeljnog kapitala ovisnog društva treba odbiti vlastite dionice i one dionice koje za račun vladajućeg društva drži netko treći, a vladajuće društvo može udjele u ovisnom društvu držati bilo izravno, bilo posredno putem o njemu ovisnih društava ili povjerenika, te se ti udjeli uračunavaju vladajućem društvu. Jedno trgovačko društvo može ostvarivati vladajući utjecaj u ovisnom društvu i na temelju sporazuma s ostalim članovima

ovisnog društva. Konačno, Nacrt Devete smjernice je predvidio obvezu obavještanja o stjecanju kvalificiranog udjela u trgovačkom društvu kada on prijeđe iznos od 10% udjela u temeljnom kapitalu društva.

## 2.1. Hrvatska

Hrvatski Zakon o trgovačkim društvima u čl. 473. navodi osnovne vrste povezanih društava. Pritom zakonska odredba slijedi stupanj povezanosti trgovačkih društava koji otpočinje s društvima koja imaju manjinske ili većinske udjele u drugim društvima, sve do trgovačkih društava koja su priključena drugim društvima. Zakon razlikuje: društvo s većinskim udjelom i društvo s većinskim pravom odlučivanja u drugom društvu, ovisno i vladajuće društvo, koncern, društva s uzajamnim udjelima i društva povezana poduzetničkim ugovorima. Trebalo bi pridodati i priključena društva, koja također predstavljaju vrstu povezanih društava (čl. 503.-510. ZTD).<sup>7</sup> Ove odredbe su relevantne pri utvrđenju postojanja obveze konsolidacije godišnjih financijskih izvješća povezanih društava.

### 2.1.1. Društvo s većinskim sudjelovanjem u drugom društvu

Društvo s većinskim udjelom i društvo s većinskim pravom odlučivanja u drugom društvu (čl. 474. st. 1., ZTD) je takva vrsta povezanih društava koja se temelji na većinskom sudjelovanju (njem. *Mehrheitsbeteiligung*). Ovo većinsko sudjelovanje može imati dva oblika: a) većina udjela ili b) većinsko pravo odlučivanja u drugom trgovačkom društvu.<sup>8</sup> O postojanju većine udjela govorimo onda kada jedno trgovačko društvo ima više od 50% udjela u drugom pravno samostalnom trgovačkom društvu. Pri izračunavanju udjela u temeljnom kapitalu određenog društva treba odbiti vlastite udjele tog društva u temeljnom kapitalu, kao i one udjele koje za račun društva drži neka treća osoba, budući da oni smanjuju statutom, odnosno društvenim ugovorom utvrđeni iznos temeljnog kapitala društva. Naime, iz vlastitih dionica miruju članska prava za društvo koje ih je steklo te tako uprava može utjecati na promjenu odnosa glasova na glavnoj skupštini, te se njihovim stjecanjem dioničarima vraća ono što su unijeli u društvo. Pritom se posebno zabranjuje društvu u većinskom sudjelovanju stjecanje dionica društva s većinskim sudjelovanjem, budući da na taj način može oslabiti položaj dioničara u društvu s većinskim sudjelovanjem (čl. 219. st. 2. ZTD). Ipak, ako dođe do takvog stjecanja dionica, ono će biti valjano jer za stečene dionice osobno jamče svi članovi uprave društva u većinskom sudjelovanju. Pri izračunavanju udjela u društvu u većinskom sudjelovanju koji pripadaju društvu s većinskim sudjelovanjem treba uzeti u obzir i one udjele koji

<sup>7</sup> Ledić, Dragutin, *Povezana društva i zaštita tržišnog natjecanja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21. br. 1/2000., str. 593-594.

<sup>8</sup> Gorenc, V. et al., op. cit., str. 796., Reinhardt, Rudolf, Schultz, Dietrich, *Gesellschaftsrecht*, 2. Auflage, Mohr, Tübingen, 1981., str. 257-258.

pripadaju nekom trećem društvu koje je o njemu ovisno ili te udjele za račun društva s većinskim sudjelovanjem, ili za račun društva koje je o njemu ovisno drži neka treća osoba (čl. 474. st. 4. ZTD). Na taj način se u obzir uzimaju i oni udjeli koje društvo s većinskim sudjelovanjem drži posredno. Iz ovoga se može uočiti da jedno trgovačko društvo može izravno držati i manji udio u temeljnom kapitalu drugog društva od 50%, ali zbog vlastitih udjela koji se ne uzimaju u obzir pri utvrđivanju iznosa temeljnog kapitala drugog društva, kao i zbog primjene odredbi o uračunavanju udjela koje za njega drži treća osoba ili o njemu ovisno društvo, ono može imati većinsko sudjelovanje u tom drugom društvu. Ove odredbe se primjenjuju i pri izračunavanju broja glasova koji pripadaju društvu s većinskim sudjelovanjem. Društvo s većinskim sudjelovanjem koje u takvom postotku sudjeluje u temeljnom kapitalu društva u većinskom sudjelovanju u pravilu ima i većinu glasova u tom društvu. Na taj način ono ostvaruje svoj utjecaj na poslovanje trgovačkog društva te utječe na izbor članova organa društva. Drugi oblik većinskog sudjelovanja je većinsko pravo odlučivanja koje jedno društvo može imati u drugom. Jedno trgovačko društvo može imati većinsko pravo odlučivanja u drugom društvu, a da pritom nema i većinski udio u njemu.<sup>9</sup> Tada društvo s većinskim pravom odlučivanja može nametnuti donošenje odluke koje su u njegovom interesu na glavnoj skupštini odnosno skupštini društva u većinskom sudjelovanju. Za postojanje većinskog prava odlučivanja bio bi dovoljan udio trgovačkog društva od 25% u temeljnom kapitalu drugog društva, te da na taj način spriječi donošenje odluka u glavnoj skupštini drugog društva. Moguće je postojanje i kombinacija većine udjela i većinskog prava odlučivanja u jednom društvu kada govorimo o dvostrukom većinskom sudjelovanju.<sup>10</sup> Konačno, tu je i obveza društva koje stekne većinsko sudjelovanje u drugom društvu da o tome obavijesti bez odgode u pisanom obliku to društvo (čl. 478. st. 3. ZTD).

### 2.1.2. *Ovisno i vladajuće društvo*

Ovisno društvo (njem. *abhängige Unternehmen*) je pravno samostalno trgovačko društvo na koje neko drugo trgovačko društvo (vladajuće društvo, njem. *herrschende Unternehmen*) ostvaruje izravni ili neizravni prevladavajući utjecaj (čl. 475. st. 1. ZTD). Pod prevladavajućim utjecajem (njem. *beherrschender Einfluß*) se podrazumijeva mogućnost vladajućeg društva za utjecanje na vođenje poslova i donošenje odluka u ovisnom društvu.<sup>11</sup> Utjecaj jednog društva na drugo

<sup>9</sup> Primjerice, ako je to predviđeno društvenim ugovorom društva s ograničenom odgovornošću, odnosno društvenim ugovorom društva osoba, ili su u dioničkom društvu izdane povlaštene dionice bez prava glasa ili je statutom ograničeno pravo glasa iz dionica koje drži određeni dioničar na određeni najveći broj dionica ili postotak svih glasova. Ukupni nominalni iznos povlaštenih dionica ne smije biti veći od polovice iznosa temeljnog kapitala društva.

<sup>10</sup> Gorenc, V. et al., op. cit., str. 797.

<sup>11</sup> Ne govori se o postojanju prevladavajućeg utjecaja kada jedno društvo može blokirati donošenje odluka u drugom društvu. Treba postojati mogućnost donošenja neke odluke. Vidi u Gorenc, V. et al., op. cit., str. 800.

mora biti trajnije naravi.<sup>12</sup> Za postojanje ovisnosti dovoljno je da vladajuće društvo utječe na odluke o financiranju poslovanja ovisnog društva.<sup>13</sup>

Prevladavajući utjecaj može proizlaziti iz različitih okolnosti. Jedna, koju kao oborivu pretpostavku određuje sam zakon, jest postojanje većinskog sudjelovanja jednog trgovačkog društva u drugom (čl. 475. st. 2., ZTD). Nadalje, prevladavajući utjecaj može proizlaziti i iz situacija kada ne postoji većinsko sudjelovanje. Jedno ovisno društvo može biti pod zajedničkim utjecajem dvaju ili više vladajućih društava na temelju sporazuma o suradnji tih društava.<sup>14</sup> Također je moguće da se prevladavajući utjecaj temelji i na kombinaciji više okolnosti.<sup>15</sup>

O neposredno prevladavajućem utjecaju govorimo onda kada vladajuće društvo izravno ostvaruje svoj utjecaj na poslovanje ovisnog društva i raspolaže sredstvima za ostvarivanje utjecaja. O posrednom prevladavajućem utjecaju govorimo onda kada vladajuće društvo ima udjele u jednom ovisnom društvu, a to ovisno društvo ima vladajući položaj u nekom drugom ovisnom društvu. Tada će vladajuće društvo ostvarivati svoj prevladavajući utjecaj i na to drugo ovisno društvo. Ovakva situacija se često naziva i višestruka ovisnost (njem. *mehrfache Abhängigkeit*).<sup>16</sup>

Hrvatski zakonodavac polazi od toga da vladajuće društvo ostvaruje svoj prevladavajući utjecaj u ovisnom društvu.<sup>17</sup> Stoga se u nas traži stvarna realizacija prevladavajućeg utjecaja u ovisnom društvu. Na taj način se sužava primjena odredbi o povezanim društvima te se slabi zaštita manjinskih dioničara i vjerovnika ovisnih društava. Valja naglasiti da pravna teorija zauzima stajalište da je za postojanje odnosa ovisnosti dovoljno postojanje mogućnosti ostvarivanja prevladavajućeg utjecaja.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Wooldridge, F., op. cit., str. 109.

<sup>13</sup> Gorenc, V. et al., op. cit., str. 800-801., Wooldridge, F., op. cit., str. 109.

<sup>14</sup> Npr. sporazum o glasanju prema kojem su glasovi više dioničara – trgovačkih društava udruženi, te se na taj način ostvaruje vladajuća pozicija u ovisnom društvu.

<sup>15</sup> Npr. vladajuće društvo drži samo manjinski paket dionica, ali ima izravan utjecaj na ovisno društvo na temelju dugoročnih ugovora (ugovor o zajmu, ugovor o nabavci), ili je većinski zastupljeno u nadzornom odboru ovisnog društva. Prevladavajući utjecaj uvijek mora biti utemeljen na odnosu koji postoji u pravu društava. Njega nije moguće zasnivati na gospodarskom ili činjeničnom odnosu. Vidi u Gorenc, V. et al., op. cit., str. 801-802., Reinhardt, R., Schultz, D., op. cit., str. 260-261.

<sup>16</sup> Gorenc, V. et al., op. cit., str. 800, Wooldridge, F., op. cit., str. 109.

<sup>17</sup> Tako uređuje i slovenski Zakon o trgovačkim društvima (čl. 529. st. 1. ZGD).

<sup>18</sup> Ovdje treba ukazati da u njemačkom Zakonu o dionicama pristup definiciji ovisnosti polazi od mogućnosti da vladajuće društvo ostvaruje prevladavajući utjecaj na ovisno društvo. Vladajuće društvo, iako postoje osnove za odnos ovisnosti, ne mora taj svoj prevladavajući utjecaj i ostvarivati. To potvrđuje i njemačka novija sudska praksa i pravna znanost. Vidi u Gorenc, V. et al., op. cit., str. 800.

### 2.1.3. Koncern i koncernsko društvo

Koncern predstavlja takvu vrstu povezanih društava kod kojeg su dva ili više pravno samostalnih trgovačkih društava povezana jedinstvenim vođenjem poslova (čl. 476. ZTD).<sup>19</sup> U gospodarskom smislu, koncern predstavlja jedinstveni gospodarski subjekt, jer se poduzetničko planiranje obavlja za cijeli koncern, a ne za pojedina društva koncerna. Pod jedinstvenim vođenjem (njem. *einheitliche Leitung*) se podrazumijeva vođenje poslova više trgovačkih društava od strane istih osoba, a ta trgovačka društva smjeraju postizanju jednog nadređenog cjelovito-poduzetničkog interesa, na način kako je to postavljeno u pogonskim odjelima u okviru jednog jedinstvenog planiranja trgovačkih društava.<sup>20</sup> Pritom je za postojanje jedinstvenog vođenja dovoljno ostvarivanje jedinstvenog organiziranja i financiranja djelatnosti trgovačkih društava.<sup>21</sup> Dovoljno je da se usuglašavaju poslovna politika i ostala temeljna pitanja vođenja poslova, pri čemu se usuglašavanje ne mora provoditi uputama (njem. *Weisungen*), već i zajedničkim savjetovanjima i kroz osobna prepletanja uprava (njem. *personelle Verflechtungen*).<sup>22</sup>

U praksi koncern može nastati na tri načina. Jedan je da postojeće trgovačko društvo osnuje novo trgovačko društvo na koje će prenijeti dio svoje imovine i određene djelatnosti (njem. *Ausgliederung*). Drugi način nastanka koncerna je slučaj kada jedno trgovačko društvo preuzima dionice, odnosno udjele u drugim društvima od njihovih dotadašnjih članova (njem. *Übernahme*, engl. *Take-over*). Konačno, koncern može nastati i sklapanjem ugovora o vođenju poslova društva, no taj ugovor najčešće slijedi nakon već postojeće povezanosti društava kapitalom.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Vertikalni koncern obilježava odnos ovisnosti ovisnog trgovačkog društva o vladajućem trgovačkom društvu. Ta vrsta koncerna nastaje u slučaju postojanja odnosa vladajućeg i ovisnog društva, sklapanja ugovora o vođenju poslova društva, te priključenja društva (čl. 476. st. 1. ZTD). Horizontalni koncern (čl. 476. st. 2. ZTD) čini dva ili više pravno samostalnih trgovačkih društava koja su međusobno ravnopravna, a spojena su zajedničkim vođenjem. Između njih ne postoji odnos ovisnosti. Ovaj tip koncerna nastaje najčešće ugovorom. Vidi u Gorenc, V. et al., op. cit., str. 805-806. i 808., Reinhardt, R., Schultz, D., op. cit., str. 269-270.

<sup>20</sup> Gorenc, V. et al., op. cit., str. 806., Reinhardt, R., Schultz, D., op. cit., str. 268-269.

<sup>21</sup> Činjenica koja upućuje na postojanje koncerna je uzimanje kredita za čitavi koncern i osiguravanje vraćanja tih kredita imovinom svih članova koncerna (LG Oldenburg, ZIP 1992, 1632 (1636) "TBB").

<sup>22</sup> Osobna se prepletanja ostvaruju izborom članova uprave vladajućeg društva za članove nadzornog odbora ovisnog društva. Moguće je i članove uprave vladajućeg društva birati i za članove uprave ovisnog društva. Pritom valja imati na umu i odredbe čl. 248. st. 1. ZTD-a o zabrani konkurencije i odredbe čl. 255. st. 2. ZTD-a o ograničenjima za izbor članova nadzornog odbora u dioničkom društvu. Svrha ove potonje odredbe je sprečavanje istodobnog članstva u upravi i nadzornom odboru, što se protivi prirodi i funkciji ovih dvaju organa trgovačkih društava, te uspostava nadzora ovisnog društva nad vladajućim društvom i nastanak odnosa ovisnosti putem prepletanja članstva (njem. *Überkreuzverflechtung*) u upravama i nadzornim odborima trgovačkih društava koja nisu međusobno povezana kapitalom. Vidi u Gorenc, V. et al., op. cit., str. 807-808.

<sup>23</sup> *ibid.*, str. 804-805.



#### 2.1.4. Društva s uzajamnim udjelima

Društva s uzajamnim udjelima su društva kapitala (dionička društva i društva s ograničenom odgovornošću), koja imaju sjedišta na području Republike Hrvatske, a međusobno su povezana tako da svako društvo ima udio veći od 25% temeljnog kapitala drugog društva (čl. 477. st. 1. ZTD). Pritom je moguće povezivanje dioničkih društava ili društava s ograničenom odgovornošću, kao i dioničkog društva i društva s ograničenom odgovornošću.<sup>24</sup>

S obzirom na stupanj međusobnog sudjelovanja razlikujemo i nekoliko tipova društava s uzajamnim udjelima. Najniži stupanj povezanosti je onaj kada su uzajamnim udjelima povezana društva kapitala sa sjedištem u Republici Hrvatskoj, a svako društvo ima više od 25% udjela u drugom društvu. Viši stupanj povezanosti postoji onda kada se jedno društvo kapitala pojavljuje kao vladajuće društvo, a drugo društvo kao ovisno društvo (čl. 477. st. 2. ZTD).<sup>25</sup> Ovdje se radi o kvalificiranom jednostranom uzajamnom sudjelovanju (njem. *qualifizierte einseitige wechselseitige Beteiligung*). Pritom zakonodavac postavlja neoborivu pretpostavku postojanja odnosa ovisnosti u slučaju kada se radi o društvima povezanim uzajamnim udjelima, a ispunjene su pretpostavke za postojanje većinskog sudjelovanja jednog društva u drugom. Daljnji viši stupanj povezanosti postoji u slučaju kvalificiranog dvostranog uzajamnog sudjelovanja (njem. *qualifizierte beiderseitige wechselseitige Beteiligung*), kada se oba društva smatraju vladajućim i ovisnim (čl. 477. st. 3. ZTD). U praksi se pojavljuje i prstenasto ili cirkularno sudjelovanje (njem. *ringformige oder zirkulare Beteiligung*), kada društvo A ima udio u društvu B, društvo B u društvu C, a društvo C u društvu A. Za postanak odnosa ovisnosti u ovom slučaju je potrebno da postotak međusobnog sudjelovanja bude veći od 50%.<sup>26</sup> Kod društava s uzajamnim udjelima redovito se ugrožava načelo očuvanja kapitala te se otvara mogućnost osamostaljivanja uprava. Naime, moguće je posredno i djelomično vraćanje uloga članova društva te fiktivna povećanja temeljnog kapitala čime se ugrožava temeljni kapital povezanih društava. Jedno društvo može stjecati udjele u drugom društvu, pri čemu ona od ranije imaju uzajamne udjele, koristeći se sredstvima iz svog temeljnog kapitala čime se ta transakcija ostvaruje na teret tog drugog društva, te ono tako posredno i djelomično vraća uloge svojim članovima. S druge strane, moguća su fiktivna povećanja temeljnog kapitala uzajamno povezanih društava, tako da se istim sredstvima višestruko povećavaju temeljni kapitali obaju društava, a da ta sredstva u stvarnosti ne postoje. Uprave uzajamno povezanih društava se osamostaljuju od nadzora svojih dioničara, odnosno članova i nameću im svoju volju, budući da one ostvaruju članska prava u glavnim skupštinama, odnosno skupštinama uzajamno povezanih društava te

<sup>24</sup> *ibid.*, str. 811-812.

<sup>25</sup> To će biti kada jedno društvo ima većinski udio u drugom društvu ili ako jedno društvo može imati neposredno ili posredno prevladavajući utjecaj na drugo društvo.

<sup>26</sup> *ibid.*, str. 812.

mogu utjecati na sastav uprava i nadzornih odbora putem izbora njihovih članova.<sup>27</sup>

### 2.1.5. Poduzetnički ugovori

Trgovačka društva se mogu međusobno povezivati i putem poduzetničkih ugovora (njem. *Unternehmensverträge*). Prednost poduzetničkih ugovora je u tome što se njima pravno priznaje postojanje povezanih društava kao središnje vođene jedinice, pritom čuvajući pravnu različitost pojedinih trgovačkih društava. Tim ugovorima se osiguravaju interesi vanjskih dioničara i vjerovnika ovisnih društava te se priznaje potreba povezanih društava za jedinstvenom upravom. Njihovim sklapanjem se ustanovljava odgovornost vladajućeg društva za gubitke ovisnog društva, čime se posredno štite vjerovnici ovisnog društva. Također, nastaje i obveza vladajućeg društva na nadoknadu eventualnih gubitaka vanjskim dioničarima u ovisnim društvima, bilo u novcu, bilo u dionicama vladajućeg društva.<sup>28</sup>

Poduzetnički ugovori predstavljaju organizacijske ugovore (njem. *Organisationsverträge*), kojima se ne uređuju samo odnosi između trgovačkih društava – ugovornih strana već i odnosi između trgovačkog društva i članova drugog društva (vanjski dioničari). To se osobito odnosi na ugovor o vođenju poslova društva i ugovor o prijenosu dobiti.<sup>29</sup> Do sklapanja poduzetničkog ugovora trgovačko društvo je poslovalo u zajedničkom interesu samog društva, njegovih članova i vjerovnika, a sklapanjem ugovora ono počinje poslovati u interesu drugog društva, koji je najčešće u suprotnosti s interesom ovisnog društva, njegovih članova i vjerovnika. Poslovna neovisnost ovisnog društva biva bitno ugrožena, pa stoga dolazi do primjene posebnih pravnih pravila kojima je svrha zaštita ovisnog društva, njegovih članova i vjerovnika. Tako je zakonodavac predvidio čitav niz odredbi kojima je svrha zaštita ovisnih društava, njihovih članova i vjerovnika u slučaju postojanja poduzetničkih ugovora: odredbe o sklapanju, izmjeni i prestanku ugovora (čl. 481.-486. ZTD), odredbe o osiguranju ovisnog društva i vjerovnika (čl. 487.-490. ZTD), odredbe o osiguranju vanjskih dioničara (čl. 491.-492. ZTD) te odredbe o ovlastima i odgovornosti iz ugovora o vođenju poslova društva (čl. 493.-495. ZTD).<sup>30</sup>

<sup>27</sup> *ibid.*, str. 813.

<sup>28</sup> Vanjski dioničari su oni dioničari ovisnog društva koji istodobno nisu i dioničari odnosno članovi vladajućeg društva u slučaju sklapanja ugovora o vođenju poslova društva ili ugovora o prijenosu dobiti (čl. 478. a ZTD). Vanjski dioničari su i članovi društva s ograničenom odgovornošću ako je ono ovisno društvo. Vidi u Gorenc, V. et al., op. cit., str. 818-819., Forum Europaeum, op. cit., str. 79-80.

<sup>29</sup> Gorenc, V. et al., op. cit., str. 819-820., Immenga, Ulrich, *The Law of Groups in the Federal Republic of Germany*, u knjizi Wymeersch, Eddy, *Groups of Companies in the ECC*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993., str. 100., Petrović, Siniša, *Poduzetnički ugovori*, Pravo u gospodarstvu, vol. 33. br. 11/12(1994.), str. 1048-1050.

<sup>30</sup> Gorenc, V. et al., op. cit., str. 820-821., Immenga, U., op. cit., str. 102., Petrović, S., op. cit., str. 1048-1049.

Zakon o trgovačkim društvima u čl. 479. i 480. navodi nekoliko vrsta poduzetničkih ugovora: ugovor o vođenju poslova društva (njem. *Beherrschungsvertrag*), ugovor o prijenosu dobiti (njem. *Gewinnabführungsvertrag*), ugovor o zajednici dobiti (njem. *Gewinngemeinschaftsvertrag*), ugovor o djelomičnom prijenosu dobiti (njem. *Teilgewinnabführungsvertrag*), ugovor o zakupu pogona (njem. *Betriebspachtsvertrag*) te ugovor o prepuštanju pogona (njem. *Betriebsüberlassungsvertrag*). Pritom je zakon poduzetničke ugovore podijelio u dvije skupine: ugovor o vođenju poslova društva i ugovor o prijenosu dobiti te ostali poduzetnički ugovori, uzimajući u obzir njihov utjecaj na ovisno društvo, vanjske dioničare i vjerovnike.

### 2.1.6. Priključenje

Priključenje (njem. *Eingliederung*) predstavlja potpunu gospodarsku integraciju jednog društva kapitala (priključeno društvo, njem. *eingegliederte Gesellschaft*) u drugo društvo kapitala (glavno društvo, njem. *Hauptgesellschaft*), u kojoj oba društva zadržavaju pravnu samostalnost. Ono predstavlja odnos povezanosti trgovačkih društava, koji je po svojim karakteristikama između odnosa povezanosti trgovačkih društava poduzetničkim ugovorima i potpune fuzije trgovačkih društava kada postojeća trgovačka društva gube svoju pravnu samostalnost.<sup>31</sup> Unatoč tome što ga zakonodavac ne navodi kao posebni oblik povezanosti trgovačkih društava u čl. 473. ZTD-a, ovaj institut ima svoje mjesto u pravu povezanih društava.<sup>32</sup>

Za priključenje dva trgovačka društva, potrebno je ispunjavanje sljedećih pretpostavki: a) priključeno društvo i glavno društvo moraju biti društva kapitala (dioničko društvo ili društvo s ograničenom odgovornošću); b) glavno društvo mora biti društvo kapitala sa sjedištem u Republici Hrvatskoj, budući da ono odgovara vjerovnicima za obveze priključenog društva; c) buduće glavno društvo mora držati najmanje 95% udjela budućeg priključenog društva; d) odluku o priključenju donose skupštine budućeg glavnog i priključenog društva.<sup>33</sup>

U praksi su moguća dva oblika priključenja: redovito priključenje, kada glavno društvo drži sve udjele u priključenom društvu, i priključenje odlukom većine, kada vladajuće društvo drži više od 95% udjela u priključenom društvu. U slučaju redovitog priključenja buduće glavno društvo mora imati sve udjele u budućem priključenom društvu. Odluku o priključenju u tom slučaju donosi skupština ovisnog društva. Na tu odluku se ne primjenjuju odredbe ZTD-a i

<sup>31</sup> Gorenc, V. et al., op. cit., str. 873-874., Immenga, U., op. cit., str. 105-106.

<sup>32</sup> U čl. 476. st. 1. ZTD-a postavlja se neoboriva pretpostavka da priključena društva čine koncern. To znači da se na priključena društva uz odredbe čl. 503-511. ZTD-a primjenjuju i ostale odredbe Zakona o povezanim društvima, osim odredbi čl. 496-502. (čl. 507. st. 1. ZTD). U pogledu ovlasti glavnog društva u odnosu na priključeno društvo ono ima položaj kao u slučaju sklapanja ugovora o vođenju poslova društva. Vidi u Petrović, S., *Povezana društva*, u knjizi Barbić, J. et al., *Zakon o trgovačkim društvima – Vodič za čitanje zakona*, Organizator, Zagreb, 1995., str. 311.

<sup>33</sup> Čl. 503. ZTD.

statuta o izmjeni statuta (čl. 503. st. 1. ZTD).<sup>34</sup> Za valjanost te odluke potrebno je da suglasnost za priključenje dade skupština budućeg glavnog društva. Ona svoju odluku donosi tročetvrtinskom većinom, ili većom većinom i uz ispunjenje dodatnih pretpostavki, ako je to predviđeno statutom/društvenim ugovorom budućeg glavnog društva.<sup>35</sup> Uprava priključenog društva podnosi trgovačkom sudu, na čijem području priključeno društvo ima svoje sjedište, prijavu za upis priključenja u sudski registar i u njoj mora navesti tvrtku glavnog društva. Upis u sudski registar ima konstitutivni učinak (čl. 503. st. 6. i 7. ZTD). Priključenje odlukom većine odlikuje donošenje odluke o priključenju kada buduće glavno društvo drži između 95% i 100% udjela u temeljnom kapitalu priključenog društva (čl. 504. st. 1. ZTD).<sup>36</sup>

## 2.2. Slovenija i Njemačka

Slovenija<sup>37</sup> i Njemačka također predstavljaju države koje imaju posebne odredbe o povezanim društvima. Pritom valja naglasiti da su i Hrvatska i Slovenija pri donošenju svojih nacionalnih propisa o trgovačkim društvima slijedile uzor njemačkog Zakona o dionicama (*Aktiengesetz (AktG)*) iz 1965. godine. Stoga su i odredbe o povezanim društvima identične odredbama njemačkog prava. Tako su vrste povezanih društava uređene čl. 527. slovenskog Zakona o trgovačkim društvima (*Zakon o gospodarskih družbah (ZGD)*), odnosno § 15 njemačkog Zakona o dionicama.<sup>38</sup> Pritom njemačko pravo u slučaju postojanja odnosa ovisnog i vladajućeg društva polazi od mogućnosti da vladajuće društvo ostvaruje prevladavajući utjecaj na ovisno društvo, dok hrvatsko i slovensko pravo traže ostvarivanje prevladavajućeg utjecaja u njihovim odnosima.

<sup>34</sup> Odluku zapravo donosi samo glavno društvo, budući da je ono jedini član priključenog društva, pa time i jedini član na skupštini ovisnog društva. Odluka o priključenju se po svojoj pravnoj snazi nalazi iznad odredbi zakona i statuta, te se na mjesto odredbi statuta primjenjuju odredbe zakona.

<sup>35</sup> I na ovu odluku se ne primjenjuju odredbe ZTD-a i statuta/društvenog ugovora o izmjeni temeljnog akta trgovačkog društva.

<sup>36</sup> Upisom priključenja u sudski registar sve dionice, odnosno udjeli koje ne drži glavno društvo prelaze na njega, a dioničarima, odnosno članovima koji istupaju iz priključenog društva glavno društvo mora dati primjerenu otpremninu u dionicama glavnog društva ili u novcu (čl. 504.a ZTD). Uprava budućeg glavnog društva izrađuje izvješće o priključenju u kojem pravno i gospodarski obrazlaže i objašnjava priključenje, a osobito oblik i visinu otpremnine (čl. 504. st. 5. t. 2. i st. 6. ZTD). Priključenje moraju provjeriti revizori, a osobito primjerenost otpremnine (čl. 504. st. 3. i 4. ZTD).

<sup>37</sup> U Republici Sloveniji je 4. travnja 2006. godine usvojen novi Zakon o gospodarskih družbah, koji je stupio na snagu 4. svibnja 2006. godine (objavljen u Uradni list RS 42/06. dana 19. travnja 2006. godine).

<sup>38</sup> Tako se razlikuju društvo s većinskim udjelom i društvo s većinskim pravom odlučivanja u drugom društvu (čl. 528. ZGD; § 16 AktG), ovisno i vladajuće društvo (čl. 529. ZGD; § 16 AktG), koncern (čl. 530. ZGD; § 18 AktG), društva s uzajamnim udjelima (čl. 531. ZGD; § 19 AktG) i društva povezana poduzetničkim ugovorima (čl. 533-534. ZGD; § 291-292 AktG). Tu valja pridodati i priključena društva, koja također predstavljaju vrstu povezanih društava (čl. 555. ZGD; § 319 AktG).

### 2.3. Francuska i Velika Britanija

U francuskom pravu se smatra da povezana društva postoje kada trgovačka društva iako su pravno samostalna, imaju jedinstveno donošenje odluka glede svog gospodarskog poslovanja. Takav odnos može nastati kao posljedica većinskog sudjelovanja vladajućeg društva u temeljnom kapitalu ovisnog društva ili zbog toga što trgovačka društva imaju jedinstvenu upravu, ili upotrebe bilo kojeg sredstva koja omogućava vladajućem društvu nadzor nad donošenjem odluka u ovisnom društvu.<sup>39</sup>

Francuski Trgovački zakonik (*Code de commerce*) pravi razliku između ovisnog društva u užem smislu (franc. *filiale*), u kojem više od 50% temeljnog kapitala drži drugo trgovačko društvo (čl. L233-1. Trgovačkog zakonika, radi se o većinskom sudjelovanju) i manjinskog sudjelovanja u temeljnom kapitalu trgovačkog društva, kada drugo trgovačko društvo drži između 10% i 50% udjela u temeljnom kapitalu tog društva (čl. L233-2. Trgovačkog zakonika).<sup>40</sup> Spomenute zakonske odredbe se primjenjuju u slučajevima uzajamnih udjela između trgovačkih društava i isključenju određenih osoba za obnašanje funkcije revizora.<sup>41</sup> Čl. L233-3. Trgovačkog zakonika određuje da će odnos povezanosti između trgovačkih društava postojati i u slučaju: 1. kada trgovačko društvo izravno ili posredno drži udio u temeljnom kapitalu drugog društva na temelju kojeg ima većinu glasova na skupštini tog društva (većinsko pravo glasa), 2. kada trgovačko društvo ima većinu glasova na skupštini drugog društva na temelju sporazuma kojeg je zaključilo s ostalim dioničarima/članovima društva i to nije protivno interesima tog društva (sporazumi o glasovanju) i 3. kada trgovačko društvo ima *de facto* vlast, na temelju udjela koje ima u drugom društvu, da utječe na rezultat glasovanja u skupštini tog društva. Takvu vlast trgovačko društvo ima kada izravno ili posredno drži više od 40% udjela u drugom društvu i niti jedan drugi član društva ne drži posredno ili neposredno veći postotak udjela. Ukoliko dvije ili više osoba djeluju suglasno u ovisnom društvu, smatrat će se da one zajedno ostvaruju utjecaj na ovisno društvo kada stvarno donose odluke na skupštini ovisnog društva na temelju sporazuma o provedbi zajedničkih ciljeva.<sup>42</sup> Svaki udio koje drži ovisno društvo u temeljnom kapitalu nekog drugog trgovačkog društva, pa i ako je manji od 10%, smatrat će se udjelom kojeg posredno drži vladajuće društvo (čl. L233-4. Trgovačkog zakonika).<sup>43</sup>

U slučaju postojanja uzajamnih udjela u društvima kapitala, čl. L233-29 – L233-30. Trgovačkog zakonika zabranjuje društvu kapitala da stječe udjele u

<sup>39</sup> Guyon, Yves, *The Law on Groups of Companies in France*, u knjizi Wymeersch, E., *Group of Companies in EEC*, str. 141., Wooldridge, F., op. cit., str. 107.

<sup>40</sup> Guyon, Y., op. cit., str. 145., Wooldridge, F., op. cit., str. 107.

<sup>41</sup> Čl. L233-29., L225-180., L225-224., L225-236. Trgovačkog zakonika.

<sup>42</sup> Guyon, Y., op. cit., str. 145., Wooldridge, F., op. cit., str. 107.

<sup>43</sup> U slučaju kada se radi o uvrštenim dioničkim društvima državni odvjetnik (franc. *procureur de la République*) i Odbor burze provode postupke radi utvrđivanja postojanja kvalificiranih udjela u takvim društvima (čl. L233-5. Trgovačkog zakonika).

drugom društvu kapitala koje već ima u njemu udio koji je veći od 10% temeljnog kapitala tog društva. U slučaju ako je taj udio manji, društvo kapitala je dužno otpustiti te udjele, osim ako se ne postigne sporazum između uzajamno povezanih društava kapitala. Ako su ti uzajamni udjeli jednaki, svako društvo kapitala mora smanjiti svoj udio na iznos od 10% udjela u temeljnom kapitalu drugog društva, čime se ograničava ostvarivanje prava iz uzajamnih udjela društava kapitala na taj kvalificirani udio. Iz onih udjela koji premašuju taj iznos, odnosno udjela koji su manji od kvalificiranog udjela i koji se moraju otpustiti nije moguće ostvarivati pravo glasa.

Čl. 233-16. st. 2. Trgovačkog zakonika određuje kada postoji samostalni prevladavajući utjecaj jednog društva nad drugim i obvezu sastavljanja konsolidiranog financijskog izvješća i izvješća o stanju povezanih društava. Taj utjecaj postoji kada: a) vladajuće društvo ima većinu prava glasa u ovisnom društvu; b) vladajuće društvo imenuje većinu članova upravnih organa ovisnog društva u dvije uzastopne poslovne godine;<sup>44</sup> c) vladajuće društvo ostvaruje prevladavajući utjecaj u ovisnom društvu na temelju ugovora ili statuta ovisnog društva, kada je to dopušteno.<sup>45</sup>

U engleskom pravu se o povezanim društvima govori kada jedno trgovačko društvo, vladajuće društvo (engl. *parent or holding company*), ima utjecaj na imenovanje i opoziv članova upravnog odbora drugog trgovačkog društva, ovisnog društva (engl. *subsidiary*), na temelju udjela koje vladajuće društvo ima u temeljnom kapitalu ovisnog društva. Taj utjecaj može proizlaziti i na temelju odredbi društvenog ugovora ovisnog društva ili ugovora koji su međusobno sklopili vladajuće i ovisno društvo koji ovlašćuje vladajuće društvo da imenuje članove upravnog odbora ovisnog društva. Pritom vladajuće društvo može imati izravno ili posredno udjele u ovisnom društvu. Ono ne mora imati sve udjele u ovisnom društvu da bi imalo takve ovlasti, osobito ako se u ovisnom društvu pojavljuju manjinski dioničari.<sup>46</sup>

Engleski Zakon o trgovačkim društvima iz 1985. godine (*Companies Act 1985*),<sup>47</sup> sadrži dvije definicije pojma povezanih društava koje se u velikoj mjeri preklapaju. Zakonodavac daje posebnu definiciju vladajućeg društva i ovisnog društva za potrebe izrade konsolidiranih financijskih izvješća u čl. 258. engleskog

<sup>44</sup> Presumira se da vladajuće društvo ima takav utjecaj ako tijekom poslovne godine ima udio u pravu glasa u ovisnom društvu veći od 40% i ako ni jedan drugi član ovisnog društva izravno ili posredno ne drži veći udio.

<sup>45</sup> Wooldridge, Frank, *The French Law Implementing The Seventh Directive*, Company Lawyer 1988, 9(2), str. 63.

<sup>46</sup> Farrar, John H., Hannigan, Brenda, *Farrar's Company Law*, 4<sup>th</sup> edition, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1998., str. 530-531.

<sup>47</sup> Ovaj zakon je revidiran odredbama Zakona o trgovačkim društvima iz 1989. godine (*Companies Act 1989*), osobito kada se radi o financijskim izvješćima trgovačkih društava, pretpostavkama za imenovanje revizora, ovlastima za prikupljanje obavijesti o poslovanju društava, registraciji obveza trgovačkih društava i dr.

ZTD-a iz 1985. godine.<sup>48</sup> U ovoj su odredbi do izražaja došle odredbe o povezanim društvima koje su sadržane u Sedmoj smjernici EU o konsolidiranim financijskim izvješćima. U čl. 736., 736A. i 736B. Zakona o trgovačkim društvima iz 1985. godine<sup>49</sup> sadržana je definicija vladajućeg društva i ovisnog društva koja se primjenjuje u svim drugim slučajevima kada se radi o uređenju odnosa između povezanih društava.<sup>50</sup>

Odnos povezanih društava postoji u slučaju kada se jedno trgovačko društvo pojavljuje kao vladajuće društvo drugog društva, ovisnog društva, i to na neki od sljedećih načina: a) kada jedno društvo drži više od polovice ukupnog broja glasova koje ostvaruje na skupštini drugog društva (engl. *voting control*) (čl. 258. st. 2. t. (a), čl. 736. st. 1. t. (a), čl. 736A. i čl. 782A. CA 1985);<sup>51</sup> b) kada je jedno trgovačko društvo član drugog društva i ima pravo imenovanja i opoziva članova upravnog odbora tog društva, koji zajedno imaju više od polovice ukupnog broja glasova koje ostvaruju na sjednicama upravnog odbora (engl. *director control*) (čl. 258. st. 2. t. (b), čl. 258. st. 3. i 6. i čl. 782A., čl. 736. st. 1. t. (b) i čl. 736A. st. 3., 6. i 8. CA 1985.);<sup>52</sup> c) kada je jedno trgovačko društvo član drugog društva

<sup>48</sup> Ovaj članak je umetnut u VII. dio Zakona iz 1985. godine, člankom 21. Zakona o trgovačkim društvima iz 1989. godine.

<sup>49</sup> Ove odredbe su zamijenile ranije odredbe XXVI. dijela CA iz 1985. godine, i to člankom 144. CA iz 1989. godine.

<sup>50</sup> Farrar, J.H., Hannigan, B., op. cit., str. 533-534., Jones, Michael, *The Companies Act 1989 – Subsidiaries, Subsidiary Undertakings and Group Accounts*, International Banking Law, 1990, str. 268-270.

<sup>51</sup> **Ovakav tip povezanosti trgovačkih društava postoji kada:** a) vladajuće društvo izravno ili posredno (putem ovisnih društava ili trećih osoba, koji mogu glasovati samo uz suglasnost ili na temelju uputa vladajućeg društva, na temelju udjela koje imaju u ovisnom društvu) drži udjele u ovisnom društvu u iznosu većem od 50% temeljnog kapitala, te na temelju tih udjela ima većinu glasova na skupštini ovisnog društva; b) ovisno društvo može biti i društvo koje nema temeljni kapital podijeljen na dionice, ali vladajuće društvo, izravno ili posredno, ima više od 50% glasova na skupštini ovisnog društva, kao član tog društva; c) u slučaju kada ovisno društvo nema skupštine društva, a vladajuće društvo, o njemu ovisna društva i treće osobe zajedno imaju ovlast, na temelju društvenog ugovora ovisnog društva, da upravljaju njenim poslovanjem ili mijenjaju odredbe njezinog društvenog ugovora. Pravo glasa koje proizlazi iz dionica koje su dane kao osiguranje, računa se u korist osobe koja je dala te dionice kao osiguranje, ukoliko ona to pravo glasa ostvaruje uz suglasnost osobe koja je primila osiguranje ili radi očuvanja vrijednosti tih dionica. Tako će se postupiti i u slučaju ako je zajmodavac dao zajam osiguran dionicama u okviru svog redovitog poslovanja i on ostvaruje pravo glasa u interesu davatelja osiguranja (zajmoprimca) ili radi očuvanja vrijednosti osiguranja. Pravo glasa koje proizlazi iz dionica koje drži osoba za račun trećeg (fiducijar) ne uzima se u obzir kao njegovo pravo glasa (čl. 258. st. 6. i čl. 782A., čl. 736A. CA 1985). Loc. cit.

<sup>52</sup> **Vladajuće društvo može kao član ovisnog društva:** a) na temelju udjela koje izravno ili posredno drži u ovisnom društvu; ili, b) na temelju odredbi društvenog ugovora ovisnog društva ili ugovora koje je vladajuće društvo sklopilo s njim; ili, c) na temelju kombinacije ovih dviju mogućnosti, utjecati na imenovanje i opoziv članova upravnog odbora ovisnog društva koji zajedno imaju većinu glasova na sjednicama upravnog odbora koji odlučuje o bitnim pitanjima. S pravom izbora članova upravnog odbora koje je vezano za udjele koji su dani kao osiguranje i s pravom izbora koje proizlazi iz udjela koje drži fiducijar, postupa se kao i kad se radi o pravu glasa koje proizlazi iz takvih udjela. Smatrat će se da vladajuće društvo ima pravo izbora članova upravnog odbora ovisnog društva ako imenovanje osobe u upravni odbor ovisnog društva nužno proizlazi iz

i samostalno kontrolira, na temelju sporazuma s drugim dioničarima, više od polovice ukupnog broja glasova koje ostvaruje na skupštini drugog društva (čl. 258. st. 2. t. (d). i st. 3., čl. 736. st. 1. t. (c). CA 1985);<sup>53</sup> d) kada je jedno trgovačko društvo vladajuće društvo drugog društva, koje je i samo vladajuće društvo u nekom trećem društvu (višestruka povezanost)(čl. 258. st. 5. i čl. 736. st. 1. CA 1985).<sup>54</sup> Pritom vladajuće društvo i ovisno društvo mogu biti osnovani u Velikoj Britaniji ili bilo kojoj drugoj državi. Engleski Zakon o trgovačkim društvima iz 1989. godine je u članku 258. st. 2. t. (c). predvidio i povezanost trgovačkih društava koju karakterizira ostvarivanje prevladavajućeg utjecaja vladajućeg društva nad ovisnim društvom,<sup>55</sup> bilo na temelju odredbi društvenog ugovora ovisnog društva, bilo na temelju ugovora o vođenju poslova društva (engl. *control contract*).<sup>56</sup> Ovaj odnos povezanosti postoji i kad vladajuće društvo stvarno ostvaruje prevladavajući utjecaj nad ovisnim društvom ili su vladajuće i ovisno društvo povezani jedinstvenim vođenjem poslova, pri čemu vladajuće društvo izravno ili posredno drži udjele u ovisnom društvu.<sup>57</sup> Ova odredba se primjenjuje samo u slučaju obveze izrade konsolidiranih financijskih izvješća.

### **3. Obveza obavještanja o stjecanju/otpuštanju kvalificiranog udjela u društvu kapitala**

Preglednost postojanja odnosa povezanosti između trgovačkih društava nastoji se ostvariti kroz sudske registre u koje se upisuju poduzetnički ugovori i priključenja trgovačkih društava. No pored toga, zakonodavstva različitih država

---

njegova imenovanja kao člana uprave vladajućeg društva ili upravljanje ovisnim društvom obnaša samo vladajuće društvo (čl. 258. st. 6., čl. 782A. i čl. 736A. st. 3. t. (a) i (b) CA 1985).

<sup>53</sup> Sporazum o glasovanju može biti u bilo kojem obliku. On može biti sporazum kojim se članovi društva obvezuju glasovati sukladno uputama vladajućeg društva ili neopozivi sporazum kojim se vladajućem društvu daje punomoć da samo prema svom nahođenju glasa na skupštini ovisnog društva. Valja uzeti da trgovačko društvo ima položaj vladajućeg društva i u slučaju kada ono ne drži većinu udjela u ovisnom društvu, pa tako nema ni većinsko pravo glasa na skupštini ovisnog društva, no na temelju sporazuma s drugim članovima ovisnog društva ima nadzor i nad njihovim glasovima. Postojanje sporazuma o glasovanju temelj je postanka ove vrste povezanosti trgovačkih društava.

<sup>54</sup> Ovdje se radi o uspostavi piramidalnih struktura povezanih društava.

<sup>55</sup> Pod prevladavajućim utjecajem se podrazumijeva ovlast vladajućeg društva u davanju uputa u odnosu na poslovanje i financiranje ovisnog društva, a članovi upravnog odbora potonjeg društva su dužni postupati po tim uputama, čak i kad su one štetne za ovisno društvo.

<sup>56</sup> Ugovor o vođenju poslova društva (engl. *control contract*) je ugovor u pisanom obliku koji je suglasan s odredbama društvenog ugovora ovisnog društva, na temelju kojeg je vladajuće društvo ovlašteno davati upute ovisnom društvu u odnosu na financiranje i poslovanje tog društva. U engleskom pravu je posredstvom Sedme smjernice EU uveden pravni institut poduzetničkog ugovora koji obilježava njemačko pravo. Vidi u Farrar, J.H., Hannigan, B., op. cit., str. 535., Wooldridge, F., *Aspects of the Regulation of Group of Companies in European Laws*, str. 106.

<sup>57</sup> Udio u temeljnom kapitalu ovisnog društva mora biti jednak ili veći od 20%. Vidi čl. 258. st. 4. i čl. 260. st. 1., 2., 4. i 5. CA 1985.



predviđaju i obvezu svakog stjecatelja kvalificiranog udjela u pojedinom trgovačkom društvu da o tome izvijesti to društvo. Takve obveze su predviđene kako odredbama prava društava, tako i odredbama koje uređuju tržište kapitala, osobito kada se radi o stjecanju kvalificiranih udjela u uvrštenim dioničkim društvima. O stjecanju kvalificiranih udjela u uvrštenim dioničkim društvima redovito se izvješćuju i nacionalni organi koji obavljaju nadzor nad pružanjem financijskih usluga, a osobito radom različitih sudionika tržišta kapitala te se upoznaje šira javnost kako bi potencijalni ulagatelji mogli donijeti kvalitetne odluke o ulaganju svojih sredstava u vrijednosne papire. U hrvatskom, slovenskom i njemačkom pravu obveza obavještavanja o stjecanju, odnosno otpuštanju kvalificiranih udjela postoji u slučaju stjecanja udjela od 25% ili više, kao i u slučaju nastanka većinskog sudjelovanja u domaćem društvu kapitala od strane drugog domaćeg ili stranog trgovačkog društva. Svrha ove obveze obavještavanja jest upoznavanje domaćeg društva kapitala sa stjecanjem, odnosno otpuštanjem kvalificiranog udjela i primjenom odredbi ZTD-a o povezanim društvima. S druge strane, u francuskom pravu obveza obavještavanja o stjecanju udjela u domaćem trgovačkom društvu od strane drugog trgovačkog društva nastaje sa stjecanjem udjela koji je veći od 5% temeljnog kapitala domaćeg trgovačkog društva u vlastitom godišnjem izvješću o stanju društva. U engleskom pravu je kvalificirani prag stjecanja/otpuštanja udjela u društvu kapitala od strane fizičke ili pravne osobe snižen na iznos od 3% udjela u temeljnom kapitalu društva, koji uvjetuje nastanak obveze obavještavanja društva o stjecanju/otpuštanju. Kada se radi o stjecanju, odnosno otpuštanju udjela u uvrštenim dioničkim društvima, najniži kvalificirani prag iznosi 5%, pri čemu se obavijest podnosi i društvu-izdavatelju i nacionalnom regulatornom organu koju nadzire tržište financijskih usluga. Na taj način se želi osigurati obaviještenost svih sudionika na tržištu kapitala o promjenama u strukturi temeljnog kapitala uvrštenih dioničkih društava, a osobito ulagatelja radi donošenja kvalitetnih odluka o ulaganju njihovih sredstava u vrijednosne papire. Sankcija za propust davanja obavijesti je suspenzija prava glasa iz onih dionica koje prelaze kvalificirani udio.<sup>58</sup> Obveza obavještavanja o stjecanju/otpuštanju kvalificiranih udjela u uvrštenim dioničkim društvima je usklađena Smjernicom o transparentnosti iz 2004. godine.

### **3.1. Hrvatska**

#### *3.1.1. Obveza obavještavanja o stjecanju/otpuštanju kvalificiranog udjela prema ZTD-u*

Obveza obavještavanja o stjecanju, odnosno otpuštanju dionica/poslovnih udjela iz čl. 478. ZTD-a, predstavlja jedno od sredstava za zaštitu trgovačkog društva i njegovih članova od snažnog utjecaja trgovačkog društva koje je steklo

<sup>58</sup> U njemačkom pravu stjecatelj dionica koji propusti dati obavijest ne može ostvarivati sva članska prava iz svih dionica koje drži u uvrštenom dioničkom društvu.

više od 25% njegovih dionica, i to na način kako je propisano zakonom, odnosno statutom. Granica od 25% dionica/poslovnih udjela uzima se kao primjerena, jer se takvom većinom može spriječiti izmjena statuta/društvenog ugovora, te donošenje drugih značajnih odluka na skupštini društva, za koje se traži tročetvrtinska većina ili veća ako je tako određeno statutom/društvenim ugovorom. Svrha je ove obveze obavještanja i upoznavanje javnosti o kretanju kapitala i jačanje pravne sigurnosti.<sup>59</sup>

Obveza obavještanja nastaje kada se kumulativno ispune sljedeće pretpostavke: 1. jedno trgovačko društvo, koje; 2. stekne ili otpusti više od 25% dionica ili udjela; 3. u nekom društvu kapitala; 4. sa sjedištem u Republici Hrvatskoj.

Prva pretpostavka je da jedno trgovačko društvo stekne udio veći od 25%, odnosno otpusti udio ispod 25% temeljnog kapitala društva kapitala sa sjedištem u Republici Hrvatskoj. To trgovačko društvo može biti i društvo osoba (javno trgovačko društvo, komanditno društvo) i društvo kapitala (dioničko društvo, društvo s ograničenom odgovornošću), bilo da se radi o domaćem ili stranom trgovačkom društvu.<sup>60</sup> Iz ovoga bi se moglo zaključiti da obveza obavještanja neće postojati u slučaju da je udio u društvu stekao pravni subjekt koji nema svojstvo trgovačkog društva. To će biti primjerice, fizička osoba, trgovac pojedinac, osobe javnog prava (Republika Hrvatska, županije, gradovi i općine), Hrvatski fond za privatizaciju, ustanove, udruge i dr. Na taj način se bitno sužuje doseg ove zakonske odredbe.<sup>61</sup>

Druga pretpostavka je da je to trgovačko društvo steklo više od 25% udjela, odnosno otpustilo udjele ispod 25% udjela u temeljnom kapitalu domaćeg trgovačkog društva kapitala. Pritom nije od značenja način stjecanja, odnosno otpuštanja ni rod dionica. Dionice, odnosno poslovni udjeli mogu se steći, odnosno otpustiti pravnim poslom, statusnom promjenom, u stečajnom postupku i sl. Kod dionica nije značajno radi li se o redovnim dionicama koje daju pravo glasa, o povlaštenim dionicama bez prava glasa ili o dionicama kod kojih je pravo glasa ograničeno. Na poslovne udjele društva s ograničenom odgovornošću se također na odgovarajući način primjenjuje ova odredba. Obveza obavještanja postoji bez obzira na prava koja proizlaze iz tih dionica/poslovnih udjela.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> U čl. 3. Nacrta Devete smjernice predviđena je obveza svake fizičke ili pravne osobe koja izravno ili posredno stekne više od 10% udjela u temeljnom kapitalu društva, da o tome u pisanom obliku izvijesti društvo te o svakom daljnjem stjecanju udjela većem od 5%. Stjecatelj ne može ostvarivati pravo glasa iz udjela koje je stekao dok ne ispuni svoju obvezu obavještanja, neovisno o tome radi li se o dionicama na donositelja ili dionicama na ime i je li dioničko društvo uvršteno na burzu ili nije (čl. 4. st. 1. Nacrta Devete smjernice). Vidi u Werlauff, E., op. cit., str. 460-461.

<sup>60</sup> Pod stranim trgovačkim društvom se podrazumijeva trgovačko društvo koje je valjano osnovano po pravu države u kojoj ono ima registrirano sjedište izvan Republike Hrvatske (čl. 611. st. 1. ZTD).

<sup>61</sup> Gorenc, V. et al., op. cit., str. 814-815.

<sup>62</sup> *ibid.*, str. 815.

Daljnja pretpostavka je stjecanje, odnosno otpuštanje udjela u nekom društvu kapitala. To znači da obveza obavještanja postoji u slučaju stjecanja, odnosno otpuštanja dionica dioničkog društva ili poslovnih udjela društva s ograničenom odgovornošću. Obveza obavještanja neće postojati u slučaju stjecanja, odnosno otpuštanja udjela u javnom trgovačkom društvu ili komanditnom društvu.<sup>63</sup>

Obveza obavještanja postoji neovisno o tome propisuje li zakonodavac obvezu vođenja registra dionica koje glase na ime za dioničko društvo (čl. 226. ZTD), odnosno registraciju nematerijaliziranih dionica pri Središnjoj depozitarnoj agenciji (čl. 124. ZTVP). Kada se radi o dionicama na donositelja, one se ne evidentiraju u registru dionica. Kod društva s ograničenom odgovornošću zakonodavac propisuje obvezu evidentiranja poslovnih udjela u knjigu poslovnih udjela (čl. 410. i 411. ZTD). Budući da su ti registri javni svatko uvidom u njih može pribaviti potrebne podatke o mogućim stjecanjima ili otpuštanjima dionica, odnosno poslovnih udjela, ali to ne oslobađa trgovačko društvo od obveze obavještanja. To je posebna obveza kojoj je svrha zaštita domaćeg društva kapitala od prevladavajućeg utjecaja jednog trgovačkog društva. Svrha vođenja registra dionica, odnosno knjige poslovnih udjela je pak evidentiranje i stjecanje članskih prava u odnosu na društvo.<sup>64</sup>

Posljednja pretpostavka je da se radi o stjecanju udjela u domaćem društvu kapitala. To znači da se radi o društvima sa sjedištem u Republici Hrvatskoj.

Obavijest o stjecanju i otpuštanju dionica, odnosno poslovnih udjela upućuje se upravi domaćeg društva kapitala, i to bez odgode i u pisanom obliku.<sup>65</sup> Domaće društvo kapitala mora u svojem glasilu objaviti takvo sudjelovanje te navesti društvo koje u njemu drži dionice ili poslovni udio (čl. 478. st. 5. ZTD). Ovakva obveza obavještanja će postojati i kad društvo stekne ili izgubi većinsko sudjelovanje u domaćem društvu kapitala (čl. 478. st. 3. ZTD). Ako je stečeni udio manji od 25% ne postoji obveza obavještanja, kao i u slučaju ako otpuštanjem dionica/poslovnih udjela udio nije pao ispod 25%, odnosno ako nije prestalo postojati većinsko sudjelovanje u domaćem društvu kapitala.

U udio koji pripada trgovačkom društvu ima se uračunati i onaj udio u temeljnom kapitalu domaćeg društva koji drži o njemu ovisno društvo ili koje za njegov račun ili za račun ovisnog društva drži povjerenik (čl. 474. st. 4. ZTD). U čl. 478. st. 2. navedeni su posebni slučajevi uračunavanja. To su slučajevi ugovora o vezanju glasova (njem. *Stimmbindungsverträge*) ili ugovori o opcijama. Ugovor o vezanju glasova je takav ugovor kojim se određeni član

<sup>63</sup> Ovdje valja imati na umu pravnu prirodu javnog trgovačkog društva i komanditnog društva, gdje se kao osnova povezivanja pojavljuje osobnost članova trgovačkog društva, koji odgovaraju neograničeno i solidarno cijelom svojom imovinom za obveze društva (komplementari). Stoga zakonodavac postavlja zabranu raspolaganja člana trgovačkog društva njegovim udjelom bez suglasnosti svih ostalih članova (čl. 90. ZTD).

<sup>64</sup> loc. cit.

<sup>65</sup> U obavijesti treba navesti veličinu udjela, radi li se o udjelima koje drži društvo koje obavještava ili o udjelima koji se uračunavaju.

društva obvezuje da će glasovati na način kako je određeno tim obveznopravnim ugovorom. Tako druga ugovorna strana ostvaruje kontrolu nad glasovanjem jednog od članova domaćeg društva kapitala. Kod opcija se radi o mogućnosti stjecanja dionica kada se ispune uvjeti određeni tim pravnim poslom.<sup>66</sup>

Značajna pravna posljedica koju zakonodavac vezuje za propuštanje obveze obavještavanja o stjecanju udjela jest isključenje ostvarivanja prava iz stečenih dionica odnosno poslovnih udjela sve dok se takva obavijest ne uputi domaćem društvu kapitala. To se odnosi kako na upravljačka, tako i imovinska prava člana društva. U slučaju kada bi član društva glasovao i na temelju onih dionica/poslovnih udjela u pogledu kojih je isključeno ostvarivanje prava, takva odluka bi bila pobojna. Ako bi mu se na temelju takvih dionica/poslovnih udjela isplatila dividenda/udio u dobiti, on bi je morao vratiti. Pritom isključenje ostvarivanja prava obuhvaća cjelokupne udjele društva za koje treba dati obavijest, a ne samo one udjele koji prelaze 25% temeljnog kapitala. Isključenje vrijedi i za one udjele koji se uračunavaju društvu koje je obvezano dati obavijest, no ne i za udjele iz st. 2. čl. 478. ZTD-a. Stoga, društvo koje je u obvezi dati obavijest još nema nikakvih prava nad tim udjelima, osim prava na njihovo stjecanje. Konačno, postoji i prekršajna odgovornost trgovačkog društva ako ne izvijesti drugo društvo o stjecanju ili smanjenju udjela ili to na propisani način ne objavi (čl. 630. st. 1. t. 65. ZTD).<sup>67</sup>

Društvo koje je primilo obavijest može tražiti dokazivanje držanja dionica/poslovnih udjela (čl. 478. st. 7. ZTD). To je moguće dokazati predočavanjem dionica, potvrdom o deponiranju dionica pri financijskoj instituciji, povjereničkim ugovorima, izvodima iz registra dionica, odnosno knjige poslovnih udjela i sl.

### *3.1.2. Ograničenje ostvarivanja prava iz udjela društava s uzajamnim udjelima*

U čl. 511. ZTD-a, zakonodavac postavlja ograničenja u pogledu ostvarivanja prava iz udjela društava s uzajamnim udjelima.<sup>68</sup> Odredbe ovog članka primjenjuju se samo na društva kapitala, i to onda kada imaju udio u veličini većoj od 25% temeljnog kapitala i uz uvjet da se ne nalaze u većinskom sudjelovanju jedno u drugome, odnosno da se ne nalaze u odnosu ovisnog i vladajućeg društva. To proizlazi iz odredbe čl. 477. st. 1. koja određuje pojam društava s uzajamnim udjelima, te st. 4. koji određuje da se ograničenja iz st. 511. neće primjenjivati u slučaju postojanja kvalificiranog jednostranog i dvostranog uzajamnog sudjelovanja.<sup>69</sup> Ovim člankom se ograničava ostvarivanje prava iz udjela koje jedno društvo ima u drugom do 25% svih udjela drugog društva. Pretpostavka je da su društva upoznata s postojanjem uzajamnih udjela, odnosno da su obaviještena o veličini udjela sukladno čl. 478. ZTD-a. I ovdje se ponavlja

<sup>66</sup> Gorenc, V. et al., op. cit., str. 817.

<sup>67</sup> *ibid.*, str. 817-818.

<sup>68</sup> Tako i slovensko (čl. 554. ZGD) i njemačko pravo (§ 328 AktG).

<sup>69</sup> To znači onda kada se javlja odnos ovisnosti između društava s uzajamnim udjelima.

obveza društava s uzajamnim udjelima da se pravodobno obavještavaju o visini vlastitih udjela i o ostalim promjenama.<sup>70</sup>

### 3.1.3. Obveza obavještavanja o stjecanju/otpuštanju kvalificiranog udjela prema ZTVP-u

Odredba ZTD-a je upotunjena odredbom čl. 115. Zakona o tržištu vrijednosnih papira (ZTVP). Ovaj članak predviđa obvezu svih fizičkih i pravnih osoba koje stječu, odnosno otpuštaju dionice određenog javnog dioničkog društva da izvijeste spomenuto društvo o stjecanju takvih dionica, kao i Agenciju za nadzor financijskih usluga.<sup>71</sup> Ovdje se radi o kontinuiranoj obvezi dioničara za izvješćivanjem društva-izdavatelja i Agencije o promjenama u strukturi dioničara, čime se štite kako postojeći dioničari u društvu, tako i potencijalni ulagatelji u to društvo. Dioničar koji neposredno ili posredno stekne ili otpusti dionice javnog dioničkog društva,<sup>72</sup> zbog čega razmjerni broj glasova koji mu pripadne na glavnoj skupštini tog društva prijeđe ili padne ispod praga od 10%, 25%, 50% ili 75%, obavezan je o takvom stjecanju ili otpušanju u roku od 15 dana dostaviti pisanu obavijest društvu-izdavatelju i Agenciju za nadzor financijskih usluga.<sup>73</sup> Društvo-izdavatelj dužno je u roku od 7 dana od dana primitka pisane obavijesti objaviti njezin tekst u dnevnom listu koji izlazi na području Republike Hrvatske (čl. 118. ZTVP). Agencija za nadzor financijskih usluga može privremeno osloboditi društvo-izdavatelja od obveze objavljivanja, za razdoblje koje ne može biti dulje od 3 mjeseca, ako društvo-izdavatelj podnese pisani zahtjev u roku od 3 dana od primitka obavijesti i učini vjerojatnim da bi mu objava obavijesti prouzročila tešku štetu te da će javnost i bez podataka iz obavijesti moći procijeniti vrijednost dionica na koje se obavijest odnosi (čl. 119. st. 1.

<sup>70</sup> Gorenc, V. et al., op. cit., str. 883.

<sup>71</sup> Zakonom o Hrvatskoj agenciji za nadzor financijskih usluga iz 2005. godine (NN 140/05.) ukida se Komisija za vrijednosne papire, te se njezine ovlasti prenose na Agenciju za nadzor financijskih usluga (čl. 27. ZHANFU).

<sup>72</sup> Javno dioničko društvo je dioničko društvo koje ili izdaje dionice javnom ponudom, ili ima više od 100 dioničara, a njegov temeljni kapital iznosi najmanje 30.000.000,00 kuna (čl. 114. st. 1. ZTVP). I u usporednom pravu se ta obveza obavještavanja o stjecanju, odnosno otpušanju kvalificiranih udjela ograničava samo na dionička društva koja su uvrstila svoje dionice na uređena tržišta kapitala (javne družbe, engl. *public companies*, njem. *börsennotierten Gesellschaft*).

<sup>73</sup> Rok za dostavu pisane obavijesti počinje teći od trenutka sklapanja pravnog posla (pravni posao smatra se sklopljenim unatoč ugovorenom odgodnom uvjetu), ili nastanka činjenice koja je temelj prijenosa dionica, neovisno o upisu u knjigu dionica ili depozitorij Središnje depozitarne agencije (čl. 116. ZTVP). Ova obavijest mora sadržavati osobne podatke fizičke osobe (ime, prezime, JMBG i prebivalište), odnosno podatke o pravnoj osobi (naziv, sjedište i MBS) te osobne podatke odgovorne osobe u pravnoj osobi koja je stekla ili otuđila dionice, ispravu na temelju koje je izvršen prijenos dionica, podatak o broju stečenih ili otpuštenih dionica, o udjelu u temeljnom kapitalu izdavatelja na temelju stečenih ili otpuštenih dionica, broju glasačkih prava koji ukupno stečene ili otpuštene dionice daju u glavnoj skupštini izdavatelja te podatak o ukupnom broju dionica, odnosno udjelu u temeljnom kapitalu izdavatelja nakon stjecanja ili otpuštanja (čl. 117. ZTVP).

ZTVP).<sup>74</sup> Ako se usporedi obveza obavještanja iz čl. 478. ZTD-a i obveza obavještanja iz čl. 115. ZTVP-a moguće je uočiti da je ta obveza šira u pogledu subjekata koji su dužni dati takvu obavijest (sve pravne i fizičke osobe koje stječu dionice), ali i uža u pogledu subjekta čije se dionice stječu (samo javna dionička društva). U usporednom pravu su pragovi stjecanja dionica koji aktiviraju obvezu obavještanja niži i brojniji, čime je i obveza obavještanja učestalija i stroža.<sup>75</sup> Rokovi za podnošenje obavijesti društvu-izdavatelju i nadležnom organu za nadzor nad tržištem vrijednosnih papira o stjecanju, odnosno otpuštanju kvalificiranog udjela, kao i rokovi za objavu te obavijesti su također kraći.<sup>76</sup> U hrvatskom pravu je propisana novčana kazna i kazna zatvora za onu osobu koja propusti dostaviti obavijest o promjeni strukture dioničara (čl. 153. ZTVP).<sup>77</sup> U usporednom pravu dioničar koji ne obavijesti društvo-izdavatelja i nadležni organ za nadzor nad tržištem kapitala, ne može ostvarivati pravo glasa ni sudjelovati u upravljanju društvom-izdavateljem na temelju dionica koje prelaze kvalificirani udio.<sup>78</sup> U hrvatskom pravu bi pitanje sankcioniranja propusta obveze obavještanja kroz suspenziju članskih prava iz predmetnih udjela trebalo izričito urediti.

---

<sup>74</sup> Ako Agencija za nadzor financijskih usluga u roku od 8 dana od primitka zahtjeva društva-izdavatelja ne donese odluku, smatra se da je zahtjev društva-izdavatelja odbijen, a društvo-izdavatelj je dužno u sljedećih 7 dana izvršiti obvezu objavljivanja (čl. 119. st. 2. ZTVP). Ovu mogućnost privremenog oslobođenja od obveze objave obavijesti o kvalificiranom udjelu treba ukinuti, budući da time ulagatelji i dioničari ostaju uskraćeni za podatke o promjenama strukture dioničara u društvu. Takav stav opstoji i u usporednom pravu.

<sup>75</sup> Smjernica o transparentnosti iz 2004. godine (Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC) određuje u čl. 9. pragove od 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50% i 75% udjela u pravu glasa, odnosno udjela u temeljnom kapitalu društva. Države-članice mogu predvidjeti i dodatne pragove, a osobito niže pragove (npr. 3% u engleskom pravu). Država-članica može odlučiti da neće primjenjivati prag od 30% ako primjenjuje prag od 1/3 i prag od 75% ako primjenjuje prag od 2/3. Čl. 10. određuje da se obveza obavještanja primjenjuje i na osobe koje ostvaruju pravo glasa za račun dioničara (banke u svojstvu skrbnika, investicijski fondovi, punomoćnici, udruge dioničara i sl.). Vidi u Clausen, Nils J., Sørensen, Karsten E., *Disclosure of Major Shareholdings: A Comparative Analysis of Regulation in Europe*, *International And Comparative Corporate Law Journal*, Vol. 4 Issue 3, 2002., str. 202-203., Čulinović-Herc, Edita, Jurić, Dionis, *Disclosure Of Beneficial Ownership – From EU Major Shareholdings Directive To EU New Transparency Directive – What Needs To Be Changed In Croatian Securities Markets Act?*, 5<sup>th</sup> International Conference „Economic integrations, competition and cooperation“, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Rijeci, Lovran, 22.-23. travnja 2005., str. 12-18.

<sup>76</sup> Smjernica o transparentnosti iz 2004. godine u čl. 12. st. 2. određuje rok od 4 radna dana za podnošenje obavijesti o stjecanju, odnosno otpuštanju kvalificiranog udjela, a st. 6. rok od 3 radna dana za objavu te obavijesti.

<sup>77</sup> Tako i u slovenskom, njemačkom i engleskom pravu.

<sup>78</sup> Clausen, N.J., Sørensen, K.E., op. cit. str. 239-242.

### 3.2. Slovenija i Njemačka

Slovenski ZGD u čl. 532. i njemački AktG u § 20-21 uređuju obvezu obavještanja u pisanom obliku domaćeg društva kapitala u slučaju stjecanja više od 25% udjela u temeljnom kapitalu tog društva.<sup>79</sup> Obvezu obavještanja u slovenskom pravu imaju druga trgovačka društva,<sup>80</sup> dok se u njemačkom pravu koristi pojam poduzeća (njem. *Unternehmen*), koji je širi od pojma trgovačkog društva.<sup>81</sup> Pritom nije od značaja radi li se o stranom ili domaćem pravnom subjektu. Obveza obavještanja postoji i u slučaju stjecanja većinskog udjela, kao i u slučaju kada pravni subjekt otpusti udjele domaćeg društva kapitala ispod propisanih pragova (čl. 532. st. 2. i 3. ZGD; § 20 st. 4. i 5. i § 21 st. 2. i 3. AktG). Domaće društvo kapitala je obvezno objaviti takvu pisanu obavijest (čl. 532. st. 4. ZGD; § 20 st. 6. AktG). Dok stjecatelj udjela ne obavijesti domaće društvo kapitala o stjecanju/otpuštanju njegovih udjela, ne može iz tih udjela ostvarivati članska prava (čl. 532. st. 6. ZGD; § 20 st. 7. i § 21 st. 4. AktG). Domaće društvo kapitala može zahtijevati da joj se dokaže postojanje takvih udjela (čl. 532. st. 5. ZGD; § 22 AktG). U njemačkom pravu se izričito propisuje da se ove odredbe ne primjenjuju u slučaju stjecanja/otpuštanja dionica uvrštenih dioničkih društava, već se primjenjuju odredbe § 21 Zakona o trgovini vrijednosnim papirima (§ 20 st. 8. i § 21 st. 5. AktG).

Slovenski ZPre u čl. 64. st. 1. određuje obvezu svake pojedine pravne ili fizičke osobe koja posredno ili neposredno stekne 5% dionica ili drugih vrijednosnih papira društva-izdavatelja koje daju pravo glasa, kao i u slučaju svakog daljnjeg stjecanja navedenih vrijednosnih papira u iznosu većem od 5% (kvalificirani udio), da o tome izvijesti društvo-izdavatelja i Agenciju za tržište vrijednosnih papira u roku od 3 radna dana od dana kada je saznala ili je morala saznati da je imatelj kvalificiranog udjela. Društvo-izdavatelj koje je zaprimilo navedenu obavijest mora ju objaviti u roku od 3 radna dana od primanja obavijesti (čl. 64. st. 2. ZPre). Ako imatelj kvalificiranog udjela ne obavijesti društvo-

<sup>79</sup> Ivanjko, Š., Kocbek, M., op. cit., str. 835-836.

<sup>80</sup> To znači da tu obvezu imaju javno trgovačko društvo, komanditno društvo, tajno društvo, društvo s ograničenom odgovornošću, dioničko društvo i komanditno društvo na dionice (čl. 3. st. 3. ZGD).

<sup>81</sup> Pojam "poduzeće" u njemačkom pravu obuhvaća pored trgovačkih društava i trgovca pojedinca, odnosno svakog člana trgovačkog društva, bez obzira na njegov pravni oblik, koji ima gospodarske interese i izvan društva u kojem je član, a postoji opasnost da bi zbog tih interesa mogao vršiti štetni utjecaj na to društvo. Pritom zakonodavac ne određuje pojam "poduzeća", već to čini pravna znanost i sudska praksa. Uzimajući u obzir ovu koncepciju poduzeća u njemačkom pravu postavila su se dva pitanja: može li se pod poduzećem smatrati i fizička osoba (individualni dioničar) i mogu li država i njeni organi biti poduzeće u smislu prava povezanih društava? Na prvo pitanje je sudska praksa dala pozitivan odgovor, pod uvjetom da ta fizička osoba ostvaruje svoje gospodarske interese i izvan društva kojega je član. Postojanje činjenice da je fizička osoba samo dioničar nije dovoljna da bi se ona smatrala vladajućim društvom. Na drugo pitanje je njemački Savezni sud (Bundesgerichtshof) također dao pozitivan odgovor. Stoga je primjena odredbi njemačkog prava o povezanim društvima šira nego što je to slučaj s hrvatskim i slovenskim pravom. Vidi u Gorenc, V. et al., op. cit., str. 793-796.

izdavatelja i Agenciju u navedenom roku, ne može iz dionica koje premašuju kvalificirani udio ostvarivati pravo glasa ili sudjelovati u upravljanju društvom-izdavateljem (čl. 65. ZPre). Imatelj kvalificiranog udjela će u tom slučaju biti kažnjen i novčanom kaznom (čl. 86. st. 1. t. 7. ZPre).

U njemačkom pravu § 21 st. 1. WpHG utvrđuje obvezu svake pravne ili fizičke osobe koja stekne ili otpusti 5%, 10%, 25%, 50% ili 75% udjela koji daju pravo glasa putem kupnje, prodaje ili na drugi način da o tome u pisanom obliku obavijesti društvo-izdavatelja i Savezni ured za nadzor financijskih usluga, i to odmah, a najkasnije u roku od 7 dana.<sup>82</sup> Pri računanju kvalificiranog udjela uzimaju se u obzir svi udjeli neovisno o tome jesu li stečeni izravno ili posredno, odnosno drži li ih imatelj kvalificiranog udjela izravno ili posredno (uračunavanje udjela) (§ 22 WpHG).<sup>83</sup> Ako je imatelj kvalificiranog udjela ovisno društvo, obvezu obavještavanja može obaviti i njegovo vladajuće društvo (§ 24 WpHG). Društvo-izdavatelj mora javno objaviti obavijest u roku od 9 dana od njezinog primanja (§ 25 WpHG).<sup>84</sup> Savezni ured i društvo-izdavatelj mogu tražiti i dokazivanje postojanja kvalificiranog udjela (§ 27 WpHG). Dok imatelj kvalificiranog udjela ne ispuni obvezu izvještavanja, ne može ostvarivati članska

<sup>82</sup> U izvješću mora naznačiti veličinu udjela u pravu glasa koje ima nakon stjecanja, odnosno otpuštanja, svoje prebivalište, odnosno sjedište i dan stjecanja/otpuštanja kvalificiranog udjela. Rokovi za davanje obavijesti se računaju od trenutka kada je imatelj saznao ili je morao saznati uzimajući u obzir okolnosti konkretnog slučaja za stjecanje/otpuštanje kvalificiranog udjela. Ista obveza obavještavanja postoji i u slučaju stjecanja udjela od 5% ili većeg u pravu glasa u dioničkom društvu koje ima njemačku državnu pripadnost, a čije su dionice uvrštene na burzi u nekoj od država-članica EU, odnosno Europskog ekonomskog područja (EEA) (§ 21 st. 1. a WpHG). Za potrebe ovog članka uvrštena društva su trgovačka društva sa sjedištem u SR Njemačkoj, a čije su dionice uvrštene u burzovne kotacije država-članica EU, odnosno Europskog ekonomskog područja (EEA) (§ 21 st. 2. WpHG).

<sup>83</sup> U obzir se uzimaju i oni udjeli koje za račun imatelja kvalificiranog udjela drži neka treća osoba, koji pripadaju društvu (ovisno društvu), koje je ovisno od imatelja kvalificiranog udjela (vladajuće društvo), koje je imatelj kvalificiranog udjela prenio kao osiguranje na treću osobu, osim ako je ta treća osoba ovlaštena ostvarivati pravo glasa iz takvih udjela, udjeli na kojima je u korist imatelja kvalificiranog udjela zasnovano pravo plodouživanja, udjeli u odnosu na koje imatelj kvalificiranog udjela može tražiti prijenos naslova, te udjeli koji su povjereni na skrb imatelju kvalificiranog udjela koji na temelju njih slobodno ostvaruje pravo glasa u slučaju izostanka posebnih uputa dioničara kojima pripadaju ti udjeli. Ti udjeli se zasebno prikazuju u pisanoj obavijesti. Pod određenim uvjetima Savezni ured može na pisani prijedlog imatelja kvalificiranog udjela isključiti iz računanja kvalificiranog udjela određene dionice (ako se radi o investicijskom društvu koje je ovlašteno poslovati na burzama država-članica EU, odnosno EEA, ako drži udjele u svom portfelju te da mu nije namjera utjecati na upravu društva-izdavatelja) (čl. 23. WpHG).

<sup>84</sup> Ono objavljuje obavijest na njemačkom jeziku u najmanje jednom glasilu burze, uz navođenje imena/tvrtke i prebivališta/sjedišta imatelja kvalificiranog udjela. Ako su dionice društva-izdavatelja uvrštene u burzovne kotacije u drugim državama-članicama EU, odnosno EEA objava se mora obaviti i u tim državama. Društvo-izdavatelj o objavi izvještava Savezni ured, koji o tome obavještava burze. Savezni ured može društvo-izdavatelja i osloboditi ove obveze, ako bi objava bila protivna javnom interesu ili bi nanijela značajnu štetu društvu. Ta obveza postoji i u slučaju ako je društvo-izdavatelj strano društvo koje je uvrstilo svoje dionice na njemačku burzu (§ 26 WpHG).



prava iz dionica koje drži (§ 28 WpHG). Imatelj kvalificiranog udjela će u tom slučaju biti kažnjen i novčanom kaznom (§ 39 st. 2. t. 2. WpHG).<sup>85</sup>

### 3.3. Francuska i Velika Britanija

Francuski Trgovački zakonik u čl. L233-6. predviđa obvezu svakog trgovačkog društva koje tijekom poslovne godine stekne udio u trgovačkom društvu sa sjedištem u Republici Francuskoj u iznosu većem od 5%, 10%, 20%, 1/3 ili 50% njegovog temeljnog kapitala ili je ostvarilo prevladavajući utjecaj u tom društvu, da to naznači u svojem godišnjem izvješću koje podnosi članovima društva, te u izvješću o reviziji. Uprava, odnosno upravni odbor tog trgovačkog društva mora u svom godišnjem izvješću naznačiti sve aktivnosti i rezultate trgovačkog društva njegovih ovisnih društava i drugih društava koje nadzire. Ako to društvo ima obvezu sastavljanja konsolidiranog financijskog izvješća, gore navedeno izvješće može se uključiti u godišnje izvješće o stanju povezanih društava.

Čl. L233-7. Trgovačkog zakonika propisuje obvezu obavještanja u slučaju stjecanja udjela u uvrštenim trgovačkim društvima. U slučaju ako bilo koja fizička ili pravna osoba, koja djeluje samostalno ili u dogovoru s drugim osobama, stekne udio u trgovačkom društvu sa sjedištem u Republici Francuskoj i čiji su vrijednosni papiri uvršteni u kotacije na uređenim tržištima kapitala u iznosu većem od 5%, 10%, 3/20, 20%, 25%, 1/3, 50%, 2/3, 18/20 ili 19/20 temeljnog kapitala ili prava glasa tog društva, mora obavijestiti to uvršteno društvo o ukupnom broju udjela, odnosno pravu glasa koje drži u roku koji će odrediti Državni savjet (*Conseil d'Etat*) svojim dekretom od dana stjecanja kvalificiranog udjela (čl. L233-7. st. 1. Trgovačkog zakonika). Ako su vrijednosni papiri uvršteni na uređeno tržište kapitala, stjecatelj mora izvijestiti i Vlast za financijska tržišta (*Autorité des marchés financiers*) (čl. L233-7. st. 2. Trgovačkog zakonika). Navedeni podatci se objavljuju sukladno uvjetima koje određuje Vlast za financijska tržišta.<sup>86</sup> Statutom trgovačkog društva moguće je odrediti i manji udio od 5%, ali ne manji od 0,5% temeljnog kapitala društva (čl. L233-7. st. 3. Trgovačkog zakonika). Obveza obavještanja postoji i kada se udio smanji ispod pragova koji su određeni čl. L233-7. Trgovačkog zakonika. U udio koji pripada stjecatelju uračunavaju se i udjeli koje drži treća osoba za račun stjecatelja ili društvo koje je ovisno o društvu-stjecatelju ili treća osoba s kojom je društvo postiglo sporazum o zajedničkom glasovanju na skupštini uvrštenog društva (čl. 233-9. i čl. 233-10. Trgovačkog zakonika). Posljedica propusta stjecatelja da obavijesti uvršteno trgovačko društvo o stečenim udjelima jest

<sup>85</sup> Novčana kazna se može odrediti i društvu-izdavatelju koje na vrijeme ne objavi primljenu obavijest (§ 39 st. 2. t. 5. WpHG).

<sup>86</sup> U čl. L233-12. se predviđa obveza obavještanja u slučaju kad trgovačko društvo ima udjele u dioničkom društvu koje ga posredno ili neposredno nadzire. U čl. L233-13. propisuje se obveza trgovačkog društva da u godišnjem financijskom izvješću navede identitet stjecatelja kvalificiranih udjela, tvrtke ovisnih društava i udjele u njima. Ti podatci se navode i u izvješću o reviziji.

nemogućnost ostvarivanja prava glasa iz udjela koji prelaze propisani prag u razdoblju od 2 godine (čl. L233-14).<sup>87</sup>

Englesko pravo trgovačkih društava također predviđa obvezu obavještanja o stjecanju udjela u društvima kapitala.<sup>88</sup> U slučaju kada osoba stekne udio od 3% ili veći udio u temeljnom kapitalu društva, ili se takav udio smanji, dužna je u roku od 2 dana od stjecanja (smanjenja) udjela o tome u pisanom obliku izvijestiti odnosno društvo kapitala (čl. 198., 199., 202. i 208. CA 1985.). Obveza obavještanja postoji i u slučaju svakog daljnjeg stjecanja udjela u iznosu većem od 1%.<sup>89</sup> Pritom se uzima u obzir samo stjecanje onih dionica i poslovnih udjela koji daju pravo glasa u svim okolnostima na skupštini društva kapitala (čl. 198. st. 2. CA 1985).<sup>90</sup> Obveza obavještanja postoji i u pogledu udjela koje u društvu kapitala drže trgovačka društva koja su ovisna o stjecatelju koja ima tu obvezu (čl. 203. CA 1985).<sup>91</sup> I u slučaju kada više osoba na temelju zajedničkog sporazuma stječe udjele u društvu kapitala, postoji obveza obavještanja o stjecanju udjela sukladno njihovom sporazumu (čl. 204-206. CA 1985).<sup>92</sup> Društvo kapitala mora voditi poseban registar izvješća o stjecanju udjela (čl. 211. CA 1985). Društvo kapitala može zahtijevati podnošenje izvješća o stjecanju udjela, a osobito podatke o osobama koje drže ili su držale udjele u prethodnom razdoblju od 3 godine, o prirodi udjela i tome drži li neka druga osoba njezine udjele (čl. 212. CA 1985).<sup>93</sup> Ukoliko zahtjevu društva kapitala za podnošenje izvješća nije udovoljeno ili su podatci u izvješću netočni i nepotpuni, društvo može zahtijevati od suda da svojom odlukom odredi ograničenja prava iz stečenih udjela, tako da se iz njih ne može ostvarivati pravo glasa, pravo na dividendu, niti se oni mogu prenositi, sve dok se ne dobiju odgovarajući podatci ili odluka suda bude ukinuta

<sup>87</sup> Trgovački sud, na čijem se području nalazi sjedište uvrštenog trgovačkog društva, može na zahtjev predsjednika uprave društva, dioničara ili Vlasti za financijska tržišta proglasiti potpunu ili djelomičnu suspenziju prava glasa iz udjela koje je stekla fizička ili pravna osoba koja je propustila dati obavijest sukladno čl. L233-7., na razdoblje koje ne smije biti duže od 5 godina (čl. L233-14. st. 4. Trgovačkog zakonika).

<sup>88</sup> Dio VI. CA 1985. 216. i 454. CA 1985. Vidi u Farrar, J.H., Harrigan, B., op. cit., str. 568-569.

<sup>89</sup> Pravila o kvalificiranim udjelima (*Rules Governing Substantial Acquisitions of Shares (SARs)*) nadalje određuju prag od 15% te obvezu obavještanja za svako daljnje stjecanje od 1% ili više (Pravilo 3. SARs). Vidi u Farrar, J.H., Hannigan, B., op. cit., str. 611-613.

<sup>90</sup> Ukoliko je pravo glasa iz određenih udjela privremeno suspendirano, i ti će se udjeli uzeti u obzir pri izračunavanju veličine udjela.

<sup>91</sup> Pod ovim udjelima se podrazumijevaju i udjeli koje drže bračni drugovi i djeca stjecatelja koji je dužan podnijeti izvješće, kao i udjeli koje drže trgovačka društva koja su dužna postupati sukladno njegovim uputama, ili stjecatelj kontrolira 1/3 glasova od ukupnog broja glasova na skupštini tih društava (čl. 203. st. 1-3. CA 1985).

<sup>92</sup> Na ovaj način se obvezuju osobe, koje stječu značajan udio u društvu kapitala prije isticanja ponude za preuzimanje, na podnošenje izvješća o stjecanju udjela.

<sup>93</sup> Pravo zahtijevati takvo izvješće, osim samog društva, imaju i članovi tog društva koji zajedno drže najmanje 10% udjela u temeljnom kapitalu društva.

(čl. 216. i 454. CA 1985). Propuštanje podnošenja izvješća ili namjerno davanje netočnih podataka predstavlja prekršaj (čl. 210. st. 3. CA 1985).<sup>94</sup>

#### 4. Obveza izrade izvješća o ovisnosti

U hrvatskom, slovenskom i njemačkom pravu predviđena je posebna obveza uprave ovisnog društva za izradom izvješća o ovisnosti u slučaju ako su društva povezana udjelima, odnosno poduzetničkim ugovorima, izuzev kada se radi o ugovoru o vođenju poslova društva i ugovoru o prijenosu dobiti. Na taj način se želi osigurati primjerena obaviještenost dioničara, odnosno članova ovisnog društva o odnosima s vladajućim društvom.

##### 4.1. Hrvatska

U slučaju povezanosti trgovačkih društava udjelima u temeljnom kapitalu, osnovna obveza uprave ovisnog društva je izrada izvješća o odnosima s povezanim društvima (čl. 497. st. 1. ZTD). Obveza izrade ovog izvješća postoji i u slučaju povezanosti društava putem poduzetničkih ugovora, osim u slučaju sklapanja ugovora o vođenju poslova društva i ugovora o prijenosu dobiti.<sup>95</sup> U njemačkom pravu se to izvješće naziva “izvješće o ovisnosti” (njem. *Abhängigkeitsbericht*). Putem ovih izvješća članovi i vjerovnici ovisnog društva pribavljaju podatke koji mogu poslužiti za podnošenje zahtjeva za naknadu štete zbog nesavjesnog rada članova uprave i nadzornog odbora vladajućeg i ovisnog društva (čl. 501. i 502., ZTD). Kada se radi o organima ovisnog društva, ona će vrlo često biti pod snažnim utjecajem vladajućeg društva te to može utjecati na njihovu samostalnost i objektivnost. Osnovni prigovor koji se upućuje izvješću o ovisnosti je da članovi društva njega ne dobivaju neposredno na uvid. Ono se ne objavljuje jer često sadrži podatke koji predstavljaju poslovnu tajnu. Izvješće se dostavlja revizoru i nadzornom odboru, koji o tome izvještava skupštinu ovisnog društva.

Uprava ovisnog društva mora izraditi izvješće o ovisnosti u roku od prva 3 mjeseca poslovne godine za prethodnu poslovnu godinu. U njemu mora navesti

<sup>94</sup> Ministar trgovine i industrije (*Secretary of State for Trade and Industry*), može odrediti ograničenja u ostvarivanju prava iz udjela za koja nije dana obavijest ili su dani netočni podatci.

<sup>95</sup> U slučaju sklapanja ugovora o vođenju poslova i ugovora o prijenosu dobiti primjenjuju se posebne odredbe o osiguranju ovisnog društva, njegovih vjerovnika i vanjskih dioničara. Na taj način se želi pružiti potrebna pravna zaštita ovisnom društvu, njegovim dioničarima i vjerovnicima zbog mogućnosti da vladajuće društvo daje i štetne upute za ovisno društvo na temelju ugovora o vođenju poslova, odnosno vladajuće društvo raspolaže cjelokupnom dobiti ovisnog društva na temelju ugovora o prijenosu dobiti. Time se bitno zadire u pravnu samostalnost ovisnog društva. U hrvatskom pravu je izričito predviđeno da u slučaju sklapanja ugovora o prijenosu cijele dobiti ne postoji obveza izrade izvješća o odnosima povezanih društava (čl. 497. st. 4. ZTD). Obvezu izrade izvješća o ovisnosti predviđa i čl. 7. Nacrta Devete smjernice. Vidi u Werlauff, E., op. cit., str. 461.

sve pravne poslove i radnje koje je ovisno društvo poduzelo na temelju uputa vladajućeg društva ili zajedno s njime ili drugim društvom koje čini koncern. Treba navesti i činidbu i protučinidbu u slučaju pravnih poslova, odnosno razlog poduzimanja pravnih radnji te prednosti i eventualne štete koje su nastale za ovisno društvo. U slučaju pokrivanja nastale štete treba navesti način njezina pokrića u poslovnoj godini ili za što je društvu omogućeno postaviti zahtjev prema vladajućem društvu (čl. 497. st. 1. ZTD). Na kraju izvješća uprava treba izjaviti je li ovisnom društvu, prema okolnostima poznatim upravi u trenutku poduzimanja pravnog posla ili radnje, bila dana odgovarajuća protučinidba i nije li radnjom došlo do nastanka štete. Ako je ovisno društvo pretrpjelo štetu, mora se navesti je li ona nadoknađena. Izjava se unosi i u izvješće o stanju društva (čl. 497. st. 3. ZTD). Izvješće valja izraditi u skladu s načelima savjesnog i istinitog polaganja računa (čl. 497. st. 2. ZTD). Ono mora biti istinito, jasno i potpuno.<sup>96</sup>

U slučaju ako je ovisno društvo obvezno podnijeti svoja godišnja financijska izvješća na pregled revizoru, tim izvješćima treba pridodati i izvješće o ovisnosti (čl. 498 st. 1. ZTD).<sup>97</sup> Cilj revizije izvješća o ovisnosti je osiguranje objektivnosti u procjeni točnosti i potpunosti njegovog sadržaja i ispravnost prosudbi uprave ovisnog društva. Naime, članove nadzornog odbora imenuje skupština ovisnog društva (čl. 275. st. 1. i čl. 441. st. 1. ZTD), na kojem vladajuće društvo može imati većinsko pravo glasa te može utjecati na izbor za njega podobnih osoba. Stoga, radi otklanjanja takve pristranosti, pravo ispitivanja izvješća o ovisnosti ima neovisni revizor.<sup>98</sup> No, valja ukazati da revizora također imenuje skupština ovisnog društva, pa vrijedi ista opaska kao i u slučaju izbora članova nadzornog odbora. Uprava i nadzorni odbor ovisnog društva trebaju surađivati s revizorom te mu omogućiti razgledanje poslovnih knjiga i dokumentacije i dati potrebna objašnjenja i dokaze. Revizor mora o obavljenom ispitivanju sastaviti pisano izvješće kojeg dostavlja upravi ovisnog društva (čl. 498. st. 2. ZTD). On uz izvješće daje i izjavu o točnosti i potpunosti, odnosno može ograničiti ili uskratiti izjavu u slučaju netočnosti i nepotpunosti izvješća o ovisnosti. Ova se izjava uključuje u izvješće o reviziji (čl. 498. st. 3-5. ZTD).<sup>99</sup>

<sup>96</sup> Gorenc, V. et al., op. cit., str. 867-868.

<sup>97</sup> Zakon o reviziji iz 2005. godine (NN 146/05.) u čl. 6. određuje obvezu revizije jednom godišnje financijskih izvješća svih dioničkih društava, komanditnih društava i društava s ograničenom odgovornošću čiji godišnji ukupan prihod u godini koja prethodi reviziji prelazi 30.000.000,00 kuna, banaka, osiguravajućih društava, investicijskih fondova, mirovinskih fondova, mirovinskih osiguravajućih društava i drugih društava po posebnim propisima, te povezanih društava bez obzira na njihovu veličinu, ako vladajuće društvo podliježe reviziji (st. 1.). Jednom godišnje reviziji podliježu i konsolidirana financijska izvješća (st. 2.). Društva s ograničenom odgovornošću i komanditna društva čiji ukupan prihod ne prelazi 30.000.000,00 kuna podliježu obvezi revizije u skladu s vlastitim pravilima, izjavom o osnivanju ili društvenim ugovorom (st. 3.).

<sup>98</sup> Revizora imenuje glavna skupština društva (čl. 275. st. 1. t. 4. i 7. ZTD), a nalog za obavljanje revizije u kojem se određuje opseg ovlasti revizora i ciljevi revizije daje nadzorni odbor (čl. 263. st. 2. ZTD). Vidi u Jurić, Dionis, Uloga revizora u dioničkom društvu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1/2004., str. 343-344.

<sup>99</sup> Gorenc, V. et al., op. cit., str. 868-869.

Uprava ovisnog društva je dužna svoje izvješće o ovisnosti i izvješće revizora o tom izvješću, ukoliko postoji obveza revizije godišnjih financijskih izvješća, dostaviti nadzornom odboru ovisnog društva. Svaki član nadzornog odbora ima pravo uvida u ta izvješća, koja se dostavljaju svim članovima nadzornog odbora, osim ako nadzorni odbor ne odluči drugačije (čl. 499. st. 1. ZTD). Nadzorni odbor, kao organ trgovačkog društva koje ostvaruje kontrolnu funkciju, ispituje točnost i potpunost izvješća o ovisnosti i izrađuje vlastito izvješće koje dostavlja skupštini ovisnog društva. Ukoliko godišnja financijska izvješća podliježu reviziji, nadzorni odbor treba zauzeti stajalište o izjavi revizora o točnosti i potpunosti izvješća o ovisnosti. Nadzorni odbor može u svom izvješću u potpunosti prihvatiti ili odbiti izjavu revizora (čl. 499. st. 2. ZTD). Revizor ima pravo i dužnost sudjelovati u raspravi o točnosti i potpunosti izvješća o ovisnosti, koja se vodi u nadzornom odboru (čl. 499. st. 4. ZTD). Na kraju izvješća nadzorni odbor treba izjaviti ima li prigovora na izjavu uprave koju je ona dala na kraju svojeg izvješća o ovisnosti (čl. 499. st. 3. ZTD).<sup>100</sup>

Svaki član ovisnog društva ima pravo postaviti zahtjev sudu da se posebno ispituju poslovni odnosi društva s vladajućim društvom ili društvom s kojim su vladajuće i ovisno društvo povezani u koncern (čl. 500. ZTD). Taj zahtjev mogu podnijeti kako članovi društva kapitala, tako i članovi društva osoba.<sup>101</sup> Članovi ovisnog društva mogu podnijeti takav zahtjev u sljedećim slučajevima: a) ako revizor odbije dati ili ograniči izjavu o prihvaćanju izvješća o ovisnosti uprave ovisnog društva, zbog njezine nepotpunosti ili prigovora koje ima na sadržaj izvješća; b) ako nadzorni odbor stavi prigovore na izjavu uprave koju je ona dala na kraju svog izvješća o ovisnosti; c) ako uprava izjavi da je društvo bilo oštećeno određenim pravnim poslom ili radnjom, te mu šteta nije nadoknađena. Svrha ove zakonske odredbe je ta da članovi društva dođu do podataka koji odražavaju stvarno stanje odnosa povezanih društava. Na temelju tih podataka članovi društva podnose zahtjeve za naknadu štete na temelju odgovornosti vladajućeg društva i njegovih zastupnika po zakonu i odgovornosti organa ovisnog društva. Nedostatak ove zakonske odredbe očituje se u tome što članovi ovisnog društva mogu takav zahtjev postaviti sudu samo u ograničenom broju slučajeva te im se jedino na taj način pruža mogućnost neposrednog uvida u odnose povezanih društava. Sud ispituje poslovne odnose povezanih društava u izvanparničnom postupku (čl. 40. st. 2. u svezi s čl. 500. ZTD).<sup>102</sup>

<sup>100</sup> *ibid.*, str. 869-870.

<sup>101</sup> ZTD u čl. 500. spominje samo dioničare i članove društva s ograničenom odgovornošću. No, budući da se ove odredbe primjenjuju u slučaju povezanosti trgovačkih društava kapitalom, a kapitalom mogu biti povezana i društva osoba (u položaju ovisnog društva), valja uzeti da pravo podnijeti zahtjev imaju i članovi društva osoba.

<sup>102</sup> *ibid.*, str. 870.

#### 4.2. Slovenija i Njemačka

Čl. 545. st. 3. slovenskog ZGD-a i § 312 st. 1. njemačkog AktG-a propisuju obvezu uprave ovisnog društva da u roku od 3 mjeseca tekuće poslovne godine izradi izvješće o ovisnosti za prethodnu poslovnu godinu, osim u slučaju ako je između ovisnog i vladajućeg društva sklopljen ugovor o vođenju poslova društva ili ugovor o prijenosu dobiti.<sup>103</sup>

U izvješću o ovisnosti moraju se navesti svi pravni poslovi i radnje koje je ovisno društvo poduzelo temeljom uputa vladajućeg društva ili zajedno s njime. Treba navesti uzajamne činidbe u slučaju pravnih poslova, razloge poduzimanja pravnih radnji, te prednosti i moguće štete koje su nastale za ovisno društvo. U slučaju pokrivanja nastale štete treba navesti način njezina pokrića u poslovnoj godini. Na kraju izvješća uprava treba izjaviti je li ovisnom društvu, prema okolnostima poznatim upravi u trenutku poduzimanja pravne radnje, bila dana odgovarajuća protučinidba i nije li radnjom došlo do nastanka štete. Ako je ovisno društvo pretrpjelo štetu, mora se navesti je li ona nadoknađena. Ta izjava se unosi i u izvješće o stanju društva (čl. 545. st. 5. ZGD; § 312 st. 3. AktG). Izvješće valja izraditi u skladu s načelima savjesnog i istinitog polaganja računa (čl. 545. st. 4. ZGD; § 312 st. 2. AktG).<sup>104</sup>

U slučaju ako je ovisno društvo obvezno podnijeti svoja godišnja finansijska izvješća na pregled revizoru, tim izvješćima treba pridodati i izvješće o ovisnosti (čl. 546. ZGD; § 313 st. 1. AktG).<sup>105</sup> Revizor o obavljenoj reviziji sastavlja pisano izvješće koje dostavlja upravi ovisnog društva (§ 313 st. 2. AktG).<sup>106</sup>

Uprava ovisnog društva je dužna izvješće o ovisnosti i izvješće o reviziji, dostaviti nadzornom odboru ovisnog društva (§ 314 st. 1. AktG). Nadzorni odbor ispituje izvješće o ovisnosti i izvješće o reviziji i sastavlja vlastito izvješće koje dostavlja skupštini ovisnog društva. Nadzorni odbor može u svom izvješću u potpunosti prihvatiti ili odbiti izjavu revizora (§ 314 st. 2. AktG). Revizor ima pravo i dužnost sudjelovati u raspravi o točnosti i potpunosti izvješća o ovisnosti, koja se vodi u nadzornom odboru (§ 314 AktG). Na kraju izvješća nadzorni odbor treba izjaviti ima li prigovora na izjavu uprave koju je ona dala na kraju svojeg izvješća o ovisnosti (§ 314 st. 3. AktG).<sup>107</sup>

<sup>103</sup> Njemački AktG izričito u § 316 određuje da se odredbe o izvješću o ovisnosti i provjeri tog izvješća od strane revizora i nadzornog odbora te mogućnosti posebne provjere ne primjenjuju u slučaju sklapanja ugovora o prijenosu dobiti.

<sup>104</sup> Ivanjko, Š., Kocbek, M., op. cit., str. 836.

<sup>105</sup> Revizor ispituje točnost navoda u izvješću o odnosima s povezanim društvima, primjerenosti danih protučinidbi i naknadi eventualnih šteta ovisnom društvu, utemeljenost različitih mišljenja o radnjama koje su navedene u izvješću.

<sup>106</sup> U izvješću o reviziji on navodi i je li izvješće o ovisnosti potpuno i daje izjavu kojim prihvaća, odnosno stavlja primjedbe i odbija izvješće o ovisnosti (§ 313 st. 2-4. AktG).

<sup>107</sup> Iako slovensko pravo ne sadrži ovakve posebne odredbe, nadzorni odbor kao nadzorni organ društva mora ispitati izvješće o ovisnosti i izvješće o reviziji te o obavljenom ispitivanju sastaviti izvješće koje podnosi glavnoj skupštini, odnosno skupštini društva.

Svaki član ovisnog društva ima pravo postaviti zahtjev sudu za posebnim ispitivanjem poslovnih odnosa društva s vladajućim društvom ili društvom s kojim su vladajuće i ovisno društvo povezani u koncern (§ 315 AktG). Članovi ovisnog društva mogu podnijeti takav zahtjev ako revizor odbije dati ili ograniči izjavu o prihvaćanju izvješća o ovisnosti uprave ovisnog društva, ako nadzorni odbor stavi prigovore na izjavu uprave koju je ona dala na kraju svog izvješća o ovisnosti te ako uprava izjavi da je društvo bilo oštećeno određenim pravnim poslom ili radnjom, te mu šteta nije nadoknađena. Sud, ako utvrdi utemeljenost zahtjeva članova ovisnog društva, imenuje posebnog revizora (njem. *Sonderprüfer*), koji treba ispitati poslovne odnose povezanih društava te o tome izraditi pisano izvješće. Protiv odluke suda o imenovanju posebnog revizora je moguće odmah podnijeti prigovor. Ukoliko je i skupština ovisnog društva imenovala posebnog revizora da ispita istaknute razloge podnošenja zahtjeva, svaki član društva može podnijeti zahtjev iz § 142 st. 4. AktG-a.<sup>108</sup> U slučaju ako postoje neke druge činjenice, osim razloga koji su navedeni u zakonu, koje opravdavaju sumnju u nastanak štete za ovisno društvo, zahtjev mogu podnijeti članovi ovisnog društva koji zajedno drže 1% temeljnog kapitala ovisnog društva ili odgovarajući iznos od 100.000,00 eura, uz uvjet da učine vjerojatnim da su bili vlasnici udjela u razdoblju od najmanje 3 mjeseca prije podnošenja zahtjeva.<sup>109</sup>

### **5. Konsolidacija godišnjih financijskih izvješća povezanih društava**

U području računovodstvenog prava pojavljuje se obveza uprave vladajućeg društva za objedinjavanjem (konsolidiranjem) godišnjih financijskih izvješća svih povezanih društava. Budući da su povezana društva pravno samostalna društva ona odvojeno i samostalno sastavljaju i svoja godišnja financijska izvješća. Pritom u zasebnim godišnjim financijskim izvješćima ne mogu prikazati rezultate poslovanja povezanih društava kao jedne gospodarske cjeline i njihovog odnosa s poslovnom okolinom u kojoj djeluju, pa se javlja potreba objedinjavanja (konsolidacije) zasebnih godišnjih financijskih izvješća kako bi se dioničari i vjerovnici vladajućeg društva, potencijalni ulagatelji te uprava vladajućeg

<sup>108</sup> Tada sud imenuje drugog posebnog revizora na temelju zahtjeva člana ovisnog društva, ukoliko se utvrdi nestručnost ili pristranost posebnog revizora kojeg je imenovala skupština.

<sup>109</sup> U slovenskom pravu nema takve posebne odredbe o mogućnosti posebnog ispitivanja poslovnih odnosa društva s vladajućim društvom ili društvom s kojim su vladajuće i ovisno društvo povezani u koncern koje mogu inicirati članovi ovisnog društva, ali bi se mogle primijeniti odredbe o posebnoj reviziji iz čl. 318.-321. ZGD-a gdje glavna skupština društva na zahtjev dioničara imenuje posebnog revizora koji će ispitati postupanje uprave društva. U hrvatskom pravu je to posebno ispitivanje odnosa povezanih društava predviđeno, ali je istodobno i ograničeno samo na zakonom određene slučajeve, u odnosu na njemačko pravo koje širi mogućnost primjene posebnog ispitivanja i na druge slučajeve kada zahtjev postave manjinski dioničari koji prelaze odgovarajući zakonski prag. Ipak, i u hrvatskom pravu bi se mogle u odnosima povezanih društava primijeniti odredbe o posebnoj reviziji (čl. 298.-300. ZTD).

društva mogli upoznati s poslovanjem svih povezanih društava (vladajućeg društva i ovisnih društava).<sup>110</sup> Pritom konsolidacija ima i određena ograničenja koja se očituju u nedovoljnoj preglednosti financijskih rezultata i stanja pojedinih povezanih društava,<sup>111</sup> konsolidirana financijska izvješća prikazuju ukupno financijsko stanje svih povezanih društava kao gospodarske cjeline,<sup>112</sup> pojedine stavke godišnjih financijskih izvješća pojedinih trgovačkih društava koje se konsolidiraju nisu usporedive,<sup>113</sup> konsolidirana financijska izvješća nemaju dodatnih podataka o ostvarenju nadzora jednog društva nad drugim unutar povezanih društava.<sup>114</sup> Materija konsolidacije godišnjih financijskih izvješća povezanih društava je usklađena Sedmom smjernicom EU. Hrvatski zakonodavac je pri donošenju Zakona o računovodstvu propustio urediti pitanje konsolidacije, ali se pozvao na primjenu Međunarodnih standarda financijskog izvještavanja za sva velika trgovačka društva i uvrštena dionička društva. Stoga se javlja potreba posebnog uređivanja konsolidacije godišnjih financijskih izvješća povezanih društava te prevođenja i objave novih Međunarodnih standarda financijskog izvještavanja koji će se primjenjivati na velika trgovačka društva i uvrštena dionička društva.

### 5.1. Hrvatska

Zakon o računovodstvu iz 2005. godine ne sadrži posebnu odredbu o konsolidaciji godišnjih financijskih izvješća povezanih društava.<sup>115</sup> Ipak, u čl. 18. st. 1. propisuje se obveza primjene Međunarodnih standarda financijskog izvještavanja (MSFI)<sup>116</sup> za sva velika trgovačka društva i trgovce pojedince, kao

<sup>110</sup> Gulin, Danimir, *Sastavljanje konsolidiranih financijskih izvještaja – primjena MRS-a 27*, Računovodstvo i financije, br. 5/1998., str. 4., Žic, Ivan, *Konsolidirana financijska izvješća i postupak konsolidacije*, Računovodstvo, revizija i financije, br. 4/2000., str. 28-29., Roška, Vlasta, *Izrada konsolidiranih financijskih izvješća za povezana trgovačka društva*, Računovodstvo, revizija i financije, br. 3/2002., str. 51.

<sup>111</sup> *Moguće je da se loši ili dobri financijski rezultati jednog trgovačkog društva prikriju rezultatima drugog trgovačkog društva koja čine povezana društva.* Vidi u Gulin, D., op. cit., str. 4.

<sup>112</sup> *Nije moguće uočiti financijske pokazatelje za pojedino ovisno društvo, odnosno vladajuće društvo.* Ibid., str. 5.

<sup>113</sup> *Primjerice razlike u dužini poslovnih ciklusa različitih društava koja su povezana, ili kvaliteta i dospijee pojedinih tražbina različitih društava koja su povezana.* Loc. cit.

<sup>114</sup> *Ti podatci se nalaze u bilješkama uz temeljna (zasebna) financijska izvješća pojedinih povezanih društava.* Loc. cit.

<sup>115</sup> *Zakon o računovodstvu iz 1992. godine je konsolidaciji godišnjih financijskih izvješća posvećivao 2 članka (čl. 24. i 25.) te se upućivalo na primjenu Međunarodnih računovodstvenih standarda koji se objavljuju u „Narodnim novinama“, pa tako i primjena Međunarodnog računovodstvenog standarda br. 27 koji uređuje konsolidaciju godišnjih financijskih izvješća povezanih društava (čl. 15. st. 1.).*

<sup>116</sup> *Međunarodne standarde financijskog izvještavanja (International Financial Reporting Standards (IFRS)) objavljuje Međunarodni odbor za računovodstvene standarde (International Accounting Standards Board (IASB)). On je usvojio i Međunarodne računovodstvene standarde (International Accounting Standards (IAS)) koje je izradio i objavio Međunarodni komitet za*



i za ona trgovačka društva čiji vrijednosni papiri kotiraju na burzama ili se spremaju uvrstiti svoje vrijednosne papire u burzovnu kotaciju u Republici Hrvatskoj na službenim tržištima i na kotaciji za javna dionička društva.<sup>117</sup> Obveznici koji ne ispunjavaju zakonske uvjete za primjenu MSFI mogu odabrati njihovu primjenu u cijelosti ili standarde financijskog izvještavanja koje donosi Odbor za standarde financijskog izvještavanja sukladno MSFI (čl. 18. st. 2. ZR). MSFI i standarde financijskog izvještavanja koje donosi Odbor za standarde financijskog izvještavanja sukladno MSFI objavljuje taj Odbor u „Narodnim novinama“ (čl. 18. st. 3. ZR).<sup>118</sup>

Međunarodni računovodstveni standard br. 27<sup>119</sup> uređuje postupak sastavljanja i objave konsolidiranih godišnjih financijskih izvješća povezanih društava (MRS 27.1).<sup>120</sup> Pritom se u Republici Hrvatskoj primjenjuje verzija MRS-a 27 iz 1998. godine pa bi bilo potrebno da Odbor za standarde financijskog izvještavanja prevede i objavi novije verzije, budući da je taj standard bio mijenjan 2000. i 2003. godine.<sup>121</sup> U MRS-u 27.6 definira se pojam kontrole (engl. *control*), pod kojim se podrazumijeva pravo upravljanja financijskim i poslovnim politikama poduzeća (engl. *enterprise*) tako da se ostvare koristi od njegovih aktivnosti. Pored toga definira se pojam povezanog društva (engl. *subsidiary*), kao poduzeća koje je kontrolirano od drugog poduzeća (matice), pojam matice (engl. *parent*),

---

računovodstvene standarde (International Accounting Standards Committee (IASC)), a koji se i dalje primjenjuju, pa tako i MRS br. 27 koji uređuje konsolidaciju godišnjih financijskih izvješća povezanih društava. Vidi web stranicu Međunarodnog odbora za računovodstvene standarde, <http://www.iasb.org/standards/summaries.asp>, 5. prosinac 2005.

<sup>117</sup> Pod obveznicima Zakona o računovodstvu koji se klasificiraju u velike se podrazumijevaju sva trgovačka društva sa sjedištem u RH i trgovci pojedinci koji su obveznici poreza na dobit s prebivalištem u RH koji prelaze dva od tri slijedeća kriterija: ukupna aktiva iznosi 108.000.000,00 kuna; b) prihod iznosi 216.000.000,00 kuna; c) imaju 250 zaposlenika (čl. 17. st. 1. t. 3. ZR). Velikim obveznicima se smatraju i: sve banke, stambene štedionice, društva za osiguranje, leasing društva, društva za upravljanje investicijskim fondovima i investicijski fondovi s pravnom osobnosti, društva za upravljanje investicijskim fondovima i zasebna imovina bez pravne osobnosti kojom upravljaju, društva za upravljanje obveznim mirovinskim fondovima i zasebna imovina bez pravne osobnosti kojom upravljaju, društva za upravljanje dobrovoljnim mirovinskim fondovima i zasebna imovina bez pravne osobnosti kojom upravljaju, mirovinska osiguravajuća društva; svi obveznici koji izrađuju konsolidirane financijske izvještaje sukladno MSFI; svi drugi obveznici iz djelokruga nadležnosti nadzornih institucija financijskog sektora (čl. 17. st. 3. ZR).

<sup>118</sup> Taj Odbor odobrava, prevodi i tumači MSFI (čl. 19. ZR).

<sup>119</sup> Hrvatski odbor za računovodstvo i računovodstvene standarde je objavio Međunarodne računovodstvene standarde (MRS) 7. siječnja 2000. godine u „Narodnim novinama“ br. 2/00. Tada je bio objavljen i Međunarodni računovodstveni standard br. 27. u verziji iz 1998. godine. Kako su u međuvremenu MRS-ovi izmijenjeni javlja se potreba njihovog ponovnog objavljivanja u „Narodnim novinama“.

<sup>120</sup> Ovaj Standard se primjenjuje i u računovodstvu ulaganja u ovisna društva u odvojenim financijskim izvješćima vladajućeg društva (MRS 27.2).

<sup>121</sup> U listopadu 2000. godine mijenjan je MRS 27.13 radi njegovog terminološkog usklađivanja s drugim odgovarajućim Međunarodnim računovodstvenim standardima, a u prosincu 2003. godine je objavljena revidirana verzija MRS-a 27, koja se primjenjuje od 1. siječnja 2005. godine. Vidi web stranicu <http://www.iasplus.com/standard/ias27.htm>, 7. prosinca 2005.

kao poduzeća koje ima jedno ili više povezanih društava, pojam grupe (engl. *group*), koju čine matice i sva njegova povezana društva, pojam konsolidiranih financijskih izvješća (engl. *consolidated financial statements*), koji su financijska izvješća grupe, sastavljena kao da su jedno poduzeće, te pojam interesa manjine (engl. *minority interest*), kao dijela neto rezultata poslovanja i neto imovine povezanog društva koji se može pripisati interesima koji nisu vlasništvo matice, izravno ili neizravno kroz povezana društva. Ovom prijevodu se može prigovoriti u pogledu primjerenosti pojma poduzeća koje treba zamijeniti pojmom trgovačko društva, pojam povezanog društva treba zamijeniti pojmom ovisnog društva ili društva-kćeri, pojam matice treba zamijeniti pojmom vladajućeg društva ili društva-majke, a pojam grupe treba zamijeniti pojmom povezanih društava. To više odgovara usvojenoj pravnoj terminologiji u hrvatskom pravu povezanih društava, budući da neki od korištenih pojmova imaju posve drugačije pravno značenje.<sup>122</sup> Stoga će se za potrebe ovog rada koristiti navedeni primjereniji pojmovi, dok pojmovi u prijevodu više odgovaraju ekonomskoj terminologiji.<sup>123</sup>

MRS 27.7. propisuje obvezu vladajućeg društva za sastavljanjem konsolidiranog financijskog izvješća.<sup>124</sup> Obveze konsolidacije je oslobođeno vladajuće društvo, koje je i samo ovisno društvo u nečijem 100% vlasništvu,<sup>125</sup>

<sup>122</sup> Primjerice poduzeće koje ima značenje određene gospodarske djelatnosti koju obavlja trgovačko društvo ili trgovac pojedinac kao nositelj takve djelatnosti, odnosno organizirana gospodarska cjelina putem koje njegov nositelj djeluje na tržištu u ostvarenju svojih gospodarskih ciljeva. Vidi u Gorenc, V. et. al., op. cit., str. 3-5., Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva – Opći dio, Organizator, Zagreb, 1999., str. 195-198. Pod pojmom povezanog društva podrazumijevamo određeno pravno samostalno trgovačko društvo koje je povezano s nekim drugim pravno samostalnim trgovačkim društvom na način određen zakonom.

<sup>123</sup> Tako bi bilo primjerenije da se MRS 27.6 prevede kao: pojam kontrole (engl. *control*), se podrazumijeva kao pravo upravljanja financijskim i poslovnim politikama trgovačkog društva (engl. *enterprise*), tako da se ostvare koristi od njegovih aktivnosti, pojam ovisnog društva/društva-kćeri (engl. *subsidiary*), se određuje kao trgovačko društvo koje je kontrolirano od drugog trgovačkog društva (vladajućeg društva/društva-majke), pojam vladajućeg društva/društva-majke (engl. *parent*), se određuje kao trgovačko društvo koje ima jedno ili više ovisnih društava/društava-kćeri, pojam povezanih društava (engl. *group*), čine vladajuće društvo/društvo-majka i sva njegova ovisna društva/društva-kćeri, pojam konsolidirana financijska izvješća (engl. *consolidated financial statements*), su financijska izvješća povezanih društava, sastavljena kao da su jedno trgovačko društvo, te pojam interesa manjine (engl. *minority interest*), kao dijela neto rezultata poslovanja i neto imovine ovisnog društva/društva-kćeri koji se može pripisati interesima koji nisu vlasništvo vladajućeg društva/društva-majke, izravno ili neizravno kroz ovisna društva/društva-kćeri.

<sup>124</sup> MRS 27 ne uređuju oslobođenje od obveze konsolidacije za mala povezana društva, osim ako je vladajuće ili neko od ovisnih društava uvršteno na tržište kapitala, a što se posebno uređuje Sedmom smjernicom EU.

<sup>125</sup> Radi se o trgovačkom društvu čiji su svi udjeli, odnosno pravo glasa u rukama nekog drugog trgovačkog društva (vladajućeg društva). O pojmu vlasništva nad trgovačkim društvom se najčešće govori u području ekonomskih znanosti. Sa stajališta prava članovi trgovačkog društva nisu njegovi vlasnici, već članovi trgovačkog društva na temelju svojih udjela u temeljnom kapitalu dobivaju određena članska prava, a ono što su unijeli u društvo predstavlja imovinu samog trgovačkog društva.

ili je praktički u cijelosti u nečijem vlasništvu,<sup>126</sup> a s tim su suglasni i manjinski dioničari (vlasnici interesa manjine) (MRS 27.8).<sup>127</sup> Vladajuće društvo koje obavlja konsolidaciju financijskih izvješća ovisnih društava mora obuhvatiti i domaća i inozemna trgovačka društva (MRS 27.11).<sup>128</sup> Iz konsolidacije treba isključiti ona ovisna društva u odnosu na koja postoji privremena kontrola vladajućeg društva, budući da je udio u tom ovisnom društvu stečen i drži se isključivo s namjerom da se u bliskoj budućnosti otpusti ili kad ovisno društvo posluje pod strogim dugotrajnim ograničenjima koja značajno smanjuju mogućnost prijenosa njegove imovine na vladajuće društvo (MRS 27.13).<sup>129</sup> MRS 27.12 određuje kada postoji kontrola vladajućeg društva nad ovisnim društvom.<sup>130</sup>

<sup>126</sup> Radi se o trgovačkom društvu čijih je 90% ili više udjela/prava glasa u rukama nekog drugog trgovačkog društva (vladajućeg društva) (MRS 27.10). Novi MRS 27.10 iz 2003. godine određuje pretpostavke koje se moraju kumulativno ispuniti kako bi vladajuće društvo bilo oslobođeno obveze konsolidacije: a) vladajuće društvo, koje je i samo ovisno društvo u 100% vlasništvu drugog trgovačkog društva, ili je praktički u cijelosti u vlasništvu drugog trgovačkog društva i drugih manjinskih dioničara, uključujući i one koji nemaju pravo glasa, uz uvjet da su manjinski dioničari bili obaviješteni o neprovedbi konsolidacije i da se tomu nisu usprotivili; b) vrijednosni papiri vladajućeg društva nisu uvršteni na burze i druga uređena javna tržišta; c) vladajuće društvo ne podnosi niti je u postupku podnošenja financijska izvješća komisiji za vrijednosne papire ili drugom regulatornom organu u svrhu izdavanja i uvrštenja svojih vrijednosnih papira na burze i druga uređena javna tržišta; d) vrhovno vladajuće društvo ili bilo koje drugo vladajuće društvo (u piramidalnoj strukturi povezanih društava, odnosno u slučaju višestruke povezanosti), vladajućeg društva koje je oslobođeno konsolidacije sastavlja konsolidirana financijska izvješća koja su dostupna javnosti sukladno Međunarodnim standardima financijskog izvještavanja.

<sup>127</sup> Takvo vladajuće društvo treba objaviti razloge zašto konsolidirana financijska izvješća nisu bila sastavljena i predstavljena zajedno s osnovicama po kojima su ovisna društva obračunata u svojim odvojenim financijskim izvješćima. Treba objaviti i tvrtku i sjedište trgovačkog društva koje ima vladajući položaj u vladajućem društvu koje je izuzeto iz obveze konsolidacije, a koje sastavlja i objavljuje konsolidirana financijska izvješća. Vidi u Roška, V., op. cit., str. 52.

<sup>128</sup> Tako i novi MRS 27.12 iz 2003. godine.

<sup>129</sup> Takva se ovisna društva obračunavaju kao ulaganja sukladno MRS 39 – financijski instrumenti: priznavanje i mjerenje. Prema MRS 27 iz 2003. godine ne postoji takvo isključenje ako je poslovna djelatnost ovisnog društva drugačije naravi od poslovne djelatnosti vladajućeg društva, kao i u slučaju ako je kontrola nad ovisnim društvom privremene naravi (izmjena MRS 27 na temelju MSFI 5 iz ožujka 2004. godine).

<sup>130</sup> Smatra se da kontrola postoji kada vladajuće društvo posjeduje, izravno ili neizravno preko ovisnog društva, više od polovice glasačkih prava u nekom trgovačkom društvu, osim ako u iznimnim slučajevima, može biti jasno dokazano da takav udio u pravu glasa ne predstavlja kontrolu. Kontrola također postoji čak i kada vladajuće društvo posjeduje polovicu ili manje od polovice glasačkih prava u trgovačkom društvu, kada postoji: a) moć nad više od polovice glasačkih prava na temelju sporazuma s drugim članovima društva (ulagačima); b) moć da upravlja financijskim i poslovnim politikama trgovačkog društva na temelju statuta ili sporazuma; c) moć da imenuje ili smijeni većinu članova upravnog odbora ili odgovarajućeg upravljačkog organa; ili d) moć da usmjeri većinu glasova na sastancima upravnog odbora ili odgovarajućeg upravljačkog organa. Tako i MRS 27.13 iz 2003. godine. Prema ZTD-u kvalificirani udio na temelju kojeg postoji mogućnost utjecaja jednog trgovačkog društva na drugo postoji već kod 25% udjela u temeljnom kapitalu društva.

Pri konsolidaciji godišnjih financijskih izvješća povezanih društava zbrajaju se iste stavke zasebnih financijskih izvješća vladajućeg društva i njegovih ovisnih društava, pri čemu se mora voditi računa da su zasebna financijska izvješća sastavljena na isti datum<sup>131</sup> te da su sastavljena primjenom istih računovodstvenih politika.<sup>132</sup> Salda i transakcije nastale između povezanih društava, kao i neostvorenu dobit potrebno je eliminirati u cijelosti, kao i neostvorene gubitke koji su nastali iz transakcija između povezanih društava, osim ako se trošak ne može nadoknaditi (MRS 27.17). Na taj način se u konsolidiranim financijskim izvješćima ne prikazuju ulaganja, tražbine i obveze, dobiti i gubici koji su nastali između povezanih društava, budući da bi oni predstavljali transakcije i poslovne događaje koji se odvijaju unutar jednog računovodstvenog subjekta. Za konsolidirana financijska izvješća relevantne su samo one transakcije i poslovni događaji koji su se odvijali između povezanih društava i trećih pravnih subjekata.<sup>133</sup> Udio manjinskih dioničara u temeljnom kapitalu ovisnih društava, kao i njihov udio u dobiti i gubitku treba prikazati odvojeno u konsolidiranim financijskim izvješćima od udjela vladajućeg društva (MRS 27.26).<sup>134</sup> Ulaganja vladajućeg društva u ovisna društva koja su obuhvaćena konsolidacijom, kao i u ona ovisna društva koja su isključena iz konsolidacije treba prikazati u zasebnim financijskim izvješćima vladajućeg društva (MRS 27.29 i MRS 27.30). U konsolidiranim financijskim izvješćima objavljuju se i neki dodatni podatci (MRS 27.32).<sup>135</sup>

<sup>131</sup> Ako su zasebna godišnja financijska izvješća ovisnih i vladajućeg društva sastavljena na različite datume, potrebno ih je uskladiti za sve značajne stavke koje čine transakcije i drugi poslovni događaji koji su nastali između izvještajnih datuma godišnjih financijskih izvješća ovisnih društava i izvještajnog datuma godišnjeg financijskog izvješća vladajućeg društva. Razlika između tih izvještajnih datuma ne smije biti veća od 3 mjeseca (MRS 27.19). Tako i MRS 27.26 i MRS 27.27 iz 2003. godine.

<sup>132</sup> Konsolidirana financijska izvješća trebaju se sastaviti korištenjem jednakih računovodstvenih politika za jednake transakcije i druge poslovne događaje u sličnim okolnostima. Ako nije praktično koristiti jednake računovodstvene politike u pripremanju konsolidiranih financijskih izvješća, ta se činjenica treba objaviti zajedno s omjerima stavaka u konsolidiranim financijskim izvješćima na koje su različite računovodstvene politike bile primijenjene (MRS 27.21). Tako i MRS 27.28 iz 2003. godine. Vidi u Roška, V., op. cit., str. 52.

<sup>133</sup> Gulin, D., op. cit., str. 6-8., Roška, V., op. cit., str. 53-55. Tako i MRS 27.24 i MRS 27.25 iz 2003. godine.

<sup>134</sup> Gulin, D., op. cit., str. 8., Roška, V., op. cit., str. 55. Tako i MRS 27.33 iz 2003. godine.

<sup>135</sup> U konsolidiranim financijskim izvješćima objavljuje se i popis značajnih ovisnih društava, uključujući tvrtku, državu registracije ili sjedište, odnos udjela u temeljnom kapitalu i, ako se razlikuje, odnos prava glasa koji se posjeduje; u konsolidiranim financijskim izvještajima, kada je primjenjivo objavljuju se i: razlozi nekonsolidiranja ovisnog društva, priroda međudnosa između vladajućeg i ovisnog društva u kojoj vladajuće društvo ne posjeduje izravno ili neizravno preko ovisnih društava, više od polovice prava glasa, tvrtka trgovačkog društva u kojem posjeduje više od polovice prava glasa, izravno ili neizravno preko ovisnih društava, ali koje, budući da nije pod kontrolom, nije ovisno društvo, te učinak stjecanja i otpuštanja udjela u ovisnim društvima na financijski položaj na izvještajni datum, rezultate za izvještajno razdoblje te na podudarne iznose za prethodno razdoblje; u odvojenim financijskim izvješćima vladajućeg društva opis primjenjivane metode za obračun ovisnih društava. MRS 27.40, 27.41 i 27.42 iz 2003. godine šire obvezu objave

Zakon o reviziji u čl. 6. st. 2. propisuje obvezu revizije konsolidiranih finansijskih izvješća jednom godišnje, a Zakon o registru godišnjih finansijskih izvješća u čl. 9. propisuje obvezu predaje konsolidiranih finansijskih izvješća u Registar godišnjih finansijskih izvješća koji vodi FINA.

## 5.2. Slovenija i Njemačka

Slovenski ZGD u čl. 56. uređuje obvezu konsolidacije godišnjih finansijskih izvješća povezanih društava.<sup>136</sup> Trgovačko društvo sa sjedištem u Republici Sloveniji koje je vladajuće društvo (slov. *nadrejena družba*), u odnosu na jedno ili više trgovačkih društava sa sjedištem u Republici Sloveniji ili u inozemstvu (slov. *podrejena družba*), mora izraditi konsolidirano godišnje izvješće<sup>137</sup> ako je ili vladajuće društvo ili jedno ili više ovisnih društava osnovano kao društvo kapitala ili dvojno društvo (čl. 56. st. 1. ZGD).<sup>138</sup> Konsolidirano godišnje finansijsko izvješće treba izraditi u roku od 4 mjeseca od okončanja poslovne godine (čl. 54. st. 2. ZGD).

Odnos vladajućeg i ovisnog društva postoji kada jedno društvo može utjecati na odlučivanje i sastav upravnih i nadzornih organa drugog društva (čl. 56. st. 2. ZGD).<sup>139</sup> Pri računanju udjela u pravu glasa ili pravu imenovanja, odnosno opoziva koje ima vladajuće društvo, uračunavaju mu se i udjeli koje ima drugo društvo koje je ovisno o vladajućem društvu i udjeli koje drže treće osobe za račun vladajućeg društva (uračunavanje udjela) (čl. 56. st. 3. ZGD). Vladajuće društvo koje zajedno s ovisnim društvima ne ispunjava uvjete za srednje velika društva, pri čemu se mjerilo čistih prihoda od prodaje i vrijednosti aktive

---

dotadnih podataka u konsolidiranim finansijskim izvješćima i zasebnim finansijskim izvješćima vladajućeg društva.

<sup>136</sup> Ivanjko, Š., Kocbek, M., op. cit., str. 217-223.

<sup>137</sup> Konsolidirano godišnje izvješće mora prikazivati istinit i pošten prikaz finansijskog položaja, poslovnog rezultata, novčanih tijekova i kretanja kapitala svih društava koja su uključena u konsolidaciju kao jedne gospodarske cjeline (čl. 56. st. 6. ZGD). Konsolidirano godišnje izvješće je sastavljeno od konsolidiranog računovodstvenog izvješća i konsolidiranog poslovnog izvješća društava koja su uključena u konsolidaciju. Konsolidirano računovodstveno izvješće je sastavljeno od konsolidirane bilance stanja, konsolidiranog prikaza poslovnog rezultata, konsolidiranog prikaza novčanih tijekova, konsolidiranog prikaza kretanja kapitala i priloga uz konsolidirani prikaz. Ti sastavni dijelovi konsolidiranog računovodstvenog izvješća čine cjelinu. Za oblik, sadržaj i sastavljanje konsolidiranog godišnjeg izvješća se na odgovarajući način primjenjuju propisi ZGD-a o godišnjem finansijskom izvješću (čl. 56. st. 7. ZGD).

<sup>138</sup> Dvojno društvo (slov. *dvojna družba*) je komanditno društvo u kojem je jedini komplementar društvo u kojem nema osobno odgovornih članova ili su svi komplementari društva kapitala (čl. 152. ZGD). Ibid., str. 381-390.

<sup>139</sup> To će biti sljedeći slučajevi: a) ako ima većinu prava glasa u drugom društvu; b) ako ima pravo imenovati ili opozvati većinu članova uprave, nadzornog odbora ili upravnog odbora drugog društva, te je istodobno i član tog društva; c) ako ima pravo ostvarivati prevladavajući utjecaj na drugo društvo na temelju poduzetničkog ugovora ili na temelju druge pravne osnove; d) ako je član u drugom društvu i na temelju sporazuma s drugim članovima tog društva nadzire većinu glasačkih prava u tom društvu.

povećavaju za 20%, nije dužno izraditi konsolidirana godišnja finansijska izvješća. To isključenje se ne primjenjuje ako se s vrijednosnim papirima vladajućeg ili nekog od ovisnih društava trguje na organiziranom tržištu kapitala (čl. 56. st. 5. ZGD).<sup>140</sup> U konsolidaciju ne treba uključiti ovisna društva ako to nije značajno za istinit i poštenu prikaz finansijskog stanja i poslovnog rezultata povezanih društava. Vladajuće društvo mora u prilogima konsolidiranog prikaza navesti trgovačka društva koja nije uvrstilo u konsolidaciju i navesti razloge za to. Ako više ovisnih društava ispunjava uvjet za isključenje, ali su ona sva zajedno značajna za istinit i poštenu prikaz finansijskog stanja i poslovnog rezultata povezanih društava, treba ih uključiti u konsolidaciju (čl. 56. st. 8. ZGD).<sup>141</sup> Pri izradi konsolidiranog godišnjeg finansijskog izvješća primjenjuju se Slovenski računovodstveni standardi koji pobliže određuju mjerila za određenje ovisnih društava, slučajeve kada postoji izuzeće od obveze konsolidacije za vladajuće društvo ili izuzeće pojedinih ovisnih društava te način i opseg konsolidacije, kao i sadržaj konsolidiranog godišnjeg izvješća (čl. 56. st. 9. ZGD).<sup>142</sup> Pri izradi konsolidiranih godišnjih izvješća društava koja su uvrstila svoje vrijednosne papire na organizirana tržišta vrijednosnih papira u državama-članicama EU, banaka, osiguravajućih društava i drugih društava čije skupštine tako odluče (najmanje na razdoblje od 5 godina), primjenjuju se Međunarodni standardi finansijskog izvještavanja (čl. 54. st. 10-11. ZGD).

Konsolidirana godišnja izvješća podliježu obvezi revizije (čl. 57. st. 1. ZGD), te se zajedno s izvješćem o reviziji dostavljaju radi objave Agenciji za javnopravne evidencije i učinke Republike Slovenije (*Agencija za javnopravne evidence in storitve (AJPES)*), u roku od 8 mjeseci od okončanja poslovne godine (čl. 58. st. 1. ZGD).<sup>143</sup>

U njemačkom pravu je postupak konsolidacije godišnjih finansijskih izvješća povezanih društava uređen § 290-315 HGB-a. **Obvezu konsolidacije ima uprava**

<sup>140</sup> Srednje veliko društvo je društvo, koje nije mikro društvo ili malo društvo, i koje ispunjava dva od sljedeća tri mjerila: a) prosječni broj radnika u poslovnoj godini ne prelazi 250 osoba; b) čisti prihodi od prodaje ne prelaze iznos od 29.200.000,00 eura; c) vrijednost aktive ne prelazi 14.600.000,00 eura (čl. 55. st. 4. ZGD).

<sup>141</sup> Slovenski računovodstveni standardi (SRS) predviđaju dvije iznimke od obveze konsolidacije: ako je vladajuće društvo istodobno i ovisno društvo, ono nije dužno obaviti konsolidaciju ako vladajuće društvo dobije pristanak manjinskih dioničara za neobavljanje konsolidacije te da pojasni razloge za nekonsolidiranje i osnove na kojima počivaju računovodstveni prikazi ovisnih društava u njihovim zasebnim finansijskim izvješćima, i ako se radi o maloj skupini povezanih društava koja nisu dužna obaviti konsolidaciju. Pod malom skupinom povezanih društava podrazumijeva se slučaj kada vladajuće društvo zajedno s ovisnim društvima koja čine povezana društva zbirno ne dosežu zakonske uvjete za razvrstavanje u srednje velika trgovačka društva (čl. 55. st. 4. ZGD). Ibid., str. 221-222. Ta odredba SRS-a o maloj skupini povezanih društava je sada supsumirana odredbom čl. 56. st. 5. ZGD-a.

<sup>142</sup> Slovenski računovodstveni standardi moraju biti usklađeni s odgovarajućim smjernicama EU i Međunarodnim standardima finansijskog izvještavanja (čl. 54. st. 9. ZGD).

<sup>143</sup> AJPES je osnovan Zakonom o platnom prometu (Uradni list RS, 30/02., 15/03.). O zaprimljenim izvješćima Agencija izvješćuje u pisanom obliku sudski registar u koji je upisano društvo. Ibid., str. 265-269.

društva kapitala (vladajuće društvo), koje ima sjedište u SR Njemačkoj, a ostvaruje jedinstveno vođenje jednog ili više ovisnih društava i ima udjele u tim društvima u iznosu od 20% njihovog temeljnog kapitala, ili u drugim društvima koja su obuhvaćena jedinstvenim vođenjem. Uprava vladajućeg društva mora u roku od 5 mjeseci tekuće poslovne godine sastaviti konsolidirano godišnje izvješće i konsolidirano izvješće o stanju povezanih društava za proteklu poslovnu godinu (§ 290 st. 1. HGB).<sup>144</sup> Vladajuće društvo neće biti dužno sastaviti konsolidirano godišnje izvješće u slučaju ako je ono samo ovisno društvo, a njegovo je vladajuće društvo koje ima sjedište u nekoj od država-članica EU, odnosno EEA sastavilo konsolidirano godišnje izvješće sukladno Sedmoj smjernici EU i drugim odgovarajućim propisima (§ 291 st. 1. HGB). Manjinski dioničari vladajućeg društva se u ovom slučaju mogu usprotiviti oslobođenju od obveze konsolidacije, pa će tada vladajuće društvo biti dužno obaviti konsolidaciju (§ 291 st. 3. t. 2. HGB).<sup>145</sup> Od obveze sastavljanja konsolidiranih izvješća oslobođena su i mala povezana društva (§ 293 st. 1 HGB).<sup>146</sup> Ovo oslobođenje se ne primjenjuje u slučaju trgovačkih društava koja su uvrstila svoje vrijednosne papire na organizirana tržišta kapitala, neovisno o tome radi li se o vladajućem društvu ili nekom od ovisnih društava (§ 293 st. 5.

<sup>144</sup> Odnos povezanosti postoji i kada vladajuće društvo ima većinsko pravo glasa u ovisnom društvu, ako ima pravo imenovanja i opoziva većine članova upravnih i nadzornih organa ovisnog društva ili ima prevladavajući utjecaj u ovisnom društvu na temelju sklopljenog ugovora o vođenju poslova s tim društvom ili na temelju odredbi statuta tog društva (§ 290 st. 2. HGB). Pri utvrđivanju udjela koji pripadaju vladajućem društvu uračunavaju se i oni udjeli koje drže treće osobe za račun vladajućeg društva, trgovačkih društava koja su ovisna o vladajućem društvu, a drže udjele u ovisnom društvu, kao i udjeli trećih osoba s kojima je vladajuće društvo ili o njemu ovisno društvo sklopilo sporazum na temelju kojeg utječu na ovisno društvo (§ 290 st. 3. HGB).

<sup>145</sup> Tako manjinski dioničari vladajućeg društva koje je dioničko društvo ili komanditno društvo na dionice, a imaju udio od najmanje 10% temeljnog kapitala, odnosno koje je društvo s ograničenom odgovornošću, a imaju udio od najmanje 5% temeljnog kapitala mogu najkasnije 6 mjeseci prije isteka poslovne godine zatražiti izradu konsolidiranih financijskih izvješća. Ako vladajuće društvo ima najmanje 90% udjela u vladajućem društvu koje je oslobođeno obveze konsolidacije, oslobođenje od konsolidacije je moguće uz suglasnost ostalih članova oslobođenog vladajućeg društva.

<sup>146</sup> Pod malim povezanim društvima se podrazumijevaju sljedeći slučajevi: a) ako su na dan sastavljanja godišnjeg financijskog izvješća vladajućeg društva po okončanju tekuće poslovne godine kao i u protekloj poslovnoj godini ostvarena dva od tri sljedeća uvjeta: 1. zbroj bilanci vladajućeg društva i ovisnih društava nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivni ne prelazi 19.272.000,00 eura, 2. zbroj prihoda vladajućeg društva i ovisnih društava u 12 mjeseci prije sastavljanja bilance ne premašuje 38.544.000,00 eura, 3. vladajuće društvo i ovisna društva u 12 mjeseci prije sastavljanja bilance nisu imali prosjek zaposlenih veći od 250 osoba; ili, b) ako su na dan sastavljanja konsolidiranog godišnjeg izvješća po okončanju tekuće poslovne godine kao i u protekloj poslovnoj godini ostvarena dva od tri sljedeća uvjeta: 1. bilanca nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivni ne prelazi 16.060.000,00 eura, 2. prihod u 12 mjeseci prije sastavljanja bilance ne premašuje 32.120.000,00 eura, 3. vladajuće društvo i ovisna društva u 12 mjeseci prije sastavljanja bilance nisu imali prosjek zaposlenih veći od 250 osoba.

HGB).<sup>147</sup> Konsolidirano finansijsko izvješće i konsolidirano izvješće o stanju povezanih društava podliježu obvezi revizije (§ 316 st. 2. HGB) te se objavljuju (§ 325 st. 3. HGB).<sup>148</sup>

### 5.3. Francuska i Velika Britanija

U francuskom pravu odredbe o konsolidiranim finansijskim izvješćima sadržane su u čl. L233-16.–L233-27. Trgovačkog zakonika. Trgovački zakonik u čl. L233-16. st. 1. propisuje obvezu uprave, odnosno upravnog odbora vladajućeg društva za izradom i objavom svake godine konsolidiranog finansijskog izvješća i godišnjeg izvješća o stanju povezanih društava ukoliko ono samostalno ili zajednički kontrolira ovisna društva, ili ostvaruje značajni utjecaj na ovisna društva.<sup>149</sup> Od obveze izrade konsolidiranih finansijskih izvješća izuzeto je vladajuće društvo koje je istodobno i ovisno društvo, a njegovo vladajuće društvo je sastavilo i objavilo konsolidirana finansijska izvješća i u njih uvrstilo i izuzeto vladajuće društvo, a tome se ne protive manjinski dioničari<sup>150</sup> ili se radi o malim povezanim društvima.<sup>151</sup> Od obveze konsolidacije ne mogu se izuzeti ona vladajuća društva koja su uvrstila svoje vrijednosne papire na uređena tržišta kapitala (čl. L233-17. Trgovačkog zakonika). Iz konsolidacije se mogu izuzeti pojedina ovisna društva ako postoje ozbiljna i trajna ograničenja ostvarivanja prevladavajućeg utjecaja vladajućeg društva ili mogućnosti prijenosa imovine ovisnog društva na vladajuće društvo, uz navođenje razloga za izuzeće u bilješkama uz konsolidirana finansijska izvješća (čl. L233-19. st. 1. Trgovačkog zakonika).<sup>152</sup> Konsolidirano finansijsko izvješće se sastoji od konsolidirane

<sup>147</sup> Nadalje HGB uređuje opseg konsolidacije (§ 294 i 296), sadržaj i oblik konsolidiranog finansijskog izvješća (§ 297-299), postupak potpune konsolidacije (njem. *Vollkonsolidierung*, § 300-307), postupak procjene stavki (§ 308-309), postupak razmjerne (proporcionalne) konsolidacije (njem. *Anteilmäßige Konsolidierung*, § 310), pridružena društva (njem. *Assoziierte Unternehmen*, § 311-312), bilješke uz konsolidirano finansijsko izvješće (§ 313-314) i konsolidirano izvješće o stanju povezanih društava (§ 315).

<sup>148</sup> Objava se obavlja u Saveznom glasniku (*Bundesanzeiger*) u elektronskom obliku.

<sup>149</sup> Zajednička kontrola nad ovisnim društvom postoji kada je zajednički ostvaruje ograničeni broj članova ovisnog društva koji na temelju međusobnog sporazuma donose odluke u ovisnom društvu (čl. L233-16. st. 3. Trgovačkog zakonika). Značajni utjecaj na upravljanje i politiku financiranja ovisnog društva se presumira kada drugo trgovačko društvo izravno ili posredno drži udio u pravu glasa u ovisnom društvu koji je jednak ili veći od 20% (čl. L233-16. st. 4. Trgovačkog zakonika).

<sup>150</sup> Uvjet za izuzeće vladajućeg društva koje je istodobno ovisno društvo od obveze konsolidacije je da se jedan ili više članova izuzetog vladajućeg društva koji imaju najmanje 10% udjela u temeljnom kapitalu društva ne protive izuzeću od konsolidacije.

<sup>151</sup> U slučaju ako vladajuće i sva njegova ovisna društva u razdoblju od dvije uzastopne godine ne prelaze dva od tri kriterija propisana dekretom: 1. iznos bilance nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivi, 2. iznos prihoda u 12 mjeseci prije sastavljanja bilance i 3. prosječni broj zaposlenih u vladajućem društvu i ovisnim društvima.

<sup>152</sup> Iz konsolidacije se može izuzeti i ovisno društvo ako su njezini udjeli stečeni s namjerom skorašnjeg otpuštanja, ako uvrštenje ovisnog društva u konsolidaciju ne utječe na poštenu i istinit prikaz u konsolidiranom finansijskom izvješću, ili potrebne podatke za sastavljanje konsolidiranog



bilance, konsolidiranog računa dobiti i gubitka i bilješki, koje je izrađeno za sva povezana društva koja čine gospodarsku cjelinu. Ono se sastavlja i objavljuje sukladno dekretu Državnog savjeta (čl. L233-20. Trgovačkog zakonika). Konsolidirano financijsko izvješće mora dati pošten i istinit prikaz imovine, financijskog stanja i rezultata svih trgovačkih društava obuhvaćenih konsolidacijom (čl. L233-21. Trgovačkog zakonika). Konsolidirano financijsko izvješće se sastavlja sukladno računovodstvenim načelima i pravilima procjene koja su određena Trgovačkim zakonikom i pravilima Odbora za računovodstvena pravila (*Comité de la réglementation comptable*) (čl. L233-22. i L233-23. Trgovačkog zakonika).<sup>153</sup> Trgovačka društva koja su uvrstila svoje vrijednosne papire na uređena tržišta kapitala oslobođena su od primjene odredbi Trgovačkog zakonika o sastavljanju i objavi konsolidiranih financijskih izvješća, ako primjenjuju Međunarodne računovodstvene standarde koji su prihvaćeni Uredbom Europske Komisije (čl. L233-24. Trgovačkog zakonika). Konsolidirana financijska izvješća podliježu reviziji (čl. L225-235. st. 2. Trgovačkog zakonika) te se objavljuju (čl. L232-21-L232-23. Trgovačkog zakonika).<sup>154</sup>

U engleskom pravu su odredbe o obvezi izrade konsolidiranih godišnjih financijskih izvješća (engl. *group accounts*), sadržane u čl. 227-230. Zakona o trgovačkim društvima iz 1985. godine.<sup>155</sup> Konsolidirano godišnje financijsko izvješće (koje se sastoji od konsolidirane bilance i konsolidiranog računa dobiti i gubitka), izrađuje upravni odbor vladajućeg društva na kraju poslovne godine (čl. 227. CA 1985). Trgovačko društvo nije dužno izraditi konsolidirano financijsko izvješće ukoliko je ono samo ovisno društvo i ako je njezino vladajuće društvo izradilo konsolidirano financijsko izvješće sukladno pravu države članice Europske unije, uz uvjet: a) da sve udjele ovisnog društva drži vladajuće društvo; b) da vladajuće društvo drži udio veći od 50% temeljnog kapitala ovisnog društva, te manjinski dioničari koji drže polovicu preostalih udjela ili 5% od ukupnih udjela u temeljnom kapitalu ovisnog društva ne zahtijevaju izradu konsolidiranog financijskog izvješća za povezana društva u kojima je ovisno društvo u položaju vladajućeg društva (engl. *subgroup*) (čl. 228. st. 1. CA 1985). To izuzeće od obveze izrade konsolidiranih financijskih izvješća je uvjetovano dodatnim pretpostavkama predviđenim u čl. 228. st. 2. Zakona o

---

financijskog izvješća nije moguće pribaviti bez pretjeranih troškova, ili u okviru propisanih rokova (čl. L233-19. st. 2. Trgovačkog zakonika).

<sup>153</sup> Iznimno se konsolidirano financijsko izvješće može sastaviti na različiti izvještajni datum u odnosu na izvještajne datume zasebnih godišnjih financijskih izvješća povezanih društava (čl. L233-25.). Godišnje izvješće o stanju povezanih društava prikazuje sve značajne događaje, predviđeni razvoj i stanje povezanih društava (čl. L233-26.). Dekretom Državnog savjeta određuje se obveza revizije konsolidiranog financijskog izvješća (čl. L233-27.). U čl. L233-18. trgovačkog zakonika propisuju se postupci konsolidacije.

<sup>154</sup> Wooldridge, F., *The French Law Implementing The Seventh Directive*; str. 63-64.

<sup>155</sup> Morse, Geoffrey, Charlesworth & Morse: *Company Law*, 15<sup>th</sup> edition, Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 529-541., Davies, Paul L., Gower's *Principles of Modern Company Law*, Sweet and Maxwell, 1997., str. 160-61.

trgovačkim društvima iz 1985. godine. Izuzeće se neće primjenjivati u slučaju ako se radi o trgovačkom društvu koje je uvršteno na burzu bilo koje države-članice Europske unije (čl. 228. st. 3. CA 1985.). Čl. 249. CA 1985 oslobađa obveze obavljanja konsolidacije vladajuće društvo ako povezana društva na čelu s njime ispunjavaju dva od sljedeća tri kriterija (mala ili srednje velika povezana društva): a) iznos bilance nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivi ne prelazi 3.900.000,00 funti, b) iznos prihoda u 12 mjeseci prije sastavljanja bilance ne prelazi 8.000.000,00 funti, c) prosječni broj zaposlenih u vladajućem društvu i ovisnim društvima nije veći od 250 osoba.<sup>156</sup> Ovisno društvo može biti isključeno iz konsolidacije u slučaju: a) ako njegovo uključenje u konsolidaciju nije nužno za istinit i pravedan prikaz financijskog stanja; b) dugoročna ograničenja ometaju pravo vladajućeg društva na vođenje poslova ovisnog društva; c) pribavljanje obavijesti, koja je potrebna za izradu konsolidiranih financijskih izvješća, uzrokuje nerazmjerne troškove i pretjerano kašnjenje; d) interes vladajućeg društva je privremen (čl. 229. st. 2-3. CA 1985). Ovisno društvo se mora isključiti iz konsolidacije u slučaju ako je njezina gospodarska djelatnost toliko različita da ugrožava istinit i pravedan prikaz financijskog stanja u konsolidiranom financijskom izvješću (čl. 229. st. 4. CA 1985). Ukoliko su sva ovisna društva izuzeta iz konsolidacije, vladajuće društvo nije dužno izraditi konsolidirano financijsko izvješće (čl. 229. st. 5. CA 1985).<sup>157</sup> Konsolidirana financijska izvješća se revidiraju (čl. 235. CA 1985) te se dostavljaju u Registar (engl. *Registrar of Companies*) (čl. 242. CA 1985).

## **6. *Transparentnost statusnih i financijskih odnosa povezanih društava u pravu Europske unije***

U pravu društava Europske unije konsolidacija godišnjih financijskih izvješća je harmonizirana Sedmom smjernicom EU iz 1983. godine. Države članice EU su svoje nacionalne propise uskladile s ovom Smjernicom, tako da se u njima nalaze rješenja sadržana u njoj. Njezine odredbe se primjenjuju i na društva kapitala i na društva osoba (čl. 4. Sedme smjernice), pri čemu se u čl. 1. određuje postojanje odnosa povezanosti između trgovačkih društava.<sup>158</sup> Države-

<sup>156</sup> Ni ovo izuzeće se neće primjenjivati u slučaju ako je vladajuće ili neko od ovisnih društava uvršteno u burzovne kotacije, banka, osiguravajuće društvo ili investicijsko društvo. Vidi u Jones, M., op. cit., str. 270.

<sup>157</sup> Loc. cit.

<sup>158</sup> Obvezatne odredbe su sadržane u čl. 1. st. 1. t. (a), (b), i (d)(bb). Sedme smjernice: a) vladajuće društvo je ono društvo koje u drugom društvu (ovisnom društvu) ima većinu glasova na skupštini ovisnog društva (čl. 1. st. 1. t. (a)); b) vladajuće društvo je ono društvo koje ima pravo imenovati i opozvati većinu članova upravnog ili nadzornog organa drugog društva (ovisnog društva) te je istodobno i član tog ovisnog društva (čl. 1. st. 1. t. (b)); c) vladajuće društvo je ono društvo koje je član drugog društva (ovisnog društva) i koje samostalno kontrolira, na temelju sporazuma s ostalim članovima ovisnog društva, većinu glasova na skupštini ovisnog društva (čl. 1. st. 1. t. (d)(bb)). Odredbe fakultativne naravi sadržane su u čl. 1. st. 1. t. (c) i (d)(aa), te čl. 1. t. 2. Sedme

članice mogu predvidjeti izuzeće od obveze konsolidacije za financijska holding društva (čl. 5. Sedme smjernice), ako se radi o malim povezanim društvima (čl. 6. Sedme smjernice)<sup>159</sup> i ako se radi o vladajućem društvu koje je istodobno i ovisno društvo nekog drugog društva (čl. 7. i 11. Sedme smjernice).<sup>160</sup> Pojedina ovisna društva je moguće isključiti iz konsolidacije ako to nije od utjecaja na pravedan i istinit prikaz stanja povezanih društava (čl. 13. Sedme smjernice).<sup>161</sup> Ovdje valja ukazati i na Uredbu o primjeni Međunarodnih računovodstvenih standarda (MRS) iz 2002. godine<sup>162</sup> i Uredbu Komisije o primjeni određenih MRS-a iz 2003. godine.<sup>163</sup> Uredba o primjeni MRS-a iz 2002. godine u čl. 4. određuje obvezu svih vladajućih društava na koja se primjenjuju propisi država-

smjernice: a) vladajuće društvo je ono društvo koje ima ovlast ostvarivati prevladavajući utjecaj u drugom društvu (ovisnom društvu) u kojem je istodobno i član društva, na temelju ugovora koji je zaključilo s ovisnim društvom ili na temelju odredbi društvenog ugovora ovisnog društva (poduzetnički ugovor, odnosno društveni ugovor mora biti valjan po pravu koje je mjerodavno za ovisno društvo)(čl. 1. st. 1. t. (c)); b) vladajuće društvo je ono društvo koje je član drugog društva (ovisnog društva) i koje je imenovalo većinu članova upravnog ili nadzornog organa ovisnog društva koji su obnašali dužnosti tijekom poslovne godine, tijekom prethodne poslovne godine i sve do dana izrade konsolidiranog financijskog izvješća, isključivo na temelju prava glasa koje ostvaruje iz svojih udjela u ovisnom društvu (države-članice mogu primjenu ove odredbe uvjetovati držanjem udjela od 20% ili većim udjelom od ukupnog broja glasova članova ovisnog društva)(čl. 1. st. 1. t. (d)(aa)); c) država-članica može zahtijevati od trgovačkog društva na koje se primjenjuje njezino pravo, da izradi konsolidirano financijsko izvješće, ukoliko to društvo (vladajuće društvo) ima udjele u drugom društvu (ovisnom društvu) sukladno čl. 17. Četvrte smjernice EU o godišnjim financijskim izvješćima i ostvaruje prevladavajući utjecaj nad ovisnim društvom ili se vladajućim i ovisnim društvom upravlja na jedinstvenoj osnovi putem uprave vladajućeg društva (čl. 1. st. 2.).

<sup>159</sup> Mala povezana društva su ona kod kojih na dan sastavljanja godišnjeg financijskog izvješća vladajućeg društva zajedno s ovisnim društvima koja treba konsolidirati, na temelju njihovih posljednjih godišnjih financijskih izvješća ne prelaze dva od tri sljedeća uvjeta: 1. iznos bilance nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivu ne prelazi 14.600.000,00 eura, 2. iznos prihoda u 12 mjeseci prije sastavljanja bilance ne premašuje 29.200.000,00 eura, 3. prosjek zaposlenih u 12 mjeseci prije sastavljanja bilance nije veći od 250 osoba (čl. 27. Četvrte smjernice). Ovo izuzeće se ne primjenjuje u slučaju ako je neko od trgovačkih društava koje treba biti obuhvaćeno konsolidacijom uvršteno dioničko društvo (čl. 6. st. 4. Sedme smjernice).

<sup>160</sup> U ovom slučaju izuzeće od konsolidacije je moguće ako sve dionice izuzetog vladajućeg društva drži neko drugo društvo, ili u slučaju ako ono drži 90% udjela izuzetog vladajućeg društva, tada je potrebno pribaviti suglasnost manjinskih dioničara, odnosno članova. Pritom je potrebno da se ostvare i dodatni uvjeti (čl. 7. st. 2.). Ova odredba se ne primjenjuje na uvrštena trgovačka društva (čl. 7. st. 3.).

<sup>161</sup> Čl. 2. sadrži odredbe o uračunavanju udjela vladajućeg društva, a čl. 3. određuje da se konsolidacijom obuhvaćaju sva domaća i inozemna trgovačka društva. Čl. 16.-35. uređuju postupak sastavljanja konsolidiranog financijskog izvješća, čl. 36. izradu konsolidiranog godišnjeg izvješća o stanju povezanih društava, čl. 37. reviziju konsolidiranih financijskih izvješća, a čl. 38-38.a njihovu objavu.

<sup>162</sup> IAS Regulation (EC)1606/2002 concerning the application of international accounting standards on 19 July 2002, European Parliament and the Council.

<sup>163</sup> Commission Regulation (EC) 1725/2003 of 29.9.2003 adopting certain international accounting standards in accordance with Regulation (EC) 1606/2002 of the European Parliament and of the Council (Text with EEA relevance). Tu valja pridodati i sve kasnije uredbe koje je usvojila Komisija EU, a odnose se na primjenu MSFI-a i MRS-a.

članica EU, a čiji su vrijednosni papiri uvršteni na uređena tržišta kapitala u državama-članicama EU, da pripremaju svoja konsolidirana financijska izvješća sukladno međunarodnim računovodstvenim standardima za svaku poslovnu godinu, počevši od 1. siječnja 2005. godine.<sup>164</sup> Na taj način se ujednačava praksa izrade konsolidiranih i godišnjih financijskih izvješća uvrštenih i drugih trgovačkih društava u svim državama-članicama EU te se promiče preglednost i usporedivost financijskih izvješća na unutarnjem i financijskom tržištu EU.<sup>165</sup> Uredba Komisije iz 2003. godine je usvojila odgovarajuće međunarodne računovodstvene standarde koji se primjenjuju u izradi godišnjih financijskih izvješća trgovačkih društava sukladno Uredbi iz 2002. godine, uključujući i Međunarodni računovodstveni standard br. 27., koji uređuje konsolidaciju godišnjih financijskih izvješća povezanih društava (izmijenjena verzija iz 2000. godine).<sup>166</sup>

Smjernica o transparentnosti iz 2004. godine<sup>167</sup> u čl. 9. st. 1. uređuje obvezu pravnih subjekata koji stječu ili otpuštaju dionice društva-izdavatelja koje su uvrštene u kotacije na uređenim tržištima kapitala i koje daju pravo glasa da izvijeste društvo-izdavatelja o svom udjelu u pravu glasa iz dionica društva izdavatelja kada taj udio dostigne, prijeđe ili padne ispod pragova od 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50% i 75%.<sup>168</sup> Pri utvrđivanju udjela koji pripadaju

---

<sup>164</sup> Države-članice mogu dopustiti ili zahtijevati da vladajuća i ovisna društva pripremaju i svoja zasebna godišnja financijska izvješća sukladno MRS-ima, kao i ona trgovačka društva koja nisu uvrstila svoje vrijednosne papire u burzovne kotacije (čl. 5. Uredbe 2002.).

<sup>165</sup> Nadzor nad provedbom ove Uredbe, prihvaćanje međunarodnih računovodstvenih standarda, koordinaciju i međusobno izvještavanje obavlja Komisija EU (čl. 3., 7., 8. i 10. Uredbe 2002.) uz pomoć posebnog stručnog Odbora za računovodstveno uređenje (čl. 6. Uredbe 2002.).

<sup>166</sup> Selbach, Sabine D., *The Harmonization of Corporate Taxation and Accounting Standards in the European Community and their Interrelationship*, Connecticut Journal of International Law, Spring 2003, str. 547-563. Visoka skupina stručnjaka za pravo društava je u svom Izvješću Winter iz 2002. godine također naglasila potrebu poboljšanja transparentnosti povezanih društava kroz izmjene odredbi Sedme smjernice i primjene MRS-a pri izradi konsolidiranih financijskih izvješća u pogledu prikaza financijske transparentnosti. Kada se radi o nefinancijskoj transparentnosti osobito se naglašava potreba, kod uvrštenih dioničkih društava, da se jasno prikaže upravljačka struktura povezanih društava, uzajamni udjeli trgovačkih društava te značajniji sporazumi između dioničara, kako sudionicima na tržištu kapitala, tako i javnosti. Osobito je potrebno naznačiti podatak o ulasku ili izlasku trgovačkog društva iz odnosa povezanosti s drugim trgovačkim društvima.

<sup>167</sup> Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC.

<sup>168</sup> Država-članica nije dužna primjenjivati prag od 30% ako primjenjuje prag od 1/3, odnosno prag od 75% ako primjenjuje prag od 2/3 udjela u pravu glasa (čl. 9. st. 3.). Obveza obavještanja ne postoji u odnosu na one dionice koje se stječu za potrebe obračuna i poravnanja u uobičajenom kratkom roku poravnanja i za one dionice koje imaju skrbnici, uz uvjet da ti skrbnici mogu ostvarivati pravo glasa iz dionica samo na temelju uputa koje su im dane u pisanom ili elektronskom obliku (čl. 9. st. 4.), kao i u slučaju ako stvaratelj tržišta (*market maker*) u ulozu stvaratelja tržišta (brokerska društva, banke) stječe ili otpušta udio koji dosiže ili prelazi prag od 5% uz uvjet da ima ovlast od strane svoje matične države-članice te da ne utječe na upravljanje društva-izdavatelja niti

stjecatelju računavaju se i oni udjeli koje za račun stjecatelja drže treće osobe, banke-skrbnici, investicijski fondovi, punomoćnici i dr. (čl. 10. Smjernice o transparentnosti). Stjecatelj je dužan dostaviti obavijest društvu-izdavatelju u roku od 4 radna dana koji se računa od dana saznanja za stjecanje, odnosno otpuštanje dionica ili saznanja za mogućnost ostvarivanja prava glasa, odnosno dana kada je s obzirom na okolnosti mogao saznati za to, neovisno o danu kada stjecanje, odnosno otpuštanje, ili ostvarivanje prava glasa iz dionica stvara pravne učinke (čl. 12. st. 2. Smjernice o transparentnosti).<sup>169</sup> Društvo-izdavatelj nakon primitka obavijesti mora u roku od 3 radna dana objaviti sadržaj obavijesti (čl. 12. st. 6. Smjernice o transparentnosti).<sup>170</sup> Obveza obavještanja postoji i u odnosu na imatelje financijskih instrumenata koji daju pravo na stjecanje dionica (opcije, zamjenjive obveznice), neovisno o tome drže li ih izravno ili posredno (čl. 13. st. 1. Smjernice o transparentnosti). Na taj način Smjernica o transparentnosti osigurava učestalije obavještanje o stjecanju kvalificiranih udjela, skraćuje rokove za davanje obavijesti i njezinu objavu te regulira slučajeve stjecanja derivativnih financijskih instrumenata i slučajeva kada dionice drže treće osobe za račun stjecatelja.

## **7. Zaključak**

Preglednost odnosa povezanih društava predstavlja temelj zaštite manjinskih dioničara u ovisnim društvima i njihovih vjerovnika. Ona je korisna i za članove vladajućeg društva i njegovu upravu kako bi se upoznali s uspješnosti poslovanja povezanih društava, kao i za potencijalne ulagatelje i druge sudionike tržišta kapitala. Hrvatska, Slovenija i Njemačka spadaju u skupinu država koje imaju posebne odredbe o povezanim društvima pa tako i obvezu obavještanja o stjecanju kvalificiranih udjela u domaćim društvima kapitala te obvezu izrade izvješća o ovisnosti. S druge strane Francuska i Velika Britanija nemaju posebnih odredbi o povezanim društvima, ali su putem računovodstvenog i burzovnog prava razvile pravila o konsolidaciji godišnjih financijskih izvješća povezanih društava i obvezi izvještanja o stjecanju kvalificiranih udjela u uvrštenim dioničkim društvima. U Europskoj uniji se njemački model uređenja povezanih društava pokazao neprihvatljivim, pa je naglasak dan na transparentnosti povezanih društava kroz konsolidirana financijska izvješća (Sedma smjernica

---

utječe na društvo-izdavatelja da kupi takve dionice ili na utvrđivanje cijena dionica (čl. 9. st. 5.). Pri računanju tih udjela država-članica može odrediti da se neće računavati oni udjeli koje drže investicijska društva i kreditne institucije uz uvjet da udio u pravu glasa nije veći od 5%, te da investicijska društva i kreditne institucije zajamče da neće ostvarivati pravo glasa iz tih dionica ili na drugačiji način utjecati na upravljanje društvom-izdavateljem (čl. 9. st. 6.).

<sup>169</sup> Ako je stjecatelj trgovačko društvo koje je ovisno društvo, a potrebnu je obavijest dalo njegovo vladajuće društvo, ono će biti oslobođeno od obveze davanja obavijesti (čl. 10. st. 3.).

<sup>170</sup> Država-članica može osloboditi društvo-izdavatelja te obveze ako objavu obavlja nadležni državni organ (npr. Agencija za nadzor financijskih usluga) u istom roku (čl. 12. st. 7.)

EU) i obvezu obavještavanja o stjecanju kvalificiranih udjela u uvrštenim dioničkim društvima (Smjernica o transparentnosti). Ta se dva sustava upotpunjuju te se kroz primjenu Međunarodnih računovodstvenih standarda osigurava jednoobraznost financijskih izvješća povezanih društava i mogućnost njihovog uvrštenja u kotacije inozemnih burzi. Kada se radi o hrvatskom pravu valja ukazati na potrebu usklađivanja odredbi Zakona o tržištu vrijednosnih papira o obvezi obavještavanja o stjecanju/otpuštanju kvalificiranog udjela u uvrštenim dioničkim društvima sukladno odredbama Smjernice o transparentnosti, te potrebu zakonskog reguliranja konsolidacije godišnjih financijskih izvješća sukladno odredbama Sedme smjernice. Također je potrebno prevesti i objaviti Međunarodne standarde financijskog izvještavanja čija je primjena obvezna za velika trgovačka društva, banke, osiguravajuća društva, financijske institucije i uvrštena dionička društva sukladno Zakonu o računovodstvu.

### *Kratice*

<b>AktG</b>	Aktiengesetz	<b>ZGD</b>	Zakon o gospodarskih družbah
<b>CA 1985</b>	Companies Act 1985	<b>ZHANFU</b>	Zakon o Hrvatskoj agenciji za nadzor financijskih usluga
<b>EEA</b>	European Economic Area	<b>ZPre</b>	Zakon o prevzemih
<b>EU</b>	Europska unija	<b>ZTD</b>	Zakon o trgovačkim društvima
<b>HGB</b>	Handelsgesetzbuch	<b>ZTVP</b>	Zakon o tržištu vrijednosnih papira
<b>MRS</b>	Međunarodni računovodstveni standardi	<b>WpHG</b>	Wertpapierhandelsgesetz
<b>MSFI</b>	Međunarodni standardi financijskog izvještavanja		

### Summary

## TRANSPARENCY OF GROUPS OF COMPANIES

Transparency of groups of companies is a prerequisite for appropriate protection of minority shareholders and creditors of subsidiaries. It also serves as a good source of information for members and management of parent-company, potential investors and other participants on capital market. Special attention is given to public companies which collect capital on different national capital markets. Application of the International Accounting Standards guarantees uniformity of annual accounts of groups of companies.

**Key words:** *groups of companies, transparency, consolidated accounts, International Accounting Standards (IAS), Croatia, Europe.*

## Zusammenfassung

**TRANSPARENZ DER BEZIEHUNGEN VERBUNDENER  
GESELLSCHAFTEN**

Übersichtlichkeit der Beziehungen verbundener Gesellschaften ist die Voraussetzung für den entsprechenden Schutz der Minderheitsaktionäre und Gläubiger der abhängigen Gesellschaften, für gute Informiertheit der Mitglieder und Verwaltung der herrschenden Gesellschaft über den Erfolg der verbundenen Gesellschaften sowie möglicher Investitoren und anderer Teilnehmer auf dem Kapitalmarkt. Dabei wird die kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaft besonders betont, die das Kapital auf verschiedenen nationalen Kapitalmärkten besorgt. Es kommt die Anwendung Internationaler Buchführungsstandards zum Ausdruck, durch die die Einheitlichkeit der Ausarbeitung von Finanzberichten verbundener Gesellschaften gesichert ist.

*Schlüsselwörter:* verbundene Gesellschaften, Transparenz, konsolidierte Finanzberichte, Internationale Buchführungsstandards, Kroatien, Europa.

## Sommario

**TRASPARENZA DEI RAPPORTI DELLE SOCIETÀ  
COLLEGATE**

La trasparenza dei rapporti delle società collegate è prerequisite per l'adeguata tutela di azionisti di minoranza e creditori delle consociate. Serve altresì come buona fonte di informazione per membri e dirigenti di società collegate, come per potenziali investitori e altri partecipanti al mercato di capitali. Particolare attenzione è data alle società pubbliche che raccolgono capitali su differenti mercati di capitali nazionali. L'applicazione degli Standard contabili internazionali garantisce l'uniformità dei bilanci annuali delle società collegate.

*Parole chiave:* società collegate, trasparenza, bilanci finanziari consolidati, Standard contabili internazionali, Croazia, Europa.

## UNMITTELBARE DRITTWIRKUNG DER ARBEITNEHMERFREIZÜGIGKEIT

Mr. sc. Emilia Čikara,  
znanstvena novakinja - asistentica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 342.737(4-67EU)  
Ur.: 5. rujna 2006.  
Pr.: 22. studenog 2006.  
Pregledni znanstveni članak

### *Učinak prema trećima u okviru slobode kretanja radnika\**

*U okviru temeljnih sloboda Europske zajednice u posljednje vrijeme se učestalo raspravlja o tomu, može li sloboda kretanja radnika imati "učinak prema trećima". Postavlja se pitanje uolikoj mjeri slobode kretanja osoba pored toga što štite pojedince u odnosu na mjere država članica i Europske zajednice, pružaju zaštitu i u odnosu na druge privatne osobe. Privatne osobe mogu nametati ograničenja u gospodarskom djelovanju na zajedničkom tržištu na isti način kao i same države članice, te tako narušiti temeljne gospodarske slobode. Pojam "učinka prema trećima" definira se kao "djelovanje temeljnih gospodarskih sloboda između dviju privatnih osoba koje autonomno posluju". Temeljem odredaba o slobodi kretanja radnika Ugovora o Europskoj zajednici, koje djeluju vertikalno i neposredno u nacionalnom pravnom poretku, privatne se osobe pred nacionalnim sudovima mogu pozivati protiv radnji država članica. Priznanje "učinka prema trećima" u okviru slobode kretanja radnika imalo bi za posljednicu otvaranje iste mogućnosti radniku, koji se pred nacionalnim sudom želi pozvati protiv mjera privatnih udruženja i saveza, odnosno prihvaćanje stajališta prema kojem i privatne osobe mogu biti adresatima temeljnih gospodarskih sloboda. S obzirom da pitanje, može li i pod kojim uvjetima sloboda kretanja radnika neposredno djelovati i u odnosima između privatnih osoba, spada među trenutno najspornija u okviru europskog prava, ovaj ga rad nastoji detaljnije pojasniti. Radi što boljeg uvida u navedenu problematiku prikazan je doprinos sudske prakse Europskog suda pravde te stajalište doktrine.*

**Ključne riječi:** *učinak prema trećima, sloboda kretanja radnika, opća zabrana ograničenja, zabrana diskriminacije.*

\* Der folgende Beitrag basiert auf einer Seminararbeit, die die Verfasserin im Sommersemester 2004/2005 bei Dr. Jürgen Brohmer am Europa Institut der Universität des Saarlandes anfertigt hat.



## A. Unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

### I. Problemstellung

Das Problem der "unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit" hat in letzter Zeit eine außerordentliche Bedeutung im Rahmen der Personenverkehrsfreiheiten bekommen. Inwieweit die Personenverkehrsfreiheiten den Einzelnen nicht nur vor Maßnahmen der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft schützen, sondern ebenso im Verhältnis gegenüber anderen Privatpersonen wirken ist höchst umstritten. Eine wichtige Rolle im Arbeitsleben spielen bestimmte Beschränkungen der Freizügigkeit durch Private<sup>1</sup>. Der grenzüberschreitende Verkehr und damit auch die Grundfreiheiten können durch Private behindert werden, wobei die Beschränkungen durch Private nicht weniger effektiv als solche, die von den Mitgliedstaaten ausgegangen sind, sein können und die wirtschaftliche Betätigung auf dem Gemeinsamen Markt beeinträchtigen können.<sup>2</sup>

Der Begriff der "Drittwirkung" wird "als die Wirkung der Grundfreiheiten zwischen zwei autonom handelnden Privaten definiert".<sup>3</sup> Die Bindung Privater an die Grundfreiheiten wird durch unterschiedliche Begriffe kenngzeichnet wie z.B. Horizontalwirkung der Grundfreiheiten, unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, individualverpflichtende Wirkung, oder wie in deutscher Literatur, in Anlehnung an das deutsche Verfassungsrecht, als "Drittwirkung".<sup>4</sup> Hierunter ist die horizontale unmittelbare Drittwirkung zu verstehen, in der das Gemeinschaftsrecht einem Privaten Rechte oder Pflichten auferlegt, die er im Verhältnis zu anderen Bürgern zu beachten hat.<sup>5</sup> Die "Drittwirkung" umfasst einerseits jede Wirkung, die nicht nur die Vertragsparteien der EG-Vertrag betrifft, und andererseits die Wirkung des Gemeinschaftsrechts zwischen autonom handelnden Privaten.<sup>6</sup>

Wie oben schon erwähnt, haben die Arbeitnehmersfreizügigkeitsbestimmungen die vertikale unmittelbare Wirkung in der nationalen Rechtsordnung, bzw. können sich die Privatpersonen auf sie vor nationalen Gerichten gegen die Handlungen des Mitgliedstaates berufen. Die Frage der horizontalen unmittelbaren Drittwirkung, d.h. ob sich der Kläger in einem privatrechtlichen Rechtsstreit vor einem nationalen Zivilgericht unmittelbar auf eine Grundfreiheit berufen kann, kann oft nur durch eine Vorlage an den EuGH nach Art. 234 EGV geklärt werden.

<sup>1</sup> Unter "Privaten" werden nur diejenigen natürlichen und juristischen Personen verstanden, die nicht als Teil eines Mitgliedstaates anzusehen sind.

<sup>2</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-112/00, Sgl. 2003., I-5659, Rdnr. 5694 ff. (*Schmidberger*) der Fall in dem sich das Bedürfnis der Mitgliedstaaten an klaren Vorgaben für Umgehung mit privatrechtliche Beschränkungen der Grundfreiheiten gezeigt hat.

<sup>3</sup> *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2000, S. 219.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, 2005, S. 18.

<sup>5</sup> *Ganten*, (Fn. 3), S. 23.

<sup>6</sup> *Ibid.*, vgl. die Auslegung in deutscher Grundrechtsterminologie.

Mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit verbundene Rechte schützen in erster Linie gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten.<sup>7</sup> Ob sich der Arbeitnehmer hierauf auch gegen Maßnahmen privater Vereinigungen und Verbände berufen kann, bzw. ob Private als Adressaten der Marktfreiheiten angesehen werden können, ist ziemlich umstritten. Dies hätte zur Folge, dass dann einfache zivilrechtliche Verträge zwischen Privaten gegen den EG-Vertrag verstoßen könnten, sobald ein solcher Vertrag die Arbeitnehmerfreizügigkeit verhinderte.<sup>8</sup>

Im heutigen Alltag des Arbeitslebens sind wir ständig Zeugen von unangenehmen Situationen in denen z.B. passiert, dass die Transferregeln eines nationalen Sportverbandes die einzelnen Spieler daran hindern, einen Arbeitsvertrag mit einem Sportclub in einem anderen EG-Mitgliedstaat zu schließen. In solchen Situationen spricht das berechtigte Interesse des Spielers zugunsten der Überprüfung am Maßstab des Art. 39 EG, weil gegen der Überprüfung eine Beschränkung der Privatautonomie des Verbandes und die unternehmerische Gestaltungsfreiheit sprechen. Weiterhin müssen die Rügen von EG-Mitgliedstaaten im Hinblick auf Einschränkungen ihrer Regelungskompetenzen immer in Betracht gezogen werden.

In Anbetracht dessen, dass die Frage ob und unter welchen Voraussetzungen die Arbeitnehmersfreizügigkeit auch zwischen Privaten die unmittelbare Drittwirkung entfalten konnte, zu den derzeit umstrittensten im Europarecht zählt, wird sie in dieser Arbeit näher behandelt. Um eine detaillierte Einsicht in die Problematik zu bekommen, wird ferner die Entwicklung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften dargestellt und eine Übersicht der theoretischen Meinungsstand in der Literatur gegeben.

## ***B. Rechtsprechung des EuGH***

Zu der Problematik der Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit hat der EuGH eine eigene Stellungnahme genommen und sie im Rahmen seiner Gerichtspraxis entwickelt. Der EuGH hat in seiner neueren Rechtsprechung die Garantie der Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit anerkannt.<sup>9</sup> Dabei ist er

---

<sup>7</sup> Das gleiche gilt für die Freizügigkeit von Waren, Dienstleistungen und des Zahlungsverkehrs. Ob die Grundfreiheiten auch zwischen Privaten wirken, ist letztlich noch wenig geklärt; siehe auch EuGH, Rs. C-249/81, Slg. 1982, 4005, Rdnr. 6 ff. (*Kommission/Irland*).

<sup>8</sup> Möllers, Doppelte Rechtsfortbildung contra legem? Zur Umgestaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches durch den EuGH und nationale Gerichte, EuR 1998, Heft I, S. 34.

<sup>9</sup> EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959, Rdnr. 24 ff. (*Kommission/Frankreich*); vgl. hierzu *Michaelis*, Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten – Zum Fall *Angonese*, NJW 2001, Heft 25, S. 1841: "So führte er etwa im so genannten Tonträger-Urteil aus, das ein Gemeinsamer Markt nicht zu erreichen sei, "wenn Privatpersonen auf Grund der verschiedenen Rechtssysteme der Mitgliedstaaten die Möglichkeit hätten, den Markt aufzuteilen und willkürliche Diskriminierungen oder verschleierte Beschränkungen im Handel zwischen den Mitgliedstaaten herbeizuführen". Später formulierte er noch deutlicher: "Vereinbarungen zwischen Privaten dürfen in keinem Fall von den zwingenden Bestimmungen des Vertrags über den freien Warenverkehr abweichen".

in seiner Auslegung sehr weit gegangen und hat erstmals das Diskriminierungsverbot des Art. 39 Abs. 2 EG gegenüber dem Verhältnis zwischen einzelnen Privaten angewendet.<sup>10</sup>

Der Beitrag des Gerichtshofes zu dieser Problematik ist von großer Bedeutung für den Rechtsschutz der Privaten. Die Ausnutzung wirtschaftlicher Übermacht, wie z.B. von starken privaten Vereinigungen und Verbänden stellt oftmals eine Gefährdung des Wohls des Arbeitnehmers dar. In seiner Rechtsprechung, die er über einen längeren Zeitraum entwickelt hat, versuchte der EuGH die Gewährleistung der Rechte aus Art. 39 EG stärker zu positionieren und den Arbeitnehmern einen effizienten Schutz zu gewährleisten.<sup>11</sup>

Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH betreffend die Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird zunächst durch die relevante Rechtsprechung des EuGH dargestellt.

### ***I. Erstes Urteil zur unmittelbaren Drittwirkung: Das Urteil Walrave und Koch***

In der Rechtsache *Walrave und Koch*<sup>12</sup> hat der Gerichtshof zum ersten Mal entschieden, dass eine privatrechtliche Vereinigung als Adressat der Arbeitnehmerfreizügigkeit angesehen werden kann. Die Voraussetzung hierfür ist, dass die Maßnahmen privater Vereinigungen kollektive Regelungen sind, die in ihrer Wirkung staatlichen Regelungen vergleichbar sind.<sup>13</sup> Dem Fall lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die niederländischen Staatsbürger *Walrave* und *Koch* nahmen regelmäßig gegen entsprechende Bezahlung als Schrittmacher an Bahnradrennen teil. Die Verträge schlossen sie entweder mit den Rennfahrern selbst oder den Sportverbänden ab. Im Jahre 1973 änderte der Dachverband der nationalen Radsportverbände die Regeln derart ab, dass zur Teilnahme an der Weltmeisterschaft nur die Mannschaften berechtigt waren, bei denen Schrittmacher und Radrennfahrer dieselbe Nationalität hatten. *Walrave* und *Koch* hielten die Rechtsvorschriften für gemeinschaftswidrig und erhoben Klage gegen den Dachverband.<sup>14</sup>

Der EuGH hat die unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit bejaht und festgestellt, es stehe "außer Frage, dass Artikel 48 (jetzt: Art. 39 EG), der für unselbständige Erwerbstätigkeiten die Abschaffung jeder auf der

---

In der nachfolgenden Judikatur stellte der EuGH aber unmissverständlich klar, dass der Warenverkehrsfreiheit doch keine unmittelbare Drittwirkung zukommen solle, Adressaten also weiterhin allein die Mitgliedstaaten sein sollen."

<sup>10</sup> EuGH, Rs. C-281/98, Slg 2000, I-4139, Rdnr. 30 ff. (*Angonese*).

<sup>11</sup> Vgl. hierzu *Michaelis*, (Fn. 9), S. 1841.

<sup>12</sup> EuGH, Rs. C-36/74, Slg 1974, 1405, Rdnr. 16 ff. (*Walrave*).

<sup>13</sup> *Ibid.*, der EuGH formulierte damals "das Verbot der unterschiedlichen Behandlung gilt nicht nur für Akte der staatlichen Behörden, sondern erstreckt sich auch auf sonstige Maßnahmen, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten."

<sup>14</sup> Vgl. hierzu *Craig/de Burca*, EU Law, 3. Aufl. 2002, S. 702 ff.

Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung vorschreibt, gleichermaßen Verträge und sonstige Vereinbarungen erfasst, die nicht von staatlichen Stellen herrühren".<sup>15</sup> Aufgrund des "effet utile" Grundsatzes ist der EuGH zu dem Beschluss gekommen, "dass die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit gefährdet wäre, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse zunichte gemacht werden könnte, die sich daraus ergeben, dass nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen von ihrer rechtlichen Autonomie Gebrauch machen"<sup>16</sup>. Ferner soll die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts sichergestellt werden, die durch die Beschränkung des Diskriminierungsverbotes nur auf behördliche Maßnahmen, nicht erreichbar würde. Da die Arbeitsbedingungen in den Mitgliedstaaten durch Gesetze, Regelungen und Arbeitsverträge unterschiedlich geregelt sind, könnte eine Beschränkung des Diskriminierungsverbotes des Art. 39 EG auf staatliche Maßnahmen einen breiten Weg für ungleiche Anwendung öffnen.<sup>17</sup>

## **II. Ausbau der unmittelbaren Drittwirkung zum allgemeinen Beschränkungsverbot: Das Urteil *Bosman***

In der Rechtssache *Bosman* hat der EuGH seine Rechtsprechung zur unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit bestätigt und ebenso ausgeweitet.<sup>18</sup> Dem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Herr *Bosman*, ein belgischer Berufsfußballspieler, verklagte einen Fußballclub der ersten belgischen Liga, den belgischen Fußballverband und die UEFA auf Schadenersatz. Der Vermögensschaden ist ihm dadurch entstanden, dass sein Transfer von seinem ehemaligen Arbeitgeber zu einem französischen Club von

<sup>15</sup> ECR, 61999J0309, I-01577, S. 21, Rdnr. 120.

<sup>16</sup> *Michaelis*, (Fn. 9), S. 1841.

<sup>17</sup> Vgl. *Schütz/Bruha/König*, Casebook Europarecht, S. 666; In zwei folgenden gleichgelagerten Fällen EuGH, C-Rs. 13/76, Slg. 1976, 1333, 1340 ff. (*Gaetano Donà./Mario Mantero*) und EuGH, C-Rs. 251/83, Slg. 1984, 4277 ff. (*Eberhard Haug-Adrion./Frankfurter Versicherungs AG*) bestätigte der EuGH sein Ziel alle Maßnahmen, die auf dem Gebiet der Arbeitnehmerfreizügigkeit diskriminierend wirken, zu beseitigen. In der Rechtssache *Donà/Mantero* überprüfte der EuGH die Anwendbarkeit des Art. 39 EG auf eine von einer privatrechtlichen Vereinigung (Sportverband) erlassene kollektive Regelung. Im Fall *Haug-Adrion* waren Prüfungsgegenstand allgemeine Versicherungsbedingungen eines privaten KfZ-Haftpflichtversicherers.

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 82 (*Bosman*); Vgl. hierzu *Matthies*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 30 EGV Rdnr. 5: "Es wird deshalb zum Teil angenommen, eine Wirkung der Grundfreiheiten zulasten Privater könne nur angenommen werden, wenn diese anstelle des Staates handeln, so wenn sie Recht setzten oder sich quasi-staatliche Gewaltbefugnisse anmaßen. Im *Bosman*-Fall könne man dies bejahen, weil die Sportverbände die Transfer- und Ausländerklausel quasi-rechtlich aufgestellt hätten. Eine Wirkung zulasten der Verbände sei interessengerecht, weil es ansonsten der Staat in der Hand hätte, durch private Organisationsstrukturen die Grundfreiheiten zu umgehen. Diese Argumentation trifft zwar zu. Die Drittwirkung der Grundfreiheiten aber nur auf staatsähnliches Handeln ausdehnen zu wollen, ist als zu eng abzulehnen".

ersterem schuldhaft verhindert worden war. Das belgische Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob die mit den Transferregelungen und der Ausländerklausel<sup>19</sup> verbundenen Beschränkungen der Freizügigkeit von Profifußballern mit Art. 39 EG vereinbar seien.<sup>20</sup>

In seiner Erwägung hat der EuGH zunächst das Grundrecht der Privatautonomie des Sportverbandes der Arbeitnehmerfreizügigkeit gegenübergestellt,<sup>21</sup> und ist zum Beschluss gekommen, dass die von den Sportverbänden aufgestellten Regeln nicht erforderlich sind, "um die Ausübung dieser Freiheit durch die genannten Verbänden, die Vereine oder die Spieler zu gewährleisten".<sup>22</sup> Die unmittelbare Drittwirkung hat er mit mehreren Argumenten unterstützt. Einerseits hat er sich auf den obig erwähnten "effet utile" Grundsatz berufen und andererseits auf den Grundsatz der einheitlichen Wirkung hingewiesen. Danach hat sich der EuGH mit dem Einwurf der UEFA befasst, die vorgeworfen hat, dass die Rechtfertigungsgründe des Art. 39 Abs. 3 EG auf Mitgliedstaaten zugeschnitten sind und auf Private nicht passen. Der EuGH hat sie mit der Erklärung abgelehnt, dass der öffentliche oder private Charakter der betreffenden Regeln keinen Einfluss auf die Tragweite oder den Inhalt dieser Rechtfertigungsgründe hat.<sup>23</sup> Ferner hat der EuGH ausgeführt, dass die Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit auch von Privatpersonen geltend gemacht werden könnten.<sup>24</sup>

Eine der wichtigsten Konsequenzen des *Bosman* Urteils für die unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 39 EG vom Diskriminierungsverbot zum allgemeinen Beschränkungsverbot, die grundsätzlich alle Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit verbietet und für kollektive Regelungen gelten soll.<sup>25</sup> Das Hauptargument dafür war, dass im Gegensatz zu den Ausländerklauseln bei den Transferregeln weder eine offene noch eine versteckte Diskriminierung eindeutig festgestellt werden konnte. Aus dieser Gründen hat der EuGH seine Drittwirkung-

<sup>19</sup> Gemäß den Transferregelungen durfte eine Beschäftigung bei einem neuen Fußballverein erst nach Zahlung einer Ablösesumme erfolgen; die Ausländerklausel begrenzte der Zahl der ausländischen Spieler bei Meisterschaftsspielen auf drei.

<sup>20</sup> Vgl. *Schütz/Bruha/König*, (Fn. 17), S. 643.

<sup>21</sup> EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 79 (*Bosman*).

<sup>22</sup> *Ibid.*, Rdnr. 80 ff.; in der Literatur bestehen die Vorwürfe, dass die Vereinigungsfreiheit zu wenig berücksichtigt wurde.

<sup>23</sup> *Ibid.*, Rdnr. 86; *Preedy*, (Fn. 4), S. 48.

<sup>24</sup> *Ibid.*, Rdnr. 86; a.A. *Ehlers*, Die Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrecht (Teil I), Jura 2001, Heft 4, S. 274: "Ob diese Gründe auch von Privatpersonen geltend gemacht werden können (wie der EuGH annimmt), ist sehr zweifelhaft, da Private andere Zwecke als die Träger von Staatsgewalt verfolgen".

<sup>25</sup> *Costello*, Market Access All Areas – The Treatment of Non-discriminatory Barriers to the Free Movement of Workers, Legal Issues of Economic Integration 2000, S. 269 ff.; vgl. *Schütz/Bruha/König*, (Fn. 17), S. 644.

Judikatur auf unterschiedslos wirkende Maßnahmen erstreckt.<sup>26</sup> Deswegen kann ferner nicht vertreten werden, dass die anderen Urteile auf der Verordnung 1612/68 beruhen, da ihr Art. 7 Abs. 4 nur diskriminierende Arbeits- und Vertragsbedingungen regelt.

### **III. Die Ausweitung der unmittelbaren Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes auf einzelne Privatpersonen: Das Urteil *Angonese***

Das *Angonese*<sup>27</sup> Urteil stellt einen großen Schritt weiter in dem Ausbau der Rechtsprechung der EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar. Dem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Herr *Angonese*, italienischer Staatsangehöriger deutscher Muttersprache, hat in Österreich ein Studium absolviert. Danach bewarb er sich auf die Ausschreibung einer privaten Bank in Bozen, in der verlangt wurde, dass man das Beherrschen der deutschen und der italienischen Sprache mit einer Bescheinigung der öffentlichen Verwaltung in Bozen beweist (Zweisprachigkeitsnachweis). Da *Angonese* den Zweisprachigkeitsnachweis nicht beibringen konnte, wurde seine Bewerbung abgewiesen, obwohl er vollkommen zweisprachig ist. *Angonese* ist der Auffassung, dass die Nachweispflicht gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verstößt.<sup>28</sup>

Zunächst musste der EuGH das Bestehen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 39 Abs. 2 EG überprüfen. Solchen Verstoß hat er in der Vorlageverpflichtung des Zweisprachigkeitsnachweises der Provinz Bozen durch die Staatsangehörige aus anderen Mitgliedstaaten gefunden, wodurch diese gegenüber den Einwohnern der Provinz Bozen benachteiligt wurden, da es ihnen schwerer war diesen Nachweis zu besorgen.<sup>29</sup>

Der Gerichtshof hat in dieser Rechtssache das Diskriminierungsverbot des Art. 39 Abs. 2 EG auf einzelne Privatpersonen ausgeweitet.<sup>30</sup> Die bisherige inhaltliche Beschränkung der Drittwirkung der Grundfreiheit auf den Bereich den kollektiven Regelungen ist aufgegeben worden, was als die Folge gehabt hat, dass sich auch privatautonome Verträge und sonstige private Vereinbarungen an

---

<sup>26</sup> EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 96 (*Bosman*): "Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen daher Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden (...)".

<sup>27</sup> EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rdnr. 40 (*Angonese*).

<sup>28</sup> *Arndt*, Europarecht, 7. Aufl. 2004, S. 145.

<sup>29</sup> EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rdnr. 40 (*Angonese*).

<sup>30</sup> *Streinz*, Rechtsprechungsübersicht, Unmittelbare Drittwirkung der freizügigkeit der Arbeitnehmer in Individualarbeitsverträgen, JuS 2000, Heft 11, S. 1112: "Die entscheidende Aussage des EuGH ist die, dass in Art. 39 EG ausgesprochene Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit auch für, d.h. gegenüber Privatpersonen gelte."; vgl. auch *Lane/Shuibhne*, Case Law, Case C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, Judgment of 6 June 2000, CMRL 37, 2000, S. 1240.

dem Maßstab des Art. 39 EG messen lassen werden. Der EuGH war der Auffassung, dass das Diskriminierungsverbot nicht nur auf die behördlichen Maßnahmen begrenzt werden kann, da die Arbeitsbedingungen in verschiedenen Mitgliedstaaten "teilweise durch Gesetze oder Verordnungen und teilweise durch von Privatpersonen geschlossene Verträge oder sonstige von ihnen vorgenommene Akte geregelt sind", was zu ihrer ungleichen Anwendung führen könnte. Ferner hat der EuGH festgestellt, "dass die Tatsache, dass bestimmte Vertragsvorschriften ausdrücklich die Mitgliedstaaten ansprechen, nicht ausschließt, dass zugleich allen an der Einhaltung der so umschriebenen Pflichten interessierten Privatpersonen Rechte verliehen sein können".<sup>31</sup>

Jedoch war der Generalanwalt Fenelly anderer Meinung,<sup>32</sup> und hatte einen Zweisprachigkeitsnachweis als unterschiedslos wirkende Maßnahme angesehen.<sup>33</sup> Hätte der Gerichtshof den Zweisprachigkeitsnachweis ebenso als unterschiedslos wirkende Maßnahme angesehen, würde dies die Bindung einzelner Privater an das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG zur Folge haben. Allerdings sind die Privaten immernoch nur als Adressaten des Diskriminierungsverbots anzusehen.<sup>34</sup>

#### ***IV. Exkurs: Die unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Hinblick auf die Konvergenz der Grundfreiheiten***

Eine wichtige Rolle in der Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit spielt das sog. Konvergenzprinzip der Grundfreiheiten. Der Grundsatz der Konvergenz der Grundfreiheiten stellt eine einheitliche Dogmatik der Grundfreiheiten, nachdem der EuGH von einer gemeinsamen Grundstruktur der Grundfreiheiten von Tatbestands-, Eingriffs- und Schrankebene ausgeht.<sup>35</sup> Der Gedanke einer Konvergenz der Grundfreiheiten besteht darin, dass alle Grundfreiheiten durch den EuGH mittlerweile als

<sup>31</sup> EuGH, Rs. 281/98, Slg 2000, I-4139, Rdnr. 33, 34 (*Angonese*).

<sup>32</sup> Vgl. *GA Fenelly*, Slg. 2000 I, 4139 ff. (*Angonese*); vgl. *Streinz/Leible*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, S. 459 (460 f.).

<sup>33</sup> Vgl. *Schütz/Bruha/König*, (Fn. 17), S. 639: Unterschiedslos wirkende Maßnahme oder "die versteckte bzw. mittelbare Diskriminierung ist dadurch gekennzeichnet, dass sich die Rechtsvorschriften, die unterschiedslos auf alle betroffenen Personen – Inländer wie Ausländer – angewendet werden, faktisch besonders nachteilig auf die Gruppe der Arbeitnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat auswirken".

<sup>34</sup> *Streinz*, (Fn. 30), S. 1111 ff.: "Analysiert man die knappe Begründung des EuGH, so stützt er dies auf den Wortlaut der Vorschrift der eine unmittelbare Anwendbarkeit nicht ausschließt, den Gedanken des *effet utile*, die Wahrung der einheitlichen Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts und auf die Parallele zu Art. 12 und Art. 141 EG".

<sup>35</sup> *Schleper*, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten?, Göttinger Online - Beiträge zum Europarecht Institut für Völkerrecht – Abteilung Europarecht der Georg-August-Universität Göttingen, Nr. 16, 2004, S. 42; <http://www.duessellaw.de/europarkoenigharatsch.htm> (17. 02. 2006).

Freiheitsrechte interpretiert werden und "sie alle gemeinsam der Absicherung des Binnenmarktes dienen, mithin eine gleiche Finalität aufweisen".<sup>36</sup>

Jedoch ist der EuGH von dieser Ansicht in seiner Rechtsprechung zu der unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit abgewichen.<sup>37</sup> Im Rahmen des freien Warenverkehrs ist die Entscheidung zum Fall *Agrarblockade*<sup>38</sup> ergangen, bei dem der EuGH die unmittelbare Drittwirkung durch sog. "grundfreiheitliche Schutzpflicht"<sup>39</sup> ersetzt hat. Die grundfreiheitliche Schutzpflicht verpflichtet die Mitgliedstaaten alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um den Gemeinsamen Markt von beeinträchtigenden Handlungen Privater freizuhalten.<sup>40</sup> Jedoch hat der EuGH im Urteil *Lehtonen*<sup>41</sup>, das zur Arbeitnehmerfreizügigkeit gleich danach ergangen ist, die unmittelbare Drittwirkung und die Anwendbarkeit des allgemeinen Beschränkungsverbot auf kollektive Regelungen wiederum bejaht.<sup>42</sup> Im Endergebnis stehen die unmittelbare Drittwirkung und die Schutzpflicht nebeneinander.

## V. Zusammenfassung der Rechtsprechung

Der EuGH hat die unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in seiner Rechtsprechung deutlich bejaht und folglich mehrmals bestätigt, dass

---

<sup>36</sup> Vgl. auch *Koenig/Haratsch*, Europarecht, 2. Aufl. 1998, Rdnr. 572; *Herdegen*, Europarecht, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 282; *Eberhartinger*, Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, EWS 1997, S. 43 (48); *Behrens*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1992, S. 145; *Mortelmans*, Towards a convergence of the application of the rules on free movement and competition?, [https://dspace.library.uu.nl:8443/bitstream/1874/7217/1/article\\_print32.html](https://dspace.library.uu.nl:8443/bitstream/1874/7217/1/article_print32.html) (16. 02. 2006).

<sup>37</sup> *Schleper*, (Fn. 35), S. 42: "Auf der Tatbestandsebene steht vor allem die Rechtsprechung des EuGH zur Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit einer Konvergenz der Grundfreiheiten entgegen, wobei der Keck-Gedanke auf alle Grundfreiheiten übertragen werden kann und so die Reichweite als Beschränkungsverbote bestimmt. Im Bereich der Rechtfertigung ist die allgemeine Linie zur Aufgabe der Unterscheidung zwischen versteckter Diskriminierung und materiell unterschiedsloser Regelung erkennbar."

<sup>38</sup> EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959, Rdnr. 24 ff. (*Kommission/Frankreich*).

<sup>39</sup> *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil/Epiney*, Die Europäische Union, 5. Aufl. 2001, S.410: "In Bezug auf Verhinderungen des freien Warenverkehrs durch französische Landwirte stellte der EuGH fest, dass Art. 28 i.V.m. Art. 10 EG auch dann Anwendung finden könne, wenn es um nicht auf den Staat zurückgehende Beeinträchtigungen des innergemeinschaftlichen Handels geht, dieser aber keine Maßnahmen zu deren Verhinderung ergreift".

<sup>40</sup> Vgl. *Streinz/Leible*, (Fn. 32), S. 459 (466).

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C-176/96, Slg. 2000, I-6959, Rdnr. 35 ff. (*Lehtonen*).

<sup>42</sup> EuGH, Rs. 176/96, Slg. 2000, I-6959, Rdnr. 35 ff. (*Lehtonen*); Vgl. *Martin*, Comments on *Angonese* (Case C-281/98 of 6 June 2000), *Graf* (Case C-190/98 of 27 January 2000), *Delège and Lehtonen* (Cases C-51/96 and 176/96 of 11 and 13 April 2000), *Nazli* (Case C-340/97 of 10 February 2000) and *Kaba* (Case C-356/98 of 11 April 2000), *European Journal of Migration and Law* 2000, S. 436 ff.



Art. 39 EG zwischen einzelnen Privaten wirkt.<sup>43</sup> Dadurch hat er den Arbeitnehmern ein hohes Schutzniveau gewährleistet.<sup>44</sup>

In Bezug auf das Diskriminierungsverbot des Art. 39 Abs. 2 EG gilt seit dem Urteil in der Rechtsache *Angonese* eine vollständige unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit,<sup>45</sup> während im Hinblick auf das allgemeine Beschränkungsverbot die unmittelbare Drittwirkung nur gegenüber kollektiven Regelungen von privatrechtlichen Vereinigungen und Verbänden gilt.<sup>46</sup> Im wesentlichen zieht der EuGH in seiner Rechtssprechungen zwei Argumente heran, nämlich zum einen die Sicherung des "effet utile" und zum anderen die Wahrung der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts.

Obwohl sich auf den ersten Blick die Rechtsprechung der EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf einem richtigen und sicheren Weg befindet, geht es hier nur um einen Anschein. Die obig dargestellte Auseinandersetzung zur Konvergenz der Grundfreiheiten bestätigt insofern diese Bedenken. Im Bezug auf die Wichtigkeit der Problematik müssen die Beschlüsse der EuGH abgewogen werden. Einerseits haben wir die Arbeitnehmer, denen als schwächeren Parteien ein hoher Schutz garantiert wird. Andererseits haben wir die Unternehmen, Vereinigungen und Verbände, denen dadurch ihre privatrechtliche Autonomie und unternehmerische Gestaltungsfreiheit im wesentlichen beschränkt wird.

Im Hinblick auf die Bejahung der unmittelbaren Drittwirkung bei dem Diskriminierungsverbot des Art. 39 EG ist die Rechtsprechung des EuGH zu billigen. Denn die Inländergleichbehandlung ist nur dann völlig sichergestellt, wenn sich die einzelnen Privatrechtssubjekte effektiv gegen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit wehren können.

Ob das gleiche für die Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Beschränkungsverbot des Art. 39 Abs. 1 EG gilt, ist es fraglich. Eine unbegrenzte Drittwirkung scheint wohl nicht intendiert gewesen zu sein. Mit der Anerkennung der unmittelbaren Drittwirkung könnte die Gefahr entstehen, dass im Hinblick auf die Privatautonomie zwischen Privaten eine weitergehende, umfassende Drittwirkung die freiheitlichen Aktivitäten des Gemeinsamen Marktes entmutigen

---

<sup>43</sup> Vgl. auch EuGH, Rs. C-63/99, Slg. 2001, I-6369 (*Gloszczuk*); EuGH, Rs. C-162/00, Slg. 2002, I-1049 (*Pokkrzeptowicz-Meyer*); EuGH, Rs. C-438/00, Slg. 2003, I-4135 (*Deutscher Handballbund*), EuGH, Rs. C-265/03, Slg. 2005, Rdnr. 6 ff. (*Igor Simutenkov gegen Ministerio de Educación y Cultura und Real Federación Española de Fútbol*).

<sup>44</sup> *Stoppel*, Grundfreiheitenliche Schutzpflichten der Mitgliedstaaten im Europäischen Gemeinschaftsrecht (Dissertation), Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität, Düsseldorf 2002, S. 21: "Die dogmatische Verarbeitung der Drittwirkungsproblematik durch den EuGH erfolgt also über eine direkte Bindung Privater an die Grundfreiheiten im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen, mit der Folge, dass Privatpersonen anderen Privatpersonen gegenüber geltend machen können, deren privatrechtliches Handeln verletze die ihnen vom EG-Vertrag verbürgten Grundfreiheiten".

<sup>45</sup> EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rdnr. 33 ff. (*Angonese*).

<sup>46</sup> EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 93 (*Bosman*).

könnte.<sup>47</sup> Diese Gefahr sollte der EuGH bei zukünftigen Rechtsachen in Betracht nehmen und bei ferneren Ausdehnungen der unmittelbaren Drittwirkung zurückhaltend sein. Obwohl die Ausweitung der unmittelbaren Drittwirkung des allgemeinen Beschränkungsverbots auf die kollektive Regelungen der Tarifparteien jedoch gerechtfertigt ist,<sup>48</sup> würde eine solche Ausweitung auf einzelne Privatpersonen zu weit reichen und zu viel erlauben.

Schließlich muss die Rechtsprechung des EuGH zu der unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit kritisiert werden, da seine Urteile oftmals an einem Begründungsdefizit leiden, was sie im Bereich der Rechtssicherheit erheblich schwächt und angreifbar macht.<sup>49</sup> Die inhaltlichen und terminologischen Mißverständnisse haben zu keinem systematischen Vorgehen und zu einer Menge von verschiedenen Meinungen in der Literatur geführt.

### *C. Meinungsstand in der Literatur*

Der Meinungsstand in der Literatur zu dem Thema der unmittelbaren Drittwirkung ist durch eine Vielfalt von Stellungnahmen gekennzeichnet. Es muss anerkannt werden, dass sich die Literatur "zunächst nur zögerlich mit dem Gedanken einer unmittelbaren Drittwirkung anfreunden konnte"<sup>50</sup>. Jedoch haben sich aus der See von Meinungsständen über den Bestand der "Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit" drei führende Lehren herauskristallisiert.

Im Rahmen der ersten Lehre, "der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung" ist die unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit abgelehnt worden. Gemäß dieser Lehre sind in erster Linie die Mitgliedstaaten als Normadressaten der Grundfreiheit anzusehen, obwohl sie "mittelbar" auch für Privatpersonen die Wirkungen entfalten. Aus Art. 10 EG ist darüber hinaus eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten abgeleitet worden, auch gegen die Handelshindernisse, die von Privaten verursacht werden, einzuschreiten. Denn aus Art. 10 EG eine Schutzpflicht des Staates folgt, der nach der Staat verpflichtet ist, sein Privatrecht so auszustalten, dass Beschränkungen von Grundfreiheiten nicht mehr möglich sind<sup>51</sup>. Nach dieser Literaturansicht wird die unmittelbare Drittwirkung durch die sog. "grundfreiheitliche Schutzpflicht" ersetzt, wonach die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sind den gemeinsamen Markt von

<sup>47</sup> *Streinz*, Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rdnr. 707.

<sup>48</sup> *Siehe supra*, S. 6. Eine der Hauptargumente für diese Ausnahme ist z.B. die Tatsache, dass in Transferregeln von vielen Sportverbänden weder eine offene noch eine versteckte Diskriminierung eindeutig festgestellt werden kann.

<sup>49</sup> *Vgl. hierzu Ganten*, (Fn. 3), S. 219.

<sup>50</sup> *Michaelis*, (Fn. 9), S. 1841.

<sup>51</sup> *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 50 EGV, Rdnr.44 ff.; *vgl. hierzu Streinz/Leible*, (Fn. 32), S. 459 (467).

Beschränkungen Privater freizuhalten.<sup>52</sup> Ferner wird diese Lehre mit der Argumentierung gestützt, dass die Wettbewerbsregeln die einzigen Regelungen des Primärrechts mit unmittelbarer Drittwirkung darstellen.<sup>53</sup> Im Umkehrschluss folgt daraus, dass alle anderen Normen des Primärrechts das vertikale Verhältnis Staat – Bürger betreffen. Als weiteres Argument wird auch angeführt, dass die Rechtfertigungsgründe des Art. 39 Abs. 3 auf Hoheitsträger zugeschnitten sind und auf Privatpersonen nicht passen, da Private andere Zwecke als die Träger von Staatsgewalt verfolgen.<sup>54</sup> Die Vertreter dieser Lehre sind der Auffassung, dass sich Ziel und Zweck der Grundfreiheiten über mittelbare Drittwirkung erreichen lassen.<sup>55</sup> Sie behaupten ferner, dass eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten zwischen Privaten "nach herrschender Ansicht" ausdrücklich abgelehnt worden ist.<sup>56</sup>

Die zweite Lehre von den "intermediären Gewalten" folgt einem mittleren Weg. Nach dieser Ansicht sind die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaftsorgane die Normadressaten der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Aber in den Fällen, in denen die Privaten aufgrund ihrer wirtschaftlichen, rechtlichen oder faktischen Macht staatsähnlich auftreten und dabei durch privatautonom geschaffene Beschränkungen andere Privatrechtssubjekte in einem grenzüberschreitenden Handel hindern, wird eine Überprüfung am Maßstab des Art. 39 EG ausgeübt. Das sind z.B. die Situationen, wenn die privaten Vereinigungen und Verbände kraft ihrer Verbandsautonomie die Hindernisse für die Freizügigkeit errichten. Es soll verhindert werden, dass die Abschaffung von Hindernissen staatlichen Ursprungs zunichte gemacht wird, durch die Beschränkungen, die als Folge der Ausnutzung rechtlicher Autonomie der Privatpersonen errichtet werden.<sup>57</sup> Die Vertreter dieser Lehre behaupten, dass die Lehre von den "intermediären Gewalten" zur Zeit überwiegt.<sup>58</sup>

Die letzte Lehre der "unmittelbaren Drittwirkung" sieht als Adressaten der Bestimmungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit die Mitgliedstaaten, die Gemeinschaftsorgane, die privaten Vereinigungen und Verbände, aber auch einzelne Privatrechtssubjekte. Die Vertreter dieser Lehre nutzen ferner als wesentliche Argumente die effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten und die

---

<sup>52</sup> Vgl. *Streinz/Leible*, (Fn. 32), S. 459 (466).

<sup>53</sup> *Ganten*, (Fn. 3), S. 72; siehe auch *Möllers*, (Fn. 8), S. 34: "Nach dem Wortlaut würden sich nur die Wettbewerbsvorschriften des EG Vertrages (Art. 85 ff. EGV), nicht aber die Grundfreiheiten sich an Private, nämlich an Unternehmen wenden."; vgl. *Michaelis*, (Fn. 9), S. 1842.

<sup>54</sup> *Ehlers*, (Fn. 24), S. 274.

<sup>55</sup> <http://de.wikipedia.org/wiki/Arbeitnehmerfreiz%C3%BCgigkeit> (15. 02. 2006).

<sup>56</sup> *Matthies*, (Fn. 18), Art. 30 EGV Rdnr. 5; *Hailbronner*, in: Handkommentar zum Vertrag über die EU, 1995, Art. 30, Rdnr. 3; ausdrücklich jüngst *Roth*, *Drittwirkung der Grundfreiheiten?*, in: Festschrift Everling, 1995, S. 1231 ff.; *Weber*, *Die Freizügigkeit für Arbeitnehmer in der EG nach der Entscheidung Bosman*, RdA 1996, S. 107 (108).

<sup>57</sup> Vgl. *Michaelis*, (Fn. 9), S. 1841; *Ehlers*, (Fn. 24), S. 274.

<sup>58</sup> *Herdegen*, (Fn. 36), Rdnr. 284; siehe auch *Schleper*, (Fn. 35), S. 24; *Jaensch*, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 1997, S. 263.

einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts. Die Träger der Lehre der unmittelbaren Drittwirkung gehen in ihren Auseinandersetzungen von einer umfassenden unmittelbaren Wirkung der Normen der Grundfreiheiten aus, d.h. ebenso von einer unmittelbaren horizontalen Drittwirkung, halten jedoch das Bestehen von Schranken solcher Wirkung für erforderlich.<sup>59</sup> Um der Lehre der mittelbaren Drittwirkung zu opponieren ist von Vertretern der Lehre der unmittelbaren Drittwirkung eine sehr weitgehende Auslegung entwickelt worden, die argumentiert, dass die mittelbare Drittwirkung mit der Anerkennung von unmittelbarer Drittwirkung vorausgesetzt ist.<sup>60</sup>

#### ***D. Privatrechtliche Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit***

Die Privatpersonen verfolgen im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen widerstreitende Interessen. Die unmittelbare Drittwirkung sollte den privaten Personen den Weg eines rechtlichen Schutzes vor nationalen Gerichten öffnen, aber diesmal nicht gegen den Staat selbst, sondern gegen andere Privatpersonen, die die Arbeitnehmersfreizügigkeit beeinträchtigen. Deswegen kann beschlossen werden, dass die unmittelbare Drittwirkung ihre Anwendung im Bereich des Privatrechts findet.

Hier soll aber zuerst eine wichtige Differenzierung bezüglich der Art und Quellen der Beeinträchtigungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemacht werden. Die Beeinträchtigungen kommen einerseits aus der Ausübung den Grundfreiheiten widersprechender Normen eines Mitgliedstaates und aus dem privatautonomen Benehmen der Marktteilnehmer andererseits. Wenn der Gesetzgeber nationale privatrechtliche Normen, die hindernd auf die Grundfreiheit wirken, erlassen hat, liegen diese den Handlungen Privater zugrunde. Diese Konstellation ist jedoch unproblematisch, da die nationalen Gerichte die strittigen Normen grundfreiheitskonform auslegen müssen oder sie aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unangewendet lassen müssen.<sup>61</sup>

Zum anderen bestehen Situationen, wo die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten von dem privatautonomen Verhalten der Privatpersonen ausgeht. Darunter verstehen wir die klassischen individuellen Einzelverträge, aber auch die kollektiven Regelungen in Tarifverträgen, die meistens einen rein privatrechtlichen Charakter haben obwohl sie aufgrund der staatlichen Ermächtigung erlassen werden. Im Rahmen dieser zweiten Konstellation soll die unmittelbare Drittwirkung als Lösung dargestellt werden.

<sup>59</sup> *Ganten*, (Fn. 3), S. 94 ff; *Opermann*, *Europarecht*, 2. Aufl. 1999, Rdnr. 1523.

<sup>60</sup> Für eine unmittelbare Drittwirkung siehe insbesondere: *Schaefer*, *Die unmittelbare Wirkung*, S. 189 ff.; *Steindorff*, *EG-Vertrag und Privatrecht*, S. 277 ff.; *Ganten*, (Fn. 3), S. 56 ff., 94 ff.; dagegen insbesondere *Jaensch*, (Fn. 3), S. 81 ff.; *Streinz/Leible*, (Fn. 32), S. 459 (464 ff.); vgl. umfassend zum Meinungsstand *Papert*, *Die unmittelbare Bindung Privater*, S. 143 ff.

<sup>61</sup> *Streinz/Leible*, (Fn. 32), S. 459 (466).

## E. Private als Adressaten der Arbeitnehmerfreizügigkeit

### I. Unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes

In seiner kontinuierlichen Rechtsprechungslinie hat der EuGH bejaht, dass dem Diskriminierungsverbot des Art. 39 Abs. 2 EG eine unmittelbare Drittwirkung gegenüber Privaten zukommt. Die Ansichten in der Literatur sind, wie obig dargestellt, ziemlich vielfältig. An diesem Ort wird mittels verschiedener Auslegungsmethode versucht ein gemeinsamer Nenner zu finden.

Eine rein grammatikalische Auslegung des Art. 39 Abs. 1 und Abs. 2 EG zeigt, dass als Adressaten dieser Regelung die Mitgliedstaaten, die Gemeinschaftsorgane und ebenso die Privaten angesehen werden können. Da die Wortlaute beider Absätze den verpflichteten Adressat nicht nennen, kann daraus geschlossen werden, dass die Privaten zugelassen sind.<sup>62</sup>

In Rahmen einer systematischen Auslegung kommen wir zum gleichen Ergebnis.<sup>63</sup> Aufgrund der Spezialität des Art. 39 Abs. 2 EG im Verhältnis zum allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 12 EG, kann eine Parallele zwischen diesen zwei Bestimmungen gezogen werden. Da die überwiegende Literaturansicht und die Rechtsprechung die Privaten als Adressaten des allgemeinen Diskriminierungsverbotes des Art. 12 EG sieht, gilt das gleiche auch für den Art. 39 Abs. 2.<sup>64</sup> Ähnliche Konstellation befindet sich in einem Vergleich von Art. 39 Abs. 2 EG und Art. 141 EG, wobei beide Regelungen ein arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot zum Gegenstand haben. Der Art. 141 EG, der die Lohngleichheit von Männern und Frauen garantiert, erkennt, nach allgemeiner Meinung, die Privatpersonen als Adressaten des Diskriminierungsverbotes an.<sup>65</sup>

Die teleologische Auslegung sieht ferner als "telos" der Arbeitnehmerfreizügigkeit die Garantie der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit eines Arbeitnehmers (bzw. Arbeitgebers)<sup>66</sup>. Dieses Ziel kann durch Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit beeinträchtigt werden, sowohl von einem

---

<sup>62</sup> Vgl. Art. 39 Abs. 1 EG: "Innerhalb der Gemeinschaft ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet." und Abs. 2: "(...) die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten (...)"; Möllers, (Fn. 8), S. 34: "Steindorff bejaht dagegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten auch für private Verträge."; Steindorff, (Fn. 60), S. 277 (287); Michaelis, (Fn. 9), S. 1842: "Selbst wenn bestimmte Vertragsvorschriften ausdrücklich die Mitgliedstaaten ansprechen, könne nicht ausgeschlossen werden, dass zugleich allen an der Einhaltung der so umschriebenen Pflichten interessierten Privatpersonen Rechte verliehen sein können."

<sup>63</sup> Vgl. Bleckmann, Teleologie und dynamische Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR 1979, S 239 ff.

<sup>64</sup> Ganten, (Fn. 3), S. 164; Arndt, (Fn. 28), S. 123; Calliess/Ruffert, (Fn. 51), Art.12 EGV, Rdnr. 23; Michaelis, (Fn. 9), S. 1842.

<sup>65</sup> Ganten, (Fn. 3), S. 94.; siehe auch Arndt, (Fn. 28), S. 127.; Forsthoff, Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil *Angonese*, EWS 2000, S. 389 (393).

<sup>66</sup> EuGH, Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521 (*Clean Car*).

Mitgliedstaat, als auch von Privatpersonen. Deswegen wäre es sinnvoll die Privaten als Adressaten des Diskriminierungsverbotes der Arbeitnehmerfreizügigkeit anzusehen.<sup>67</sup>

Dieses Auslegungsergebnis wird letztlich auch durch den in Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 1612/68 enthaltenen Gleichbehandlungsgrundsatz bestätigt, der sich nicht nur auf Kollektivvereinbarungen bezieht, sondern auch Einzelverträge erfasst, wonach eine Bestimmung von Rechts wegen nichtig ist soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsieht oder zulässt.<sup>68</sup> Diese Regelung und die unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots der Arbeitnehmersfreizügigkeit verfolgen in der Endergebnis das gleiche Ziel und den gleichen Zweck.

## **II. Keine unmittelbare Drittwirkung des Beschränkungsverbots**

Der EuGH hat in der Rechtsache *Bosman* den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes auf das allgemeine Beschränkungsverbot ausgeweitet. Trotzdem sollte die unmittelbare Drittwirkung des Beschränkungsverbots verneint werden.<sup>69</sup> Diese Folgerung ergibt sich aus mehreren Gründen, die anhand der Auslegungsmethoden erklärt werden.

Obwohl die grammatikalische Auslegung des Art. 39 EG der unmittelbaren Drittwirkung des Beschränkungsverbots nicht widerspricht, ist diese aufgrund der systematischen Auslegung trotzdem zu verneinen. Im Rahmen dieser Auslegung wird oft die Parallele im Bezug auf die Wettbewerbsregeln des Art. 81 ff. EG gezogen. Die primärrechtliche Wettbewerbsregeln verbieten nicht alle wettbewerbsverzerrenden privaten Handlungen, vielmehr müssen qualifizierte Voraussetzungen erfüllt sein.<sup>70</sup> In einem Gegenschluss heißt es, dass alle übrigen wettbewerbsbeeinträchtigenden Handlungen Privater vom EG-Vertrag dagegen hingenommen werden.<sup>71</sup> Ebenso wäre die Differenzierung zwischen Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht obsolet, weil dann jede Wettbewerbsbeeinträchtigung i.S.v. Art. 81 EG eine Beeinträchtigung der als Beschränkungsverbote aufgefassten Grundfreiheiten darstellen könnte.<sup>72</sup> Gemäß teleologischer Auslegung soll bei einem Beschränkungsverbot von einer umfassenden unmittelbaren Drittwirkung ausgegangen werden, da das Ziel der Beseitigung der Hindernisse für die Arbeitnehmerfreizügigkeit nur auf dieser Weise effektiv realisiert werden kann.

<sup>67</sup> *Streinz*, (Fn. 30), S. 1111 ff.

<sup>68</sup> VO (EG) 1612/68 v. 15.10.1968, Abl. Nr. L 257, S. 2 ff.; siehe auch EuGH, Rs. C-15/96, Slg. 1998, I-47, Rdnr. 30 ff. (*Kalliope Schönig-Kougebetopoulou./. Freie und Hanse Stadt Hamburg*).

<sup>69</sup> Vgl. *Bleckmann*, (Fn. 63), S. 239 ff.: Innerhalb des Auslegungskanons hat systematische Interpretation eine erheblich größere Bedeutung und Gewicht.

<sup>70</sup> Gemäß Art. 81 EG müssen die Voraussetzungen wie z.B. spürbare Wettbewerbsverfälschung, unternehmerisches und nicht rein privates Handeln, marktbeherrschende Stellung erfüllt sein.

<sup>71</sup> *Streinz/Leible*, (Fn. 32), S. 459 (464); *Steindorff*, (Fn. 60), S. 291 ff.

<sup>72</sup> *Schleper*, (Fn. 35), S. 42 ff.

Jedoch scheint diese Argumentierung nicht überzeugend. Obwohl die Wettbewerbsregeln sehr oft als Gegenargumente contra unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit benutzt werden, muss aber betont werden, dass diese zwei Normenbereiche sich funktionell unterscheiden. Weil die Grundfreiheiten grenzüberschreitenden Wettbewerb herstellen, die Wettbewerbsregeln ihn bewahren. Die Eröffnung der unmittelbaren Drittwirkung für das Beschränkungsverbot würde letztlich immer häufiger Berufung gegen jede handelsbeschränkende Handlung oder Regelung der Wirtschaftsteilnehmer zur Folge haben<sup>73</sup> und die Tür für jegliche Mißbräuche öffnen.

Trotzdem sollte ausnahmsweise die unmittelbare Wirkung des Beschränkungsverbots akzeptiert werden, nämlich in den Umständen, wenn privatrechtliche Einheiten aufgrund der ihnen vom Staat eingeräumten Privatautonomie generelle Regelungen erlassen, insbesondere Kollektivmaßnahmen, mit denen sie Hindernisse für die Arbeitnehmerfreizügigkeit errichten. Zugunsten dieser Ausnahme geht die Tatsache, dass die einzelnen Privaten nicht immer genügend gegen diejenigen Privaten, die durch ihre marktbeherrschende Position die geschäftliche Freiheit behindern, geschützt sind und dass die Privatautonomie dadurch massiv gestört ist. Um dieses Schutzbedürfnis auszufüllen, soll ausnahmsweise die unmittelbare Wirkung des Beschränkungsverbots anerkannt werden.<sup>74</sup>

### **F. Schlussfolgerung**

Die Grundfreiheiten beseitigen die Hindernisse im innergemeinschaftlichen Handel. Die Öffnung der Grenzen hat die Konkurrenz auf dem Markt erhöht, wobei die einzelnen Personen durch Handlungen oder Verträge die Grundfreiheiten anderer zu beschränken versuchen.<sup>75</sup> Die Privaten gefährden die Grundfreiheiten durch zahlreiche Handlungen wie z.B. durch Kampagnen, Streiks, Aktionen, kollektive Regelungen in Tarifverträgen usw. Aufgrund der Häufigkeit solcher Situationen sollten diese Verhaltensweisen einer gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle unterworfen werden. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben in diesem Hinblick zwei wesentliche Verpflichtungen: erstens, sie sollen in Ausübung der Grundfreiheiten nicht mehr als notwendig eingreifen; und zweitens, sie müssen die Privaten in Ausübung ihrer Freiheit vor unzulässigen Eingriffen anderer Marktteilnehmer schützen. Diese vertikale Wirkung der Grundfreiheiten bedeutet für die betroffenen Privaten oft einen unzulänglichen Schutz gegen bestehende Handelsbeschränkungen.

<sup>73</sup> *Ganten*, (Fn. 3), S. 221.

<sup>74</sup> Vgl. die Lehre der intermediären Gewalten; *Hirsch*, Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, ZEuS 1999, S. 503 (508); *Forsthoff*, (Fn. 67), S. 394; *Burgi*, Mitgliedstaatliche Garantienpflichten statt unmittelbarer Drittwirkung der Grundfreiheiten, EWS 1999, S. 327 (331); *Steindorff*, (Fn. 60), S. 291 ff.

<sup>75</sup> *Ganten*, (Fn. 3), S. 17.

Mit der Anerkennung der unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit würde den Privaten die Möglichkeit eröffnet, sich gegen private Handlungen der anderen Marktteilnehmer zu wehren. Dadurch wird den Privatpersonen ermöglicht, sich vor nationalen Gerichten gegenüber anderen Privatpersonen zu berufen, die, durch privatrechtliches Handeln, die vom EG-Vertrag verbürgten Grundfreiheiten verletzen. Es soll nämlich verhindert werden, dass Beschränkungen, die den Mitgliedstaaten untersagt sind, durch Handlungen Privater in Ausnutzung ihrer Vertragsfreiheit errichtet werden.

Neben Vorteilen bringt die unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit viele Nachteile mit sich. Es besteht immer die Gefahr, dass in der Verfolgung eigener Interesse, die Privaten die wirtschaftliche Freiheit anderer Marktteilnehmer begrenzen werden. Deswegen gehen die heftigsten Argumente gegen die unmittelbare Drittwirkung genau in dieser Richtung.<sup>76</sup>

Nach kurzer Darstellung der Rechtsprechung der EuGH und des Meinungsstandes in der Lehre zur Problematik der unmittelbaren Drittwirkung, soll beschlossen werden, dass die beste Lösung in Verfolgung der sog. "goldenen Mitte" liegt. Diese "goldene Mitte" umfasst die Bejahung einer vollständigen unmittelbaren Drittwirkung in Bezug auf das Diskriminierungsverbot und ihre Verneinung in Bezug auf das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG. Ausnahmsweise wird die unmittelbare Drittwirkung der Beschränkungsverbotes erlaubt, wenn eine privatrechtliche Vereinigung aufgrund ihrer rechtlicher Autonomie die Regelungen erlässt mit denen sie die Hindernisse für die Arbeitnehmerfreizügigkeit errichtet, die gemeinschaftsrechtswidrig wären, wenn es sich um staatliche Maßnahmen handelte. Es soll ebenso verhindert werden, dass die Mitgliedstaaten die Regelungen der Grundfreiheiten auf diese Weise durch die "Hintertür" umgehen. Jedoch sollte die unmittelbare Drittwirkung bestimmte Schranken haben und nur insoweit wirken, dass den Privatpersonen effektiver Schutz ihrer Rechte gegen Diskriminierungen anderer Privater gewährleistet wird. Die Ausweitung auf allgemeinem Beschränkungsverbot würde bestimmt viele Mißbräuche mit sich bringen und das wirtschaftliche Klima auf dem gemeinsamen Markt erheblich verschlechtern. Nachdem die Folgen einmal abgewogen wurden, wird deutlich, dass die Nachteile im Fall einer umfassenden unmittelbaren Drittwirkung die Vorteile übersteigen würden. Da die Freiheit einer immer die Freiheit anderer begrenzen wird, ist es eine Utopie an eine umfassende Freiheit zu hoffen.

---

<sup>76</sup> Kluth, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 1997, S. 582: "Die Marktwirtschaft verlangt von den Marktteilnehmern Risikobereitschaft und muß ihnen deshalb ausreichende Verhaltensfreiräume und Rechtssicherheit garantieren. Eine Rechtsordnung, die diese Rahmenbedingungen durch ein zu starkes Bemühen um sozialen Ausgleich mißachtet, steht in der Gefahr, ihr eigenes freiheitliches Fundament zu untergraben."



## Summary

**THIRD PARTY EFFECT IN THE CONTEXT OF FREEDOM OF MOVEMENT FOR WORKERS**

Within the context of the EC fundamental freedoms it has recently been discussed whether a freedom of movement for workers can have an "effect on third parties". Namely, the emerging issue is to what extent free movement of persons provides protection of individuals not only in respect to measures taken by the Member States or the EC, but also in respect to private persons. Private persons may inflict limitations to economic activities on common market in the same way as the Member States themselves, and thus may violate fundamental economic freedoms. The "third parties effect" is defined as "effect of fundamental economic freedoms to two private persons engaged in autonomous business activities". Based on the provisions on freedom of movement for workers in the EC Treaty that have vertical and immediate effect in national legal systems, private persons may challenge Member States' actions before the national courts. Accepting the "third party effect" in the context of free movement of workers would as a consequence create the same possibility for workers to challenge before national courts measures taken by private associations and alliances, i.e., it would represent acceptance of the idea that private persons may be addressees of fundamental economic freedoms as well. Having in mind that the issue whether and under what circumstances the freedom of movement for workers may have immediate effect to relations among private persons presently represents one of the most disputed points within the European law, this paper attempts to clarify its details. In order to give a better insight into the said problem, the paper analyses the European Court of Justice case-law and doctrinal standpoints.

*Key words:* *third party effect, freedom of movement for workers, general prohibition of limitations, prohibition of discrimination.*

## Zusammenfassung

**UNMITTELBARE DRITTWIRKUNG DER ARBEITNEHMERFREIZÜGIGKEIT**

Im Rahmen der EG Personenverkehrsfreiheiten wird in letzter Zeit die Problematik der "unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit" häufig erörtert. Inwieweit die Personenverkehrsfreiheiten den Einzelnen nicht nur vor Maßnahmen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Gemeinschaft schützen, sondern den Rechtsschutz im Verhältnis gegenüber anderen Privatpersonen gewährleisten, ist fraglich. Die Privatpersonen können wirtschaftliche

Betätigung auf dem Gemeinsamen Markt gleichviel wie die Mitgliedstaaten beeinträchtigen und dadurch auch die Grundfreiheiten behindern. Der Begriff der "Drittwirkung" wird "als die Wirkung der Grundfreiheiten zwischen zwei autonom handelnden Privaten definiert". Aufgrund der Bestimmungen des EG-Vertrages über Arbeitnehmerfreizügigkeit, die vertikale und unmittelbare Wirkung in der nationalen Rechtsordnung entfalten, können sich die Privatpersonen vor nationalen Gerichten gegen Handlungen der Mitgliedstaaten berufen. Als Folge der Anerkennung der Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit würde dem Arbeitnehmer, der sich vor nationalen Gerichten gegen Maßnahmen privater Vereinigungen und Verbände berufen will, dieselbe Möglichkeit eröffnen, bzw. würde der Meinungsstand, gemäß dem auch die Privaten als Adressaten der Marktfreiheiten angesehen werden, akzeptiert. In Anbetracht dessen, dass die Frage ob und unter welchen Voraussetzungen die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch zwischen Privaten die unmittelbare Drittwirkung entfalten konnte, zu den derzeit umstrittensten im Europarecht zählt, wird sie in dieser Arbeit näher behandelt. Um eine detaillierte Einsicht in die Problematik zu bekommen, wird ferner die Entwicklung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften dargestellt und eine Übersicht des theoretischen Meinungsstands in der Literatur gegeben.

**Schlüsselwörter:** *Unmittelbare Drittwirkung, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Allgemeines Beschränkungsverbot, Diskriminierungsverbot.*

## Sommario

### **EFFETTO VERSO I TERZI NELLA CORNICE DELLA LIBERTÀ DI MOVIMENTO DEI LAVORATORI**

Nella cornice delle libertà fondamentali della Comunità Europea si è discusso recentemente se la libertà di movimento dei lavoratori possa avere un "effetto verso i terzi". Precisamente, la questione emergente è in che misura la libertà di movimento delle persone fornisca la tutela degli individui non solo rispetto alle misure adottate dagli stati membri o dalla Comunità Europea, ma anche riguardo alle altre persone private. Le persone private possono imporre limitazioni ad attività economiche sul mercato comune allo stesso modo dei medesimi stati membri, e così possono violare libertà economiche fondamentali. L'"effetto verso i terzi" si definisce come la "conseguenza delle libertà economiche fondamentali di due persone private impegnate in attività economiche autonome". Dalle norme fondamentali sulla libertà di movimento dei lavoratori nel Trattato della Comunità Europea, che ha effetto verticale e immediato negli ordinamenti giuridici nazionali, le persone private possono

impugnare gli atti degli stati membri davanti ai tribunali nazionali. L'accettazione dell'"effetto verso i terzi" nella cornice della libertà di movimento dei lavoratori avrebbe come conseguenza la creazione della stessa possibilità per i lavoratori di impugnare davanti ai tribunali nazionali le misure adottate da associazioni e intese private, ciò che rappresenterebbe il recepimento dell'idea che le persone private possono essere destinatarie anche di libertà economiche fondamentali. Siccome la questione se e in quali circostanze la libertà di movimento dei lavoratori possa avere effetto immediato nei rapporti tra persone private rappresenta attualmente uno dei punti più controversi nella cornice del diritto europeo, in questo lavoro si tenta di chiarirne i suoi dettagli. Per offrire una migliore comprensione di tale problematica, nel lavoro si presentano la prassi giudiziale della Corte di giustizia europea e le posizioni della dottrina.

**Parole chiave:** *effetto verso i terzi, libertà di movimento dei lavoratori, divieto generale di limitazioni, divieto di discriminazione.*

## NEKA PITANJA ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU KOJU PROUZROČI POSLOPRIMAC PRI IZVRŠAVANJU ČINIDBE RADA PREMA AUSTRIJSKOM PRAVU<sup>1</sup>

Mr. sc. Sandra Laleta, asistentica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.426::331.105.2-057.16  
Ur.: 13. listopada 2005.  
Pr.: 28. srpnja 2006.  
Pregledni znanstveni članak

*U radu se analizira austrijsko zakonodavstvo, stajališta pravne teorije i sudske prakse o odgovornosti za štetu koju prouzroči posloprimac pri izvršavanju činidbe rada. Ovo je pitanje uređeno Općim građanskim zakonikom, kao i Zakonom o odgovornosti posloprimca, koji, kao poseban zakon, značajno ograničava odgovornost posloprimca za štetu u odnosu na opća pravila građanskog prava. Posebnu pozornost autorica posvećuje analizi odredaba Zakona o odgovornosti posloprimca te glavnim problemima austrijskog prava o odgovornosti posloprimca za štetu uzrokovanu poslodavcu. U radu se daju prijedlozi de lege ferenda za uređenje nekih pitanja radnopravne odgovornosti za štetu u hrvatskom pravu po uzoru na austrijska rješenja.*

**Ključne riječi:** *odgovornost za štetu, posloprimac, poslodavac, Austrija, Hrvatska.*

### 1. Uvod

Na štete koje posloprimac prouzroči poslodavcu, ili trećoj osobi na radu u austrijskom pravu primjenjuje se u načelu opće odštetno pravo, tj. pravila Općeg građanskog zakonika (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje: ABGB<sup>2</sup>).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Autorica zahvaljuje Prof. Dr. Tomislavu Boriću, s Karl-Franzens Sveučilišta u Grazu i prof. dr. sc. Petru Simonettiju, iz Rijeke, na korisnim primjedbama i sugestijama pri izradi rada. Posebno zahvaljuje Prof. Dr. Reinhardu Richardiju i Priv.-Doz. Dr. Georgu Annušu, s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Regensburgu, na dragocjenoj pomoći u razumijevanju njemačkog i austrijskog sustava radnopravne odgovornosti za štetu.

<sup>2</sup> *Das Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, iz 1811. g., [www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm](http://www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm), 5. 9. 2005.

<sup>3</sup> Koziol, Helmut, *Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II Besonderer Teil*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1975., str. 161.; Konowalczyk, Thomas, Sauer, Stefan,

Prema odredbi § 1295. st. 1. ABGB-a<sup>4</sup> štetnik odgovara za štetu neovisno o stupnju krivnje. Stupanj krivnje bit će važan samo za određenje visine odštetnog zahtjeva.

U praksi se, međutim, pokazalo da primjena općih pravila odštetnog prava na radni odnos stvara poteškoće. Već vrlo rano niži su sudovi ocijenili da je odgovornost posloprimca za svaki, pa i najmanji, stupanj krivnje nepravedna.<sup>5</sup>

Literatura<sup>6</sup> je, također, bila složna u mišljenju da čak i onda kada se odštetni zahtjev ne čini teškim, posloprimca može značajno pogoditi obveza naknade štete. Sa stajališta ideje o organizacijskoj vlasti i načela rizika poslodavca za uspjeh poslovanja to se ocjenjivalo nepravednim. Po uzoru na njemačku teoriju i judikaturu,<sup>7</sup> prihvaća se mišljenje da se i pažljivom čovjeku može uobičajeno

---

Arbeitnehmerhaftung im internationalen Vergleich, *RIW*, H. 5 (1995.), str. 383. i d. Slično rješenje sadrži i njemačko pravo, vidjeti opširnije u: Laleta, Sandra, *Odgovornost posloprimca za štetu uzrokovanu poslodavcu na radu i u vezi s radom prema njemačkom pravu*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 25, br. 2 (2004.), str. 957-997.; o njemačkom pravu također Kreuder, Thomas, Potočnjak, Željko, *Građanskopravni elementi radnoga prava*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 33, br. 5-6 (1994.), str. 370-390.

<sup>4</sup> § 1295. [*Šteta uzrokovana krivnjom*] glasi: (1) "Svatko je ovlašten zahtijevati od štetnika naknadu štete koju mu je ovaj skrivljeno uzrokovao; šteta može biti uzrokovana kršenjem ugovorne obveze ili bez obzira na ugovor." (2) Osoba koja je u vršenju svojih prava štetu uzrokovala namjerno, na način protivan dobrim običajima, odgovarat će za štetu samo ako je u vršenju svojih prava očito imala cilj naštetiti drugome. [(1) Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. (2) Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen.]

<sup>5</sup> Prvi pokušaji nižih sudova da oslobode posloprimca od odgovornosti prema poslodavcu za običnu nepažnju sežu u dvadesete godine 20. st. Primjere nekih sudskih odluka vidi kod: Schwarz, Walter, *Die Haftung des Dienstnehmers*, *DRdA*, 6. Jahr, H. 24 (1956.), str. 112.

<sup>6</sup> Floretta, Spielbüchler, Strasser, *Arbeitsrecht (Band I, Individualarbeitsrecht – Arbeitsvertragsrecht)*, bearbeitet von Karl Speilbüchler, Konrad Grillberger, 4. Auflage, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1998. (u daljnjem tekstu: Spielbüchler, Karl, *Arbeitsrecht I*), str. 208-209.; Fenzl, Friedrich, *Einschränkung der Schadenshaftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei nur leichter Fahrlässigkeit*, *ÖJZ*, 7. Jg., H. 21 (1952.), str. 567. i d.; Schwarz, W., *op. cit.*, str. 112. i d.; Weinzierl, Johann, *Die Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber – Richterlicher Rechtsfortbildungsauftrag oder sozialpolitisches Gesetzgebungsgebot?*, *DRdA*, 14. Jahr, Nr. 1, 66. H. (1964.), str. 1. i d.; Hannak, Karl, *Die Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers*, *JB*, Jg. 84, H. 5/6 (1962.), str. 120. i d.; Dirschmied, Karl, *Die Diskussion um den Rückgriffsanspruch des Arbeitgebers nach § 4 Dienstnehmerhaftpflichtgesetz*, *DRdA*, 30. Jahr, Nr. 2, H. 154 (1980.), str. 115.

<sup>7</sup> Njemačka je sudska praksa dugo vremena ograničenje odgovornosti posloprimca vezivala uz institut tzv. opasnoga rada (*gefährgeneigte Arbeit*): riječ je o takvom radu pri kojem se i pažljivom posloprimcu s vremena na vrijeme može dogoditi pogreška koja uzrokuje štetu. Nadalje, prihvaća se spoznaja da stalan tehnološki napredak radnog procesa pojačava opasnost da i najlakša pogreška dovede do velikih šteta koje nisu proporcionalne plaći posloprimca. Njemački Savezni radni sud razvio je i pojam tzv. rizika pogona (*Betriebsrisiko*), da bi konačno svoje stajalište o ublažavanju odgovornosti posloprimca vezao uz širi kriterij poslova naredenih u pogonu (*betrieblich veranlaßte Tätigkeiten*). Više: Laleta, S., *op. cit.*, str. 975-982. i tamo citirana literatura.

potkrasti pogreška, koju je ovaj mogao i trebao izbjeći. Posloprimac ne može utjecati na posljedice takvih pogreški, jer je samo kotačić u poduzetničkom pogonu i kao takav podložan nalogima poslodavca. Zbog toga poslodavac mora računati na takve događaje.<sup>8</sup>

Suprotno tome, austrijski Vrhovni sud (*Oberster Gerichtshof*) načelnom je odlukom od 17. 12. 1957. odbio mogućnost ublažavanja odgovornosti posloprimca. U obrazloženju se navodi da "...i obična nepažnja može s obzirom na okolnosti dovesti do najtežih posljedica te ne daje povoda za to da se teret jedne takve štete, koja često uništava egzistenciju, nametne oštećenome poduzetniku, a namještenika, koji je štetu prouzročio, ne optereti naknadom štete."<sup>9</sup>

Ipak, trebalo bi istaknuti da je austrijski Vrhovni sud u ovom, kao i jednom ranijem načelnom stajalištu iz 1956. g., prihvaćao jedan oblik ograničenja odgovornosti posloprimca, kroz pojam, tzv. "ispričive pogreške" (*entschuldbare Fehlleistung*), nastojeći ublažiti postojeću nepravičnost.<sup>10</sup> Sud je kazao "kako se postojanje krivnje posloprimca može pretpostaviti samo ako se pogreška koja mu se potkrala može, u svezi s cjelokupnim radom posloprimca, ocijeniti kao propuštanje dužne pažnje, a ne samo kao pogreška koja je ispričiva s obzirom na ukupno radno opterećenje, pritisak posla i težinu odnosa".<sup>11</sup> Ovaj pojam ušao je kasnije u odredbe posebnog zakona, Zakona o odgovornosti posloprimca (*Dienstnehmerhaftpflichtgesetz*), od 31. 3. 1965.,<sup>12</sup> noveliranog 2. 3. 1983.<sup>13</sup> (u daljnjem tekstu: ZOP).<sup>14</sup> Zakon, koji je usvojen kao "dodatni zakon" uz ABGB, nastao je kao rezultat napora teorije i sudske prakse da se ukloni takva neravnoteža snaga iz radnoga odnosa. Njime je ograničena odgovornost posloprimca za štete kod izvršenja činidbe rada, čime je značajno modificiran opći model odgovornosti predviđen ABGB-om. U radu se daje prikaz općih pravila odštetnog prava relevantnih za radnopravnu odgovornost za štetu te analiza posebnih rješenja

<sup>8</sup> Spielbüchler, K., *op. cit.*, str. 208-209.; Konowalczyk, T., Sauer, S., *op. cit.*, str. 384.

<sup>9</sup> ArbSlg. 6756. Cit. prema Edlbacher, Oskar, *Die Entwicklung des Dienstnehmerhaftpflichtrechts in Österreich*, Festschrift für Ernst Klingmüller, Verlag Versicherungswirtschaft E.V. Karlsruhe, 1974., str. 88.

<sup>10</sup> Klusemann, Erich, *Vom Wesen der entschuldbaren Fehlleistung*, *DRdA*, 11. Jahr, Nr. 6, H. 51 (1961.), str. 271.

<sup>11</sup> Načelno stajalište od 14. 2. 1956., ArbSlg. 6413, cit. prema Edlbacher, *op. cit.*, str. 88.

<sup>12</sup> Puni je naziv zakona Savezni zakon o ograničenju obveze naknade štete posloprimca (*Bundesgesetz vom 31. März 1965 über die Beschränkung der Schadenersatzpflicht der Dienstnehmer (Dienstnehmerhaftpflichtgesetz - DHG)*) BGBl. 1965 Nr. 80., idF BGBl 169/1983).

<sup>13</sup> BGBl. 1983 Nr. 169.

<sup>14</sup> Na posebno zakonsko uređenje radnopravne odgovornosti za štetu snažan je utjecaj izvršila literatura. O prijedlozima zakonskih odredbi o ograničenju odgovornosti posloprimca u okviru ABGB-a vidi: Klusemann, Erich, *Die Entwicklung einer gesetzlichen Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung in Österreich*, *ÖJZ*, 17. Jg., H. 14/15 (1962.), str. 371. i d. O pokušaju rješenja ovog pitanja u okviru prijedloga kodifikacije radnoga prava vidi: Mayer-Maly, Theo, *Die Schadenshaftung der Arbeitnehmer im österreichischen Recht*, *DRdA*, 12. Jahr, Nr. 5, H. 56 (1962.), str. 221. i d. (dalje: *Die Schadenshaftung*); Dirschmied, K., *op. cit.*, str. 115-116.

Zakona o odgovornosti posloprimca. Nije obrađena problematika odgovornosti za štetu koju posloprimac uzrokuje svom radnom kolegi.

## **2. Pretpostavke odgovornosti posloprimca za štetu prema općim pravilima odštetnog prava**

Prema odredbi § 1294. ABGB-a<sup>15</sup> ugovorne strane radnoga odnosa odgovaraju jedna drugoj (kao ugovorne strane drugih ugovornih odnosa)<sup>16</sup> zbog protupravnih šteta koje su uzrokovane nedostatkom potrebne pažnje ili potrebne marljivosti. Posloprimac odgovara za štete koje nastanu poslodavcu zbog protupravnog neispunjenja ugovorom preuzetih obveza, bilo zbog toga što nije uopće izvršio činidbu rada, ili ju je izvršio sa zakašnjenjem, ili ju je loše izvršio, ili je prekršio neku zabranu, i bez obzira na to je li šteta nastala neposredno poslodavcu ili mu se pripisuje na temelju odštetnog zahtjeva treće osobe (§ 918.<sup>17</sup> i d. ABGB-a).<sup>18</sup>

*Krivnja.* Odredba § 1295. st. 1.<sup>19</sup> propisuje da je svatko ovlašten zahtijevati od štetnika naknadu štete, koju mu je krivnjom nanio, bilo da je šteta prouzročena

<sup>15</sup> § 1294. [Izvori štete] glasi: "Šteta proizlazi ili iz protupravnog činjenja ili propuštanja druge osobe; ili iz slučaja. Protupravna šteta može biti učinjena sa zlom namjerom ili bez zle namjere. Zlonamjerna šteta temelji se dijelom na zloj namjeri, ako je šteta učinjena znajući i hotimice; dijelom na krivnji, ako je uzrokovana skrivljenim neznanjem, ili zbog nedostatka potrebne pažnje, ili potrebne marljivosti. Oba načina uzrokovanja štete nazivaju se krivnjom." [Der Schade entspringt entweder aus einer widerrechtlichen Handlung, oder Unterlassung eines Andern; oder aus einem Zufalle. Die widerrechtliche Beschädigung wird entweder willkürlich, oder unwillkürlich zugefügt. Die willkürliche Beschädigung aber gründet sich teils in einer bösen Absicht, wenn der Schade mit Wissen und Willen; teils in einem Versehen, wenn er aus schuldbarer Unwissenheit, oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit, oder des gehörigen Fleißes verursacht worden ist. Beides wird ein Verschulden genannt.]

<sup>16</sup> Na odgovornost poslodavca posloprimcu za prouzročenu štetu tjelesnom povredom zbog nesreće na radu ili profesionalne bolesti primjenjuje se Opći zakon o socijalnom osiguranju (Das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 189/1955, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl I Nr. 18/2004.).

<sup>17</sup> § 918. glasi: "(1) Ako jedna strana ne ispuni naplatni ugovor u vrijeme kad treba, na mjestu gdje treba ili na način kako je ugovoreno, druga strana može tražiti ili ispunjenje i naknadu štete zbog zakašnjenja, ili izjaviti, stavlajući prigodan rok za naknadno ispunjenje, da odustaje od ugovora. (2) Ako je ispunjenje za obje strane djeljivo, može se odustanak zbog zakašnjenja s jednim dijelom činidbe izjaviti samo u pogledu pojedinih ili u pogledu svih još nenamirenih dijelova činidbe..." [(1) Wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erfüllt wird, kann der andere entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären. (2) Ist die Erfüllung für beide Seiten teilbar, so kann wegen Verzögerung einer Teilleistung der Rücktritt nur hinsichtlich der einzelnen oder auch aller noch ausstehenden Teilleistungen erklärt werden.]

<sup>18</sup> Posloprimac odgovara svojem poslodavcu za skrivljenu povredu radne obveze i tzv. obveze povjerenja (*Treuepflicht*). *Haftpflicht*, odgovornost posloprimca za štetu, u tom smislu ne predstavlja posebnu kategoriju obveza posloprimca, već sekundarnu obvezu (*Sekundärpflicht*) povezanu s postojećim primarnim obvezama. Spielbüchler, K., *op. cit.*, str. 207.

<sup>19</sup> Tekst u bilješki 4.

kršenjem ugovorne obveze ili bez veze s ugovorom. Ova odredba predstavlja generalnu klauzulu deliktne štete.<sup>20</sup>

Njome je predviđena odgovornost za svaku krivnju. O kojem je stupnju krivnje riječ bitno je samo kod određivanja visine odštetnog zahtjeva.

U teoriji se pojmu krivnje (*Verschulden*), shvaćenom u smislu ABGB-a, daje šire tumačenje. Iako tekst odredbe ne govori o protupravnom, već samo o skrivljenom postupanju, ističe se kako je pojmom krivnje obuhvaćeno protupravno postupanje i krivnja u subjektivnom smislu (tj. prijekor prema konkretnom počinitelju). Skrivljeno postupa onaj tko je neki postupak trebao i mogao izbjeći. Subjektivni prijekor prema konkretnom počinitelju predstavlja pojam krivnje u užem, pravom značenju. U pretpostavci subjektivne sposobnosti da se primijeni (objektivno) propisana pažnja, sjedinjuju se objektivni kriterij i subjektivni prijekor.<sup>21</sup>

ABGB razlikuje dvije vrste krivnje: namjeru<sup>22</sup> i nepažnju. Pojam nepažnje određen je u § 1297. ABGB-a.<sup>23</sup> Kod obične nepažnje mora se, prema općim odredbama, nadoknaditi pozitivna šteta, koja se određuje prema apstraktnom, objektivnom kriteriju opće vrijednosti "oštećene stvari" (§§ 1323. i d., 1332. ABGB-a). Samo kod postupanja s krajnjom nepažnjom imovinska šteta procjenjivat će se prema subjektivnom kriteriju, kao razlika između hipotetske imovine oštećenog poslodavca, kakva bi postojala da je izvršena činidba rada, i njegove stvarne imovine. Tu ulazi i izmakla korist, koja se mogla očekivati u konkretnom slučaju prema uobičajenom tijeku stvari (§§ 1293., 1331. ABGB-a).<sup>24</sup>

<sup>20</sup> U teoriji se ističe da je ona u skladu s francuskim, švicarskim, talijanskim i grčkim pravom, ali je suprotna njemačkom pravu. Naime, prema odredbi § 823. BGB-a za štetu odgovara onaj tko skrivljeno povrijedi određeno pravno dobro druge osobe: život, tijelo, zdravlje, slobodu, ili vlasništvo. Iz različitih zakonskih rješenja proizlazilo bi da austrijsko pravo poznaje po opsegu šire odštetne zahtjeve nego njemačko pravo. To ipak nije slučaj, budući da austrijski Vrhovni sud nije priznao deliktnu zaštitu imovine. Harrer, Friedrich, § 1295 Rz 1, u: Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen, Band 5 (§§ 1293-1502 ABGB), herausgegeben von Michael Schwimann, Wien, 1987., Verlag Orac, str. 39. (dalje: Praxiskommentar); Konowalczyk, T., Sauer, S., *op. cit.*, str. 383.

<sup>21</sup> Konowalczyk, T., Sauer, S., *op. cit.*, str. 384.

<sup>22</sup> Namjera se u teoriji određuje kao znanje (Wissen) i volja, htijenje (Wollen) obilježja činjeničnog stanja. Prema vladajućoj teoriji namjere ("Vorsatztheorie") mora postojati svijest o protupravnosti. Harrer, F., *op. cit.*, str. 37.

<sup>23</sup> § 1297.: "Pretpostavlja se da je svatko tko posjeduje zdrav razum, sposoban za takav stupanj marljivosti i pažnje, koju može primijeniti osoba uobičajenih sposobnosti. Tko u radnjama kojima se vrijedaju prava drugoga ne postupaju s ovim stupnjem marljivosti i pažnje, odgovoran je za nepažnju." [Es wird aber auch vermutet, daß jeder, welcher den Verstandesgebrauch besitzt, eines solchen Grades des Fleißes und der Aufmerksamkeit fähig sei, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann. Wer bei Handlungen, woraus eine Verkürzung der Rechte eines andern entsteht, diesen Grad des Fleißes oder der Aufmerksamkeit unterläßt, macht sich eines Versehens schuldig.]

<sup>24</sup> Spielbüchler, K., *Arbeitsrecht I*, *op. cit.*, str. 207.



*Uzročnost.* Pretpostavka odgovornosti posloprimca za štetu jest postojanje uzročne veze između štetne radnje i nastale štete.<sup>25</sup> I u austrijskom pravu najviše je prihvaćena teorija, tzv. adekvatne uzročne veze (*Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs*),<sup>26</sup> kojom se utvrđuje granica kod uračunavanja štete (*Schadenszurechnung*).<sup>27</sup> U svojoj praksi Vrhovni sud Austrije uobičajeno koristi formulaciju o *odgovornosti za sve posljedice* (*Haftung für alle Folgen*) skrivljenog ponašanja, s kojima se *in abstracto* mora računati. Štetnik ne odgovara za atipični rezultat, odnosno za štetu koja je nastala potpuno neuobičajenim "spletom okolnosti". Pritom se smatra da je dovoljan kriterij razumnog čovjeka, koji može prepoznati opću sposobnost nekog uzroka da uzrokuje štetu, a ne i njegove pojedinačne posljedice, ako one leže izvan općeg čovjekovog iskustva. Zastupa se stajalište da adekvatnost treba ocjenjivati objektivno, a ne prema subjektivnim prilikama (*Verhältnissen*) štetnika; riječ je o tome može li opasnost prepoznati svaki razuman čovjek.<sup>28</sup>

Primjena kriterija adekvatne uzročne veze u sudskoj se praksi često ograničava korištenjem drugog kriterija, tzv. "prekida uzročne veze" (*Unterbrechung des Kausalzusammenhangs*). Smatra se da je uzročna veza prekinuta kada se treći umiješa u lanac uzročnosti. I dok stajalište judikature o tome nije jedinstveno, u teoriji je korištenje kriterija prekida uzročne veze naišlo na oštru kritiku, u kojoj se ističe da se složeni problem ocjenjivanja ne može svesti na jednostavno pitanje je li uzročna veza prekinuta ili nije.<sup>29</sup>

O uzročnosti u radnom pravu vidi *infra*, pogl. 3.3.1.

*Teret dokaza.* Teret je dokaza da nije kriv za neispunjenje ugovorne ili zakonske obveze prema § 1298.<sup>30</sup> ABGB-a na štetniku. U literaturi radnoga prava<sup>31</sup> ova se odredba tumači tako da se od posloprimca kao štetnika traži dokazivanje samo neskrivljenog izostanka s posla ili neskrivljena prekoračenja neke nametnute mu zabrane. Ako u tome ne uspije, odgovarat će za nastalu štetu.

<sup>25</sup> *Uzročnost* (*Ursächlichkeit*) se često označava kao minimalan zahtjev za postojanje odgovornosti (ekvivalentna uzročnost, teorija o *condicio sine qua non*); Vrhovni sud Austrije govori o tzv. "teoriji uvjeta" ("*reinen Bedingungstheorie*"). Vidi više Harrer, F., *op. cit.*, str. 39-40.

<sup>26</sup> Pored ove teorije, u austrijskom je pravu prihvaćena i tzv. teorija o zaštitnoj svrsi norme (*Lehre vom Schutzzweck der Norm*), nastala u njemačkoj literaturi. Prema ovoj teoriji, kriterij za uračunavanje štetnih posljedica štetniku jest opravdanost naknade štete sa stajališta zaštitne svrhe norme kao osnove odgovornosti. Više: Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München, Beck, 1987., str. 440-441.

<sup>27</sup> O razlikovanju pojmova uzročnosti i uračunavanja vidjeti više *ibid.*, str. 435-436.

<sup>28</sup> Harrer, F., *op. cit.*, str. 40.

<sup>29</sup> *ibid.*, str. 41. i d.

<sup>30</sup> § 1298.: "Tko tvrdi da je bez svoje krivnje bio spriječen u ispunjenju svoje ugovorne ili zakonske obveze, obvezan je to dokazati. Onaj tko na osnovi ugovorne odredbe odgovara samo za krajnju nepažnju, mora također dokazati da ova pretpostavka nije ispunjena." [*Wer vorgibt, daß er an der Erfüllung seiner vertragmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sei, dem liegt der Beweis ob. Soweit er auf Grund vertraglicher Vereinbarung nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, muß er auch beweisen, daß es an dieser Voraussetzung fehlt.*]

<sup>31</sup> Više: Spielbüchler, K., *Arbeitsrecht I*, *op. cit.*, str. 208.

U slučaju, pak, da je posloprimac obavio rad, navedenu odredbu teorija tumači u njegovu korist prebacujući teret dokaza na poslodavca koji će morati dokazati da je posloprimac povrijedio obvezu pažljivog postupanja (*Sorgfaltspflicht*). Naime, obveza posloprimca nije postizanje određenog rezultata (*Erfolg*), zbog čijeg bi nepostizanja mogao dobiti otkaz, nego samo pažljivi (savjesni) napor (*sorgfältige Bemühung*), a pravilo o teretu dokaza iz navedene odredbe ne odnosi se na takve obveze pažljivog postupanja. Ako poslodavac dokaže da je posloprimac povrijedio obvezu pažnje prema objektivnom kriteriju, posloprimac će se moći ekskulpirati dokazujući nepostojanje krivnje u užem smislu (subjektivnu nesposobnost), prema odredbi §1297., osim ukoliko radi na radnom mjestu stručnjaka za koje je tipično da uvijek odgovara za nedostatak.

U slučaju da je i poslodavac dijelom kriv za nastalu štetu, primjenjuje se odredba § 1304. ABGB-a o podijeljenoj odgovornosti.

### **3. Ograničenje odgovornosti posloprimca za štetu prema Zakonu o odgovornosti posloprimca**

Osnovno obilježje i posebnost odredbi ZOP-a jest da posloprimac kao štetnik ne odgovara za svaki stupanj krivnje kao što bi morao prema općim pravilima o odgovornosti ABGB-a.<sup>32</sup>

#### **3.1. Razvoj zakonskog ograničenja odgovornosti posloprimca do donošenja ZOP-a**

Namjera svih zakonskih prijedloga ograničenja odgovornosti posloprimca za štetu uzrokovanu poslodavcu bila je postizanje socijalno zadovoljavajućeg rješenja sukoba interesa u radnom odnosu do koga dolazi u slučaju kada posloprimac u vršenju posla uzrokuje štetu poslodavcu postupajući bez namjere.<sup>33</sup>

Prvi takav pokušaj predstavlja zakonski prijedlog iz 1957. godine, nastao pod utjecajem literature, kojim je predloženo umetanje četiri nova članka iza § 1322. ABGB-a. Ovim prijedlogom odgovornost posloprimca ograničava se na one štete koje je on uzrokovao pri obavljanju posla koji je na njega prenesen (*bei Ausführung der ihm übertragenen Arbeit*) postupajući s krajnjom nepažnjom (neobičajenom nemarnošću, *auffallender Sorglosigkeit*) ili namjerom (zlom namjerom, *böse Absicht*). Odgovornost posloprimca za običnu nepažnju bila je predviđena kao iznimka, za slučaj kada se zbog posebnih okolnosti slučaja isključenje odgovornosti posloprimca činilo nepravičnim.<sup>34</sup> Odredbe o ograni-

<sup>32</sup> Koziol, H., *op. cit.*, str. 163.

<sup>33</sup> Klusemann, E., *Die Entwicklung*, *op. cit.*, str. 371.

<sup>34</sup> Kao posebne okolnosti u § 1322a navode se posebice: težina krivnje posloprimca, visina plaće, ekonomsko stanje ugovornih strana. Uz to valja uzeti u obzir i to pokazuje li iskustvo da je s radom koji posloprimac obavlja, ili s okolnostima pod kojima se rad treba obaviti povezana

čenju odgovornosti uključivale su ne samo slučaj štete uzrokovane neposredno poslodavcu, nego i odštetni zahtjev treće osobe – oštećenika prema posloprimcu, uz priznanje zahtjeva za oslobođenje naknade štete posloprimca prema poslodavcu (*Freistellungsanspruch*), kao i ograničenje regresnog zahtjeva poslodavca prema posloprimcu koji je štetu uzrokovao, u slučaju kada je treća osoba uputila odštetni zahtjev neposredno poslodavcu. Prijedlog zakona naišao je na živu diskusiju, koju su obilježila potpuno suprotna interesna stajališta zastupnika poslodavaca i posloprimaca.<sup>35</sup>

Značajne razlike u stajalištima bile su povod izmijenjenom prijedlogu, iz 1958. g., u kojem su djelomično prihvaćeni prigovori upućeni sa strane poslodavca. Dok je prema prvom prijedlogu, odgovornost posloprimca za običnu nepažnju bila predviđena kao iznimka, novi je prijedlog u načelu propisivao odgovornost posloprimca za svaki stupanj krivnje, osim ako je nepažnja bila toliko neznatna, da bi se obveza naknade štete uz uzimanje u obzir svih okolnosti slučaja pokazala kao nepravična. Uz potpuno oslobođenje od odgovornosti, prijedlogom je bila predviđena i mogućnost da sud utvrdi djelomičnu odgovornost posloprimca prosuđujući na temelju pravičnosti.<sup>36</sup>

Pitanje ograničenja odgovornosti posloprimca za štetu dobilo je posebno mjesto i unutar (djelomičnog) prijedloga kodifikacije radnoga prava, iz 1961. g., čime se po prvi puta ova problematika pokušala urediti izvan ABGB-a. Prijedlog je sadržavao sljedeća pravila: obveza naknade štete posloprimca ograničava se, u pravilu, na slučajeve štete uzrokovane namjerom ili krajnjom nepažnjom; u slučaju postupanja s običnom nepažnjom posloprimac može iznimno biti obvezan naknaditi štetu ako je njegova posebna obveza pažnje kompenzirana odgovarajućom naknadom; kod odmjeravanja visine naknade sud mora voditi računa o profesionalnom obrazovanju posloprimca, težini krivnje, ekonomskom

---

mogućnost, ili vjerojatnost nastupanja štete. Prema tumačenju odredbe mora se razmotriti i pitanje je li posloprimac ponovljeno ili u kratkom vremenskom razmaku uzrokovao štetu slične vrste i na sličan način, tako da bi se moglo zaključivati o posebnom nedostatku pažnje. *ibid.*, str. 371-372.

<sup>35</sup> Savezna obrtnička komora odbila je u potpunosti prijedlog, tvrdeći u svojoj kritici da se predloženim rješenjima posloprimac navodi na propuste i nepažljivost, a nasuprot tome sve snažnija tehnicizacija i sve veća složenost radnog procesa zahtijeva povećanje pažnje. Također, smatrala je da je prijedlog u suprotnosti s načelima ABGB-a, budući da bi, u slučaju kada zbog štete koju je običnom nepažnjom uzrokovao trećoj osobi posloprimac bude pozvan na odgovornost, posloprimac koji je skrivljeno postupao mogao zahtijevati naknadu od poslodavca koji nije kriv. Nasuprot tome, austrijska Radnička komora u načelu je prihvatila prijedlog, zahtijevajući da se među primjerično nabrojene "posebne okolnosti" unese jedna kvalificirana, utvrđenjem je li riječ o radu posloprimca koji zahtijeva posebnu pažnju i dobiva li on za to odgovarajuću naknadu. Ovako kvalificiranoj okolnosti trebalo bi se dati posebno značenje, dok bi preostala razmatranja pravičnosti došla u obzir samo u području odmjeravanja štete. Kritici je podvrgnuta i zakonska formulacija "pri obavljanju rada koji je na njega prenesen" (*bei Ausübung der ihm aufgetragenen Arbeit*), koja bi, smatra se, mogla dovesti do neželjenog, preuskog tumačenja i umjesto toga predlaže se formulacija "pri ispunjenju obveza iz radnog odnosa". *ibid.*, str. 372.

<sup>36</sup> Austrijska Radnička komora zahtijevala je i dalje opće ograničenje odgovornosti posloprimca za štetu uzrokovanu običnom nepažnjom te ograničenje obveze naknade štete na najviši iznos koji bi se utvrđivao u ovisnosti o visini plaće posloprimca.

položaju ugovornih strana i opasnosti od štete koju u sebi nosi neki rad (*Schadensgeneigtheit der Arbeit*); posloprimac ima pravo na zahtjev za oslobođenjem od naknade štete prema poslodavcu u slučaju izravne tužbe oštećenika; posloprimac je obavezan obavijestiti poslodavca o izravnoj tužbi treće osobe – oštećenika; predviđeno je ograničenje regresnog zahtjeva poslodavca te zastarni rok od 6 mjeseci za zahtjev za naknadu štete ili regresni zahtjev poslodavca ili posloprimca odnosno zahtjev za oslobođenje od naknade štete posloprimca, koji teče od trenutka saznanja za uzrokovanje štete.<sup>37</sup>

### 3.2. Personalno važenje Zakona o odgovornosti posloprimca

U odredbi § 1. ZOP-a određeno je personalno područje važenja zakona. On se primjenjuje na posloprimca (*Dienstnehmer*) (naučnika, *Lehrling*) u privatnopravnom ili javnopravnom radnom (naučničkom) odnosu – *posloprimce*. Primjenom su obuhvaćene i osobe koje rade kod kuće (*Heimarbeiter*), nadalje osobe koje nisu u radnom odnosu, ali obavljaju rad po nalogu i za račun određenih drugih osoba i koje zbog njihove ekonomske zavisnosti treba u odnosu prema nalogodavcima smatrati *sličnima posloprimcu*. Krug osoba koje su "slične posloprimcu" (*arbeitnehmerähnlich Person*) utvrđuje sudska praksa – to su sve vrste trgovačkih zastupnika, liječnici, novinari, filmski režiseri, prijevoznici i dr. Literatura se bavila elementima ekonomske zavisnosti kao kriterijem za određenje kruga ovih osoba, pa izdvaja: osobnu ovisnost, rad za jednu ili veći broj određenih osoba, posebice ograničenje rada za druge osobe; ostvarenje prihoda kao cilj; vrstu i visinu naknade i stavljanje na raspolaganje sredstava rada.<sup>38</sup> Odredbe Zakona ne primjenjuju se na one posloprimce koji u svojstvu organa pravnih entiteta označenih u čl. 23. st. 1. Saveznog ustavnog zakona iz 1929. g. izvršavanjem zakona prouzroče štetu pravnim entitetima, ili trećoj osobi.<sup>39</sup>

Za bolje razumijevanje različitih stajališta austrijske teorije i sudske prakse potrebno je ukazati na razlikovanje nekoliko kategorija posloprimaca u austrijskom pravu, koje hrvatsko pravo ne poznaje.

<sup>37</sup> *Ibid.*, str. 373.

<sup>38</sup> Više: Köck, Stefan, *Zum Anwendungsbereich des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes, u: Haftungsprobleme im Arbeitsverhältnis*, hrsg. von Theodor Tomandl, Wien, Wilhelm Braumüller Universitäts-Verlagsbuchhandlung, 1991., str. 46-49.

<sup>39</sup> *Bundesgesetz vom 19. Mai 1967 BGBl 181 über die Haftung der Organe der Gebietskörperschaften und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für Schäden, die sie dem Rechtsträger in Vollziehung der Gesetze unmittelbar zugefügt haben (Organhaftpflichtgesetz - OrgHG)* idF BGBl 104/1985

Pravnu osnovu zasnivanja radnog odnosa predstavlja ugovor o službi (*Dienstvertrag*), uređen §§ 1151. i 1153. i d. ABGB-a,<sup>40,41</sup> koji se uobičajeno naziva ugovorom o radu. To je ugovor o činidbi zavisnog, dakle nesamostalnog rada. Model ugovora o radu primjenjuje se i na, tzv. više službe (*höhere Dienste*), tj. rukovodioce u trgovačkim društvima, odnosno menadžere (rukovodeći namještenici, rukovoditelji poslova u društvima s ograničenom odgovornošću, članovi uprave dioničkog društva i sl.).

Uz ugovor o radu, austrijsko pravo poznaje i poseban pravni institut, tzv. slobodni ugovor o službi (*freie Dienstvertrag*). On predstavlja mješovitu tvorevinu, institut čija je primjena dvojbena, jer se u praksi često koristi kao način na koji poslodavac zaobilazi svoje obveze. Tako su neke osobe, primjerice namještenici ili pomoćnici (suradnici, *Mitarbeiter*) arhitekata ili fotoreporteri dnevnih novina, koje bi trebale raditi kao "normalni" posloprimci, prisiljene zapošljavati se u svojstvu slobodnih pomoćnika, čime gube radnopravnu,<sup>42</sup> socijalnopravnu<sup>43</sup> i poreznu zaštitu koju uživaju posloprimci.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> § 1151. "(1) Kada se netko obveže drugome na obavljanje činidbe rada na neko određeno vrijeme, nastaje ugovor o službi; kada netko preuzme izvršenje nekog posla uz naknadu, nastaje ugovor o djelu. (2)..." [(1) Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag. (2)...] § 1152. "Ako ugovorom nije određena naknada i nije ugovorena besplatnost, uzima se da je ugovorena primjerena naknada." [Ist im Verträge kein Entgelt bestimmt und auch nicht Entgeltlichkeit vereinbart, so gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen.] 1. *Ugovor o službi* [1. *Dienstvertrag*] § 1153. "Ako iz ugovora o službi ili iz okolnosti ne proizlazi ništa drugo, posloprimac mora osobno obavljati službu, a zahtjev za obavljanje službe nije prenosiv. Ukoliko nisu ugovoreni vrsta i opseg službe/rada, službu/rad treba obavljati primjereno okolnostima." [Wenn sich aus dem Dienstverträge oder aus den Umständen nichts anderes ergibt, hat der Dienstnehmer die Dienste in eigener Person zu leisten und ist der Anspruch auf die Dienste nicht übertragbar. Soweit über Art und Umfang der Dienste nichts vereinbart ist, sind die den Umständen nach angemessenen Dienste zu leisten.]

<sup>41</sup> Individualni radni odnosi nisu uređeni zakonom na jedinstven način. Odredbe ABGB-a predstavljaju opća pravila, koja se primjenjuju supsidijarno ako ne postoji neki poseban zakon (dio tzv. posebnog privatnog prava, *Sonderprivatrecht*) koji, manje ili više cjelovito, uređuje radni odnos pojedinih kategorija radnika (sadrže, prije svega, "zaštitne" norme koje se odnose na pitanja tjedne plaće, otkaznog roka, opravdanih razloga za otkaz, rada nedjeljom i mnoga dr.). Ovi posebni zakoni razlikuju se, s obzirom na zanimanje i vrstu posla koji osoba obavlja, posebice s obzirom na to je li riječ o "radniku" ili "namješteniku". Tako se, u kategoriji radnika, primjerice, na industrijske radnike (*Gewerbearbeiter*) primjenjuje Zakon o industriji (*Gewerbeordnung*), iz 1859. (izmijenjen 1885. g.), i iz 1973. g., na radnike u rudnicima (*Bergarbeiter*) Zakon o rudnicima (*Berggesetz*), iz 1854. g. i Zakon o rudarima (*Bergarbeitergesetz*), iz 1919.; u kategoriji namještenika, npr., na privatne namještenike (*Privatangestellte*) Zakon o namještenicima (*Angestelltengesetz*), iz 1921., na novinare Zakon o novinarima (*Journalistengesetz*), iz 1920. i sl.

<sup>42</sup> To su prava vezana uz godišnji odmor, otpremninu, naknadu štete, osiguranje naknade štete u slučaju insolventnosti poslodavca, a na mnoge od njih ne primjenjuju se ni kolektivni ugovori.

<sup>43</sup> U okviru socijalnog osiguranja, njihov je položaj bitno nepovoljniji od onog običnih posloprimaca. Poslodavac za njih uplaćuje samo polovicu uobičajenih doprinosa, a ne uživaju niti mirovinsko osiguranje.

<sup>44</sup> Barta, Heinz, *Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken*, Wien, WUV Universitätsverlag, 2004., str. 772.

U teoriji je prihvaćeno da u kategoriju slobodnog ugovora o službi ulaze i ugovori o radu osoba koje obavljaju neki rad kao samostalni rad i nisu odgovorne za rezultat tog rada, a zasnovale su trajni pravni odnos (na određeno ili neodređeno vrijeme), bez točno određene plaće. U literaturi se navode primjeri liječnika – kirurga, odvjetnika poduzeća koji zastupa poduzeće u sudskim sporovima ili poreznog savjetnika nekog poduzeća, koji, bez obzira na to što su obvezni na činidbu, ne mogu uvijek obećati uspjeh. Kao odlučujuća pretpostavka uzima se pritom postojanje "ekonomske ovisnosti o ... poslodavcu".<sup>45</sup>

### **3.3. Pretpostavke (ograničenja) odgovornosti posloprimca za štetu prouzročenu poslodavcu**

Najvažniju odredbu o ograničenju odgovornosti posloprimca predstavlja odredba § 2. ZOP-a, kojom se utvrđuju relevantni stupnjevi krivnje (st. 1. i 3.) i kriteriji za odmjeravanje naknade štete (st. 2.). Prema slovu zakona mora biti riječ o šteti koju je "pri izvršavanju svoje činidbe rada (*bei Erbringung seiner Dienstleistungen*) posloprimac prouzročio poslodavcu...".

#### **3.3.1. Šteta prouzročena "pri izvršavanju činidbe rada" - pitanje uzročne veze**

ZOP ne daje pojmovno određenje sintagme o šteti prouzročenoj "pri izvršavanju činidbe rada". Takvo rješenje ne tumači se kao propust zakonodavca, već u uskoj vezi s ciljevima koji se ovim zakonom žele postići. Naime, zakonodavac nije želio unaprijed ograničiti područje stvarnog važenja zakonskih odredbi o ublažavanju odgovornosti.<sup>46</sup> Tumačenje navedene sintagme otuda je prepušteno sudskoj praksi i teoriji.<sup>47</sup> U literaturi se, pritom, posegnulo i za rješenjima iz drugih područja prava, kao što je građanskopravna odgovornost gospodara posla za radnje svoga pomoćnika (iz § 1313.a ABGB-a), ili iz područja prava socijalnog osiguranja.

Dio odredbe prema kojem šteta mora biti prouzročena "pri izvršavanju činidbe rada" austrijska sudska praksa jednoglasno tumači kao nužnost postojanja uzročne veze između činidbe rada i štetne posljedice, koja je pretpostavka primjene ZOP-a na nastalu štetu. Dvojba, međutim, postoji oko određenja opsega ove uzročne veze. U judikaturi i teoriji uglavnom je prihvaćeno stajalište da se ZOP primjenjuje na štete koje posloprimac uzrokuje neposredno izvršavanjem obveza iz ugovora o radu,<sup>48</sup> kao i da se ne primjenjuje na one štete koje nemaju nikakve veze s radnim odnosom, tj. nisu rezultat posloprimčevih obveza iz

<sup>45</sup> *Ibid.*, str. 772-773. Autor navodi mogućnost da se odvjetnici ili porezni savjetnici zaposle kao posloprimci u nekom poduzeću, što stanje čini još složenijim.

<sup>46</sup> Schrammel, H., *op. cit.*, str. 206.

<sup>47</sup> Ovakvo rješenje nalazimo i u hrvatskom pravu, jer Zakon o radu ne daje pojmovno određenje sintagme štete "uzrokovane na radu i u vezi s radom", kao i u njemačkom pravu, u kojem se koristi sintagma "rada naredenog u pogonu" (*betrieblich veranlaßte Tätigkeit*).

<sup>48</sup> Koziol, H., *op. cit.*, str. 163.

ugovora o radu.<sup>49</sup> U sudskoj praksi je također prihvaćeno mišljenje da se odredbe zakona primjenjuju na slučajeve šteta koje su nastale "lošim ispunjenjem" (*Schlechterfüllung*) ugovora o radu, a ne one nastale neispunjenjem (*Nichterfüllung*) činidbe rada.<sup>50</sup> Pod neispunjenjem činidbe rada podrazumijeva se slučaj kada posloprimac neosnovano ne počne raditi,<sup>51</sup> ili završi raditi prije vremena. Sintagma "pri izvršavanju činidbe rada" sadrži pretpostavku da je posloprimac počeo ispunjavati ugovor o radu i da ugovor traje. Prema Koziolu, ublažavanje odgovornosti prema odredbama ZOP-a može doći u obzir samo kada posloprimac ne ispuni obveze koje je preuzeo prema poslodavcu.<sup>52</sup>

U teoriji se ističe kako između navedenih slučajeva šteta, odnosno uzročnih veza postoji područje koje predstavlja "sivu zonu", ali i da gotovo općeprihvaćena stajališta stoje na "nesigurnim nogama". Mnogo je spornih pitanja<sup>53</sup> pa se može ustvrditi neujednačenost austrijske sudske prakse u ovom području. Vrhovni sud Austrije prihvatio je, pod utjecajem teorije, nužnost postojanja *neposredne* uzročne veze između radnog odnosa i nastupanja štete. Prema mišljenju Vrhovnog suda, ova neposredna uzročna veza postoji i onda kada je posloprimac uzrokovao štetu dok je nakon posjeta mušteriji vozio kući. Službeni put uključuje nužno i povratnu vožnju, budući da je ta vožnja, bez obzira na vrijeme kada se odvija, dio ispunjenja činidbe rada na temelju naloga poslodavca.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> Schrammel, Walter, *Haftungsmilderung "bei" Erbringung der Dienstleistung*, ZAS, 20. Jg., H. 6, 1985., str. 203.

<sup>50</sup> Konowalczyk, T., Sauer, S., *op. cit.*, str. 384; Schrammel, W., *op. cit.*, str. 203. i dr.

<sup>51</sup> OGH 18.11.1975. Arb 9422 cit. prema Schrammel, W., *op. cit.*, str. 203-204. Autor navodi slučaj kada neki pjevač kao posloprimac nije neosnovano započeo raditi pa je zbog toga poslodavac imao veće izdatke, jer je morao angažirati skupljeg pjevača kao zamjenu. U ovom slučaju nije bilo mjesta primjeni povoljnijih odredbi ZOP-a, već je sud na pitanje naknade štete primijenio odredbe ABGB-a.

<sup>52</sup> Koziol, H., *op. cit.*, str. 163.

<sup>53</sup> Primjerice, kad pri nedjeljnom izletu posloprimac u prometnoj nezgodi ošteti automobil poslodavca, neće se primijeniti odredbe ZOP-a, ali je sporna njihova primjena u slučaju sličnog događaja u kojem je posloprimac bio ovlašten koristiti automobil poslodavca i u privatne svrhe. Jedan od problema vidi se i u razgraničenju što ga je postavila sudska praksa, između lošeg ispunjenja i neispunjenja ugovora o radu. Nejasno je, naime, može li se kao neispunjenje ugovora okarakterizirati samo situacija kada ugovor o radu ne postoji, ili je dovoljno propuštanje izvršenja činidbi rada dok ugovor još postoji. Može li se u tom smislu drijemanje posloprimca na radnom mjestu označiti kao neispunjenje zbog prijevremenog završetka rada? U krug spornih pitanja ulazi i problem može li se uzeti kao pravno relevantan i onaj štetni događaj koji je nastupio prije ili nakon obavljanja rada; primjenjuje li se ZOP na putovanje na posao i s posla; je li za njegovu primjenu dovoljna mjesna povezanost između činidbe rada i uzrokovanja štete i mnoga druga. Više: Schrammel, W., *op. cit.*, str. 204.

<sup>54</sup> OGH, 1. 12. 1981, Arb 10.064, cit. prema: Schrammel, W., *op. cit.*, str. 204. Autor navodi nekoliko odluka nižih sudova. U jednoj, u slučaju štete na vozilu poslodavca koju je uzrokovao posloprimac vozeći u privatnu svrhu (vozio je svoje usvojitelje u mjesto odmora), Radni sud je utvrdio postojanje uzročne veze između nastale štete i činidbe rada. O šteti "pri izvršavanju činidbe rada" riječ je i onda kada je posloprimac činidbu izvršavao bolestan i suprotno liječničkom savjetu. Mišljenje je da se ne mora raditi o konkretnoj činidbi koju poslodavac može tražiti ili prihvaćati od posloprimca, već je dovoljno da činidba rada apstraktno ulazi u ugovorne obveze posloprimca.

Uz štete uzrokovane pri izvršavanju činidbe rada, teorija razlikuje štete nastale *prigodom ispunjenja* ugovora o radu (*gelegentlich der Erfüllung des Vertrages*). Ove posljednje značajne su ne samo kada je riječ o odgovornosti posloprimca, nego i za tumačenje odgovornosti za pomoćnika pri obavljanju rada (*Gehilfenhaftung*) koja je uređena § 1313.a ABGB-a.<sup>55</sup> Prema vladajućem mišljenju, obilježje je šteta nastalih "prigodom ispunjenja" postojanje takve uzročne veze između štetne radnje i ispunjenja ugovora koja je samo izvanjska i temelji se jedino na vremenu i mjestu. Nasuprot tome, štete nastale "pri ispunjenju" (*bei Erfüllung*) u sebi moraju sadržavati unutarnju uzročnu vezu između štete i radnje ispunjenja.<sup>56</sup> Primjenjujući ovo stajalište na odgovornost gospodara posla iz § 1313.a ABGB-a, Koziol zaključuje kako u slučaju povrede obveza zaštite (*Schutzpflichtverletzungen*) gospodar posla odgovara samo za tipične štetne posljedice koje se općenito mogu očekivati kod angažiranja pomoćnika, dok u slučaju povrede obveze izvršenja glavne činidbe mora odgovarati i za atipične štetne posljedice, primjerice namjeru pomoćnika. Preneseno u područje radnopravne odgovornosti za štetu, ovo bi značilo da će se ZOP primjenjivati uvijek kada je riječ o povredi obveze glavne činidbe (dakle, i kada je šteta nastala zbog neosnovanog prijevremenog završetka posla). Nasuprot tome, kod povreda sporednih obveza ZOP bi se primjenjivao samo na tipične štetne posljedice. Koziolov pokušaj da učenje o odgovornosti za pomoćnika kod obavljanja rada prenese na odgovornost poslodavca za štetu naišlo je na kritiku.<sup>57</sup>

Iz literature valja izdvojiti i pokušaj da se definicija sporne sintagme izvede iz tumačenja odredbi ZOP-a koje uređuju način i opseg ublažavanja odgovornosti. No, zaključak je bio kako one ne daju temelj za to te da se područje važenja ZOP-a odnosi samo na postupanje posloprimca koje služi ispunjenju ugovora koje treba dovesti do rezultata kojim teži poslodavac. Rad izvan naplatnog odnosa (*Entgeltverhältniss*) podvrgnut je u pitanjima odgovornosti općim pravilima odštetnog prava.<sup>58</sup>

Nedavno je Vrhovni sud Austrije donio odluku u slučaju požara zbog pušenja na radnom mjestu.<sup>59</sup> Radilo se o uredskom namješteniku koji je prije završetka posla brzo popužio jednu cigaretu i nakon toga napustio ured. Neprikladno

---

Za postojanje neposredne uzročne veze nije dostatno to što je posloprimac obavio neku činidbu uz znanje poslodavca, kao ni to da je poslodavac savjetovao posloprimcu obavljanje nekog posla od kojeg bi i poslodavac ostvario ekonomski interes. *loc. cit.*

<sup>55</sup> § 1313.a ABGB-a glasi: "Tko je obvezan drugome izvršiti neku činidbu, odgovara za krivnju svog zakonskog zastupnika kao i osoba koje koristi za ispunjenje, kao za svoju vlastitu." [Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.]

<sup>56</sup> Koziol, H., *op. cit.*, str. 267. i d.

<sup>57</sup> Schrammel, H., *op. cit.*, str. 205.

<sup>58</sup> Schrammel, H., *op. cit.*, str. 206.-208.

<sup>59</sup> OGH 12. 7. 2006., 9 ObA 34/06z, <http://www.lindeverlag.at/pvinfo/newsarchiv/2006/News-2006-09-18> i [http://portal.wko.at/wk/format\\_detail.wk?AngID=1&StfID=276789](http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StfID=276789), 3. 11. 2006.



odbačen opušak izazvao je uskoro požar, pri čemu je nastala znatna materijalna šteta. Posloprimac je u kaznenom postupku pravomoćno osuđen zbog nepažljivog izazivanja požara. Poslodavac je u postupku pred Radnim i socijalnim sudom zahtijevao od posloprimca naknadu cjelokupne štete. Vrhovni sud ublažio je odgovornost posloprimca i poslodavcu dodijelio samo dio tražene naknade štete. U svojem je obrazloženju ustvrdio da pušenje na radnom mjestu kao socijalno adekvatno ponašanje (*sozialadäquates Verhalten*) ulazi u zaštitni okvir ZOP-a, a ne isključivo u sferu privatnog interesa posloprimca. Sud je naveo kako nije odlučujuće puši li se za vrijeme radnog vremena ili pauze, već da je šteta u stvarnoj vezi s izvršenjem činidbe rada. Ocjena suda da je pritom posloprimac postupao s lakom nepažnjom otvorila je prostor mišljenju kako je potrebno uvesti potpunu zabranu pušenja u svim poslovnim prostorijama.

Navedeno upućuje na zaključak da će u tumačenju nejasne zakonske odredbe, a time i određenju stvarnog područja važenja ZOP-a, značajnu uloga i dalje igrati sudska praksa, kao što je to slučaj i u usporednom pravu.

### 3.3.2. Stupnjevi krivnje

Prema § 2. st. 1. ZOP-a<sup>60</sup> ako je posloprimac pri izvršenju činidbe rada prouzročio štetu poslodavcu *nepažnjom (Versehen)*, sud može naknadu odmjeriti na temelju pravičnosti, ili posloprimca može, ukoliko je šteta prouzročena blažim stupnjem nepažnje, u potpunosti osloboditi naknade štete.<sup>61</sup> Prema odredbi §2. st. 3. za ispričivu pogrešku (*entschuld bare Fehlleistung*) posloprimac ne odgovara.<sup>62</sup>

Iz navedenoga proizlazi da su u području radnopravne odgovornosti u austrijskom pravu prihvaćeni sljedeći stupnjevi krivnje: namjera (*Vorsatz*) te tri stupnja nepažnje.

*Namjera.* Namjera je prema odredbi § 1294. ABGB-a svjesno i voljno nanošenje štete u zloj namjeri. Namjera se mora odnositi na nastupanje štete, a ne i na štetne posljedice.<sup>63</sup> U slučaju namjernog uzrokovanja štete ne primjenjuju se odredbe ZOP-a o ograničenju odgovornosti i posloprimac odgovara neograničeno.

*Nepažnja.* Stupnjevi nepažnje jesu: najlakša nepažnja (ili "ispričiva pogreška") iz st. 3. § 2. ZOP-a, obična ili srednja nepažnja (kao srednji stupanj nepažnje, st. 1. par. 2) te krajnja nepažnja, koja se određuje kao osobita odsutnost pažnje iz §

<sup>60</sup> § 2 Abs. 1: "Hat ein Dienstnehmer bei Erbringung seiner Dienstleistungen dem Dienstgeber durch ein Versehen einen Schaden zugefügt, so kann das Gericht aus Gründen der Billigkeit den Ersatz mäßigen oder, sofern der Schaden durch einen minderen Grad des Versehens zugefügt worden ist, auch ganz erlassen."

<sup>61</sup> Odredba prvotnog teksta zakona (iz 1965. godine) bila je stroža, jer je posloprimac odgovarao poslodavcu za štetu koju je prouzročio namjerom i *krajnjom nepažnjom*. Sud je mogao ublažiti, tj. ograničiti odgovornost posloprimca samo ako je ovaj štetu uzrokovao "blažim stupnjem nepažnje" (*durch einen minderen Grad des Versehens*).

<sup>62</sup> § 2 Abs. 3: "Für eine entschuld bare Fehlleistung haftet der Dienstnehmer nicht."

<sup>63</sup> Otto, H., Schwarze, R., *op. cit.*, str. 240.

1324 ABGB-a. Najveće značenje pridaje se razlikovanju između obične i krajnje nepažnje, jer je u slučaju obične nepažnje moguće potpuno oslobođenje od odgovornosti. Za razgraničenje ova dva stupnja nepažnje sudska praksa polazi prije svega od intenziteta povrede obveze i vjerojatnosti nastupanja štete.<sup>64</sup>

*Ispričiva pogreška.* Nejasnim pojmom "ispričive pogreške",<sup>65</sup> čije će štetne posljedice snositi poslodavac, zakonodavac je želio obuhvatiti slučajeve najlakšeg stupnja nepažnje, za koje bi posloprimac prema ABGB-u ipak odgovarao.<sup>66</sup> Prema shvaćanju austrijskog Vrhovnog suda riječ je o "sasvim neznačajnoj nepažnji koja će, ako se uzmu u obzir ukupna opterećenost radom u okviru pritiska posla te njegova vrsta i težina, neminovno (uvijek) nastati, i koja se može otkloniti samo uz primjenu izvanredne pažnje".<sup>67</sup> Vladajuće je mišljenje da se ovime ustvari isključuje odgovornost posloprimca za *culpu levissimu*. Nasuprot tome, neki autori tvrde da *culpu levissimu* nije bilo potrebno unositi u ZOP, jer je austrijsko pravo ne poznaje kao poseban stupanj krivnje<sup>68</sup> ili joj mjesto pronalaze unutar pojma obične nepažnje.<sup>69</sup>

Složeni posao razgraničenja između obične nepažnje i *culpae levissime*, tj. ispričive pogreške pao je time na suce. Iz sudske prakse mogu se izdvojiti sljedeći slučajevi oslobođenja posloprimca od odgovornosti zbog postojanja ispričive pogreške: slučaj naučnice koja je pri premještanju prevrнула haubu za sušenje kose, u čije je korištenje bila upućena; kada je posloprimac zaboravio kontrolirati protok tople vode zbog naloga da obavi drugi posao; otpuštanje ručne kočnice osobnog automobila s automatskim mjenjačem dok je motor radio, a mjenjač bio stavljen u "rikverc"; slučaj stenografistice preopterećene poslom koja je unijela bez kontrole narudžbu u knjigu narudžbi; slučaj strane radnice koja je zbog monotonog tijeka rada propustila ukloniti lijevani dio s polu-automatskog stroja i dr.<sup>70</sup> Sud je, primjerice, ocijenio da nije riječ o ispričivoj pogreški u slučaju kada je posloprimac vozeći automobil poslodavca prevelikom brzinom u uvjetima loših vremenskih prilika ušao u zavoj, pri čemu je skrenuo na lijevu stranu ceste i sudario se s motornim vozilom koje je dolazilo iz suprotnog smjera; u slučaju prekršaja pravila o pravu prvenstva; u slučaju naleta

<sup>64</sup> Konowalczyk, T., Sauer, S., *op. cit.*, str. 384. Teorija i sudska praksa nemaju jedinstveno polazište za ocjenu prijekora kod pojedinih stupnjeva nepažnje. S jedne strane, to je vjerojatnost nastupanja štete (govori se o "lakoj predvidivosti" ili "lakoj mogućnosti da se spriječi nastupanje štete"). S druge strane, polazište za prijekor krivnje jest povreda određene pažnje posloprimca ("povreda pažnje koja se objektivno zahtijeva", a kod krajnje nepažnje "neuobičajeno i osobito propuštanje obveze pažnje"). Otto, H., Schwarze, R., *op. cit.*, str. 239.

<sup>65</sup> Više: Edlbacher, O., *op. cit.*, str. 89-94.

<sup>66</sup> Koziol, H., *op. cit.*, str. 164.

<sup>67</sup> Cit. prema Konowalczyk, T., Sauer, S., *op. cit.*, str. 384.

<sup>68</sup> Edlbacher, O., *op. cit.*, str. 90. i d.

<sup>69</sup> Koziol, H., *Österreichisches Haftpflichtrecht* P, 1980., str. 132. i d. Cit. Prema Otto, H., Schwarze, R., *op. cit.*, str. 238.; Spielbüchler, K., *op. cit.*, str. 212. je označava kao prvi (najniži) stupanj u području obične nepažnje.

<sup>70</sup> Spielbüchler, K., *op. cit.*, str. 211-212.

na stup mosta zbog brzine između 80 do 90 km/h, iako je dopuštena brzina iznosila 50 km/h i dr.<sup>71</sup>

### 3.3.3. Kriteriji za odmjeravanje naknade štete

U odredbi stavka 2. § 2. ZOP-a određeni su kriteriji za odmjeravanje naknade štete, koje suci moraju uzeti u obzir prilikom donošenja odluke na temelju pravičnosti.<sup>72</sup> Sud će, uz stupanj krivnje posloprimca, morati uzeti u obzir i okolnosti koje se u navedenoj odredbi primjerično navode: stupanj odgovornosti koji sadrži obavljeni rad; koliko je kod odmjeravanja naknade za rad uzet u obzir rizik s kojim je obavljanje rada povezano;<sup>73</sup> stupanj obrazovanja posloprimca; uvjeti pod kojima je trebalo izvršiti činidbu rada; te je li s činidbom rada koju izvršava posloprimac prema iskustvu povezana vjerojatnost nastupanja štete koju je teško moguće izbjeći.<sup>74</sup>

U literaturi<sup>75</sup> se prigovara, prije svega, ovakvom primjeričnom reguliranju kriterija, koje ne pridonosi pravnoj sigurnosti. I sadržajno gledano odredba se ocjenjuje neuvjerljivom. Smatra se da se nedovoljan značaj dao sklonosti nekog posla opasnosti, odnosno povezanosti s rizikom, koja bi prema stajalištu autora ipak trebala imati ulogu filtera. U usporedbi s njemačkim pravom, austrijski je zakonodavac, pak, izbjegao pozivanje na one kriterije koji nemaju nikakvu prepoznatljivu vezu s počinjenom povredom obveze. To se ocjenjuje kao premoć nad njemačkom judikaturom, koja je među kriterije uvrstila i osobna obilježja posloprimca, kao što je životna dob i trajanje pripadnosti poduzeću. Polazeći od primjeričnog normiranja kriterija, austrijska teorija i judikatura uzimaju ipak u obzir neke druge subjektivne kriterije, koji mogu ići i na teret posloprimca, primjerice prihodi ili imovinsko stanje posloprimca.<sup>76</sup>

<sup>71</sup> Edlbacher, O., *op. cit.*, 93-94.

<sup>72</sup> Ovo je ocijenjeno kao prvo značajnije uvođenje sudačkog prava odmjeravanja naknade štete u austrijsko odštetno pravo. *ibid.*, str. 89.

<sup>73</sup> Sudska je praksa kao opasan rad ocijenila sljedeće poslove: upravljanje teškim teretnim vozilima, rukovanje opasnim materijalima ili zahtjev mnogostruke pažnje. Spielbüchler, K., *op. cit.*, str. 210.

<sup>74</sup> U jednoj odluci Zemaljskog suda u Klagenfurtu, od 16. 11. 1966., upravljanje automobilom brzinom od 50 km/h uz vidljivost od samo 20 m, na zaleđenoj cesti ocijenjena je još uvijek kao laka (obična) nepažnja, koja se dosta približila krajnjoj nepažnji. Šteta je iznosila 5400 šilinga. Uzimajući u obzir mjesečni prihod posloprimca od 3000 šilinga i obvezu pažljivog postupanja sud je odredio obvezu naknade štete u visini od 55%. LG Klagenfurt v. 16. 11. 1966 ArbSlg. 8319. Austrijski Vrhovni sud potvrdio je odluku nižeg suda u kojoj je bilo utvrđeno sljedeće činjenično stanje: 24-godišnji vozač automobila ušao je u pregledni desni zavoj brzinom od 60 do 65 km/h i pritom skrenuo desno te s oba desna kotača izašao s ceste ne mogavši, usprkos uloženom naporu, vratiti vozilo na cestu. Zbog nalijetanja na rubni kamen teretno vozilo teško je oštećeno (šteta je procijenjena na oko 27000 šilinga). Sudac je odmjerio naknadu štete u iznosu od 5000 šilinga, uzimajući u obzir okolnost da se vozač skrbio o dvoje bračne i jednom izvanbračnom djetetu. OGH v. 27.6.1969 ArbSlb. 8636. Cit. prema Edlbacher, O., *op. cit.*, str. 94.

<sup>75</sup> Otto, H., Schwarze, R., *op. cit.*, str. 240.

<sup>76</sup> *Ibid.*, str. 240-241.

U teoriji se ocjenjuje da "iz ovakvog raznolikog kataloga djelomice i ambivalentnih kriterija proizlazi da nije riječ o slučajnom imovinskom odnosu između poslodavca i posloprimca, već je odlučujuća upravo posebna narav radnog odnosa."<sup>77</sup>

### 3.3.4. Rješenja u hrvatskom pravu *de lege ferenda*

Navedene odredbe nameću usporedbu s rješenjima u hrvatskom pravu. Prema čl. 105. Zakona o radu (dalje: ZOR)<sup>78</sup>, pretpostavka su radnikove obveze naknade štete uzrokovane poslodavcu na radu ili u svezi s radom dva stupnja krivnje: namjera ili krajnja nepažnja. Krajnja nepažnja se zbog svoje težine u praktičnim posljedicama izjednačuje s namjerom.<sup>79</sup> Odredba austrijskog ZOP-a u tom je smislu povoljnija za radnika, jer sadrži kriterij pravičnosti koji omogućuje sucu da u svakom pojedinačnom slučaju ocijeni ima li mjesta ublažavanju odgovornosti radnika čak i kad je postupao s krajnjom nepažnjom. Istodobno, stvorena je i obveza suca da vodi brigu o pravičnosti, čime je radniku pružena veća pravna sigurnost. Smatramo da s obzirom na razloge posebnog uređenja radnopravne odgovornosti za štetu ne bi bilo zapreke da se slična odredba *de lege ferenda* unese i u naš zakon. Ona bi mogla glasiti: U slučaju kada je šteta uzrokovana krajnjom nepažnjom, sud će se prilikom određivanja visine naknade štete rukovoditi načelom pravičnosti.<sup>80</sup>

Uvođenje nove odredbe zahtijevalo bi i definiranje pojedinačnih kriterija, koje bi sud trebao uzeti u obzir kada odlučuje temeljem pravičnosti, kako bi se spriječila arbitrarnost. S tim u vezi, korisna su spomenuta austrijska i njemačka zakonodavna rješenja i sudska praksa. Prije svega, valjalo bi uzeti u obzir kao relevantne one kriterije koji su u neposrednoj vezi s obavljanjem rada, kao što su stupanj odgovornosti koji prati obavljanje posla, stupanj opasnosti koju u sebi nosi neki rad te uvjeti rada (je li riječ o prekovremenom, noćnom radu, koliki je stupanj iscrpljenosti radnika i sl.). Smatramo da bi bilo potrebno uvažiti i socijalne komponente, kao što su imovinske prilike radnika te njegovo obiteljsko stanje (djeca koju uzdržava i sl.), jer one utječu na kvalitetu obavljanja posla.

### 3.4. *Odgovornost za štetu prouzročenu trećoj osobi*

Odredbe o ublažavanju odgovornosti posloprimca primjenjuju se ne samo za slučaj kada je posloprimac prouzročio štetu poslodavcu, već i onda kada je šteta prouzročena trećoj osobi, koja naknadu štete može tražiti neposredno od poslodavca.

<sup>77</sup> Spielbüchler, K., *op. cit.*, str. 210.

<sup>78</sup> NN, br. 38/95., 54/95., 65/95., 17/01., 82/01., 114/03., 142/03., 30/04., 68/05.

<sup>79</sup> Vedriš, Martin, Klarić, Petar, *Građansko pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2002., str. 560.

<sup>80</sup> Tim više što ZOR u čl. 101 [*Smanjenje ili oslobođenje radnika od dužnosti naknade štete*] predviđa mogućnost utvrđivanja uvjeta i načina smanjenja ili oslobođenja radnika od dužnosti naknade štete kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu.

### 3.4.1. Odgovornost poslodavca

#### 3.4.1.1. Odgovornost za radnje pomoćnika

Pravna osnova neposredne odgovornosti poslodavca prema trećoj osobi za štetu koju je trećemu prouzročio posloprimac na radu jesu odredbe § 1313.a do 1316. ABGB-a. Njima je uređena odgovornost poslodavca za postupke pomoćnika kao poseban oblik odgovornosti za drugoga.<sup>81</sup>

Odgovornost poslodavca za posloprimca kao pomoćnika kod ispunjavanja obveza (*Besorgungsgehilfen*) u austrijskom pravu predstavlja iznimku od općeg načela odgovornosti za vlastitu krivnju, iz § 1313. ABGB-a. Odredbama st. 1. i 2. ovog članka određeno je da nitko općenito nije odgovoran za nezakonite radnje koje su počinili drugi, a u kojima nije sudjelovao te da izuzeci od navedenog pravila moraju biti utvrđeni zakonom.

Odgovornost za drugoga uređena je § 1315. ABGB-a, koji propisuje pretpostavljenu odgovornost one osobe koja je povjerila obavljanje neke dužnosti osobi koja je nesposobna ili za koju zna da je opasna, za štetu koju je ta osoba uzrokovala drugome svojom radnjom. Odredbom su predviđene dvije vrste odgovornosti: objektivna, u slučaju kada je osoba nesposobna, te subjektivna, kada gospodar posla zna da je osoba koju je angažirao opasna. Kako su ovi posljednji slučajevi rijetki (primjerice, angažiranje lopova, ili kleptomana), važnost se pridaje prvom dijelu odredbe. Sudska je praksa tumači kao odredbu koja "ne zahtijeva da je gospodar posla i sam kriv" (zbog lošeg izbora, obuke, ili nadzora).<sup>82</sup> Riječ je, dakle, o objektivnoj odgovornosti gospodara posla, u nešto užem smislu.<sup>83</sup> Naime, za postojanje odgovornosti dovoljno je da je posloprimac pokazao uobičajenu nesposobnost, a dokazivanje nesposobnosti je na tužitelju.

Austrijski sudovi pronašli su više načina za zaobilaženje navedene odredbe, koja je za poslodavca kao gospodara posla povoljna i blaga, jer je nesposobnost posloprimca teško dokazati. Neki autori ocjenjuju kako ona više ne predstavlja opasnost. Vrhovni je sud Austrije u jednoj odluci iz 1968. godine, dopustio zasnivanje tužbe protiv gospodara posla na *culpa in eligendo vel vigilando* prema § 1295. ABGB-a. Osim toga, sudska je praksa prihvatila da se na temelju pojedinačnog primjera nesposobnosti posloprimca može zaključiti o njegovoj nesposobnosti uopće.<sup>84</sup> Treći način zaobilaženja odredbe § 1315. predstavlja

<sup>81</sup> O odgovornosti za drugoga vidi više u Cigoj, Stojan, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada I-III, Tom prvi, Beograd, Službeni list SFRJ, 1978., str. 430. (dalje: Enciklopedija); von Bar, Christian, The Common European Law of Torts (The Core Areas of Tort Law, its Approximation in Europe, and its Accommodation in the Legal System), München, Beck, 1998., str. 119. i d. (dalje: Law of Torts); von Bar, Christian, Vicarious Liability, u: Towards a European Civil Code, 2<sup>nd</sup> revised and expanded ed., The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1998., str. 431-447.; Laski, Harold J., The Basis of Vicarious Liability, 26 Yale Law Journal 105 (1916.-1917.), str. 105-135.

<sup>82</sup> von Bar, C., Law of Torts, *op. cit.*, str. 200.

<sup>83</sup> *loc. cit.*; Cigoj, S., Enciklopedija, *op. cit.*, str. 443.

<sup>84</sup> O razlozima više: von Bar, C., Law of Torts..., *op. cit.*, str. 201.

primjena § 1313.a ABGB-a, koji se primjenjuje na obveze zaštite koje nastaju iz ugovora ili iz odnosa povjerenja utemeljenog na sporazumu koji obvezuje.<sup>85</sup>

U austrijskom pravu pomoćnik kod ispunjenja može i sam odgovarati trećoj osobi ako je postupao s krivnjom. Odgovarat će samo za onaj dio štete koji je počinio nepažnjom, dok u slučaju postupanja s namjerom, odgovara solidarno s rukovodiocem posla. Primjenjuje se odredba §1302. ABGB-a o odgovornosti više osoba.

#### 3.4.1.2. Regresni zahtjev poslodavca prema posloprimcu

Odredba § 4. st. 1. ZOP-a predstavlja pravilo o ograničenju regresnog zahtjeva poslodavca prema posloprimcu, sadržajno usklađeno s odredbom § 2. st. 2 istog zakona o kriterijima za odmjeravanje naknade štete.<sup>86</sup>

U st. 1. § 4. ZOP-a uređeno je pravo na regresni zahtjev poslodavca prema posloprimcu u slučaju kada je poslodavac, na temelju par. 1313.a do 1316. ABGB-a, ("odgovornost za drugoga") ili na temelju neke druge zakonske obveze, pozvan od strane treće osobe na naknadu štete, koju je njegov posloprimac prouzročio trećem pri izvršavanju činiidbe rada. Obveza je poslodavca u tom slučaju da o tome odmah obavijesti posloprimca te da mu u slučaju tužbe najavi spor.

Prema st. 2. istog paragrafa, ako je poslodavac u suglasnosti s posloprimcem ili na temelju pravomoćne presude naknadio štetu trećemu, ima pravo na regresni zahtjev (*Rückgriffsanspruch*) prema posloprimcu. Regresni zahtjev odnosi se na naknadu onoga što je poslodavac izvršio kao i na nužne procesne troškove i troškove ovrhe koji su mu otuda nastali. Pretpostavka je da je posloprimac prouzročio štetu manjim stupnjem nepažnje i da je sud odmjerio naknadu za regres na temelju pravičnosti ili posloprimca u potpunosti oslobodio naknade s obzirom na posebne okolnosti slučaja. U tom se slučaju treba primijeniti i § 2. st. 2. o kriterijima odmjeravanja naknade štete.

Poslodavac nema pravo na regresni zahtjev prema posloprimcu za štetu koju je naknadio trećemu, ako je takvu štetu posloprimac prouzročio trećemu ispričivom pogreškom (§ 4. st. 3.).

Ako poslodavac propusti obavijestiti posloprimca o sporu, neće izgubiti pravo tražiti naknadu isplaćenog iznosa od posloprimca. No, u tom slučaju posloprimac može prema njemu istaknuti sve prigovore koje je mogao istaknuti prema trećemu i time se osloboditi obveze naknade u onoj mjeri u kojoj su ti prigovori, da su bili istaknuti, mogli dovesti do drukčije odluke u odnosu na treću osobu (§ 4. st. 4.).

U § 7. st. 1. predviđena je mogućnost da poslodavac svoj odštetni zahtjev prema posloprimcu naplati, tj. kompenzira iz plaće posloprimca. Pretpostavke su

<sup>85</sup> Još jedan put pronađen je ranije, i to analognom primjenom posebnih odredbi o vikarioznoj odgovornosti iz zakona koji utvrđuju objektivnu odgovornost, bez obzira na to što je austrijski Vrhovni sud naglašavao da se na odredbama tih posebnih zakona ne može temeljiti opća odgovornost za drugoga. *loc. cit.*

<sup>86</sup> Otto, H., Schwarze, R., *op. cit.*, str. 241.

postojanje radnog odnosa te da posloprimac u roku od 14 dana od primitka izjave o naplati (uračunavanju) tome ne prigovori. U st. 2. utvrđuje se kako navedene pretpostavke ne moraju biti ispunjene ako je radni odnos prestao.

Usporedbom odredbi ZOR-a, o pravu poslodavca na regres od posloprimca s navedenim rješenjima može se zaključiti da austrijski ZOP ovo pitanje uređuje detaljnije. Za razliku od čl. 94. ZOR-a koji kao pretpostavku za prijeboj potraživanja poslodavca s plaćom posloprimca traži izričitu suglasnost posloprimca, austrijski zakonodavac koristi presumpciju da suglasnost postoji ako posloprimac u određenom roku ne prigovori izjavi o kompenzaciji (prešutni pristanak). Mislimo da bi ovo bilo prihvatljivo rješenje i u domaćem pravu, koje ne bi ugrozilo pravnu sigurnost radnika, budući da iskustva iz prakse pokazuju da su obje strane sklone prijeboju potraživanja iznosa isplaćenog za naknadu štete i plaće (najviše do jedne trećine plaće ili naknade plaće radnika, čl. 95. ZOR-a).

#### 3.4.2. Odgovornost posloprimca

Ukoliko je odštetni zahtjev treća osoba uputila neposredno poslodavcu, na odgovornost posloprimca će se, kao i u slučaju prouzrokovanja štete poslodavcu, primijeniti odredbe § 4. st. 2. o ograničenju regresnog zahtjeva poslodavca.

No, moguće je da treća osoba kojoj je posloprimac prouzročio štetu pri obavljanju rada, istakne odštetni zahtjev neposredno prema posloprimcu. U tom se slučaju primjenjuje odredba § 3. ZOP-a.

St. 1. navedenog paragrafa sadrži odredbu o dužnosti posloprimca da obavijesti poslodavca o odštetnom zahtjevu treće osobe i o tužbi, odnosno sporu.

Odredbom st. 2. određene su pretpostavke uz koje posloprimcu pripada pravo da od poslodavca zahtijeva naknadu (*Vergütung*) iznosa isplaćenog na ime naknade štete, kao i nužne troškove postupka i ovrhe. Prva je pretpostavka da je posloprimac štetu naknadio u suglasnosti s poslodavcem ili na temelju pravomoćne presude. Druga je pretpostavka da je šteta prouzročena blažim stupnjem nepažnje posloprimca. Treća se pretpostavka odnosi na poslodavca. Zahtijeva se da je za istu štetu, u skladu s §§ 1313.a do 1316. ABGB-a ili na temelju neke druge zakonske obveze, mogao biti istaknut zahtjev i prema poslodavcu. Četvrta je pretpostavka da takav zahtjev posloprimca odgovara zahtjevu pravičnosti. Posloprimac može zahtijevati naknadu dijela isplaćenog iznosa ili ako postoje posebne okolnosti, cijelog iznosa. Primjenjuje se odredba § 2. st. 2 ZOP-a.

U slučaju kada je posloprimac naknadio trećoj osobi štetu prouzročenu ispričivom pogreškom, može, uz ispunjenje prve tri pretpostavke, zahtijevati od poslodavca naknadu cjelokupnog isplaćenog iznosa (§ 3. st. 3).

Prema § 5. ZOP-a prava posloprimca, koja proizlaze iz § 2. do 4., mogu se isključiti ili ograničiti samo kolektivnim ugovorom.

Odredbom § 6. uređeno je pitanje zastare. Šestomjesečni zastarni rok za isticanje regresnog zahtjeva započinje stvarnom isplatom naknade trećoj osobi. Isti rok vrijedi za poslodavca i za posloprimca.

#### 4. Kritika rješenja Zakona o odgovornosti posloprimca u literaturi

Iako se pravo posloprimca na regresni zahtjev prema poslodavcu, iz § 3. ZOP-a, čini kao preobražaj odgovornosti posloprimca u odgovornost poslodavca,<sup>87</sup> u literaturi se ocjenjuje da regresna obveza poslodavca ipak ne predstavlja promjenu u okviru odnosa odgovornosti prema trećemu, nego samo primjerenu raspodjelu rizika između posloprimca i poslodavca.<sup>88</sup>

Uređenje regresa u korist poslodavca, iz § 4. ZOP-a, sadržajno je povezano s § 2. i utvrđuje samo posebnosti vezane uz postupovna pitanja (obveza obavještavanja i najave spora).

Za razliku od toga, § 3. ZOP-a svojim je uređenjem regresa, odnosno zahtjeva za oslobođenje posloprimca prema kojem je treća osoba neposredno istaknula odštetni zahtjev, povod kontroverzi o odgovornosti prema trećoj osobi. Ono što se ponajprije čini dvojbenim jest želi li se odredbom § 3. st. 2. pri običnoj nepažnji posloprimca dopustiti uvijek puni regres od poslodavca ili se njome samo namjerava postići jednaka privilegirana odgovornost posloprimca kao kod neposrednih šteta uzrokovanih poslodavcu.<sup>89</sup>

Najspornije i za zaštitu posloprimca najznačajnije pitanje vezano je uz postojanje suglasnosti s poslodavcem o naknadi štete, odnosno pravomoćne presude kao pretpostavke prava posloprimca na regresni zahtjev. Zbog vrlo jasnog zakonskog teksta,<sup>90</sup> koji zahtijeva da posloprimac nešto učini prije isticanja regresnog zahtjeva prema poslodavcu, upitno je može li se prihvatiti "nepotpun" zahtjev za oslobođenje posloprimca.<sup>91</sup>

Literatura je dala različita tumačenja ove pretpostavke.<sup>92</sup> Neki autori odbijaju mogućnost isticanja regresnog zahtjeva u slučaju neispunjenja pretpostavke, obrazlažući to zaštitnom funkcijom radnog prava.<sup>93</sup> To je i danas vladajuće mišljenje u literaturi.<sup>94</sup> Isto stajalište zastupa i stalna sudska praksa Vrhovnog suda, počevši od načelne odluke Vrhovnog suda od 8. 11. 1977., koja nužnost ispunjenja pretpostavki kao preduvjet ostvarenja prava na regresni zahtjev obrazlaže potrebom sprječavanja nepravednog oštećivanja stranaka ugovora o radu.<sup>95</sup> Nasuprot takvom tumačenju, ima onih autora koji gubitak prava na

<sup>87</sup> Spielbüchler, K., *op. cit.*, str. 213.

<sup>88</sup> *loc. cit.*

<sup>89</sup> Na ovo posljednje ukazuje novelom iz 1983. godine dodano upućivanje na § 2. st. 2. ZOP-a.

<sup>90</sup> U obrazloženju prijedloga ZOP-a navodi se da se ovime željelo spriječiti da posloprimac (poslodavac) namiri treću osobu na štetu (teret) poslodavca (posloprimca). Dirschmied, K., *op. cit.*, str. 116.

<sup>91</sup> Otto, Schwarze, *op. cit.*, str. 241. U istom položaju nalazi se i poslodavac kada ističe regresni zahtjev prema posloprimcu, prema § 4. st. 2. ZOP-a.

<sup>92</sup> Više: Auckenthaler, Kurt, *Der Regreß bei der Dienstnehmerhaftung I*, ZAS, 16. Jg., H. 5 (1981.), str. 174. i d.

<sup>93</sup> Koziol, H., *op. cit.*, str. 274. i d.

<sup>94</sup> Otto, H., Schwarze, R., *op. cit.*, str. 241.

<sup>95</sup> Dirschmied, K., *op. cit.*, str. 117-118.



regresni zahtjev zbog dobrovoljnog plaćanja naknade štete smatraju nepravdnim.<sup>96</sup>

Otežavajuću prazninu u zaštiti posloprimca predstavlja i zahtjev, određen § 3. st. 2., al. 1, 2., i st. 3., za postojanjem osobne odgovornosti poslodavca prema trećemu, koji je pretpostavka da bi posloprimac uopće mogao tražiti naknadu od poslodavca. Ova je pretpostavka, prema § 1315. ABGB-a, ispunjena u deliktnom pravu jedino onda kada gospodara posla pogađa vlastita krivnja, jer je zaposlio nesposobnog zastupnika (*Verrichtungsgehilfe*) ili onoga za kojega je znao da je opasan. Austrijsko pravo ne poznaje odgovornost za pretpostavljenu vlastitu krivnju, kao što se to za ekskulpaciju (poslodavca) traži prema § 831. BGB-a. Osobna odgovornost poslodavca kao pretpostavka regresnog zahtjeva koristi se u austrijskom pravu kako bi se izbjeglo proturječje s odredbama ABGB-a. Opterećenje koje iz toga proizlazi za posloprimca ocjenjuje se u literaturi teško podnošljivim,<sup>97</sup> iako su sudovi pronašli načine za izbjegavanje primjene § 1315. ABGB-a (*supra* pogl. 3.4.1.1.).

Ipak, stroge pretpostavke iz § 3. ZOP-a, izbjegavaju se priznavanjem prava posloprimcu na zahtjev za naknadu troškova (*Aufwendungsersatz*) na temelju analogne primjene § 1014 ABGB-a<sup>98</sup> u svezi s § 2. ZOP-a.

### 5. Umjesto zaključka

Austrijski Zakon o odgovornosti poslodavca nastao je kao rezultat težnji da se izbjegniju nepravdična i za posloprimca vrlo teška rješenja koja je nosila primjena općih pravila građanskog prava sadržanih u ABGB-u na odgovornost za štetu koju posloprimac uzrokuje pri izvršavanju činidbe rada poslodavcu ili trećoj osobi. Također, na ovaj se način velik dio rizika pogona nastojao prebaciti na ekonomski jaču stranu radnog odnosa, poslodavca, što je karakteristično i za druga zakonodavstva.

Prema odredbama ovog Zakona odgovornost posloprimca ograničena je, s jedne strane, isključenjem odgovornosti u slučaju tzv. ispričive pogreške, koja se prema vladajućem mišljenju izjednačuje s *culpa levissima*, a s druge strane, ublažavanjem odštetnog zahtjeva u slučaju kada je posloprimac štetu uzrokovao nepažnjom.

U svojoj četrdesetgodišnjoj primjeni (noveliran je 1983. g.) Zakon je otvorio mnoga pitanja od kojih su neka i danas sporna. Jedno od najvažnijih vezano je uz pretpostavke pod kojima posloprimac može istaknuti regresni zahtjev prema poslodavcu kada je neposredno nadoknadio štetu prouzročenu trećoj osobi. Jedna se odnosi na dopustivost regresnog zahtjeva kada naknadi štete trećoj osobi nije

<sup>96</sup> Spielbüchler, K., *op. cit.*, str. 214-215.

<sup>97</sup> Otto, H., Schwarze, R., *op. cit.*, str. 242.; Edlbacher, O., *op. cit.*, str. 97-98.

<sup>98</sup> OGH 26.3. 1997. – 9ObA 46/97y Više: Kerschner, Ferdinand, *Die Reichweite der Arbeitgeberhaftung nach § 1014 ABGB (oder Zur Entmystifizierung einer neuen Wundernorm)*, u: Tomandl, *Haftungsprobleme im Arbeitsverhältnis*, *op. cit.*, str. 57. i d.

prethodila suglasnost s poslodavcem ili pravomoćna presuda, a druga na postojanje osobne odgovornosti poslodavca za štetu nastalu trećoj osobi. Oba su zahtjeva teška za posloprimca pa držimo da je prihvatljivo stajalište onih autora koji smatraju da ove pretpostavke nisu potrebne. Pažnju zaslužuje i mišljenje kako bi visinu naknade štete valjalo utvrditi, tj. ograničiti zakonom na unaprijed određen maksimalan iznos u ovisnosti o stupnju krivnje. Takvo bi rješenje, naime, pridonijelo većoj pravnoj sigurnosti, jer bi se izbjeglo sudačko odmjeravanje iznosa naknade u svim onim slučajevima kada stranke ne postignu sporazum o tome.

Neka rješenja austrijskog prava o odgovornosti za štetu koju prouzroči posloprimac prilikom izvršavanja činidbe rada držimo zanimljiva za hrvatsko pravo *de lege ferenda*. Jedno od njih bilo bi uvođenje kriterija pravičnosti (uz dodatne podkriterije kao smjernice), kod sudačkog ublažavanja odgovornosti, odnosno odmjeravanja visine naknade štete u slučaju kada je posloprimac štetu prouzročio postupajući s krajnjom nepažnjom. Također smatramo da bi uvođenje presumpcije o danoj suglasnosti za prijeboj potraživanja poslodavca s osnove isplaćene naknade štete s plaćom posloprimca moglo, bez opasnosti po pravnu sigurnost radnika, zamijeniti sadašnju odredbu ZOR-a kojom se zahtijeva izričita suglasnost radnika s prijedlogom prijeboja.

### *Literatura i pravni izvori*

- Auckenthaler, Kurt, Der Regreß bei der Dienstnehmerhaftung I, *ZAS*, 16. Jg., H. 5 (1981.), str. 174-180.
- Barta, Heinz, *Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken*, Wien, WUV Universitätsverlag, 2004.
- Bundesgesetz vom 31. März 1965 über die Beschränkung der Schadenersatzpflicht der Dienstnehmer (Dienstnehmerhaftpflichtgesetz – DHG; Savezni zakon o ograničenju obveze naknade štete posloprimca)* BGBl. 1965 Nr. 80., idF BGBl 169/1983).
- Bundesgesetz vom 19. Mai 1967 BGBl 181 über die Haftung der Organe der Gebietskörperschaften und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für Schäden, die sie dem Rechtsträger in Vollziehung der Gesetze unmittelbar zugefügt haben (Organhaftpflichtgesetz - OrgHG)* idF BGBl 104/1985.
- Cigoj, Stojan, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada I-III, Tom prvi, Beograd, Službeni list SFRJ, 1978., str. 430.
- Das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz*, BGBl. Nr. 189/1955, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl I Nr. 18/2004.
- Das Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, iz 1811. g., [www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm](http://www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm), 5. 9. 2005.
- Dirschmied, Karl, Die Diskussion um den Rückgriffsanspruch des Arbeitgebers nach § 4 Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, *DRdA*, 30. Jahr, Nr. 2, H. 154. (1980.), str. 114-121.
- Edlbacher, Oskar, Die Entwicklung des Dienstnehmerhaftpflichtrechts in Österreich, Festschrift für Ernst Klingmüller, Verlag Versicherungswirtschaft E.V. Karlsruhe, 1974., str. 87-101.

- Fenzl, Friedrich, Einschränkung der Schadenshaftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei nur leichter Fahrlässigkeit, *ÖJZ*, 7. Jg., H. 21 (1952.), str. 567-571.
- Floretta, Spielbüchler, Strasser, Arbeitsrecht (Band I, Individualarbeitsrecht – Arbeitsvertragsrecht), bearbeitet von Karl Speilbüchler, Konrad Grillberger, 4. Aufl., Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1998.
- Hannak, Karl, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers, *JB*, 84. Jg., H. 5/6 (1962.), str. 120-128.
- Harrer, Friedrich, § 1295 Rz 1, u: Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen, Band 5 (§§ 1293-1502 ABGB), herausgegeben von Michael Schwimann, Wien, 1987., Verlag Orac.
- Kerschner, Ferdinand, Die Reichweite der Arbeitgeberhaftung nach § 1014 ABGB (oder Zur Entmystifizierung einer neuen Wundernorm), u: Tomandl, Haftungsprobleme im Arbeitsverhältnis, str. 57-79.
- Klusemann, Erich, Die Entwicklung einer gesetzlichen Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung in Österreich, *ÖJZ*, 17. Jg., H. 14/15 (1962.), str. 371-375.
- Klusemann, Erich, Vom Wesen der entschuldbaren Fehlleistung, *DRdA*, 11. Jahr, Nr. 6, H. 51. (1961.), str. 269-274.
- Köck, Stefan, Zum Anwendungsbereich des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes, u: Haftungsprobleme im Arbeitsverhältnis, hrsg. von Theodor Tomandl, Wien, Wilhelm Braumüller Universitäts-Verlagsbuchhandlung, 1991., str. 17-56.
- Konowalczyk, Thomas, Sauer, Stefan, Arbeitnehmerhaftung im internationalen Vergleich, *RIW*, H. 5 (1995.), str. 383-388.
- Koziol, Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II Besonderer Teil, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1975.
- Kreuder, Thomas, Potočnjak, Željko, Građanskopravni elementi radnoga prava, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 33, br. 5-6 (1994.), str. 370-390.
- Laleta, Sandra, Odgovornost posloprimca za štetu uzrokovanu poslodavcu na radu i u vezi s radom prema njemačkom pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 25, br. 2 (2004.), str. 957-997.
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München, Beck, 1987.
- Laski, Harold J., The Basis of Vicarious Liability, 26 *Yale Law Journal* 105 (1916.-1917.), str. 105-135.
- Mayer-Maly, Theo, Die Schadenshaftung der Arbeitnehmer im österreichischen Recht, *DRdA*, 12. Jahr, Nr. 5, H. 56 (1962.), str. 221-228.
- Schrammel, Walter, Haftungsmilderung "bei" Erbringung der Dienstleistung, *ZAS*, 20. Jg., H. 6, 1985., str. 203-211.
- Schwarz, Walter, Die Haftung des Dienstnehmers, *DRdA*, 6. Jahr, H. 24 (1956.), str. 110-115.
- Vedriš, Martin, Klarić, Petar, Građansko pravo, Zagreb, Narodne novine, 2002.
- von Bar, Christian, The Common European Law of Torts (The Core Areas of Tort Law, its Approximation in Europe, and its Accommodation in the Legal System), München, Beck, 1998.
- von Bar, Christian, Vicarious Liability, u: Towards a European Civil Code, 2<sup>nd</sup> revised and expanded ed., The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1998., str. 431-447.

Weinzierl, Johann, Die Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber – Richterlicher Rechtsfortbildungsauftrag oder sozialpolitisches Gesetzgebungsgebot?, *DRdA*, 14. Jahr, Nr. 1, H. 66 (1964.), str. 1-6.

*Zakon o radu*, Narodne novine, br. 38/95., 54/95., 65/95., 17/01., 82/01., 114/03., 142/03., 30/04., 68/05.

### *Popis kratica*

<b>ABGB</b>	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (1811.), Republika Austrija
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch (1896.), SR Njemačka
<b>BGBL</b>	Bundesgesetzblatt
<b>DRdA</b>	Das Recht der Arbeit
<b>H.</b>	Heft
<b>JB</b>	Juristische Blätter
<b>Jg.</b>	Jahrgang
<b>ÖJZ</b>	Österreichische Juristenzeitung
<b>RIW</b>	Recht für internationalen Wirtschaft
<b>ZAS</b>	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
<b>ZOP</b>	Zakon o odgovornosti posloprimca, Republika Austrija Bundesgesetz über die Beschränkung der Schadensersatzpflicht des Dienstnehmers (1965., 1983.)
<b>ZOR</b>	Zakon o radu, Republika Hrvatska

### Summary

## **CERTAIN ISSUES RELATED TO WORKER'S LIABILITY FOR DAMAGE OCCURRED IN A COURSE OF WORK UNDER THE AUSTRIAN LAW**

The paper analyses Austrian legislation, standpoints of legal theory and case-law in the field of worker's liability for damage caused in a course of work. This issue is regulated by the General Civil Code and by the Law on Worker's Liability that, as *lex specialis*, significantly limits worker's liability in comparison with general rules of civil law. The author pays special attention to analysis of provisions of the Law on Worker's Liability and to main problems within the Austrian law in the field of worker's liability for damage caused to employer. Taking Austrian solutions as a model, this paper also includes *de lege ferenda* suggestions for regulation of this issue in Croatian law.

**Key words:** *liability for damage, worker, employer, Austria, Croatia.*

## Zusammenfassung

**EINIGE FRAGEN ZUR HAFTUNG VON SCHADEN, DER DURCH DEN ARBEITNEHMER BEI ERBRINGUNG SEINER DIENSTLEISTUNGEN VERURSACHT WIRD, NACH DEM ÖSTERREICHISCHEN RECHT**

In der Arbeit werden die österreichische Gesetzgebung, Auffassungen der Rechtstheorie und der Gerichtspraxis über die Haftung von Schaden, der durch den Arbeitnehmer bei Erbringung seiner Dienstleistungen verursacht wird, analysiert. Diese Frage wird durch das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch sowie durch das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz geregelt, das als besonderes Gesetz die Haftung des Arbeitnehmers für Schaden im Vergleich zu den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts einschränkt. Besondere Aufmerksamkeit widmet die Autorin der Analyse des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes sowie den Hauptproblemen dieses Gesetzes bei Schaden, der durch den Arbeitnehmer verursacht wurde. In der Arbeit werden Vorschläge *de lege ferenda* zur Regelung einiger Fragen der arbeitsrechtlichen Haftung im kroatischen Recht nach dem Vorbild österreichischer Lösungen gemacht.

**Schlüsselwörter:** Haftung für Schaden, Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Österreich, Kroatien.

## Sommario

**ALCUNE QUESTIONI SULLA RESPONSABILITÀ PER DANNO CHE CAUSA IL PRESTATORE DI OPERA NELL'ESECUZIONE DELLA PRESTAZIONE DI LAVORO SECONDO IL DIRITTO AUSTRIACO**

Nel lavoro si analizzano la legislazione austriaca, i punti di vista della teoria giuridica e della prassi giudiziale sulla responsabilità per danno che causa il prestatore di opera nell'esecuzione della prestazione di lavoro. Questa questione è regolamentata dal Codice civile generale, come anche dalla Legge sulla responsabilità del prestatore di opera, che, come legge speciale, limita significativamente la responsabilità per danno del prestatore di opera in rapporto alle regole generali del diritto civile. L'autrice dedica particolare attenzione all'analisi delle norme della Legge sulla responsabilità del prestatore di opera e ai problemi principali del diritto austriaco sulla responsabilità del prestatore di opera per danno cagionato al datore di lavoro. Nel lavoro si presentano proposte *de lege ferenda* per la regolamentazione di alcune questioni giuslavoristiche

di responsabilità per danno nel diritto croato sul modello delle soluzioni austriache.

**Parole chiave:** *responsabilità per danno, prestatore di opera, datore di lavoro, Austria, Croazia.*



## IZVANINSTITUCIONALNI PROGRAMI RADA S OVISNICIMA O ILEGALNIM DROGAMA: MOGUĆNOSTI IZRICANJA ALTERNATIVNIH SANKCIJA PUNOLJETNIM OSUĐENIM OVISNICIMA<sup>1</sup>

Anita Jandrić, znanstvena novakinja – asistentica  
Odsjek za kriminologiju  
Edukacijsko-rehabilitacijski fakultet  
Zagreb

UDK: 343.244-056.83  
Ur.: 13. siječnja 2006.  
Pr.: 17. listopada 2006.  
Pregledni znanstveni članak

*Ovaj rad daje pregled izvaninstitucionalnih programa rada s osuđenim ovisnicima o ilegalnim drogama u zemljama Europske unije i SAD-u, a zahvaća i problematiku izricanja takvih programa u Republici Hrvatskoj. Nadalje, raspravlja se o mogućnostima i dvojabama izricanja alternativnih sankcija osuđenim ovisnicima, a kao pozitivan i uspješan primjer takve vrste sankcioniranja navode se primjeri Velike Britanije i SAD-a u kojima je razvijen i implementiran model Sudova za drogu, (The Drug Court Model) koji pokazuje veliki stupanj uspješnosti. Budući da je izricanje alternativnih sankcija osuđenim ovisnicima u RH još u povojima, rad elaborira nekoliko teza i mogućnosti poboljšanja postojećeg stanja.*

**Ključne riječi:** izvaninstitucionalni programi, osuđeni ovisnici.

### 1. Uvod

U svijetu je već odavno poznat i u velikoj mjeri prihvaćen koncept izvaninstitucionalnog tretmana osoba koje su počinile neko kazneno djelo. Naime, kazna lišenja slobode već je dulje vrijeme u svjetskim razmjerima podvrgnuta ozbiljnoj kritici. Pri tome se najčešće navode četiri temeljna razloga: visoka stopa penološkog recidivizma (osoba koja je jednom bila u penalnoj ustanovi ponovo dospijeva u penalnu ustanovu), sve veća prenapučenost penalnih institucija, koja dovodi do pogoršanja uvjeta života i tretmana u njima; sve veći novčani izdatci države za financiranje takvih ustanova te sve brojnije

---

<sup>1</sup> Ovaj rad dio je projekta "Institucionalni i poslijepenalni tretman osuđenih ovisnika u RH" kojeg pod šifrom 0013111 financira Ministarstvo znanosti, obrazovanja i športa Republike Hrvatske, a voditeljica projekta je prof. dr. sc. Ljiljana Mikšaj-Todorović.



spoznaje o malim pozitivnim i velikim negativnim efektima tretmana u takvim ustanovama (Mejovšek, 1998; Allen, 2002; Mikšaj-Todorović, Buđanovac, Brgles, 1998; Uzelac, 2002). No, ne smiju se smetnuti s uma navodi nekih autora (Žakman-Ban, 1995; Kosto 1991; Latessa, Allen, 2003) o nužnosti postojanja penalnih institucija. Neki od razloga koji se ističu tomu u prilog su: zaštita od opasnih, nasilnih kriminalaca; zaštita od počinitelja osobito neljudskih i okrutnih kaznenih djela i izoliranje počinitelja koji jasno demonstriraju kako nisu ni u budućnosti spremni poštovati druge ljude i zajednicu kojoj pripadaju.

Navedeni argumenti dovode do zaključka da bi kazna zatvora, dakle, bila primjerena samo za najopasnije počinitelje kaznenih djela, a počiniteljima kaznenih djela za koje se procijeni da nisu u velikoj mjeri opasni niti za sebe niti za društvo, optimalno bi bilo izricanje nezatvorske kazne odnosno izricanje, tzv. alternativnih sankcija. Imajući to na umu, zakonodavstva većine zemalja uređena su upravo po spomenutom načelu brinući o dobi počinitelja i težini kaznenog djela, ali razlike u izricanju alternativnih sankcija ovise također i o politici kažnjavanja određene države, razvijenosti društva, a posebice o organizaciji probacijskog sustava (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2004).

U kontekstu izricanja alternativnih sankcija osuđenim ovisnicima također vrijede gore navedena načela. Osim toga, bitno je naglasiti velik porast broja ovisnika u zatvorima što samo doprinosi prenapučenosti institucija i smanjuje mogućnosti za adekvatan tretman.

Izvjeshća o broju kaznenih djela vezanih za zlouporabu droga (posjedovanje, preprodaja, itd.) razlikuju se od zemlje do zemlje. Budući da broj kaznenih djela vezanih za zlouporabu opojnih droga ovisi, između ostalog, i o kaznenoj politici i politici suzbijanja zlouporabe droga dotične zemlje, izvješća je teško međusobno uspoređivati s obzirom na različite prioritete i razlike u politikama pojedinih zemalja.

U razdoblju od 1997. do 2002. godine primjećen je znatan porast kaznenih djela vezanih za zlouporabu droga, osobito u Češkoj, Estoniji, Litvi, Mađarskoj, Poljskoj, Sloveniji i Norveškoj (European Legal Database on Drugs, 2001). U većini zemalja Europske unije, najveći broj kaznenih djela vezanih za zlouporabu opojnih droga odnosi se na posjedovanje i konzumaciju, a taj broj varira od 52% u Finskoj do čak 90% u Austriji (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2004). U Češkoj, s druge strane, 90% slučajeva vezanih za droge, ima veze s preprodajom i krijumčarenjem, a ista je situacija u Italiji i Španjolskoj, što je logično, jer u dvjema posljednjim zemljama posjedovanje i konzumacija nisu regulirani kao kazneno djelo. U Luksemburgu, Portugalu i Norveškoj (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2004), većina djela vezana je i za posjedovanje i preprodaju droge.

Evidentan je, dakle, u petogodišnjem razdoblju (1997-2002) u svim zemljama, osim u Portugalu, značajan porast u broju kaznenih djela vezanih za konzumaciju, posjedovanje i preprodaju opojnih droga.

Povećanjem broja kaznenih djela vezanih uz drogu, povećava se i broj ovisnika u zatvorima. Naime, podaci European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (2004), svjedoče o postotku broja ovisnika u europskim zatvorima koji se kreće od 22% do 86%. U SAD-u je u razdoblju od 1984. do 1999. zabilježen porast broja ovisnika u zatvorima, koji iznosi 3% godišnje (Scalia, 1999). Izvješće iz 2002. godine (Karberg, James, 2005) navodi da je te godine u američkim zatvorima bilo smješteno 112,447 ovisnika (48,823 radi posjedovanja nedopuštene količine droge, a 56,574 radi posjedovanja i preprodaje) od ukupno 440,670 zatvorenika.

S obzirom na povećanje broja ovisnika u zatvorima, legislative većine zemalja prilagodile su se novonastaloj situaciji i u zakone uvele mogućnosti izricanja alternativnih sankcija osuđenim ovisnicima. Razlozi za taj potez su višestruki. Kao prvo, time se smanjuje broj ljudi u zatvorima koji su ionako prenapučeni. Kao drugo, ovisnicima se daje šansa za kvalitetniji i strukturiraniji tretman (tretman u zajednici). I, kao treće, ali ne i manje bitno, tretman u zajednici jeftiniji je od institucionalnog (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2004).

## ***2. Izricanje alternativnih sankcija osuđenim ovisnicima u zemljama Europske unije i SAD-u: aktualno stanje, mogućnosti i dvojbe***

Kao što je već spomenuto, povećanje zatvorske populacije, a samim time i povećanje broja ovisnika o drogama u zatvorima, utjecalo je na promjene u zakonodavstvima većine svjetskih zemalja. Sve se češće, umjesto kratkih zatvorskih kazni, izriču alternative zatvoru, najčešće u obliku probacije odnosno uvjetne osude, u kojoj se osuđeni ovisnik dobrovoljno podvrgava tretmanu u zajednici i zbog toga mu se uvjetno (na određeno vrijeme), odgađa izvršenje kazne zatvora. Ukoliko tretman bude uspješan, testovi na drogu (kojima se također podvrgava) negativni, a sve dodatne obveze koje je sud odredio ispunjene, kazna zatvora neće se izvršiti.

Pobornici alternativnih sankcija za ovisnike ističu kako uvođenje takvih mjera može potencijalno smanjiti rast zatvorske populacije (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2004), te znatno smanjiti troškove. Naime, američka istraživanja pokazuju da tretman osuđenog ovisnika u zajednici košta državu godišnje do 7000 dolara, dok godišnji trošak za jednog ovisnika u zatvoru iznosi i do 25000 dolara (Taxman, Bouffard, 2003).

Gurley i Satcher (2003) smatraju da odvracanje ovisnika od zatvora može utjecati na povećanje javne sigurnosti, i to na dva načina. Prvo, u zatvoru tada ostaje više mjesta i vremena za posvetiti se društveno opasnim i nasilnim počiniteljima kaznenih djela. Drugo, budući da većina ovisnika čini razna kaznena djela kako bi mogli pribaviti drogu (krađe, razbojstva, prostitucija), adekvatnim tretmanom u zajednici mogao bi se spriječiti razvoj njihove ovisnosti i na taj način smanjiti stopa kriminaliteta. Izvješće države Connecticut (www.

enotes.com/americas-prisons) ističe čak 2 do 5 puta veću učinkovitost alternativnih oblika kažnjavanja u smanjenju kriminaliteta vezanog uz drogu.

Osim toga, brojni autori smatraju kako je tretman u zatvoru neadekvatan, nedovoljno strukturiran, a ne postoje niti dovoljno dobri psihosocijalni uvjeti za provođenje bilo kakvog oblika savjetodavnog rada (Mejovšek, 1989; Rhine, 2003). Budući da istraživanja (Anglin, Hser, 1990; Latessa, Allen, 2003; Prenderghast, Anglin, Wellisch, 1995) pokazuju kako su intenzivni, dugotrajni i programi usmjereni na potrebe pojedinca mahom uspješniji od ostalih, jasno je da se takvi programi mogu bolje ostvariti u lokalnoj zajednici nego u zatvoru.

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (2004) u prilog izricanja alternativnih sankcija ovisnicima, navodi činjenicu kako se u zatvoru vrlo lako može nabaviti droga te da mnogi ovisnici tamo samo produbljuju svoju ovisnost, a velik broj tamo započne i svoju prvu konzumaciju. Istraživanja pokazuju da je između 8% i 60 % osuđenih ovisnika u zatvoru uzelo drogu, a između 10% i 36% ih je nastavilo s redovitom uporabom (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2004).

Osim toga, smatraju spomenuti autori, mnogi ovisnici u zatvoru imaju ograničen dostup liječničkoj službi jer je previše zatvorenika, a premalo liječnika koji bi se o njima adekvatno brinuli.

S druge strane, protivnici ideje o izricanju alternativnih sankcija osuđenim ovisnicima kao svoje argumente navode da je mjera probacije preblaga i da se njezino izvršenje nedovoljno dobro kontrolira zbog prevelikog broja slučajeva, što na kraju dovodi do više ovisnika na ulici negoli u tretmanu (Wilson, 2000). Osim toga, autoritet koji ima pravosudni sustav (u smislu strogosti), i sama zatvorska kazna imaju puno više efekta u tretmanu ovisničke populacije, smatra Austin (2001). Bitno je napomenuti da su brojna istraživanja o efikasnosti Sudova za drogu pobila spomenute argumente jer je ustanovljeno da mnogi ovisnici kojima je izrečena alternativa zatvoru teže doživljavaju intenzivnu superviziju kojoj su podvrgnuti i mnoštvo obveza koje im je sud dodijelio nego što bi doživjeli zatvorsku kaznu. Iz tog razloga, velik broj (uglavnom nemotiviranih) osuđenih ovisnika bira izdržavanje zatvorske kazne umjesto alternative na slobodi (Latessa i Allen, 2003, Johnson, Hubbard, Latessa, 2000).

Američki autori navode još jedan zanimljiv argument protiv izricanja alternativnih sankcija. Naime, Litt i Mallon (2003) upozoravaju na činjenicu da se izricanjem takvih sankcija diskriminiraju siromašni počinitelji, odnosno da se olakšava položaj srednjem i višem sloju. Počinitelji s niskim ili nikakvim primanjima ne mogu si priuštiti tretman predviđen alternativnim sankcijama pa često odlaze u zatvor, dok se onima bogatijima pruža tretman u zajednici. Hobson (2005) navodi kako je najveći broj počinitelja "težak za tretman" jer se radi o dugogodišnjim ovisnicima pa takvi, alternativni programi nisu prikladni za njih jer su preblagi i nedovoljno dobro nadzirani.

No, u svakom slučaju, činjenica je da je izricanje alternativnih sankcija osuđenim ovisnicima sve prisutnije u zakonodavstvima većine svjetskih zemalja.

Ono što je bitno je praćenje i evaluacija takvih, izvaninstitucionalnih programa kako bi se vidjela njihova učinkovitost. Kod njihova kreiranja nikako se ne smije zaboraviti znanstvena utemeljenost odnosno počivanje na konceptima koji su znanstveno dokazani da pokazuju značajnu uspješnost u reduciranju kriminaliteta vezanog za drogu. Ukoliko su takvi programi dobro strukturirani, mogu biti znatno uspješniji od programa koji se provode u zatvorenim uvjetima.

## ***2.1. Izricanje alternativnih sankcija osuđenim ovisnicima u zemljama Europske unije i SAD-u***

Nacionalne strategije, legislativa i programi zemalja Europske unije usmjereni su prema terapiji odnosno adekvatnom tretmanu osuđenih ovisnika, umjesto na njihovo kažnjavanje. Ti principi su jasno vidljivi u provedbenoj politici spomenutih zemalja, a posljedica su osvješćavanja činjenice o nužnosti promjene politike prema ovisnicima, počiniteljima kaznenih djela. No, to nikako ne znači ublažavanje kazne za takve počinitelje već samo preokret u načinu razmišljanja i, u skladu s tim, osiguravanje novih, prema tretmanu usmjerenih, sankcija. Trend usvajanja i izricanja alternativnih sankcija prema ovisnicima ojačan je razvojem mnoštva agencija u lokalnoj zajednici koje se bave tretmanom ovisnika i s kojima sud može dobro surađivati. Takvo stajalište potvrđuje i Deklaracija o vodećim principima i suzbijanju opojnih droga (Declaration on the Guiding Principles of Drug Demand Reduction, 1998), usvojena u lipnju 1998. godine u kojoj se posebno naglašava tretmanski pristup osuđenim ovisnicima, umjesto njihova kažnjavanja i zatvaranja, a odnosi se na politiku suzbijanja ovisnosti u zemljama, članicama Europske unije.

Spomenuta Deklaracija navodi nekoliko vodećih principa u načinu tretiranja osuđenih ovisnika: usmjeravanje na izvanzavodski tretman, osiguravanje adekvatnog tretmana u zajednici, suradnja sudova i agencija u zajednici, uključivanje i dobra koordinacija svih relevantnih institucija koje sudjeluju u rehabilitaciji počinitelja (institucije zdravstva, socijalne skrbi, zavoda za zapošljavanje i sl.), supervizija i nadzor osuđenih ovisnika, itd. Vodeći se za tim smjernicama, zemlje, članice Europske unije, modificirale su postojeće zakone i uskladile ih prema predloženim principima, imajući na umu specifičnosti politike kažnjavanja svoje zemlje. Tako su neke zemlje zadržale, u većoj ili manjoj mjeri, ratributivni pristup, a neke su se usmjerile na tretman i rehabilitaciju osuđenih ovisnika u zajednici.

Njemački zakon predviđa obustavljanje kazne (za kaznena djela za koje je zapriječena kazna manja od dvije godine), ako se ustanovi da se radi o ovisniku za kojega tim stručnjaka procijeni da mu je potreban tretman (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2002). U Grčkoj se pak, ovisnici proglašavaju neuračunljivima i smješta ih se u posebnu, zatvorenu instituciju na prisilan tretman. Vrijeme provedeno u tretmanu uračunava im se u izdržavanje kazne (European Legal Database on Drugs, 2001). U Belgiji je javni tužitelj taj koji predlaže hoće li se ovisnika smjestiti u zatvor ili ga se uputiti na

tretman u zajednici pod prijetnjom kazne zatvora (probacija) (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2002).

U Španjolskoj, s druge strane, zakon ne daje mogućnosti javnom tužitelju da sam predloži sankciju, već se to prepušta odluci suda koji uglavnom ohrabruje ovisnike da potraže tretman, ali samo ako kazna za počinjeno djelo ne premašuje dvije godine zatvora. Dakle, osuđenim ovisnicima se može izreći probacija ukoliko se oni dobrovoljno izjasne o sudjelovanju u tretmanu u nekim od institucija u zajednici (Study on the legislation and regulation on drug trafficking in the European Union Member States, 2001). U Francuskoj se često osuđenim ovisnicima o drogi izriče prisilno liječenje kao nadopuna ili umjesto kazne zatvora, ovisno o počinjenom djelu i kazni zapriječenoj u zakonu (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2002). U Irskoj se osuđenom ovisniku izriče probacija ukoliko se dobrovoljno izjasni o sudjelovanju u programu tretmana.

U Italiji se probacija za osuđene ovisnike izriče ukoliko se radi o kazni za koju je predviđena kazna zatvora manja od četiri godine. Kazna zatvora od četiri godine zamjenjuje se periodom probacije u trajanju od pet godina. Ako osuđeni ovisnik uspješno završi program tretmana, slučaj se zatvara. Sudjelovanje u tretmanu je dobrovoljno (Drug Policy in Italy, 2005). U Luksemburgu, u slučajevima dobrovoljnog sudjelovanja u programima tretmana, najduži period probacije koji se izriče ovisnicima iznosi dvije godine. Osim dobrovoljnog sudjelovanja, sud, pod određenim okolnostima, može izreći i obvezno sudjelovanje u programima tretmana (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2002). Nizozemska (Kosto, 1991) predviđa odbacivanje optužbe u slučajevima dobrovoljnog javljanja na tretman. No, zakon predviđa i mogućnost izricanja obveznog sudjelovanja u tretmanu i u tim slučajevima osuđeni ovisnici se smještaju u poluotvorene ustanove, specijalizirane za tretman ovisnika, na period koji ne smije biti duži od dvije godine.

Austrijski zakon predviđa izricanje probacije u trajanju od dvije godine zbog nezakonitog posjedovanja ilegalnih droga, a kod osoba kod kojih je ustanovljena ovisnost, kazna ovisi o spremnosti na tretman. Sud će obustaviti kaznu zatvora i izreći probaciju u trajanju od dvije godine ako kazna za počinjeno djelo ne premašuje dvije godine zatvora i ako je sudjelovanje u tretmanu dobrovoljno (<http://www.ris.bka.gov.at/bgbl/>).

U Švedskoj sud može izreći rehabilitaciju ovisnika kao dio mjere probacije. U slučajevima težih prijestupa, sud može, kao alternativu zatvoru, izreći mjeru probacije, ali samo ako mu se dostavi detaljan plan tretmana odnosno ugovor o tretmanu. Ugovor o tretmanu, kao i dobrovoljnost počinitelja, dvije su ključne stavke o kojima ovisi izricanje probacije umjesto kazne zatvora (Study on the legislation and regulation on drug trafficking in the European Union Member States, 2001).

### 2.1.1. Primjer Velike Britanije

U zakonodavstvu Velike Britanije postoji veliki raspon alternativnih sankcija koje se primjenjuju uglavnom prema počiniteljima lakših kaznenih djela. Od ukupnog broja počinitelja prekršaja i kaznenih djela, 71% se sankcionira novčanom kaznom, 13% počinitelja kažnjava se alternativnim sankcijama, a svega 8% kaznom zatvora (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2002).

U kontekstu sankcioniranja osuđenih ovisnika, bitno je spomenuti da se od 2000. godine primjenjuje "mjera tretmana za ovisnike i testiranja na drogu" koja se izriče uz mjeru probacije, kao posebna obveza (Study on the legislation and regulation on drug trafficking in the European Union Member States, 2001). Uvođenjem spomenute mjere u zakon nastojale su se srušiti barijere između ovisnosti i kažnjavanja te osigurati adekvatan tretman za ovisnike, počinitelje kaznenih djela; tretman s dugotrajnim ciljem – da se ovisnici riješe životnog stila droge i kriminala. Mjera se izriče samo uz pristanak počinitelja koji se obvezuje da će dobrovoljno sudjelovati u tretmanu i poštovati sve dodatne obveze koje mu sud dodijeli.

Izricanjem ove mjere, i sud se obvezuje da će sudjelovati u redovitom praćenju ovisnikova napretka osiguravajući redovita saslušanja na sudu. Osuđeni ovisnik koji pristane na izricanje spomenute mjere, ima obvezu redovitog testiranja na drogu.

Bitno je naglasiti da se takva mjera izriče počiniteljima čije je kazneno djelo izravno vezano uz njegov problem ovisnosti. Ona spaja probacijski sustav, tretmansko osoblje i druge institucije u zajednici, a ključna komponenta su redovita saslušanja kako bi i sud mogao pratiti tijek tretmana i, s obzirom na ishod, eventualno preinačiti svoju odluku i zamijeniti mjeru probacije kaznom zatvora (ukoliko se počinitelj ne pridržava obveza nametnutih mu probacijom).

Velika Britanija ima izuzetno razvijen sustav probacije koji koordinira Nacionalni probacijski servis (National Probation Service - NPS) za Englesku i Wales, a koji se sastoji od mnoštva podružnica, uglavnom vezanih uz veće gradove. U prosjeku, na dan, Nacionalni probacijski servis, supervizira preko 190 000 prijestupnika kojima je sud izrekao neku od četiri glavne alternativne sankcije predviđene zakonodavstvom Velike Britanije: mjera rehabilitacije u zajednici, mjera kazne u zajednici, mjera kazne i rehabilitacije u zajednici i mjera tretmana za ovisnike i testiranje na drogu (National Probation Service, 2003).

Ovdje je bitno naglasiti da je u travnju 2005. godine, došlo do promjena u zakonodavstvu pa su tako spomenute mjere zamijenjene jednom jedinom mjerom – *mjerom tretmana u zajednici*, koja se izriče uz mnoštvo posebnih obveza, ovisno o specifičnim potrebama počinitelja i vrsti kaznenog djela (National Probation Service, 2005).

U kontekstu izricanja alternativnih sankcija osuđenim ovisnicima, bitno je spomenuti Nacionalnu agenciju za tretman (National Treatment Agency – NTA), osnovanu 2001. godine od strane Vlade, koja je zadužena za osiguravanje

adekvatnog tretmana za ovisnike (i one koji su prekršili zakon i one koji nisu), te za poboljšanje postojećih programa i kreiranje novih ([www.nta.nhs.uk](http://www.nta.nhs.uk)). Temeljna zadaća NTA je, sukladno tomu, osiguravanje većeg broja programa za ovisnike, bolje organiziranih i koordiniranih, te dovoljno raznolikih kako bi pokrili gotovo sve specifične potrebe svojih korisnika.

Nacionalna agencija za tretman osigurava nekoliko modela intervencija: savjetovanje i davanje informacija, razmjena šprica i igala (Needle exchange program), planiran i strukturiran savjetodavni rad, strukturirani dnevni program, propisivanje metadonske terapije, bolničko liječenje i rezidencijalni tretman kojemu je uvjet apstinencija ovisnika. U rezidencijalnom tretmanu ovisnicima se osigurava individualno i grupno savjetovanje, organiziranje rada u zajednici, edukacija i trening socijalnih, komunikacijskih i životnih vještina, osposobljavanje za određena zanimanja, savjetovanje i zastupanje. Suradnjom sa sudom i voditeljima probacije, osigurava se adekvatan tretman za sve osuđene ovisnike, ovisno o njihovim specifičnim potrebama i stupnju ovisnosti.

### 2.1.2. Prikaz jednog modela izvaninstitucionalnog tretmana osuđenih ovisnika u SAD-u: Model "Sudovi za drogu" (The Drug Court Model)

U kasnim osamdesetim godinama 20. stoljeća mnogi sudovi na području SAD-a bili su preopterećeni poslom. Dramatičan porast slučajeva vezanih uz drogu, izricanje zatvorskih kazni zbog posjedovanja i distribucije droge, osobito kokaina, dovelo je do preopterećenosti, ne samo sudova, koji su izricali takve kazne, već i zatvora. Zatvorska populacija rasla je najviše u Miamiju i na Floridi. Zbog toga ne čudi činjenica da je 1989. godine sustav sudstva u Miamiju organizirao intenzivni tretman za osuđene ovisnike koji je postao alternativa zatvorskoj kazni za počinjena djela. Program je nazvan "Sudovi za drogu" (Drug Courts). Do 1994. godine organizirano je 12 takvih sudova u SAD-u. Danas ih ima preko 1200 (National Drug Court Institute, 2004).

Organiziranje Sudova za drogu predstavlja veliki korak u probacijskom sustavu. U ovom "braku" različitih servisa, osuđenom ovisniku (koji se naziva klijentom), pruža se intenzivan tretman koji uključuje testiranje na drogu, superviziju, studiju svakog pojedinog slučaja te redovita saslušanja pred sućem. Prije saslušanja, tretmanski tim i tim stručnjaka koji rade na sudu, zajedno pregledaju svaki pojedini slučaj i usuglase mišljenja te s jedinstvenim prijedlogom dođu na saslušanje (Drug Courts Program Office, 1998).

#### *Tko sačinjava tim Sudova za drogu?*

Tim se sastoji od suca, tužitelja, branitelja, terapeuta, policajca, voditelja probacije (povjerenik), voditelja slučaja (case manager) i koordinatora programa. Na sastancima tima, raspravlja se o klijentovu napretku od zadnjeg saslušanja i daju se prijedlozi za poboljšanje rada.

Naravno, nije potrebno posebno naglašavati da uključivanje u program Sudova za drogu podrazumijeva apstinenciju od kriminala, droge i alkohola. Klijentima

je također obaveza traženje zaposlenja ili nastavak školovanja. Većina Sudova zahtijeva superviziju klijenata najmanje godinu dana. Pogodnosti koje klijent dobiva sudjelovanjem i napredovanjem u programima Sudova za drogu su ublaženje kazne, odbacivanje optužbe ili prijevremeni završetak tretmana.

Sudjelovanje u programima Sudova za drogu je dobrovoljno. Osuđenik uvijek može izabrati kaznu zatvora.

Do sredine devedesetih nisu postojali nikakvi standardi po kojima bi Sudovi za drogu radili. No, 1997. godine američko Ministarstvo pravosuđa odredilo je 10 osnovnih odrednica Sudova za drogu (Defining Drug Courts, 1997): Sudovi za drogu su integracija tretmana za ovisnike (o drogi i alkoholu) i pravosudnog sustava i sastoje se od multidisciplinarnog tima koji uključuje djelatnike pravosuđa i tretmanskog osoblja; usmjereni su na dobrobit i rehabilitaciju počinitelja - time se zapravo odstupa od tradicionalne uloge suda u kojoj tužitelj zastupa interes države, a branitelj se brine za dobrobit klijenta. Bitna vrijednost Sudova za drogu leži u činjenici da svaki član tima radi isključivo za dobrobit klijenta te je njegov oporavak u središtu zanimanja i branitelja i tužitelja. Oni zajedno rade na povećanju klijentove motivacije i promjeni njegova ponašanja. Belenko (1998) smatra da upravo ta činjenica doprinosi velikoj uspješnosti Sudova za drogu i potvrđuje to konstatacijom: "procjenjuje se da 60% klijenata koji uđu u program Sudova za drogu ostaju, u tretmanu (misli se na "drug-free" tretman), i nakon godine dana (Belenko, 1998:21); Sudovi za drogu nastoje identificirati klijenta u početku njegove kriminalne karijere i pružiti mu "jak" i strukturiran tretman kako bi se spriječio recidivizam. Osnovna razlika između modela Sudova za drogu i modela tradicionalnih sudova jest u tome što Sudovi za drogu puno brže procesuiraju slučajeve. Belenko (1998) smatra kako osnovna prednost Sudova za drogu leži u činjenici da se intervencije prema klijentu poduzimaju odmah nakon uhićenja. Naime, potencijalni klijenti se odmah nakon uhićenja usmjeravaju u agencije za tretman radi procjene rizika i potreba kako bi se što prije moglo započeti s adekvatnim tretmanom. Osim toga, ustanovljeno je da odlazak u agenciju za tretman, neposredno nakon uhićenja, povećava klijentovu motivaciju za promjenom (Defining Drug Courts, 1997); u radu Sudova za drogu izuzetno je bitan kontinuum intervencija i koordinacija različitih servisa u zajednici. Osim što pružaju specijalizirani tretman ovisnicima, Sudovi za drogu surađuju i s agencijama za zapošljavanje, zdravstvenim ustanovama, ustanovama socijalne skrbi te ustanovama vezanim za obrazovanje. Time se klijentima omogućuje završavanje formalne edukacije ili započinjanje nove, pronalazak posla, osigurava im se socijalna pomoć, nudi im se zdravstvena skrb i slično; klijenti se redovito podvrgavaju testiranju na drogu ili alkohol. Testiranje treba biti nasumično, često i pod nadzorom, a provode ga ili članovi tretmanskog osoblja ili policija.; Sudovi za drogu često održavaju kontrolna ročišta prije kojih se čitav tim sastaje i donosi mišljenje o napretku klijenta. Čestim kontrolnim ročištima i saslušanjima pred sucem osigurava se pravodobno interveniranje u način tretmana i eventualna modifikacija istog. Na isti se način omogućuje i pravodobno sankcioniranje klijenta u slučaju nesudjelovanja u tretmanu; u radu



Sudova za drogu značajno mjesto ima sudac. Njegova uloga se ističe kao jedna od vrlo odgovornih jer svojim položajem pruža autoritet i svojim čestim viđanjem klijenta (kroz redovita saslušanja) oni razvijaju jednu vrstu terapijskog odnosa. Autoritet suca i njegov dobar odnos s klijentom dvije su vrlo važne komponente koje utječu na rehabilitaciju osuđenog ovisnika. Brojni autori koji se bave evaluacijom Sudova za drogu (Goldkamp, 1994; prema Latessa i Allen, 2003; Drug Court Programs Office, 1998; Belenko, 1998), smatraju da je upravo sudac ključna osoba u tretmanu i superviziji klijenta jer osigurava redovita saslušanja u kojima procjenjuje klijentov napredak i motivira ga za nastavak dalje. Osim toga, agencije koje provode tretman, u stalnom su kontaktu sa sucem i zajedno s njim dogovaraju strategiju tretmana za svakog pojedinog klijenta; rad Sudova za drogu mora biti praćen i evaluiran; osim što je bitno proći edukaciju vezanu za probleme ovisnosti, još je bitnije da svaki član tima bude upoznat s vrstom i načinom rada drugih članova tima. Na primjer, odvjetnici i suci moraju znati što sve spada u opis posla tretmanskog tima i obratno. Bitno je naglasiti da bez poštivanja profesionalnih razlika nije moguće kvalitetno obavljati bilo koji program na kojemu radi multidisciplinarni tim stručnjaka (Belenko, 1998); stalna i kvalitetna suradnja s lokalnom zajednicom (kroz seminare, dijeljenje letaka i slično) u svrhu što bolje informiranosti svih njenih članova. Naime, jedna od osnovnih značajki modela Sudova za drogu je omogućavanje tretmana ovisnika u zajednici pa je iz tog razloga nužno informirati i ostale članove zajednice kako bi pružili podršku i time doprinijeli boljoj kvaliteti tretmana.

Dakle, očividno je da Model sudova za drogu predstavlja bitan pomak u tretmanu osuđenih ovisnika. Dvije ključne stavke u spomenutom Modelu su suradnja sudova i tretmanskih agencija u zajednici čime se povezuju i dvije vrlo bitne komponente u tretmanu osuđenih ovisnika: supervizija (nadzor) i tretman u zajednici.

Evaluacije Sudova za drogu pokazuju smanjenje stope recidivizma (i kriminalnog i ovisničkog), onih klijenata koji su bili u tretmanu (Goldkamp, 1994; prema Latessa i Allen, 2003; Belenko, 1998). Isto tako, pokazalo se da oni koji uspješno završe program imaju manju stopu uhićenja od onih koji su odustali od programa (Peters i Murrin, 2000; prema Latessa i Allen, 2003). Međutim, iako velik broj istraživanja potvrđuje uspješnost Sudova za drogu, bitno je spomenuti i ona čiji rezultati pokazuju da se modelom Sudova za drogu ništa bitno ne smanjuje recidivizam (bilo ovisnički, bilo kriminalni), unutar populacije koja je bila u tretmanu (Harrel, 1998; Deschenes i Greenwood, 1994).

No, iako je ponekad teško odrediti zašto neki programi ne pokazuju uspješnost, literatura koja se bavi sankcijama usmjerenim prema osuđenim ovisnicima pruža jake dokaze o tome kako je za uspješnost tretmana bitna kvaliteta i adekvatan sadržaj (kvalitetni stručnjaci, timski rad, dobra struktura programa, uspješna suradnja svih institucija zaduženih za tretman ovisnika i slično), (Johnson, Hubbard, Latessa, 2000; Mikšaj-Todorović, Buđanovac, 2003).

### **3. Alternativne sankcije koje se izriču osuđenim ovisnicima u Republici Hrvatskoj**

U hrvatskom bi se zakonodavstvu pod pojmom, tzv. alternativnih sankcija trebala izdvojiti uvjetna osuda sa zaštitnim nadzorom (čl. 70. KZRH) jer je to alternativna sankcija koja se, za sada, najčešće izriče osuđenim ovisnicima (za posjedovanje droge često se izriče i rad za opće dobro na slobodi).

#### **3.1. Zaštitni nadzor uz uvjetnu osudu - zakonske osnove**

Za područje hrvatske države mogućnost probacije prvi puta je predviđena 1922. godine Krivičnim zakonikom Kraljevine Jugoslavije. Pravi temelji probacije kod nas nastaju zapravo Krivičnim zakonom SR Hrvatske iz 1978. godine, kada su razrađeni zakonski okviri probativnog sustava, ali su izostali provedbeni propisi i bilo kakva primjena u praksi (Uzelac, 2002; Rajić, Maloić, Knotek-Iveta, 2005). Donošenjem novog Kaznenog zakona Republike Hrvatske koji je stupio na snagu 1. siječnja 1998. godine, predviđa se mogućnost izricanja i izvršavanja novih alternativnih sankcija – uvjetna osuda sa zaštitnim nadzorom, čl. 70. KZ-a i zamjena kazne zatvora u trajanju do šest mjeseci radom za opće dobro na slobodi, čl. 54. KZ-a (KZRH, 1998).

Po prvi puta su sankcije 1999. godine razrađene i u posebnom Zakonu o izvršavanju zaštitnog nadzora i rada za opće dobro na slobodi (1999), a potom i u pratećim provedbenim propisima (pravilnicima): Pravilnik o načinu rada i odgovornosti, izobrazbi i evidenciji povjerenika, izboru pomoćnika povjerenika, matici i osobniku osuđenika (2001), Pravilnik o vrsti i uvjetima rada za opće dobro na slobodi (2001) te Pravilnik o mjerilima za utvrđivanje naknade određenim povjerenicima i pomoćnicima povjerenika na izvršavanju kaznenopravnih sankcija uvjetne osude sa zaštitnim nadzorom i rada za opće dobro (2001).

Zaštitni nadzor može se izreći u kaznenom postupku, punoljetnim osobama, kada su ostvareni zakonski uvjeti za primjenu uvjetne osude, ali se obzirom na okolnosti u kojima počinitelj kaznenog djela živi i obzirom na njegovu ličnost, procijeni da mu je potrebna pomoć, zaštita i nadzor radi ostvarenja obveze da u roku provjeravanja ne počini novo kazneno djelo (Zakon o izvršavanju zaštitnog nadzora i rada za opće dobro na slobodi, 1999).

Uz zaštitni nadzor, osuđenoj osobi mogu se izreći i posebne obveze: osposobljavanje za određeno zanimanje koje odabere uz stručnu pomoć službe za zaštitni nadzor; prihvaćanje zaposlenja koje odgovara njegovoj stručnoj spremi, osposobljenosti i stvarnim mogućnostima obavljanja radnih zadataka, koje mu savjetuje i omogućiti služba zaštitni nadzor; raspolaganje sa svojim dohodcima u skladu s potrebama osoba koje je po zakonu dužan uzdržavati i prema savjetima službe za zaštitni nadzor; podvrgavanje liječenju koje je nužno radi otklanjanja tjelesnih i duševnih smetnji koje mogu poticajno djelovati za počinjenje novog kaznenog djela; neposjećivanje određenih mjesta, lokala i

priredaba koje mogu biti prilika i poticaj za počinjenje novog kaznenog djela; redovito javljanje službi za zaštitni nadzor radi obavještanja o okolnostima koje mogu poticajno djelovati za počinjenje novog kaznenog djela (KZRH, 1998).

Prema Zakonu o izvršavanju zaštitnog nadzora i rada za opće dobro na slobodi (1999) sud može odlučiti da kaznu zatvora u trajanju do 6 mjeseci uz pristanak osuđenika zamijeni radom za opće dobro. Rad za opće dobro na slobodi određuje se u trajanju od najmanje 10 do najviše 60 radnih dana, a rok za izvršenje ne može biti kraći od jednog mjeseca niti dulji od godine dana. Može se ostvariti jedino kod poslodavca čija je djelatnost humanitarna, ekološka, komunalna ili druga, besplatan je i ne smije služiti postizanju dobiti.

Svrha je zaštitnog nadzora i rada za opće dobro na slobodi da se osuđenik ne isključi iz društvene zajednice, već dragovoljno, osobnim postupcima, radom i odnosom prema posljedicama izazvanim počinjenim djelom razvije svijest o štetnosti ponašanja i odgovornosti za štetne posljedice.

Izvršavanje ovih sankcija, sukladno ranije navedenim zakonskim propisima, u nadležnosti je Ministarstva pravosuđa – Uprave za zatvorski sustav – Središnjeg ureda – Službe tretmana – Odjela za izvršavanja zaštitnog nadzora i rada za opće dobro na slobodi, a poslove povjerenika obavljaju službenici kaznonica, zatvora i odgojnih zavoda (izvan svojih redovitih poslova), (Rajić, Maloić, Knotek-Iveta, 2005). Kako bi mogli obavljati ove poslove povjerenici moraju imati završenu visoku stručnu spremu odgovarajuće struke, stručno i radno iskustvo u trajanju od najmanje pet godina, dodatnu edukaciju i primjerene osobine ličnosti. Izvršavanje zaštitnog nadzora, odnosno rada za opće dobro na slobodi može početi nakon pravomoćnosti sudske presude, a izvršava se prema mjestu prebivališta, odnosno boravišta osuđene osobe, pri čemu je osuđena osoba oslobođena troškova izvršavanja sankcija (Zakon o izvršavanju zaštitnog nadzora i rada za opće dobro na slobodi, 1999).

Prvi zaštitni nadzor uz uvjetnu osudu u Republici Hrvatskoj počeo se izvršavati krajem 2001. godine, a prvi rad za opće dobro na slobodi u svibnju 2002. godine. Do lipnja 2004. godine bilo je okončano izvršavanje 12 zaštitnih nadzora, u postupku izvršavanja bilo ih je 92; izvršeno je 9 sankcija rada za opće dobro, a 6 se izvršavalo. Na izvršavanju alternativnih sankcija bila su uključena 32 povjerenika (Rajić, Maloić, Knotek-Iveta, 2005).

### ***3.2. Problematika sustava probacije u RH: aktualno stanje i mogućnosti poboljšanja postojećeg stanja***

Prema podacima o broju izrečenih mjera zaštitnog nadzora uz uvjetnu osudu u Republici Hrvatskoj (radi se o 52 osobe u 2003. godini), vidljivo je da je takva praksa još u povojima (Rajić, Maloić, Knotek-Iveta, 2005). Udio kaznenih djela iz članka 173. KZ-a (zlouporaba opojnih droga) je 15,22 %. Budući da nema dostupne literature niti drugih informacija o tome kako su oblikovani izvaninstitucionalni programi tretmana osuđenih ovisnika, te kako su

supervizirani i evaluirani, teško je govoriti o bilo kakvom sustavnom izvaninstitucionalnom tretmanu za takvu vrstu populacije na području RH.

Naime, postoje samo generalne smjernice o metodologiji rada u sklopu provođenja zaštitnog nadzora uz uvjetnu osudu (Uzelac, 2002), ali ne postoji strukturirani model tretmana za ovisnike kojima je izrečena spomenuta mjera.

Kada se govori o strukturiranom modelu tretmana za osuđene ovisnike kojima je izrečena mjera zaštitnog nadzora uz uvjetnu osudu, nužno je imati na umu da takav model nije moguće izgraditi bez dobre i odgovorne suradnje svih relevantnih institucija koje, na bilo koji način, sudjeluju u provođenju spomenute mjere. Ovdje, prije svega, treba naglasiti nužnost suradnje sudova i voditelja probacije. Imajući na umu da je većina europskih zemalja preuzela američki model "sudova za drogu" (koji se pokazao iznimno uspješnim, kako je već ranije navedeno u tekstu), u kojemu ravnopravne uloge imaju i sudac i voditelj probacije, ali i brojne agencije u zajednici koje omogućuju adekvatan tretman za specifično osuđenog ovisnika, opravdano je postaviti pitanje *što koči Hrvatsku u preuzimanju slične prakse?*

Brojni autori (Uzelac, 2002; Žakman-Ban, Mikšaj-Todorović i Romić, 1994; Rajić, Maloić, Knotek-Iveta, 2005), naglašavaju nedovoljno dobru organizaciju, koordinaciju i suradnju institucija odgovornih za uspješno provođenje mjere zaštitnog nadzora uz uvjetnu osudu. Osim toga, Uzelac (2002) posebno ističe veliki raskorak između probativne pravne norme i probativne prakse prema punoljetnim osobama te, u prilog tomu, navodi činjenicu da puna dva desetljeća prvo je postojalo, a drugo nije. Žakman-Ban i sur. (1994) upozoravaju na nedostatak sustavnog praćenja izvršenja mjere i stručne evaluacije iste (što je bilo i nemoguće u to vrijeme jer se u praksi mjera počela izricati tek 2001. godine).

Naime, praćenje izvršavanja mjere zaštitnog nadzora uz uvjetnu osudu, njezina evaluacija te znanstvena validacija učinkovitosti mjere nužne su za unapređenje sustava probacije u Republici Hrvatskoj jer se time omogućuje pravodobno mijenjanje koncepta probacije. Znanstveni bi se rezultati, smatraju navedeni autori, uspoređivali s relevantnim rezultatima svjetskih istraživanja, što bi povratno djelovalo na teoriju i praksu te potrebno uobličavanje kvalitetnijih modela rada na izvršenju ove alternativne sankcije.

No, da bi sve navedeno bilo uopće moguće (praćenje, evaluacija, poboljšanje prakse), potrebno je postavljanje egzaktnog, organizacijskog pristupa u probaciji koji bi znatno olakšao provedbu pojedinačnih programa izvršavanja zaštitnog nadzora koje je dužan izraditi povjerenik (prema čl. 12. st. 3. Zakona o izvršavanju zaštitnog nadzora i rada za opće dobro na slobodi, 1999) za svakog probanda (osobu kojoj je izrečena spomenuta mjera), a o kojima detaljno piše Uzelac (2002).

Organizacijski, strukturiran pristup u probaciji u većini razvijenih zemalja već postoji. Kao što je ranije navedeno, u SAD-u je odjel za probaciju organizacijski postavljen kao servisna služba suda koja time ima upravne ingerencije nad čitavim nizom raznih službi. U te je ingerencije uključeno

"miješanje" suda, kao posebnog autoriteta, u socijalnu zajednicu. Koordinaciju toga rada preuzimaju vladini izvršni organi. Stoga je i moguće da voditelj probacije preuzme pojedinačni slučaj, prouči ga i načini specifičan plan tretmana te ga ponudi različitim službama i agencijama u zajednici (ovisno o specifičnim potrebama klijenta).

U Velikoj Britaniji postoji Nacionalna agencija za probaciju koja ima svoje podružnice po svim većim gradovima te kvalitetnu suradnju sa svim relevantnim institucijama koje potpomažu kvalitetno izvršavanje izrečene mjere probacije (institucije zdravstvene i socijalne skrbi, zavodi za zapošljavanje, edukativni, sportski i kulturni centri te mnoge druge) (Canton, Ferguson, Parker, 2003; <http://www.hmso.gov.uk/legis.htm>).

Dakle, ono što bi znatno poboljšalo hrvatsku probacijsku praksu jesu promjene na razini organizacije sustava, po uzoru na britanski ili američki model, ali imajući na umu kulturološke i druge razlike sredine u kojoj se model primjenjuje, (nedopustivo je i nekorisno puko preslikavanje modela iz jedne kulture u drugu!). Na taj bi se način omogućilo efikasnije i stručnije provođenje mjere zaštitnog nadzora uz uvjetnu osudu jer bi ciljevi i zadatci svake pojedine ustanove bili jasno definirani i koordinirani. Time bi se znatno olakšao posao i voditelju probacije koji treba animirati i aktivirati što širi krug stručnih i društvenih (nerijetko i državnih) službi i institucija i pojedinaca u njima i izvan njih kako bi provođenje mjere bilo što uspješnije. S tim u svezi, Uzelac (2002:53) ispravno navodi kako "suvremeni pristup organizaciji i izvršenju probacije općenito, pa tako i zaštitnog nadzora uz uvjetnu osudu, polazi od pretpostavke da povjerenik kao voditelj te mjere nije ujedno i njezin jedini izvršitelj". O tome treba voditi računa.

U Republici Hrvatskoj teško je govoriti o izvaninstitucionalnom tretmanu osuđenih ovisnika jer niti postoje takvi programi, niti postoji adekvatna stručna i znanstvena literatura na tu temu. Jedini program dostupan u literaturi, a koji jednim svojim dijelom obuhvaća i izvaninstitucionalni tretman osuđenih ovisnika jeste program "Institucionalni i poslijepenalni tretman osuđenih ovisnika" (IPTO), (Mikšaj-Todorović, Budanovac, 2003). Bitno je naglasiti da program nije namijenjen osuđenim ovisnicima kojima je izrečena alternativa zatvoru, već obuhvaća tretman ovisnika dok su u zatvoru te nastavak tretmana na slobodi. Budući da sadrži neke elemente američkog koncepta Sudova za drogu (suradnja sudova odnosno suca izvršenja i stručnog tima za tretman, suradnja svih relevantnih institucija u zajednici – centara za socijalnu skrb, centara za prevenciju ovisnosti, zdravstvenih institucija, zavoda za zapošljavanje, nevladinih udruga i drugih, omogućavanje redovitih testiranja na drogu i slično), izuzetno je pogodan za uvjetno otpuštene ovisnike jer omogućuje njihov nadzor i pravodobno reagiranje u slučaju recidiva, ali je isto tako pokazao i veliku uspješnost u ponovnoj integraciji ovisnika u društvo.

Iz svega navedenog, može se zaključiti da je sadašnji sustav izvršavanja alternativnih sankcija u RH još uvijek u razdoblju organizacije, ali je u relativno kratkom vremenu primjene pokazao određene nedostatke: nedovoljna teritorijalna

pokrivenost izvršavanja navedenih sankcija, uslijed postojećeg rasporeda kaznenih tijela; nedostatak adekvatnih prostora za kontakte povjerenika s osuđenim osobama te nemogućnost kvalitetnog stručnog nadzora nad izvršavanjem sankcija (Rajić, Maloić, Knotek-Iveta, 2005).

Uočavajući navedene probleme, te potrebu poboljšavanja postojećeg sustava izvršavanja kaznenopravnih sankcija i mjera, formirana je stručna radna skupina i u tijeku je izrada novog koncepta organizacije probacije (Rajić, Maloić, Knotek-Iveta, 2005). Buduća probacijska služba svojim djelokrugom rada trebala bi obuhvatiti i dodatna područja djelovanja, primjerice uvjetno otpuštene zatvorenike, a uspostava takve službe nužna je i u sklopu procesa prilagodbe i približavanja zakonodavstva RH zakonodavstvu EU.

#### **4. Zaključak**

Pregledom postojeće literature može se zaključiti da alternativne sankcije dobivaju sve značajnije mjesto u zakonodavstvima, kao i u praksi, većine europskih zemalja. Uvjeti pod kojima se one izriču razlikuju se od zemlje do zemlje i ovise uglavnom o dobi počinitelja, težini optužbe, ali i o organizaciji probacijskih službi u zajednici. U Republici Hrvatskoj, provođenje alternativnih sankcija u praksu još je u povojima, na samom početku.

Vodeći koncepti alternativnih sankcija za osuđene ovisnike osmišljeni su u SAD-u i Velikoj Britaniji. Naime, američki model Sudova za drogu preuzela je većina europskih zemalja, modificirajući ga prema potrebama i kulturi svoje države. Iako se vode polemike oko prednosti i nedostataka izvaninstitucionalnih modela tretmana osuđenih ovisnika, istraživanja učinkovitosti takvih modela pokazuju da ih je vrijedno koristiti u praksi i da se od njih nikako ne bi trebalo odustati. No, ono što se nameće nužnim kod provedbe takvih modela je učestalo praćenje i stalna evaluacija kako bi se praksa mogla u što većoj mjeri unaprijediti.

U kontekstu izricanja probacije osuđenim ovisnicima u Republici Hrvatskoj, smatram da je bitno izraditi novi koncept organizacije probacije, odnosno postavljanje egzaktnog pristupa u probaciji, a koji bi se trebao definirati na nekoliko razina: materijalnoj, proceduralnoj i edukacijskoj. Materijalno gledište organizacije probacije podrazumijeva iznalaženje prostora u kojemu bi se probacijski rad odvijao. Naime, trenutno ne postoji poseban prostor u koji bi se zaprimale osobe kojima je izrečena mjera zaštitnog nadzora uz uvjetnu osudu pa službenici koji rade na provođenju spomenute mjere, obavljaju taj posao iz svojih ureda ili od kuće. Time se otežava komunikacija i onemogućava kvalitetniji rad. Osim toga, bitna je i organizacija kadra te kvalitetna super i subordinacija. Trenutno, posao provedbe zaštitnog nadzora uz uvjetnu osudu obavljaju djelatnici Ministarstva pravosuđa (uglavnom službenici koji rade u zatvorima i kaznionicama), a u novije vrijeme i nekoliko djelatnika centara za socijalnu skrb. Budući da je to samo jedan mali dio posla koji oni obavljaju u sklopu svoga

radnog vremena, postavlja se pitanje koliko kvalitetno se ta mjera uopće može provesti bez definiranja nekoliko ljudi koji bi radili isključivo taj posao (dakle, organiziranje probacijskih timova). To za sobom povlači problem financiranja i prostora, ali i novoga kadra koji bi se specijalizirao isključivo za provođenje alternativnih sankcija. U većini europskih zemalja provođenje alternativnih sankcija financira se iz proračuna Ministarstva pravosuđa, osim u Finskoj, Engleskoj i Irskoj gdje lokalne vlasti osiguravaju financije. U Republici Hrvatskoj je, za sada, iluzorno očekivati da bi lokalne vlasti bile spremne financirati provođenje alternativnih sankcija, iako bi se možda, organiziranjem edukativnih akcija kojima bi se šira javnost informirala o dobrobitima i dugoročnim koristima izricanja alternativnih sankcija osuđenim ovisnicima, i to u bližoj budućnosti moglo izvesti. No, moram ovdje izraziti svoju sumnju.

Proceduralna razina podrazumijeva uhdanu shemu po kojoj se radi, način evidentiranja te izrada posebnih računalnih programa koji bi olakšali praćenje i evaluaciju učinkovitosti mjere za svakog pojedinog klijenta. Budući da u našoj zemlji ne postoji organizacijska jedinica u smislu agencije za probaciju koja bi sve organizirala i koordinirala, ovoga trena možda bi bilo najbolje taj posao prepustiti Odjelu za izvršavanje zaštitnog nadzora i rada za opće dobro na slobodi unutar Ministarstva pravosuđa. Smatram da bi trebalo raditi i na decentralizaciji, odnosno organizirati i županijske centre za probaciju koji bi imali kvalitetnu povezanost i suradnju s Odjelom za izvršavanje zaštitnog nadzora i rada za opće dobro na slobodi. Na taj način bi se olakšalo i izvršavanje i praćenje izricanja alternativnih sankcija. No, budući da je Hrvatska mala zemlja, ova ideja neće uskoro zaživjeti jer će glavna kritika vjerojatno biti usmjerena na nepotrebnost formiranja županijskih ureda s obzirom na mali broj osoba kojima je takva mjera izrečena. Ovdje dolazimo do treće razine organizacije probacije, a to je edukativna razina. Trend, za koji smatram da bi ga Republika Hrvatska trebala pratiti, je što češće izricanje alternativnih sankcija. Budući da je ovaj rad usredotočen na problematiku osuđenih ovisnika o ilegalnim drogama, moram izraziti nužnost organiziranja što većeg broja edukacija o prednostima izricanja takvih vrsta sankcija osuđenim ovisnicima. Edukacije bi se trebale oformiti i za djelatnike suda (koji bi tada možda češće izricali alternativu zatvoru), ali i za buduće voditelje probacije.

Vrijedno bi bilo uzeti neke temeljne postavke američkog modela (Drug Court Model), opisanog u ovom radu, i prilagoditi ih hrvatskim uvjetima:

- uska suradnja suda s tretmanskim i drugim agencijama u zajednici
  - agencijama za zapošljavanje, zdravstvenim ustanovama, ustanovama socijalne skrbi te ustanovama vezanim za obrazovanje;
- organiziranje multidisciplinarnih timova koji se sastoje od djelatnika pravosuđa i tretmanskog osoblja,
- evaluacija i praćenje izvršavanja programa zaštitnog nadzora za svakog klijenta,
- naglašavanje uloge suca koji bi, osim čiste kontrole klijenta, imao i "terapijsku ulogu",

- organiziranje čestih edukacija i supervizija svih članova stručnog tima tako da svaki član tima bude upoznat s vrstom i načinom rada drugih članova tima.

Dakle, smatram da bi razvoj alternativnih sankcija za osuđene ovisnike trebao uzeti maha u skoroj budućnosti, a možda je najbolji put do toga kroz organizaciju jednog modela probacije (uzimajući u obzir provjerene i iskoristive postavke Sudova za droge) koji bi se kreirao, primijenio i evaluirao u jednoj sredini, a zatim implementirao u ostale krajeve Republike Hrvatske, uz određene modifikacije. No, da bi to bilo ostvarivo, moraju se uzeti u obzir, osim gore navedenih organizacijskih razina, i volja te spremnost na suradnju svih relevantnih struka i institucija. Tek tada će novi koncept probacije moći zaživjeti.

### *Literatura*

1. Allen, H. (2002): *What works? Risk Reduction: Interventions for Special Needs Offenders*. Lanham, MD: American Correctional Association
2. Anglin, M., Hser, Y. (1990): *Treatment of Drug Abuse U: Thorny, M. i Wilson J.Q. (ur) Drugs and Crime*. University of Chicago Press. Chicago
3. Austin, J. (2001): *Prisoner Reentry: Current Trends, Practicess and Issues*. *Crime & Delinquency*, 47, 314-334
4. Belenko, S. (1998). *Research on drug courts: A critical review*. *National Drug Court Institute Review*, 1,1, 1-42.
5. Canton, R., Ferguson, K., Parker, R. (2003): *Working with Offenders in the Community. An Introductory Training Manual*. UK Department for International Development
6. *Declaration on the Guiding Principles of Drug Demand Reduction (1998)*: [www.un.org/ga/20special/demand/htm](http://www.un.org/ga/20special/demand/htm)
7. *Defining Drug Courts (1997): The Key Components*. The National Association of Drug Court Professionals. Drug Court Standards Committee. US Department of Justice
8. Deschenes, E., Greenwood, P. (1994): *Maricopa County's Droug Court: An Innovation Program for First Time Drug Offenders on Probation*. *Justice System Journal*, 17, 1, 99-115
9. *Drug Courts Program Office. (1998). Drug court monitoring, evaluation, and management information systems*. Washington, DC: U.S. Department of Justice.
10. *Drug Policy in Italy (2005)*: [www.fuoriluogo.it/eng/](http://www.fuoriluogo.it/eng/)
11. *European Legal Database on Drugs (2001)*: <http://eldd.emcd.eu.int>.
12. *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (2002): Annual report: The state of the drug problem in the European Union and Norway*
13. *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (2004): Annual report: The state of the drug problem in the European Union and Norway*
14. Gurley, J.D., Satcher, J.F. (2003): *Drug use or Abstinence sa a Function of perceived Stressors Among Federally Supervised Offenders*. *Federal Probation*, 67, 3, 49-53



15. Harrel, A. (1998); Drug Courts and the Role of Graduated Sanctions. National Institute of Justice. Washington DC: U.S. Department of Justice
16. Hobson, C. (2005): Drug Offenders Should Be Imprisoned, [www.enotes.com/americas-prisons-article](http://www.enotes.com/americas-prisons-article)
17. <http://www.hms0.gov.uk/legis.htm>
18. <http://www.hms0.gov.uk/legis.htm>
19. <http://www.ris.bka.gv.at/bgbl/>
20. Johnson, S., Hubbard, D, Latessa, E. (2000): Drug Courts and Treatment: Lessons to be Learned from tehe "What Works" Literature. *Corrections Management Quarterly*, 4, 4, 70-77
21. Karberg, J, James, D. (2005): Substance Dependence, Abuse and Treatment of Jail Inmates in 2002. Bureau Of Justice Statistics. US Department of Justice. Washington
22. Kazneni zakon Republike Hrvatske. Narodne novine. 110/97, 27/98.
23. Kazneni zakon Republike Hrvatske. Narodne novine. 110/97, 27/98.
24. Kosto, A. (1991): Social renewal as a basis for Duch penal and prison policy and development of alternative, community based sanctions. Paper presented to the International Conference on Penal reforms "The Alternatve target: Community-oriented prisons and Community-based sanctions" Den Haag, October, 12-15
25. Latessa, E.J., Allen, H.E. (2003): *Corrections in the Community*. Anderson Publishing Co. Cincinnati
26. Litt, M.D., Mallon, S.D. (2003). The Design of Social Support Networks for Offenders in Outpatient Drug Treatment. *Federal probation*, 67, 2, 15-27
27. Mejovšek, M. (1998): Evaluacija institucionalnog penološkog tretmana. *Penološke teme*, 4, 1-2, 1-9
28. Mikšaj-Todorović, Lj., Buđanovac, A. (2003): Evaluation of Institutional and Post-Penal treatment of the Convicted Addicts. *Alcoholism*, 39, 1, 21-33
29. Mikšaj-Todorović, Lj., Buđanovac, A., Brgles, Ž. (1998): Rehabilitacijski programi u institucijama u hrvatskoj penološkoj teoriji i praksi. *Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja*, 34, 1, 83-93
30. National Drug Court Institute (2004), [www.ndci.org](http://www.ndci.org)
31. National Probation Service (2003): Enforcement, Rehabilitation and Public Protection; Information for Offenders
32. National Probation Service (2003): Enforcement, Rehabilitation and Public Protection, [www.probation.homeoffice.gov.uk](http://www.probation.homeoffice.gov.uk)
33. National Probation Service (2005): Enforcement, Rehabilitation and Public Protection- Hampshire Website, <http://probation.hants.gov.uk>
34. National Probation Service, 2005: Cutting crime - changing lives, North Yorkshire
35. Pravilnik o mjerilima za utvrđivanje naknade određenim povjerenicima i pomoćnicima povjerenika na izvršavanju kaznenopravnih sankcija uvjetne osude sa zaštitnim nadzorom i rada za opće dobro. Narodne novine 43/01.
36. Pravilnik o načinu rada i odgovornosti, izobrazbi i evidenciji povjerenika i pomoćnika povjerenika, izboru pomoćnika povjerenika, matici i osobniku osuđenika. Narodne novine 43/01.

37. Pravilnik o vrsti i uvjetima rada za opće dobro na slobodi. Narodne novine 43/01.
38. Prendergast, M., Anglin, D., Wellisch, J. (1995): Up to Speed: treatment for Drug Abusing Offenders Under Community Supervision. Federal probation, 59, 4, 66-75
39. Rajić, S., Maloić, S., Knotek-Iveta, Ž. (2005): Izvršavanje uvjetne osude sa zaštitnim nadzorom i rada za opće dobro na slobodi: Alternativne sankcije u RH – stanje i perspektive. Kriminologija i socijalna integracija, 13, 1, 119-133
40. Rhine, E.E. (2003): Why "What Works" Matters Under the Broken Window of Supervision. Federal Probation, 66, 2, 38-42
41. Scalia, J. (1999): Federal Drug Offenders: with Trends 1984-1999. Bureau Of Justice Statistics. US Department of Justice. Washington
42. Study on the legislation and regulation on drug trafficking in the European Union Member States (2001): European Commission, <http://eldd.emcd.eu.int>.
43. Taxman, F.S., Bouffard, J.A. (2003): Drug Treatment in the Community – A Case Study of System Integration Issues. Federal Probation, 67, 2, 4-14
44. Uzelac, S. (2002): Zaštitni nadzor – Metodika socijalnopedagoškog rada. Globus. Zagreb
45. Wilson, D. (2000): Drug Use, Testing and Treatment in Jails. [www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/duttj.pdf](http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/duttj.pdf)
46. [www.enotes.com/americas-prisons](http://www.enotes.com/americas-prisons)
47. [www.nta.nhs.uk](http://www.nta.nhs.uk)
48. Zakon o izvršavanju zaštitnog nadzora i rada za opće dobro na slobodi. Narodne novine 128/99.
49. Žakman-Ban, V. (1995): Upliv socijalno gospodarskog statusa osuđenika i vrste kaznenog djela u prilagodbi institucionalnomu penološkom tretmanu (disertacija). Fakultet za defektologiju. Sveučilište u Zagrebu.
50. Žakman-Ban, V., Mikšaj-Torović, Lj., Romić, P. (1994): Mogućnosti probativnog pristupa u okvirima tzv. alternativnih sankcija u Republici Hrvatskoj. Kriminologija i socijalna integracija, 2, 1, 77-86

## Summary

**EXTRA-INSTITUTIONAL PROGRAMS FOR PERSONS  
ADDICTED TO ILLEGAL DRUGS: POSSIBILITIES OF  
ALTERNATIVE SANCTIONS FOR CONVICTED ADDICTED  
ADULTS**

This article presents an overview of extra-institutional programs for convicted persons addicted to illegal drugs applied in the EU Member States and in the USA, and tackles the issue of application of these programs in the Republic of Croatia. Furthermore, it discusses possibilities and dilemmas of alternative sanctions application to convicted addicts. Positive and successful examples of their application in the UK and USA are presented. Both countries developed and implemented the so called Drug Court Model. It demonstrates a significant level of success. Since the application of alternative sanctions for convicted addicts in Croatia is still in the basic phase, the article elaborates several theses and possibilities for improvement of the present state.

*Key words:* extra-institutional programs, convicted addicts.

## Zusammenfassung

**AUSSERINSTITUTIONELLE PROGRAMME BEI DER  
ARBEIT MIT ABHÄNGIGEN VON ILLEGALEN DROGEN:  
MÖGLICHKEITEN, VOLLJÄHRIGEN VERURTEILTEN  
ABHÄNGIGEN ALTERNATIVE SANKTIONEN ZU VERHÄNGEN**

Diese Arbeit gibt einen Überblick über außerinstitutionelle Programme bei der Arbeit mit verurteilten Abhängigen von illegalen Drogen in den Ländern der europäischen Union und in den USA, erfasst jedoch auch die Problematik bei der Durchführung solcher Programme in der Republik Kroatien. Des Weiteren wird über Möglichkeiten und Zweifel bei der Verhängung alternativer Sanktionen für verurteilte Abhängige diskutiert und als positives und erfolgreiches Beispiel solcher Art der Sanktionierung werden Beispiele aus Großbritannien und den USA angeführt, in denen auch ein Modell der Gerichte für Drogen entwickelt wurde (The Drug Court Model), das sehr erfolgreich ist. Da die Verhängung alternativer Sanktionen für verurteilte Abhängige in der Republik Kroatien bisher nur Theorie ist, zeigt die Arbeit einige Thesen und Möglichkeiten zur Verbesserung der bestehenden Situation

*Schlüsselwörter:* außerinstitutionelle Programme, verurteilte Abhängige.

## Sommario

### **PROGRAMMI DI LAVORO EXTRAISTITUZIONALI CON DIPENDENTI DA DROGHE ILLEGALI: POSSIBILITÀ DELL'APPLICAZIONE DI SANZIONI ALTERNATIVE PER CONDANNATI TOSSICODIPENDENTI MAGGIORENNI**

Questo lavoro presenta una rassegna di programmi di lavoro extraistituzionali con persone condannate dipendenti da droghe illegali applicati in stati membri dell'Unione Europea e degli Stati Uniti d'America, e affronta la questione dell'adozione di questi programmi nella Repubblica di Croazia. Inoltre, si discutono le possibilità e i dilemmi dell'applicazione di sanzioni alternative a condannati tossicodipendenti, e si presentano i positivi e risolutivi esempi della loro applicazione nel Regno Unito e negli Stati Uniti d'America, i quali hanno sviluppato e implementato un modello di tribunale per la droga (Drug Court Model) che dimostra un significativo livello di successo. Siccome la previsione di sanzioni alternative per condannati tossicodipendenti nella Repubblica di Croazia è ancora al principio, il lavoro elabora diverse tesi e possibilità per il miglioramento della situazione esistente.

**Parole chiave:** *programmi extraistituzionali, tossicodipendenti condannati.*



## OSNOVNE KARAKTERISTIKE NOVOG MALOLETNIČKOG KRIVIČNOG PRAVA REPUBLIKE SRBIJE

Dr. sc. Dragan Jovašević, izvanredni profesor  
Pravni fakultet Univerziteta u Nišu  
Republika Srbija

UDK: 343.91-053.6(497.11)  
Ur.: 13. lipnja 2006.  
Pr.: 20. listopada 2006.  
Stručni članak

*Početakom 2006. godine u Republici Srbiji je stupilo na snagu novo materijalno i izvršno krivično zakonodavstvo. Tako je posle skoro tri decenije podeljene zakonodavne nadležnosti u oblasti krivičnog prava između federacije, republike i pokrajine iz vremena SFR Jugoslavije, Republika Srbija dobila jedinstveni Krivični zakonik koji je obuhvatio sve materijalno pravne odredbe osim odredbi vezanih za krivičnopravni položaj maloletnih lica. Naime, sistem krivičnih sankcija za maloletne učinioce krivičnih dela, postupak izricanja i način, postupak i uslovi izvršenja maloletničkih krivičnih sankcija su uređeni propisima posebnog zakona – Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica. Na taj način su u jednom zakonskom tekstu obuhvaćene sve materijalne, procesne i izvršne krivičnopravne odredbe o maloletnim licima čime je zapravo zaokružen sistem maloletničkog krivičnog prava o čijim karakteristikama upravo govori i ovaj rad.*

**Ključne reči:** maloletnik, krivično delo, učinilac, zakon, sankcije, vaspitne mere, sud.

### 1. Pojam, sistem i izvori maloletničkog krivičnog prava

Maloletničko krivično pravo je deo, segment krivičnog prava jedne zemlje koje zbog obilja specifičnih rešenja u poslednje vreme u nizu evropskih zemalja<sup>1</sup> dobija karakter samostalne pravne (pozitivno pravne) ali i naučne discipline.

<sup>1</sup> U Nemačkoj, Francuskoj, Hrvatskoj i sada Republici Srbiji je ova grana prava formalno izdvojena iz krivičnog zakona (zakonika). Tako je u Nemačkoj u primeni Zakon o maloletničkom krivičnom pravosuđu od 11. decembra 1974. godine (s izmenama od 30. juna 1990. godine) – Jugendgerichtsgesetz, u Francuskoj je u primeni Ordonnance No. 45-174 du 2. fev. 1945. godine dopunjen Zakonom broj 2002-1138 od 9. septembra 2002. godine, u Hrvatskoj je u primeni Zakon o sudovima za mladež iz 1998. godine.

Radi se naime o posebnoj, zaokruženoj i autonomnoj celini koja sadrži niz specifičnih rešenja u odnosu na punoletne učinioce krivičnih dela.<sup>2</sup> Neretko se stoga u literaturi za ovu granu prava upotrebljava naziv para-krivično pravo ili kvazi-krivično pravo<sup>3</sup> koje se odnosi na maloletna lica.

To je skup zakonskih propisa kojima se određuje krivičnopravni status maloletnih lica (kao učinilaca krivičnih dela odnosno maloletnih lica kao žrtava krivičnih dela). Ono propisuje poseban tretman prema maloletnim učiniocima krivičnih dela.<sup>4</sup> Tako ovaj naziv koji se često u pravnoj teoriji određuje kao kriminalno-politički postulat obuhvata granu prava sa krivičnopravnim odredbama koje se primenjuju na maloletne učinioce krivičnih dela i koje odslikavaju poseban, specifičan karakter ove grane prava. To je pravo koje se zasniva na ličnosti učinioaca delikta (Taterstrafrecht), a ne na samom deliktu (Tatstraftrecht).

Ili drugim rečima to je sistem zakonskih pravnih propisa kojima se određuje sistem krivičnih sankcija za maloletne učinioce krivičnih dela, a pod određenim uslovima i za punoletne učinioce te postupak za izricanje i izvršenje ovih sankcija od strane nadležnih državnih organa. Stoga se može reći da maloletničko krivično pravo prelazi okvire krivičnog prava jer obuhvata ne samo krivičnopravne odredbe materijalno pravne sadržine već i odredbe procesnog i izvršnog krivičnog prava, u meri i u obimu, koji se odnosi na maloletne učinioce krivičnih dela.

Maloletničko krivično pravo tako predstavlja skup (sistem) zakonskih propisa kojima je regulisan položaj (prava i obaveze) maloletnika u krivičnom pravu u celosti. Ove odredbe se prvo odnose na pojam i vrste maloletnika kao subjekata krivičnog prava (aktivni i pasivni subjekt), na vrste, uslove i način propisivanja i izricanja krivičnih sankcija prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, postupak za izricanje krivičnih sankcija za maloletnike (koji predstavlja posebnu, specifičnu vrstu krivičnog postupka – specifičnog po organima za pokretanje i vođenje krivičnog postupka i za izricanje i izvršenje krivičnih sankcija, arhitektonici i toku postupka i učešću posebnih vansudskih – posebno van krivičnosudskih organa u postupku izricanja i izvršenja krivičnih sankcija) i na kraju postupak izvršenja izrečenih krivičnih sankcija. Ono se nizom svojih odredbi sadržinski, a i po formi izdvaja od krivičnog prava koje se primenjuje prema punoletnim učiniocima krivičnih dela. Pod određenim zakonom predviđenim uslovima izuzetno se primenjuje i prema punoletnim učiniocima krivičnih dela.<sup>5</sup>

Iz pojmovnog određivanja maloletničkog krivičnog prava proizilazi da se u okviru njega razlikuje više delova koji svaki za sebe predstavlja samostalnu i autonomnu granu prava, ali koji sadržinski, po formi i cilju koji treba da ostvare

<sup>2</sup> Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2005. godine, str. 344.

<sup>3</sup> Z. Stojanović, *ibid*, str. 344.

<sup>4</sup> G. Marjanović, *Makedonsko krivično pravo, Opšt del*, Skoplje, 1998. godine, str. 361.

<sup>5</sup> D. Jovašević, *Leksikon krivičnog prava, Službeni list*, Beograd, 2002. godine, str. 270.

čine jedinstvenu granu pozitivnog kaznenog (krivičnog) prava. Tako sistem maloletničkog krivičnog prava čine:<sup>6</sup>

- 1) materijalno krivično pravo – sistem zakonskih propisa kojima se određuje krivičnopravni status i položaj (prava i obaveze) maloletnih učinilaca krivičnih dela i sistem krivičnih sankcija za maloletnike (vaspitne mere i kazna maloletničkog zatvora) kao i alternativne mere (vaspitni nalozi kao sredstvo diverzionog modela maloletničkog krivičnog prava),
- 2) procesno krivično pravo – sistem zakonskih propisa kojima se određuje pojam, organizacija i nadležnost organa maloletničkog krivičnog pravosuđa, pokretanje i vođenje krivičnog postupka, tok i arhitektonika prvostepenog i postupka po pravnim lekovima prema maloletnim učiniocima krivičnih dela i
- 3) izvršno krivično pravo – sistem zakonskih propisa kojima se određuje organizacija i nadležnost državnih organa i postupak izvršenja izrečenih maloletničkih krivičnih sankcija i drugih alternativnih mera (vaspitnih naloga) koje se primenjuju prema maloletnim učiniocima krivičnih dela.

Konačno, u okviru sistema maloletničkog krivičnog prava, izdvajaju se i zakonske odredbe o zaštiti dece i maloletnih lica kao oštećenih u krivičnom postupku.

Sledeći tendencije prisutne poslednjih decenija u nekim evropskim zemljama (Nemačka, Francuska, Hrvatska) i u Republici Srbiji je pri nedavno izvedenoj radikalnoj reformi u oblasti krivičnog prava donet poseban Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (ZOMUKD).<sup>7</sup> Na taj način je maloletničko krivično pravo formalno izdvojeno iz Krivičnog zakonika odnosno Zakona o krivičnom postupku i Zakona o izvršenju krivičnih sankcija. Danas je u Republici Srbiji navedeni zakon osnovni, neposredni izvor maloletničkog krivičnog prava koji ima primat u primeni prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, a pod određenim zakonskim uslovima i prema punoletnim licima.

No, kao izvor maloletničkog krivičnog prava takođe se javlja i Krivični zakonik Republike Srbije odnosno sporedno, dopunsko ili pomoćno krivično pravo pri određivanju pojma, elemenata i karakteristika krivičnih dela na strani čijih učinilaca (u svojstvu izvršioca, saizvršioca ili saučesnika) se javljaju maloletna lica. Takođe i svi drugi pravni izvori (međunarodni ugovori, sudska praksa, podzakonski akti, pravna teorija, običajno pravo) na posredan način se javljaju kao izvor ove grane prava, na način i u obimu kojim upotpunjuje krivičnopravne odredbe (materijalnog, procesnog i izvršnog krivičnog prava).

<sup>6</sup> Više: D. Jovašević, *Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica sa uvodnim komentarom*, Beograd, 2005. godine, str. 3-59.

<sup>7</sup> Zakon je objavljen u Službenom glasniku Republike Srbije broj 85/2005, a stupio je na snagu 1. januara 2006. godine.



U Republici Crnoj Gori maloletničko krivično pravo nije formalno izdvojeno iz krivičnog prava u poseban zakonski tekst već su krivičnopravne odredbe materijalnog karaktera sadržane u Krivičnom zakoniku Republike Crne Gore,<sup>8</sup> a procesne odredbe u Zakoniku o krivičnom postupku, odnosno odredbe izvršnog karaktera, u Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija. No, i ove su odredbe u velikoj meri specifične prirode, karaktera, sadržine i cilja koje imaju primat u primeni prema maloletnim učiniocima krivičnih dela.

## **2. Karakteristike maloletničkog krivičnog prava**

U našem krivičnom pravu, Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika FNRJ iz 1959. godine,<sup>9</sup> izdvojene su odredbe o kažnjavanju maloletnih učinilaca krivičnih dela u posebno poglavlje. Takođe u Zakoniku o krivičnom postupku<sup>10</sup> su bile predviđene posebne odredbe o postupku prema maloletnicima (čl. 464-504. ZKP u Republici Srbiji u važnosti do donošenja posebnog zakona 2005. godine odnosno čl. 466-506. ZKP u Republici Crnoj Gori) dok republički zakoni o izvršenju krivičnih sankcija (u Republici Srbiji samo do 1. januara 2006. godine) predviđaju postupak, način i uslove izvršenja izrečenih maloletničkih krivičnih sankcija. Tako je stvoreno maloletničko krivično pravo sa sledećim karakteristikama:<sup>11</sup>

- a) Krivičnopravne odredbe se ne odnose na lice koje u vreme izvršenja krivičnog dela nije navršilo 14 godina (član 2. ZOMUKD). Takva lica se nazivaju deca i ona nisu aktivni subjekt krivičnog prava. Prema njima je u potpunosti isključena primena krivičnog prava, ali zato podležu primeni odredbi nekih drugih grana prava (porodičnog prava, prava socijalnog staranja, prekršajnog prava i sl.).
- b) Štaviše strogo posmatrano, jezičkim i gramatičkim tumačenjem, pojam "maloletnog učinioca krivičnog dela" nije moguć jer krivičnog dela nema bez postojanja krivice na strani njegovog učinioca (prema objektivnom shvatanju pojma krivičnog dela iz člana 14. KZ RS), a pojam krivice je nespojiv (inkompatibilan) s pojmom deteta pa čak i s pojmom maloletnika. Stoga i sam zakon upotrebljava prilično nemuštu formulaciju "maloletnik koji je izvršio protivpravno delo koje je u zakonu predviđeno kao krivično

<sup>8</sup> Službeni list Republike Crne Gore broj 70/2003 i 13/2004.

<sup>9</sup> O. Perić, Pokret nove društvene odbrane i krivičnopravni položaj maloletnika, Zbornik Matice srpske, Novi Sad, broj 88/1990. godine, str. 125-131.

<sup>10</sup> Zakonik o krivičnom postupku u primeni u Republici Srbiji, Službeni list SRJ broj: 70/2001 i 68/2002 i Službeni glasnik Republike Srbije broj 58/2004, 85/2005 i 115/2005 i Zakonik o krivičnom postupku u primeni u Republici Crnoj Gori, Službeni list Republike Crne Gore, broj 71/2003 i 7/2004.

<sup>11</sup> Vidi: M. Singer, Lj. Miškaj Todorović, Delikvencija mladih, Zagreb, 1989. godine; F. Hirjan, M. Singer, Maloljetnici u krivičnom pravu, Zagreb, 2001. godine.

delo. I dalje, isključeno je postojanje i utvrđivanje krivice maloletnih učinilaca krivičnih dela.<sup>12</sup>

- v) Maloletničko krivično pravo kao zaokruženi sistem krivičnopравnih propisa, koje se primenjuju prema maloletnim učiniocima krivičnih dela je lišen brojnih pojmova i instituta koja inače poznaje krivično pravo koje se primenjuje prema punoletnim licima kao što su: krivica, kazna, kazneni i retributivni sistem, srazmernost kazne stepenu opasnosti učinioca i težine učinjenog krivičnog dela, odmeravanje kazne za dela u sticaju. U osnovi ovog sistema se nalaze određeni međunarodnopravni standardi predviđeni u Minimalnim standardnim pravilima za maloletničko krivično pravosuđe (tzv. Pekinška pravila) usvojena od strane OUN 1985. godine.
- g) Sistem maloletničkog krivičnog prava treba da bude podređen kriminalno-političkim ciljevima – a to je vaspitanje maloletnog učinioca krivičnog dela i njegovo prevaspitanje. Na taj način je istaknut specijalno preventivni karakter ove grane prava čime je napušten njegov dotadašnji "terapeutski" karakter. U teoriji se stoga, ističe da su maloletničke krivične sankcije u prvom redu mere pomoći, mere socijalizacije sa što manje elemenata prinude, ograničenja prava i slobode i represije, a sve više mere pomoći, brige, nadzora i otklanjanja i predupređivanja smetnji i uslova za njihov normalan i nesmetan razvoj i sazrevanje. To u krajnjoj liniji i odgovara tzv. Havanskim pravilima koje je OUN usvojila 1990. godine, koja u odnosu na maloletne učinioce krivičnih dela zahteva isključenje ili svođenje na minimum bilo kakvog oblika lišenja slobode (član 11. tačka b.).
- d) Među krivičnim sankcijama prema maloletnim učiniocima krivičnih dela primat imaju vaspitne mere nad kaznom koja predstavlja izuzetak izražen u primeni maloletničkog zatvora.<sup>13</sup> Zakon poznaje devet vaspitnih mera sistematizovanih u tri grupe: 1) mere upozorenja i usmeravanja, (koje su u Republici Srbiji zamenile ranije postojeće disciplinske mere), 2) mere pojačanog nadzora i 3) zavodske mere. Maloletničkim zatvorom može se kazniti samo izuzetno stariji maloletnik ako je izvršio teško krivično delo za koje je predviđena kazna zatvora preko pet godina<sup>14</sup>. Dakle, vaspitne mere su osnovni oblik reagovanja društva prema maloletnim učiniocima krivičnih dela. Pri tome u primeni vaspitnih mera treba ići postepeno, stepenasto. Naime, prioritet u primeni imaju blaže vaspitne

<sup>12</sup> Više: A. Carić, *Mlađe osobe u kaznenom pravu*, Zagreb, 2002. godine.

<sup>13</sup> M. Obretković, *Pravni status maloletnih prestupnika između pravde i socijalne zaštite*, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1993. godine, str. 77-92; H. Sijerčić Čolić, *Asocijalno ponašanje djece i maloljetnika – uzroci i oblici reakcije u sistemu krivičnog pravosuđa u BiH na takvo ponašanje*, Pravna misao, Sarajevo, broj 9-10/2001. godine, str. 30-36.

<sup>14</sup> Više: M. Singer, *Kaznenopravna odgovornost mladeži*, Zagreb, 1998. godine.

mere (mere upozorenja i usmeravanja), a tek potom teže vaspitne mere (mere pojačanog nadzora i na kraju zavodske vaspitne mere). Štaviše primat u primeni imaju ne krivične sankcije već njihovi supstituti koji imaju karakter neformalne sankcije pri čemu je i takva primena svedena na najmanju moguću meru.<sup>15</sup>

- đ) No, pored i umesto krivičnih sankcija moderna krivična zakonodavstva (Nemačka, Francuska, Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina), poznaju različite mere alternativnog karaktera (supstituti krivičnih sankcija) čija se primena preporučuje prema teoriji neintervenisanja,<sup>16</sup> kad god je moguće izbegavanje krivičnog pravosuđa preko skretanja krivičnog postupka (diversion), posebno kada se radi o bagatelnom, epizodnom, primarnom, situacionom ili slučajnom kriminalitetu. To su različite mere *sui generis* u vidu vaspitnih naloga, upustava, zabrana ili preporuka čiji je cilj da se izbegne ili odloži vođenje krivičnog postupka prema maloletnom učiniocu krivičnog dela. Zapravo, cilj je primene ovih mera skretanje postupka prema maloletnim licima s krivičnog prava na druge grane prava (npr. porodično pravo ili pravo socijalnog staranja). Ovakvo je rešenje u skladu s članom 40. stav 3. tačka b. Konvencije UN o pravima deteta<sup>17</sup> koji zahteva od država potpisnica da preduzmu mere kad god je moguće i poželjno da se uvedu mere postupanja s decom i maloletnicima koja su prekršila zakon bez pribegavanja sudskom postupku.
- dž) U našem pravnom sistemu postoje posebni organi maloletničkog krivičnog pravosuđa:<sup>18</sup> posebna odeljenja za maloletničku delikvenciju u organima unutrašnjih poslova, posebni javni tužilac za maloletnike i posebni sudija za maloletnike, odnosno veća za maloletnike pri okružnom

<sup>15</sup> Iako primena kazni prema maloletnicima predstavlja izuzetnu zakonsku mogućnost, ipak postoje i takva krivična zakonodavstva koja poznaju široku lepezu kazni koje se primenjuju prema maloletnim učiniocima krivičnih dela. Tako Ruski krivični zakonik u čl. 87. propisuje da prema maloletnicima koji su izvršili krivično delo može biti odmerena kazna ili se prema njima mogu primeniti vaspitne mere. U čl. 88. navodi se više kazni koje se mogu izreći maloletnicima: novčana kazna, lišenje prava na bavljenje određenom delatnošću, obavezni rad, popravni rad, izolacija i lišenje slobode do deset godina (I. Fedosov, T. Skuratov, Ugolovnij kodeks Rossijskoj federaciji, Moskva, 2005. godine, str. 65-66).

<sup>16</sup> O. Perić, Alternativne mere i sankcije u novom krivičnom zakonodavstvu o maloletnicima, Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, broj 69/2005. godine, str. 7-10.; Više: O. Perić, Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, Beograd, 2005. godine; Lj. Lazarević, M. Grubač, Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, Beograd, 2005.

<sup>17</sup> Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori broj 15/90.

<sup>18</sup> Smatra se da su istorijski posmatrano prve ustanove za smeštaj maloletnika osnovane 1703. godine u Rimu pod uticajem pape Klimenta IX (G. Marjanović, Makedonsko krivično pravo, Opšt del, Skoplje, 1998. godine, str. 362) da bi kasnije ustanove slične sadržine osnovane i u Engleskoj, Nemačkoj, Francuskoj i Švajcarskoj. I danas u pojedinim zemljama (skandinavskog pravnog sistema) maloletničko krivično pravo primenjuju vansudski – administrativni organi: odbori ili saveti za dečju zaštitu (A. Carić, Problemi maloletničkog sudstva, Split, 1971. godine, str. 190).

sudu. Sva lica koja postupaju u krivičnom postupku prema maloletnicima moraju da imaju posebna, specijalna znanja iz oblasti o pravima deteta i prestupništvu (delikvenciji) mladih. Veće za maloletnike u prvostepenom sudu je sastavljeno od sudije za maloletnike i dvojice sudija porotnika različitog spola (koji moraju biti iz reda nastavnika, učitelja, vaspitača i drugih stručnih lica koja imaju iskustvo u radu s decom i mladima). Nadležnost suda se utvrđuje prema mestu prebivališta odnosno boravišta maloletnika. Pri tome posebnu i aktivnu ulogu u krivičnom postupku (pri izricanju i izvršenju vaspitnih naloga odnosno vaspitnih mera) imaju i organi vankrivičnog pravosuđa – organ starateljstva.<sup>19</sup>

- e) U krivičnom postupku prema maloletnicima organi krivičnog gonjenja i suda imaju široka diskreciona ovlašćenja u pogledu pokretanja, vođenja ili okončanja shodno načelu oportuniteta.

Prvo, javni tužilac za maloletnike, odnosno sudija za maloletnike mogu odlučiti da izreknu u smislu člana 5. ZOMUKD, maloletniku jedan ili više vaspitnih naloga (koji nisu krivične sankcije), umesto da pokrenu krivični postupak ili pak da pokrenuti postupak obustave ako se radi o krivičnom delu za koje je propisana kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna.

Drugo, prema članu 58. ZOMUKD, javni tužilac za maloletnike kada se radi o krivičnom delu za koje je propisana kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna može da odluči da ne zahteva pokretanje krivičnog postupka ako smatra da ne bi bilo celishodno da se vodi krivični postupak prema maloletniku s obzirom na prirodu krivičnog dela i okolnosti pod kojima je delo učinjeno, raniji život maloletnika i njegova lična svojstva.

Treće, kada je vaspitna mera ili kazna maloletničkog zatvora izrečena maloletniku i u toku je njihovo izvršenje, javni tužilac za maloletnike može da odluči da ne zahteva pokretanje krivičnog postupka za drugo krivično delo maloletnika, ako s obzirom na težinu učinjenog dela i kaznu, odnosno vaspitnu meru koja se izvršava, ne bi imalo svrhe vođenje krivičnog postupka i izricanje krivične sankcije za drugo delo. U tom slučaju on obaveštava u roku od osam dana oštećenog koji može od veća za maloletnike, neposredno višeg suda da zahteva, da odluči pokretanje krivičnog postupka i u ovim slučajevima. Princip korisnosti je primarniji od principa pravičnosti.

Diskreciona ovlašćenja suda sastoje se dalje ne samo u širokoj slobodi pri izboru jednog ili više vaspitnih naloga odnosno vaspitnih mera, nego i u mogućnosti da već izrečenu meru zameni drugom pogodnijom ili je pak obustavi od daljeg izvršenja ako to zahteva konkretna situacija.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Vidi: O. Perić, *Krivično pravni položaj maloletnika*, Beograd, 1975. godine; O. Perić, *Komentar krivično pravnih propisa o maloletnicima*, Beograd, 1995. godine.

<sup>20</sup> Lj. Jovanović, D. Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2003. godine, str. 311-312.

Za dalji razvoj maloletničkog krivičnog prava od posebnog je značaja Rezolucija XVII Kongresa međunarodnog udruženja za krivično pravo koji je održan u Pekingu 2004. godine, u kojoj su između ostalog usvojene sledeće preporuke: 1) maloletna lica podležu zakonu sa svim njegovim specifičnim karakteristikama. Zbog ovih specifičnosti pravosudni sistem treba da razmatra krivičnu odgovornost maloletnika kao zasebno pitanje u okviru elemenata krivičnog dela, 2) godine starosti za krivičnu odgovornost treba da budu određene na 18 godina, a minimalna godina starosti ne bi trebalo da bude ispod 14 godina u vreme izvršenja krivičnog dela, 3) maloletni prekršioc zakona uglavnom bi trebalo da budu podvrgnuti vaspitnim merama ili drugim alternativnim kaznama koje su usredsređene na rehabilitaciju pojedinca ili ako situacija zahteva u izuzetnim slučajevima na kaznene mere u tradicionalnom smislu, 4) na maloletnike ispod 14 godina mogu se primenjivati samo vaspitne mere, 5) primena vaspitnih ili alternativnih kaznenih mera koje su usmerene na rehabilitaciju mogu biti proširene na zahtev zainteresovanog lica do 25 godine, 6) imajući u vidu krivična dela izvršena od strane lica koja su starija od 18 godina primenjivost posebnih odredbi koje se odnose na maloletnike može se proširiti do 25 godine starosti, 7) o krivičnoj odgovornosti maloletnih lica moraju odlučivati specijalni sudski organi koji imaju zasebnu nadležnost od onih koji se bave punoletnim licima, 8) odluke ovakvog suda bi trebalo da budu zasnovane na preliminarnim multidisciplinarnim sudskim istragama otvorenim za ispitivanje obeju strana i 9) potrebno je pokloniti posebnu pažnju interesu žrtava i humanom odnosu prema njima.<sup>21</sup>

### ***3. Maloletničke krivične sankcije***

#### ***3.1. Krivičnopravni status maloletnika***

Osnovni predmet maloletničkog krivičnog prava jeste utvrđivanje krivičnopravnog položaja maloletnih lica kao učinilaca krivičnih dela. U tom smislu se, kao maloletnik, smatra lice koje je u vreme izvršenja krivičnog dela navršilo četrnaest, a nije navršilo osamnaest godina (član 3. ZOMUKD). Lica u uzrastu do 14 godina se nazivaju deca i prema njima se ne mogu primeniti krivične sankcije niti druge krivičnopravne mere. To znači da ona ne mogu da budu aktivni subjekt krivičnog dela.

U savremenom krivičnom pravu granice maloletstva su određene na različit način. Tako se prema čl. 31-32. Krivičnog zakonika Bugarske smatraju decom lica uzrasta do 14 godina, maloletnike uzrasta od 14 do 18 godina i punoletna lica preko 18 godina.<sup>22</sup> Član 17. Krivičnog zakonika NR Kine, određuje da se krivična odgovornost stiče s navršениh 18 godina. Lica uzrasta od 14 do 18 godina se

<sup>21</sup> Tekst Rezolucije je objavljen u celini u Reviji za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, broj 1/2005. godine, str. 221-222.

<sup>22</sup> I. Nenov, *Nakazatелno pravo na Republika Bulgaria*, Obša čast, Knjiga vtora, Sofija, 1992.

blaže kažnjavaju, ali ako takva lica izvrše sledeća krivična dela: namerno ubistvo, ili namerno nanesu štetu drugome, ili pak izvrše silovanje, razbojništvo, trgovinu opojnim drogama, paljevinu, eksploziju, ili trovanje tada podležu krivičnoj odgovornosti.<sup>23</sup> Grčki krivični zakonik u članu 121. kao decu smatra lica uzrasta do 12 godina, mlađe maloletnike u uzrastu od 12 do 17 godina, dok su stariji maloletnici lica uzrasta od 17 do 21 godina.<sup>24</sup> Član 11. Češkog krivičnog zakonika, decu smatra u uzrastu do 15 godina, a maloletnike od 16 do 18 godina koji su delimično krivično odgovorni za izvršeno krivično delo.<sup>25</sup> I konačno, član 122-8. Francuskog krivičnog zakonika određuje da se krivično pravna sposobnost stiče s navršenih 13 godina, a lica uzrasta od 13 do 18 godina smatraju se maloletnicima.<sup>26</sup> Švedski krivični zakonik u šestom odeljku, prvog poglavlja kao donju granice odgovornosti za krivična dela određuje 15 godina.<sup>27</sup>

Maloletnici se dele prema uzrastu na dve kategorije: mlađi i stariji maloletnici. Mlađi maloletnici su lica uzrasta od četrnaest do šesnaest godina, dok su stariji maloletnici, lica koja su navršila šesnaest ali nisu navršila osamnaest godina.<sup>28</sup> Pored njih u određenim slučajevima maloletničko krivično pravo se primenjuje i na mlađa punoletna lica – lica koja su u vreme izvršenja krivičnog dela navršila osamnaest godina, a u vreme suđenja nisu navršila dvadeset jednu godinu.

### **3.2. Pojam i svrha maloletničkih krivičnih sankcija**

Maloletničko krivično pravo predviđa dve osnovne vrste maloletničkih krivičnih sankcija, vaspitne mere i maloletnički zatvor. To su zakonom predviđene mere društvenog reagovanja prema maloletnim učiniocima krivičnih dela koje izriču zakonom određeni organi (okružni sud – sudija za maloletnike i veće za maloletnike) u cilju zaštite društva od kriminaliteta kroz vaspitanje, prevaspitanje i pravilan razvoj maloletnika. Vaspitne mere su osnovna vrsta maloletničkih krivičnih sankcija. One se izriču redovno, po pravilu, uobičajeno.<sup>29</sup> Mogu se izreći svim maloletnim učiniocima krivičnih dela (kako mlađim tako i starijim maloletnicima). Supsidijarno, i to samo izuzetno kada su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi, i kada sud dođe do uverenja da se svrha maloletničkih krivičnih sankcija ne može ostvariti primenom vaspitnih mera, sud može izreći posebnu vrstu kazne – kaznu maloletničkog zatvora. No, ova se kazna može izreći samo starijem maloletniku kao učiniocu teškog krivičnog dela. Znači,

<sup>23</sup> C. D. Pagle, *Chinese Criminal Law*, Peking, 1998. godine.

<sup>24</sup> N. Lolis, G. Mangakis, *The Greek penal code*, London, 1973. godine.

<sup>25</sup> *Trestny zakon s izmeneniami i dopolneniami v 1973.*, Praha, 1974. godine.

<sup>26</sup> P. Poncela, *Droit de la peine*, Themis, Paris, 2003. godine.

<sup>27</sup> N. Bishop, *Swedish Penal Code*, Stockholm, 1999. godine, str. 4.

<sup>28</sup> M. Obretković, *Pravni status maloletnih prestupnika: između pravde i socijalne zaštite*, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, broj 1/1993. godine, str. 77-92.

<sup>29</sup> Licu koje je u momentu izvršenja krivičnog dela bilo mlađe od 16 godina mogu se izreći samo vaspitne mere bez obzira što je u momentu donošenja odluke imao preko 16 godina (rešenje Okružnog suda u Požarevcu Kž. 356/98 od 2. 9. 1998. godine).

kazna maloletničkog zatvora se nikada ne izriče obavezno, ne može se izreći svakom maloletnom licu i ne može se izreći za svako učinjeno krivično delo (već samo teže).

Svrha maloletničkih krivičnih sankcija je dvojako određena. Njihova je prva svrha ista kao i svih drugih krivičnih sankcija koja je određena u članu 4. KZ RS – a to je suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom. Dakle, opšta svrha i maloletničkih krivičnih sankcija je suzbijanje svih vrsta, oblika i vidova kriminaliteta.

U okviru ove opšte svrhe svih (pa i maloletničkih) krivičnih sankcija, u članu 10. ZOMUKD je posebno određeno da je svrha krivičnih sankcija prema maloletnicima da se utiče: na njihov razvoj i jačanje njihove lične odgovornosti, na vaspitanje i pravilan razvoj njihove ličnosti kako bi se obezbedilo ponovno uključivanje maloletnika u društvenu zajednicu. Ona se može postići na tri načina : 1) nadzorom, 2) pružanjem zaštite i pomoći i 3) obezbeđivanjem opšteg i stručnog osposobljavanja. Dakle, pri određivanju svrhe ovih sankcija zakon je stavio naglasak, težište na vaspitanje, prevaspitanje i pravilan razvoj maloletnika i to u vidu specijalne prevencije.<sup>30</sup>

No, ipak se mora priznati da i ove sankcije, ma kako specijalno preventivnog karaktera, nisu lišene prinudnog, retributivnog karaktera jer njihova primena ne zavisi od volje maloletnog učinioca dela, a po sadržini se sastoje u postavljanju određenih ograničenja, zabrana, uslovljavanja i ponašanja maloletnika po određenim uputstvima i nalogima. Pored toga, svrha maloletničkog zatvora je i vršenje pojačanog uticaja na maloletnog učinioca, da ubuduće ne vrši krivična dela, kao i na druge maloletnike da ne vrše krivična dela. To znači da je svrha maloletničkog zatvora dvojako određena: 1) specijalna prevencija kroz delovanje na učinioca da ne ponovi krivično delo i 2) generalna prevencija – uticanje na druge maloletnike da ne izvrše krivično delo.

Time je u prvi mah istaknuta zaštitna i preventivna svrha maloletničkih krivičnih sankcija umesto ranije zastupane terapeutske koncepcije.

### **3.3. Vrste maloletničkih krivičnih sankcija**

Osnovne vrste krivičnih sankcija koje naše zakonodavstvo predviđa za maloletne učinioce krivičnih dela jesu devet vaspitnih mera sistematizovanih u tri grupe: 1) mere upozorenja i usmeravanja, 2) mere pojačanog nadzora i 3) zavodske mere. Iako zakon ne pravi razliku, u pravnoj teoriji se mogu naći shvatanja prema kome se vaspitne mere mogu podeliti na lakše (blaže) i teže (strože). Tako se kao lakše vaspitne mere smatraju mere upozorenja i usmeravanja,

<sup>30</sup> Na sličan način svrha vaspitnih (odgojnih) mera je određena i u hrvatskom krivičnom zakonu – da pružanjem zaštite, brige, pomoći i nadzora te osiguranjem opšteg i stručnog obrazovanja utiče na maloletnika da se on vaspita, razvija celokupnu ličnost i da se jača njegova lična odgovornost. Pored toga svrha je i ovih sankcija, kao i krivičnih sankcija uopšte, da građani poštuju pravni sistem države, da niko ne učini krivično delo, a da onaj koji ga je učinio više ne ponovi takvo delo (Ž. Horvatić, Kazneno pravo, Opći dio I, Zagreb, 2003. godine, str. 247).

dok u najteže mere spadaju zavodske mere. Ovakva podela vaspitnih mera odgovara i principu postupnosti, postepenosti u njihovoj primeni prema kome se uvek primenjuje lakša mera ako se njome može postići svrha (cilj) vaspitnih mera, a tek potom se izriču teže mere. Ovo razlikovanje vaspitnih mera ima opravdanja u njihovoj sadržini, uslovima i kriterijumima za primenu, odnosno u njihovom trajanju i načinu izvršenja.

Prema starijem maloletniku izuzetno se može izreći i posebna vrsta kazne – kazna maloletničkog zatvora.

No, prema maloletnicima se pod zakonom predviđenim uslovima mogu izreći i mere bezbednosti osim zabrane vršenja poziva, delatnosti i dužnosti (član 39. ZOMUKD) i to kao sporedna, suplementarna sankcija uz vaspitnu meru ili kaznu maloletničkog zatvora.<sup>31</sup> Izuzetno se mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi maloletniku može izreći samostalno ako su ispunjeni zakonski uslovi (član 81. KZ RS). Pri tome je zakon ograničio primenu mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i meru bezbednosti obaveznog lečenja narkomana tako da se one ne mogu izreći uz vaspitnu meru upozorenja i usmeravanja.

Pored i umesto sankcija, novo krivično zakonodavstvo poznaje i posebnu vrstu mera – vaspitne naloge kao alternativne mere koje imaju za cilj skretanje krivičnog postupka prema maloletnicima (la diversion) na primenu drugih mera.

Od ostalih vrsta krivičnih sankcija, koje uopšte poznaje naše krivično pravo, prema maloletnicima se ne mogu izreći: kazne, sudska opomena i uslovna osuda. Pretpostavka za primenu kazne je postojanje krivice na strani učinioaca krivičnog dela, pa budući da maloletstvo isključuje postojanje ovog subjektivnog elementa, to je logično zašto se kazne ne mogu izreći ovim licima. U sistemu maloletničkih krivičnih sankcija, zakon poznaje posebnu meru upozorenja i usmeravanja pod nazivom sudski ukor koja po sadržini, načinu primene i cilju koji treba da ostvari u potpunosti odgovara sudskoj opomeni kao sankciji za punoletne učinioce krivičnih dela. No, ostalo je nejasno zašto je zakonodavac isključio mogućnost primene uslovne osude prema maloletnim učiniocima krivičnih dela usprkos postojanju kriminalno političkih razloga za njenu primenu (posebno prema starijim maloletnicima kada bi se njenim uvođenjem još više potencirao izuzetan karakter i primena kazne maloletničkog zatvora).

### **3.4. Vaspitni nalozi**

Najznačajnija novina novog maloletničkog krivičnog prava jeste uvođenje alternativnih mera koje treba da vode skretanju krivičnog postupka na druge grane prava (porodično pravo, pravo socijalnog staranja). To su vaspitni nalozi

<sup>31</sup> Z. Tomić, Primjena mjera bezbednosti prema maloljetnim i mlađim punoljetnim učiniocima krivičnih djela, Pravna misao, Sarajevo, broj 3-4/1991. godine, str. 45-56.



(preporuke ili uputstva).<sup>32</sup> Osnov za primenu ovih mera proizilazi iz člana 40. stav 3. tačka b. Konvencije UN o pravima deteta koju je 1990. godine, potpisala i ratifikovala i naša zemlja, prema kome je potrebno i poželjno da se uvedu mere postupanja s decom koja su prekršila zakon, ali bez pribegavanja sudskom postupku. Tako shvaćeno skretanje postupka označava različite načine, mere i postupke kako bi se mladi sačuvali od štetnog dejstva sudstva za maloletnike odnosno krivičnih sankcija.<sup>33</sup>

To su posebne mere *sui generis* koje nemaju karakter krivične sankcije. Naime, prema maloletnom učiniocu krivičnog dela za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina može se izreći jedan ili više vaspitnih naloga. Svrha je ovih naloga da se ne pokreće krivični postupak prema maloletniku ili da se obustavi već pokrenuti postupak odnosno da se primenom ovakvog vaspitnog naloga utiče na pravilan razvoj maloletnika kao i na jačanje njegove lične odgovornosti, kako ubuduće ne bi nastavio s vršenjem krivičnih dela, posebno kada se radi o bagatelnom ili srednjem kriminalitetu. Dakle, ovde se radi o merama isključivo specijalno preventivnog karaktera.

Vaspitne naloge izriče javni tužilac za maloletnike ili sudija za maloletnike, ako su ispunjena dva kumulativna uslova: 1) objektivni uslov – da se radi o krivičnom delu za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina i 2) subjektivni uslov – koji se javlja u dva vida: a) da je maloletnik priznao izvršenje krivičnog dela i b) da postoji određeni odnos maloletnika prema krivičnom delu, ali i oštećenom licu. Vaspitni nalozi se mogu izreći samo maloletnim učiniocima krivičnih dela što znači da je njihova primena isključena prema mlađim punoletnim licima.

Pri izboru vaspitnog naloga nadležni organ naročito uzima u obzir u celini interes maloletnika i oštećenog lica vodeći računa da se primenom jednog ili više vaspitnih naloga ne omete proces redovnog školovanja ili zaposlenja maloletnika. Ovako određeni nalog može da traje najduže šest meseci pri čemu se izbor, zamena i primena odnosno nadzor u primeni vaspitnog naloga od strane nadležnog organa vrši u saradnji s roditeljima, usvojiocima ili staraocem maloletnika i nadležnim organom starateljstva. Postoji više vrsta vaspitnih naloga (član 7. ZOMUKD). To su:

- 1) poravnanje s oštećenim kako bi se naknadom štete, izvinjenjem, radom ili na neki drugi način otklonile u celini ili delimično štetne posledice izvršenog krivičnog dela,
- 2) redovno pohađanje škole ili redovni odlazak na posao,
- 3) uključivanje bez naknade u rad humanitarnih organizacija ili poslova socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja,
- 4) podvrgavanje odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkoholnih pića ili opojnih droga i

<sup>32</sup> D. Jovašević, Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica sa uvodnim komentarom, Beograd, 2005. godine, str. 12-13.

<sup>33</sup> M. Ansel, Društvena odbrana, Beograd, 1991. godine, str. 63.

5) uključivanje u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi ili savetovalištu.

Javni tužilac za maloletnike takođe ima mogućnost da svoju odluku o nepokretanju krivičnog postupka shodno načelu oportuniteta gonjenja (čl. 58. ZOMUKD), uslovi pristankom maloletnika i njegovih roditelja, usvojioca ili staraoca, kao i samom spremnošću maloletnika da u ostavljenom roku ispuni jedan ili više postavljenih naloga. Zapravo sve dok ne podnese zahtev za pokretanje pripremnog postupka, javni tužilac za maloletnike ima široke diskrecione mogućnosti u pogledu odlučivanja da li će pokrenuti krivični postupak prema maloletniku zbog učinjenog krivičnog dela.

Savremeno krivično pravo takođe poznaje različite alternativne mere i postupke skretanja prema maloletnicima.

Tako krivično pravo Bosne i Hercegovine (čl. 76-78. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, čl. 80-82. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, čl. 80-82. Krivičnog zakona Brčko Distrikta BiH i čl. 65-67. Krivičnog zakona Republike Srpske)<sup>34</sup> predviđa vaspitne preporuke koje se mogu izreći maloletnim učiniocima krivičnih dela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine ako je maloletnik priznao izvršenje krivičnog dela i ako je izrazio spremnost da se pomiri s oštećenim. Preporuke izriče nadležni tužilac ili sudija za maloletnike s rokom trajanja do jedne godine. Svrha je ovih preporuka: 1) da se ne pokreće krivični postupak prema maloletnom učiniocu lakšeg krivičnog dela i 2) da se utiče na maloletnika da ubuduće ne vrši krivična dela. Predviđeno je više vrsta vaspitnih preporuka: 1) lično izvinjenje oštećenom, 2) naknada štete oštećenom, 3) redovno pohađanje škole, 4) rad u korist humanitarne organizacije ili lokalne zajednice, 5) prihvatanje odgovarajućeg zaposlenja, 6) smeštaj u drugu porodicu, dom ili ustanovu, 7) lečenje u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi i 8) posećivanje određenih vaspitnih, obrazovnih, psiholoških i drugih savetovališta.

U Francuskoj je krivičnopravni položaj maloletnika uređen Uredbom o deci delikventima (iz 1945. godine koja je više puta menjana). Prema čl. 15-1 Uredbe<sup>35</sup> sud za maloletnike može učiniocu krivičnog dela koje je navršilo deset godina, da izrekne jednu ili više alternativnih vaspitnih sankcija : 1) oduzimanje predmeta, 2) razne vrste zabrana (zabrana pojavljivanja na mestu izvršenja krivičnog dela, zabrana približavanja oštećenom, zabrana druženja i kontaktiranja sa saučesnikom u krivičnom delu) s tim da ne mogu da traju duže od jedne godine, 3) pohađanje kurseva građanskog vaspitanja kojima je cilj da maloletnika obuče ili podsete na obaveze iz čl. 15-1, st. 1. tač. 1-6. Uredbe). Kršenjem ovako postavljenih obaveza ili uputstava sud maloletniku može da izrekne sankciju institucionalnog karaktera (predviđenu u čl. 15. Uredbe): 1) upućivanje u ovlašćenu javnu ili privatnu ustanovu za vaspitanje ili profesionalno obrazovanje, 2) upućivanje u medicinsku

<sup>34</sup> B. Petrović, D. Jovašević, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo, 2005. godine, str. 358-359.

<sup>35</sup> O. Perić, Alternativne mere i sankcije u novom krivičnom zakonodavstvu o maloletnicima, Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, broj 69/2005. godine, str. 14-15.

ili medicinsko psihološku ustanovu, 3) predaja službi za pomoć deci i 4) upućivanje u internat prilagođen maloletnicima školskog uzrasta.

U Nemačkoj, Zakon o maloletničkom pravosuđu (iz 1974. godine s izmenama iz 1990. godine<sup>36</sup>), koji se primenjuje na lica uzrasta od 14 do 21 godine predviđa tri vrste maloletničkih krivičnih sankcija. To su: 1) vaspitne mere, 2) disciplinske mere i 3) kazna za maloletnike.

Dve su vaspitne mere: a) davanje uputstava – zapovesti ili zabrana kojima se reguliše način života maloletnika. To su: postupanje po uputstvima u odnosu na prebivalište, stanovanje kod određene porodice ili u domu, školovanje ili obavljanje određenog posla, izvršavanje radne obaveze, podvrgavanje nadzoru određenog lica, pohađanje određenih kurseva, nagodba s oštećenim, zabrana kontakta s određenim licima, zabrana posećivanja određenih mesta, učestvovanje na predavanjima o saobraćaju (čl. 9-10.) i b) obaveza prihvatanja pomoći u smislu Socijalnog zakonika.

Nemačko krivično pravo predviđa tri disciplinske mere: a) opomena, b) davanje naloga maloletniku – da nadoknadi štetu prouzrokovanu krivičnim delom, da se izvini oštećenom, da izvrši određene radne obaveze, da plati određeni iznos novca u korist opštekorisne ustanove (čl. 15.) i v) maloletnički zatvor – zatvor u slobodne dane ili vikendom, zatvor u kratkom trajanju i zatvor u dugom trajanju od jedne do četiri nedelje (čl. 16). Najteža vrsta maloletničkih krivičnih sankcija je kazna za maloletnike koja se izriče u trajanju od šest meseci od pet godina, a samo izuzetno do deset godina.

No, i ovde postoji više mogućnosti za skretanje krivičnog postupka. Tako državni tužilac u prethodnom krivičnom postupku može da odustane od gonjenja u tri slučaja: 1) bez saglasnosti sudije za maloletnike, ako se radi o bagatelnom krivičnom delu, pri čemu je krivica učinioca ocenjena kao neznatna, a ne postoji javni interes za gonjenje takvog lica, 2) ako je u toku izvršenje izrečene vaspitne mere za neko ranije izvršeno krivično delo i 3) ako državni tužilac predloži sudiji za maloletnike da maloletnika samo opomene ili mu izda određeni nalog (kao vrste disciplinskih mera) pod uslovom da je maloletnik priznao izvršenje krivičnog dela i ako državni tužilac smatra da je primena neke od alternativnih mera neophodna, a podizanje optužbe nije preporučljivo (čl. 43-46.). Ako je pak krivični postupak prema maloletniku već pokrenut, sudija za maloletnike u saglasnosti s državnim tužiocem može privremeno da ga obustavi te da maloletniku odredi rok do najviše šest meseci u kome mora da postupi po određenim uputstvima i nalogima odnosno obavezama u skladu s vaspitnim merama. Ukoliko maloletnik ispuni sve postavljene obaveze u postavljenom roku, krivični postupak se obustavlja.

U Sloveniji, Krivični zakonik iz 1995. godine<sup>37</sup> u čl. 77., kao posebnu vrstu vaspitnih mera predviđa uputstva i zabrane za maloletnika: 1) da se izvini oštećenom, 2) da se izmiri sa oštećenim, 3) da redovno pohađa školu, 4) da se

<sup>36</sup> Više: D. Pavlović, Zakon o maloletničkom pravosuđu, Beograd, 1997. godine.

<sup>37</sup> B. Penko, K. Strolig, Kazenski zakonik z uvodnim pojasnili, Ljubljana, 1999., str. 108-109.

osposobljava za određeni poziv, 5) da prihvati određeno zaposlenje, 6) da se smesti u određenu porodicu, dom ili drugo mesto, 7) da obavi posao u korist humanitarnih organizacija, 8) da se leči, 9) da posećuje određena savetovališta, 10) da učestvuje u programima socijalnog treninga, i 11) da završi kurs poznavanja saobraćajnih propisa. Jednu ili više ovih mera sud može izreći maloletniku ako je to dovoljno da se utiče na njega i njegovo ponašanje pri čemu se posebno ceni njegova spremnost na saradnju. Ovako izrečena uputstva i zabrane mogu da traju najduže jednu godinu.

### **3.5. Položaj mladih punoletnih lica**

Sva savremena krivična zakonodavstva na poseban način određuju krivičnopravni status mladih punoletnih lica. To su lica koja su u vreme izvršenja krivičnog dela navršila osamnaest, a u vreme suđenja nisu navršila dvadeset jednu godinu (član 3. stav 4. ZOMUKD). Medicinska i psihološka nauka su utvrdile da postoje posebna, specifična biopsihološka i socijalna stanja kod lica koja su stekla zakonom predviđenu punoletnost (poslovnu sposobnost) koja ukazuju na usporen ili odložen proces njihovog sazrevanja.<sup>38</sup> To znači da između maloletstva i punoletstva kao pune zrelosti postoji "međuperiod", međustanje koje nosi karakteristike oba doba, a koji može da traje različito vreme. To su mlađa punoletna lica.<sup>39</sup> Zbog takvih karakteristika ovim licima je dat poseban krivično pravni status.

Neka inostrana zakonodavstva na drugačiji način određuju pojam mlađeg punoletnog lica. Tako švajcarski krivični zakonik u članu 100., bis kao mlađe punoletno lice smatra lice koje u vreme izvršenja krivičnog dela ima između 18

---

<sup>38</sup> Kada je okrivljeni izvršio krivično delo kao mlađe punoletno lice, sud nije u obavezi da izvrši veštačenje preko psihologa radi utvrđivanja i ocene njegove zrelosti u vezi s kalendarskim uzrastom sem ukoliko njegova zrelost i psihofizičko stanje nisu bili dovedeni u sumnju u toku vođenja krivičnog postupka (presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 1717/2000 od 2. novembra 2000. godine); kada je putem veštačenja utvrđeno da duševna razvijenost punoletnog optuženog odgovara opštoj duševnoj razvijenosti maloletnog lica, time nisu automatski ispunjeni uslovi da se prema njemu izrekne neka od vaspitnih mera prema maloletnicima jer se pored tih formalnih uslova moraju ceniti i drugi uslovi (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1822/2000 od 22. februara 2001. godine); sud nije vezan mišljenjem sudskog veštaka da mlađem punoletnom licu treba izreći vaspitnu meru (presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 979/2001 od 29. juna 2001. godine); izostanak razloga o ličnosti okrivljenog koji je u vreme izvršenja krivičnog dela i u vreme suđenja još uvek mlađe punoletno lice, dovodi do toga da žalbena presuda nema razloga o odlučnim činjenicama u odnosu na ocenu pravilnosti izbora krivične sankcije uključujući i mogućnost izricanja vaspitne mere (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 1070/2004 od 23. marta 2004. godine); nisu ispunjeni zakonski uslovi da se okrivljenom izrekne vaspitna mera kao mlađem punoletnom licu kada je u vreme sednice drugostepenog veća okrivljeni napunio 21 godinu (presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 450/2005 od 9. maja 2005. godine).

<sup>39</sup> Više: Lj. Lazarević, *Položaj mladih punoletnih lica*, Beograd, 1963. godine.

i 25 godina,<sup>40</sup> a prema slovenačkom,<sup>41</sup> italijanskom<sup>42</sup> i nemačkom<sup>43</sup> krivičnom zakoniku to su lica uzrasta između 18 i 21 godinu. Ruski krivični zakonik u ovu kategoriju svrstava lica uzrasta od 18 do 20 godina.<sup>44</sup>

Poseban položaj mladih punoletnih lica u krivičnom pravu se javlja u dva slučaja: 1) kod primene vaspitnih mera prema punoletnim licima za krivično delo koje su izvršili kao maloletnici i 2) kod primene vaspitnih mera na mlađe punoletne učinioce krivičnih dela.

Prema novim zakonskim rešenjima (član 40. ZOMUKD), više ne postoji mogućnost primene vaspitnih mera prema punoletnim licima za krivično delo koje su izvršili kao mlađi maloletnici (kao što je to ranije bilo moguće).<sup>45</sup>

No, prema punoletnom licu se može izreći vaspitna mera pod uslovom da je krivično delo izvršilo kao stariji maloletnik (dakle u uzrastu od 16 do 18 godina, ako u vreme suđenja još nije navršilo 21 godinu). U ovom slučaju se mlađem punoletnom licu mogu izreći sledeće vaspitne mere: 1) posebne obaveze, 2) mera pojačanog nadzora od strane organa starateljstva ili 3) mera upućivanja u vaspitno popravni dom odnosno u izuzetnim slučajevima i kazna maloletničkog zatvora (član 40. st. 2 i 3. ZOMUKD). Dakle ovo je fakultativna mogućnost suda da procenjuje u svakom konkretnom slučaju da li će i koju od maloletničkih krivičnih sankcija izreći učiniocu krivičnog dela. Pri ovoj oceni sud će uzeti u obzir sve okolnosti slučaja, a naročito težinu učinjenog dela, vreme koje je proteklo od njegovog izvršenja, svojstva ličnosti, vladanje učinioca kao i svrhu koju treba postići primenom neke od ovih sankcija.

Izuzetno, punoletnom licu koje je u vreme suđenja navršilo 21 godinu sud može umesto maloletničkog zatvora da izrekne kaznu zatvora ili uslovnu osudu.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> N. F. Kuznecova, A.V. Serebrenikova, Ugolovnij kodeks Švecarii, Zercalo, Moskva, 2000. godine, str. 65.

<sup>41</sup> B. Penko, K. Strolig, Kazenski zakonik z uvodnimi pojasnili, op. cit. str. 109.

<sup>42</sup> Codice penale, Note richiami e indisi a curadi Sofo Borghese, Giudici del Tribunale di Milano, Milano, 1952. godine, str. 412.

<sup>43</sup> U. Ebert, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Heidelberg, 1993. godine, str. 289.

<sup>44</sup> I. Fedosov, T. Skuratov, Ugolovnij kodeks v Rossijskoj federaciji, Moskva, 2005. godine, str. 68-70.

<sup>45</sup> Vaspitna mera se mlađem punoletnom licu izriče rešenjem, a ne presudom (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 85/81 od 15. 9. 1981. godine); ne može se krivično goniti punoletno lice starije od dvadeset jedne godine za krivično delo koje je izvršio kao mlađi maloletnik (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1981/98 od 28. 11. 2000. godine); kada je učinilac u momentu suđenja pred drugostepenim sudom postao punoletan, više ne postoji mogućnost zadržavanja vaspitne mere pojačanog nadzora (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 14/2000 od 20. juna 2000. godine).

<sup>46</sup> Za odluku suda za izuzetnu primenu krivičnih sankcija koje se izriču prema punoletnim učiniocima: kazne i uslovne osude osim utvrđivanja činjenice da je učinilac u vreme suđenja navršio 21 godinu života, a krivično delo učinio kao stariji maloletnik nužno je najpre da se utvrdi da li su se kumulativno stekli uslovi predviđeni za izricanje maloletničkog zatvora, a zatim je nužno dati razloge da zbog utvrđenih razloga kriminalno političkog karaktera: teških posledica dela i visokog stepena krivične odgovornosti u konkretnom slučaju ne bi bilo opravdano izricanje vaspitne mere (presuda Vrhovnog suda Srbije Kžm. 50/2002 od 17. decembra 2002. godine); odluku o zahtevu osuđenog za spajanje kazne zatvora i sa kaznom maloletničkog zatvora donosi

Dakle, u ovom slučaju sud nema mogućnosti da ovakvom licu izrekne bilo koju vaspitnu meru. Ovako izrečena kazna zatvora u pogledu rehabilitacije, zastarelosti, uslovnog otpusta i pravnih posledica osude ima isto pravno dejstvo kao i kazna maloletničkog zatvora. U teoriji se kod ovakvog rešenja postavlja kao sporno pitanje da li je pri izricanju kazne zatvora sud vezan ograničenjima vezanim za minimum ili maksimum ove kazne propisanim rasponima za kaznu maloletničkog zatvora ili kaznu zatvora.

Pored maloletničkih krivičnih sankcija punoletnom licu u oba navedena slučaja sud može da izrekne i odgovarajuću meru bezbednosti ako su za to ispunjeni zakonom predviđeni uslovi.

U drugom slučaju (član 41. ZOMUKD) licu koje je izvršilo krivično delo kao punoletno lice, ali u vreme suđenja još uvek nije navršilo 21 godinu, sud umesto krivične sankcije koja je propisana za punoletna lica može da izrekne neku od sledećih vaspitnih mera kako bi se izbegli negativni, štetni efekti primene kazne: 1) posebnu obavezu, 2) meru pojačanog nadzora od strane organa starateljstva ili 3) meru upućivanja u vaspitno popravni dom ako s obzirom na obeležja njegove ličnosti i okolnosti pod kojima je delo učinjeno može očekivati da će se vaspitnom merom postići svrha koja bi se ostvarila i izricanjem kazne. Naravno i u ovom slučaju uz vaspitnu meru sud može izreći mlađem punoletnom licu bilo koju meru bezbednosti pod zakonom predviđenim uslovima.<sup>47</sup>

## **4. Vaspitne mere**

### **4.1. Pojam i vrste vaspitnih mera**

Vaspitne mere su osnovna vrsta krivičnih sankcija koje se mogu izreći maloletnim učiniocima krivičnih dela, a pod određenim uslovima i mlađim punoletnim licima. To su zakonom određene mere koje imaju za cilj suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju zaštićene vrednosti uticanjem na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloletnog učinioca krivičnog dela, njegovo vaspitavanje i pravilan razvoj njegove ličnosti, koje izriče sud, a koje se sastoje u ograničavanju ili oduzimanju njihovih sloboda i prava.<sup>48</sup>

Dva su uslova za njihovu primenu: 1) uzrast od četrnaest do osamnaest godina učinioca u vreme izvršenja krivičnog dela i 2) izvršenje protivpravnog

---

prvostepeni sud u veću van glavnog pretresa (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 15/2003 od 9. septembra 2003. godine).

<sup>47</sup> Pre nego što se opredeli da li će mlađem punoletnom licu izreći vaspitnu meru ili kaznu sud će ceniti okolnosti pod kojima je delo izvršeno kao i kriterijume za postizanje generalne prevencije (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 803/97 od 10. oktobra 1997. godine).

<sup>48</sup> Vaspitne mere kao specifične krivične sankcije za maloletne učinioce krivičnih dela sa identičnim karakteristikama, vrstama i uslovima za njihovo izricanje poznaju i brojni savremeni krivični zakoni: čl. 74-81. Krivičnog zakonika Republike Slovenije, čl. 90-91. Krivičnog zakonika Ruske federacije, čl. 11. Krivičnog zakonika Republike Ukrajine, čl. 74-83. Krivičnog zakonika Republike Makedonije.

dela koje je u zakonu predviđeno kao krivično delo.<sup>49</sup> To su sankcije izrazito specijalno preventivnog karaktera, ali budući da se radi o krivičnim sankcijama koje su vezane za izvršeno (ili pokušano) krivično delo one nužno sa sobom nose i određeni retributivni karakter jer se primenjuju nezavisno i protiv volje maloletnika, a uz to se njima maloletnik lišava ili ograničava u određenim pravima ili slobodama ili u pogledu izbora ponašanja postavljajem zabrana ili uslova odnosno naloga i uputstava.

Novo maloletničko krivično pravo predviđa sledećih devet vaspitnih mera sistematizovanih u tri grupe (član 11. ZOMUKD):

- 1) mere upozorenja i usmeravanja (koje su zamenile ranije postojeće disciplinske mere): sudski ukor i posebne obaveze. Iz sistema maloletničkih sankcija je izostavljena ranije postojeća mera upućivanje u disciplinski centar za maloletnike,
- 2) mere pojačanog nadzora: pojačan nadzor od strane roditelja, usvojioca ili staraoca, pojačan nadzor u drugoj porodici, pojačan nadzor od strane organa starateljstva i pojačan nadzor uz dnevni boravak u odgovarajućoj ustanovi za vaspitavanje i obrazovanje maloletnika (novouvedena vaspitna mera),
- 3) zavodske mere: upućivanje u vaspitnu ustanovu, upućivanje u vaspitno-popravni dom i upućivanje u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje.

Budući da u posebnom delu krivičnog zakonika ni kod jednog krivičnog dela nije izričito propisana nijedna od vaspitnih mera, sud je ovlašćen da pri odlučivanju da li će i koju meru izreći u konkretnom slučaju maloletnom učiniocu krivičnog dela primeni onu meru kojom će najbolje ostvariti svrhu propisivanja vaspitnih mera,<sup>50</sup> a posebno da uzme u obzir okolnosti navedene u članu 12. ZOMUKD: 1) uzrast i zrelost maloletnika, 2) druga svojstva njegove ličnosti, 3) stepen poremećaja u društvenom ponašanju, 4) težinu dela, 5) pobude iz kojih je delo učinjeno, 6) sredinu i prilike u kojima je živeo, 7) ponašanje posle učinjenog krivičnog dela, a posebno da li je sprečio ili pokušao da spreči nastupanje štetne posledice, naknadio ili pokušao da naknadi pričinjenu štetu, 8) da li je prema maloletniku ranije bila izrečena krivična ili prekršajna sankcija kao i 9) sve druge okolnosti koje mogu da budu od uticaja za izricanje adekvatne mere.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Lj. Hadžović, V. Babić, *Zaštita maloljetnih delikvenata – priručnik za primjenu vaspitnih mjera pojačanog nadzora organa starateljstva*, Beograd, 1994. godine, str. 45-52.

<sup>50</sup> Više: O. Matić, *Ispitivanje ličnosti maloletnika kao osnov za određivanje vaspitne mere i tretmana u VP domovima*, Beograd, 1974. godine; Đ. Križ, *Kriteriji za odabir odgojnih mjera maloljetnicima u svijetlu primjene Zakona o sudovima za mladež*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, broj 2/1999. godine, str. 369-375.

<sup>51</sup> I drugi inostrani krivični zakoni određuju pravila za izbor vaspitnih mera prema maloletnim učiniocima krivičnog dela. Tako u čl. 85. Švajcarski krivični zakonik obavezuje sud da uzme u obzir: ponašanje i vaspitanje maloletnika kao i socijalni milje u kome je on odrastao pri čemu pribavlja i profesionalno mišljenje o mentalnom i fizičkom stepenu razvijenosti maloletnika (N.F. Kuznecova, A.V. Serebrenikova, *Ugolovnij kodeks Švecarii, Zercalo, Moskva, 2000. godine*).

Ako je maloletnik učinio više krivičnih dela u sticaju (idealnom ili realnom), a sud odluči da izrekne vaspitnu meru tada ceni jedinstveno sva dela u celini i izriče samo jednu vaspitnu meru. Na ovaj način sud postupa i kada posle izrečene vaspitne mere utvrdi da je maloletnik pre ili posle njenog izricanja učinio drugo krivično delo (član 26. ZOMUKD).

Izrečene vaspitne mere ne povlače pravne posledice osude koje se sastoje u zabrani sticanja određenih prava (član 36. ZOMUKD).

Podaci o izrečenim vaspitnim merama se mogu dati samo sudu, javnom tužilaštvu i organu starateljstva. No, zakon je predvideo i jedno ograničenje prema kome se podaci o vaspitnim merama, koje su izrečene za krivična dela za koja je u zakonu propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, ne mogu davati ako je lice, na koje se odluka odnosi, navršilo dvadeset jednu godinu.

Lice kome je izrečena zavodska vaspitna mera ne može za to vreme da vrši izborne funkcije u državnim organima, organima teritorijalne autonomije, organima lokalne samouprave, organima upravljanja, poslovnim organima ili drugim organima u preduzećima ili drugim organizacijama koje posluju državnom imovinom, odnosno organizacijama kojima je zakonom povereno vršenje određenih javnih ovlašćenja (član 27. ZOMUKD).

Evidenciju o izrečenim vaspitnim merama vodi sud koji je sudio u prvom stepenu (član 37. ZOMUKD).

#### **4.2. Mere upozorenja i usmeravanja**

Prva i najlakša vrsta vaspitnih mera jesu mere upozorenja i usmeravanja koje su zamenile ranije postojeće disciplinske mere.<sup>52</sup> One se izriču kada je potrebno i dovoljno da se takvim merama utiče na ličnost maloletnika i njegovo ponašanje. Dakle, njihova primena dolazi u obzir kada se radi o maloletnicima prema kojima nije potrebno primenjivati trajnije mere vaspitanja, koji su izvršili bagatelno krivično delo najčešće iz lakomislenosti i nepromišljenosti kao primarni, situacioni učinioci, a ne zbog vaspitne zapuštenosti.<sup>53</sup> Zakon predviđa dve mere upozorenja i usmeravanja: sudski ukor i posebne obaveze.

- 1) Sudski ukor (član 13. ZOMUKD) je najblaža vaspitna mera koja se sastoji u prekoru koji sud u ime društva upućuje maloletnom učiniocu zbog izvršenog krivičnog dela. Sud izriče ovu meru ako se iz odnosa

---

<sup>52</sup> Ove mere se i dalje u Republici Crnoj Gori nazivaju disciplinske mere. Njih čine: ukor (član 86.) i upućivanje u disciplinski centar za maloletnike (član 87. gde se maloletnik upućuje u vaspitni centar dva sata dnevno dva puta nedeljno u toku od osam do dvanaest nedelja (Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, Komentar Krivičnog zakonika Republike Crne Gore, Cetinje, 2004. godine, str. 210-215.). Slično rešenje je zadržano i u Republici Makedoniji čl. 76-77 (G. Marjanovik, Makedonsko krivično pravo, Opšt del, Skoplje, 1998. godine, str. 366-367.).

<sup>53</sup> D. Zovko, Izvršenje vaspitne mere upućivanja u disciplinski centar za maloletnike, Socijalni rad i socijalna zaštita, Beograd, broj 1-2/1990. godine, str. 75-81.; N. Milošević, Disciplinske vaspitne mere, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, Beograd, broj 2/1998. godine, str. 19-27.



maloletnika prema učinjenom krivičnom delu i njegove spremnosti da ubuduće ne čini krivična dela, može zaključiti da je dovoljno da ga se samo prekori. Pri izricanju ove mere sud maloletniku ukazuje na neprihvatljivost, štetnost njegovog postupka i predočava da mu može biti izrečena druga (podrazumeva se teža) sankcija ako ponovo izvrši neko krivično delo.

- 2) Posebne obaveze (član 14. ZOMUKD) su druga vrsta mera upozorenja i usmeravanja. Ovo je nova, samostalna vrsta krivičnih sankcija za maloletne učinioce krivičnih dela, iako je ove mere poznavalo i naše ranije maloletničko krivično pravo, kao skup posebnih mera koje je sud mogao izreći maloletniku supsidijarno uz neku od mera pojačanog nadzora. Sud može maloletniku da izrekne jednu ili više posebnih obaveza ako proceni da je odgovarajućim zahtevima ili zabranama potrebno uticati na maloletnika i njegovo ponašanje.

U ovom slučaju sud može maloletniku da izrekne sledeće obaveze: 1) da se izvini oštećenom, 2) da u okviru sopstvenih mogućnosti naknadi štetu koju je prouzrokovao, 3) da redovno pohađa školu ili ne izostaje s posla, 4) da se osposobljava za zanimanje koje odgovara njegovim sposobnostima i sklonostima, 5) da se bez naknade uključi u rad humanitarnih organizacija ili u poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja, 6) da se uključi u određene sportske aktivnosti, 7) da se podvrgne odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkoholnih pića ili opojnih droga, 8) da se uključi u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi ili savetovalištu i da postupa po programima rada koji su za njega sačinjeni u tim ustanovama, 9) da pohađa kurseve za stručno osposobljavanje ili da se priprema i polaže ispite kojima se proverava određeno znanje i 10) da ne može da napusti mesto prebivališta ili boravišta bez saglasnosti suda i posebnog odobrenja organa starateljstva.

Prilikom izbora pojedinih obaveza sud posebno vodi računa da one budu prilagođene ličnosti maloletnog učinioca krivičnog dela i prilikama u kojima on živi, odnosno da procenjuje njegovu spremnost da saraduje u ostvarivanju izrečenih mera. Kada izrekne posebne obaveze, sud maloletnika upozorava da u slučaju neispunjenja jedne ili više obaveza koje su mu određene u ostavljenom roku, one mogu biti zamenjene nekom drugom obavezom, ali i drugom (težom) vaspitnom merom.

Osim posebnih obaveza maloletnika: da se izvini oštećenom, da u okviru sopstvenih mogućnosti naknadi prouzrokovanu štetu i da se bez naknade uključi u rad humanitarnih organizacija ili u poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja, sve ostale posebne obaveze sud može da izrekne u trajanju do jedne godine, s tim da je sloboda suda široko postavljena, što znači da je on ovlašćen da izmeni ili obustavi od izvršenja sve ili samo pojedine izrečene obaveze zavisno od rezultata koji su postignuti u njihovom izvršenju.

Kada se radi o posebnoj obavezi maloletnika da u granicama svojih mogućnosti naknadi štetu koju je prouzrokovao krivičnim delom, sud je dužan da odredi visinu i način naknade štete radom maloletnika i to najviše 60 časova

u periodu do tri meseca (koliko najduže može da traje ova posebna obaveza), s tim da se na taj način ne ometa školovanje ili zaposlenje maloletnika. Ako se pak radi o primeni posebne obaveze, koja se sastoji u obavezi maloletnika da se bez naknade uključi u rad humanitarnih organizacija ili u poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja, zakon je postavio ograničenje prema kome maloletnik može da radi najviše 120 časova i to u periodu do šest meseci (koliko najduže može da traje ova posebna obaveza), s tim da se na taj način ne ometa školovanje ili zaposlenje maloletnika.

Nadzor nad izvršenjem posebnih obaveza vrši sud osim što u pogledu primene pojedinih obaveza može da zatraži odgovarajuće izveštaje i mišljenje i od organa starateljstva.

Na ovom mestu treba ukazati na odnos - sličnosti i razlike između posebnih obaveza i vaspitnih naloga budući da se ove dve različite mere sadržinski i po nazivu mogu podudariti. Te razlike se svode na sledeće: 1) posebne obaveze su krivične sankcije, dok vaspitni nalozi to nisu, 2) posebne obaveze uvek izriče sud, dok vaspitni nalog može da izrekne sud, ali i javni tužilac za maloletnike, 3) posebne obaveze se uvek izriču u krivičnom postupku posle izvedenih dokaza, a vaspitni nalozi predstavljaju alternativne mere skretanja i izbegavanja vođenja krivičnog postupka, 4) cilj i svrha ove dve mere se razlikuju jer posebne obaveze imaju za cilj ostvarenje zakonom predviđenog uticaja na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloletnika, njegovo vaspitavanje i pravilan razvoj njegove ličnosti, dok je cilj vaspitnih naloga da se ne pokreće krivični postupak ili da se on obustavi, 5) trajanje ovih mera je određeno na različiti način jer vaspitni nalog može da traje najduže šest meseci, a posebne obaveze mogu da traju i do godinu dana, 6) različite su posledice neispunjenja određene mere. U slučaju neispunjenja posebne obaveze, ona se može obustaviti ili zameniti drugom vaspitnom merom, dok se u slučaju neispunjenja vaspitnog naloga, kao posledica javlja započinjanje ili nastavljanje krivičnog postupka koji može, ali i ne mora rezultirati izrečenom vaspitnom merom, 7) vaspitni nalog se može izreći samo prema maloletnom učiniocu krivičnog dela, dok se posebne obaveze pod određenim uslovima mogu izreći i mladem punoletnom licu.

#### **4.3. Mere pojačanog nadzora**

Druga vrsta vaspitnih mera jesu mere pojačanog nadzora. One se izriču maloletniku kada je za njegovo vaspitanje i razvoj potrebno preduzeti trajnije mere uz odgovarajući stručni nadzor i pomoć, a pri tome nije potrebno maloletnikovo potpuno izdvajanje iz dotadašnje sredine.<sup>54</sup> Zakon predviđa četiri mere pojačanog nadzora: pojačan nadzor od strane roditelja, usvojioca ili staraoca, pojačan nadzor u drugoj porodici, pojačan nadzor organa starateljstva i

<sup>54</sup> Vaspitna mera pojačanog nadzora izrečena učiniocu krivičnog dela u vreme kada je bio maloletan ne može ostati ako je u vreme odlučivanja o žalbi on već postao punoletan (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1706/2000 od 23. januara 2001. godine).

pojačan nadzor uz dnevni boravak u odgovarajućoj ustanovi za vaspitavanje i obrazovanje maloletnika.<sup>55</sup>

- 1) Pojačan nadzor od strane roditelja, usvojioca ili staraoca (član 15. ZOMUKD), sud izriče ako su roditelji, usvojilac ili staralac propustili da vrše potrebnu brigu i nadzor nad maloletnikom, a u mogućnosti su da ovakvu brigu i nadzor vrše i to se s osnovom može od njih očekivati.<sup>56</sup> Ova mera može da traje najmanje šest meseci, a najviše dve godine s tim da sud naknadno odlučuje o njenom prestanku. Kad izrekne ovu meru sud daje roditelju, usvojiocu ili staraocu potrebna uputstva i nalaže mu određene dužnosti koje treba da preduzme u cilju vaspitavanja maloletnika, njegovog lečenja i otklanjanja štetnih uticaja na njega. Takođe, sud može da odredi da organ starateljstva<sup>57</sup> proverava izvršenje izrečene mere kao i da ukazuje pomoć roditelju, usvojiocu ili staraocu u njenom izvršenju.
- 2) Pojačan nadzor u drugoj porodici (član 16. ZOMUKD) se izriče ako roditelji, usvojilac ili staralac maloletnika nisu u mogućnosti da nad njim vrše nadzor ili ako se od njih to ne može s osnovom očekivati, pa se maloletnik smešta u drugu porodicu koja je voljna da ga primi i koja ima mogućnosti da nad njim vrši pojačani nadzor. Za ostvarenje ove mere potrebno je da postoji porodica koja je voljna da primi maloletnika i da se stara o njegovom vaspitanju i koja je u stanju i objektivno sposobna da utiče na njegovo ponašanje. Pri izricanju ove mere, sud određuje da organ starateljstva proverava njeno izvršenje te da ukazuje pomoć porodici u koju je maloletnik smešten. Ova mera može da traje najmanje šest meseci, a najviše dve godine s tim da sud naknadno odlučuje o njenom prestanku. Izvršenje ove mere se obustavlja kada roditelji, usvojilac ili staralac

<sup>55</sup> Više: S. Uzelac, Priručnik za voditelje odgojne mjere - pojačana briga i nadzor, Zagreb, 1988. godine; N. Milošević, Vaspitne mere pojačanog nadzora, Bilten Vrhovnog suda Srbije, Beograd, broj 2-3/1997. godine, str. 7-19.

<sup>56</sup> Kada javni tužilac ne izjavi žalbu na rešenje prvostepenog suda u odnosu na odluku o izrečenoj vaspitnoj meri pojačanog nadzora od strane roditelja koji prema stanju u spisima nisu u objektivnoj mogućnosti da vrše permanentan pojačan nadzor nad svojim sinom u smislu izrečene vaspitne mere, već taj nadzor vrši baba maloletnika, ispitujući pobijano rešenje zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja po žalbi branioca maloletnika, Vrhovni sud nalazi da u odnosu na istu nema osnova za intervenisanje jer vaspitna mera ukora ne dolazi u obzir imajući u vidu prirodu i u zakonu predviđenu težinu krivičnog dela – razbojništva, tako da odluka suda o izrečenoj vaspitnoj meri ostaje u celosti (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 12/2002 od 7. maja 2002. godine); prema maloletniku koji je izvršio razbojništvo, a koji se prvi put pojavljuje u postupku zbog izvršenja krivičnog dela, koji je priznao delo i korektno se ponašao, a pri tome su njegovim roditeljima pokazali spremnost da se dodatno angažuju na njegovom vaspitanju, dovoljna je vaspitna mera pojačanog nadzora od strane roditelja (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 6/2005 od 7. marta 2005. godine).

<sup>57</sup> Prilikom izricanja vaspitne mere sud je dužan da odredi i organ starateljstva koji će proveravati izvršenje mere i ukazivati pomoć roditeljima ili staraocima (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 61/2000 od 13. februara 2001. godine).

- maloletnika steknu mogućnost da nad njim vrše pojačani nadzor ili kada prema rezultatu izvršenja mere prestane potreba za pojačanim nadzorom.
- 3) Pojačan nadzor organa starateljstva (član 17. ZOMUKD) se izriče kada roditelji, usvojlac ili staralac maloletnika nisu u mogućnosti da vrše pojačani nadzor, a ne postoje uslovi za pojačani nadzor u drugoj porodici. Dakle, to je slučaj kada nijedna od prethodnih vaspitnih mera ne može biti primenjena pa se maloletnik stavlja pod nadzor organa starateljstva.<sup>58</sup> Ova mera može da traje najmanje šest meseci, a najviše dve godine s tim da sud naknadno odlučuje o njenom prestanku. Dok traje mera, maloletnik ostaje kod svojih roditelja ili drugih lica koja ga izdržavaju odnosno koja se o njemu staraju, a pojačan nadzor nad njim vrši određeno službeno lice organa starateljstva ili drugo stručno lice koje odredi ovaj organ. Organ starateljstva brine o školovanju maloletnika, njegovom zaposlenju, odvajanju iz sredine koja na njega štetno utiče, potrebnom lečenju i sređivanju prilika u kojima živi.
  - 4) Pojačan nadzor uz dnevni boravak u odgovarajućoj ustanovi za vaspitavanje i obrazovanje maloletnika (član 18. ZOMUKD) sud izriče, ako je uz neku od prethodnih mera pojačanog nadzora, potrebno i angažovanje stručnih lica u posebnoj ustanovi koja se bavi vaspitavanjem i obrazovanjem maloletnika. Ova mera može da traje najmanje šest meseci, a najviše dve godine s tim da sud naknadno odlučuje o njenom prestanku. Dok traje ova mera, maloletnik ostaje i dalje kod svojih roditelja ili drugih lica koja se o njemu staraju, a u toku dana provodi određeno vreme u ustanovi za vaspitavanje i obrazovanje maloletnika, ali tako da to ne ometa njegovo školovanje ili redovno dolaženje na posao. U takvoj ustanovi se odgovarajućim vaspitnim i obrazovnim sadržajima utiče na budući život i ponašanje maloletnika u užoj i široj socijalnoj sredini. O izvršenju ove mere stara se organ starateljstva.
  - 5) Posebne obaveze uz pojačani nadzor. Uz vaspitnu meru pojačanog nadzora, sud može maloletniku da izrekne jednu ili više posebnih obaveza (član 19. ZOMUKD). To su upravo one posebne obaveze koje predstavljaju samostalne vrste mera upozorenja i usmeravanja i to na isti način i u istom trajanju kao što se izriču ove krivične sankcije s tim što u okviru određenog vremena njihovog izvršenja pojedine obaveze se mogu izmeniti ili ukinuti zavisno od rezultata koji su postignuti. Pri izricanju posebnih obaveza kao suplementarnih sankcija uz neku od mera pojačanog nadzora sud posebno ukazuje maloletniku i njegovim roditeljima, usvojioocu ili staraocu da se u slučaju neispunjenja neke od postavljenih obaveza izrečena mera pojačanog nadzora može zameniti drugom (težom) vaspitnom merom.

<sup>58</sup> Više: M. Miković, *Maloljetnička delikvencija i socijalni rad*, Sarajevo, 2004. godine.

#### **4.4. Zavodske mere**

Najteža vrsta vaspitnih mera jesu zavodske mere (mere institucionalnog tretmana). One se izriču kada je prema maloletniku potrebno preduzeti trajnije mere vaspitavanja, lečenja i osposobljavanja uz njegovo potpuno odvajanje iz dotadašnje sredine radi vršenja pojačanog uticaja na maloletnika. Zavodske mere se izriču kao poslednje sredstvo društva u borbi protiv maloletničkog kriminaliteta i mogu trajati u zakonom određenim granicama samo koliko je potrebno da bi se ostvarila svrha vaspitnih mera.<sup>59</sup> Zakon predviđa tri zavodske mere: upućivanje u vaspitnu ustanovu, upućivanje u vaspitno-popravni dom i upućivanje u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje.<sup>60</sup>

- 1) Upućivanje u vaspitnu ustanovu (član 20. ZOMUKD) sud izriče kada maloletnika treba izdvojiti iz dotadašnje sredine i obezbediti mu pomoć i stalni nadzor od strane stručnih lica (stručnih vaspitača). Ova mera se izvršava u vaspitnoj ustanovi za maloletnike opšteg tipa.<sup>61</sup> U vaspitnoj ustanovi maloletnik ostaje najmanje šest meseci, a najviše dve godine, s tim da sud svakih šest meseci razmatra da li postoje osnovi za obustavu izvršenja mere ili za njenu zamenu drugom vaspitnom merom.<sup>62</sup>
- 2) Upućivanje u vaspitno-popravni dom (član 21. ZOMUKD) sud izriče maloletniku prema kome pored izdvajanja iz dotadašnje sredine, treba primeniti pojačane mere nadzora i posebne stručne programe vaspitavanja. Vaspitno-popravni domovi su posebne ustanove s utvrđenim režimom za popravljavanje teže vaspitno zapuštenih maloletnih učinilaca krivičnih dela. Pri odlučivanju da li će izreći ovu najtežu vaspitnu meru,<sup>63</sup> sud posebno uzima u obzir raniji život maloletnika, stepen poremećaja ponašanja,

<sup>59</sup> Više: M. Radojević, Centri za socijalni rad i vaspitne ustanove u izvršavanju vaspitnih mera, Beograd, 1979. godine; S. Soković, Vaspitne mere institucionalnog karaktera i kazna maloletničkog zatvora, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, broj 1/1997. godine, str. 145-162.

<sup>60</sup> Vreme koje je maloletnik proveo u pritvoru ne uračunava se u vreme izrečene zavodske mere (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 78/92 od 30. 10. 1992. godine).

<sup>61</sup> M. Živković, Neki praktični aspekti izvršavanja mjere upućivanja u dom za preodgoj maloljetnica i ponašanje maloljetnica u postpenalnom razdoblju, Penološke teme, Zagreb, broj 1-2/1990. godine, str. 99-121; M. Vujičić, N. Glomazić, Neke novine u radu Zavoda za vaspitanje i obrazovanje djece i omladine Podgorica, Socijalna sigurnost, Beograd, broj 1-2/1997. godine, str. 313-327.

<sup>62</sup> U rešenju kojim sud maloletniku izriče vaspitnu meru upućivanja u vaspitnu ustanovu ne određuje se u kojoj će se ustanovi izrečena mera i izvršavati (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 78/92 od 30.10.1992. godine); vreme koje je maloletnik proveo u pritvoru ne uračunava se u vreme izrečene zavodske vaspitne mere (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 78/92 od 30. oktobra 1992. godine); Kada se prema maloletniku izrekne vaspitna mera upućivanja u vaspitnu ustanovu ne može se produžiti pritvor do pravnosnažnosti rešenja o izricanju vaspitne mere (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 3/93).

<sup>63</sup> U pravnoj teoriji se ističe da je upućivanje u vaspitno-popravni dom najrigoroznija vaspitna mera koja se graniči sa kaznom maloletničkog zatvora po težini, načinu i postupku izvršenja i dužini trajanja. O. Perić, Komentar krivičnopravnih propisa o maloletnicima, Beograd, 2003. godine, str. 122-123.

težinu i prirodu učinjenog krivičnog dela i okolnost da li je prema maloletniku ranije bila izrečena neka krivična ili prekršajna sankcija. U vaspitno-popravnom domu, maloletnik ostaje najmanje šest meseci, a najviše četiri godine, s tim da sud svakih šest meseci razmatra da li postoje osnovi za obustavu izvršenja mere ili za njenu zamenu drugom vaspitnom merom.

- 3) Upućivanje u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje (član 23. ZOMUKD), sud može da izrekne prema maloletniku koji je ometen u psihofizičkom razvoju (gluv, slep, gluvonem, lice s fizičkim oštećenjem ili invaliditetom), ili maloletniku sa psihičkim poremećajima. Ova se mera može izreći i umesto mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, ako se u posebnoj ustanovi za lečenje i osposobljavanje može obezbediti čuvanje i lečenje maloletnika i na taj način postići zakonom predviđena svrha ove mere bezbednosti. Maloletnik u posebnoj ustanovi za lečenje i osposobljavanje može da ostane najviše tri godine, s tim što sud razmatra svakih šest meseci da li postoje osnovi za obustavu izvršenja mere ili za njenu zamenu drugom merom. Ukoliko je ova vaspitna mera izrečena umesto mere bezbednosti obaveznog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, maloletnik u posebnoj ustanovi za lečenje i osposobljavanje ostaje sve dok je to potrebno, a kada navršši dvadeset jednu godinu života izvršenje mere se nastavlja u ustanovi u kojoj se inače izvršava ova medicinska mera bezbednosti (Specijalnoj zatvorskoj bolnici u sastavu Uprave za izvršenje zavodskih sankcija).
- 4) Uslovni otpust kod zavodskih mera. Novo maloletničko krivično pravo izričito predviđa mogućnost davanja uslovnog otpusta (član 22. ZOMUKD) maloletniku kome je izrečena zavodska mera upućivanja u vaspitnu ustanovu ili zavodska mera upućivanja u vaspitno-popravni dom. Za davanje uslovnog otpusta potrebno je ispunjenje dva kumulativna uslova: 1) formalni uslov da je maloletnik u ovim ustanovama proveo najmanje šest meseci i 2) materijalni uslov – da sud stekne uverenje na osnovu uspeha postignutog u vaspitanju maloletnika da se može s osnovom očekivati da on ubuduće neće vršiti krivična dela kao i da će se dobro vladati u sredini u kojoj bude živio. Pri davanju uslovnog otpusta sud može odlučiti da se maloletniku za vreme njegovog trajanja odredi neka mera pojačanog nadzora uz mogućnost primene jedne ili više posebnih obaveza. U tom slučaju, uslovni otpust traje najduže do isteka zakonskog roka za upućivanje u vaspitnu ustanovu ili vaspitno-popravni dom ako pre toga sud nije obustavio izvršenje izrečene vaspitne mere ili je zamenio drugom merom. Ako za vreme trajanja uslovnog otpusta maloletnik učini novo krivično delo ili ako određena mera pojačanog nadzora ne postigne svrhu ili ako maloletnik ne ispunjava posebne obaveze koje su mu određene, sud može opozvati uslovni otpust. Vreme

koje je maloletnik proveo na uslovnom otpustu ne uračunava se u zakonsko vreme trajanja izrečene vaspitne mere.

#### **4.5. Obustava izvršenja i zamena vaspitne mere**

Kod izricanja vaspitnih mera pojačanog nadzora i zavodskih mera, sud određuje samo vrstu mere, ali ne i njeno trajanje jer ne može unapred da zna koliko je vremena potrebno radi postizanja njihove svrhe. U cilju efikasnijeg ostvarenja svrhe ovih mera sudu je data mogućnost da bude aktivan u praćenju postignutih rezultata i uspeha u primeni ovih mera<sup>64</sup> i da zavisno od toga, može obustaviti njihovu dalju primenu. Iz istih razloga sud može izmeniti svoju raniju odluku o vaspitnoj meri.<sup>65</sup>

Ako se posle donošenja odluke o izricanju posebne obaveze, mere pojačanog nadzora ili zavodske mere pojave okolnosti kojih nije bilo u vreme donošenja odluke, ili se za njih nije znalo, a koje bi značajno uticale na izbor vaspitne mere, ili ako se odluka ne može izvršiti usled odbijanja maloletnika ili njegovih roditelja, usvojioca ili staraoca da postupe po izrečenoj meri, ili po nalogu onoga ko meru izvršava, ili ako nastupe druge okolnosti predviđene zakonom, a koje bi bile od uticaja na donošenje odluke sud može obustaviti izvršenje izrečene mere, ili pak može izrečenu meru zameniti drugom merom (član 24. ZOMUKD).

Takođe ove vaspitne mere se mogu zameniti drugom merom kojom se može bolje postići svrha vaspitnih mera ili se pak izrečena mera može obustaviti od daljeg izvršenja s obzirom na postignuti uspeh u vaspitavanju sa sledećim ograničenjima:

- 1) izvršenje mere upućivanja u vaspitnu ustanovu se ne može obustaviti pre isteka roka od šest meseci, a do isteka ovog roka ona se može zameniti merom pojačanog nadzora uz dnevni boravak u odgovarajućoj ustanovi za vaspitavanje i obrazovanje maloletnika, merom upućivanja u vaspitno-

---

<sup>64</sup> Z. Ilić, *Praćenje i izveštavanje suda i centra za socijalni rad o izvršenju zavodskih vaspitnih mera u Srbiji*, Beogradska defektološka škola, Beograd, 1995. godine, str. 117-124; V. Vranj, *Odgojne mjere prema maloljetnicima i njihovo izvršenje u Bosni i Hercegovini*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, 2004. godine, str. 394-426.

<sup>65</sup> Branilac maloletnika nije ovlašćen da stavlja predlog za izmenu odluke o izrečenoj vaspitnoj meri (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 113/95 od 19. marta 1995. godine); **po predlogu javnog tužioca** sudija za maloletnike ne može obustaviti pripremni postupak zbog necelishodnosti daljeg vođenja krivičnog postupka (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 1221/96 od 12. septembra 1996. godine); pre donošenja odluke o zameni izrečene vaspitne mere upućivanja u vaspitnu ustanovu vaspitnom merom upućivanja u vaspitno-popravni dom obaveza je suda da sasluša roditelje ili staraoca maloletnika (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 82/97 od 10. februara 1998. godine); zahtev za vanredno ublažavanje vaspitne mere nije dozvoljen pa ako takav akt bude podnet, treba ga uzeti kao inicijativu za pokretanje postupka za obustavu izvršenja ili izmenu odluke o vaspitnoj meri (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kzu. 1659/97 od 9. decembra 1997. godine); sud ne donosi posebno rešenje u slučaju kada odbije predlog za obustavu izvršenja vaspitne mere (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 47/2001 od 16. oktobra 2001. godine).

popravni dom ili merom u upućivanja u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje,

- 2) izvršenje mere upućivanja u vaspitno-popravni dom ne može se obustaviti pre isteka roka od šest meseci, a do isteka ovog roka ona se može zameniti merom upućivanja u vaspitnu ustanovu ili merom upućivanja u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje.

I konačno u članu 25. ZOMUKD, je predviđena mogućnost ponovnog odlučivanja o vaspitnim merama. Ako je od pravnosnažnosti odluke kojom je izrečena mera posebnih obaveza ili mera pojačanog nadzora proteklo više od šest meseci ili ako je od pravnosnažnosti odluke kojom je izrečena zavodska mera proteklo više od jedne godine, a izvršenje mere još nije započelo, sud će ponovo ceniti potrebu izvršenja izrečene mere. Pri tome sud može da odluči da se ranije izrečena mera izvrši, ne izvrši ili da se zameni drugom merom.

## 5. Maloletnički zatvor

### 5.1. *Pojam i karakteristike maloletničkog zatvora*

Maloletnički zatvor je jedina vrsta kazne u sistemu maloletničkih krivičnih sankcija (čl. 28-38. ZOMUKD). To je posebna vrsta kazne koja se sastoji u oduzimanju slobode kretanja starijem maloletnom učiniocu težeg krivičnog dela za određeno vreme. Po formi je to kazna lišenja slobode koja je slična kazni zatvora koju sud izriče punoletnim učiniocima krivičnih dela.<sup>66</sup> Ali po ciljevima koje treba da postigne, ova je kazna veoma bliska s vaspitnim merama. Osnovne karakteristike kazne maloletničkog zatvora su sledeće:

- 1) to je najteža vrsta maloletničke krivične sankcije i jedina vrsta kazne koja se može izreći maloletnom učiniocu krivičnog dela. Doduše ova se kazna ne može izreći svakom maloletniku (već samo starijem), i ne može se izreći za svako krivično delo (već samo za teže delo za koje je u zakonu propisana kazna zatvora preko pet godina),
- 2) to je sankcija kojom se ostvaruju ciljevi specijalne i generalne prevencije budući da se njegovom primenom vrši pojačani uticaj na maloletnog učinioca da ubuduće ne vrši krivična dela kao i na druge maloletnike da ne vrše krivična dela,
- 3) dva su uslova za izricanje maloletničkog zatvora: a) izvršeno krivično delo i b) krivica učinioca ispoljena u visokom stepenu. To je jedina maloletnička krivična sankcija pri čijem izricanju je sud obavezan da utvrđuje postojanje i stepen krivice njegovog učinioca,

---

<sup>66</sup> Ovu najtežu kaznu za maloletne učinioce krivičnog dela sa identičnim karakteristikama i uslovima za primenu poznaju brojni savremeni krivični zakoni: čl. 101. Krivičnog zakonika Republike Crne Gore, čl. 86. Krivičnog zakonika Republike Makedonije, čl. 88. Krivičnog zakonika Ruske federacije, čl. 63. Bugarskog krivičnog zakonika i čl. 89. Krivičnog zakonika Republike Slovenije.



- 4) maloletnički zatvor se odmerava po posebnim pravilima među kojima poseban značaj imaju subjektivne okolnosti vezane za ličnost učinioaca i objektivne okolnosti vezane za prirodu i težinu učinjenog krivičnog dela,
- 5) kazna maloletničkog zatvora se izriče u trajanju od šest meseci do pet godina.<sup>67</sup> Izriče se na pune godine i mesece. No, pored ovog opšteg maksimuma, zakon poznaje i još jedan maksimum – od deset godina. Maloletnički zatvor u trajanju do deset godina se može izreći u dva slučaja: a) kada je učinjeno krivično delo za koje je u zakonu propisana kazna zatvora od dvadeset godina ili teža kazna i b) kada je učinjeno u sticaju najmanje dva krivična dela za koja je u zakonu propisana kazna zatvora teža od deset godina. Maloletnički zatvor se ne može izreći u trajanju dužem od propisane kazne zatvora za učinjeno delo,
- 6) za krivična dela u sticaju<sup>68</sup> maloletnički zatvor se izriče po posebnim pravilima: a) ako stariji maloletnik učini više krivičnih dela u sticaju, a sud nađe da za svako krivično delo treba izreći kaznu maloletničkog zatvora, odmeriće po slobodnoj oceni za sva dela jednu kaznu maloletničkog zatvora u zakonom određenim granicama, b) ako sud nađe da za neko krivično delo starijeg maloletnika treba izreći vaspitnu meru, a za neko delo kaznu maloletničkog zatvora, tada će sud za sva dela u sticaju izreći samo jednu kaznu maloletničkog zatvora, v) ako sud za dela u sticaju utvrdi kazne zatvora i kaznu maloletničkog zatvora, tada izriče jedinstvenu kaznu zatvora shodno pravilima za odmeravanje kazne za dela u sticaju učinjena od punoletnih lica (sistem asperacije – član 60. stav 4. KZ RS) i g) ako sud nađe da za neko delo u sticaju treba izreći vaspitnu meru, a za neko delo kaznu zatvora, tada izriče samo kaznu zatvora. Na isti način sud će postupiti i kada odmerava kaznu osuđenom licu (ako se posle izrečene osude utvrdi da je osuđeni pre ili posle njenog izricanja izvršio drugo krivično delo),
- 7) kazna maloletničkog zatvora ne povlači pravne posledice osude koje se sastoje u zabrani sticanja određenih prava,<sup>69</sup>
- 8) lice kome je izrečena kazna maloletničkog zatvora sud može uslovno otpustiti ako je izdržao trećinu izrečene kazne, ali ne pre nego što je proteklo šest meseci ako se na osnovu postignutog uspeha u izvršenju može očekivati da će se na slobodi dobro ponašati i da neće vršiti

<sup>67</sup> U Crnoj Gori shodno rešenju iz člana 101. KZ RCG maloletnički zatvor može da traje od šest meseci do osam godina, a izuzetno do deset godina (ako se radi o izvršenju krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora najmanje deset godina).

<sup>68</sup> Izricanje kazne maloletničkog zatvora primenom odredaba o sticaju kao i za punoletna lica, predstavlja povredu krivičnog zakona (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 524/97 od 14. novembra 1997. godine).

<sup>69</sup> Vidi: O. Perić, Maloletnički zatvor – primena i izvršenje, Beograd, 1979. godine; Đ. Karamitrov, Izvršavanje na vaspitnite merki i kazneta maloletnički zatvor vo SR Makedonija, Skoplje, 1981. godine.

- krivična dela. Uz dati uslovni otpust, sud može da odredi i neku od mera pojačanog nadzora uz mogućnost primene jedne ili više posebnih obaveza. Ovako dati uslovni otpust se može opozvati na način i pod uslovima kao što se on opoziva u slučaju izrečene kazne zatvora punoletnom učiniocu krivičnog dela,
- 9) zastarelost izrečene kazne maloletničkog zatvora nastupa ako je proteklo: a) deset godina od osude na maloletnički zatvor preko pet godina, b) pet godina od osude na maloletnički zatvor preko tri godine i c) tri godine od osude na maloletnički zatvor do tri godine,
  - 10) podaci o osudi na kaznu maloletničkog zatvora mogu se dati samo sudu, javnom tužiocu i organu unutrašnjih poslova u vezi s krivičnim postupkom koji se vodi protiv lica koje je ranije bilo osuđeno i organu koji učestvuje u postupku davanja amnestije, pomilovanja, rehabilitacije ili odlučivanja o prestanku pravnih posledica osude kao i organima starateljstva kad je to potrebno za vršenje poslova iz njihove nadležnosti,
  - 11) ako za vreme trajanja vaspitne mere sud izrekne starijem maloletniku kaznu maloletničkog zatvora, vaspitna mera prestaje kada osuđeni započne izdržavanje izrečene kazne. Ako za vreme trajanja vaspitne mere sud izrekne punoletnom licu kaznu maloletničkog zatvora ili kaznu zatvora u trajanju od najmanje jedne godine, vaspitna mera prestaje kada ovo lice započne s izdržavanjem kazne, a ako je izrečena kazna maloletničkog zatvora ili zatvora u kraćem trajanju, sud će u presudi odlučiti da li će se posle izdržane kazne nastaviti sa izvršenjem vaspitne mere ili će se obustaviti njeno izvršenje,
  - 12) lice kome je izrečena kazna maloletničkog zatvora ne može za to vreme da vrši izborne funkcije u državnim organima, organima teritorijalne autonomije, organima lokalne samouprave, organima upravljanja, poslovnim organima ili drugim organima u preduzećima ili drugim organizacijama koje posluju državnom imovinom, odnosno organizacijama kojima je zakonom povereno vršenje određenih javnih ovlašćenja,
  - 13) evidenciju o izrečenim kaznama maloletničkog zatvora vodi sud koji je sudio u prvom stepenu,
  - 14) osuda na kaznu maloletničkog zatvora podleže rehabilitaciji (zakonskoj i sudskoj) na isti način kao i osuda punoletnom licu.

## **5.2. Uslovi za izricanje maloletničkog zatvora**

Maloletnički zatvor je hibridna krivična sankcija koja je po formi kaznena mera s izraženim elementima represije, ali je po sadržini, suštini i cilju koji treba da ostvari vaspitna mera. U naše krivično pravo je uveden novelom Krivičnog zakonika FNRJ iz 1959. godine (iako je i pre toga pod određenim uslovima bilo

moguće kažnjavanje čak i mlađeg maloletnika). Ova kazna se može izreći ako su ispunjeni zakonom predviđeni kumulativni uslovi (član 28. ZOMUKD):<sup>70</sup>

- 1) da je učinilac krivičnog dela stariji maloletnik, tj. lice koje je u vreme izvršenja krivičnog dela navršilo šesnaest godina, a nije navršilo osamnaest godina,
- 2) da je maloletnik učinio krivično delo za koje je u zakonu propisana kazna zatvora teža od pet godina,
- 3) da je maloletnik izvršio krivično delo s visokim stepenom krivice. To je stepen krivice iznad uobičajenog, normalnog, prosečnog stepena svesne i voljne upravljenosti učinioaca prema izvršenom krivičnom delu. Da li u konkretnom slučaju postoji visok stepen krivice, predstavlja faktičko pitanje koje sudsko veće mora da reši u svakom konkretnom slučaju,<sup>71</sup>
- 4) da je sud došao do uverenja da zbog prirode i težine učinjenog krivičnog dela i visokog stepena krivice nije opravdano izreći vaspitnu meru. Ovaj uslov ukazuje na izuzetan karakter primene kazne maloletničkog zatvora čak i kada su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi. Za izricanje maloletničkog zatvora potrebna je i ocena suda da u konkretnom slučaju ne bi bilo opravdano izreći vaspitnu meru.<sup>72</sup> Znači, maloletnički zatvor je kazna supsidijarnog karaktera čija je primena uvek fakultativna.

Kada su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi, sud starijem maloletniku odmerava kaznu maloletničkog zatvora u granicama zakonom propisane kazne za učinjeno krivično delo imajući u vidu svrhu maloletničkog zatvora i uzimajući u obzir sve okolnosti (olakšavajuće i otežavajuće), a naročito: stepen zrelosti maloletnika i vreme koje je potrebno za njegovo vaspitavanje i stručno osposobljavanje (član 30. ZOMUKD). Pri tome sud ne može izreći kaznu maloletničkog zatvora u trajanju dužem od propisane kazne za učinjeno delo, ali on nije vezan za najmanju meru propisane kazne (za posebni minimum).

---

<sup>70</sup> N. Milošević, Maloletnički zatvor, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, Beograd, broj 2/2000. godine, str. 7-19; S. Soković, Vaspitne mere institucionalnog karaktera i kazna maloletničkog zatvora, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, broj 1/1997. godine, str. 145-162.

<sup>71</sup> Bitno smanjenje uračunljivosti u vreme izvršenja krivičnog dela isključuje postojanje visokog stepena krivice kao jednog od uslova za izricanje kazne maloletničkog zatvora (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 72/95 od 22. avgusta 1995. godine).

<sup>72</sup> Teške posledice dela kao jedan od uslova za izricanje kazne maloletničkog zatvora ne proizilaze isključivo iz takvih posledica koje su nastale za oštećenog i njegovu imovinu već i iz ostvarenih okolnosti koje im daju takav karakter (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kžm. 20/94 od 27. maja 1994. godine); pri opredeljenju da izrekne kaznu maloletničkog zatvora umesto vaspitne zavodske mere, sud treba da ceni objektivne uslove za izricanje, teške posledice dela, visok stepen krivice, ličnost maloletnika, njegov raniji život i pobude iz kojih je delo izvršio (presuda Vrhovnog suda Srbije Kžm. 42/2000 od 5. septembra 2000. godine); pri odlučivanju o izricanju kazne maloletničkog zatvora i njene visine maloletniku koji je navršio 16 godina za nova krivična dela cenice se i činjenica da je on pre toga kao mlađi maloletnik izvršio krivična dela silovanja, drske krađe i prevare (presuda Vrhovnog suda Srbije Kžm. 17/2003 od 4. novembra 2003. godine).

### 5.3. Izvršenje maloletničkog zatvora

Kazna maloletničkog zatvora se izvršava shodno odredbama čl. 137-145. ZOMUKD u kazneno popravnom zavodu za maloletnike.<sup>73</sup> Osuđena lica kaznu izdržavaju zajedno, a odvojeno samo kada to zahteva zdravstveno stanje osuđenog ili potreba osiguranja bezbednosti i održavanja reda i discipline u kazneno popravnom zavodu. Kazna izrečena ženskim licima se izvršava u posebnom odeljenju kazneno popravnog zavoda za žene.

U ovim zavodima osuđena maloletna lica mogu da ostanu do navršene 23 godine. Ako do ovog uzrasta lice ne izdrži izrečenu kaznu u potpunosti, (a ne bude pušteno na uslovni otpust) upućuje se u kazneno popravni zavod za punoletna lica. Izuzetno, osuđeni stariji maloletnik koji je navršio 23 godine može ostati u kazneno popravnom zavodu za maloletnike ako je to potrebno radi završavanja njegovog školovanja ili stručnog osposobljavanja ili ako mu je do potpunog izdržavanja kazne ostalo vreme do šest meseci, ali najduže do navršene 25 godine.

### Zaključak

Zaokružujući reformu kaznenog prava krajem 2005. godine, Republika Srbija je sledila tendencije savremene kriminalne politike razvijenih zemalja pa je na poseban, specifičan način odredila krivičnopravni status maloletnika. Ta specifičnost se ogleda u više pravaca: 1) donet je poseban Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica čime su maloletnici odvojeni od punoletnih lica kao učinilaca krivičnih dela, 2) određena je posebna nadležnost okružnih sudova za postupanje u krivičnim predmetima maloletnih učinilaca krivičnih dela i 3) predviđena je obavezna specijalizacija lica koja u organima krivičnog pravosuđa učestvuju u krivičnom postupku prema maloletnim učinocima krivičnih dela (uz prethodnu obuku i izdavanje licenci - "sertifikata").

Na taj način su sve odredbe materijalnog, procesnog i izvršnog karaktera u odnosu na maloletnike kao učinioce krivičnih dela izdvojene u posebnu celinu koja se uslovno može nazvati "maloletničko krivično pravo". Ovakvo rešenje svakako predstavlja kvalitetni pomak u zakonskoj regulativi prema maloletnim učinocima krivičnih dela, odnosno maloletnim licima kao oštećenima (žrtvama krivičnih dela).

Pri tome je novi zakonodavac u Republici Srbiji predvideo niz posebnih mera – vaspitni nalozi (koje poznaje niz uporednih krivičnopravnih sistema) koje treba da pojačaju diverzioni karakter sistema maloletničkog krivičnog prava koji utemeljuje sistem "restorativne pravde" što ističe preventivni, vaspitno-pedagoški karakter ove grane prava. On je takođe posebno istaknut i u novouvedenom sistemu vaspitnih mera koje su na znatno drugačiji način postavljene u odnosu

<sup>73</sup> I. Kovčo, Izvršenje maloletničkih sankcija, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 2/1999. godine, str. 685-712.

na sistem maloletničkih krivičnih sankcija koji je inaugurisan daleke 1976. godine (u bivšoj SFR Jugoslaviji). Uvedene su i nove maloletničke krivične sankcije: sudski ukor (umesto ukora), posebne obaveze (koje su sada dobile karakter samostalne sankcije, a ne vrste mera uz mere pojačanog nadzora) i pojačani nadzor uz dnevni boravak u ustanovi za vaspitavanje i obrazovanje – pri čemu je trajanje ovih mera skraćeno na dve godine kao i kod zavodskih mera (osim mere upućivanja u vaspitno popravni dom koja je ograničena na četiri godine).

Kratko vreme primene novog sistema maloletničkih krivičnih sankcija ne daje dovoljno osnova za procenu efikasnosti propisanih rešenja, ali je za očekivati da će zakonita, efikasna, kvalitetna primena ovih rešenja doprineti smanjenju učešća maloletnika u strukturi i dinamici kriminaliteta. Uostalom stručna javnost to i očekuje.

#### Summary

### **THE BASIC CHARACTERISTICS OF NEW JUVENILE CRIMINAL LAW IN REPUBLIC OF SERBIA**

From January 1st, 2006 in the Republic of Serbia a new material and penitentiary criminal law has entered into force. A new juvenile criminal law provides in special "juvenile" code which contains all material, procedural and penitentiary prescriptions on minors as actor of criminal offences. In this paper, the author analyses the basic characteristics of new juvenile criminal law in the Republic of Serbia with comparative aspects in other modern criminal laws.

*Key words: minor, criminal offence, actor, law, sanctions, educative provisions, court.*

#### Zusammenfassung

### **GRUNDLEGENDE MERKMALE DES NEUEN JUGENDSTRAFRECHTS DER REPUBLIK SERBIEN**

Anfang 2006 trat in der Republik Serbien eine neue materielle und Verfahrens-Strafgesetzgebung in Kraft. So hat nach fast drei Dezenien der geteilten gesetzgebenden Zuständigkeit im Bereich des Strafrechts, die zur Zeit der SFR Jugoslawien Föderation, Republik und Provinz besaßen, die Republik Serbien ein einziges Strafgesetzbuch erhalten, das alle materialrechtlichen Rechtsbestimmungen erhält, außer den Rechtsbestimmungen, die mit der strafrechtlichen Lage von Jugendlichen verbunden sind. Das System der Strafsanktionen für jugendliche Straftäter, das Verfahren der Verurteilung

sowie Art, Verfahren und Bedingungen der Durchführung von Strafsanktionen Jugendlicher werden nämlich durch die Vorschriften eines besonderen Gesetzes geregelt - durch das Gesetz über jugendliche Straftäter und strafrechtlichen Schutz Minderjähriger. Auf diese Weise werden in einem Gesetzestext alle Bestimmungen aus dem materiellen Strafrecht sowie dem Verfahrensrecht für Jugendliche erfasst, womit das System des Jugendstrafrechts abgerundet ist, über dessen Merkmale der vorliegende Artikel spricht.

**Schlüsselwörter:** *Jugendlicher, Strafrecht, Täter, Gesetz, Sanktion, Erziehungsmaßnahmen, Gericht.*

### Sommario

## CARATTERISTICHE FONDAMENTALI DEL NUOVO DIRITTO PENALE MINORILE

Dal gennaio 2006 nella Repubblica di Serbia è entrata in vigore una nuova legislazione penale sostanziale ed esecutiva. Una nuova legislazione penale per minori è prevista in uno speciale codice minorile, che contiene tutte le disposizioni sostanziali, processuali ed esecutive sui minori come autori di reati. In questo lavoro l'autore analizza le caratteristiche fondamentali del nuovo diritto penale minorile nella Repubblica di Serbia, con aspetti comparatistici rispetto ad altre legislazioni penali moderne.

**Parole chiave:** *minore, reato, autore, legge, sanzioni, misure educative, tribunale.*



## EUROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA I ZAŠTITA PRAVA NA ŽIVOT

Elica Grdinić, LL.M., pravna savjetnica  
Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu  
Francuska

UDK: 342.7::341.645(4)  
Ur.: 6. ožujka 2006.  
Pr.: 29. svibnja 2006.  
Stručni članak

*Pravo na život, zaštićeno člankom 2. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Protokolom 6. o ukidanju smrtne kazne u mirnodopskim uvjetima, te Protokolom broj 13. o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, jedno je od temeljnih prava zajamčenih Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, te se kršenje tog prava smatra najtežom povrjedom Konvencije.*

*U Republici Hrvatskoj zaštita ovog prava leži na tijelima kaznenog progona: policiji, državnom odvjetništvu i nadasve, redovnim sudovima, kako onima koji vode kazneni postupak u prvom stupnju, tako i onima koji odlučuju o žalbama protiv prvostupanjskih presuda ili o izvanrednim pravnim lijekovima dopuštenim u kontekstu kaznenopravnih pitanja. Iako je ovo pravo zaštićeno Ustavom, radi formalnog ograničenja podnošenja ustavnih tužbi Ustavni sud rijetko će biti u prilici razmatrati pritužbe koje se odnose na povredu prava na život.*

*Radi zaštite prava na život, države ugovornice Konvencije, obvezne su zaštititi svakoga pod svojom nadležnošću od lišenja života, kako od strane državnih agenata, tako i od strane privatnih osoba. Pri tome su države dužne poduzeti razne preventivne mjere kako do lišenja života ne bi došlo, a u slučaju da do njega ipak dođe, države su dužne poduzeti niz mjera koje moraju biti usmjerene na sankcioniranje kršenja prava na život.*

*Zaštita prava na život uključuje materijalni i procesni aspekt zaštite.*

*U materijalnom pravnom smislu potrebno je utvrditi u kojim je okolnostima došlo do kršenja prava na život te je li država odgovorna za lišenje života neke osobe ili pokušaj lišenja života neke osobe.*

*U procesnom aspektu zaštite prava na život utvrđuje se jesu li državna tijela, nakon što su na bilo koji način saznala za lišenje života neke osobe uporabom sile, poduzela sve potrebno radi remediranja te situacije: provela odgovarajuću istragu usmjerenu na rasvjetljavanje svih okolnosti predmetnog događaja i identifikaciju počinitelja, te ukoliko je počinitelj*



*otkriven je li protiv njega proveden odgovarajući postupak (u pravilu to mora biti kazneni postupak), te je li počinitelj razmjerno kažnjen ili je prema njemu primjerena neka druga odgovarajuća mjera.*

**Ključni pojmovi:** *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Europski sud za zaštitu ljudskih prava, pravo na život, upotreba smrtonosne sile, kriterij apsolutne nužnosti, mjere prevencije, učinkovitost istrage, domaći pravni lijekovi.*

## **I. Uvod**

Pravo na život zajedno s pravom da se ne bude izvrgnut mučenju, nečovječnom ili ponižavajućem postupanju i kažnjavanju, jedno je od temeljnih prava zajamčenih Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu "Konvencija"), te se kršenje tih prava smatra najtežom povrjedom Konvencije. Europski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu "Europski sud" ili "Sud") je u pogledu zaštite prava na život izgradio vrlo zahtjevne standarde. Poznavanje tih standarda nužno je kako bi država ugovornica mogla poduzeti sve potrebne mjere radi zaštite osoba pod svojom nadležnošću od kršenja tog osnovnog ljudskog prava.

U odnosu na Republiku Hrvatsku valja napomenuti da se pravo na život jamči odredbom članka 21. Ustava Republike Hrvatske, kojom je također propisano da nema smrtne kazne.

Međutim, zaštita ovog prava pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske bit će iznimno rijetka.<sup>1</sup> Razlog je tome odredba članka 63. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske koja propisuje da se ustavna tužba može podnijeti samo protiv akta kojim je odlučeno o pravima i obvezama ili sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela podnositelja ustavne tužbe.<sup>2</sup> Kao što će se vidjeti iz daljnjeg izlaganja, problem povrjede prava na život često se javlja upravo u situacijama u kojima nema nikakve odluke sudskih, a ni drugih državnih tijela. Upravo radi zaštite prava na život, često neće biti moguće podnijeti ustavnu tužbu, već će se građani Republike Hrvatske moći izravno obratiti Europskom sudu za ljudska prava.

<sup>1</sup> Do sada Ustavni sud ni u jednoj svojoj odluci nije razmatrao moguću povredu prava na život.

<sup>2</sup> Članak 62. stavak 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske glasi: Svatko može podnijeti Ustavnom sudu ustavnu tužbu ako smatra da mu je pojedinačnim aktom tijela državne vlasti, tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili pravne osobe s javnim ovlastima, kojim je odlučeno o njegovim pravima i obvezama ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela, povrijeđeno ljudsko pravo ili temeljna sloboda zajamčena Ustavom, odnosno Ustavom zajamčeno pravo na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu (u daljnjem tekstu: ustavno pravo).

Smatramo da time postoji još jedan vrlo važan razlog koji traži poznavanje prakse Europskog suda u odnosu na to iznimno značajno područje zaštite ljudskih prava.

Ovaj rad, isključivo kroz praksu Europskog suda za ljudska prava, opisuje situacije u kojima se javlja odgovornost država za povredu nečijeg prava na život, zatim prikazuje pregled mjera koje su države dužne poduzeti radi zaštite prava na život, te adresira problematiku koja se pojavljuje pri zaštiti tog prava. Pri tome se pokušalo, a radi potpunijeg pregleda, prikazati dovoljan broj predmeta u kojima je Europski sud našao povredu članka 2. Konvencije, kao i onih u kojima Sud takvu povredu nije utvrdio.

## *II. Opće napomene*

Pravo na život zaštićeno je člankom 2. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda,<sup>3</sup> Protokolom 6. o ukidanju smrtne kazne u mirnodopskim uvjetima,<sup>4</sup> te Protokolom broj 13 o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima.<sup>5</sup>

Članak 2. Konvencije sadrži opće jamstvo prava na život. Prema tom članku dopušteno je izricanje smrtne kazne za ona kaznena djela za koja je takva kazna predviđena zakonom. U stavku 2. članka 2. Konvencije nabrojane su situacije u kojima bi bila dopuštena upotreba smrtonosne sile od strane osoba kojima je država povjerila obavljanje određenih poslova kao što su zaštita javnog reda i mira, zaštita pravnog poretka, te integriteta zemlje i tome sličnih dužnosti (u pravilu će biti riječ o pripadnicima policije, vojske ili specijalnih sigurnosnih jedinica). Europski sud u svojim odlukama i presudama za ove osobe koristi naziv "državni agenti", te će se stoga i u ovom radu, radi jednostavnosti i autentičnosti, koristiti taj isti izraz, iako je on nepoznat u hrvatskom pravu.

Sukladno praksi Europskog suda država ponajprije može biti odgovorna kada do smrti neke osobe dođe djelovanjem državnih agenata. U tim okolnostima bit će potrebno ispitati kakve su oni imali ovlasti, jesu li postupali u skladu sa

---

<sup>3</sup> Članak 2. Europske konvencije glasi: Članak 2. – Pravo na život: (1) Pravo svakoga na život zaštićeno je zakonom. Nitko ne smije biti namjerno lišen života osim u izvršenju sudske presude na smrtnu kaznu za kaznena djela za koja je ta kazna predviđena zakonom. (2) Nije u suprotnosti s odredbama ovog članka lišenje života proizašlo iz upotrebe sile koja je bila nužno potrebna: (a) pri obrani bilo koje osobe od protupravnog nasilja; (b) pri zakonitom uhićenju ili pri sprječavanju bijega osobe zakonito lišene slobode; (c) radi suzbijanja pobune ili ustanka u skladu sa zakonom.

<sup>4</sup> Mjerodavni članci tog Protokola glase: Članak 1. – Ukidanje smrtne kazne: Smrtna kazna se ukida. Nitko ne smije biti osuđen na smrtnu kaznu ili pogubljen. Članak 2. – Smrtna kazna u vrijeme rata: Neka država može zakonom predvidjeti smrtnu kaznu za djela počinjena u vrijeme rata ili neposredne ratne opasnosti; takva se kazna može primijeniti samo u zakonom određenim slučajevima i u skladu s odredbama toga zakona. Država mora priopćiti Glavnom tajniku Vijeća Europe relevantne odredbe toga zakona.

<sup>5</sup> Mjerodavni članci tog Protokola glase: Članak 1. – Ukidanje smrtne kazne: Smrtna kazna se ukida. Nitko ne smije biti osuđen na takvu kaznu ili pogubljen.

svojim ovlastima, te je li upotreba smrtonosne sile u danim okolnostima bila apsolutno nužna.

Pri razmatranju ovih pitanja Europski sud će imati u vidu ne samo aktualnu upotrebu smrtonosne sile, već i zakonske propise koji reguliraju upotrebu takve sile, kao i sve okolnosti koje se tiču planiranja i organiziranja konkretne akcije državnih agenata u kojoj je došlo do gubitka života.

Država također ima i dužnost poduzimanja preventivnih mjera kako do nezakonitih lišenja života ne bi dolazilo.

Osim toga država može biti odgovorna i za smrt neke osobe koju su izazvale privatne osobe, to jest one osobe koje nisu ni u kakvom posebnom odnosu s tijelima državne vlasti. Država ima obvezu u svakoj situaciji u kojoj je do smrti neke osobe došlo pod sumnjivim okolnostima, provesti ozbiljnu, temeljitu i učinkovitu istragu pokrenutu po službenoj dužnosti. Ne udovolji li država toj svojoj obvezi doći će do povrjede članka 2. Konvencije.

Posebno valja istaknuti da do ove procesne povrjede članka 2. Konvencije od strane države ugovornice može doći i u situacijama u kojima država uopće nije odgovorna za samu smrt neke osobe. To su situacije u kojima je počinitelj privatna osoba te one situacije u kojima nije moguće dokazati da su za smrt neke osobe odgovorni državni agenti.

### ***Osobe koje se mogu pojaviti pred Europskim sudom za ljudska prava kao žrtve povrjede prava na život***

Do razmatranja moguće povrjede članka 2. Konvencije koji štiti pravo na život pred Europskim sudom za ljudska prava, najčešće dolazi u okolnostima nezakonitog ubijanja neke osobe. Budući da se po prirodi stvari ta osoba ne može pojaviti pred sudom, kao žrtve povrjede Konvencije obično se javljaju najbliži rođaci ubijenog. No, njihov status žrtve ne dobiva se automatski time što su najbliži rođaci nezakonito ubijene osobe, već oni moraju dokazati da je smrt te osobe imala osobne implikacije za njih.

Oni nisu predstavnici umrle osobe, već imaju status žrtve povrjede Konvencije zbog toga jer je smrt njima bliske osobe od utjecaja na njihova prava. Tako u presudi *Yaşa protiv Turske*<sup>6</sup> Europski sud prihvaća stajalište prema kojem rođak koji se želi žaliti o pitanju takve ozbiljnosti kao što je ubojstvo njegovog bliskog rođaka, sama ta okolnost treba biti dovoljan pokazatelj kako je sam podnositelj osobno pogođen tim incidentom.

---

<sup>6</sup> *Yaşa protiv Turske*, presuda od 2. rujna 1998. godine, broj zahtjeva 22495/93, Izvještaji o presudama i odlukama 1998-VI, fasc. 88.

Rođaci ubijene osobe mogu kao podnositelja zahtjeva istaći i umrlu osobu, ili barem u svom zahtjevu za pravičnu naknadu tražiti i nematerijalnu štetu u vidu boli koje je ta osoba pretrpjela prije nastupa smrti.<sup>7</sup>

Kako se članak 2. Konvencije odnosi i na pokušaj ubojstva, tu se, naravno, kao žrtva povrjede Konvencije u tim situacijama javlja osoba prema kojoj je ubojstvo pokušano.

Kao što će u daljnjem tekstu biti detaljnije prikazano, članak 2. Konvencije odnosi se i na osobe koje se nalaze u nekoj od država članica Konvencije, te je donijeta odluka o njihovom izručenju ili protjerivanju u treću zemlju koja nije članica Konvencije, a u toj zemlji im prijeti izricanje smrtne kazne. U takvim situacijama kao žrtva povrjede članka 2. Konvencije javlja se ta osoba.

### ***III. Tri temeljna načela zaštite prava na život prema članku 2. Konvencije***

Prema praksi Europskog suda za ljudska prava iskristalizirale su se tri osnovne obveze države u pogledu zaštite koju pruža članak 2. Konvencije. To je obveza da se agenti države suzdrže od nezakonitog ubijanja (negativna obveza države), obveza o poduzimanju raznih preventivnih mjera usmjerenih na sprječavanje nezakonitih ubijanja (pozitivna obveza države), te obveza da se u slučaju smrti neke osobe pod sumnjivim okolnostima provede ozbiljna, detaljna i službena istraga (procesna obveza države).

#### *Negativna obveza*

Ova obveza države zahtijeva da se agenti države suzdrže od nezakonitih ubijanja. Za svako nezakonito ubijanje izvršeno od strane njenih agenata država je izravno i neposredno odgovorna.

Postoje, međutim, okolnosti u kojima je upotreba smrtonosne sile od strane agenata države dopuštena. To će prije svega biti zakonito izrečena smrtna kazna za kaznena djela za koja je ta kazna predviđena zakonom.

Ostale situacije u kojima je upotreba smrtonosne sile dopuštena su predviđene u stavku 2. članka 2. Konvencije:

- radi obrane bilo koje osobe od protupravnog nasilja;
- radi zakonitog uhićenja ili sprječavanja bijega osobe zakonito lišene slobode; te
- radi suzbijanja pobune ili ustanka u skladu sa zakonom.

---

<sup>7</sup> U presudi *Paul i Audrey Edwards protiv Ujedinjenog Kraljevstva* podnositelji zahtjeva, roditelji umrlog, tražili su i pravičnu naknadu na ime straha, tjeskobe i boli koje je preživio njihov sin neposredno prije nego što je ubijen od suzavorenika, te je Europski sud takav zahtjev prihvatio (*Paul i Audrey Edwards protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 14. ožujka 2002. godine, broj zahtjeva: 46477/99, ECHR 2004-IX).

### *Smrtna kazna*

Prema tekstu Konvencije, nitko ne smije biti namjerno lišen života osim u izvršenju sudske presude na smrtnu kaznu za kaznena djela za koja je ta kazna predviđena zakonom.

Prema tekstu Protokola broj 6. smrtna kazna se, iznimno, može propisati za neka kaznena djela u vrijeme rata ili neposredne ratne opasnosti. Ona se i tada može izreći samo u zakonom predviđenim slučajevima i u skladu s odredbama takvog zakona.

Prema tekstu Protokola broj 13. smrtna kazna ukida se u cijelosti. Međutim, Protokol broj 13. do sada još nije ratificiralo dvadeset od ukupno četrdeset i šest država članica Vijeća Europe.

Predmeti u kojima se Europski sud bavi problemom izricanja smrtno kazne rijetki su. Razlog tome je potpuna *de facto* abolicija smrtno kazne u državama članicama.

U predmetu *Öcalan protiv Turske*<sup>8</sup> podnositelju zahtjeva bila je izrečena smrtna kazna koja je kasnije preinačena u doživotni zatvor. Europski sud najprije je utvrdio da je u Turskoj naknadno ukinuta smrtna kazna.

Sud je naglasio da je unatoč potpunoj *de facto* aboliciji smrtno kazne u pravnim sustavima država članica, te gotovo potpunoj *de iure* aboliciji (to još nije učinila jedino Rusija), prema Konvenciji ipak još uvijek moguće izvršenje smrtno kazne izrečene sudskom presudom. Međutim, smrtna kazna mora biti izrečena u postupku koji udovoljava određenim uvjetima. Taj postupak nipošto ne bi mogao biti arbitraran, jer niti jedan arbitraran akt ne može biti zakonit prema Konvenciji. Sud koji izriče smrtnu kaznu mora biti neovisan i nepristran sud onako kako te pojmove određuje praksa Europskog suda. Nadalje, u odnosu na postupak u kojem je izrečena smrtna kazna, valja primijeniti najrigoroznije standarde poštenog suđenja u svakom stadiju tog postupka. Uz to, pravna osnova na kojoj se temelji izricanje smrtno kazne ne samo da mora biti uključena u odgovarajući zakon, već taj zakon mora biti objavljen i udovoljiti uvjetu predvidljivosti i dostupnosti.

U konkretnom predmetu Sud je našao da sud koji je izrekao smrtnu kaznu nije bio neovisan i nepristran, te da podnositelju nije omogućeno odgovarajuće pravo na obranu jer nije imao mogućnost angažiranja branitelja tijekom policijskog pritvora, a u kasnijim stadijima postupka mogućnost komunikacije s braniteljem je bila ograničena. Sud je zaključio da stoga smrtna kazna nije bila izrečena u postupku koji bi udovoljio zahtjevu poštenog suđenja.

Postoji još jedna situacija u kojoj će doći do implikacije članka 2. Konvencije u slučaju izricanja smrtno kazne. Takva je upravo situacija u kojoj su vlasti države članice Konvencije donijele odluku o izručenju ili protjerivanju stranog državljanina<sup>9</sup> u neku treću zemlju, nečlanicu Konvencije. Naime, ukoliko je toj

<sup>8</sup> *Öcalan protiv Turske*, presuda od 12. svibnja 2005. godine, broj zahtjeva 46221/99, ECHR 2005-...

<sup>9</sup> U odnosu na domaće državljanke zabranjeno je protjerivanje u bilo kojim okolnostima.

osobi u toj trećoj zemlji izrečena smrtna kazna, ili postoji stvarna i neposredna opasnost da joj smrtna kazna bude izrečena, tada tijela države članice Konvencije moraju procijeniti opasnost od tog rizika, te im je zabranjeno doista izručiti ili protjerati stranog državljanu u tu treću zemlju.<sup>10</sup>

### ***Lišenje života neke osobe primjenom smrtonosne sile u okolnostima predviđenim u stavku 2. članka 2. Konvencije***

Odgovornost države prema članku 2. Konvencije javlja se i u slučaju lišenja života neke osobe uporabom sile ukoliko su počinitelji državni agenti.<sup>11</sup> U pogledu situacija u kojima su počinitelji lišenja života druge osobe bili državni agenti, kao na primjer pripadnici vojske ili policije, ne postoji sumnja u postojanje izravne i neposredne odgovornosti države za povredu prava na život. Naime, između tih osoba i države postoji posebna veza, jer je obnašanje funkcija državne vlasti njima povjerila sama država prenoseći na njih svoje suverene ovlasti. Stoga je država neposredno i izravno odgovorna za djelovanje tih osoba.

Kako zaštita prava na život predstavlja jednu od temeljnih vrijednosti svakog demokratskog društva, okolnosti u kojima bi lišenje života moglo biti opravdano moraju biti iznimno usko tumačene. Svrha Konvencije, kao instrumenta za zaštitu individualnih ljudskih bića, zahtijeva da se članak 2. Konvencije tumači i primjenjuje na način da zaštita zajamčena tim člankom bude stvarna i učinkovita.<sup>12</sup>

Posebno treba istaći kako svrha stavka 2. članka 2. Konvencije nije dopuštanje namjernog ubijanja neke osobe, već ta odredba prije svega određuje situacije u kojima je dopušteno upotrijebiti silu koja može rezultirati, kao neželjeni ishod, smrću neke osobe.<sup>13</sup> U tom kontekstu će se taj članak primijeniti i na situacije u kojima su državni agenti upotrijebili silu upravo s namjerom da ubiju neku osobu.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> U presudi *Bader i drugi protiv Švedske* Europski sud utvrdio je da prvom podnositelju zahtjeva, u njegovoj odsutnosti u Libanonu izrečena smrtna kazna, popraćena odlukom o oduzimanju svih građanskih prava i zabranom raspolaganja imovinom. Europski sud ocijenio je da postupak u kojem je podnositelju zahtjeva izrečena smrtna kazna ne udovoljava standardima poštenog suđenja iz članka 6. Konvencije, te da smrtna kazna izrečena u takvom postupku ne može udovoljavati niti strogim uvjetima za izricanje te kazne iz članka 2. Konvencije, te je nađena povredu Konvencije u odnosu na Švedsku koja je donijela odluku o protjerivanju (presuda od 8. studenog 2005. godine, broj zahtjeva: 13284/04, ECHR 2005 - ...).

<sup>11</sup> Izraz državni agenti izravan je prijevod engleskog izraza "state agents" koji koristi Europski sud, a kojim se označavaju osobe koje djeluju u ime i za račun države, kao što su policajci, pripadnici vojske, pripadnici specijalnih jedinica i slično.

<sup>12</sup> Ova načela Sud je istakao u nizu svojih presuda. Vidi, primjerice, *McCann i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 27. rujna 1995. godine, Serija A br. 324, str. 25-46, §§ 146-147, te *McKerr protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 4. svibnja 2001. godine, broj zahtjeva 28883/95, ECHR 2001-III, § 108.

<sup>13</sup> Vidi, primjerice, *McCann protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.

<sup>14</sup> Vidi detaljnije niže, kod opisa predmeta *McCann i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.

*Apsolutna nužnost upotrebe smrtonosne sile*

U svakoj od situacija iz stavka 2. članka 2. Konvencije upotreba smrtonosne sile treba biti apsolutno nužna. Ovaj standard apsolutne nužnosti znatno je stroži od standarda "nužno u demokratskom društvu", koji Konvencija, u pravilu, dopušta radi zadiranja u većinu drugih prava zajamčenih njenim odredbama.<sup>15</sup> Osobito, primijenjena sila mora biti strogo proporcionalna postizanju svrhe propisane člankom 2. stavkom 2. točkama a., b. i c.

U predmetu *Ogur protiv Turske*<sup>16</sup> riječ je o situaciji u kojoj je jedna osoba ubijena od strane snaga sigurnosti. Turska Vlada tvrdila je da je ta osoba ubijena jer su je pripadnici snaga sigurnosti smatrali teroristom te u okolnostima u kojima su snage sigurnosti bile napadnute od terorista vatrenim oružjem.

Europski sud najprije je utvrdio da su samo oni svjedoci koji su ujedno bili i pripadnici snaga sigurnosti izjavili da su se našli izloženi oružanom napadu terorista, te da čak niti ured državnog tužitelja u svom izvještaju nije spomenuo nikakav napad terorista na snage sigurnosti.

Nadalje, Sud je ustanovio da su pripadnici snaga sigurnosti imali uputu da, prije nego što započnu paljbu, daju najmanje tri glasna verbalna upozorenja sumnjivim osobama. Sud je smatrao da su takva verbalna upozorenja bila tim nužnija u okolnostima ovog predmeta jer je bila maglovita noć u kojoj je vidljivost bila vrlo loša, čemu su doprinijele i osobine mjesta događaja koje je brjegovito.

Iako su neki od pripadnika snaga sigurnosti tvrdili da je žrtva ubijena pucnjem upozorenja, Sud nije prihvatio takvo obrazloženje iz razloga jer se takvi hici u pravilu ispaljuju u zrak, a žrtva je u konkretnom slučaju bila pogođena u vrat. Čak i da se radilo o pucnju upozorenja, isti je bio ispaljen na način koji predstavlja grubu nepažnju.

Sud je nadalje našao da su pripadnici snaga sigurnosti bili međusobno udaljeni oko pedeset metara, te nisu imali međusobnu radio vezu što je, prema mišljenju Suda, onemogućilo adekvatnu koordinaciju i kontrolu cijele akcije.

Imajući u vidu sve ove okolnosti, Sud je konačno zaključio da je pri planiranju i izvršenju operacije snaga sigurnosti korištena sila koja nije bila

<sup>15</sup> Članci Konvencije većinom su konstruirani na način da se u stavku prvom pojedinog članka jamči zaštita određenog prava, u stavku drugom određuju okolnosti u kojima je zadiranje države u to pravo ipak opravdano. Tako je, primjerice, u stavku 2. članka 8. Konvencije, koji jamči pravo na poštovanje doma, obiteljskog i osobnog života i dopisivanja, dopušteno ograničenje tih prava "ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih." Ovaj standard nužnosti u demokratskom društvu znatno je širi od standarda apsolutne nužnosti iz članka 2. Konvencije koji štiti pravo na život. Samo u odnosu na manji broj prava zaštićenih Konvencijom nisu dopuštena nikakva ograničenja. Ta prava nazivamo apsolutnima. Primjerice, ne može biti nikakvih ograničenja prava da se ne bude izvrgnut mučenju, neljudskom ili ponižavajućem postupanju ili neljudskom kažnjavanju, te prava da se ne bude protjeran iz vlastite zemlje.

<sup>16</sup> *Ogur protiv Turske*, presuda od 20. svibnja 1999. godine, broj zahtjeva: 21594/93, ECHR 1999-III.

proporcionalna niti nužna radi obrane bilo koje osobe od nedopuštenog nasilja, te da je stoga povrijeđen članak 2. Konvencije.

U predmetu *Andronicou i Constaninou protiv Cipra*<sup>17</sup> došlo je do ubojstva jednog mladića i njegove djevojke od strane pripadnika specijalnih policijskih jedinica. Mladić je djevojku zatvorio u stan i izbila je svađa. Susjedi su pozvali policiju. Po dolasku policije, mladić je odbio otvoriti vrata, objavio je da je naoružan, te da će ubiti djevojku, a zatim i sebe. Policija je satima pregovarala s mladićem putem megafona. On je u više navrata ponovio svoje prijetnje, a djevojka je vikala da će je on ubiti. Na kraju je mladić izjavio da će svoju namjeru izvršiti u ponoć. Neposredno prije ponoći, nakon neuspjeha pregovora, pozvane su specijalne policijske jedinice čiji su pripadnici, nakon upozorenja i poziva na predaju mladiću, provalili u stan. Mladić je pucao, specijalci su uzvratili vatrom iz automatskog oružja i pri tome usmrtili mladića i djevojku koju je on držao ispred sebe kao štit. Europski sud detaljno je analizirao upotrebu sile od strane specijalaca u ovoj situaciji i zaključio da je, imajući u vidu sve okolnosti, višesatne napore da se postigne puštanje djevojke i predaja mladića na miran način, kao i okolnost da je mladić prvi ispalio hitac namjeravajući ubiti prvog pripadnika specijalnih policijskih jedinica koji uđe u stan, upotreba smrtonosne sile bila apsolutno nužna.

Do suprotnog zaključka je Sud došao u predmetu *Gül protiv Turske*<sup>18</sup> u kojem su pripadnici specijalnih jedinica za vrijeme noćne racije radi pronalaska terorista Kurdske radničke stranke po stanovima u jednom gradu u jugoistočnoj Turskoj, ubili sina podnositelja zahtjeva Europskom sudu. Taj Sud utvrdio je da su pripadnici snaga sigurnosti koji su ispalili velik broj metaka iz automatskog oružja u vrata jednog stana u stambenoj četvrti prepunoj civila, među kojima je bio i znatan broj žena i djece, upotrijebili silu koja se nikako ne bi mogla smatrati apsolutno nužnom u danim okolnostima. Iako se turska Vlada branila navodima da su pripadnici snaga sigurnosti reagirali na pucanj koji je ispaljen iz stana žrtve, Europski sud takve navode nije prihvatio kao vjerodostojne jer oni nisu bili potkrijepljeni odgovarajućim dokazima.<sup>19</sup>

#### *Planiranje i organizacija operacije poduzete od strane državnih tijela*

Upravo zbog iznimne važnosti zaštite koju pruža članak 2. Konvencije, Europski sud će okolnosti u kojima je neka osoba izgubila život ispitati s najpažljivijom pozornošću, uzimajući u obzir ne samo djelovanje državnih tijela i njihovog osoblja, već i sve druge relevantne okolnosti. Posebnu pažnju Sud će posvetiti ispitivanju planiranja i kontrole aktivnosti koje su uključivale upotrebu smrtonosne sile.

<sup>17</sup> *Andronicou i Konstaninou protiv Cipra*, presuda od 9. listopada 1997. godine, Izvješća o presudama i odlukama 1997-VI, fasc. 52.

<sup>18</sup> *Gül protiv Turske*, presuda od 14. prosinca 2000. godine, broj zahtjeva 22676/93.

<sup>19</sup> Više o ovom predmetu bit će riječi niže kada se govori o procesnim obvezama države u odnosu na članak 2. Konvencije.



U predmetu *Isayeva, Yusupova i Bazayeva protiv Rusije*<sup>20</sup> podnositelji zahtjeva i njihove obitelji nalazili su se u humanitarnom konvoju koji se kretao od Groznog, nastojeći pobjeći od bombardiranja. Ruske vlasti odobrile su prolazak humanitarnog konvoja upravo toga dana. Međutim, kada je konvoj došao do barikade, saopćeno je ljudima u konvoju da toga dana neće moći proći dalje, te da se moraju zaputiti natrag u Grozni. Dugačka kolona vozila uputila se natrag, pri čemu je došlo do duljeg zastoja jer su se sva vozila u koloni morala okrenuti unazad. Kada se kolona vozila već nalazila na putu natrag na nju je ispaljen veći broj projektila od dva ruska borbena zrakoplova, pri čemu je ubijen veći broj osoba.

Ruska Vlada isticala je da su ruski zrakoplovi redovno bili napadani sa zemlje od strane čečenskih terorista. Europski sud, međutim, nije prihvatio ovakvo obrazloženje za napad na humanitarni konvoj utvrdivši, prije svega, da je ruskim vlastima bilo poznato da će se tog dana iz pravca Groznog kretati dulji humanitarni konvoj, te da su same ruske vlasti dale odobrenje za prolaz tog konvoja. Međutim, pilotima aviona iz kojih su ispaljeni projektili nije bilo rečeno da će tuda prolaziti humanitarni konvoj. Europski sud smatrao je da su propusti u planiranju vojnog napada iz zrakoplova, a koji napad je trebao biti usmjeren na čečenske teroriste, takve prirode da predstavljaju povrjedu članka 2. Konvencije.

Također u predmetu *Ergi protiv Turske*,<sup>21</sup> Europski sud našao je da je Turska odgovorna za smrt osoba uslijed vojne operacije koju su poduzele turske snage sigurnosti protiv naoružanih pripadnika Kurdske radničke stranke, te koja se odvijala na način da se između dviju suprotstavljenih strana našlo jedno selo, u unakrsnoj paljbi. Iako u tom predmetu nije sa sigurnošću utvrđeno da je sestra podnositelja zahtjeva ubijena od strane pripadnika snaga sigurnosti, Europski sud je zaključio da su snage sigurnosti prilikom planiranja akcije bile svjesne da će doći do sukoba s naoružanim teroristima, te da, sve da su i mogli jamčiti kako će pripadnici snaga sigurnosti koristiti vatreno oružje na način koji će u najvećoj mogućoj mjeri voditi računa o životima civila, to isto nisu mogli jamčiti za pripadnike terorističkih skupina. Po mišljenju Europskog suda turske snage sigurnosti pri planiranju ove vojne operacije, koja se odvijala u neposrednoj blizini jednog sela, nije se vodilo dovoljno brige o zaštiti života civila, zbog čega je došlo do povrjede članka 2. Konvencije.

#### *Područje primjene stavka 2. članka 2. Konvencije*

U svojoj praksi Europski sud uspostavio je ovu odgovornost države za različite situacije.

Tako će država biti odgovorna u situacijama u kojima su državni agenti smrtonosnu silu upotrijebili upravo s namjerom da ubiju. Pri tome će odlučnu

<sup>20</sup> *Isayeva i drugi protiv Rusije*, presuda od 24. veljače 2005. godine, broj zahtjeva: 57947/00, 57948/00 i 57949/00.

<sup>21</sup> *Ergi protiv Turske*, presuda od 28. srpnja 1998. godine, Izvješća o presudama i odlukama 1998-VI, fasc. 81.

ulogu imati odgovor na pitanje je li upotreba smrtonosne sile bila apsolutno nužna u danim okolnostima, ali i osobno uvjerenje onih koji su silu upotrijebili o nužnosti upotrebe smrtonosne sile.

U presudi *McCann protiv Ujedinjenog Kraljevstva* pripadnici britanskih specijalnih jedinica, trenirani za borbu protiv terorizma, usmrtili su tri osobe, osumnjičene da su pripadnici Irske Republikanske Vojske, te da su namjeravali na području Gibraltara aktivirati auto-bombu. Do ubojstva tri osumnjičenika došlo je nakon što su pripadnici specijalnih jedinica povjerovali da su osumnjičenici posegnuli za džepom hlača, odnosno ručnom torbicom u namjeri da aktiviraju bombu na daljinsko upravljanje. Tri pripadnika snaga sigurnosti potom su pucali u osumnjičenike ispalivši veći broj metaka sve dok nisu bili sigurni da su osumnjičene osobe mrtve. Europski sud, analizirajući ovu situaciju, najprije je utvrdio da su pripadnici specijalnih jedinica, trenirani da ubiju ako smatraju da su ugroženi, pucali u osumnjičene upravo s namjerom da ih ubiju. Europski sud je prihvatio da ovakva situacija potpada pod domenu članka 2. stavka 2. Konvencije. Pri tome je odlučno bilo uvjerenje pripadnika specijalnih jedinica da su osumnjičeni upravo učinili pokrete radi aktiviranja bombe na daljinsko upravljanje (što se kasnije pokazalo netočnim). Europski sud je utvrdio da je to uvjerenje pripadnika specijalnih jedinica bilo iskreno i stvarno, te u danim okolnostima, na temelju informacija kojima su raspolagali (da je riječ o troje terorista koji su u Gibraltar dovezli automobil opremljen bombom na daljinsko upravljanje), te na temelju vlastitog opažanja (nagli pokreti osumnjičenih) bilo opravdano, a upotreba smrtonosne sile, stoga, nužna.<sup>22</sup>

Jamstva iz članka 2. Konvencije ne odnose se samo na situacije u kojima je do lišenja života upotrebom sile došlo s namjerom, već i kod ubojstva iz nehata.<sup>23</sup> U predmetu *McShane protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>24</sup> Sud je našao da može postojati odgovornost države za smrt osobe koju je pregazilo vojno vozilo, iako namjera vozača tog vozila nije bila usmrtiti tu osobu, već probiti barikade postavljene prilikom javnih demonstracija.

Do odgovornosti država prema članku 2. Konvencije najčešće i dolazi u okolnostima u kojima je smrt neke osobe neželjeni ishod upotrebe sile od strane državnih agenata. Tako je u naprijed navedenom predmetu *Andronicou i Constantinou protiv Cipra* ubojstvo jednog mladića i njegove djevojke od strane pripadnika specijalnih policijskih jedinica bilo posljedica reakcije na pucanj koji je taj mladić ispalio na pripadnike specijalnih jedinica, a ne namjeran čin.

<sup>22</sup> Međutim, Europski sud ipak je utvrdio povredu članka 2. Konvencije našavši da planiranje i organizacija cijele operacije pripadnika specijalnih jedinica nije udovoljila kriterijima toga članka jer su, primjerice, britanske vlasti, koje su unaprijed raspolagale podacima o dolasku i identitetu terorista, mogle već na samom ulasku u Gibraltar zaustaviti teroriste i spriječiti njihov ulazak.

<sup>23</sup> Vidi *Vo protiv Francuske*, presuda od 8. srpnja 2004. godine, broj zahtjeva: 53920/00, ECHR 2004-VIII, § 88, te gore citiran predmet *Makaratzis protiv Grčke*.

<sup>24</sup> *McShane protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 28. svibnja 2002. godine, broj zahtjeva: 43290/98.

Specijalci nisu kanili ubiti mladića i djevojku već onemogućiti daljnji napad na sebe, što je kao neželjenu posljedicu imalo usmrćivanje dvoje ljudi.

Načelo da država može biti odgovorna za nasilnu smrt neke osobe i kada je počinitelj nepoznata osoba, Sud je, primjerice, izrazio u predmetu *Yaşa protiv Turske*: "Kada je neka osoba ubijena upotrebom sile, postoji obveza države da provede učinkovitu službenu istragu (...) obveza nije ograničena samo na slučajeve u kojima je utvrđeno da je počinitelj osoba zaposlena u državnim tijelima (...) sama činjenica da su državna tijela bila obaviještena da je počinjeno ubojstvo ujaka podnositelja zahtjeva postavila je pred ta tijela obvezu da provedu učinkovitu istragu."<sup>25</sup>

Ova odgovornost države postoji, međutim, ne samo kada do smrti neke osobe stvarno i dođe, već i u okolnostima kada je došlo samo do ugrožavanja života neke osobe.<sup>26</sup> Pri tome će ocjena potpadaju li okolnosti konkretne situacije pod zaštitu članka 2. Konvencije ovisiti o tome je li sila korištena protiv žrtve bila potencijalno smrtonosna i kakav učinak je upotreba te sile imala na tjelesni integritet žrtve.

U predmetu *Makaratzis protiv Grčke*<sup>27</sup> podnositelja zahtjeva, koji je kroz središte Atene vozio svoje vozilo velikom brzinom i na opasan način, progonila je policija s nekoliko svojih vozila, te je bio ispaljen veći broj hitaca iz raznog vatrenog oružja. Šesnaest metaka pogodilo je vozilo žrtve, od čega samo tri u gume vozila. Četiri metka pogodila su prednje staklo vozila, a vozač je ranjen. Europski sud zaključio je da je podnositelj zahtjeva, po stupnju i vrsti korištene sile, iako ga policija nije imala namjeru usmrtiti ili raniti, već uhititi, bio žrtva ponašanja koje je po svojoj prirodi bilo takvo da je izložilo njegov život opasnosti, te da je okolnost njegovog preživljavanja bila stvar sretnog slučaja.

Odgovornost države prema članku 2. Konvencije postoji i za smrt neke osobe uslijed opasnih radnji za koje je odgovorna država. U predmetu *Oneryildiz protiv Turske*<sup>28</sup> do smrti devet osoba došlo je uslijed eksplozije odlagališta smeća u siromašnom dijelu Istambula. Europski sud je utvrdio da je postojao nalaz kojim je ustanovljeno kako je odlagalište tehnički neispravno i da zbog toga postoji opasnost za tjelesni integritet osoba koje su stanovale u blizini odlagališta. Nadležna državna tijela, unatoč tome što su znala da na smetlištu postoji stvarna i neposredna opasnost od eksplozije koja bi mogla ugroziti živote stanovnika, nisu poduzela ništa u sprječavanju nastupa takvog događaja. Sud je našao povrjedu članka 2. Konvencije.

<sup>25</sup> *Yaşa protiv Turske*, naprijed citirano, §§ 98. i 100.

<sup>26</sup> *Id.*, § 100.

<sup>27</sup> *Makaratzis protiv Grčke*, presuda od 20. prosinca 2004. godine, broj zahtjeva: 50385/99.

<sup>28</sup> *Oneryildiz protiv Turske*, presuda od 30. studenog 2004. godine, broj zahtjeva: 48939/99, ECHR 2004-XII.

### ***Osobe koje se nalaze pod nadzorom državnih tijela***

Ovdje je prije svega riječ o osobama koje se nalaze u pritvoru, zatvoru, te medicinskim i drugim ustanovama koje su pod nadzorom državnih tijela.

Europski sud je u nizu svojih odluka ocijenio da se pritvorene osobe nalaze u ranjivom položaju i da su državna tijela odgovorna za postupanje prema tim osobama.<sup>29</sup>

#### *Standard dokazivanja*

Europski sud će pri ocjeni predočenog dokaznog materijala koristiti standard "dokaza izvan razumne sumnje", što znači da će neku činjenicu smatrati utvrđenom ukoliko nema mjesta razumnoj sumnji da predočeni dokazi ne upućuju na postojanje te činjenice. Pri tome Sud smatra kako takav dokaz može proizlaziti i iz postojanja dovoljno snažnih, jasnih i suglasnih indicija ili sličnih nepobijenih činjeničnih presumpcija.

U predmetu *Buldan protiv Turske*<sup>30</sup> podnositelj zahtjeva je tvrdio da je njegov brat ubijen od strana agenata države. On se pozivao na takozvani Izvještaj Sursuluk, koji je bio sastavljen na traženje turskog Predsjednika Vlade, te se odnosio na situaciju u jugoistočnoj Turskoj i problem čestih ubojstava od strane nepoznatih počinitelja u toj regiji. U Izvještaju Sursuluk bilo je navedeno kako je bila organizirana posebna grupa sastavljena od pripadnika specijalnih jedinica i civila kojoj je jedna od planiranih akcija uključivala otimanje i ubojstvo Savaša Buldana, brata podnositelja zahtjeva Europskom sudu.

Europski sud utvrdio je da pri umorstvu Savaša Buldana nije bilo svjedoka očevidaca, te da iz spisa predmeta nije vidljivo je li on prije smrti bio izložen prijetnjama od bilo koga ili da bi imao razloga smatrati kako mu je život u opasnosti. Sud je našao da se Izvještaj Susurluk odnosi na općenitu situaciju u jugoistočnoj Turskoj, dok su stvarne okolnosti smrti Savaša Buldana ostale predmetom nagađanja i pretpostavki, te da stoga ne postoji dovoljno dokaznog materijala koji bi upućivao da je on, izvan razumne sumnje, ubijen od strane pripadnika državnih tijela, ili s njihovim znanjem i pristankom.

U predmetu *Tekdäg protiv Turske*<sup>31</sup> podnositeljica zahtjeva Europskom sudu tvrdila je da je njen muž otet jedne noći i ubijen od pripadnika snaga sigurnosti.

Europski sud najprije je utvrdio da je već u ranijim svojim presudama ustanovio kako je bilo govorkanja da su u području jugoistočne Turske osnovane kontra gerilske grupe kojima je bio cilj ubijanje prominentnih osoba Kurdske nacionalnosti, te kako su te grupe osnovane i djelovale uz znanje i odobrenje, a ako ne i stvarnu pomoć snaga sigurnosti.

<sup>29</sup> Detaljnije o ovim predmetima bit će riječi kad govorimo o teretu dokazivanja i o procesnim obvezama države.

<sup>30</sup> *Buldan protiv Turske*, presuda od 20. travnja 2004. godine, broj zahtjeva: 28289/095.

<sup>31</sup> *Tekdäg protiv Turske*, presuda od 15. siječnja 2004. godine, broj zahtjeva 27699/95.

Nakon toga Europski sud pozvao se na standard dokazanosti "izvan razumne sumnje" koji je potrebno zadovoljiti kako bi se državi mogla pripisati odgovornost za smrt neke osobe.

Sud je napomenuo kako nije bilo niti jednog svjedoka očevica navodnoj otmici i ubojstvu supruga podnositeljice zahtjeva. Svjedoci na koje se ona pozivala ili se nisu mogli pronaći ili su odbili svjedočiti pred Europskim sudom.

Taj sud zaključio je kako dokazi koji su mu predočeni ne upućuju na zaključak da je izvan razumne sumnje utvrđeno da je muž podnositeljice zahtjeva otet i ubijen od strane državnih agenata ili bilo koje druge osobe koja je djelovala u ime državne vlasti.

U predmetu *Çakiçi protiv Turske*<sup>32</sup> Europski sud je našao kako je zahtjev za dokazom izvan razumne sumnje da su uz smrt brata podnositelja zahtjeva odgovorna državna tijela bio zadovoljen. Turska Vlada tvrdila je da je brat podnositelja zahtjeva, Ahmet Çakiçi ubijen u oružanom sukobu između snaga sigurnosti i kurdskih terorista.

Nasuprot tome podnositelj zahtjeva tvrdio je da mu je brat ubijen od strane pripadnika snaga sigurnosti dok se nalazio u zatvoru. Nekoliko je svjedoka posvjedočilo da je Ahmet Çakiçi bio uhapšen od strane policije u Diyarbakiru, te da je u policijskom pritvoru proveo najmanje sedamnaest dana. Jedan od svjedoka izjavio je da je Ahmet Çakiçi bio u vrlo lošem stanju, umrljan krvlju, nekoliko mu je rebra bilo slomljeno i imao je modrice. Sam Ahmet mu je rekao da su ga policajci tukli u više navrata, mučili i podvrgli elektro-šokovima.

Osim toga, osobna iskaznica Ahmeta Çakiçija nađena je na tijelu jednog od mrtvih terorista na mjestu oružanog sukoba, ali tijelo nije identificirano, niti je predano rodbini radi ukopa. Na temelju toga, Europski sud zaključio je da to tijelo nije bilo Ahmetovo, već da je njegova osobna iskaznica samo stavljena na mrtvo tijelo neke treće osobe kako bi se dobio dojam da je Ahmet ubijen u tom sukobu.

Europski sud utvrdio je da predočeni dokazi predstavljaju dovoljno čvrste međusobno povezane indicije koje upućuju na zaključak da je do smrti Ahmeta Çakiçija došlo od strane pripadnika državnih tijela.

### ***Teret dokaza u odnosu na osobe koje se nalaze pod kontrolom državnih tijela***

Stajalište je Europskog suda da nije dužan u svim predmetima striktno primijeniti pravilo o teretu dokazivanja na način da je onaj koji nešto tvrdi dužan to i dokazati. Iznimka od tog pravila osobito će biti primjenjiva u slučaju kada pojedina osoba optužuje nositelje funkcija državne vlasti za kršenje prava zajamčenih Konvencijom. Kada do smrti neke osobe dođe u okolnostima u kojima se žrtva nalazila u cijelosti ili pretežito pod kontrolom državnih tijela tada postoji vrlo čvrsta pretpostavka da je do bilo kakvih tjelesnih povrjeda ili smrti

<sup>32</sup> *Çakiçi protiv Turske*, presuda od 8. srpnja 1999. godine, broj zahtjeva: 23657/94, ECHR 1999-IV.

žrtve došlo uslijed djelovanja tih tijela. Dapače, teret dokaza ležat će na državnim tijelima koja su za takve povrjede dužna dati odgovarajuće objašnjenje. Stoga ta tijela moraju dati zadovoljavajuće i uvjerljivo obrazloženje za smrt osobe koja se nalazila u pritvoru.<sup>33</sup>

U tim predmetima često će samo Vlada imati pristup informacijama koje bi mogle poduprijeti optužujuće navode. Propust Vlade da Sudu u Strasbourgu predoči takve informacije bez zadovoljavajućeg objašnjenja može rezultirati donošenjem pozitivnog zaključka u pogledu utemeljenosti navoda podnositelja zahtjeva.<sup>34</sup>

Kada je neka osoba pritvorena, a zatim nestane, te se njeno tijelo ne može pronaći, pitanje hoće li doći do razmatranja moguće povrjede članka 2. Konvencije, ovisi o svim okolnostima, a osobito o postojanju dovoljno jasnih indicija, koje se temelje na konkretnim elementima, iz kojih se može zaključiti da je pritvorena osoba umrla u pritvoru.<sup>35</sup> Pri tome će i protek vremena od nestanka te osobe, odnosno od vremena od kojeg se o njoj više nema nikakvih saznanja imati važnu ulogu. Tako je, primjerice, u predmetu *Orhan protiv Turske* Europski sud zaključio da se osoba za koju je posljednja poznata obavijest da su je uhitile snage sigurnosti, te da je otada prošlo osam godina bez ikakvih daljnjih saznanja o njenoj sudbini, može smatrati mrtvom, te da je smrt te osobe odgovorna država jer nije dala nikakvih objašnjenja o sudbini uhićenika.<sup>36</sup>

U predmetu *Angelova protiv Bugarske*, sin podnositeljice zahtjeva umro je u policijskoj stanici nekoliko sati nakon što ga je uhitila policija. Stoga je, sukladno naprijed navedenim načelima, država morala dati utemeljeno i suvislo obrazloženje za njegovu smrt.

Bugarska Vlada tvrdila je da smrt žrtve nije nikako mogla biti posljedica zlostavljanja od strane policije jer je drugi forenzični izvještaj zaključio da je sudbonosni udarac koji je izazvao frakturu lubanje, a potom i smrt žrtve, bio zadan najmanje deset sati prije stvarnog nastupa smrti, dakle, najmanje pet sati prije nego što je žrtva došla u kontakt s policijom.

Europski sud je, međutim, utvrdio postojanje i ranijeg forenzičnog izvještaja koji je bio sačinjen na temelju izravnog opažanja vještaka koji je pregledao tijelo ubijenog, dok je drugi izvještaj sačinjen isključivo na temelju fotografija. Prvi i drugi izvještaj u bitnom su se razlikovali u pogledu ocjene snage udarca koji je žrtva zadobila kao i vremena u kojem je došlo do frakture lubanje. U prvom izvještaju bilo je navedeno da je do smrtonosnih ozljeda žrtve došlo četiri do šest

<sup>33</sup> Vidi, primjerice, presude *Salman protiv Turske*, presuda od 27. lipnja 2000. godine, broj zahtjeva 21986/93, ECHR 2000-VII, § 100; *Velikova protiv Bugarske*, presuda od 18. svibnja 2000. godine, broj zahtjeva 41488/98, ECHR 2000-VI; *Angelova protiv Bugarske*, presuda od 13. lipnja 2002., broj zahtjeva: 38361/97, ECHR 2002-IV, §§ 110. i 111.

<sup>34</sup> Vidi *Orhan protiv Turske*, presuda od 18. lipnja 2002. godine, broj zahtjeva: 25656/94, § 266.

<sup>35</sup> *Timurtaş protiv Turske*, presuda od 13. lipnja 2000. godine, broj zahtjeva: 23531/94, ECHR 2000-VI, § 82.

<sup>36</sup> *Orhan protiv Turske*, naprijed citirano, §§ 330, 331.

sati prije nastupa smrti. Uz to žrtva je prije kontakta s policijom izašla u bar s prijateljima, pokušala ukrasti dijelove jednog automobila i hodala normalnim korakom, bez posrtanja u trenutku hapšenja. Europski sud zaključio je da bi sve ovo bilo teško izvedivo osobi koja je zadobila frakturu lubanje, te da je stoga, do frakture moralo doći nakon ovih događaja. Sud je iz toga ocijenio da drugi izvještaj ne pruža dovoljno jamstvo vjerodostojnosti.

Sud je nadalje utvrdio kako je ponašanje policije bilo sumnjivo na više načina: policajci su prilikom pozivanja liječnika pokušali utjecati na izbor liječnika koji će pregledati žrtvu, lažno su tvrdili da je žrtva privedena u policijsku stanicu u istom stanju u kojem ju je kasnije pregledao liječnik, te su žrtvu označili kao neidentificiranu osobu, iako im je ona bila dobro poznata iz ranijih susreta i kao osoba sklona sitnim krađama.

Osim toga, Europski sud utvrdio je da su policajci opazili da se stanje žrtve u jednom trenutku nakon što je bio priveden u policijsku stanicu počelo pogoršavati, ali unatoč tome nisu odmah pozvali hitnu pomoć već su umjesto toga kontaktirali svoje kolege koji su uhitili žrtvu. Nakon što su stigli ti policajci, oni su se odvezli u policijsku stanicu, a zatim u bolnicu, te se vratili s vozilom hitne pomoći, umjesto da su odmah pozvali hitnu pomoć. Sud je ocijenio da su takvim postupanjem policajci propustili, i nakon što su nedvojbeno opazili kako se stanje žrtve znatno pogoršava, na vrijeme omogućiti žrtvi liječničku intervenciju.

Ocjenjujući sve relevantne okolnosti, Europski sud je objašnjenje bugarske Vlade za smrt osobe koja je nastupila za vrijeme njegovog zadržavanja u policijskoj stanici, našao nedostatnim, te utvrdio povrjedu članka 2. Konvencije.

U predmetu *Özalp i drugi protiv Turske*<sup>37</sup> do smrti pritvorenika došlo je uslijed eksplozije kada je pripadnicima snaga sigurnosti pokazivao gdje se nalazi sklonište terorista. Europski sud utvrdio je da su pripadnici snaga sigurnosti bili svjesni mogućnosti eksplozije kada su zatražili od pritvorenika otvaranje vrata skloništa. Isto tako oni su bili svjesni da su se u najbližoj okolici mogli nalaziti naoružani teroristi, te su se oni sami sakrili u blizini skloništa. Nikakve mjere nisu pri tome poduzete u zaštiti života pritvorenika. Europski sud smatrao je da je dužnost države poduzeti sve moguće mjere predostrožnosti u izboru sredstava i metoda izvođenja bilo koje operacije snaga sigurnosti kako bi se izbjegla, i u svakom slučaju, minimalizirala, mogućnost gubitka života građana. U ovom predmetu pripadnici snaga sigurnosti nisu poduzeli takve mjere, te je nađena povrjeda članka 2. Konvencije.

Prema praksi Europskog suda država nije odgovorna za smrt osoba koje se nalaze pod kontrolom državnih tijela samo u slučajevima kada su smrt prouzrokovali zaposlenici u tim tijelima, već ta odgovornost države može postojati i kada je počinitelj neka druga osoba.

<sup>37</sup> *Özalp i drugi protiv Turske*, presuda od 8. travnja 2004. godine, broj zahtjeva: 32457/96.

U odnosu na odgovornost za smrt osobe pod nerazjašnjenim okolnostima na području koje se nalazi pod potpunom kontrolom državnih snaga (bilo policije, bilo vojske ili nekih posebnih jedinica) Europski sud primjenjuje ista načela kao i kada se neka osoba nalazi u pritvoru. Razlog za ovu analogiju je okolnost da se dokazi i saznanja o činjenicama koje leže u podlozi zahtjeva Europskom sudu i koje se odnose na smrt neke osobe pod sumnjivim okolnostima nalaze u cijelosti ili u pretežnom dijelu u rukama državnih tijela.

U predmetu *Akkum protiv Turske*,<sup>38</sup> turska vlada nije Europskom sudu predočila ključne dokumente koji su se ticali smrti brata podnositelja zahtjeva, a koja smrt se zbila na području pod potpunom kontrolom turskih snaga sigurnosti. Jedini očevidac događaja bila je jedna seljanka, pastirica koja je čuvala stoku na obronku brda u blizini koje se brat podnositelja zahtjeva našao okružen pripadnicima snaga sigurnosti. Njoj je bilo rečeno da pođe kući, te je ona s prozora svoje kuće vidjela da se žrtva nalazi u rukama pripadnika snaga sigurnosti, ali nije vidjela što se točno dogodilo. Europski sud zaključio je da propust turske vlade da tom Sudu predoči objašnjenje za smrt brata podnositelja zahtjeva upućuje na zaključak kako je on ubijen od strane pripadnika snaga sigurnosti, te je nadena povrjeda članka 2. Konvencije.

#### *Pozitivne obveze države*

**Osiguranje zaštite prava na život od strane država ugovornica Konvencije ne zahtijeva samo suzdržavanje države od namjernog i protupravnog lišenja života, već zahtijeva i određenu aktivnu ulogu države u zaštiti tog prava.**

Pozitivne obveze države proizlaze kako iz članka 2. Konvencije koji izrijekom štiti pravo na život, tako i iz odredbe članka 1. Konvencije koji državama nameće dužnost da svakome pod svojom jurisdikcijom osiguraju zaštitu prava zajamčenih Konvencijom.<sup>39</sup> Stoga su države dužne poduzimati razne mjere kako radi prevencije kršenja prava na život, tako i radi remediranja situacija u kojima je do kršenja prava na život već došlo.

Pozitivna obveze u odnosu na članak 2. Konvencije od država zahtijevaju uspostavu učinkovitog državnog aparata usmjerenog na prevenciju i suzbijanje kaznenih djela protiv života, što uključuje postojanje odgovarajuće zakonske podloge, te posebno obučениh i educiranih kadrova u svim državnim tijelima kojima je zadaća sprječavanje kaznenih djela, otkrivanje počinitelja i njihovo privođenje pravdi (kao što su policija, državno odvjetništvo i sudovi).

Dok je država u pogledu substantivne povrjede prava na život odgovorna samo za ona ubojstva koja su nezakonito izvršili pripadnici državnih tijela ili osobe koje su djelovale za račun ili uz podršku državnih tijela, pozitivne obveze

<sup>38</sup> *Akkum i drugi protiv Turske*, presuda od 24. ožujka 2005. godine, broj zahtjeva: 21894/93, ECHR 2005 - ...

<sup>39</sup> Članak 1. Konvencije glasi: Obveza poštivanja ljudskih prava: Visoke ugovorne stranke osigurat će svakoj osobi pod svojom jurisdikcijom prava i slobode određene u odjeljku I. ove Konvencije.



države javljaju se i u situacijama u kojima su počinioci ubojstva privatne osobe.

Odgovornost države za akte državnih agenata neposredna je i izravna. Nešto složenija situacija nastaje kada do povrjede prava na život dođe od strane privatnih osoba. Za razliku od neposredne i izravne odgovornosti države za kršenje prava na život od strane nositelja funkcija državne vlasti, ovdje ta odgovornost proizlazi iz pozitivne obveze države u poduzimanju svih potrebnih mjera radi zaštite života svih osoba koje su pod nadležnošću te države. Države su dužne zaštitu tog prava osigurati i u odnosu na akte privatnih osoba. Do odgovornosti države ovdje će doći ukoliko države propuste poduzeti mjere radi sprječavanja kršenja tog prava, a ukoliko je do kršenja prava na život došlo od strane privatnih osoba, država će biti odgovorna ako nije poduzela sve mjere radi remediranja tog kršenja.<sup>40</sup>

### *Zakonska podloga*

U pogledu preventivnih mjera države su prije svega dužne donijeti zakone iz područja kaznenog prava čija će svrha biti sprječavanje kaznenih djela protiv života, a koji će zakoni biti poduprijeti mašinerijom usmjerenom prema prevenciji kaznenih djela, otkrivanju i kažnjavanju počinitelja kaznenih djela. U tim zakonima potrebno je djela usmjerena na oduzimanje života druge osobe, predvidjeti kao kaznena djela za koja se progon poduzima po službenoj dužnosti, te propisati odgovarajuće sankcije za počinitelje takvih djela.

Osim toga potrebno je donijeti posebne propise koji će predvidjeti i detaljno regulirati situacije u kojima je upotreba smrtonosne sile od strane državnih agenata dopuštena (posebno od strane pripadnika policije i vojske), pri čemu se traži da se u domaće zakonodavstvo inkorporira kriterij apsolutne nužnosti upotrebe smrtonosne sile sukladno praksi Europskog suda za ljudska prava.

Tako je, primjerice, u predmetu *Natchova i drugi protiv Bugarske*,<sup>41</sup> Europski sud utvrdio da domaće zakonodavstvo ne udovoljava obvezi države iz članka 2. Konvencije u osiguravanju odgovarajućeg pravnog i operativnog temelja u pogledu primjene sile i oružja od strane vojne policije. Naime, prema bugarskom pravu, vojnoj policiji je bila dopuštena primjena smrtonosne sile prilikom uhićenja pripadnika oružanih snaga čak i za posve minorne prekršaje. Propisi koji su regulirali to područje dopuštali su pripadnicima vojne policije pucanje iz vatrenog oružja u svakog bjegunca koji se ne bi predao odmah nakon što je ispaljen u zrak jedini hitac upozorenja. Ti propisi nisu uopće bili objavljeni, a niti su sadržavali ikakve mjere radi prevencije arbitrarnih lišenja života. Lakonski karakter ovih propisa i način na koji su oni tolerirali primjenu smrtonosne sile, po ocjeni Europskog suda, predstavljali su kršenje članka 2. Konvencije.

<sup>40</sup> O tim mjerama detaljnije se govori pod III: Pozitivne obveze države.

<sup>41</sup> *Natchova i drugi protiv Bugarske*, presuda od 6. srpnja 2005. godine, broj zahtjeva: 43577/98 i 43579/98, §§ 99-102.

U predmetu *Makaratzis protiv Grčke* Sud je najprije utvrdio da je neregulirana i arbitrarna akcija poduzeta od strane pripadnika policije nespojiva s učinkovitim poštivanjem ljudskih prava. Policijsko djelovanje u svojoj cjelini treba biti predmet regulacija domaćeg zakonodavstva, pri čemu operativne aktivnosti policije moraju biti u dovoljnoj mjeri regulirane tim zakonima i stavljene u okvir u kojem bi postojao sustav odgovarajućih i efikasnih mjera koje bi osigurale zaštitu od arbitrarne primjene sile od strane pripadnika policije. Propisima je trebalo navesti ograničen spektar situacija u kojima bi pripadnici policije bili ovlašteni na primjenu vatrenog oružja, imajući u vidu međunarodne standarde koji se odnose na to područje.

Policija ne smije biti ostavljena u vakuumu kada izvršava svoje dužnosti, bilo da se radi o unaprijed planiranoj policijskoj operaciji, bilo da se radi o *ad hoc* intervenciji.

Sud je ustanovio da su u to vrijeme u Grčkoj bili na snazi propisi koji su primjenu vatrenog oružja od strane policije dopuštali u širokom rasponu operacija. Postojala je i uredba Predsjednika kojom je bilo određeno da se vatreno oružje smije koristiti samo kada je to apsolutno nužno i kada su već pokušana sva druga manje ekstremna sredstva.

Europski sud našao je kako su takvi propisi bili preopćeniti, te nedovoljno jasni i neprecizni. Oni nisu udovoljili visokom standardu zaštite prava na život kakav postoji u današnjem demokratskom europskom društvu.

U pogledu općeopasnih radnji država ima dužnost donositi odgovarajuće propise kojima će regulirati posebnu aktivnost o kojoj se radi, i pri tome se naročito mora osvrnuti na potencijalnu opasnost po živote ljudi od takve aktivnosti. Ti propisi moraju regulirati izdavanje odobrenja za vršenje takve aktivnosti, uspostavljenje pogona ili drugih uvjeta u kojima se aktivnost obavlja, operacijske propise, te propise o sigurnosti i nadgledanju te aktivnosti. Također je potrebno propisati i osigurati da se sve osobe koje na bilo koji način dolaze u doticaj s opasnom aktivnošću moraju strogo pridržavati propisa koji reguliraju tu aktivnost. U svakom slučaju, propisi moraju osigurati odgovarajući postupak koji će imati u vidu tehnički aspekt opasne aktivnosti, tako da omogućiti otkrivanje nedostataka pri obavljanju te aktivnosti i svih propusta osoba odgovornih za uredno funkcioniranje opasne aktivnosti. Također, u pogledu opasne aktivnosti postoji posebno pravo javnosti na saznanje o postojanju i prirodi takve aktivnosti i država mora to pravo osigurati.<sup>42</sup>

U predmetu *Vo protiv Francuske* utvrđeno je da se ista načela primjenjuju i na području zdravstvene zaštite, zahtijevajući od države donošenje propisa koji će obvezivati bolnice, bilo javne, bilo privatne, da usvoje odgovarajuće mjere radi zaštite života pacijenata, te da ustanove mogućnost podizanja sudskih tužbi u slučaju smrti pacijenta.

Osim toga, država je dužna u okviru kaznenog zakonodavstva predvidjeti sankcije za nezakonita ubojstva. U predmetu *Shannaghan protiv Ujedinjenog*

<sup>42</sup> Vidi *Oneryildiz protiv Turske*, naprijed citirano.

*Kraljevstva*<sup>43</sup> porota pred kojom je provedeno suđenje za ubojstvo mogla je samo donijeti pravorijek o identitetu ubijene osobe, mjestu, vremenu i uzorku smrti, dok u pogledu krivnje neke osobe nije imala mogućnosti donijeti nikakvu odluku. Europski sud našao je da ovakav sustav ne udovoljava pozitivnim obvezama države u pogledu članka 2. Konvencije jer domaće zakonodavstvo i praksa moraju djelovati na način da se kod suđenja za nezakonita ubojstva počinitelju izrekne odgovarajuća kazna.

#### *Operativne mjere prevencije*

Druga važna postavka jest osigurati da policija vrši svoju ulogu kontrole i prevencije kriminala na način koji u cijelosti poštuje načela učinkovitosti i temeljitosti vršenja svih zadataka koji u tom smislu leže na policijskim tijelima s jedne strane. S druge strane, policija u svom djelovanju mora poštovati u cijelosti i bez iznimke prava osoba u odnosu na koje poduzima određene radnje, ne prelazeći pri tome ograničenja koja su opravdano postavljena u djelovanju policije pri istraživanju kaznenih djela i privođenju počinitelja pravosudnim tijelima.<sup>44</sup>

Države su također dužne poduzeti preventivne operacijske mjere koje će zaštititi osobe čiji su životi ugroženi aktima trećih osoba. Sud je, imajući u vidu poteškoće u reguliranju modernih društava, nepredvidljivost ljudskog ponašanja te ograničenost resursa, istakao da širina pozitivnih obveza država u pogledu prevencije ubojstava, mora biti tumačena na način koji državama neće nametati nemoguće ili nesrazmjerne terete. Stoga neće svaki navodni rizik za život neke osobe zahtijevati poduzimanje operacijskih preventivnih mjera radi sprečavanja ostvarenja tog rizika. Da bi došlo do obveze države za poduzimanje takvih mjera, potrebno je da nadležna tijela znaju ili bi trebala znati da je život neke osobe stvarno i neposredno ugrožen kriminalnim radnjama treće osobe. Međutim, jednom kada se ustanovi da je nastala situacija u kojoj se javlja takva obveza države, državna tijela dužna su poduzeti sve što bi se od njih moglo razumno očekivati kako bi se izbjegla stvarna i neposredna opasnost za život neke osobe, a o kojoj opasnosti su ta tijela znala ili trebala znati.

U predmetu *Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,<sup>45</sup> Europski sud bavio se pitanjem djelovanja policije u prevenciji kriminala. Riječ je o nastavniku koji je razvio neuobičajen i intenzivan interes za Ahmeta Osmana, učenika škole u kojoj je predavao. U početku nastavnik je učeniku darivao poklone, pozivao ga na razgovore nasamo, zatim ga je fotografirao, pa i slijedio. Prijetio je drugom učeniku za kojeg je smatrao da razvija blisko prijateljstvo s Ahmetom, te počeo širiti zlobne glasine o druženju dvojice dječaka. Ubrzo su se na zidovima škole

<sup>43</sup> *Shanaghan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 4. svibnja 2001. godine, broj zahtjeva: 37715/97, ECHR 2001-III:

<sup>44</sup> *Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 28. listopada 1998., Izvještaji o presudama i odlukama 1998-VIII, fasc. 95, §§ 115. i 116.; *Paul i Audrey Edwards protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, naprijed citirano, §§ 54.

<sup>45</sup> Naprijed citirano.

pojavi grafiti vulgarnog sadržaja koji su se odnosili na dvojicu dječaka. Ravnatelj škole bio je o svemu obaviješten, razgovarao je s dječacima i njihovim roditeljima, kao i s nastavnikom. Obavijestio je policiju, a nakon toga i nadležan školski odbor. Nastavnik je u daljnjem tijeku događaja prestao raditi u toj školi i zaposlio se u dvije druge škole. Prijetio je obitelji dječaka koji je prijateljevao s Ahmetom i samom Ahmetu. U međuvremenu bilo je više incidenata koji su uključivali uništenje imovine Ahmetove obitelji. Policija u svezi s tim incidentima nije provela detaljnije istraživanje u odnosu na nastavnika. Nastavnik je promijenio ime tako da je njegovo novo ime, uz još neka imena, sadržavalo i ime Ahmet Osman. Prestao je potpuno s radom u bilo kojoj školi i putovao je Engleskom, te uzrokovao više prometnih nezgoda. Provalio je u trgovinu oružjem i ukrao pištolj. Tu provalu policija nije povezala s njim. Naposljetku je pucao u članove Ahmetove obitelji, pri čemu je ubio Ahmetovog oca, a Ahmeta teško ranio. Potom je otišao do kuće ravnatelja škole u kojoj je ranije radio te ga ranio i ubio njegovog sina.

Europski sud, analizirajući sve okolnosti, zaključio je da podnositelji zahtjeva nisu ukazali na neki odlučan trenutak u razvoju događaja u kojem je policija znala ili trebala znati da taj nastavnik predstavlja stvaran i neposredan rizik za živote članova obitelji Osman. Sud je naglasio da se u okolnostima ovog predmeta policiju ne može kritizirati jer je stavila težište na presumpciju nevinosti i nije odredila pritvor protiv nastavnika, kao niti pretragu njegovog stana. Sud je smatrao da policija ni u kojem trenutku prije kritičnog događaja nije raspolagala dokazima protiv nastavnika koji bi predstavljali osnovu sumnje da će njegovo ponašanje rezultirati ugrožavanjem života obitelji Osman.<sup>46</sup>

Nasuprot tome u predmetu *Akkoç protiv Turske*<sup>47</sup> Europski sud našao je da državna tijela, imajući u vidu ono što im je bilo poznato o prijetnjama po život Zübeyira Akkoça, nisu poduzela odgovarajuće preventivne mjere radi zaštite njegovog života. Zübeyir Akkoç, učitelj kurdske nacionalnosti u jednom od gradova u jugoistočnoj Turskoj, bio je pripadnik zabranjenog sindikata Eğit-Sen. Više ga je puta pritvarala policija. Nakon sudjelovanja u demonstracijama u kojima su učitelji optuživali policiju za napade na njih, on je primio nekoliko prijetećih telefonskih poziva u kojima je rečeno da će on biti slijedeći ubijen. O tim pozivima obavijestio je nadležno javno tužiteljstvo.

Europski sud i u tom se predmetu oslonio na već ranije spomenuti Izvještaj Susurluk, te je ustanovio da je u području jugoistočne Turske bio prisutan problem čestih ubojstava od strane nepoznatih počinitelja, te kako je bilo govorkanja da su osnovane kontra gerilske grupe kojima je bio cilj ubijanje prominentnih osoba kurdske nacionalnosti.

<sup>46</sup> Tri suca Europskog suda nisu se složila s ovakvim zaključkom većine i smatrali su da je bilo vrlo ozbiljnih indikacija na temelju kojih je policija trebala uhititi nastavnika prije nego što je došlo do tragičnih događaja.

<sup>47</sup> *Akkoç protiv Turske*, presuda od 10. 10. 2000. godine, broj zahtjeva: 22947/93 i 22948/93, ECHR 2000-X.

Sud je ustanovio da je žrtva, kao učitelj kurdske nacionalnosti bio uključen u aktivnosti koje su vlasti smatrale nezakonitima i suprotnima njihovoj politici u jugoistočnoj regiji Turske, te da je stoga bio u to vrijeme na meti nezakonitih napada. Rizik za njegov život Sud je ocijenio stvarnim i neposrednim.

Isto tako Europski sud smatrao je da su nadležna državna tijela bila svjesna ili morala biti svjesna, postojanja takovog rizika po život Zübeyira Akkoça, te da taj rizik potječe od grupa koje su osnovane i djelovale uz znanje i odobrenje, a ako ne i stvarnu pomoć nekih pripadnika snaga sigurnosti. Izvještaj Susurluk navodio je postojanje Hizbullah kampa za obuku u jugoistočnoj Turskoj koji je dobivao pomoć i obuku od snaga sigurnosti, te je izražena sumnja da su neki od pripadnika snaga sigurnosti bili umiješani u 908 neriješenih ubojstava u toj regiji.

Imajući u vidu sve ove okolnosti kao i propuste državnih tijela da istraže mnoga ubojstva u toj regiji za koja se sumnjičilo pripadnike snaga sigurnosti, te nepoduzimanje bilo kakvih mjera radi zaštite života Zübeyira Akkoça od strane državnog tužiteljstva nakon što su im se žrtva i njegova supruga obratili za pomoć jer su primili prijete po svoj život, Europski sud je utvrdio povrjedu članka 2. Konvencije u pogledu obveze država u poduzimanju svih razumnih preventivnih mjera radi zaštite života osoba na području pod njenom nadležnošću.

### ***Pozitivne obveze u odnosu na osobe u institucijama pod nadzorom države***

Država je osobito dužna poduzeti preventivne mjere radi zaštite života osoba koje se nalaze pod njenim nadzorom, kao što su osobe u zatvoru i pritvoru, zatvorskim bolnicama, državnim ustanovama za osobe oboljele od mentalnih bolesti, vojarnama i drugim sličnim ustanovama.

U kontekstu osoba koje se nalaze pod nadzorom državnih tijela Sud naglašava da se one nalaze u jednom ranjivom položaju, te su stoga državna tijela odgovorna za pružanje odgovarajuće zaštite takvim osobama. Država je dužna dati valjana objašnjenja za sve povrjede koje pretrpi takva osoba, a osobito u okolnostima u kojima osoba pod nadzorom državnih tijela izgubi život.

#### *Opasnost od suicida*

Kako bi došlo do pozitivnih obveza države u pogledu zatvorenika koji pokazuje samoubilačke tendencije, potrebno je utvrditi jesu li nadležna državna tijela znala ili trebala znati, za postojanje stvarne i neposredne opasnosti od samoubojstva određene osobe, te su propustila poduzeti mjere koje su se od njih razumno mogle očekivati kako bi se otklonile okolnosti u kojima je život te osobe bio ugrožen.<sup>48</sup>

Zatvorske vlasti trebaju obavljati svoje dužnosti na način koji će osigurati zaštitu prava i sloboda svakog pojedinog zatvorenika. Pri tome im na raspolaganju

<sup>48</sup> *Keenan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 3. travnja 2001. godine, broj zahtjeva: 27229/95, §§ 89 i 92, ECHR 2001-III.

moraju stajati mjere općeg karaktera koje će smanjiti mogućnost samoozljeđivanja od strane zatvorenika, a da pri tome ne smanjuju područje osobne autonomije zatvorenika. Ponekad će, ovisno o svim okolnostima neke situacije, biti potrebno poduzeti dodatne mjere zaštite života nekog pojedinog zatvorenika kod kojeg postoji povećan rizik od samoubojstva.<sup>49</sup>

U predmetu *Trubnikov protiv Rusije*,<sup>50</sup> sin podnositelja zahtjeva oduzeo si je život vješanjem za vrijeme služenja zatvorske kazne. Za njega se znalo da pati od određenih psihičkih poremećaja, te da je sklon, kao odgovor na disciplinarne sankcije koje su mu izricane u zatvoru, sam sebi nanijeti ozljede. Tri godine prije končanog samoubojstva izvršio je pokušaj samoubojstva, koji je međutim bio okarakteriziran više kao "poziv u pomoć", nego kao stvaran pokušaj da si oduzme život. Nakon toga podvrgnut je psihijatrijskom liječenju i nadzoru, a njegovo psihičko stanje kontrolirano je svakih šest mjeseci. Utvrđeno je kako ne pati od neke akutne psihičke bolesti, već da je riječ o osobi s poremećajem ličnosti i poremećajima u ponašanju.

Psihijatri koji su ga liječili nisu utvrdili postojanje ostataka samoubilačkih sklonosti, već su opazili napredak u odnosu na raniji pokušaj samoubojstva, te znatno povećanje stabilnosti njegovog mentalnog i emotivnog stanja, koje je ustrajalo u narednom razdoblju od tri godine.

Europski sud je zaključio da u tim okolnostima nadležna zatvorska tijela nisu znala, niti mogla predvidjeti, da će Viktor Trubnikov počiniti samoubojstvo. Ipak, Sud je napomenuo da su zatvorske vlasti trebale imati u vidu mogućnost pogoršanja njegovog stanja pod utjecajem alkohola. Unatoč tome, taj previd nije bio dovoljan da bi došlo do povrjede članka 2. Konvencije u smislu pozitivnih obveza radi poduzimanje preventivnih mjera koje bi spriječile samoubojstvo zatvorenika.

#### *Opasnost od suzatvorenika*

U predmetu *Paul i Audrey Edwards protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Christopher Edwards, sin podnositelja zahtjeva, nalazio se u pritvoru gdje je dijelio ćeliju s opasnim, mentalno bolesnim zatvorenikom koji ga je kasnije umorio. Žrtva je, kao zatvorenik, bila osoba koja je potpadala pod odgovornost državnih tijela koja su imala dužnost zaštititi njen život. Europski sud najprije je ispitao jesu li nadležna državna tijela znala ili bila dužna znati za postojanje stvarnog i neposrednog rizika za život žrtve, a zatim jesu li propustila poduzeti mjere koje su se mogle razumno očekivati u danim okolnostima.

Što se tiče saznanja nadležnih tijela Sud je utvrdio da je liječnicima koji su liječili počinitelja bilo poznato da je on mentalno bolesna osoba kojoj je postavljena dijagnoza shizofrenije te da je postojala opsežna liječnička dokumentacija o njegovom liječenju od mentalnih bolesti i boravku u mentalnim institucijama. O njemu je također postojala kako policijska tako i liječnička

<sup>49</sup> Id., § 91.

<sup>50</sup> *Trubnikov protiv Rusije*, presuda od 5. srpnja 2005. godine, broj zahtjeva: 49790/99.

evidencija kao o osobi s poviješću nasilnih ispada i napada. Prilikom uhićenja njegovo ponašanje bilo je nasilno i bizarno. Kada je upućen u pritvor, nazočnom zdravstvenom osoblju nije stavljena na uvid dokumentacija o njemu, a niti je policija obavijestila osoblje o njegovom ponašanju prilikom uhićenja. Europski sud smatrao je da je ta dokumentacija bila dostupna, te da su sudovi, policija i tijela kaznenog progona bili dužni staviti dokumentaciju na uvid pritvorskim tijelima. Nadalje, pri postupku prijema novih pritvorenika valjalo je uvesti ispitivanje koje bi omogućilo identifikaciju potencijalno opasnih zatvorenika koji, bilo radi vlastite sigurnosti, bilo radi sigurnosti drugih osoba, zahtijevaju poseban liječnički nadzor.

Osim toga, Sud je ustanovio da je zdravstveni radnik koji je radio na prijemu pritvorenika bio neodgovarajućeg medicinskog znanja, te da je na tom mjestu trebao raditi obučeni liječnik.

Konačno, ne samo da je postupak prijema kasnijeg počinitelja umorstva bio površan i rutinski, nego je i postupak prijema kasnije žrtve umorstva bio neodgovarajući. Utvrđeno je da se on u trenutku dolaska u pritvor nalazio u labilnom psihičkom stanju, te da unatoč tome, nije pozvan liječnik kako bi ga pregledao. Prema ocjeni Europskog suda osobu u takvom stanju trebalo je smjestiti u bolnicu ili u bolnički dio pritvora, a nikako u ćeliju zajedno s opasnim i neuravnoteženim pritvorenikom.

Imajući u vidu sve navedene okolnosti Europski sud zaključio je da je država propustila udovoljiti obvezi poduzimanja svih mjera kako bi zaštitila život osobe koja se nalazila u pritvoru.

#### *Osobe na zatvorskom dopustu*

Problem odgovornosti države u odnosu na akte osoba koje su već osuđene za izvršenje kaznenih djela Europski sud razmotrio je i u predmetu *Mastromatteo protiv Italije*.<sup>51</sup> U tom predmetu sina podnositelja zahtjeva ubile su četiri osobe od kojih je jedna bila zatvorenik koji se nalazio na zatvorskom dopustu, jedna osuđenik koji je izdržavao kaznu zatvora u posebnom režimu koji je dopuštao izlaske iz zatvora, dok su se preostala dva počinitelja nalazila na slobodi.

U predmetu *Mastromatteo protiv Italije* radilo se o pitanju obveze države u pružanju opće zaštite društvu od mogućih akata jedne ili više osoba koje su se nalazile na odsluženju kazne zatvora radi osude za teško kazneno djelo te o određivanju opsega takve obveze.

Sud je najprije ocijenio uključuje li sistem alternativnih mjera u kaznenom zakonodavstvu sam po sebi odgovornost države prema članku 2. Konvencije za smrt prolaznika napadnutog od strane osoba koje su se nalazile na odsluženju kazne zatvora za teško kazneno djelo. Tom prilikom je jedna od njih bila na zatvorskom dopustu, a druga je osoba bila osuđenik koji je izdržavao kaznu zatvora u posebnom režimu koji je dopuštao izlaske iz zatvora. U tom pogledu Sud je analizirao talijansko pravo koje se odnosilo na to područje, prema kojem

<sup>51</sup> *Mastromatteo protiv Italije*, presuda od 27. veljače 1992. godine, A 229-E.

zatvorenik, da bi uopće mogao koristiti zatvorski dopust, mora najprije odslužiti određeni minimum kazne zatvora kojeg je trajanje ovisilo o težini počinjenog djela. Nadalje, dopust se dopuštao samo zatvoreniku koji je bio dobrog ponašanja, te za kojeg se zaključilo da ne predstavlja opasnost za društvo. Pri tomu sama činjenica da zatvorenik tijekom izdržavanja kazne nije bio disciplinski kažnjavan nije bila dovoljna, tražilo se još i da je pokazao stvarnu volju u sudjelovanju u programu preodgoja i rehabilitacije koji bi mu omogućili ponovnu integraciju u društvo.

Ocjenu o mogućoj opasnosti zatvorenika za društvo donosio je sudac u čiju nadležnost je potpadalo izvršenje zatvorske kazne, koji je bio dužan savjetovati se sa zatvorskim tijelima, ali također i tražiti obavijesti o ranijem ponašanju zatvorenika od policije. Nadalje, mogućnost zatvorskog dopusta bila je isključena za osobe koje su počinile iznimno teške zločine, te za osobe koje su bile osuđene radi počinjenja oružane pljačke i postojao je dokaz o njihovoj povezanosti s organiziranim kriminalom.

Sud u Strasbourgu našao je da ovaj sistem pruža dovoljno zaštitnih mjera za društvo. Pri tome je imao u vidu i statistiku koju je država predočila, a koja je ukazivala na iznimno nizak postotak izvršenja zločina od strane zatvorenika koji su se koristili ovim povlasticama. Sud je osobito cijenio svrhu postojanja programa koji dopuštaju zatvorenicima korištenje zatvorskog dopusta i izlazaka iz zatvora za vrijeme izdržavanja zatvorski kazne smatrajući takve mogućnosti važnima radi ostvarenja opravdanog društvenog cilja – reintegracije osoba osuđenih na zatvorsku kaznu u društvo.

Nakon toga je Europski sud ocijenio je li provedba tih mjera u konkretnom predmetu bila u suprotnosti sa zahtjevima članka 2. Konvencije. Odlučna je bila ocjena Suda jesu li državna tijela učinila sve što se od njih moglo razumno očekivati kako bi se izbjegao stvaran i neposredan rizik za život neke osobe o čemu su one imale ili trebale imati saznanja. U konkretnom predmetu Sud je smatrao da se radilo o pitanju je li postojao takav rizik u odnosu na neodređene osobe, a ne u odnosu na konkretnu žrtvu počinjenog ubojstva.

Analizirajući postupak u kojem je donijeta odluka da se zatvorenici koji su kasnije ubili sina podnositelja zahtjeva puste na dopust, Europski sud je zaključio da je taj postupak u svemu udovoljio zahtjevima za zaštitu života neke osobe iz članka 2. Konvencije.

### ***Procesne obveze države***

Procesna obveza države odnosi se na situaciju u kojoj je već došlo do smrti neke osobe u sumnjivim okolnostima. U toj situaciji nadležna državna tijela dužna su provesti ozbiljnu, učinkovitu i temeljitu istragu koja treba imati za cilj rasvjetljavanje svih relevantnih okolnosti smrti neke osobe, otkrivanje počinitelja i njegovo privođenje pravdi, odnosno treba, ako je to ikako moguće, dovesti do pokretanja odgovarajućeg sudskog postupka protiv počinitelja.



### *Istraga*

Kada dođe do smrti neke osobe primjenom sile, država ima obvezu provesti savjesnu službenu istragu čiji osnovni cilj treba biti učinkovita implementacija domaćih propisa koji se odnose na zaštitu života. Ukoliko je do primjene smrtonosne sile došlo od strane državnih tijela ili službenika, tada je potrebno utvrditi njihovu odgovornost za smrt ubijene osobe.

U odnosu na lišenje života neke osobe uporabom sile, postoji obveza progona po službenoj dužnosti. Drugim riječima, jednom kada dobiju saznanja o smrti neke osobe uslijed upotrebe sile, nadležna državna tijela trebaju djelovati na vlastitu inicijativu. Nije dopušteno prepustiti inicijativu za vođenje odgovarajućih postupaka rodbini žrtve.

### *Neovisnost istražnih tijela*

Kada su počinitelji državna tijela ili državni službenici, tada osobe koje provode istragu moraju biti neovisne i nepristrane u odnosu na počinitelje, kako u pravu tako i u praksi. Istražna tijela ne smiju biti hijerarhijski ili institucionalno podređena tijelima koja su umiješana u ubojstvo neke osobe.

U predmetu *McShane protiv Ujedinjenog Kraljevstva* povrjeda Konvencije, između ostalog, postojala je i zato jer su tijela koja su vodila istragu bila povezana, iako neizravno, s događajem koji je bio predmet istrage što je bacalo sumnju na njihovu nepristranost.<sup>52</sup>

U pogledu praktične neovisnosti u predmetu *Guleç protiv Turske*,<sup>53</sup> Europski sud je ocijenio da tijela istrage nisu ni u čemu dovodila u sumnju službenu verziju događaja u kojem je žrtva izgubila život. U odnosu na navode žrtvina oca koji su se ticali okrivljavanja jednog od vojnih zapovjednika za smrt njegovog sina, istražna su tijela bez ikakvog obrazloženja utvrdila da su ti navodi posve proizvoljni i neumjesni, te da su također i ideološki obojeni i posve neobjektivni.

Istražitelj je uzeo iskaze od tek nekoliko osoba, bez da je ispitao osobe koje su bile zadužene za sigurnost demonstracija i druge pripadnike snaga sigurnosti kao i svjedoke očevice koji su stajali u blizini žrtve u trenutku njegove smrti. Nije provedena niti rekonstrukcija događaja koja bi, po mišljenju Europskog suda, omogućila određivanje putanje metka koji je pogodio žrtvu kao i položaj oružja iz kojeg je metak ispaljen. Metalurgijska analiza dijela metka omogućila bi precizno utvrđivanje vrste oružja i njegovog proizvođača, čime bi se utvrdilo je li to oružje kojim su raspolagali tom prilikom pripadnici snaga sigurnosti.

Nadalje, odlučeno je da nema potrebe za podizanjem optužnice s obrazloženjem da na temelju prikupljenih dokaza nije bilo moguće utvrditi tko je pucao na žrtvu i nanio joj smrtonosne povrjede.

<sup>52</sup> *McShane protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, naprijed citirano, § 112.

<sup>53</sup> Predmet se odnosi na situaciju u kojoj je sin podnositelja zahtjeva ubijen u demonstracijama u kojima su pripadnici snaga sigurnosti pucali iz vatrenog oružja na demonstrante (presuda od 27. srpnja 1998. godine, Izvješća o presudama i odlukama 1998-IV, fasc. 80).

Europski sud smatrao je da se takvo obrazloženje ne može prihvatiti imajući u vidu subjektivnost koju su pokazala istražna tijela. U tom smislu zaključeno je da je istraga, osim što nije bila potpuna, manjkava i u pogledu zahtjeva za neovisnošću istražnih tijela. Ta neovisnost bila je kako praktična (subjektivnost osoba koje su vodile istragu), tako i institucionalna jer su istražna tijela potpadala pod nadležnost iste uprave kao i pripadnici snaga sigurnosti koji su sudjelovali u događaju.

#### *Javni karakter istrage*

Pri istrazi smrti neke osobe mora postojati mogućnost uvida javnosti u samu istragu i njene rezultate. Iako stupanj tog uvida može biti različit, ovisno o svim okolnostima danog predmeta, najbliži srodnik žrtve ubojstva mora u svakom slučaju biti uključen u postupak u onoj mjeri koja je neophodna da bi zadovoljila legitimne interese takve osobe.<sup>54</sup>

U predmetu *Slimani protiv Francuske*<sup>55</sup> podnositeljica zahtjeva Europskom sudu, inače najbliža srodnica osobe čija je smrt nastupila u pritvoru, nije automatski dobila pravo sudjelovanja u istrazi. Tako joj nije bio omogućen uvid u dokumentaciju u spisu, nije mogla sudjelovati pri mjerodavnim ispitivanjima, te nije bila ispitana od strane istražnog suca. Nisu joj bili proslijeđeni podatci o tijeku istrage, te joj nije bila uručena odluka o obustavi istražnog postupka. Prema francuskom pravu bliski srodnik umrle osobe koji bi želio biti uključen u istražni postupak morao je podnijeti kaznenu pritužbu zajedno sa zahtjevom da se pridruži tom postupku kao građanska stranka. Prema mišljenju Europskog suda takvi zahtjevi francuskog prava nisu bili opravdani, već se najbližem srodniku umrle osobe trebalo automatski dopustiti puno sudjelovanje u istrazi.<sup>56</sup>

S druge strane, javni uvid u istražne radnje poduzete od strane policije te i javno objavljivanje policijskih izvještaja nije automatski zahtjev članka 2. Konvencije jer takvi izvještaji mogu adresirati osjetljiva pitanja koja se tiču privatnosti nekih osoba ili bi mogla dovesti do prejudiciranja nekih odgovora vezanih uz izvršenje kaznenih djela.<sup>57</sup>

#### *Utjecaj vremena*

Istragu radi smrti neke osobe valja poduzeti što prije, te je provoditi s razumnom ekspeditivnošću. Postupanje nadležnih tijela bez odgađanja ključno je radi održanja povjerenja javnosti u pravni sustav. Takvo postupanje uvjerava javnost da državna tijela poštuju vladavinu prava, te sprječava sumnju u nedopuštene radnje istražnih tijela. Protekom vremena, postaje sve teže prikupiti dokaze koji bi upućivali na uzrok smrti.

<sup>54</sup> *Hugh Jordan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 4. svibnja 2001. godine, broj zahtjeva: 24746/94, § 109.

<sup>55</sup> *Slimani protiv Francuske*, presuda od 27. listopada 2004. godine, broj zahtjeva 57671/00, ECHR 2004-IX.

<sup>56</sup> U međuvremenu je francusko pravo prilagođeno zahtjevima Europskog suda.

<sup>57</sup> Vidi *Hugh Jordan*, naprijed citirano, § 121.

U predmetu *McShane protiv Ujedinjenog Kraljevstva* Sud je utvrdio da je do događaja u kojem je suprug podnositeljice zahtjeva izgubio život došlo 13. srpnja 1996. godine, te da je većina izjava uzeta u naredna dva tjedna. Dana 6. prosinca 1996. godine, ponovno je uzeta izjava od vozača vojnog vozila kojim je pregažena žrtva. No, tek u lipnju 1997. godine, policija je izvještaj poslala nadležnom državnom tužiteljstvu. Sud je prihvatio da je u predmetu bilo nužno pribaviti forenzični izvještaj, no da iz spisa ne proizlazi da je bilo nekih poteškoća u pribavljanju tog izvještaja te da pribavljanje tog izvještaja ne objašnjava duga razdoblja neaktivnosti istražnih tijela, osobito poslije 6. prosinca 1996. godine. Sud je također bio nezadovoljan time što je do dodatnog ispitivanja vozača došlo tek pet i pol mjeseci nakon njegovog prvog ispitivanja. U tim okolnostima, Europski sud našao je da istraga nije vođena ekonomično u pogledu vremena njenog trajanja.<sup>58</sup>

### *Cilj istrage*

Istraga treba rasvijetliti sve okolnosti smrti neke osobe, te ukoliko je to moguće dovesti do pronalazjenja počinitelja. Ukoliko je do smrti neke osobe došlo upotrebom sile od strane državnih agenata, tada u istrazi treba ispitati je li primjena sile bila opravdana u danim okolnostima, te postoje li pretpostavke za kazneni progon počinitelja. Ocjena opravdanosti primjene smrtonosne sile mora se osloniti na standard "apsolutne nužnosti" iz članka 2. stavka 2. Konvencije.

Cjelokupni cilj istrage je dovođenje do postupka koji će voditi kažnjavanju osoba odgovornih za lišenje života neke osobe—izravnih počinitelja i naredbodavaca.

Bitno je naglasiti, međutim, da ova procesna obveza države nije obveza rezultata, već sredstava.

Istražna tijela moraju poduzeti sve dostupne razumne korake kojima će osigurati dokaze koji se tiču predmetnog događaja, uključujući, među ostalim, svjedočenje očevidaca i forenzična vještačenja, te provođenje autopsije, kada je to potrebno, a kako bi se omogućio cjelovit i akuratan uvid u povrjedu kao i objektivnu analizu kliničkih nalaza i otkrivanje uzroka smrti. Zaključci do kojih dođu istražna tijela moraju se temeljiti na potpunoj, nepristranoj i objektivnoj analizi svih mjerodavnih čimbenika.

Bilo kakav nedostatak u provođenju istrage koji umanjuje sposobnost takve istrage u utvrđivanju okolnosti događaja koji se istražuje i utvrđivanje odgovornosti počinitelja, činit će takvu istragu neučinkovitom, te će se smatrati da ona ne udovoljava standardima Konvencije.<sup>59</sup> Drugim riječima, istraga mora biti potpuna i ozbiljna.

U predmetu *Martinez Sala i drugi protiv Španjolske*, Europski sud našao je da zaključak istražnih tijela o smrti jedne osobe, koji se u cijelosti temeljio

<sup>58</sup> *McShane protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, naprijed citirano, § 113.

<sup>59</sup> *Kelly i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 4. svibnja 2001. godine, broj zahtjeva: 30054/96, §§ 96-97 *Slimani protiv Francuske*, naprijed citirano, § 32.

isključivo na nalazu liječnika, ne proizlazi iz potpune i savjesne istrage na način na koji to zahtijeva Konvencija.<sup>60</sup>

U predmetu *Gül protiv Turske* zahtjev Europskom sudu podnijeli su otac, žena i djeca Mehmeta Güla koji je ubijen za vrijeme noćne potrage za pripadnicima Kurdske radničke partije od strane snaga sigurnosti. Pripadnici snaga sigurnosti vršili su raciju u stambenom bloku u kojem je stanovala obitelj Gül, te su tako došli i do stana u kojem je živo Mehmet s obitelji. Pripadnici snaga sigurnosti tvrdili su da su pozvali ukućane da otvore vrata, nakon čega je iz stana ispaljen hitac na njih. Oni su uzvratili paljbom iz automatskog oružja pri čemu je ubijen Mehmet Gül koji se nalazio u hodniku stana, iza ulaznih vrata.

Europski sud utvrdio je kako istražna tijela nisu uopće pokušala pronaći čahuru i metak koji je navodno ispalio Mehmet Gül, iako je upravo to bilo glavno opravdanje za upotrebu oružja od strane pripadnika snaga sigurnosti i njegovo ubojstvo. Također nisu provedena potrebna balistička i druga vještačenja kojima bi se utvrdilo je li žrtva uopće pucala iz pištolja koji je navodno pronađen u njegovom stanu, te nije testiran taj pištolj kako bi se utvrdilo je li uopće iz njega pucano. Zapisnik o navodnom nalasku dva pištolja u stanu žrtve bio je manjkav i neodređen. Ostalo je i nerazjašnjeno gdje točno, tko i kada je pronašao dva pištolja u stanu žrtve, a nije sastavljen niti izvještaj o upotrebi vatrenog oružja od strane pripadnika snaga sigurnosti kojim bi se točno utvrdilo koliko su oni ispalili metaka. Nije bila provedena ni detaljna i potpuna autopsija koja bi točno utvrdila sve rane na tijelu, kao i način njihovog nastanka, te položaj tijela prilikom nastupa smrti.

U pogledu upotrebe oružja od strane pripadnika snaga sigurnosti, nisu provedena odgovarajuća vještačenja, a stručnjaci koji su dali mišljenje nisu nikad posjetili mjesto događaja. Odluka da se počinioci oslobode krivnje temeljila se isključivo na iskazima upravo okrivljenih pripadnika snaga sigurnosti, te nije dano nikakvo obrazloženje zašto je sud prihvatio njihovu verziju događaja kao istinitu, te potpuno zanemario verziju događaju iznesenu od strane pripadnika obitelji Gül i drugih svjedoka očevidaca.

Zbog svih ovih propusta Europski sud je našao da država nije udovoljila svojoj obvezi u provođenju ozbiljne i temeljite istrage svih okolnosti koje su dovele do smrti žrtve.

U predmetu *Natchova i drugi protiv Bugarske* Europski sud utvrdio je da je u istrazi o ubojstvu dvojice zatvorenika prilikom pokušaja bijega bilo niz neobjašnjivih propusta i nedosljednosti. Sud je ustanovio da domaća tijela u istrazi nisu ispitala nužnost slanja potjere za dvojicom nenaoružanih bjegunaca koji nisu predstavljali opasnost ni za koga, grupe teško naoružanih stražara, te je li u tu dvojicu bjegunaca bilo nužno pucati iz automatskog oružja, što je uzrokovalo njihovu smrt. Sud je utvrdio da domaća tijela u istrazi nisu poduzela niz neophodnih i očigledno potrebnih radnji kao što je ispitivanje svojstava

<sup>60</sup> *Maritez Sala i drugi protiv Španjolske*, presuda od 2. studenog 2004. godine, broj zahtjeva: 58438/00, §§ 158-159.

terena na kojem se odigrao događaj, nisu izvršena potrebna mjerenja te nije izvršena rekonstrukcija događaja. Bez takvih podataka, ocijenio je Europski sud, domaća tijela nisu mogla sa sigurnošću utvrditi odgovornost počinitelja za ubojstvo bjegunaca. Istražna tijela su i zanemarila važne činjenice koje su se ticale mjesta ulaska i izlaska metaka u tijelo ubijenih i mjesta gdje su pronađene prazne čahure. Domaća tijela prihvatila su prikaz događaja od strane pripadnika potjere bez traženja odgovarajućih objašnjenja. Time su počinitelje pristrano štitili od kaznenog progona. Europski sud našao je da takvo postupanje domaćih tijela dovodi u ozbiljnu sumnju objektivnost i nepristranost istražnih tijela.<sup>61</sup>

Istraga ne mora voditi do optužbe, a ako do optužbe za kazneno djelo dođe, ne postoji obveza da dođe do osude ili da se izreče neka određena kazna. S druge strane, domaći sudovi ne smiju ni u kojim okolnostima biti pripravnici dopustiti da kaznena djela koja ugrožavaju život neke osobe ostanu nekažnjena. Takvo stajalište sudova je nužno radi osiguranja povjerenja javnosti u vladavinu prava u jednoj zemlji i radi toga da se onemogućiti dojam postojanja tolerancije nezakonitog ponašanja. Uloga Europskog suda sastoji se u ispitivanju jesu li i u kojoj mjeri domaći sudovi, u kaznenim postupcima, pažljivo ispitali sve okolnosti kako to zahtijeva članak 2. Konvencije, tako da su osigurali vršenje svoje uloge u pogledu retributivne svrhe kažnjavanja kao i u prevenciji kršenja prava na život.<sup>62</sup>

#### ***IV. Pravni lijekovi koje treba iscrpiti***

Opće pravilo u pogledu uvjeta da bi se mogao istaći zahtjev pred Europskim sudom za ljudska prava jest prethodno iscrpljenje svih raspoloživih domaćih pravnih lijekova. Ovaj zahtjev proizlazi iz načela supsidijarnosti Europske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kao međunarodnopravnog instrumenta. Naime, države ugovornice imaju pravo i obvezu najprije same remedirati situaciju koja predstavlja kršenje prava i sloboda zajamčenih Konvencijom.

Domaći pravni lijekovi trebaju biti iscrpljeni u cijelosti i uredno. To znači da je potrebno iskoristiti sve mogućnosti iscrpljivanja redovnih pravnih lijekova sukladno pravilima koje predviđa domaće pravo.

Problematika iscrpljivanja domaćih pravnih lijekova u pogledu članka 2. Konvencije usko je povezana s problematikom pozitivnih obveza države prema tom članku. S jedne strane, u pogledu zaštite prava na život, država je dužna poduzeti niz mjera, kako onih usmjerenih na preveniranje situacija u kojima bi moglo doći do lišenja života neke osobe, tako i onih usmjerenih na remediranje posljedica lišenja života. S druge strane, osoba pogođena povrjedom prava na zaštitu života dužna je, prije nego što ima mogućnost s uspjehom se obratiti

<sup>61</sup> *Natchova i drugi protiv Bugarske*, naprijed citirano, §§ 114-119.

<sup>62</sup> *Oneryildiz protiv Turske*, naprijed citirano, § 96.

Europskom sudu za ljudska prava, poduzeti određene radnje koje skupnim imenom nazivamo iscrpljivanje domaćih pravnih lijekova.

Prije svega žrtva povrjede članka 2. Konvencije (u pravilu to je najbliži srodnik umrle osobe, a kod pokušaja ubojstva osoba u odnosu na koju je ubojstvo pokušano) dužna je prije svega obavijestiti nadležna tijela o događaju u kojem je neka osoba izgubila život, odnosno u kojem je izvršen pokušaj ubojstva.

U predmetu *Uglešić protiv Hrvatske*<sup>63</sup> podnositeljica se žalila na povredu članka 2. Konvencije kojim se jamči pravo na život, navodeći kako je bila žrtva pokušaja ubojstva, te da djelo pred domaćim tijelima nikada nije procesuirano. Sud je taj dio zahtjeva našao nedopuštenim, te upozorio kako koraci koje je podnositeljica poduzela nisu bili pravni lijekovi koje je ona trebala iscrpsti. Ujedno je Sud naveo koji bi bili ispravni koraci od strane podnositeljice: "Podnositeljica također prigovara prema člancima 2. i 3. Konvencije da državni organi nisu zaštitili njena prava u vezi s pokušajem njenog ubojstva. Sud primjećuje da podnositeljica zahtjeva nije podnijela kaznenu prijavu državnom odvjetništvu u kojoj bi navela da ju je T. R-M. pokušao ubiti, te protiv počinitelja nije pokrenula niti parnični postupak za naknadu štete. Umjesto toga ona se obratila Hrvatskom helsinškom odboru i napisala nekoliko pisama nekim hrvatskim ministarstvima. (...) Prigovori koje je podnijela podnositeljica zahtjeva Hrvatskom helsinškom odboru i njena pisma upućena različitim hrvatskim ministarstvima nakon stupanja na snagu Konvencije u odnosu na Hrvatsku, (tj. 5. studeni 1997.) ne mogu biti uzeta u obzir jer ona nisu pravni lijekovi u smislu članka 35. stavka 1. Konvencije."

Međutim, jednom kada su nadležna državna tijela na bilo koji način saznala da je došlo do smrti neke osobe u okolnostima koje upućuju na izvršenje kaznenog djela, obveza poduzimanja bilo kojih daljnjih koraka leži na njima. U predmetu *Slimani protiv Francuske* navodi se: "Sud je već napomenuo da je podnositelj zahtjeva mogao uložiti kazneni prigovor ili tražiti da se pridruži kaznenom postupku kao građanska stranka. Točno je da takva građanska stranka u preliminarnom stadiju kaznenog postupka, ima na raspolaganju brojna sredstva koja joj omogućuju sudjelovanje u istražnim radnjama (...) Unatoč tome, Sud naglašava da, kada neka osoba umre za vrijeme dok se nalazi u pritvoru i u nerazjašnjenim okolnostima, članak 2. Konvencije zahtjeva od državnih tijela da provedu učinkovitu i službenu istragu na vlastitu inicijativu i to čim saznaju da je došlo do nastupa smrti pritvorenika (...) Inicijativa za pokretanje ili vođenje takvog postupka ne može biti prepuštena najbližem rođaku žrtve."<sup>64</sup>

<sup>63</sup> *Uglešić protiv Hrvatske*, djelomična odluka o dopuštenosti zahtjeva od 7. rujna 2000. godine, broj: 50941/99.

<sup>64</sup> *Slimani protiv Francuske*, naprijed citirano, §§ 46. i 47.

### *Postupci naknade štete*

Kao što je naprijed rečeno redovni put zaštite prava na život je pokretanje odgovarajućeg kaznenog postupka po službenoj dužnosti. Sukladno tome, postupci za naknadu štete, u pravilu, neće biti pravni lijek koji podnositelj zahtjeva Europskom sudu u Strasbourgu mora iscrpsti, kao niti način na koji država može udovoljiti svojim obvezama iz članka 2. Konvencije. U svojim presudama Europski Sud navodi: "Parnični postupak omogućit će utvrđivanje činjeničnog stanja pred sudom, otvoriti mogućnost utvrđivanja nezakonitog postupanja kao i mogućnost dosuđivanja pravične naknade. Međutim, taj postupak započet je na inicijativu podnositelja zahtjeva, a ne domaćih tijela nadležnih za progon počinitelja kaznenih djela, te ne uključuje otkrivanje i kažnjavanje počinitelja. Takav postupak, po samoj svojoj prirodi, ne može se uopće uzeti u obzir pri razmatranju proceduralnih obveza države prema članku 2. Konvencije."<sup>65</sup>

Ipak, ako je do miješanja u pravo na život i tjelesni integritet neke osobe došlo nenamjerno, pozitivna obveza države za uspostavljanjem efikasnog sudskog sistema ne uključuje nužnost kaznenog progona u svakom slučaju i toj obvezi može biti udovoljeno i ukoliko su žrtvama bili dostupni građanskopravni, administrativni ili čak disciplinski pravni lijekovi.<sup>66</sup>

Tako je u predmetu *Vo protiv Francuske* u kojem je podnositeljica zahtjeva tvrdila da je uslijed liječničkog nemara morala izvršiti pobačaj, Europski sud razmatrao pitanje kaznene odgovornosti liječnika. U predmetu nije bila sporna namjera podnositeljice zahtjeva da rodi dijete, kao niti dobro zdravlje ploda koji je nosila. Nakon što je uslijed navodne pogriješke liječnika morala pobaciti, ona i njen partner podnijeli su kaznenu prijavu protiv liječnika. Francuski Kasacijski sud odbacio je optužbu smatrajući da nerođeno dijete ne može biti žrtva kaznenog djela ubojstva. Podnositeljica zahtjeva, nasuprot tome, smatrala je da samo kaznena osuda odgovornog liječnika predstavlja odgovarajući pravni lijek.

Europski sud zauzeo je stajalište da u specifičnom području liječničke zaštite obvezi uspostavljanja učinkovitog sudskog sistema radi zaštite prava iz članka 2. Konvencije može biti udovoljeno i ako pravni sustav žrtvi omogući pravni lijek pred građanskim sudom, bilo samostalno, bilo zajedno s lijekom pred kaznenim sudom, ukoliko takav postupak omogućuje utvrđivanje odgovornosti liječnika, te posljedično, odgovarajuću naknadu, kao što je isplata pravične naknade u novcu ili objava presude. Zadovoljit će i izricanje disciplinskih sankcija.

Zaključno, Sud je naveo da se u okolnostima toga predmeta, tužba radi naknade štete upravnim sudovima ima smatrati učinkovitim pravnim sredstvom koje je bilo dostupno podnositeljici zahtjeva. Takva tužba, koju je ona propustila podnijeti, omogućila bi joj dokazivanje postojanja liječničkog nemara i dobivanje

<sup>65</sup> Vidi, primjerice, presude *Hugh Jordan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, naprijed citirano, § 141; te *McShane protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, naprijed citirano, § 125.

<sup>66</sup> *Oneryildiz protiv Turske*, naprijed citirano, § 92.

pune zadovoljštine u obliku naknade štete, te stoga nije bilo potrebe za pokretanjem kaznenog postupka.<sup>67</sup>

Sud je drugačije zaključio u slučaju u kojem je do gubitka života došlo uslijed opasnih radnji. Utvrđeno je da se državnim službenicima mogao pripisati stupanj nepažnje koji je bio teži od obične pogreške u procjeni u smislu da su nadležna tijela, iako su u cijelosti bila svjesna mogućih posljedica, zanemarila svoje ovlasti, te nisu poduzela mjere nužne radi izbjegavanja rizika imanentnog opasnoj aktivnosti. U tim okolnostima činjenica da osobe odgovorne za gubitak života drugih osoba nisu bile izložene kaznenom progonu može predstavljati povredu članka 2. Konvencije, neovisno o bilo kojoj drugoj vrsti pravnog lijeka koju žrtva ili njeni rođaci imaju na raspolaganju.<sup>68</sup>

#### *Kada se može podnijeti zahtjev Europskom sudu*

Zahtjev Europskom sudu podnosi se tek kada se u cijelosti iscrpe domaći pravni lijekovi. U pravilu to će biti tek kada se stranka, koristeći se prethodnim pravnim lijekovima, uredno obratila i najvišem domaćem sudu, (obično je to bilo Vrhovni bilo Ustavni sud neke zemlje) pred kojim je istakla, barem u suštini, iste one povrjede koje kasnije ističe u zahtjevu Europskom sudu za ljudska prava u Strasbourgu.

Međutim, u pogledu zaštite prava na život dogodit će se mnoge situacije u kojima se stranka neće morati obraćati sudovima. Kao što smo naprijed vidjeli, žrtva povrjede članka 2. Konvencije (osoba prema kojoj je ubojstvo pokušano ili najbliži rođaci ubijenog), dužna je samo obavijestiti nadležna tijela da je do lišenja života ili pokušaja lišenja života uz uporabu sile došlo, i to samo ako nadležna tijela nisu već na bilo koji drugi način o tome saznala.

Ukoliko nadležna tijela uopće ne pokrenu istragu ili ukoliko istraga bude obustavljena bez rezultata, a postoji sumnja da ta istraga nije vođena u skladu s gore opisanim standardima iz članka 2. Konvencije, žrtva povrjede može se obratiti izravno Europskom sudu. Ona nije dužna preuzeti istragu, niti sama pokretati kazneni progon ili nastavljati kazneni progon od kojeg su nadležna državna tijela odustala. Isto tako, ona nije dužna pokretati bilo kakve daljnje sudske postupke.

Kada je došlo do podizanja kaznene optužbe protiv navodnog počinitelja kaznenog djela povezanog s nasilnim lišenjem života neke osobe, pa državna tijela odustanu od optužbe ili do obustave postupka dođe iz nekog drugog razloga, žrtva povrjede članka 2. Konvencije nije dužna nastavljati takve postupke, već se može izravno obratiti Europskom sudu za ljudska prava. To, dakako, ne znači da će u svakom slučaju obustave istrage ili kaznenog postupka nakon podizanja optužbe, žrtva sa svojim zahtjevom Europskom sudu i uspjeti. Europski sud će, primjenjujući naprijed opisane standarde, ispitati je li država udovoljila svim svojim obvezama koje joj nameće članak 2. Konvencije.

<sup>67</sup> *Vo protiv Francuske*, naprijed citirano, § 94.

<sup>68</sup> *Oneryildiz protiv Turske*, naprijed citirano, § 93.



## V. Zaključak

Pravo na život i njegova zaštita iznimno su važni u svakom demokratskom društvu. Praksa Europskog suda vrlo je opsežna i detaljna u pogledu zahtjeva koji se tiču zaštite ovog prava. Poznavanje te prakse nužno je od strane nadležnih državnih tijela, i to kako onih koji sudjeluju u zakonodavnom procesu, tako i tijela izvršne vlasti čiji pripadnici u određenim situacijama imaju ovlasti upotrijebiti smrtonosnu silu, te od strana svih onih koji sudjeluju u kaznenim postupcima usmjerenim na rasvjetljavanje kaznenih djela ubojstava i kažnjavanje počinitelja kao što su tijela istrage i sudovi koji sude u kaznenim postupcima.

Radi zaštite prava na život na državama ugovornicama Konvencije leže mnogobrojne i sustavne obveze. One su dužne zaštititi svakoga pod svojom nadležnošću od lišenja života, kako od strane državnih agenata, tako i od strane privatnih osoba. Pri tome su države dužne poduzeti razne preventivne mjere kako ne bi došlo do lišenja života, a u slučaju da do njega ipak dođe, države su dužne poduzeti niz mjera koje moraju biti usmjerene na sankcioniranje kršenja prava na život.

Zaštita prava na život uključuje materijalni i procesni aspekt zaštite.

U materijalnopravnom smislu potrebno je utvrditi u kojim je okolnostima došlo do kršenja prava na život te je li država odgovorna za lišenje života neke osobe ili pokušaj lišenja života neke osobe.

U procesnom aspektu zaštite prava na život utvrđuje se jesu li državna tijela, nakon što su na bilo koji način saznala za lišenje života neke osobe uporabom sile, poduzela sve potrebno radi remediranja te situacije: provela odgovarajuću istragu usmjerenu na rasvjetljavanje svih okolnosti predmetnog događaja i identifikaciju počinitelja, te ukoliko je počinitelj otkriven je li protiv njega proveden odgovarajući postupak (u pravilu to mora biti kazneni postupak), te je li počinitelj razmjerno kažnjen ili je prema njemu primjerena neka druga odgovarajuća mjera.

Posebno je važno napomenuti da će Europski sud za ljudska prava ispitati procesni aspekt zaštite prava na život i u onim situacijama u kojima nije našao povrjedu materijalnopavnog aspekta prava na život. Drugim riječima, bez obzira što Europski sud nije utvrdio postojanje odgovornosti države za samo lišenje života neke osobe uporabom sile, moguće je da je država propustila udovoljiti svojim obvezama u pogledu procesnog aspekta zaštite prava na život.<sup>69</sup>

U Republici Hrvatskoj zaštita ovog prava leži na tijelima kaznenog progona: policiji, državnom odvjetništvu i nadasve, redovnim sudovima, kako onima koji vode kazneni postupak u prvom stupnju, tako i onima koji odlučuju o žalbama

<sup>69</sup> Tako je, primjerice, u predmetu *Tekdäg protiv Turske*, naprijed citirano, Europski sud zaključio da nema povrjede članka 2. Konvencije u smislu odgovornosti države za samu smrt podnositelja, ali da postoji povrjeda članka 2. Konvencije u pogledu obveze države da o smrti podnositelja provede ozbiljnu i učinkovitu istragu.

protiv prvostupanjskih presuda ili o izvanrednim pravnim lijekovima dopuštenim u kontekstu kaznenopravnih pitanja.

Iako je ovo pravo zaštićeno Ustavom, radi formalnog ograničenja podnošenja ustavnih tužbi (kao što je već navedeno u Uvodu), Ustavni sud rijetko će biti u prilici razmatrati pritužbe koje se odnose na povredu prava na život. Time je, stoga, od veće važnosti poznavanje standarda koje primjenjuje Europski sud za ljudska prava u pogledu zaštite tog prava.

## Summary

### **THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND RIGHT TO LIFE**

Right to life guaranteed by Article 2 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, by Protocol 6 on abolition of death penalty in state of peace and by Protocol 13 on abolition of death penalty in all circumstances, represents one of the fundamental rights guaranteed by the Convention. Its violation is considered to be the most serious breach of the Convention.

In the Republic of Croatia, protection of right to life lies in the hands of criminal prosecution bodies, police, public prosecutor and, especially, of regular courts (both courts deciding on criminal matters in first instance and courts with appellate and cassatory jurisdiction). Although this right is constitutionally enshrined, the Constitutional Court of the Republic of Croatia will rarely be in position to decide on applications claiming infringement of the right to life due to formal limitations of the right to submit constitutional complaint.

In order to properly guarantee the right to life, parties to the Convention are obliged to protect any person's life under their jurisdiction, both from actions of governmental agents and private persons. States are obliged to undertake different preventive measures in order to protect life, and in case of deprivation of life, states are expected to undertake a number of measures directed toward remedying of violation of right to life.

Guarantee of the right to life includes substantive and procedural aspects.

Substantive aspect of this right demands clarification of circumstances that had lead to violation of right to life, and establishment of whether a state is responsible for deprivation of life, or attempt of deprivation of life of a certain person.

Procedural aspect includes determination whether the state bodies have, after learning in any way that a deprivation of life by use of force occurred, taken all necessary measures to remedy the situation, conducted appropriate investigation directed toward clarification of all relevant circumstances and identification of the perpetrator, and in case the perpetrator is identified, whether an adequate

procedure against him has been conducted (as a rule, it should be a criminal procedure) and whether the perpetrator has been proportionally punished, or whether another adequate measure against him has been applied.

**Key words:** *European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court for Protection of Human Rights, right to life, use of deadly force, absolute necessity requirement, preventive measures, efficiency of investigation, domestic legal remedies.*

### Zusammenfassung

## EUROPÄISCHER GERICHTSHOF FÜR MENSCHENRECHTE UND DER SCHUTZ DES RECHTS AUF LEBEN

Das Recht auf Leben wird durch Artikel 2 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, das Protokoll über die Abschaffung der Todesstrafe unter Friedensbedingungen, sowie das Protokoll über die Abschaffung der Todesstrafe unter allen Umständen als eines der Grundrechte garantiert, so dass die Verletzung dieses Rechts als eine der schwersten Verletzungen der Konvention betrachtet wird

In der Republik Kroatien liegt der Schutz dieses Rechts bei den Organen der Strafverfolgung: bei Polizei, Staatsanwaltschaft und vor allem bei den ordentlichen Gerichten, bei denen, die ein Strafverfahren in erster Instanz führen sowie auch bei denen, die über Berufungen gegen Urteile erster Instanz oder über außerordentliche Rechtsmittel, die im Kontext strafrechtlicher Fragen erlaubt sind, entscheiden. Obwohl dieses Recht durch die Verfassung geschützt wird, wird das Verfassungsgericht wegen formaler Begrenzungen bei der Erhebung einer Verfassungsklage selten die Gelegenheit haben Klagen zu behandeln, die sich auf die Verletzung des Rechts auf Leben beziehen.

Zum Schutz des Rechts auf Leben sind alle Staaten, die die Konvention unterschrieben haben, verpflichtet, jeden in eigener Verantwortung vor der Beraubung des Lebens zu schützen, sei es seitens staatlicher Agenten, sei es seitens Privatpersonen. Deshalb sind die Staaten verpflichtet, verschiedene Präventivmaßnahmen zu ergreifen, damit es nicht zur Beraubung des Lebens kommt, und in dem Fall, dass dies dennoch geschehen sollte, sind die Staaten verpflichtet eine Reihe von Maßnahmen, zur Remedur der Verletzung des Rechts auf Leben gerichtet, zu ergreifen.

Der Schutz des Rechts auf Leben schließt den materiellen Aspekt dieses Schutzes sowie den prozessualen Aspekt ein.

Im materialrechtlichen Sinne ist es notwendig, fest zu stellen unter welchen Umständen es zur Verletzung des Rechts auf Leben gekommen ist, und ob der

Staat für den Verlust des Lebens einer Person oder den Versuch, eine Person des Lebens zu berauben, verantwortlich ist.

Bei dem prozessualen Aspekt des Schutzes auf Leben wird fest gestellt, ob die Organe der Strafverfolgung, nachdem sie auf irgendeine Art und Weise erfahren haben, dass eine Person durch Gewalt das Leben verloren hat, alles Notwendige zur Remedur der Situation unternommen haben: die entsprechende Untersuchung zur Erhellung aller Umstände des Ereignisses und zur Identifizierung des Täters durchgeführt haben, sowie, in wieweit der Täter entdeckt wurde, gegen ihn das entsprechende Verfahren eingeleitet haben (von Rechts wegen muss das ein Strafverfahren sein), sowie ob der Täter entsprechend bestraft oder bei ihm eine andere entsprechende Maßnahme angewandt wurde.

**Schlüsselwörter:** *Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Europäischer Gerichtshof zum Schutz der Menschenrechte, das Recht auf Leben, Anwendung todbringender Gewalt, Kriterium der absoluten Notwendigkeit, Präventionsmaßnahmen, Wirksamkeit der Untersuchung, einheimische Rechtsmittel.*

## Sommario

### **CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI E TUTELA DEL DIRITTO ALLA VITA**

Il diritto alla vita tutelato dall'articolo 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, dal Protocollo 6 sull'abolizione della pena di morte in periodo di pace e dal Protocollo 13 sull'abolizione della pena di morte in tutte le condizioni, costituisce uno dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la cui violazione è considerata la più seria infrazione alla Convenzione.

Nella Repubblica di Croazia la tutela di questo diritto è affidata agli organi dell'azione penale: polizia, pubblico ministero e, in particolare, tribunali ordinari, sia quelli che in materia penale decidono in prima istanza che quelli con giurisdizione di appello e di cassazione. Nonostante questo diritto sia costituzionalmente salvaguardato, il Tribunale costituzionale della Repubblica di Croazia sarà raramente nella posizione di decidere su fattispecie fondate sulla violazione del diritto alla vita per i limiti formali al diritto di presentare ricorso costituzionale.

Nell'impegno alla tutela del diritto alla vita, gli stati aderenti alla Convenzione sono obbligati a tutelare la vita di qualsiasi persona sotto la propria giurisdizione, da azioni sia di agenti pubblici che di soggetti privati. Gli stati sono vincolati ad

adottare differenti misure preventive per tutelare la vita, e in caso di privazione della vita gli stati sono tenuti ad assumere una serie di misure dirette a rimediare alla violazione del diritto alla vita.

La tutela del diritto alla vita include aspetti sostanziali e procedurali.

Nell'aspetto sostanziale è richiesto il chiarimento delle circostanze che hanno portato alla violazione del diritto alla vita e la determinazione della responsabilità di uno stato per la privazione della vita o il tentativo di privazione della vita di una determinata persona.

Nell'aspetto procedurale è contenuto, dopo la conoscenza in qualsiasi modo avuta di una privazione della vita mediante l'uso della forza, l'accertamento dell'adozione da parte degli organi statali di tutte le misure necessarie per rimediare alla situazione, lo svolgimento di un'indagine appropriata a chiarire tutte le circostanze rilevanti e a identificare il responsabile, e nel caso il responsabile sia identificato l'adozione di un'adeguata procedura nei suoi confronti (di regola dovrebbe essere un processo penale), e l'applicazione di una punizione proporzionata o di altre misure adeguate.

**Parole chiave:** *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, Corte europea dei diritti umani, diritto alla vita, uso della forza letale, criterio dell'assoluta necessità, misure preventive, efficacia dell'indagine, rimedi giuridici domestici.*

## POLITIKA EUROPSKE UNIJE NA PODRUČJU PRAVOSUĐA I UNUTARNJIH POSLOVA S POSEBNIM OSVRTOM NA POSTUPKE ODLUČIVANJA

Mr. sc. Kristian Turkalj, načelnik  
Odjel za EU institucije i politike  
Ministarstvo vanjskih poslova i  
europskih integracija, Zagreb

UDK: 341.64.:061.1EU  
Ur.: 6. veljače 2006.  
Pr.: 31. listopada 2006.  
Stručni članak

*Materija europskog pravosuđa i unutarnjih poslova desetljećima se razvijala izvan institucionalnog okvira Europske zajednice. Tek je osnivanjem Europske unije te kasnije usvajanjem Tampere programa došlo do njegove institucionalizacije i dinamičnog razvoja i podizanja na razinu jedne od politika Europske unije. U radu se analiziraju različiti postupci donošenja odluka na području pravosuđa i unutarnjih poslova te međusobni odnosi između glavnih tijela u tim postupcima. Poznavanje analiziranog procesa odlučivanja i njegovih glavnih čimbenika ima pored teoretske i praktičnu vrijednost budući da se upravo kroz procese odlučivanja promoviraju i štite različiti interesi. Može se raditi o interesima pojedinaca, različitih interesnih skupina, pa i država. Kako EU politika pravosuđa i unutarnjih poslova ima sve značajnije vanjsko političke elemente, tako sve više odluka koje se donose na razini EU imaju izravne učinke i na treće države uključujući među njima i Hrvatsku.*

**Ključne riječi:** *Europska unija, pravosuđe i unutarnji poslovi, Schengenski sustav, postupci donošenja odluka u EU.*

### I. Uvod

Pravosuđe i unutarnji poslovi spadaju među najmlađe politike Europske unije. Proces prerastanja suradnje država u pogledu pojedinih pitanja pravosuđa i unutarnjih poslova u politiku EU tekao je postupno i razmjerno sporo. Tek posljednjih godina svjedoci smo iznimno dinamičnog razvoja ovog područja na razini EU. Pri tome je korisno podsjetiti da se radi o pitanjima koja su još do nedavno smatrana bitnim sastojkom nacionalnog suvereniteta. Na području

pravosuđa i unutarnjih poslova, države su dugo ljubomorno čuvale svoju punu kompetenciju za predmetna pitanja. Navedeni pristup i danas dolazi do izražaja kroz osjetljivost i suzdržanost država za prenošenje pojedinih pitanja na EU.

U tom kontekstu, nekoliko posljednjih godina donijelo je donedavno nezamislive promjene. Pravosuđe i unutarnji poslovi afirmirali su se kao najpropulzivnija politika EU koja sada ima jasan cilj: uspostavu prostora slobode, sigurnosti i pravde.<sup>1</sup> *Cilj EU je osiguravanje svojim građanima visoki stupanj sigurnosti unutar prostora slobode, sigurnosti i pravde, provođenjem zajedničkih akcija među državama članicama na području policijske i pravosudne suradnje u kaznenim stvarima, te prevencijom i suzbijanjem rasizma i ksenofobije*.<sup>2</sup> Ugovor o EU, osim što postavlja sam cilj politike pravosuđa i unutarnjih poslova, ujedno definira i mjere kojim se postavljeni cilj treba ostvariti. S jedne strane, to je jačanjem policijske i pravosudne suradnje u borbi protiv raznih oblika kriminala,<sup>3</sup> a s druge strane, to je usklađivanjem kaznenih zakonodavstava država članica.<sup>4</sup> No, mjere za progresivnu uspostavu prostora slobode, sigurnosti i pravde, nisu samo sadržane u Ugovoru o EU, one su predviđene i Ugovorom o osnivanju EZ. Ostvarivanje tog cilja može se postići usvajanjem mjera na području upravljanja vanjskim granicama, viza, azila, migracija te pravosudne suradnje u građanskim stvarima.<sup>5</sup>

Brzina kojom se, na ovom području, usvajaju propisi gotovo je nepatljiva. Nema područja pravne stečevine koja raste ovom brzinom. No, ta je brzina upravo bila omogućena promjenama nastalim u procesu odlučivanja. Sve dok su se odluke donosile konsenzusom napredak se mjerio milimetrima. Postupnim prebacivanjem pojedinih područja pravosuđa i unutarnjih poslova u, tzv. prvi stup odlučivanja, diže se i učinkovitost procesa odlučivanja. Danas, posebice nakon što su u prosincu 2004. donesene važne odluke, možemo govoriti o pravosuđu i unutarnjim poslovima kao politici koja postoji i koja se kreira na razini Europske unije.

Na kompleksnost EU politike pravosuđa i unutarnjih poslova, te načina donošenja odluka na tom polju, utječe niz čimbenika između kojih se posebice

<sup>1</sup> Članak 2. Ugovora o EU postavlja Uniji cilj održavanje i razvoj Unije kao prostora slobode, sigurnosti i pravde u kojem je osigurana sloboda kretanja ljudi popraćena s odgovarajućim mjerama u odnosu na kontrolu vanjskih granica, azil, migracije i sprječavanje i suzbijanje kriminala. Vidi čl. 2. Ugovora o EU potpisanog 26. veljače 2001. Tekst Ugovora objavljen je u Official Journal C80/1 iz 2001. Konsolidirana verzija ugovora objavljena je u: *Consolidated versions of the Treaty on European Union and of the Treaty establishing the European Community, Official Journal C325 of 24. 12. 2002.*, str. 11.

<sup>2</sup> Vidi čl. 29. Ugovora o EU, *ibid.*, str. 21.

<sup>3</sup> Vidi čl. 30. i 31. u svezi s člankom 29. Ugovora o EU, *ibid.*, str. 21-23.

<sup>4</sup> Ugovor o EU za usklađivanje zakonodavstva koristi riječ "*approximation*", a ne "*harmonization*" budući da cilj usklađivanja nije stvaranje jednog jedinstvenog pravnog sustava, već ono cilja na usvajanje minimalnih pravila o konstitutivnim elementima kaznenog dijela i kazni za područje organiziranog kriminala, terorizma i protuzakonite trgovine drogama. Vidi: čl. 31. (e) u svezi čl. 29. Ugovora o EU, *ibid.*, str. 21-22.

<sup>5</sup> Vidi čl. 61. Ugovora o osnivanju EZ, *ibid.*, str. 57.

ističu povijest nastanka ove EU politike, brojnost i raznovrsnost pitanja koje ona pokriva,<sup>6</sup> kao i iznimno kompleksna struktura same Europske unije i njezinih osnivačkih ugovora. Nadalje, dodatnu otegotnu okolnost za razumijevanje funkcioniranja sustava predstavlja brojnost čimbenika uključenih u kreiranje politike pravosuđa i unutarnjih poslova, kako onih na nacionalnoj razini tako i onih na razini EU. Konačno, projekt izgradnje EU je iznimno dinamičan proces koji sa sobom nosi i stalne promjene osnivačkih ugovora, ali i ostalih propisa EU. Navedena dinamika stvara situaciju u kojoj je iznimno teško pratiti nastale promjene, a s time povezane jasne slike o pozitivnom zakonodavstvu EU. Ovu situaciju najbolje ilustrira primjer, o kojem će kasnije biti detaljnije riječi, naknadne izmjene sustava odlučivanja propisanog Ugovorom iz Nice. Naime, sustav odlučivanja predviđen Ugovorom iz Nice značajno je izmijenjen Odlukom Vijeća 2004, a koja izmjena nije vidljiva u osnivačkom ugovoru.<sup>7</sup> Navedeno je dovelo do toga da Ugovor iz Nice, koji je još uvijek na snazi, u stvari ne održava pravo stanje stvari, te je promjena poznata u pravilu samo onima koji se svakodnevno bave EU politikom pravosuđa i unutarnjih poslova. Možemo zaključiti da učestale promjene dovode do nepreglednosti samog sustava te pravne stečevine u cjelini. Zbog toga se za potpuno razumijevanje pozitivnog sustava EU potrebno vratiti pretečama politike pravosuđa i unutarnjih poslova.

Složenost strukture osnivačkih ugovora utječe na pravnu osnovu, temeljem kojeg se proces odlučivanja vodi. U tom pogledu treba razlikovati postupke temeljene na Ugovoru o EZ od postupaka predviđenih Ugovorom o EU. Dakle, radi se o razlici donošenja propisa u prvom stupu u odnosu na propise donesene u druga dva stupa EU. Sukladno toj razlici govori se o "pravu Zajednice" za propise prvoga stupa, dok se za zakonodavstvo usvojeno na području vanjske i sigurnosne politike te za dio pravosuđa i unutarnjih poslova koristi izraz "pravo EU". Glavne karakteristike procesa odlučivanja, a time i njihove međusobne razlike, najbolje dolaze do izražaja kroz ulogu glavnih tijela EU u procesu odlučivanja. U pravilu odlučivanje u okviru Zajednice podrazumijeva važnu ulogu za Europsku komisiju, Europski parlament i Europski sud pravde, dok kod, tzv. međuvladinog odlučivanja presudnu ulogu imaju države članice, s tim da je uloga Europske komisije značajno ograničena, a uloga Europskog suda praktički ne postoji. Iz razlikovanja ova dva temeljna načina odlučivanja proizlaze i razlike u pogledu forme u kojoj se pojedine odluke mogu pojaviti. Tako Ugovor o EZ poznaje uredbe, direktive, odluke i sporazume,<sup>8</sup> a Ugovor o EU predviđa okvirne odluke, odluke, zajedničke pozicije i konvencije.<sup>9</sup> Razlikovanje između ova dva osnovna sustava odlučivanja trebalo bi stupanjem Ustava EU izgubiti na

---

<sup>6</sup> EU politika pravosuđa i unutarnjih poslova pokriva sljedeća područja: azil, migracije, vize, kontrola vanjskih granica i Schengenski sustav, organizirani kriminal, terorizam, suzbijanje trgovine droga, policijska, carinska, te pravosudna suradnja u građanskim i kaznenim stvarima.

<sup>7</sup> Vidi *infra* str. 17.

<sup>8</sup> Vidi čl. 249. st. 2. Ugovora o osnivanju Europske zajednice, *op. cit.*, str. 140.

<sup>9</sup> Vidi čl. 34. Ugovora o EU, *op. cit.*, str. 24.



značenju budući da on ukida podjelu EU na stupove te uvodi jedinstveni sustav pravnih propisa.<sup>10</sup>

U ovom radu prvenstveno se govori o postupcima odlučivanja na području EU politike pravosuđa i unutarnjih poslova. Pri tome valja imati na umu, da se veći dio postupaka obrađenih u ovom radu primjenjuje i za sve ostale EU politike, te se izrečeno ne treba isključivo ograničavati samo na područje pravosuđa i unutarnjih poslova. Razumijevanje procesa odlučivanja u EU od iznimnog je značenja za zaštitu i promociju različitih interesa. Interesi na koje se odluke EU odnose mogu biti različite vrste te mogu pogađati kako pojedinca, tako i različite interesne skupine pa i pojedine države. Premda se EU zakonodavstvo prvenstveno odnosi na države članice, brojne EU odluke imaju učinke i na različite grupe trećih država. To se također odnosi na područje pravosuđa i unutarnjih poslova kod kojeg je sve više izražena vanjsko politička dimenzija suradnje po pitanjima kao što su migracije, vize, azil, organizirani kriminal itd. Najbolji primjer jedne takve odluke je uključivanje neke države na listu država čiji državljani za ulazak u EU trebaju imati vizu. No, broj takvih odluka u stalnom je porastu. Stoga, dobro poznavanje procedure omogućuje usmjeravanje aktivnosti na promociji vlastitog interesa prema onim etapama i sudionicima postupka odlučivanja koji su ključni za konačno oblikovanje odluke.

## ***II. Preteče današnje EU politike na području pravosuđa i unutarnjih poslova***

Područje pravosuđa i unutarnjih poslova posljednjih godina razvija se iznimnom brzinom. No, to nije uvijek bilo tako. Počeci su bili teški i iznimno spori. Štoviše u zadnjih šest godina napravilo se znatno više negoli u četrdesetak godina koje su tome prethodile. U ovom dijelu daje se prikaz onoga što je prethodilo današnjoj EU politici pravosuđa i unutarnjih poslova, te se iznose razlozi zbog kojih je integracija na ovom području išla sporije nego što je bio slučaj s nekim drugim EU politikama.

Kad govorimo o pretečama današnje suradnje država članica EU na području pravosuđa i unutarnjih poslova, s jedne strane, mislimo na širi međunarodni kontekst suradnje na tom području te s druge strane, na prve neformalne oblike suradnje država članica nastale izvan institucionalnog okvira Europske zajednice. Radni pokušaji organiziranja suradnje na području pravosuđa i unutarnjih poslova imali su funkcionalistički pristup. Države su uspostavljale međunarodna tijela sa striktno ograničenim odgovornostima i zadacima na onim područjima

---

<sup>10</sup> Vidi čl. I-33. Ustava Europske unije (Treaty establishing a Constitution for Europe) objavljenog u Official Journal of the European Union, C 310, vol 47, 16. 12. 2004., str. 46. Tekst Ustava EU vidi na web-stranici EU: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/JOhtml.do?uri=OJ:C:2004:310:SOM:EN:HTML>.

gdje se moglo definirati zajednički cilj takve suradnje. Primjer takve suradnje je Interpol. Osnovan 1946., kao mala pretežno zapadno-europska agencija koja je postupno prerasla u globalnu organizaciju. Unatoč činjenici da je Interpol značajno povećao svoje članstvo, do danas nije promijenio svoj funkcionalistički pristup suradnji između država te se nije pretvorio u supranacionalnu organizaciju.<sup>11</sup>

### **1. Skupina Pompidou**

Na području pravosuđa i unutarnjih poslova, u početku je razvoj suradnje između država članica EZ tekao iznimno sporo te je uveliko bio determiniran unutarnjo-političkom situacijom u Francuskoj. Naime, francuski predsjednik de Gaulle protivio se svim onim mjerama koje su mogle potkopati suverenost država članica, a u to vrijeme smatralo se da su pitanja pravosuđa i unutarnjih poslova suštinske sastavnice nacionalne suverenosti. Upravo je zbog toga, sve do 1969., svaki razvoj suradnje između država članica EZ bio blokiran. Nakon smrti predsjednika De Gaullea naslijedio ga je Pompidou koji je policijsku suradnju na europskoj razini smatrao korisnom, ali je kao gaullist morao voditi računa o velikom otporu koji je za takvu suradnju postojao u njegovom političkom bloku. Zbog toga je s razvojem suradnje morao ići oprezno i postupno. Na njegovu je inicijativu pod okriljem Vijeća Europe osnovana Skupina za suzbijanje zlouporabe i protuzakonite trgovine droga, koja je kasnije postala poznata pod nazivom **Skupina Pompidou**. Pompidouova rana smrt imala je izravnih posljedica za budućnost razvoja EU politike pravosuđa i unutarnjih posljedica. Izbor ne-gaullista Giscard d'Estaingea za predsjednika Francuske doveo je do potpunog zaokreta u politici Francuske prema suradnji država članica EZ-a na području pravosuđa i unutarnjih poslova.

### **2. Skupina Trevi**

Na sastanku Vijeća ministara pravosuđa i unutarnjih poslova 1975. u Rimu jednoglasno je odlučeno da se stvori stalna skupina za policijsku i pravosudnu suradnju u kaznenim stvarima. Prvi sastanak novostvorene međuvladine skupine održan je sljedeće godine u Luxembourgu, a skupina je postala poznata pod nazivom **Skupina Trevi**. Glavni je cilj skupine bio unaprjeđenje policijske suradnje država članica EZ u borbi protiv terorizma. Skupina Trevi je bila neformalno međuvladino tijelo bez stalnog administrativnog osoblja, sjedišta i proračuna. Rad Skupine bio je organiziran na isti način kao i rad Vijeća ministara. Država članica koja je predsjedavala EZ bila je zadužena za organizaciju rada Skupine tijekom svog šestomjesečnog predsjedavanja. Kako bi se osigurao

<sup>11</sup> Vidi: **Occhipinti, J. D.**, Justice and Home Affairs, u Nugent, N., (ed.) *European Union Enlargement*, Palgrave Macmillan, 2004., str. 199-201., Guyomarch, A., *Cooperation in the Fields of Policing and Judicial Affairs*, u *New Challenges to the European Union: Policies and Policy-Making*, Dartmouth Publishing Company Limited, Dartmouth, 1997.

kontinuitet u radu kasnije je uspostavljena TROIKA sastavljena od predstavnika prošlog, trenutnog i budućeg predsjedništva. Skupina Trevi je djelovala na tri različite razine: ministarskoj, visokih dužnosnika te kroz radne skupine. Na ministarskoj razini Skupina se sastajala jednom u šest mjeseci. Visoki dužnosnici sastajali su se češće kako bi koordinirali rad radnih skupina, te kako bi pripremili sastanak na ministarskoj razini. Radne skupine bile su sastavljene od stručnjaka, državnih dužnosnika, policijskih inspektora te državnih odvjetnika. Prva radna skupna osnovana je 1977. i bavila se borbom protiv terorizma. Naknadno su stvorene i ostale radne skupine i to: Radna skupina Trevi II. zadužena za opremanje policije te za pitanja javnog reda, Radna skupina Trevi III. zadužena za teški kriminal i za pitanja droga, Radna skupina Trevi IV. zadužena za analizu učinaka ukidanja unutarnjih granica na rad policije.

Unatoč ambicioznim planovima Skupina Trevi stalno je u svom radu nailazila na probleme zbog nepostojanja tajništva kao središnjeg tijela, s tzv. institucionalnim pamćenjem. Uslijed toga je organizacija, ali i koordinacija rada bila otežana te bez mogućnosti učinkovitog nadzora provedbe, evaluacije dogovorenih mjera kao i, ovisno o potrebi, njihove pravodobne modifikacije. Zaključno za Skupinu Trevi možemo reći da je to bio forum za razmjenu mišljenja i informacija te identifikaciju najbolje prakse između država članica EZ-a koji je nastao izvan institucionalnog okvira EZ-a. Uslijed toga, njegov rad nije bio podvrgnut nadzoru Europskog parlamenta i Europskog suda pravde. Formalno uključivanje pravosuđa i unutarnjih poslova u institucionalni okvir moralo je čekati do osnivanja Europske unije Ugovorom iz Maastrichta 1993.

### **3. Schengenska skupina**

Skupina Trevi nije jedina preteča današnje EU politike na području pravosuđa i unutarnjih poslova. Pored nje je 1985. osnovana **Schengenska skupina** sa zadatkom analize učinaka ukidanja unutarnjih granica. Premda su države Beneluxa prve ukinule unutarnje granice, ovo pitanje dolazi na dnevni red tek 1984., nakon prosvjeda prijevoznika zbog sporih i birokratiziranih graničnih kontrola. Tada Njemačka i Francuska u Saarbrukenu sklapaju Sporazum u cilju ukidanja unutarnjih granica između dviju država. Već sljedeće godine sklopljen je Schengenski sporazum između pet članica EZ-a (Njemačke, Francuske, Belgije, Nizozemske i Luxembourgga). Occhipinti ističe kako svrha Schengenskog sporazuma nije bila samo uklanjanje unutarnje granične kontrole, već su se također trebala osigurati policiji bolja sredstva za učinkovitu borbu protiv prekograničnog kriminala te suzbijanja ilegalnih migracija.<sup>12</sup> Schengenskim sporazumom za cilj je postavljena ideja ukidanja unutarnjih granica te je za njegovu realizaciju bilo potrebno sklopiti dodatni provedbeni sporazum. Takvim provedbenim sporazumom trebalo je detaljno utvrditi sve potrebne promjene u organizaciji policije kako bi se omogućilo slobodno kretanje preko unutarnjih

<sup>12</sup> Occhipinti, op.cit., str. 200.

granica bez narušavanja sigurnosti država. Ujedno je trebalo dogovoriti jedinstvena pravila za pitanja migracija na zajedničkoj vanjskoj granici. Uskoro se pokazalo kako je puno lakše bilo postići sporazum oko načelnih političkih ciljeva, kao što je postupno ukidanje unutarnjih granica, negoli konkretne provedbene mjere.

Schengenski provedbeni sporazum konačno je potpisan u lipnju 1990., ali je njegova primjena odgođena najprije do 1993. te potom ponovno na neodređeno vrijeme budući da se nisu ispunili uvjeti za njegovu primjenu. Krajem 1994., države su započele razgovore o provedbi Schengenskog provedbenog sporazuma u jednom probnom vremenskom razdoblju, te su se uskoro dogovorile da primjena započne 26. ožujka 1995. i da traje u probnom razdoblju od tri mjeseca.

Značajna pojednostavljenja prekograničnog prometa osoba, ukidanjem kontrole osoba, uvođenjem novog mehanizma policijske suradnje ostvarena su u okviru sustava iz Schengenskog sporazuma. Pritom se ne radi o mjerama koje se temelje na Ugovoru o EZ, već o posebnom ugovornom putu pojedinih država članica. Hardegen za Schengenski sustav zaključuje da se u stvari radi o "Europi dviju brzina".<sup>13</sup> S vremenom se ideja Schengenskog prostora slobode kretanja sve više razvijala, te je konačno formalno priznata Jedinstvenim europskim aktom 1986. godine. Schengenski sporazum i Jedinstveni europski akt dali su potreban poticaj za stvaranjem trećeg stupa Ugovorom o osnivanju EU. No, unatoč formalnog uključivanja pravosuđa i unutarnjih poslova u institucionalni okvir EU, razvoj na ovom području još će se jedno vrijeme odvijati iznimno sporo.

#### **4. Od Maastrichta do Nice**

**Ugovorom iz Maastrichta** došlo je do modificiranja ranijeg Ugovora o osnivanju Europske zajednice, pri čemu sama Europska zajednica (EZ) nije ukinuta, već su dodana neka nova područja djelovanja.<sup>14</sup> Time ona prerasta iz gospodarske integracije (Europske zajednice) u političku integraciju (Europsku uniju) koja ima određene posebnosti i vlastite ciljeve različite od onih Europske zajednice. S obzirom na specifičnu strukturu novonastale Europske unije (EU)

<sup>13</sup> Herdegen M., *Europsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002., str. 37. O nastanku Schengenskog *acquisa* vidi također: Goldner, I., *Free Movement of Third Country Nationals in the European Union: Policies, Developments and Limitations*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 53, (3), Zagreb, 2003., str. 941-942.

<sup>14</sup> Ugovor iz Maastrichta potpisan je 7. veljače 1992., a stupio je na snagu 1. studenog 1993. Prvobitne članice EU bile su: Francuska, Njemačka, Nizozemska, Belgija, Luxembourg, Italija, Portugal, Španjolska, Danska, Velika Britanija, Irska i Grčka. Danas EU ima 25 država članica s time da su Austrija, Finska i Švedska postale članice EU 1. siječnja 1995., a Cipar, Češka, Estonija, Mađarska, Malta, Litva, Latvija, Poljska, Slovenija i Slovačka postale su punopravne članice EU 1. svibnja 2004. Church za Ugovor o EU kaže da je to najdalekosežnija i cjelovita ustavna promjena u povijesti Europske zajednice. Vidi: Church, C., *Treaty on European Union* u: Desmon, D. (ed.), *Encyclopaedia of the European Union*, Lynne Rienner Publishers, London, 2000., str. 463.

može se reći da je Ugovor iz Maastrichta utemeljio EU na tri temeljna elementa odnosno na tri stupa: stup Europskih zajednica, stup zajedničke vanjske i sigurnosne politike te stup pravosuđa i unutarnjih poslova. Kada govorimo o stupu Europskih zajednica onda uvijek mislimo na tri organizacije koje je ona s vremenom apsorbirala: Europsku zajednicu za ugljen i čelik utemeljenu 1952., Europsku ekonomsku zajednicu utemeljenu 1957. i Euroatom utemeljen 1957. U pogledu preostala dva stupa treba reći da je njihov razvoj upravo započeo osnivanjem EU. Za ovaj rad najzanimljiviji je stup pravosuđa i unutarnjih poslova.

Stvaranjem okvira za suradnju na području pravosuđa i unutarnjih poslova, Ugovor iz Maastrichta napravio je revolucionaran iskorak u odnosu na ranije osnivačke ugovore. Ugovor iz Maastrichta izričito je priznao zajednički interes za koordinaciju na devet različitih područja pravosuđa i unutarnjih poslova, ali bez definiranja ikakvih ciljeva tih politika.<sup>15</sup> Radi se o sljedećih devet područja suradnje: politika azila, migracija, zlouporaba droga, suzbijanje međunarodnih prijevara, vanjske granice, pravosudna suradnja u građanskim stvarima, pravosudna suradnja u kaznenim stvarima te policijska i carinska suradnja.

Ugovor iz Maastrichta za donošenje odluka za pitanja pravosuđa i unutarnjih poslova ne koristi institucionalni okvir Zajednice, već stvara odvojenu strukturu u okviru trećeg stupa. Za razliku od stupa Europske zajednice u kojem važi, tzv. "*Community method*" donošenja odluka, u trećem se stupu odluke i dalje donose u okviru međuvladine suradnje. Time je potvrđeno načelo suverene odgovornosti država članica za ova iznimno osjetljiva područja. Međuvladin način donošenja odluka podrazumijeva jednoglasno donošenje odluka od strane Vijeća, a na inicijativu država članica ili Europske komisije.<sup>16</sup> Upravo je takav način odlučivanja spriječio značajniji napredak u kreiranju EU politike na području pravosuđa i unutarnjih poslova. Slijedom početnih neuspjeha u pogledu donošenja odluka za područje pravosuđa i unutarnjih poslova, s promjenama osnivačkih ugovora slijedit će i promjene u načinu odlučivanja koje će sve više ići prema odlučivanju kvalificiranom većinom te postupnom jačanju uloge Europskog parlamenta.

Daljnje važne promjene dogodile su se 1997. **Ugovorom iz Amsterdama**, kada je dio pravosuđa i unutarnjih poslova uključen u prvi stup (stup Europskih zajednica), dok je dio ostao u trećem stupu pod nazivom "policijska i pravosudna suradnja u kaznenim stvarima" (*Police and judicial cooperation in criminal matters*).<sup>17</sup> U prvi stup u poglavlje pod nazivom "slobodno kretanje osoba"

<sup>15</sup> Više o tome vidi: Guyomarch, A., *Cooperation in the Fields of Policing and Judicial Affairs, u New Challenges to the European Union: Policies and Policy-Making*, Dartmouth Publishing Company Limited, Dartmouth, 1997., str. 124-127.

<sup>16</sup> Vidi: Craig, P., Grainne de Burca, *EU Law - Text, Cases, and Materials*, 2nd ed., Oxford University Press, New York, 1998., str. 29.

<sup>17</sup> Ugovor iz Amsterdama potpisan je 2. listopada 1997. u Amsterdamu, a stupio je na snagu 1. svibnja 1999. Tekst Ugovora vidi: Consolidated version of the Treaty establishing the European Community, Official Journal C340/93. Svrha donošenja Ugovora iz Amsterdama bila je, s jedne

prebačene su odredbe glede viza, azila, migracija te pravosudne suradnje u građanskim stvarima. Nadalje, posebnim protokolom uz Ugovor iz Amsterdama, Schengenski *acquis* je integriran u pravni okvir EU.<sup>18</sup> Važan napredak u odnosu na Ugovor iz Maastrichta predstavlja definiranje cilja djelovanja EU na području pravosuđa i unutarnjih poslova. U tom pogledu Ugovor iz Amsterdama postavlja zahtjev postizanja "slobode kretanja pod istovremenim jamstvom sigurnosti građana kroz izgradnju prostora slobode, sigurnosti i pravde".<sup>19</sup> Time je definiran glavni cilj djelovanja EU na području pravosuđa i unutarnjih poslova: uspostava prostora slobode, sigurnosti i pravde (tzv. *Area of freedom, security and justice* – *AFSJ*). Navedeni cilj određen je za djelovanje u oba stupa pri čemu su u trećem stupu ujedno određene tri metode putem kojih se treba ostvariti zadani cilj: a) tijesnom suradnjom policijskih i carinskih službi država članica uz pomoć Europol; b) tijesnom pravosudnom suradnjom država članica i c) harmonizacijom određenih dijelova kaznenog zakonodavstva.<sup>20</sup>

U EU za razvoj područja pravosuđa i unutarnjih poslova od presudne važnosti je sastanak Europskog vijeća u Tampereu 1999. godine, koji je isključivo bio posvećen problematici daljnjeg razvoja politike pravosuđa i unutarnjih poslova. Na sastanku je usvojen prvi višegodišnji program (**Tampere programa**) koji je definirao aktivnosti EU za razdoblje od 1999. do 2004.<sup>21</sup> Provedbu Tampere programa karakterizira intenzivna zakonodavna djelatnost EU usmjerena na uspostavu pravnog okvira suradnje država članica EU na području pravosuđa i unutarnjih poslova.

Daljnje promjene dogodile su se 2001. **Ugovorom iz Nice**, pri čemu je zadržana podjela pravosuđa i unutarnjih poslova između dvaju stupova.<sup>22</sup> U

---

strane, usmjerena na jačanje relevantnosti Unije kao takve, a s druge strane, priprema EU za izazove proširenja na Istok. Vidi: Dinan, (eds.), op. cit., str. 8-10. Također vidi: Peers, S., *Justice and home affairs: decision-making after Amsterdam*, *European Law Review*, br. 25., Sweet & Maxwell and Contributors, 2000., 183-191.

<sup>18</sup> Naime, sam Schengenski sustav nastao je izvan okvira EU 1985. kada je dio država članica EU (Francuska, Njemačka, Belgija, Nizozemska i Luxembourg) odlučilo postupno ukinuti nadzor zajedničkih graničnih prijelaza. Ugovorom iz Amsterdama, Schengenski *acquis* je integriran u okvir EU te je time Europski sud pravde dobio nadležnost interpretiranja Schengenskog *acquisa*. Vidi: *Consolidated version of the Treaty establishing the European Community, Protocol (No. 2) integrating the Schengen *acquis* into the framework of the European Union, Official Journal C340/93*. Također vidi Mathijsen, P. S. R. F., *A Guide to European Union Law*, Sweet & Maxwell, 8th ed., London, 2004., str. 186-187.

<sup>19</sup> Vidi preambulu Ugovora iz Amsterdama, op. cit., str. 5. Također o tome vidi: Bodiroga-Vukobrat, N., *Posebnosti pravne prirode Europske unije*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 38., Split, 2001., str. 360-361.

<sup>20</sup> Vidi: Craig, Grainne de Burca, op. cit., str. 43.

<sup>21</sup> Tekst zaključaka sa sastanka Europskog vijeća iz Tamperea, 15 i 16. listopada 1999. vidi na mrežnoj stranici: [http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/en/ec/00200-r1.en9.htm](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00200-r1.en9.htm). Više o zaključcima iz Tampere vidi: Goldner, op. cit., str. 942-943.

<sup>22</sup> Ugovor iz Nice potpisan je 26. veljače 2001. Tekst Ugovora objavljen je u *Official Journal C80/1* iz 2001. Konsolidirana verzija ugovora objavljena je u: *Consolidated versions of the Treaty on European Union and of the Treaty establishing the European Community, Official Journal C325*

prvom stupu sada se relevantne odredbe nalaze u trećem dijelu Ugovora o Europskim zajednicama koji se odnosi na Zajedničke politike i to pod naslovom "Vize, azil, migracije i ostale politike vezane uz slobodu kretanja ljudi".<sup>23</sup> U trećem stupu relevantne odredbe stavljene su u poglavlje pod nazivom "odredbe o policijskoj i pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima".<sup>24</sup> Navedenim odredbama, Europskoj uniji je postavljen cilj da svojim građanima pruži visoki stupanj sigurnosti unutar prostora sigurnosti, slobode i pravde. Novosti koje je na ovo područje donio Ugovor iz Nice odnose se na uvođenje dviju novih europskih institucija (Europol i Eurojust) radi jačanja policijske i pravosudne suradnje u kaznenim stvarima.<sup>25</sup> Dakako, najvažnija novina je da se po prvi puta za određena pitanja s područja pravosuđa i unutarnjih poslova uvodi odlučivanje kvalificiranom većinom.<sup>26</sup> Treba napomenuti da je glavna svrha revizije Osnivačkog ugovora u Nici bila pripremiti institucije EU za proširenje. Stoga, ostale dogovorene izmjene ne zadiru u bitna pitanja i učinjene su samo one koje su bile politički prijeporne.<sup>27</sup>

Daljnje aktivnosti EU na ovom području uvelike će biti određene novim višegodišnjim programom za razvoj suradnje na području pravosuđa i unutarnjih poslova (**Haški program**) te posebice Planom aktivnosti za provedbu Haškog programa kojeg je Europsko vijeće usvojilo u lipnju 2005. Potrebno je istaknuti da će glavno težište Haškog programa biti, u prvom redu, na operacionalizaciji suradnje uspostavljene Tampereom, a manje na stvaranju novog EU zakonodavstva.

## 5. Ustav EU

Jedan od dokumenata koji bi mogao dati novi zamah jačanju suradnje na području pravosuđa i unutarnjih poslova je nedavno usvojeni **Ustav EU**.<sup>28</sup> Ukoliko Ustav stupi na snagu nastat će značajne promjene u strukturi EU. Ustav, naime, napušta podjelu EU na stupove te bi došlo do nestajanja ranijih sastavnica

of 24.12.2002. Vidi također: Bonde, J. P., *The Treaty of Nice - explained*, Copenhagen, 2001., str. 5-40.

<sup>23</sup> Vidi čl. 61-69. Ugovora iz Nice, *Consolidated version...*, *ibid.*, str. 57-61.

<sup>24</sup> Vidi: čl. 29-42. Ugovora iz Nice, *ibid.*, str. 21-28.

<sup>25</sup> Vidi: čl. 30. i 31. Ugovora iz Nice, *ibid.*, str. 22-23.

<sup>26</sup> Vidi st. 3. čl. 67. Ugovora iz Nice, *ibid.*, str. 60.

<sup>27</sup> Glavna svrha usvajanja Ugovora iz Nice bila je izmjena Osnivačkog ugovora u dijelu u kojem uređuje institucije EU, a to se smatralo preduvjetom za uspješno širenje Unije na države srednje i istočne Europe. Vidi o tome: Čapeta, T., Vidačak, I., *Ugovor iz Nice*, Bilten Europskog dokumentacijskog centra, br. 53., Institut za međunarodne odnose i Europski dokumentacijski centar, Zagreb, 2001., str. 1-12.

<sup>28</sup> Vidi: *Ustav Europske unije*, op. cit., str. 1-465. Analizu Ustava Europske unije vidi: Laude, Y., *The European Union Constitutional treaty – an Analysis*, Europe information, Special report supplement to *Europe information 2883*, EIS, Bruxelles, 2004. **Više o pripremama teksta Ustava** u dijelu koji se odnosi na pitanja pravosuđa i unutarnjih poslova vidi: Goldner, op. cit., str. 944-946.

- Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o Europskim zajednicama. Ustav se sastoji od četiri glavna dijela. U prvom dijelu definiraju se ciljevi EU, institucionalni okvir (glavna tijela EU), nadležnosti te pitanje članstva u EU. Drugi dio sadrži povelju o temeljnim pravima kao što su sloboda, jednakost, solidarnost, pravda. Treći dio posvećen je politikama EU i njezinom funkcioniranju. U tom dijelu jedno poglavlje posebno se bavi prostorom slobode, sigurnosti i pravde. Osim općih odredbi ovo poglavlje dijeli se na četiri tematske cjeline: a) policijski nadzor granice, azil i migracije, b) pravosudna suradnja u građanskim stvarima, c) pravosudna suradnja u kaznenim stvarima te d) policijska suradnja.<sup>29</sup> Konačno, četvrti dio ustava sadrži opće i završne odredbe vezanih uz ratifikaciju i stupanje Ustava na snagu.

Treba istaknuti da područje pravosuđa i unutarnjih poslova spada u rijetka područja u kojima prema Ustavu, Europska unija svoje nadležnosti i dalje dijeli s državama članicama odnosno, u kojima ona nema isključivu nadležnost.<sup>30</sup> To konkretno znači da Unija nije jedina koja može predlagati donošenje pojedinih propisa već da ona tu ovlast dijeli s državama članicama. Premda u donošenju odluka Vijeće ima najjaču poziciju, u područjima u kojima je pravo inicijative ograničeno samo u korist Unije niti jedna odluka se ne može donijeti bez prijedloga Komisije kojim ona započinje zakonodavni proces. Time je tekst takvih odluka uveliko ovisan o načinu razmišljanja u samoj Europskoj komisiji. Za razliku od toga u područjima gdje Unija dijeli pravo inicijative s državama članicama, uloga država je znatno jača od samog početka zakonodavnog postupka.

Na kraju razmatranja povijesti nastanka EU politike pravosuđa i unutarnjih poslova, može se zaključiti da ovaj dio pravne stečevine (dio koji se odnosi na područje pravosuđa i unutarnjih poslova) karakteriziraju dvije važne značajke: 1) radi se o najmlađem području pravne stečevine i 2) trenutno se radi o zakonodavno najdinamičnijem i najpropulzivnijem području EU. Pored toga, ovo područje sve je više u središtu država članica i to ne samo u pogledu onoga što se događa na razini Unije, već također i onoga što se u tom pogledu događa na vanjsko-političkom planu.

### ***III. Promjene sustava odlučivanja – od jednoglasnosti do odlučivanja kvalificiranom većinom***

#### ***1. Sustav odlučivanja prema Ugovoru iz Maastrichta***

Za vrijeme važenja **Ugovora iz Maastrichta** (od 1. studenog 1993. do 1. svibnja 1999.), Europska zajednica je imala isključive ovlasti samo u pogledu vrlo ograničenog broja pitanja s područja pravosuđa i unutarnjih poslova. Njezine

<sup>29</sup> Vidi Poglavlje IV. "Prostor slobode, sigurnosti i pravde", članke 257-277. Ustava EU, *ibid.*, str. 193-209.

<sup>30</sup> Sukladno čl. 42. st. 3. Ustava EU države članice imaju pravo inicijative po pitanjima policijske i pravosudne suradnje u kaznenim stvarima. Vidi čl. 42. Ustava EU, *ibid.*, str. 32.



isključive ovlasti odnosile su se samo na jedinstveni format za vize te u pogledu liste trećih država čiji državljani trebaju vizu za ulazak u Europsku uniju. Odluke o navedenim pitanjima donosilo je Vijeće kvalificiranom većinom, na prijedlog Europske komisije, a nakon konzultiranja Europskog parlamenta.<sup>31</sup> U ostalim pitanjima Europska zajednica je svoje ovlasti dijelila s državama članicama, te su se odluke donosile jednoglasno.

## **2. Sustav odlučivanja prema Ugovoru iz Amsterdama**

Stupanjem **Ugovora iz Amsterdama** na snagu 1. svibnja 1999. nastaju značajne promjene za cjelokupno područje pravosuđa i unutarnjih poslova. Predmetne promjene imale su značajan utjecaj i na sam proces donošenja odluka. Ugovorom iz Amsterdama veliki dio trećeg stupa (tzv. međuvladinog stupa) prebačen je u prvi stup, odnosno u nadležnost Europske zajednice. Tim činom Europska zajednica je dobila ovlasti u pogledu politike azila, migracija, viza, granica te pravosudne suradnje u građanskim stvarima. Sva ta pitanja stavljena su u svega nekoliko članaka Glave IV. Trećeg dijela Ugovora o Europskoj zajednici.<sup>32</sup> U trećem stupu su i dalje ostali policijska te pravosudna suradnja u kaznenim stvarima.

Prebacivanje dijela trećeg stupa u prvi stup otvorilo je i pitanje načina donošenja odluka za pitanja o kojima su se do sada odluke donosile jednoglasno. Uspostavljena su posebna pravila za **prijelazno razdoblje** od pet godina od stupanja Ugovora iz Amsterdama na snagu. Tijekom prijelaznog razdoblja odluke u Vijeću donosile su se jednoglasno na prijedlog Europske komisije ili neke države članice, a nakon što se konzultira Europski parlament. Dakle, u svojim ovlastima Europska komisija, kao pokretačka snaga Europske zajednice, bila je značajno ograničena činjenicom da pravo inicijative dijeli sa svakom državom članicom. Pored toga, Europski sud pravde nije dobio pravo pune jurisdikcije za odlučivanje o ovim pitanjima. Pri tome treba napomenuti da se prijelazni režim nije odnosio na odlučivanje o jedinstvenom formatu za vize te o listi država čiji državljani trebaju imati vize. Za ta pitanja i dalje su se odluke donosile kvalificiranom većinom. Dakle, može se zaključiti da odlučivanje o pitanjima azila, migracija, viza, granica i građanskih stvari više nije bilo u formalnopравnom smislu dio međuvladinog odlučivanja. No, u političkom smislu odlučivanje je i dalje u suštini ostalo međuvladino, (a ne metodom odlučivanja u Zajednici) budući da su nacionalne administracije zadržale značajnu kontrolu nad procesom donošenja odluka i njihovog provođenja. Rezultat tako uspostavljenog sustava očitovao se u usvajanju europskog zakonodavstva na minimalnoj zajedničkoj osnovi oko koje su se države uspjele

<sup>31</sup> Više o tome vidi *infra* bilj.

<sup>32</sup> Vidi: čl. 61-69. Ugovora o osnivanju Europske zajednice, *op. cit.*, str. 57-61.

dogovoriti. To je ponekad dovodilo do rješenja koja su išla čak i ispod opće prihvaćenih standarda.<sup>33</sup>

Ugovor iz Amsterdama sadrži i odredbe kako se treba urediti sustav odlučivanja nakon isteka prijelaznog razdoblja. Ovo je posebice relevantno ukoliko se uzme u obzir, da je prijelazno razdoblje isteklo 1. svibnja 2004. Ugovor propisuje da će, nakon petogodišnjeg prijelaznog razdoblja, Vijeće donijeti jednoglasnu odluku uz konzultiranje Europskog parlamenta s ciljem uvođenja kvalificirane većine i suodlučivanja s Europskim parlamentom za sva pitanja iz Glave IV Ugovora o Europskoj zajednici.<sup>34</sup>

### **3. Sustav odlučivanja prema Ugovoru iz Nice**

No, čak i prije isteka prijelaznog razdoblja, pravila odlučivanja su djelomično izmijenjena **Ugovorom iz Nice**. Promjene su provedene na način da su pitanja građanskog prava, osim onih koja se odnose na obiteljsko pravo, podvrgnuta odlučivanju kvalificiranom većinom te postupku suodlučivanja.<sup>35</sup> Pored toga, Ugovor iz Nice je za pojedine mjere s područja politike azila,<sup>36</sup> predvidio isti sustav odlučivanja uz uvjet da se najprije usvoje zajednička pravila i osnovna načela za to područje.<sup>37</sup> U praksi to se za najveći dio politike azila dogodilo tijekom 2003. i 2004., uz izuzetak pitanja postupka odlučivanja o zahtjevu za azil u kojima se mjere, odnosno zajednička pravila i osnovna načela nisu usvojila do kraja 2004. Time je i prije isteka prijelaznog razdoblja, a stupanjem Ugovora iz Nice na snagu (1. veljače 2003.) još jedan dio materije pravosuđa i unutarnjih poslova prešao u sustav odlučivanja uobičajen za prvi stup.

Deklaracijom uz Završni akt Ugovora iz Nice, države članice su se dogovorile da će Vijeće usvojiti odluku kojom bi se do isteka prijelaznog razdoblja sva preostala pitanja podvrgnula postupku suodlučivanja. No, Vijeće navedenu odluku nije donijelo u predviđenom roku. Štoviše za vrijeme irskog predsjedavanja EU, predmetna odluka uopće nije stavljena na dnevni red Vijeća. Slijedom toga, konzultativni postupak uz jednoglasno odlučivanje u Vijeću primjenjivao se je i dalje na pitanja kontrole unutarnjih i vanjskih granica, legalne i ilegalne

<sup>33</sup> Primjer za to je Direktiva Vijeća o objedinjavanju obitelji koja je dovela do pokretanja postupka za poništavanje pojedinih odredbi koje idu ispod minimalnih standarda zaštite ljudskih prava pred Europskim sudom od strane Europskog parlamenta. Vidi: Case C-540/03 Parlament v. Vijeće, osporavanje triju odredbi Direktive 2003/86 OJ L 251/12.

<sup>34</sup> Vidi: st. 2. čl. 67. Ugovora iz Amsterdama, op. cit., str. 57.

<sup>35</sup> Vidi: st. 5. čl. 67. Ugovora iz Nice, op. cit., str. 61.

<sup>36</sup> Radi se o mjerama vezanim uz status izbjeglica i to: (a) pitanje kriterija i mehanizama određivanja države članice nadležne za razmatranje zahtjeva za azil, (b) pitanje minimalnih standarda za prihvata tražitelja azila, (c) pitanje minimalnih standarda za kvalifikaciju trećih državljanina kao izbjeglica, (d) pitanje minimalnih standarda i procedura za priznavanje i oduzimanje izbjegličkog statusa. Također, isto je predviđeno za mjere davanja privremene zaštite iseljenim osobama. Vidi st. 1. i st. 2. (a) čl. 63. Ugovora iz Nice, str. 58-59.

<sup>37</sup> Vidi: st. 5. čl. 67. Ugovora iz Nice, op. cit., str. 61.

migracije, proceduru odlučivanja o azilu te obiteljske aspekte suradnje država u građanskim stvarima.

#### **4. Odluka Vijeća 2004/927/EC o izmjeni postupka odlučivanja za područja pokrivena Glavom IV. Ugovora o osnivanju EZ**

Svijest o potrebi mijenjanja načina odlučivanja na području pravosuđa i unutarnjih poslova sve je više sazrijevala u Europskoj uniji. Pitanje izmjene pravila, prva je u lipnju 2004. pokrenula Europska komisija svojom komunikacijom o budućnosti EU politike pravosuđa i unutarnjih poslova.<sup>38</sup> Slijedio ju je Europski parlament u listopadu iste godine usvajanjem preporuke kojom je pozvao na uvođenje postupka suodlučivanja te na uvođenje normalne jurisdikcije Europskog suda pravde za sva područja obuhvaćena Glavom IV. Ugovora o Europskoj zajednici.<sup>39</sup> Istodobno je nizozemsko predsjedništvo pripremalo novi višegodišnji program za pravosuđe i unutarnje poslove kasnije nazvan **Haški program**. U prvom nacrtu Haškog programa, kojeg je nizozemsko predsjedništvo predstavilo na neformalnom sastanku ministara pravosuđa i unutarnjih poslova 30. rujna i 1. listopada 2004. u Hagu, predloženo je donošenje odluke (odluke predviđene st. 2., čl. 67. Ugovora o osnivanju EZ) o uvođenju suodlučivanja za sva pitanja iz Glave IV. Ugovora o osnivanju Europske zajednice. No, kako ministri pravosuđa i unutarnjih poslova nisu mogli postići konsenzus ovo je pitanje proslijeđeno Vijeću za opće poslove koje je pripremalo sastanak Europskog vijeća na kojem je bilo predviđeno usvajanje Haškog programa. Konačno, kompromis je postignut te je suodlučivanje prošireno na sva pitanja uz izuzetak legalnih migracija i naravno, pitanja koja su i dalje ostala u trećem stupu (policijjska i pravosudna suradnja u kaznenim stvarima).

Nizozemsko predsjedništvo je odmah po postizanju kompromisa iznijelo formalni prijedlog **odluke o izmjeni postupka odlučivanja** kojom se uvodi odlučivanje kvalificiranom većinom te postupak suodlučivanja. Premda je prijedlog bio kritiziran od strane Europskog parlamenta i Europske komisije zbog činjenice da su i dalje određena pitanja pravosuđa i unutarnjih poslova ostala u sustavu jednoglasnog odlučivanja i konzultiranja Parlamenta te da su izostale odredbe o normalnoj jurisdikciji Europskog suda pravde,<sup>40</sup> odluka je ipak usvojena u prosincu 2004.<sup>41</sup> Navedena odluka predstavlja provedbu političkog

<sup>38</sup> Communication from the Commission to the Council and the European Parliament Area of Freedom, Security and Justice: Assessment of the Tampere programme and future orientations, COM (2004) 401, 2. lipnja 2004., str. 5.

<sup>39</sup> Recommendation of October 14, 2004 (INI/2004/2175).

<sup>40</sup> Više o kritičkim stavovima Europskog parlamenta i Europske komisije vidi: Peers, S., Transforming decision-making on EC immigration and asylum law, *European Law Review*, vol. 30., 2005., str. 289-290.

<sup>41</sup> Council decision of 22 December 2004 providing for certain areas covered by Title IV of Part Three of the Treaty establishing the European Community to be governed by the procedure laid down in Article 251 of that Treaty (2004/927/EC), L 396 od 31. prosinca 2004., str. 45-46.

dogovora koji je postignut na sastanku Europskog vijeća 5. studenog 2004., kojom prilikom su se šefovi država i vlada dogovorili da se najkasnije do 1. travnja 2005., promijeni način donošenja odluka za sva pitanja migracija, azila, viza i kontrole granica. Jedini izuzetak bile su legalne migracije za koje su Njemačka i Austrija inzistirale da se odluke i dalje donose jednoglasno.

Dakle, Vijeće ministara je tada usvojilo jednu vrlo važnu odluku koja će imati značajne učinke za daljnji razvoj EU politike pravosuđa i unutarnjih poslova. Njome je proširena primjena postupka odlučivanja kvalificiranom većinom na niz područja na kojima su se do tada odluke donosile jednoglasno. Promjenama u postupku odlučivanja značajno je ojačala uloga Europskog parlamenta i Europske komisije u zakonodavnom procesu relevantnom za pitanja politike pravosuđa i unutarnjih poslova. S jedne strane, Europska komisija je dobila monopol nad pravom predlaganja zakonskih tekstova za najveći dio pitanja s područja pravosuđa i unutarnjih poslova. Time je *de facto* uloga država članica, a time i Vijeća, značajno smanjena budući da mogu odlučivati samo o tekstovima koje predlaže Komisija. Istodobno je umjesto postupka konzultiranja Europskog parlamenta za pretežni dio pitanja uveden postupak suodlučivanja (uz izuzetke koje smo već ranije spomenuli) čime je Europski parlament napokon dobio stvarne ovlasti na području pravosuđa i unutarnjih poslova.

Usvajanjem ove odluke nastala je značajna promjena pravnog okvira EZ-a za donošenje odluka na području pravosuđa i unutarnjih poslova. Navedena promjena odrazit će se kako na **postojeće tako i buduće zakonske prijedloge**. U odnosu na prijedloge koji se već raspravljaju, za njih se više neće trebati postići jednoglasnost u Vijeću čime će se vjerojatno olakšati postizanje sporazuma o nekim prijedlozima koji su već dugo blokirani interesima pojedinih država. Primjer ovakve situacije, najbolje ilustrira prijedlog Uredbe o pograničnom prometu čiji su sada izgledi za usvajanje znatno veći usprkos snažnom protivljenju pojedinih država.<sup>42</sup> No, ova Odluka utječe i na zakonodavne prijedloge koji su predviđeni Haškim programom, a o kojima će se uskoro otvoriti rasprava.<sup>43</sup> Navedeni utjecaj trebao bi se prvenstveno očitovati na lakši način postizanja dogovora, a time i na veću propulzivnost zakonodavne aktivnosti. Konačno, predmetne promjene imat će utjecaja i na sklapanje međunarodnih ugovora o readmisiji koji se više neće tretirati ako mješoviti ugovori. Sukladno navedenom za njihovo stupanje na snagu neće biti potrebna ratifikacija u svim državama članicama. Time će se znatno olakšati njihovo sklapanje s trećim državama.

<sup>42</sup> Valja istaknuti da je navedena uredba od izravnog interesa za RH te da bi ista, ukoliko bude usvojena, mogla dovesti čak do suspenzije režima pograničnog prometa između RH i Slovenije uspostavljenog Sporazumom o pograničnom prometu i suradnji. Upravo zbog toga, nastale promjene u postupku odlučivanja od iznimne su važnosti kako bi se kroz novo uspostavljeni sustav najbolje mogli zaštititi interesi RH i RS. Pri tome RS bi mogla biti nadglasana u Vijeću, ali se nada podržci u EP koji je puno liberalniji u svojim stajalištima od Vijeća.

<sup>43</sup> Detaljnu analizu učinka Odluke Vijeća od 22. prosinca 2004. na postojeće i buduće zakonodavne prijedloge vidi: Peers, S., *Transforming decision-making on EC immigration and asylum law*, *European Law Review*, vol. 30., 2005., str. 295-296.

Za pretpostaviti je da će ova odluka imati izravan pozitivan učinak na dinamiku cjelokupnog daljnjeg razvoja područja pravosuđa i unutarnjih poslova. Naime, ova odluka, kao i ostale promjene, mogle bi **dovesti do promjene u promišljanju cjelokupne politike pravosuđa i unutarnjih poslova**. Umjesto da se, kao do sada, pokušava naći najmanji zajednički nazivnik, oko kojega se sve države mogu dogovoriti, sada će vjerojatno povremeno dolaziti do preglasavanja, a što će otvoriti šansu da se politika umjesto na minimalne standarde usmjeri na njihovo podizanje na višu razinu. Odnosno, zajednička osnova EU zakonodavstva u budućnosti se više neće dogovarati na najnižoj zajedničkoj osnovi. Dakako, odlučivanje kvalificiranom većinom može dovesti i do kretanja politike u sasvim suprotnom smjeru te da se kod preglasavanja upravo preglasaju progresivne snage. No, kako se o odlučivanju kvalificiranom većinom ne može govoriti odvojeno od uvođenja postupka suodlučivanja s Europskim parlamentom ipak je teško zamisliti da bi u cjelokupnom zakonodavnom procesu mogle prevladati konzervativne snage. Naime, uzme li se u obzir, da je uloga Europske komisije i Europskog parlamenta značajno ojačana u postupku suodlučivanja, te da su se te dvije institucije u prošlosti pokazale kao nosioci puno liberalnijih i naprednijih ideja od Vijeća, za vjerovati je da će one unijeti potrebnu ravnotežu o zakonodavni proces.

#### ***IV. Sustav odlučivanja na području pravosuđa i unutarnjih poslova predviđen Ugovorom iz Nice***

##### ***1. Vrste postupaka odlučivanja u EU***

Prije negoli se upustimo u raspravu o postupcima odlučivanja o pitanjima pravosuđa i unutarnjih poslova korisno je reći nešto općenito o načinima donošenja odluka u Europskoj uniji. Pažljivim čitanjem osnivačkih ugovora zamjećuje se, da za donošenje različitih vrsta odluka postoje i različiti postupci odlučivanja. Broj tih postupaka je iznenađujuće velik. Europska komisija je u jednom svom izvješću zaključila da u Europskoj uniji postoji 29 glavnih postupaka odlučivanja.<sup>44</sup> Nugent postupke odlučivanja klasificira prema vrsti odluka koje se donose u sedam različitih skupina te, sukladno tome, razlikuje: 1) postupke kojima se donose odluke o ustavnim i drugim važnijim pitanjima, 2) zakonodavne postupke, 3) postupke kojima se usvaja proračun, 4) postupke donošenja administrativnih odluka, 5) postupke odlučivanja o zajedničkoj gospodarskoj politici, 6) postupke odlučivanja u pitanjima vanjske i sigurnosne politike te konačno i 7) postupke u pitanjima pravosuđa i unutarnjih poslova.<sup>45</sup> Dakako, ovako veliki broj postupaka odlučivanja značajno usložnjava praćenje i

<sup>44</sup> Vidi: Commission Report for the Reflectin Group, 1995., str. 80-84.

<sup>45</sup> Više o tome vidi: Nugent, N., *Decision-making Procedures*, u: Dinan, D., (ed.) *Encyclopedia of the European Union*, Lynne Rienner Publishers, London, 2000., str. 117.-121.

razumijevanje procesnih pravila. Pitanje koje se samo nameće odnosi se na razloge koji su doveli do nastanka ovako složenog sustava odlučivanja u EU.

Razlozi brojnosti postupaka posljedica su različitih rješenja proizašlih iz stalnih sučeljavanja dviju temeljnih koncepcija promišljanja Europske unije.<sup>46</sup> Već na samim začetima ideje europskog integriranja, u određenim krugovima postojala je ideja o stvaranju federalne Europe te stvaranju europskog ustava kojim bi se definirala podjela vlasti između federalne Europe i država članica. No, takve ideje nisu naišle na podršku u svim državama. Posebice se takvom pristupu protivila Velika Britanija koja nije bila spremna prihvatiti ništa što je išlo preko razine međuvladine suradnje.<sup>47</sup> Prihvatljivi put izgradnje Europe osmislio je Jean Monnet. Njegov pristup podrazumijevao je sukcesivno uvođenje pojedinih elemenata federalizma (kako federalnih institucija tako i federalnih ovlasti) po pojavljivanju problema koji se na razini Zajednice mogu uspješnije riješiti nego na nacionalnoj razini. Dakle, umjesto stvaranja federalne Europe jednim jedinstvenim aktom Monnet se založio za postupnu federalizaciju.<sup>48</sup> Radilo se o neofunkcionalnom pristupu koji podrazumijeva izgradnju Europe kroz trajan proces pri čemu se supranacionalni elementi šire na sve veći broj područja. Takav trajan proces značio je i stalno sučeljavanje dviju suprotstavljenih koncepcija procesa europskog integriranja: federalističkog i međuvladinog koncepta EU. Dakle, EU se pola stoljeća razvijala metodom postepenog uvođenja federalnih elemenata praćenog stalnim odmjeravanjem snaga dviju suprotstavljenih koncepcija. Još uvijek nije pogođena prava ravnoteža između dvaju pristupa, koja bi bila prihvatljiva za sve države članice te se sukob koncepcija nastavlja i danas. No, može se zaključiti da EU danas ima značajne federalne ovlasti i institucije, ali sve dok sustav unutarnje i vanjske sigurnosti bude i dalje bio međuvladinog karaktera, neće se moći govoriti o EU kao federalnoj državi.<sup>49</sup>

Sukob koncepcija provlačio se godinama kroz različita pitanja postupka odlučivanja. Tako su postojali različiti stavovi oko toga koji bi se postupci trebali nalaziti u okviru odlučivanja Zajednice, a koji bi trebali ostati izvan tog okvira. Navedeni sukob koncepcija dalje se prenosi na pitanja podjele vlasti, odnosno

---

<sup>46</sup> Više o osnovnim teorijama gospodarskog i političkog integriranja Europe vidi: Moravcsik, A., *Integration Theory*, u: Dinan, D., (ed.) *Encyclopedia of the European Union*, Lynne Rienner Publishers, London, 2000., str. 278-291.

<sup>47</sup> Vidi: Hartley, T. C., *The Foundations of European Community Law*, 4th ed., Oxford University Press, New York, 1998., str. 50.; Lipgens, W., *A History of European Integration 1945-1947: The Formation of the European Unity Movement*, Clarendon Press, Oxford, 1982., str. 45.

<sup>48</sup> Pinder, J., *Federalism*, u: Dinan, D., (ed.) *Encyclopedia of the European Union*, Lynne Rienner Publishers, London, 2000., str. 231-234.

<sup>49</sup> Serdel govori o postupnom razvoju federalne Europe, ali da će do ostvarenje tog cilja proći desetljeća. Za uspjeh federalizma važno je postizanje konsenzusa o tome koja područja političkog odlučivanja pripadaju središtu, a koja trebaju biti pridržana periferiji. Vidi: Smerdel, B., *Temeljni problemi ustavnog izbora u Europskoj uniji: pokušaj preliminarne prosudbe rezultata Konvencije o budućnosti Europe*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 53, (3), Zagreb, 2003., str. 509-527.

nadležnosti između glavnih tijela Europske unije. Pitanje koje je stalno u središtu svake rasprave o izmjeni osnivačkih ugovora odnosi se na ovlasti koje bi trebalo imati Vijeće (kao tijelo u kojem su zastupljeni interesi država), a koje bi se ovlasti mogle dati ili podijeliti s Europskom komisijom, Europskim parlamentom i Europskim sudom pravde. Na to se nadovezuje pitanje načina donošenja odluka u Vijeću. Trebaju li se one donositi jednoglasno ili se mogu donositi kvalificiranom većinom. Konačno, do koje mjere treba Europskom parlamentu dopustiti stvarnu ulogu u procesu odlučivanja.

Pitanje načina postupka odlučivanja u izravnoj je korelaciji s dinamikom razvoja pojedinog područja. To je posebice vidljivo na području pravosuđa i unutarnjih poslova čiji je pravi razvoj uslijedio tek nakon što je veliki dio pitanja prebačen u okvir Europske zajednice te tamo predviđenog sustava odlučivanja. Zaključno možemo reći da su sučeljavanja oko svih tih pitanja rezultirala vrlo kompleksnim načinom donošenja odluka u Europskoj uniji. S obzirom na to da analiza svih načina odlučivanja nadilazi svrhu ovog rada, u članku ćemo se ograničiti samo na zakonodavne procese te na postupke koji su relevantni za područje pravosuđa i unutarnjih poslova. Radi se o četiri zakonodavna postupka predviđena Ugovorom o Europskoj zajednici (postupak konzultacija, postupak suodlučivanja, postupak suradnje te postupak davanja pristanka) te postupak odlučivanja za pitanja policijske i pravosudne suradnje u kaznenim stvarima (treći stup).

## **2. Zakonodavni postupci u okviru Europske zajednice**

### *i. Postupak konzultacija (consultation procedure)*

Postupak konzultacija je zakonodavni postupak u kojem Vijeće ministara mora, prije donošenja odluke, konzultirati Europski parlament te u kojem Vijeće nije vezano mišljenjem Europskog parlamenta. U velikom broju slučajeva ugovor predviđa obvezu konzultiranja Europskog parlamenta. No, Vijeće se godinama konzultiralo s Parlamentom i u onim slučajevima za koje to nije bilo posebno propisano Ugovorom.<sup>50</sup> Postupak konzultacija se do nedavno najčešće koristio za pitanja pravosuđa i unutarnjih poslova obuhvaćena Glavom IV. Ugovora o osnivanju EZ-a, odnosno za pitanja vanjskih i unutarnjih granica, viza, azila, migracija i pravosudne suradnje u građanskim stvarima. Donošenjem Odluke o izmjeni postupka odlučivanja u prosincu 2004. za sva pitanja iz Glave IV. Ugovora o osnivanju EZ-a, uz izuzetak legalnih migracija, uvedeno je odlučivanje kvalificiranom većinom te postupak suodlučivanja.<sup>51</sup> Time je ova vrsta postupka izgubila dosadašnje značenje u kreiranju prostora slobode, sigurnosti i pravde.

<sup>50</sup> Mathijesen, op. cit., str. 65.

<sup>51</sup> Council decision of 22 December 2004 providing for certain areas covered by Title IV of Part Three of the Treaty establishing the European Community to be governed by the procedure laid down in Article 251 of that Treaty (2004/927/EC), L 396 od 31. prosinca 2004., str. 45-46.

U ovom postupku proces donošenja odluka započinje prijedlogom Komisije. Tijekom pripreme nacrt prijedloga, Komisijine službe prikupljaju podatke i dokaze iz različitih izvora. Nakon što je prijedlog pripremljen, iznosi se pred Komisiju na odlučivanje. Ukoliko ga Komisija usvoji, prijedlog se šalje Vijeću. U okviru Vijeća razmatranje Komisijinog prijedloga započinje u radnim skupinama Vijeća. Ukoliko se na razini radnih skupina ne postigne dogovor oko konačnog teksta pravnog akta isti se prosljeđuje na razmatranje Odboru stalnih predstavnika. Nakon konzultiranja Parlamenta, Vijeće donosi odluku. Kao što smo već rekli, ukoliko se Odbor stalnih predstavnika suglasi s Komisijinim prijedlogom, on se usvaja bez rasprave na sljedećoj sjednici Vijeća. Ukoliko se na Odboru stalnih predstavnika ne postigne dogovor, prijedlog se raspravlja na Vijeću. Postigne li se na Vijeću sporazum, prijedlog postaje dijelom zakonodavstva Zajednice. U suprotnom, Komisija treba odlučiti hoće li i dalje inzistirati na usvajanju svog prijedloga, ili će ga sama izmijeniti, ili će ga povući.

Premda u ovom postupku Vijeće ima dominantnu ulogu, niti jedna se odluka ne može donijeti bez prijedloga Komisije kojim ona započinje zakonodavni proces. Pored toga, Komisija može svoj prijedlog izmijeniti u bilo kojem trenutku sve dok Vijeće nije donijelo konačnu odluku. Važno je napomenuti da Vijeće može usvojiti pravni akt koji predstavlja izmjenu ili dopunu prijedloga Komisije samo jednoglasnom odlukom.<sup>52</sup> Dakle, teoretski Komisija bi uz podršku samo jedne države mogla spriječiti Vijeće u usvajanju odluke koja se razlikuje od njenog prijedloga. U praksi, Komisija će nastojati prilagoditi svoj prijedlog kako bi se osiguralo usvajanje odluke na Vijeću.<sup>53</sup> Mišljenje Parlamenta nije obvezujuće niti za jednu od institucija. Premda se postupak konzultacija uvijek označava kao zakonodavna ovlast Parlamenta, takva kvalifikacija je kriva i može uputiti na pogrešan zaključak.<sup>54</sup> Važno je napomenuti da, premda mišljenje Parlamenta ne obvezuje, traženje mišljenja, kada je predviđeno Ugovorom, predstavlja bitan element zakonodavnog procesa te propuštanje konzultiranja Parlamenta može dovesti do ništavosti usvojenog akta.

## *ii. Postupak suodlučivanja (co-decision procedure)*

Zakonodavni postupak zajedničkog odlučivanja Vijeća i Parlamenta obično se naziva postupkom suodlučivanja. Uvođenje ove vrste zakonodavnog postupka Ugovorom iz Maastrichta, te širenjem njegove primjene i jačanjem uloge Parlamenta u Ugovoru iz Amsterdama, predstavlja značajan korak u jačanju zakonodavnih ovlasti Parlamenta.<sup>55</sup> Ujedno, predmetne promjene predstavljaju daljnju demokratizaciju zakonodavnog procesa te samih institucija budući da se jedino sastav Europskog parlamenta bira na neposrednim izborima. Za politiku

<sup>52</sup> Vidi: čl. 250. Ugovora o osnivanju Europske zajednice, op. cit., str. 141.

<sup>53</sup> Hartley, T. C., *The Foundations of European Community Law*, 4th ed., Oxford University Press, New York, 1998., str. 38.

<sup>54</sup> Westlake, M., *A modern Guide to the European Parliament*, London, 1994, str. 134.

<sup>55</sup> Mathijsen, op. cit., str. 69.



pravosuđa i unutarnjih poslova EU ova vrsta postupka je Odlukom o izmjeni postupka odlučivanja iz prosinca 2004,<sup>56</sup> postala najvažniji zakonodavni postupak budući da Vijeće na taj način donosi sve odluke koje se tiču vanjskih i unutarnjih granica, viza, azila, migracija i pravosudne suradnje u građanskim stvarima. Jedini izuzetak predstavlja područje legalnih migracija te pitanja obuhvaćena trećim stupom. Stupanjem na snagu Ustava primjena postupka suodlučivanja trebala bi se proširiti na nova područja te postati redovitim zakonodavnim postupkom za usvajanje europskih zakona i europskih okvirnih zakona.

S obzirom na to da se pretežni broj pitanja s područja pravosuđa i unutarnjih poslova odlučuje upravo primjenom postupka suodlučivanja, korisno je opisati sve etape kroz koje prolazi prijedlog pravnog akta prije negoli bude konačno usvojen. Radi se o najsloženijem zakonodavnom postupku koji je reguliran člankom 251. Ugovora o Europskoj zajednici.<sup>57</sup> Postupak se pokreće na prijedlog Europske komisije koja šalje prijedlog zakonodavnog akta Europskom parlamentu i Vijeću. Zakonodavni tekst može proći kroz tri čitanja prije negoli bude usvojen. U prvom čitanju dolazi do usvajanja prijedloga ukoliko Europski parlament nije predložio nikakve izmjene ili su predložene izmjene prihvaćene od strane Vijeća.<sup>58</sup> U protivnom, tekst ide u drugo čitanje u kojem Vijeće usvaja zajedničku poziciju te ju prosljeđuje Parlamentu. Europska komisija također prosljeđuje Parlamentu vlastitu poziciju. Potom Europski parlament ima tri mogućnosti. On može prijedložnu zajedničku poziciju prihvatiti ili odbiti te time dovesti do usvajanja ili odbacivanja zakonodavnog prijedloga, odnosno može predložiti izmjene zajedničke pozicije. Ukoliko predloži izmjene tada se ide u treće čitanje u kojemu je sada odluka na Vijeću da predmetne izmjene potvrdi ili odbaci. U slučaju da Vijeće odbaci predložene izmjene dolazi do sazivanja Odbora za mirenje koji je sastavljen od jednakog broja predstavnika Vijeća i Parlamenta. Odbor ima zadatak postići dogovor oko zajedničkog teksta.<sup>59</sup> Ukoliko je odbor za mirenje uspio dogovoriti zajednički tekst zakonodavnog akta, za njegovo je usvajanje potrebna još i potvrda Vijeća i Parlamenta. U slučaju da nije potvrđen u jednoj od navedenih institucija ili u slučaju da se Odbor za mirenje nije mogao dogovoriti oko zajedničkog teksta smatrat će se da zakonodavni akt nije usvojen.

Posebnost ovog postupka očituje se kroz pravo Europskog parlamenta da u raznim etapama postupka suštinski utječe na konačnu odluku. Zasiurno najvažnija ovlast Parlamenta je da apsolutnom većinom svojih zastupnika može spriječiti Vijeće u usvajanju odluke. No, on također apsolutnom većinom svojih zastupnika može predložiti izmjene teksta, te ukoliko takve izmjene Vijeće prihvati, odluka je usvojena u izmijenjenom obliku. Nadalje, predstavnici Parlamenta zajedno s predstavnicima Vijeća sudjeluju, u tzv. Odboru za mirenje

<sup>56</sup> Vidi supra str. 17.

<sup>57</sup> Vidi: čl. 251. Ugovora iz Nice, op. cit., str. 133.

<sup>58</sup> Vidi: st. 2. čl. 251. Ugovora iz Nice, ibid., str. 133.

<sup>59</sup> Vidi: st. 3. i 4. čl. 251. Ugovora iz Nice, ibid., str. 133.

koji ima zadatak postizanje dogovora o zajedničkom tekstu Vijeća i Parlamenta. Konačno, i u ovoj završnoj etapi postupka suodlučivanja, Parlament jednako kao i Vijeće može odbiti usvajanje pravnog akta. Ovlasti EK u postupku suodlučivanja sastoje se u pravu podnošenja prijedloga. Te ovlasti ne bi imale veliko značenje kada bi se njezini prijedlozi mogli lako mijenjati. No, kako je po sadašnjem zakonodavstvu, Vijeću potrebna jednoglasna odluka da bi mogao usvojiti odluku koja se razlikuje od prijedloga Komisije,<sup>60</sup> Komisijine ovlasti predlaganja uopće nisu nevažne. Dakako, Vijeće može odbiti usvajanje mjera ukoliko Komisija ne izmijeni svoj prijedlog. No, ukoliko je Komisija odlučna, ona ima dobru poziciju na prisiljavanje Vijeća na kompromis.<sup>61</sup> Položaj Komisije je na kraju postupka suodlučivanja (u etapi kada je osnovan, tzv. Odbor za mirenje) nešto slabiji. Naime, tekst koji je usvojio Odbor za mirenje, Vijeće može usvojiti kvalificiranom većinom unatoč činjenici protivljenja Komisije. Dakle, u ovoj etapi postupka za izmjenu prijedloga Komisije više nije potrebna jednoglasna odluka.<sup>62</sup>

### *iii. Postupak suradnje (co-operation procedure)*

Zakonodavne ovlasti Europskog parlamenta povećane su 1986. Jedinstvenim Europskim aktom uvođenjem postupka suradnje koji je predviđao da zakonodavni prijedlog prolazi dva čitanja prije usvajanja.<sup>63</sup> U ovom postupku, Vijeće s kvalificiranom većinom donosi, nakon prijedloga Komisije i nakon mišljenja Europskog parlamenta, zajedničku poziciju koja potom ide u drugo čitanje u Europski parlament. Ukoliko Europski parlament prihvati zajedničku poziciju Vijeća ili se o njoj ne očituje u roku od tri mjeseca, Vijeće je može usvojiti kvalificiranom većinom. U suprotnom, ukoliko je Europski parlament odbio zajedničku poziciju, Vijeće je može usvojiti jedino jednoglasnom odlukom.<sup>64</sup>

Primjena ovog postupka je Ugovorom iz Amsterdama svedena samo na mali broj slučajeva, te je praktički eliminirana iz primjene.<sup>65</sup> Većina pitanja koja su bila podvrgnuta pod postupak suradnje prebačena je u postupak suodlučivanja, te se ovaj postupak danas isključivo primjenjuje za područje gospodarske i monetarne unije. Ovlasti Komisije su u postupku suradnje najviše zaštićene. Naime, ukoliko Parlament predloži izmjene Komisijinog prijedloga, a koje su Komisiji neprihvatljive, Vijeće može usvojiti izmijenjeni prijedlog samo ukoliko postigne jednoglasnost u Vijeću. Mogućim stupanjem na snagu Ustava EU doći će do potpunog napuštanja ove vrste zakonodavnog postupka.

<sup>60</sup> Vidi: članak 250. Ugovora o osnivanju EZ, op. cit., str. 133.

<sup>61</sup> Hartley, op. cit., str. 43.

<sup>62</sup> Hartley, op. cit., str. 44.

<sup>63</sup> Također vidi: Herdegen M., *Europsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002., str. 131.

<sup>64</sup> Vidi čl. 252. Ugovora o osnivanju EZ, op. cit., str. 134.

<sup>65</sup> Hartley, op. cit., str. 40.

#### iv. Postupak davanja suglasnosti (*assent procedure*)

Postupak davanja suglasnosti je zakonodavni postupak u kojem je Vijeću za donošenje odluke potrebna suglasnost Europskog parlamenta pri čemu on samo može prihvatiti ili odbiti zakonodavni prijedlog bez mogućnosti predlaganja izmjena.<sup>66</sup> Ovaj postupak uveden je Jedinstvenim Europskim aktom 1986., te je od tada doživio promjene glede polja primjene. Tako je sukladno Ugovoru iz Amsterdama sužena primjena ove procedure samo na četiri slučaja: ozbiljne i trajne povrjede neke od država članica,<sup>67</sup> primanje novih članova,<sup>68</sup> postupak izbora zastupnika u Parlamentu<sup>69</sup> te u slučaju sklapanja međunarodnih ugovora.<sup>70</sup> U cilju uvođenja reda u zakonodavne postupke Ustav EU je postupak davanja suglasnosti prebacio pod naslov "posebni zakonodavni postupci", te mu je promijenio ime "u postupak davanja odobrenja".<sup>71</sup> Ukoliko Ustav EU stupi na snagu ovaj će se postupak primjenjivati za usvajanje europskih zakona i europskih okvirnih zakona.

#### v. Odlučivanje u okviru trećeg stupa

Odlučivanje u trećem stupu, odnosno na području policijske i pravosudne suradnje u kaznenim stvarima prvenstveno je međuvladinog karaktera. Odluke se donose jednoglasno bez mogućnosti nadglasavanja bilo koje države članice.<sup>72</sup> Europska komisija nema isključivo pravo inicijative, kao što je to slučaj sa zakonodavnim postupcima prvoga stupa, već tu ovlast dijeli sa svakom državom članicom.<sup>73</sup> Ovlasti Europskog parlamenta ograničene su samo na pravo da bude konzultiran bez mogućnosti stvarnog utjecaja na sadržaj konačne odluke. Europski sud pravde nema nikakvu nadležnost nad aktima koji se usvajaju. Dakle, u trećem stupu pravilo je da se odluke donose jednoglasno, no iznimno odluke se mogu donijeti i kvalificiranom većinom. Također, dio odluka, koje se odnose na isključivo proceduralna pitanja, donosi se običnom većinom.<sup>74</sup>

### 3. Načini glasovanja u Vijeću

U načelu govorimo o tri načina na koji se usvajaju odluke u Vijeću: jednoglasno, ili kvalificiranom, ili običnom većinom. Što se jednoglasnosti tiče

<sup>66</sup> Vidi: Duff, A., *The Treaty of Amsterdam, Text and Commentary*, Federal Trust, London, 1997, str. 143.

<sup>67</sup> Vidi: čl. 7(1) Ugovora o EU, op. cit., str. 14.

<sup>68</sup> Vidi: čl. 49. Ugovora o EU, op. cit., str. 31.

<sup>69</sup> Vidi: čl. 190. Ugovora o osnivanju EZ, op. cit., str. 122.

<sup>70</sup> Vidi: čl. 303. Ugovora o osnivanju EZ, op. cit., str. 162

<sup>71</sup> Izraz na engleskom jeziku "*assent procedure*" zamijenjen je izrazom "*approval procedure*". Vidi čl. III-396. Ustava EU, op.cit., str. 288.

<sup>72</sup> Vidi: čl. 34. Ugovora o EU, *ibid.*, str. 32.

<sup>73</sup> Vidi: čl. 34., st. 2. Ugovora o EU, *ibid.*, str. 32.

<sup>74</sup> Vidi: čl. 34., st. 4. Ugovora o EU, *ibid.*, str. 32.

ona je najjače izražena u drugom i trećem stupu te ukoliko se ne postigne konsenzus svih država članica nije moguće donijeti odluku. Zbog toga ovaj način donošenja odluka karakterizira dogovaranje oko najmanjeg zajedničkog nazivnika oko kojeg se sve države mogu složiti. Rezultat takvog odlučivanja često su iznimno komplicirana i nejasna rješenja koja ne donose željeni napredak. No, premda jednoglasnost prevladava u trećem stupu ipak se iznimno za neka pitanja odluke donose kvalificiranom ili običnom većinom.<sup>75</sup>

Situacija je uveliko drugačija u stupu Europske zajednice gdje se odluke donose u pravilu kvalificiranom većinom, a samo iznimno običnom većinom. Način odlučivanja u Vijeću razlikuje se po Ugovoru iz Nice u odnosu na Ustav EU. Prema Ugovoru iz Nice, Vijeće, ukoliko drugačije nije propisano, odluke donosi većinom glasova. Kada se pri odlučivanju traži kvalificirana većina onda se za usvajanje odluke traži 62 glasa ukoliko je prijedlog inicirala Komisija, odnosno 62 glasa iz 10 država članica ukoliko je do prijedloga došlo na drugi način. Pri tome treba voditi računa da svaka država ima glasačku moć ovisnu o brojnosti stanovništva. Velike države, poput Njemačke i Francuske imaju po 10 glasova, dok države poput Finske i Irske imaju 3 glasa. Navedena odredba i broj glasova koji pripada svakoj državi članici doživjeli su daljnje promjene 1. siječnja 2005., temeljem Protokola o proširenju Europske unije uz Ugovor iz Nice.<sup>76</sup> Ustav kao opće pravilo propisuje odlučivanje kvalificiranom većinom osim u slučajevima kada je samim Ustavom predviđeno drugačije. Pri tome Ustav kvalificiranu većinu definira na drugačiji način. Prema definiciji iz Ustava, za odluku je potrebno najmanje 55% članova Vijeća od čega 15 država članica koje predstavljaju najmanje 65% stanovništva Europske unije. No, ukoliko Vijeće donosi odluku mimo inicijative Europske komisije ili ministra vanjskih poslova EU, tada je za usvajanje odluke kvalificiranom većinom potrebno najmanje 72% članova Vijeća koji predstavljaju države članice s najmanje 65% stanovništva EU.<sup>77</sup>

#### **4. Sustav odlučivanja predviđen Ustavom EU**

Ustav će ako i kada stupi na snagu, unijeti daljnje izmjene u postojeće nadležnosti EZ-a na ovom području. Predviđeno je daljnje širenje ovlasti glede migracija i azila, razjašnjenje ovlasti glede politike viza te kontrole granica i uvođenja normalne jurisdikcije Europskog suda na sva ova područja.

**Stupanjem Ustava na snagu** doći će do značajnih promjena u zakonodavnom postupku koje će se odraziti i na međusobne odnose i ovlasti glavnih tijela EU.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Članak 205. Ugovora o osnivanju Europske zajednice, op. cit., str. 126.-207. Više o načinima glasanja u Vijeću vidi Craig, P., Grainne de Burca, op. cit., str. 142-143. Tekst Protokola vidi: Protocols adopted at Nice, *Consolidated versions of the Treaty on European Union and of the Treaty establishing the European Community*, Official Journal C325 of 24. 12. 2002., str. 163-166.

<sup>77</sup> Vidi: čl. I-25. Ustava EU, op. cit., str. 37.

Redovita procedura za usvajanje europskih zakona i europskih okvirnih zakona prolazi kroz nekoliko različitih etapa.<sup>78</sup> Europska komisija podnosi prijedlog akta Europskom parlamentu i Vijeću. Parlament potom usvaja stajalište u prvom čitanju te ga prosljeđuje Vijeću. Ukoliko se Vijeće suglasi s takvim stajalištem Parlamenta, akt se usvaja sukladno njegovom stajalištu. Ukoliko se Vijeće ne složi sa stajalištem Parlamenta, ono će usvojiti vlastito stajalište te ga proslijediti Parlamentu na razmatranje. Pri tome Vijeće je dužno izvijestiti Parlament o razlozima zbog kojih je usvojilo vlastito stajalište. Nakon proteka tri mjeseca od prosljeđivanja stajališta Vijeća, Parlament može potvrditi stajalište Vijeća i time se akt smatra usvojenim na način kako ga je predložilo Vijeće. No, Parlament može, većinom glasova, odbiti stajalište Vijeća i tada se smatra da akt nije usvojen. Konačno, Parlament može, većinom glasova, predložiti amandmane na stajalište Vijeća. Tako izmijenjeni tekst dostavlja se Vijeću i Komisiji na mišljenje. Tri mjeseca od zaprimanja izmijenjenog teksta, Vijeće dvotrećinskom većinom može odobriti ili odbiti sve amandmane. Ukoliko Vijeće odobri amandmane akt se smatra usvojen. U slučaju da je Komisija dala negativno mišljenje na amandmane Parlamenta, tada je za usvajanje navedenih amandmana potrebna jednoglasna odluka Vijeća. Ukoliko Vijeće odbije amandmane, tada se u roku šest mjeseci saziva Odbor za mirenje koji je sastavljen od jednakog broja predstavnika Vijeća i Parlamenta. Cilj je Odbora postizanje sporazuma oko zajedničkog teksta u roku od šest tjedana. Ukoliko Odbor za mirenje ne uspije u roku šest tjedana dogovoriti zajednički tekst smatrat će se da akt nije usvojen. No, ukoliko je Odbor uspio dogovoriti zajednički tekst tada ga Parlament, većinom glasova, i Vijeće, kvalificiranom većinom, moraju usvojiti u narednom roku od šest tjedana. U protivnom će se smatrati da akt nije usvojen.

Ustav pored redovite procedure na području pravosuđa i unutarnjih poslova predviđa određene **iznimke** u pogledu prava predlaganja zakonodavnih akata. Iznimke se odnose na policijsku i pravosudnu suradnju u kaznenim stvarima.<sup>79</sup> Na tim područjima pravo inicijative Europska komisija dijeli s državama članicama. U tom pogledu moglo bi se reći da se radi o ostacima iz ranije podjele EU na stupove. No, za razliku od ranije procedure kada je i samo jedna jedina država članica mogla iznijeti prijedlog sada se za podnošenje prijedloga traži barem jedna četvrtina država članica.<sup>80</sup> Time je uloga država članica u zakonodavnom postupku daljnje sužena. Ukoliko je prijedlog pokrenut na inicijativu država članica to će se djelomično odraziti i u daljnjim etapama zakonodavnog postupka. Tako, npr. za razliku od redovite procedure kada Europska komisija ima dužnost informiranja Parlamenta o svojem stajalištu u slučajevima kada se Vijeće nije suglasilo sa stajalištem Parlamenta, takva obveza Europske komisije ne postoji u situacijama kada je usvajanje akta pokrenuto na prijedlog država članica. Također se ne primjenjuje niti odredba koja traži

<sup>78</sup> Vidi čl. III-396. Ustava EU, *ibid.*, str. 288.

<sup>79</sup> Vidi čl. III-263. Ustava EU, *ibid.*, str. 195.

<sup>80</sup> *Ibid.*

jednoglasnost u odlučivanju Vijeća kada je Komisija dala negativno mišljenje o amandmanima Parlamenta.<sup>81</sup> Dakle, može se zaključiti da zakonodavna procedura predviđena Ustavom EU, s jedne strane dovodi do daljnjeg smanjivanja utjecaja individualnih država članica, a s druge strane daljnje jača ulogu Europskog parlamenta u procesu usvajanja europskih pravnih akata.

## **V. Zaključak**

Politika Europske unije na području pravosuđa i unutarnjih poslova u potpunosti se afirmirala u zadnjih nekoliko godina. Na to su utjecale različite okolnosti među kojima posebno mjesto zauzimaju i promjene u pogledu donošenja odluka na ovom području. Cjelokupni razvoj politike pravosuđa i unutarnjih poslova može se podijeliti na četiri vremenska razdoblja. U prvom razdoblju, koje obuhvaća najdulji vremenski period od nastanka Europske zajednice do stvaranja Europske unije 1993. godine, suradnja država na ovom području odvijala se izvan institucionalnog okvira Europske zajednice. Zbog toga ovo razdoblje možemo nazvati izvaninstitucionalnim razvojem suradnje kojega karakterizira funkcionalistički i isključivo međuvladin način suradnje država po pojedinim pitanjima pravosuđa i unutarnjih poslova. Nastankom Europske unije, započinje razdoblje institucionalizacije i suradnje uključivanjem pravosuđa i unutarnjih poslova u institucionalnu strukturu EU. U ovom razdoblju suradnja država i dalje se primarno temelji na klasičnom međuvladinom načinu dogovaranja koji ima za posljedicu spor napredak suradnje te postizanje ograničenih rezultata. Prava afirmacija politike pravosuđa i unutarnjih poslova u EU započinje u trećem razdoblju, sastankom Europskog vijeća 1999., u Tampereu te usvajanjem petogodišnjeg programa (tzv. Tampere program). Upravo je Tampere program unio potrebnu političku odlučnost koja je rezultirala u iznimnoj zakonodavnoj dinamici. Stoga, bi se moglo reći da je ovo razdoblje bilo ključno za nastanak politike Europske unije na ovom području. Završetkom Tampere programa u 2004. započelo je razdoblje Haškog programa kojega karakterizira konsolidacija stvorene pravne stečevine na području pravosuđa i unutarnjih poslova.

Kao što je gore rečeno, u razvoju politike pravosuđa i unutarnjih poslova značajnu ulogu imale su i promjene koje su se događale vezano za postupke donošenja odluka. Od početnog razdoblja kada su se sve odluke donosile konsenzusom, postupno se sve više u odlučivanje o pitanjima pravosuđa i unutarnjih poslova uvodila, tzv. metoda Zajednice koja je podrazumijevala donošenje odluka kvalificiranom većinom. Jedno po jedno područje postupno je prebacivano iz trećeg stupa u prvi stup. Navedeno je imalo za posljedicu jačanja uloge Europske komisije i Europskog parlamenta. Uslijed toga Europska komisija postala je pokretačka snaga u izgradnji, tzv. prostora sigurnosti, slobode

<sup>81</sup> Vidi str. 15. čl. III-396. Ustava EU, *ibid.*, str. 291.

i pravde, a jačanjem uloge Europskog parlamenta jačala je i demokratska legitimacija donesenih odluka. Europski parlament je s vremenom postao stvaran akter u kreiranju odluka. Tu svoju novu poziciju može prvenstveno zahvaliti pravu veta na usvajanje odluka od strane Vijeća, odnosno na pravu predlaganja izmjena predloženih odluka. Navedeni razvoj trebao je doživjeti značajan daljnji poticaj usvajanjem Ustava EU, ali je zbog propasti referendumu u Francuskoj i Nizozemskoj budući razvoj teško predvidjeti.

Glavne karakteristike procesa odlučivanja, a time i njihove međusobne razlike, najbolje dolaze do izražaja kroz ulogu glavnih tijela EU u procesu odlučivanja. Pod tijelima koja imaju glavnu ulogu u kreiranju odluka EU na području pravosuđa i unutarnjih poslova prvenstveno se misli na Europsku komisiju, Vijeće ministara i Europski parlament. Svaka od ovih institucija u različitoj etapi procesa ima dominantnu ulogu. Tako EK dominira u početnoj etapi u kojoj se odlučuje o tome treba li neko pitanje regulirati na razini EU ili se isto pitanje može na zadovoljavajući način regulirati na nacionalnoj razini. U pravilu u svim pitanjima, osim onih pitanja koja su još uvijek ostala u trećem stupu, EK ima monopol nad inicijativom, te samo o njoj ovisi hoće li do zakonodavnog postupka uopće doći. U trećem stupu ona to pravo dijeli s državama te je time njezina pozicija značajno oslabljena. Jednom, kada je prijedlog zakonodavnog akta usvojen od strane EK, težište odlučivanja se prebacuje na Vijeće ministara i Europski parlament. Pri tome treba voditi računa da se ove dvije institucije često razlikuju u pristupu pojedinom pitanju. Načelno bi se moglo reći da je Europski parlament puno liberalniji i progresivniji u svojim stajalištima od Vijeća ministara čiji su stavovi prvenstveno determinirani nacionalnim interesom.

Za razliku od prepoznatljivih načina odlučivanja karakterističnim za pojedine nacionalne pravne sustave, sustav odlučivanja u EU je znatno kompleksniji. Za to postoji niz razloga, od kojih se mogu izdvojiti složena struktura osnivačkih ugovora, veliki broj različitih vrsta propisa te brojnost postupaka. Kompleksna struktura EU dovela je do pojave velikog broja postupaka u kojima se donose odluke. Uloga i značaj pojedine vrste postupaka odlučivanja vremenom se mijenjala tako da su neki postupci u jednom trenutku predstavljali dominantan način stvaranja pravne stečevine, a u drugom razdoblju skoro u potpunosti izgubili na značenju. Danas, u kreiranju EU politike pravosuđa i unutarnjih poslova posebice se ističu dva postupka: postupak suodlučivanja te postupak za pravne propise trećeg stupu. Postupak suodlučivanja svoju dominantnu poziciju može zahvaliti nedavnoj Odluci Vijeća 2004/927/EC koja ga je promovirala u najvažniji zakonodavni postupak za sva pitanja koja se tiču vanjskih i unutarnjih granica, viza, azila, migracija i pravosudne suradnje u građanskim stvarima. Jedini izuzetak za koji i dalje vrijedi postupak konzultacija predstavlja područje legalnih migracija. Postupci odlučivanja u trećem stupu i dalje predstavljaju jedini način stvaranja pravne stečevine za pitanja policijske i pravosudne suradnje u kaznenim stvarima. No, ukoliko Ustav ipak stupi na snagu, primjena postupka suodlučivanja trebala bi se proširiti i na preostala područja, te postati redovitim

zakonodavnim postupkom za usvajanje europskih zakona i europskih okvirnih zakona.

Može se zaključiti da dobro poznavanje pravne stečevine EU na području pravosuđa i unutarnjih poslova te procesa odlučivanja ima za RH ne samo teorijsku nego i praktičnu vrijednost. Kao država RH je započela pregovore o pristupanju u punopravno članstvo i mora u vrlo kratkom roku u potpunosti uskladiti svoj pravni sustav s pravnom stečevinom EU. Nadalje, kao država koja sudjeluju u procesu stabilizacije i pridruživanja, RH već vodi institucionalizirani dijalog s EU o pitanjima pravosuđa i unutarnjih poslova. Konačno, odluke koje se donose na razini EU često rezultiraju određene učinke i izvan granica same Unije, pa tako i za RH. Zbog toga je od iznimne važnosti da se zakonodavni procesi u EU prate od samog početka kako bi se pravodobno moglo kroz konstruktivan politički dijalog s EU spriječiti donošenje onih odluka koje bi se mogle negativno odraziti na RH.

### *Literatura*

1. Bonde, J. P., *The Treaty of Nice - explained*, Copenhagen, 2001.
2. Boer, M., *Taming the third pillar: improving the management of justice and home affairs cooperation in the EU*, European Institute of Public Administration, 1998.
3. Craig, P., Grainne de Burca, *EU Law - Text, Cases, and Materials*, 2 izd., Oxford University Press, New York, 1998.
4. Čapeta, T., Vidačak, I., *Ugovor iz Nice*, Bilten Europskog dokumentacijskog centra, br. 53. Institut za međunarodne odnose i Europski dokumentacijski centar, Zagreb, 2001., str. 1-12.
5. Dinan, D., *Ever Closer Union? An Introduction to the European Community*, Lynne Rienner Publisher, Boulder, Colorado, 1994.
6. Dinan, D. (ed.), *Encyclopedia of the European Union*, Lynne Rienner Publishers, London, 2000.
7. Duff, A., *The Treaty of Amsterdam, Text and Commentary*, Federal Trust, London, 1997.
8. Feldman, R. A., Watson, C. M., *Into the EU Policy Frameworks in Central Europe*, International Monetary Fund, Washington, D. C., 2002.
9. Gavella, N., *O Europskom privatnom pravu, njegovoj stvarnosti i predvidivom daljnjem razvoju*, Hrvatska pravna revija, br. 10, Inženjerski biro, Zagreb, 2001.
10. Goldner, I., *Free Movement of Third Country Nationals in the European Union: Policies, Developments and Limitations*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 53, (3), Zagreb, 2003., str. 933- 948.
11. Guild, Elspeth; Bigo, Didier *The legal mechanisms - collectively specifying the individual: the Schengen border system and enlargement, Police and justice co-operation and the new European borders / Amato, G.*, 2002.
12. Guyomarch, A., *Cooperation in the Fields of Policing and Judicial Affairs*, u *New Challenges to the European Union: Policies and Policy-Making*, Dartmouth Publishing Company Limited, Dartmouth, 1997.



13. Herdegen, M., *Europsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002.
14. Hix, S., *The political system of the European Union*, The European Union Series, Palgrave, New York, 1999.
15. Hartley, T. C., *The Foundations of European Community Law*, četvrto izdanje, Oxford University Press, New York, 1998.
16. Ludlow, P., *The Making of the New Europe: The European Councils in Brussels and Copenhagen 2002*, European Council Commentary, Vol. 2, no. 1., EuroComment, Brussels, 2004.
17. Mathijssen, P. S. R. F., *A Guide to European Union Law*, 8. izd., Sweet & Maxwell, London, 2004.
18. Majstorović, I., *Propisi Europske unije koji se odnose na obiteljsko pravo*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 53 (3), Zagreb, 2003., str. 759-782.
19. Mileta, V., *ABC Europske unije, leksikon temeljnih pojmova*, 2. izd., Školske novine, Zagreb, 1997.
20. Moravcsik, A., *Integration Theory*, u: Dinan, D., (ed.) *Encyclopedia of the European Union*, Lynne Rienner Publishers, London, 2000., str. 278-291.
21. Monar, J., *Justice and Home Affairs*, European Union: Annual Review; vol. 42, afl. 2003-2004, str. 117-133.
22. Norman, P., *The Accidental Constitution: the Story of the European Convention*, EuroComment, Brussels, 2003.
23. Nugent, N., *The European Commission*, Palgrave, New York, 2001.
24. Nugent, N., *Decision-making Procedures*, u: Dinan, D., (ed.) *Encyclopedia of the European Union*, Lynne Rienner Publishers, London, 2000., str. 117-121.
25. Occhipinti, J. D., *Justice and Home Affairs*, European Union Enlargement / ed. by Neill Nugent, Palgrave Macmillan, 2004.
26. Peers, S., *Transforming Decision-making on EC Immigration and Asylum Law*, European Law Review; vol. 30, afl. 2, 2005., str. 285-296.
27. Peers, S., *The Treaty of Nice and the Treaty structure: repainting the pillars?, The Treaty of Nice and beyond* / ed. by Mads Andenas and John A. Usher, 2003.
28. Pejčinović, M., *"Kratka prikaz povijesti europskih integracija"* u: Hrvatska i Europa, Europski pokret Hrvatske, Europski dom Zagreb, Zagreb, 1997.
29. Sajko, K., *Uredba Europskog vijeća br. 44/2001. o sudskoj nadležnosti, priznanju i ovrši odluka u građanskim i trgovačkim predmetima od 22. prosinca 2000. i hrvatske parnične stranke*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 53 (3), Zagreb, 2003., str. 653-670.
30. Smerdel, B., *Temeljni problemi ustavnog izbora u Europskoj uniji: pokušaj preliminarne prosudbe rezultata Konvencije o budućnosti Europe*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 53 (3), Zagreb, 2003., str. 509-527.
31. Sessa, Đ., *Načela prava Europske zajednice*, Hrvatska pravna revija, Inženjerski biro, Zagreb, 2001., str. 1-11.
32. Staples, H., *Decision-making in justice and home affairs*, u *The Asylum acquis Handbook*, ed. R. J. van Kruken, T. M. C. Asser Press, The Hague, 2000., str. 37-41.
33. Turkalj, K., *Borba protiv terorizma na razini Europske unije*, Hrvatska pravna revija, vol II., br. 10., Zagreb 2002., str. 1-15.

34. Turkalj, K., Pravni i institucionalni okvir za prilagodbu hrvatskog pravosuđa i unutarnjih poslova u procesu pregovora za punopravno članstvo u EU, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 58, Zagreb, 2005.
35. Turkalj, K., Pregovori za punopravno članstvo u EU u dijelu koji se odnosi na pravosuđe i unutarnje poslove, Pravo i porezi, RRif, br. 5, Zagreb, 2005., str. 83-100.
36. Walker, N., In Search of the Area of Freedom, Security and Justice: a Constitutional Odyssey, Europe's Area of Freedom, Security and Justice / ed. by Neil Walker, Oxford University Press, 2004.
37. Ustav Europske unije (Treaty establishing a Constitution for Europe) objavljen je u Official Journal of the European Union, C 310, vol 47, 16. 12. 2004.
38. Ugovor iz Nice, *Consolidated versions of the Treaty on European Union and of the Treaty establishing the European Community*, Official Journal C325 of 24.12.2002.
39. Ugovor iz Amsterdama, *Consolidated version of the Treaty establishing the European Community*, Official Journal C340/93.
40. Zaključci Europskog vijeća sa sastanka u Bruxellesu studenog 2004. zajedno s usvojenim Haškim programom
41. Zaključci Vijeća ministara pravosuđa i unutarnjih poslova sa sastanka 2/3. lipnja 2005. na kojem je usvojen Akcijski plan za provedbu Haškog programa
42. Council Decision of 22 December 2004 providing for certain areas covered by Title IV of Part Three of the Treaty establishing the European Community to be governed by the procedure laid down in Article 251 of that Treaty (2004/927/EC), L 396 od 31. prosinca 2004., str. 45-46.

## Summary

### **EUROPEAN UNION JUSTICE AND HOME AFFAIRS POLICY WITH SPECIAL EMPHASIS ON DECISION-MAKING PROCESS**

The paper analyses development of the European Union Justice and Home Affairs policy as a policy related to the very sensitive issues of state sovereignty. Apart from the introductory part and the conclusions, the paper consists of three parts. The first part of the paper is dealing with the origins and developments of the Justice and Home Affairs (JHA) co-operation between the EU member states. It could be said that development in policy has undergone four different stages. In the first stage, it dealt with classical intergovernmental cooperation between the EC member states completely outside the EU institutional framework. The second stage was characterized by the institutionalization of JHA cooperation, by its inclusion in the Third Pillar of the EU Treaty. The third stage, the so called "*Tampere period*", was the period of the highest legislative dynamics with a view of establishment of an "area of freedom, security and justice" in the EU. In this period the JHA cooperation finally became a real EU policy. Last period could

be called "*the Hague period*" which started with adoption of Hague program in December 2004 and which will govern justice and home affairs area until 2009. It is envisaged that the Hague period will be primarily characterized by the consolidation of the *acquis communautaire* in the field of JHA.

The second part takes an in-depth view of the changes in decision making process. Decision-making process is in direct correlation with the dynamism of JHA policy. The author studies the progress of decision making process through it changes from unity to qualified majority.

In the third part the paper examines present decision making system regulated by the Treaty of Nice and succeeding legislation. A major progress has been achieved in 2004 by introduction of co-decision procedure and qualified majority for the most parts of the justice and home affairs policy. The decisions taken at the EU level can affect not only interests of individual and different groups, but also interests of the states. Furthermore, taking into account rising importance of the external dimension of the EU JHA policy, it become very common that EU decisions concern not only interests of the Member States, but also interests of the third countries, among which are candidate countries like Croatia. Although the future of the EU Constitution is not visible in this moment, additional attention is given to the decision-making system envisaged by the EU Constitution.

**Key words:** *European Union, Justice and Home Affairs policy, Schengen system, decision-making processes within EU.*

### Zusammenfassung

## **POLITIK DER EUROPÄISCHEN UNION AUF DEM GEBIET DER RECHTSPRECHUNG UND INNERER ANGELEGENHEITEN UNTER BESONDERER BETONUNG DER ENTSCHEIDUNGSVERFAHREN**

Die Materien der europäischen Rechtsprechung und innerer Angelegenheiten hat sich Jahrzehnte hindurch außerhalb des institutionellen Rahmens der Europäischen Gemeinschaft entwickelt. Erst durch die Gründung der Europäischen Union sowie später durch die Anerkennung des Programms von Tampere kam es zu ihrer Institutionalisierung und dynamischen Entwicklung womit sie die Ebene einer der Politiken der Europäischen Union erreichten. In der Arbeit werden die unterschiedlichen Verfahren bei der Entscheidungsfällung auf dem Gebiet der Rechtsprechung und der inneren Angelegenheiten analysiert sowie die gegenseitigen Beziehungen zwischen den Hauptkörpern bei diesen Verfahren. Die Kenntnis des analysierten Entscheidungsprozesses sowie dessen Hauptfaktoren hat neben theoretischem auch praktischen Wert, da gerade

Entscheidungsprozesse unterschiedliche Interessen promovieren und schützen. Es kann sich um die Interessen des Einzelnen, verschiedener Interessengruppen, ja sogar auch Staaten handeln. Da die EU-Politik der Rechtsprechung und der inneren Angelegenheiten immer wichtigere außenpolitische Elemente hat, haben immer mehr Entscheidungen, die auf EU-Ebene gefällt werden, eine direkte Wirkung auch auf dritte Staaten, unter denen sich auch Kroatien befindet.

**Schlüsselwörter:** *Europäische Union, Rechtsprechung und innere Angelegenheiten, Schengen-System, Verfahren der Entscheidungsfällung in der EU.*

## Sommario

### **POLITICA DELL'UNIONE EUROPEA NEL CAMPO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI INTERNI CON PARTICOLARE RIGUARDO AL PROCESSO DI DECISIONE**

Nell'articolo si analizza lo sviluppo della politica dell'Unione Europea nel campo della giustizia e degli affari interni (GAI) come politica correlata con questioni molto sensibili di sovranità statale. A parte l'introduzione e le conclusioni, l'articolo consiste di tre parti. La prima parte si occupa delle origini e degli sviluppi della cooperazione tra gli stati membri dell'UE nel campo della giustizia e degli affari interni. Si potrebbe affermare che lo sviluppo della politica ha attraversato quattro diverse fasi. Nella prima epoca si è lavorato alla classica cooperazione intergovernativa tra gli stati membri dell'UE completamente al di fuori del quadro istituzionale dell'UE. Nella seconda fase si è realizzata l'istituzionalizzazione della cooperazione di GAI, mediante la sua inclusione nel Terzo Pilastro del Trattato dell'UE. La terza fase, il cosiddetto "periodo Tampere", si è caratterizzata per la maggiore dinamica legislativa, con la visione della creazione di una "area di libertà, sicurezza e giustizia" nell'UE. In questo periodo la cooperazione di GAI divenne definitivamente una reale politica dell'UE. L'ultimo periodo potrebbe essere definito "periodo L'Aja", che è iniziato con l'adozione del Programma de L'Aja nel dicembre 2004 e che governerà il campo di GAI sino al 2009. Si ritiene che il periodo L'Aja sarà caratterizzato principalmente dal consolidamento dell'*acquis communautaire* nel campo GAI.

La seconda parte offre una visione approfondita dei cambiamenti nel processo di decisione. Il processo di decisione è in diretta correlazione con il dinamismo della politica di GAI. L'autore discute il progresso del processo di decisione attraverso la sostituzione dell'unanimità con la maggioranza qualificata.

Nella terza parte l'autore esamina il presente sistema di decisione regolato dal Trattato di Nizza e successiva legislazione. Il maggior progresso è stato

raggiunto nel 2004 attraverso l'introduzione del processo di codecisione e della maggioranza qualificata per la maggior parte della politica di GAI. Le decisioni prese a livello dell'UE possono influenzare non solo interessi di individui e gruppi differenti, ma anche interessi di stati. Inoltre, tenendo conto della crescente importanza della dimensione esterna della politica di GAI dell'UE, diventa veramente comune che le decisioni dell'UE riguardino non solo interessi di stati membri, bensì pure interessi di paesi terzi, tra i quali vi sono paesi candidati come la Croazia. Nonostante il futuro del Trattato costituzionale dell'UE in questo momento non sia chiaro, si esamina ulteriormente il sistema di decisione concepito dal Trattato costituzionale.

**Parole chiave:** *Unione Europea, giustizia e affari interni, sistema di Schengen, processi di assunzione delle decisioni nell'UE.*

---

---

**Dorđe Milović: *Prilozi za povijest zdravstvene kulture,*  
Hrvatsko znanstveno društvo za povijest zdravstvene kulture,  
Adamić, Rijeka, 2005., 180 str.**

Prof. dr. sc. Đorđe Milović, jedan od vodećih pravnih povjesničara Hrvatske, nedavno je objavio knjigu *Kazneno pravo šest sjevernokvarnerskih statuta*, koja je naišla na nepodijeljeno priznanje šire kulturne, a posebice stručne javnosti. Tu smo knjigu imali čast recenzirati u časopisu Rijeka, god. X., sv. 1, str. 99-101. U svojoj smo recenziji istakli, između ostalog, da se kolegu Milovića "može bez daljnjega ubrojiti u velika imena hrvatske pravnokaznene historiografije, kao što su Josip Šilović, Vladimir Mažuranić, Marko Kostrenčić i u novije vrijeme Vladimir Bayer". Napomenuli smo da će stručna javnost "u knjizi naći bezbroj analiza, koje potiču na razmišljanje o povezanosti naših sjevernokvarnerskih statuta s institutima pravnih sustava bližih i udaljenijih hrvatskih i drugih pravnih područja. Još je veća korist za stručnjake u otvorenosti knjige za diskusiju. A preduvjet diskusije je dobro poznavanje ostalih vrela naše prošlosti. Diskusija je to izglednija što je Milović koncilijantan i spreman saslušati eventualne protuargumente, a u isto vrijeme braniti svoja stajališta na dostojanstven i smiren način".

Stručna je javnost bila ugodno iznenađena što je ubrzo nakon upravo spomenute knjige objavljena od istog autora još jedna knjiga, *Prilozi za povijest zdravstvene kulture* pa potpisani osjeća ugodnu dužnost da i o toj

knjizi dade čitateljima kraću obavijest.

U predgovoru knjige (7-8) urednik prof. dr. Ante Škrobonja istaknuo je kako je "Milović jedan od najstarijih i najagilnijih članova Hrvatskoga znanstvenog društva za povijest zdravstvene kulture koji je aktivno sudjelovao na brojnim domaćim i međunarodnim skupovima iz povijesti zdravstvene kulture", nadalje, da je seriozno istraživao izvornu arhivsku građu i publicirao niz kvalitetnih radova i da je njegov doprinos lokalnoj i nacionalnoj medicinskoj historiografiji više nego respektabilan.

U knjizi je objavljeno 19 znanstvenih radova o povijesti zdravstvene kulture u našim krajevima. Njihovo prvo objavljivanje obuhvaća razdoblje od 1966. do 2001. god., time, što je najveći dio tih radova objavljen sedamdesetih godina 20. stoljeća, tj. kada je prof. Milović predavao predmete Osnove društvenih znanosti I. i II.

Ako se pak razmotri sadržaj tih članaka, uočava se da je najveći dio članaka posvećen problematici zdravstvene kulture u statutima i zakonima kvarnerskog područja, iz čega se vidi da je, premda rođen u Dubrovniku, prigrlio kao svoje, područje na kojem živi i djeluje. Ali, ima i radova koji se tiču problematike Boke kotorske i Poljica. Osim toga, prof. Milović je oduvijek gajio veliko znanstveno zanimanje za drevni Istok (Hamurabijev

zakonik) pa je i u ovoj knjizi ta njegova preokupacija našla svoje mjesto.

Poslovična akribija prof. Milovića dolazi do izražaja i u ovim priložima. Svaki je njegov zaključak utemeljen na vrelima, dobro argumentiran, a samostalan i originalni pristup potvrđen uputom na drukčije stajalište drugih autora, koji su se bavili istom problematikom. Kako je riječ o razmjerno kratkim člancima, prosječno svaki članak obuhvaća oko 8 stranica, ta je akribija povezana i s racionalnim i štedljivim korištenjem prostora, koji je dan pojedinom članku.

Članci su napisani vrlo jasnim i jednostavnim stilom pa se čitatelju čini, kao da je predmet, kojim se prof. Milović bavi, razumljiv sam po sebi. Ali, svatko, tko se bavio pisanjem znanstvenih članaka, zna da se do ovakvog načina pisanja dolazi tek dugogodišnjim radom na stilu, u kojem se tek malo pomalo iz rečenice odstranjuju svi suvišni elementi. Ono što prof. Milović priopći na nekoliko stranica, drugom bi trebalo možda i trostruki prostor, izraziti s puno više riječi ono što je prof. Milović lapidarno, ali posve jasno izrazio na svoj svojstveni način. To čini njegove radove izvanredno lako i ugodno čitljivim.

Za ilustraciju ovih tvrdnji dovoljno je upozoriti na rad "Krivičnopravna odgovornost kirurga za neuspjele operacije po Hamurabijevom zakonu". U radu, koji je razmjerno kratak kolega Milović je o temi rekao sve bitno, i to na uočljivo elegantan način.

Prof. Milović uvodno daje osnovne podatke o vremenu nastanka Hamurabijeva zakonika i njegovu značenju za pravnu povijest. Zadržava se na visokom stupnju kirurgije u to doba te

kao problem kojim se bavi navodi članak 218. tog Zakonika, u kojem se sankcionira liječnika koji je operacijom uništio oko pacijenta. Kazna: liječniku se sjeku obje ruke. O kakvom je deliktu riječ? To se pitanje rješava u daljnjem tekstu: riječ je o teškoj tjelesnoj povredi *sui generis*, koja je mogla biti učinjena čak i slučajno, dakle bez "umišljaja i nehata". Kako bi stvar bila složenija, u babilonskom društvu postojao je i poseban sloj poluslobodnih ljudi (muškena), pa Hamurabi razmatra i razne druge mogućnosti, npr. među ostalim, slučaj kada kirurg operira oko robu takvog muškena i pri tome dođe do smrti toga roba. Prof. Milović pri tome jezgrovito upućuje na svoj rad *Krivično pravo Hamurabijeva zakonika*, objavljen 1970. god. u Zborniku Pravnog fakulteta u Zagrebu, gdje na 40 stranica temeljito obrađuje problematiku. Svoj upravo spomenuti članak iz 1972. god., autor završava ovim riječima: "sve dotle dok razvoj naučne misli uopće, a krivičnopravne doktrine posebno, nije na svjetlost dana iznio čitav ogromni spektar subjektivnih momenata, sa svim njihovim mnogobrojnim i interesantnim finesama, u svjetlu kojih su razmatranje i ocjena postojanja ili nepostojanja kažnjivih djela, odnosno postojanja ili nepostojanja krivičnopravne odgovornosti izvršioca dobili sasvim nove tokove i sasvim nove dimenzije, čime je kulturnom čovječanstvu u dobroj mjeri osigurano da pravda i pravica mogu da to budu i faktički, a ne samo formalno". Ukratko, po Miloviću, prema mnogim pravnim sustavima "uvijek ili skoro uvijek objektivno zlo ima apsolutnu prevagu pri ocjeni

postojanja ili nepostojanja kažnjivog djela, odnosno postojanja ili nepostojanja krivičnopravne odgovornosti izvršioca". Ovaj se rad o vrlo zanimljivoj materiji kaznenog prava u povijesti zbog Milovićeve uvjerljivog i pristupačnog pisanja, čita lako pa preko njega čitatelj tako reći neprijetno stječe uvid u jednu od naj-složenijih pravnopovijesnih disciplina. Milović ujedno daje u bilješkama osnovni uvid u brojnu literaturu. Takvi su i svi ostali Milovićevi radovi u ovoj knjizi - kao uostalom i svi drugi njegovi radovi.

Milovićeva knjiga plod je dugogodišnjeg rada na problemima o kojima je riječ. Njegov način diskusije dobar je primjer ispravnog odnosa prema autorima koji imaju drukčije

mišljenje, a osobito ugodno djeluje skromnost prof. Milovića. Prof. Milović ne nameće se svojim znanjem, ali ono izbija iz svakoga retka knjige. Šteta je što knjiga nema kazala, jer bi ona pomogla stručnom čitatelju da na prihvatljiv i udoban način poveže istovjetnu problematiku. U svakom slučaju, bilo bi vrlo korisno da se ova knjiga rabi u seminarskoj praksi pravnopovijesnih i kaznenopravnih disciplina na fakultetima, jer bi preko nje studenti dobili na lak način mogućnost upoznavanja mnogih ustanova kaznenog prava, koje se zbog kratkoće vremena predviđenog za odgovarajući problem ne mogu temeljitije obraditi.

*Akademik Lujo Margetić*



---

---

**François Rigaux: *Guerres et interventions dans le Sud-est européen*,  
Editions A. Pedone, Paris, 2004, 317 str.**

Teško je ne zapaziti i zapamtiti slovenskoga uljudenog političara Jelka Kacina koji, kad god mu se pruži prilika, Hrvatima dijeli dobronamjerne savjete kako da osiguraju ulazak u Europsku uniju, i time se makar malo približe Slovencima. Bit njegovih savjeta je da bismo Sloveniji morali dragovoljno priznati i prepustiti sve morske i kopnene prostore koje oni smatraju svojim i isplatiti sve hrvatske štetište Ljubljanske banke navodno prema, tzv. "teritorijalnom principu". Ako tako ne postupimo ostat ćemo tamo gdje jesmo.

U Hrvatskoj su brojni političari, među kojima se ističe socijaldemokrata Ivica Račan, kojima nije nikako drago što ih Zapad svrstava u Zapadni Balkan, pa čak i pod njegov eufemistički naziv "Jugoistočne Europe". Oni nikako ne žele da ih se smatra "Balkancima". U Bosni i Hercegovini opet ima Bošnjaka koji osjećaju iskrenu averziju prema Albancima na Kosovu. I za uzvrat, možda nigdje položaj Roma (*Cigana*) nije toliko težak baš kao na Kosovu. Na svojoj koži oni osjećaju prezir brojnih Albanaca.

I tako su poput Isusa Krista otkupitelja grijeha svijeta, Romi u neku ruku kolektivna žrtva kompleksa niže vrijednosti gotovo svih pojedinaca na Balkanu, a napose na Kosovu. Ispod njih nema niti jedne druge socijalne skupine koja bi bila vrijedna njihova prezira, sve dok se na ove prostore ne počnu masovno naseljavati pridošlice

s Bliskoga istoka i Afrike, kako je to u drugim dijelovima Europe kojoj težimo.

Postoji, dakle, neka imaginarna hijerarhija narodâ na vrhu sa Slovincima u njihovoj uobrazilji, a na dnu privremeno s Romima. Ipak si je iznad Jelka Kacina i Ivica Račana još više mjesto na toj ljestvici uzurpirao austrijski političar i poglavar Koruške Jorg Heider sa svojim prezirom prema svim Slavenima. Svi ti intelektualci ne gledaju u samima sebi pojedince s većim ili manjima životnim dometima i promašajima, s većom ili manjom obrazobom koju su stekli ili uopće nisu stekli, nego kao pripadnike skupine prema kojoj žele da ih svi drugi uvažavaju. Naravno, njihova je skupina u njihovoj imaginaciji uvijek pri vrhu te piramide.

U tome ozračju veoma su zanimljiva promišljanja na ove naše krajeve stranih neovisnih intelektualaca, koji su uložili istinski trud da dublje proniknu u ovu stvarnost u njezinu historijskom razvitku.

François Rigaux, rođen prije osamdeset godina, ugledni je belgijski znanstvenik međunarodnoga prava. Profesor je emeritus Katoličkoga sveučilišta u Louvainu, član je Kraljevske akademije u Belgiji, i uz pisca ovih redova član je Instituta za međunarodno pravo. Među drugim funkcijama, koje je obnašao u životu, bila je između 1996. i 2001. ona suca Ustavnoga suda Federacije Bosne i Hercegovine.

Otuda njegovo posebno zanimanje za ove krajeve, i kako sam ističe, njegova ljubav prema narodima bivše Jugoslavije.

Godine 2004. objavio je značajnu knjigu: *Guerres et interventions dans le Sud-est européen* (Ratovi i intervencije u Jugoistočnoj Europi). Stranci, koji se ovim krajevima na ozbiljan i produbljen način bave, ne podliježu stereotipima i povijesnim predrasudama koje mi nesvjesno upijamo još u srednjoj školi i u obitelji. Ako su savjesni, oni prikupljaju mnoštvo zanimljivih podataka koji na našim prostorima mogu biti malo poznati ili nepoznati.

Ovome su belgijskom piscu odvratni stereotipi o "Balkanu". On odbacuje taj naziv, kako u naslovu tako i u tekstu svoje knjige. Otkriva da se tu radi o turskoj riječi koja znači planinu, i označava planinski lanac koji prolazi tim poluotokom od sjevera prema jugu (pod alternativnim nazivom: Stara Planina u Bugarskoj). Na Zapadu ga je prvi usvojio njemački geograf August Zeum 1808. pod imenom "Balkanskoga poluotoka", a preuzeo ga je engleski putopisac Robert Walsh 1827. godine.

Rigauxu je draži izraz "poluotok Jugoistočne Europe" kojeg je u 19. stoljeću predložio Johan Georg von Hahn. Uz pogrdno značenje toga naziva koje se vezuje uz Balkanske ratove iz 1912.-1913., uz sarajevski atentat 28. lipnja 1914., i uz sukobe na ovim prostorima koncem prošloga stoljeća, Rigaux ističe i važan geografski razlog. U geografskom smislu Balkan ne obuhvaća otoke Istočnoga Sredozemlja. Dakle, ako Trst uzmemo kao najsjeverniju luku na zapadnoj obali toga poluotoka, a ušće Dunava na nje-

govaj istočnoj obali, dvojbeno je čak je li Peloponez s Atenom i Spartom dio Balkana, makar nakon prokopavanja Korintskoga kanala u 1893. Ali sigurno je da u Balkan ne spadaju Krf s drugim jonskim otocima, Kreta kao kolijevka minojske civilizacije, brojni egejski otoci s Rodosom te Cipar.

Rigaux ni ne pokušava zacrtati granice "civilizacija" na geografskoj karti, a to bi po našem mišljenju bilo i uzaludno. Ukoliko se "civilizacije" poklapaju s glavnim religijama, u Bosni i Hercegovini i Albaniji živi manje više izmiješano katoličko, pravoslavno i muslimansko stanovništvo. Po starim građevinama Boka Kotorska i Budva odaju pripadnost Zapadu, ali su nakon propasti Mletačke Republike 1797. katolici tamo postupno postali manjina. Slično je s grčkim otokom Krfom koga Turci nisu nikada osvojili. Tako ovaj pisac sav taj prostor uzima kao cjelinu, ali ga izbjegava nazivati balkanskim imenom.

On se, međutim, u svojoj knjizi ne ograničuje na jugoistočnu Europu u geografskom značenju. Njemu je taj prostor samo povod za brojna pitanja koja si sam postavlja i za kojima traži odgovore. Šeta se u vremenu od antičke grčke mitologije do naših dana, a kao prostor uzima negdašnje Osmanско Carstvo na tri kontinenta, pa i dalje. Kao protutežu uzima politiku europskih velesila i Sjedinjenih Država (od njihova nastanka) prema tom Carstvu, i općenito prema Istoku. Malo je prostora na ovoj našoj planeti koje François Rigaux u svojoj knjizi u nekom kontekstu nije dotakao. Taj široki vremenski i prostorni horizont valja uzeti kao prednost toga pothvata.

Da bi objasnio, da se modernim rječnikom izrazimo, "ideološka opravdanja", za osvajanja poduzimana od zapadnoga svijeta na Istoku i kasnije u Americi i drugdje, pisac počinje svoju knjigu sa značajnom poglavljem: "Od doktrine pravednoga rata do zabrane pribjegavanja sili". U moderno doba naučavanja o pravednim ratovima, u raspravama od Cicerona do konca 18. stoljeća, bila su predmetom istraživanja i publikacija brojnih znanstvenika. Ali tekst ovoga pisca odlikuje se od većine drugih kritičkim promišljanjem i traganjem za kontradikcijama u tim učenjima te u njihovoj usporredbi sa stvarnošću u vrijeme u koje su nastala.

Rigaux naglašava da su kršćanski pisci u 2. stoljeću odricali kompatibilnost vojničkoga poziva s kršćanskom vjerom. Tu nam valja dodati da je Isus Krist osuđivao svaki oblik nasilja i po uvjerenju je bio, (da tako kažemo), anarhist.

Ali nakon što je kršćanstvo u Rimskom Carstvu, u 3. stoljeću u doba cara Konstantina I., postalo državnom religijom, i potom suzbilo sva druga vjerovanja, crkveni su oci morali prilagoditi kršćansko učenje novim potrebama državne religije. Pisac naglašava da su američki kvekeri ostali vjerni izvornom kršćanstvu i od njih je potekao prigovor savjesti kao zakonit razlog za odbijanje vojne obveze. Ističe da su Jehovini svjedoci bili rijetka kršćanska vjera čiji su se sljedbenici usudili odbacivati nacizam u Njemačkoj i odbijali izgovarati pozdrav: *Heil Hitler*.

U svojoj knjizi Rigaux izlaže učenja brojnih pisaca o pravednom ratu, a napose se zadržava na onima svetoga

Augustina, svetoga Tome Akvinskoga, Francisca de Vitorie, te Huga Grotiusa. Pri tome ne preuzima sintetske opise tih doktrina s njihovim nepreciznostima od drugih pisaca, nego odaje da je svaku od njih temeljito proučio, uz izlaganje citata u latinskom originalu. Pri tome ide i dalje. Razmatra primjenu tih doktrina na određene povijesne situacije, poput osvajanja Svete zemlje u križarskim ratovima između 11. i 13. stoljeća. Posebno se osvrće na Četvrtu križarsku vojnu kada su križari za račun Mlečana 1202. godine osvojili i opljačkali kršćanski Zadar, a 1204. osvojili Konstantinopol i ustanovili efemerno Latinsko Carstvo.

U istom kontekstu, uspoređujući djelo Francisca de Vitorie, on raspravlja osvajanje Amerike kao njezino "otkriće", temeljem kojega Španjolci prisvajaju svu zemlju i bogatstva Indijanaca. Njihova smaknuća navodno su jedino opravdana ukoliko bi se oni usudili suprotstaviti "miroljubivom otvaranju" kršćanskoj Europi, dakle nekom pravu na komunikacije (*jus communicationis*), ali strogo u jednom pravcu.

U tome kontekstu osvrće se, između ostalih, na Machiavellija koji je bio u suprotnosti s učenjem o prirodnim ratovima, ali i sa svetošću sklopljenih ugovora. Potom se osvrće na Thomasa Hobbesa s njegovim učenjem o ratu svih protiv svih kao navodnom prirodnom stanju. Od početka 19. stoljeća doktrina o pravednim ratovima se potiskuje, ali Rigaux navodi i rijetke autore koji ju zastupaju. U međunarodnom pravu tu doktrinu najprije zamjenjuju pravo država na rat (*jus ad bellum*) i pravna ograničenja ratovanja (*jus in bello*), sve do zabrane pribjegavanja sili prema Povelji UN iz 1945.

Pri koncu poglavlja pisac oštro-umno zaključuje: "Između doktrine pravednoga rata i zabrane upotrebe sile postoji formalna razlika: prva je znanstvena teorija, djelo teologa i moralista čije se primjene u praksi nisu nikada rasvijetlile, u tautološkom rječniku (da bi bio pravedan, rat mora imati pravedan uzrok). Povelja, naprotiv, uvodi zabranu pribjegavanja sili u pozitivno pravo i ustanovljuje organe kako bi se ona prevenirala, ispravila (u posljedicama) i osudila. Ta misija u načelu pripada Vijeću sigurnosti, ali je i Međunarodni sud bio ponekad prizivan" (da se izjašnjava).

Na početku VI. poglavlja Rigaux izlaže opširnu sintezu učenja o pravednim ratovima uspoređujući ih sa suvremenim međunarodnim pravom u okviru pitanja: ponovno osvajanje izgubljenih područja, otkriće i osvajanje, pravo na osvajanje i pravo narodâ na samoodređenje i dr.

U tom dijelu knjige François Rigaux se iskazao vrsnim poznavateljem zapadne filozofije, kršćanske teologije, povijesnih zbivanja, i naravno međunarodnoga prava. U vremenu u kojem živimo takvi su mislioci postali sasvim rijetki.

Pisac dokazuje svoju erudiciju i u drugim dijelovima svoje knjige, na druge teme koje si je sam zadao. U okviru drugoga poglavlja on bilježi, između ostaloga, zapise zapadnih putopisaca o Osmanskom Carstvu i njegovoj stvarnosti između 17. i 19. stoljeća. Ovdje je vrijedno navesti zabilješku Maximea du Campa koji je putovao tamo s Gustavom Flaubertom u 1849. i 1850., o rivalstvu kršćana u Jeruzalemu:

"Kao i nekoć, nesloga je oko svetoga hrama: katolici, pravoslavci, šizmatici, latini, greci, abesinci, kopti, armeni, spremni su na potezanje noža radi prisvajanja Groba (Isusa Krista) kojega obožavaju. Ali je na sreću tamo moćni musliman; on čuva zavađenu braću, on ju štiti, istina udarcima batine, ali on spašava Sveti grob koji bi bez njega nestao i bio bi usred općega meteža uništen. Sve te rivalske sekte uzajamno se mrze i pokušavaju putem (stranih) konzula (pod čijom su zaštitom), jedna drugima zagospodariti."

I zaista pri posljednjoj posjeti pokojnoga pape Ivana Pape II. vidjeli smo ispred njega odred vojnika u negdašnjim turskim odorama s fesovima na glavi, koji mu uz bubnjeve i zveket oružja otključavaju to svetište. Ono je danas pod izraleskom okupacijom.

Ovaj prikaz nam ne dopušta da citiramo druge zanimljive navode iz te vrijedne knjige. Za međunarodne pravne zanimljiva je pravna osnova koju su zapadni osvajači ustanovljivali u prisvojenim krajevima. Bilo da su se pozivali na "otkriće" ili na osvojenje, za njih je osvojena zemlja bila u trenutku prisvajanja *terra nullius* s kojom su navodno imali pravo raspolagati i tamo naseljavati bijele doseljenike. Ugovore koje su sklapali s lokalnim poglavcima smatrali su, s gledišta međunarodnoga prava bezvrijednima, koje su potom slobodno mijenjali i dokidali navodno temeljem unutarnjega prava. U Sjedinjenim Državama Indijancima nije priznavano pravo na državljanstvo, pa ni nikakva ljudska prava inače zajamčena Ustavom. U 19. stoljeću njihovim nasilnim preseljenjem u neplodne krajeve bili su stvarno izloženi genocidu.

Ova je knjiga napose iscrpna u opisu odnosa pojedinih europskih velesila i kasnijega "Europskog koncerta" prema Osmanskom Carstvu. Pisac je potanko analizirao tekstove mnogobrojnih ugovora s Carstvom, a napose kapitulacije glede zaštite sultanovih kršćanskih podanika, u čemu su se nadmetale Francuska, Austrija i Rusija. Iako na prvi pogled ne bi spadala u tu oblast, zanimljiva je analiza svih ugovora Pruske, Rusije i Austrije o podjeli Poljske koncem 18. stoljeća, ali i kasnije. Taj cinizam kršćanskih velesila prema jednoj kršćanskoj državi koju su uništile ukazuje što su one namjeravale učiniti s Osmanskim Carstvom, što im do Atatürkovih reformi ipak nije uspjelo.

Nakon potiskivanja prirodnopravnoga učenja, pozitivno međunarodno pravo 19. stoljeća smatralo se pravom između "civiliziranih", tj. kršćanskih država. Iako su nakon Krimskoga rata člankom VII. Pariškog mirovnog ugovora iz 1856., sve njegove stranke izjavile da se Visoka Porta prima da sudjeluje u prednostima javnoga prava i Europskog koncerta, ona se ni nakon toga nije priznavala jednakom ostalima. To se Carstvo smatralo "poluciviliziranom" državom poput Maroka, Perzije, Sijama, Kine, Japana, pa i kršćanske Etiopije. Za razliku od njih, tzv. "barbarske zemlje" bile su predmetom osvajanja.

U svezi s tim François Rigaux postavlja ispravno pitanje: "Za uzvrat, kada su turske trupe logorovale ispod zidina Beča, koji se europski suveren usudio odricati sultanu položaj koji mu je njegova sila priskrbljivala? Međunarodno pravo nije nikada prestalo odražavati odnose snaga u čijim

je okvirima Osmansko Carstvo zauzimalo različite položaje". U tim aspektima, ovaj se pisac iskazao i vrsnim poznavateljem diplomatske povijesti.

\*

Pa ipak, uz sve iznesene pohvale čini se da François Rigaux nije shvatio uzroke krvavih etničkih sukoba u bivšoj Jugoslaviji u najnovije doba na koje se u stvari odnosi naslov njegove knjige. U povodu strašnih zločina počinjenih u Balkanskim ratovima 1912. i 1913. godine od srpske, bugarske i grčke vojske, i to ne samo nad Turcima i Albancima, nego i nad drugim kršćanima napose u Makedoniji, Carnegiejeva je fondacija ustanovila povjerenstvo najuglednijih neovisnih pravnih stručnjaka iz Austro-Ugarske, Njemačke, Francuske, Britanije, Rusije i Sjedinjenih Država. To je povjerenstvo utvrđivalo na terenu teška kršenja Ženevskih konvencija iz 1907. Njezino je izvješće bilo objavljeno u srpnju 1914., kada je u danima izbijanja Prvoga svjetskog rata izgubilo na aktualnosti. Ponovno je bilo objavljeno 1993. s predgovorom uglednoga američkog diplomate Georgea F. Kennana. Iz opisa tih zločina nad civilima i razoružanim borcima protivničkih strana proizlazi da se na Balkanu stoljećima ne događa ništa novo.

U tu se sliku uklapaju i masovni zločini počinjeni u Nezavisnoj Državi Hrvatskoj. Ali je pisac propustio da naglasi da taj autentični fašistički režim s rasnim zakonima nije plod tradicije Balkana (ili "Jugoistočne Europe"). Rasistička teorija potiče od Francuza Josepha Gobineaua (1816-1882) i

naturaliziranog Nijemca engleskoga porijekla Hustona Stewarda Chamberlaina (1895-1927), koju su u tu svoju satelitsku tvorevinu uvezli njemački nacisti. Ali valja priznati da načini okrutnih smaknuća bespomoćnih uznika u sabirnim logorima nisu bili industrijski kao u nacističkim logorima smrti, nego tipično balkanski (nož, malj i sl.).

Rigaux je neskriveni pristalica njemačkog romantičarskoga pisca Johana Gottfrieda Herdera (1744-1803). Herder je smatrao da se svaki narod od drugih odlikuje u vjerovanju u njegovu posebnu narav, u kulturnoj, jezičnoj, pa i vjerskoj originalnosti (*Volksgeist*). Odraz toga učenja bila je, tzv. historijska škola njemačkoga pravnika Friedricha von Savignya (1779-1861). Na njezinim zasadama Baltazar Bogišić po nalogu vladara Nikole I., sačinio je sjajni tekst Opštoga imovinskog zakonika Crne Gore.

Herderovim se učenjem dade objasniti nastanak njemačke i talijanske nacije prije njihova ujedinjenja, ali i nastanak češke, poljske, mađarske, grčke i srpske nacije pod stranim vladarima tijekom 19. stoljeća.

Prema tom učenju prirodno bi bilo da je u isto vrijeme na jezičnim sličnostima nastala jedinstvena jugoslavenska nacija, te u novije doba makar bosanska, i to bez obzira na vjerske razlike stanovništva. Naime, vjerske razlike Nijemaca, (ali i Albanaca) nisu bile prepreka njihovu nacionalnom ujedinjenju.

Stoga, među svim istaknutim osobama iz ovih krajeva, Rigaux pokazuje najviše simpatija prema đakovačkom biskupu Josipu Jurju Strossmayeru. Taj je biskup uvijek ustajao protiv netole-

rancije, a zalagao se za zbližavanje Hrvata i Srba, iako nije dirao u vjerski dualizam katolika i pravoslavaca. Rigaux ističe da se na Prvom vatikanskom saboru 1869. Strossmayer izjasnio protiv dogme o papinskoj nepogrešivosti, ali da se pri konačnom glasovanju priklonio većini. Navodi da je talijanski ministar vanjskih poslova vikont Venosta uzeo u obzir Strossmayerovo mišljenje pri izradi Garancijskoga zakona 1870. o uređenju položaja pape nakon ukidanja Papinske države. Održavao je veze s liberalnim intelektualcima iz Zapadne Europe. Bio je u prepisci s brojnim stranim uglednicima, među kojima i s britanskim političarom Gladstonom, sve to bilježi Rigaux.

Držeći se Herderove ideje *Volksgeist* Rigaux sa žaljenjem bilježi da su Srbi odbacili Strossmayerov koncept jugoslavenstva i prije ilirizma, i da su u Hrvatima gledali samo šizmatičke Srbe. Ali treba priznati da su i Srbi i Slovenci imali savršeno pravo da odbace i ilirsku i jugoslavensku ideju. Ono na što Srbi nisu nikada imali pravo je da svoju srpsku nacionalnu ideju (i onu jugoslavensku iz doba Šestojanuarske diktature iz 1929.), nameću svakome tko ju odbacuje.

Rigaux na dva mjesta ističe da su slavenski narodi Jugoistočne Europe prihvatili od Herdera ideju naroda. To nije sasvim točno. Tu ideju je nemoguće uzeti na ovim prostorima kao obrazac nastanka nacija, ali se ona može *a posteriori* uzeti u obzir pri tumačenju kasnijih događaja.

Istina je da je Vuk Karadžić bio poklonik Herdera, ali je do svoje smrti u Srbiji bio odbacivan i lažno optuživan da je potajno prešao na katoličku

vjeru. Njegove jezične reforme u Srbiji su bile prihvaćene kasnije, uključujući lingvistički obrazac prema kojemu su svi štokavci na Balkanu navodno Srbi, dok je Hrvate reducirao na malobrojne kajkavce i čakavce. Rezultat toga je bio da su se ustaški emigranti iz Kraljevine Jugoslavije najvećim dijelom regrutirali među štokavcima, jer je njihova nacionalna pripadnost bila najviše ugrožavana.

Srbi, dakle, nisu uspjeli nadmašiti vjerske okvire, ali su se nakon Drugoga svjetskog rata od njih bili odvojili Makedonci s posebnim jezikom pa u najnovije vrijeme čak i Crnogorci. Vjerovanje ekstremnih srpskih nacionalista da su Muslimani otpadnici od srpstva koji su izdali svoju naciju i prihvatili religiju osvajača, stravično je u tome što oni smatraju da su obračuni s njihovim potomcima stvar samih Srba, a ne međunarodne zajednice.

Rigaux nije shvatio da je srpska nacionalna pravoslavna crkva još u 19. stoljeću postupno i bez otpora asimilirala sve svoje vjernike u Srbe, poput više ili manje brojnih Vlaha, Cincara, Grka, Armenaca i drugih. Takvo je stanje u Bosni i Hercegovini postojalo već 1878. godine. Čak su i nepismeni pravoslavci sebe smatrali Srbima. Toj su se ideji s pravom oduprli kršćani nepravoslavci i većina muslimana.

Katoličanstvo i islam su univerzalističke religije. Uz značajnu iznimku biskupa Strossmayera i nekih domoljubnih svećenika kojih je uvijek bilo, katolička hijerarhija u Austro-Ugarskoj Monarhiji bila je ponajprije lojalna vladajućoj dinastiji. Uz izuzetak malobrojnih intelektualaca katoličke i

islamske vjeroispovijesti, mase seljaka katolika Bosne i Hercegovine stekle su hrvatsku nacionalnu svijest tek između dva svjetska rata kao pripadnici Hrvatske seljačke stranke Stjepana Radića. Prije toga oni i nisu bili politički narod. U isto to vrijeme u Dalmaciji i Dubrovniku gube se među intelektualcima, tzv. Srbokatolici.

Nakon početnoga razdoblja lutanja o tome pitanju u socijalističkoj Jugoslaviji, komunističkoj vlasti nije bilo preostalo drugo nego da prizna postojanje Muslimanske (danas Bošnjačke) nacije. To je opredjeljenje ogromne većine toga svijeta u koje se ni srpski ni hrvatski vođe, a ni strani intelektualci, nemaju pravo miješati.

Čini se, dakle, pogrešnim uzrok krvavih sukoba tražiti u tome što se nije ostvarila zamisao prema Herderu o stvaranju jedinstvene jugoslavenske nacije ili u novije doba one bosanske. Vjerska podijeljenost nije sama po sebi uzrok sukoba na Balkanu, pa čak ni činjenica što su u mješovitim krajevima Srbi pod utjecajem njihove Crkve stekli nacionalnu svijest prije drugih.

Uzrok tih sukoba i tih strašnih zločina u širokim razmjerama je sasvim isti kao i u Njemačkoj u doba nacizma i Hitlerova pokušaja stvaranja Velikoga Njemačkog Reicha na račun država i naroda u Istočnoj Europi. Uzrok, dakle, leži u osvajanju tuđih teritorija i u pokušaju da se pripadnici drugih zajednica prisilno asimiliraju ili da se sprovede njihovo "etničko čišćenje", (tj. "humano preseljenje"), a u najgoroj varijanti poput Srebrenice genocid nad njima.

Rigaux, dakle, izbjegava naziv "Balkan", ali se nije odupro iskušenju

da neke pojave u "Jugoistočnoj Europi" generalizira. Njih treba jasno razlučiti i kao takve osuđivati. On se ne priklanja ni mišljenjima Badinterove Arbitražne komisije, ali zaključuje, bez ponude svoga rješenja, da su Bosna i Hercegovina i Kosovo danas podčinjeni režimu koji je u suprotnosti s pravom narodâ na samoodređenje.

Realnije se zalagati za ostvarenje nekih prirodnih i iznadustavnih prava svih etničkih skupina (većinske i manjinskih) u svakoj teritorijalnoj državi. To su pravo na opstanak svake od njih; pravo svakoga pojedinca i svih skupina na jednakopravnost; pravo svih skupina da njihovi predstavnici sudjeluju u političkom odlučivanju na-

pose kada se radi o njihovu položaju; pravo na jezik i pismo u privatnoj i javnoj upotrebi; te pravo na škole i druge kulturne institucije na vlastitom jeziku. Što se više u praksi budu ostvarila sva ta prirodna prava, zavojevači sa strane imat će manje izgleda da nacionalne i vjerske razlike iskoriste u svoje mračne ciljeve.

Ali činjenica što je u mlađim generacijama naših znanstvenika sve manje onih koji tečno čitaju na francuskom jeziku opravdava da se ova vrijedna knjiga u nas prevede. Njezine dobre strane koje smo nastojali prikazati prevladavaju nad nekim njezinim manjkavostima o kojima je ovdje također bilo riječi.

*Prof. dr. sc. Vladimir-Đuro Degan*



**Svjatlana Šokčević: *Zaštita zdravlja i sigurnost na radu – zbirka propisa s komentarskim bilješkama*, TIM press, Zagreb, 2006., 483 str.**

Tematika je raspoređena u 9 povezanih poglavlja: Uvod, Radni odnosi, Zaštita na radu, Zdravstveno osiguranje i zdravstvena zaštita, Mirovinsko osiguranje, Obvezni odnosi, Međunarodni ugovori, Europsko pravo zaštite na radu, Zaključak. Navedeni dijelovi imaju svoje analitičke jedinice koje se, najvećim dijelom, sastoje od relevantnih propisa na snazi, onako kako su objavljeni ili ih je autorica redigirala u pročišćenom tekstu, neki s detaljnim obrazloženjem pojedinih odredbi, sve spretno raspoređene i sustavno obrađene. Poštivana je u nomotecnici utvrđena hijerarhija propisa.

U recenziranom djelu s naslovom "Zaštita zdravlja i sigurnost na radu – zbirka propisa s komentarskim bilješkama" središnje mjesto zauzimaju propisi iz radnih odnosa, zaštite na radu i drugih odnosa u vezi s radom (zdravstveno osiguranje, mirovinsko osiguranje). Riječ je o ažurnim odredbama na snazi, bez kojih je nemoguće realizirati složene multidisciplinarnе odnose zaštite na radu. To su univerzalni, regionalni i nacionalni heteronomni propisi koji se primjenjuju u Republici Hrvatskoj.

U dijelu o radnim odnosima, pored Zakona o radu obrađeno je i šest pravilnika koji na najispravniji način omogućavaju provedbu toga Zakona u pravnim odnosima zaštite na radu, a u dijelu "zaštita na radu", pored Zakona o zaštiti na radu, nalazi se osamnaest pravilnika bez kojih se Zakon ne može

primjenjivati i razumjeti njegov sadržaj.

Kvalitetne su komentarske bilješke propisa o zdravstvenom osiguranju i zdravstvenoj zaštiti te o mirovinskom osiguranju.

U posebnoj glavi navedeni su međunarodni ugovori i popis "važnijih izvora europskog sekundarnog prava zaštite zdravlja i sigurnosti na radu".

Komentari su korektni, stručni, objektivni i razumljivi. Sve to zajedno omogućava razumijevanje odnosa u pravu zaštite na radu.

Djelo je izvorno i originalno. Autorica je napravila odabir propisa. Neke od njih je komentirala, a komentari su doprinos u teorijskom, a naročito u aplikativnom smislu: definirani su pojmovi, kategorije i instituti u pravu zaštite na radu, njihovoj analizi i primjerenom sistematizaciji, odnosno omogućavanjem da se brojni subjekti (poslodavci, radnici, stručnjaci zaštite na radu i dr.) njime koriste.

Ima i drugih priručnika i na drugi način oblikovanih sadržaja propisa zaštite na radu. Ovaj je cjelovit jer sadrži i druge propise koji se odnose na zaštitu zdravlja i sigurnost na radu. Druga djela to čine fragmentarno (Fabijanić, Kacijan, Marović, Učur i dr.).

Propisi su birani. Odredbe komentirane. Omogućava se jednostavno korištenje. Autorica je vrstan poznavatelj teorije, propisa i prakse u zaštiti na radu i to joj je omogućilo da napiše djelo vrijednog i preglednog sadržaja.

Namijenjeno je velikom broju čitatelja različitih zvanja i zanimanja: poslodavcima, ovlaštenicima poslodavaca u zaštiti na radu, sindikatima i radnicima, inspektorima, studentima, menadžerima i brojnim drugima, a posebno stručnjacima zaštite na radu, trgovačkim društvima i ustanovama registriranim za poslove zaštite na radu.

Opravdano je izdavanje ovog djela jer će popuniti literarnu prazninu u gospodarskom, ali i obrazovnom sustavu u Republici Hrvatskoj.

Djelo će se koristiti u brojnim djelatnostima, u svim gospodarskim djelatnostima, u ustanovama i stručnim službama. Postoji društvena potreba i opravdanost tiskanja i izdavanja recenziranoga djela. Tu potrebu i opravdanost ocijenio je izdavač Tim press Zagreb i uvrstio u Biblioteku "Kuća dobrih knjiga", Radno i socijalno zakonodavstvo.

Djelo autorice dr. sc. Svjetlane Šokčević, "Zaštita zdravlja i sigurnost

na radu – zbirka propisa s komentarskim bilješkama", predstavlja kvalitetan stručni priručnik.

Smatram da će knjiga opravdati društvenu potrebu tiskanja i objavljivanja djela, jer obuhvaća najvažnije propise o zaštiti na radu.

Autorica je u pravi trenutak napisala ovo djelo. Na jednom mjestu sada se nalaze relevantni propisi u oblasti zaštite na radu. Njihovim iščitavanjem dolazi se do jednostavnog zaključka: zaštita na radu ne pripada nijednoj političkoj stranci, ali pripada zaštiti temeljnih vrijednosti čovjeka, koje moraju štititi, pored najviših, i sve druge pravne norme u multidisciplinarnim i interdisciplinarnim odnosima zaštite na radu.

Knjigu su recenzirali prof. dr. sc. Vilim Herman i prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur. Dr. sc. Svjetlana Šokčević nagradila nas je još jednom vrijednom knjigom u kratkom razdoblju.

*Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur*

---

---

**Svjatlana Šokčević: *Industrijska demokracija i zaštita na radu,*  
TIM press, Zagreb, 2006., 832 str.**

Razvijaju se različiti oblici i sadržaji komunikacije i mehanizmi mirnoga rješavanja sukoba subjekata različitih interesa i institucije pregovaranja. Industrijski konflikti i dalje ostaju (štrajkovi, usporavanje rada, bojkoti), ali se primat daje procesu kolektivnog pregovaranja o uvjetima rada u svim dimenzijama. Sukobi štete uvijek i u pravilu jednoj strani, ali te posljedice nije pošteđena niti druga strana. Udruge poslodavaca i udruge radnika su organizacije. To ih određuje i omeđuje. Problemi se sporo rješavaju. Životni i radni uvjeti puni su konflikta, ali i neizvjesnosti. Sve to traži odgovore na brojna pitanja industrijske demokracije. Jedan od njih je kako svakodnevno potvrđivati da je zaštita na radu sastavni dio proizvodnje i procesa rada. Poslodavci su na tržištu, koje najčešće u surovim i sirovim odnosima konkurencije vide svoj opstanak zanemarujući drugog subjekta ili s njim periferno pregovaraju. Procesi su širi, sveobuhvatniji u globalizaciji, rekonstruiranju ekonomija, porasta nezaposlenosti, fleksibilizacije rada. Nove tehnologije i nova sredstva rada brišu s "platnih lista" stotine radnika. Gdje je tu država? Država kao vlast, a ne država kao poslodavac. Kolika je njena intervencija? Koja je razina i sadržaj kolektivnog pregovaranja, radničke participacije i razrješavanja sukoba? Treba li mijenjati oblike suđenja (radnih sporova i socijalnih sporova; ovih prvih prvenstveno

kolektivnih). Industrijski odnosi su različito regulirani brojnim heteronomnim i autonomnim propisima. Regulirano treba realizirati i nadzirati. Do regula treba doći u svezamašnoj suradnji. Socijalni partneri trebaju se orijentirati jedni na druge. Razvijeniiji industrijski odnosi pretpostavljaju i sigurnost na radu, zaštitu osobe na radu, njezinog zdravlja i života, ali zaštite i drugih, strojeva i uređaja i, neizostavno, radnog i životnog okoliša.

Industrijski odnosi su uokvireni među socijalnim partnerima u određene institucije i društvenu situaciju. Uokvirenost je uvjetovala i definiranje pojmova, kategorija i institucija industrijskih odnosa, rizika, zaštite zdravlja i dobrobiti na radu. To zahtijeva permanentno kolektivno pregovaranje, radničku participaciju, socijalni dijalog između socijalnih partnera u cilju kvalitete, prvenstveno radnoga života, bez obzira na "nasljeđe koje opterećuje".

Autorica je postigla razumijevanje i objasnila opće razvojne promjene u industrijskim odnosima i uvjetima rada. Objašnjene su organizacijske, nacionalne i međunarodne razine industrijskih odnosa. Snimljeno je, analizirano i projektirano značenje radničke participacije u zaštiti na radu. Predložila je promjene u zaštiti na radu u Republici Hrvatskoj. Zaštita na radu je multidisciplinarno i interdisciplinarno područje i tako ga treba dalje razvijati u neraskidivoj vezi

industrijske psihologije, medicine rada, tehnologije i organizacije rada, ekonomije, ergonomije i prava.

Struktura djela ima četiri dijela i zaključna razmatranja.

U prvome dijelu sagledani su teorijski doprinosi o industrijskim odnosima i uvjetima rada te naznačeni okviri koncepata koji su s njima povezani. Sažeto je elaboriran akademski status industrijskih odnosa. Time su kreirane podloge za razumijevanje konteksta u kojemu se ostvaruju industrijski odnosi i radnička participacija o uvjetima rada. U drugome dijelu rada na tri razine elaborirani su institucije i društvena situacija u industrijskim odnosima: svjetske razmjere (univerzalna vrela), Europska unija i nacionalna (državna) razina. U trećem dijelu sagledani su uvjeti rada kroz istraživačke rezultate o implikacijama radnog okruženja i odnosa na radu na sigurnost i zdravlje radnika te na njihovu mogućnost da uređuju odnosno sudjeluju u uređivanju uvjeta rada i sudjelovanje u nadzoru nad provedbom. Naglašava se koncept društva znanja i dobrobit radnika. U četvrtom dijelu opisani su rezultati studije slučaja (empirijski uvid u fenomen radničke participacije) u vezi sa zaštitom na radu u dvjema industrijskim organizacijama u Hrvatskoj. Radnička participacija unapređuje zaštitu na radu u industrijskoj organizaciji kroz socijalno povjerenje, socijalnu kontrolu i socijalnu potporu. Zaključna razmatranja formulirana su u obliku prijedloga za unapređivanje djelovanja aktera industrijskih odnosa u Hrvatskoj.

Svjjetlana Šokčević autorica je vrijedne i originalne knjige, po koncep-

ciji, kompoziciji, brojnim novim i/ili novijim videnjima i analizama. To je udžbenik i priručnik, namijenjen brojnim subjektima.

Knjiga ima 381 stranicu, s dvije ilustracije, 38 dijagrama, dvije tablice, 9 poglavlja u kojima je 6512 citata i literatura, s ukupno 98 pravnih izvora.

U djelu *Industrijska demokracija i zaštita na radu* središnje mjesto zauzimaju pravne norme i instituti koji uređuju pravne odnose među subjektima industrijske demokracije i multidisciplinarnim odnosima u zaštiti na radu u najširem smislu riječi. Prvo je riječ o izravnim subjektima i njihovim odnosima, a zatim o neizravnim i drugim subjektima koji na bilo koji način, u datim odnosima, razvijaju industrijsku demokraciju i zaštitu na radu kao specifična područja. Polazi se od pravne stečevine Europske unije i od nasljeđa koje opterećuje odnose industrijskih aktera. Socijalni partneri imaju poseban interes za pitanje sigurnosti i zdravlja na radu. U tom smislu u strukturi studije "sagledani su teorijski doprinosi o industrijskim odnosima i uvjetima rada te naznačeni okviri koncepata koji su s njima povezani...". To omogućava sagledavanje i razumijevanje konteksta u kojima se ostvaruju industrijski odnosi i radnička participacija o uvjetima rada.

U prilog izvornosti, originalnosti i doprinosu djela u teorijskom i aplikativnom smislu ide činjenica da je to djelo, prema svojoj koncepciji, kompoziciji i broju obrađenih pitanja o industrijskoj demokraciji i zaštiti na radu jedino u Republici Hrvatskoj.

U teorijskom smislu doprinos razvoju znanosti (prvenstveno pravne)

mogao bi se izraziti u sljedećem: 1) definiranju pojmova rizika i zaštite zdravlja; 2) analizi uvjeta rada i dobrobiti na radu, zdravstvenom ponašanju, rizicima, ozljedama na radu; 3) elaboriranju industrijskih odnosa, kolektivnog pregovaranja, industrijske demokracije, radničke participacije, socijalnog dijaloga i dr.; 4) primjerenosti sistematizaciji i elaboriranju svih obveza i odgovornosti institucija u industrijskim odnosima.

U aplikativnom smislu doprinos znanosti mogao bi se izraziti u mogućnosti primjene djela u praksi brojnih subjekata, prvenstveno poslodavaca i radnika, odnosno njihovih udruga.

Rezultati su istraživanja jednostavno, jasno i koncizno formulirani, a misli su autorice logično povezane i predstavljene na vrlo pristupačan način. Stil i jezik su autorice jednostavni, prirodni, koherentni i djeluju

živo. Pasusi su primjerenosti formulirani i međusobno povezani u poddijelove i dijelove ove edicije.

Suptilnom analizom svih relevantnih referencija djela autorice mr. sc. Svjetlane Šokčević s naslovom *Industrijska demokracija i zaštita na radu* može se ustvrditi da je opravdano izdavanje toga djela jer će ono popuniti literaturnu prazninu u obrazovnom i gospodarskom sustavu Republike Hrvatske. U njemu formulirani i predloženi rezultati istraživanja omogućuju široku primjenu djela u brojnim djelatnostima i odnosima.

Knjigu su recenzirali i dali pozitivne ocjene: prof. dr. sc. Vilim Herman, prof. dr. sc. Josip Kregar, prof. dr. sc. Željko Potočnjak i prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur.

Autorici poželimo još mnogo takvih napisanih i opisanih djela.

*Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur*

---

---

**Uz 1200 obljetnicu Rižanskoga placita (804. godine),  
*Acta Historiae*, 13, 2005., 1, 1-282.**

Povijesno-pravno iskustvo, ne samo XX. stoljeća poznaje neke od, dođuše rjeđih pravnih pojava i situacija, koje se odnose na promjenu osnovnih odrednica društvenog i državnog sustava uzrokovanih, primjerice raspadom države ili promjenom vlasti u nekoj državi. To za posljedicu ima i radikalniju promjenu čitavog pravnog sustava neke zemlje. Postavlja se osnovno pitanje odnosa novih vlasti, nove države ili nekog režima prema pravnom sustavu, koji je do tada bio na snazi.

Na našim prostorima, prepoznatljivim po čestim mijenama državno-pravnih sustava i struktura samo u XX. stoljeću možemo nabrojiti tri takve situacije: raspad Austro-Ugarske Monarhije i pitanja njezine sukcesije 1918., zbivanja vezana za međunarodno priznanje nove vlade u Jugoslaviji 1945. i akte Ustavotvorne skupštine iz 1946. te raspada jugoslavenske države 1991. i ustavnih odluka Slovenije i Hrvatske. No upravo u vremenu pisanja ovog prikaza možemo pratiti procese disolucije specifičnog državno-pravnog zajedništva Srbije i Crne Gore i odluke o nezavisnosti crnogorskog parlamenta (3. lipanj 2006.), kada su postavljena temeljna pravila odnosa prema dotadašnjem zajedničkom pravu Državne zajednice i republičkom pravu Crne Gore.

Takvih je primjera međutim bilo i u davnoj prošlosti. Početkom IX. stoljeća jačanje franačke vlasti u Istri

nameće uvođenje franačkog prava, koje u interesu učvršćivanja i dominacije Franaka počinje naseljavati Slavene, favorizirajući ih na štetu dotadašnjih istarskih naseljenika. Nova vlast krši dotadašnje pravne običaje i načela bizantskog pravnog sustava primjenjivana u istarskim posebnim uvjetima, koji su, sukladno franačkim pogledima suprotni temeljnim pojmovima franačkog prava. Rezultat tih procesa je sazivanje znamenitog Rižanskog placita 804. godine. Ovaj srednjovjekovni skup, sazvan gotovo na demokratskim principima (dakako sukladno poreznim cenzusima i kriterijima), po nalogu cara, Karla Velikog i njegova sina kralja Pipina, a uz sudjelovanje patrijarha Fortunata, petorice biskupa i vojvode Ivana, utanačuje svoje zaključke, koji neosporno predstavljaju izrazit primjer naše ukupne pravne baštine, te prema Margetiću čine "nezaobilazni preduvjet razumijevanja istarske pravne povijesti" (Margetić, L., Srednjovjekovno hrvatsko pravo – stvarno pravo, Čakovec 1983., str. 11.). Pravni povijesničar Mayer ovaj dokument označava "kot najpomebnejši dokument istarske zgodovine srednjega veka in hkrati neprecenjiv vir za spoznavanje družbene strukture in pravnega sistema vzhodnih predelov bizantskega cesarstva v 8. stoletju." (Acta Historia 13.1. 2005., str. 152.) Rižanski placit predstavlja prosvjed domaće stanovništva

protiv postupanja Crkve i njezinih dostojanstvenika (ponajviše biskupa) te franačkog vojvode Ivana, kao predstavnika njezine vlasti s obzirom na dotadašnje pravne običaje i odnose u Istri. Radi se o vrlo starom i uvaženom europskom pravnom vrelu, koje, između ostalog iskazuje značajno, gotovo jedinstveno vrelo o društvenim, političkim, ekonomskim i pravnim odnosima tog ranog razdoblja istarskog srednjovjekovlja.

Iako je na te povijesne teme opetovano upozoravao ak. Lujo Margetić osvrćući se na Rižanski placit u više svojih znanstvenih studija i radova, hrvatska povijesna i pravno-povijesna javnost nije na najprimjereniji način pridala pozornost ovom iznimnom dokumentu, čija je tisuću i dvije stota obljetnica obilježena prije nepune dvije godine. Aktivniji su međutim bili predstavnici slovenske znanstvene javnosti, koji su svoj eminentni znanstveni časopis *Acta Historiae* (br. 13, 1, 2005.) u cijelosti posvetili ovom događaju, motreći ga s više aspekata. U ovaj uzorni znanstveni projekt uključeni su i vodeći znanstvenici iz više država, koje dijele naš srednjoeuropski prostor, pa tako i nekoliko znanstvenika iz Hrvatske. Glavni je urednik ovog zbornika dr. Darko Darovec, a članci su pisani na slovenskom, talijanskom, hrvatskom i engleskom jeziku.

Vrijeme druge polovice VIII. stoljeća, kada je Istra još pod bizantskom vlašću donosi mnoge mijene u njezin povijesni usud. Jačanje Langobarda, koje potom pokoravaju Franci ima za odjeke i promjene u Istri, koja od 787. godine postaje dijelom franačkoga svijeta. O tim osnovnim

povijesnim odrednicama vremena, s osvrtom na promjene u Istri upućuje nekoliko radova ovog Zbornika. Tako prof. Peter Štih s ljubljanskog sveučilišta ukazuje na položaj Istre između Istoka i Zapada naslovivši svoj članak "Istra na začetku frankovske oblasti in v kontekstu razmer na širšem prostoru med Severnim Jadranom in srednjo Donavo" dok radovi Andreja Novaka i Marine Vicelja-Matijašić tematiziraju neka pitanja vezana za bizantsku prisutnost u Istri, od njezinih početaka u VI. stoljeću, (što je prema navodima Novaka teško obrazlagati s obzirom na nepostojanje značajnijih povijesnih izvora). Prof. Vicelja-Matijašić, s riječkog Filozofskog fakulteta propituje neke bizantske aspekte primjetne u Istri, s obzirom na strukturu istarske estetske, općekulturne i umjetničke zbilje, koja je prepoznatljiva i u današnjem vremenu.

Akademik Lujo Margetić u više je navrata, kroz svoj prebogati znanstveni opus, referirao temu o Rižanskom placitu. Kao eminentni hrvatski pravni povijesničar medioevalistike, autor u ovom Zborniku zapravo samo nastavlja svoja promišljanja o Rižanskom placitu. Margetić u članku na talijanskom jeziku "Gli aspetti giuridici del Placito di Risano", ("Pravni aspekti Rižanskoga placita"), propituje pravnu prirodu Placita, izražavajući nerazumijevanje za činjenicu da ovaj akt nije dočekao svoju dublju pravnu analizu. Autor zaključuje kako ovaj zapis podsjeća na osobiti srednjovjekovni oblik franačkog formalnog postupka *probatio per inquisitionem*, u kojemu su iskazani zahtjevi domaćega pučanstva prema novim vlastima i obveze građanske i crkvene vlasti, u pogledu

svojih prerogativa. Ti su zahtjevi rezultirali definiranjem osobitog vida autonomije za istarsko područje, a da se pritom ne dira u temelje franačkog pravnog poretka. Autor se osvrće i na ukupni povijesni kontekst donošenja Placita. Drugo je pitanje s kojim se Akademik Margetić susreće, nastavak rasprave o lokalitetu sjedišta istarskog upravnog dužnosnika *magister militum*. Za razliku od prošlih istraživača, koji su mjestom iz kojeg on upravlja obično navodili Pulu, Margetić u ovom članku argumentira svoju tezu, prema kojoj *magister militum* ima svoje upravno sjedište u Novigradu.

Valja izdvojiti još jednu vrlo značajnu pravno-povijesnu studiju. To je članak Reinharta Härtela koji govori o utjecajima i paralelama Rižanskog placita na njemu suvremena i kasnija pravna vrela. Ta analiza uspoređuje Rižanski placit na temelju njegovog sadržajnog konteksta i problematike, pravne prirode, tipologije, odnosa pisanih postavki s jedne strane i pravne zbilje s druge strane i dr.

Zbornik sadrži još nekoliko članaka koji rasvjetljuju Rižanski placit s povijesnog, političkog i gospodarskog motrišta. Izdajamo radove Harolda Krahwinklera koji piše o već spomenutom sudioniku Placita patrijarhu iz Grada Fortunatu, čija je pojava važna za razumijevanje političkog i diplomatskog konteksta razmatranja Placita. Ovaj patrijarh je bio značajno uključen u pripreme Placita s obzirom na stalnu vezu s karolinškim vladajućim krugovima. Tu su i radovi koji referiraju same analize Placita: Giuseppe Albertoni: "Si nobis succurrit domnus Carolus imperator" (usporedba pravnih

rješenja Placita s tadašnjim franačkopравnim sustavom), te Maurizio Levak: "Primates populi Istrie provincie na Rižanskom saboru". Prof. Levak s pulskog Filozofskog fakulteta razmatra društvena pitanja vezana za Placit, (pripadnost 172 predstavnika istarskog, do tada privilegirajućeg sloja, koji, sada postaje ugroženo stanovništvo), interpretirajući izvor zapisa Rižanskog placita te druge izvore (Margetić, Udina...), podatke i analize u svezi s navedenim vremenskim razdobljem i susjednim prostorima, (usporedba s položajem privilegiranog društvenog sloja u srušenom Ravenskom Egzarhatu pod Francima i sl.).

Iako su već naznačeni radovi koji se odnose na povijesne okolnosti sazivanja Rižanskog placita, Acta Historiae sadrži i radove koji rasvijetljaju neke povijesne odrednice istarskog prostora u svjetlu ili kontekstu ovog značajnog događaja. Darja Mihelič s ljubljanskog Znanstvenoistraživačkog središta Slovenske akademije znanosti i umjetnosti (Znanstvenoraziskovalni centar SAZU – Zgodovinski inštitut), razmatra istarsko gospodarstvo u svjetlu Rižanskoga placita. Razmatrajući gospodarsku zbilju istarskoga prostora u vremenu od VI. stoljeća, autorica zaključuje kako je Rižanski placit kao povijesni izvor od neprocjenjivoga značenja i za analizu gospodarske povijesti Istre jer "nudi po tudi vpogled v sočasno vlogo, življenje, gospodarstvo in družbo istarskih mest in njihovega zaledja, pri čemer poudarja pripadnost slednjega ožji mestni naselbini". Ovu problematiku autorica razmatra na temelju značajnog spektra povijesnih vrela i njihove minuciozne analize. Etničkim pitanjima i odnosima



istarskog ranosrednjovjekovlja bavi se Andrej Pleterski s Odsjeka za arheologiju Znanstvenoistraživačkog središta SANU, temeljito diferencirajući i obrazlažući novu etničku strukturu istarskog prostora (Slaveni, Vlasi, Ajdi, Česi i dr.)

Ovu tematiku upotpunjuje još nekoliko radova eminentnih predstavnika, većinom slovenskih znanstvenika. To su radovi Nataše Golob ("Srednjo-bizantski slonokošćeni skrincji iz Pirana in Kopra"), Mateja Župančiča ("Il Territorium Caprense, la Via Flavia e il Pluteo con decorazioni ad intreccio attorno all'800") te Elica Boltin-Tome ("Skeletno grobišče v Predloki in začetki notranje migracije v slovenski Istri").

Kao što smo već naglasili, Rižanski je placit i do sada bio razmatran u slovenskoj, hrvatskoj i međunarodnoj historiografiji. Tom se problematikom bavi Salvator Žitko iz Pokrajinskog muzeja u Koprju, razmatrajući brojna pitanja, interpretacije i postavke povijesnih napisa o ovim temama. Oni poglavito nastaju u razdoblju od druge polovice XIX. stoljeća pa do današnjih generacija povjesničara. S obzirom na već istaknutu činjenicu o Rižanskom placitu kao izvoru političkog, gospodarskog, pravnog i kulturnog značaja, historiografija vezana za Placit je vrlo raznolika i bogata. Autor izdvaja već spomenute pravne povjesničare Mayera i Margetića, bizantologa Ferluga, istarskog povjesničara iz XIX. stoljeća Luciana, prijepisivača Placita Zottu,

znamenitog tršćanskog povjesničara i političara Petera Kandlera i njemačkog povjesničara Waitza i mnoge druge. Osobit naglasak dat je i na historiografiju o Slovencima, koji naseljavaju zaleđe istarskih gradova, kao i na prijevode i obradbe izvora (npr. A. Margetić, A. Petranović i dr.). Značajan je i popis bibliografskih jedinica, koje će bitno olakšati buduća istraživanja ovog nepresušnog povijesnog vrela.

I ovaj hvale vrijedan znanstveno-istraživački napor pokazatelj je bogatstva naše prošlosti, isprepletene mnoštvom različitih interesa i čimbenika. I kao što je u vremenima ranosrednjovjekovlja ovo istarsko-primorsko-tršćansko područje bilo susretištem i sjecištem franačko-zapadnog i bizantsko-istočnog svijeta, povijesni će usud toga prostora i u narednim vremenima baš ovdje ukrštavati interese, narode i njihove politike. Svi će oni, ostaviti tu svoj povijesni biljeg, koji će katkada imati i obrise neprihvatljivih sukoba i posezanja za tuđim. Napose je prošlo XX. stoljeće bilo označeno svom pogubnošću tih zbivanja napetosti i sukoba. No, vjerujemo da će naše, novo XXI. stoljeće biti ponajviše obilježeno ozračjem suradnje i napretka, te novih i beskrajnih proučavanja naše povijesti i sadašnjosti, a nastojanje ovog tematskog broja uglednog časopisa *Acta Historiae* tome je ponajbolja najava.

*Dr. sc. Budislav Vukas, ml.*