

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 26

BROJ 2

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 26,
Br. 2, str. XII+627-1126, Rijeka, 2005.

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA

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

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

GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER
UNIVERSITÄT IN RIJEKA

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

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

Uredništvo/Editorial Board: prof. dr. sc. Mladen Montana, prof. dr. sc. Petar Šarčević, prof. dr. sc. Dragutin Ledić, prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, prof. dr. sc. Miomir Matulović, prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, mr. sc. Sandra Laleta (svi iz Rijeke)

Izvršna urednica/Executive Editor: mr. sc. Sandra Laleta

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

Lektorica/Lector: Dušanka Starčević, prof.

Prijevod/Translations: doc. dr. sc. Ute Karlavaris-Bremer (za njemački), dr. sc. Sanja Barić (za engleski), Dott. Davide Bertaccini (za talijanski)

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

e-mail: zbornik@pravri.hr

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

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 500 primjeraka

Priprema i tisak/Layout & Print: Studio Hofbauer, Rijeka

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za *Index to Foreign Legal Periodicals*, Berkeley, California, USA, *L'Indice Penale*, Milano/Padova, Italia i *Sociological Abstracts*, San Diego, California, USA.

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

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 26

BROJ 2

RIJEKA, 2005.

SADRŽAJ

I. Članci:

- Lujo Margetić,*
Pravni aspekti Rižanskog placita (izvorni znanstveni članak)..... 627
- Velinka Grozdanić, Ute Karlavaris Bremer,*
Kazna zatvora za ovisnice – represija i/ili prevencija?
(izvorni znanstveni članak)..... 657
- Ljiljana Mikšaj-Todorović, Ksenija Butorac,*
Ispitivanje razlika u strukturi obitelji maloljetnih delinkvenata u
Republici Hrvatskoj u prijeratnom i poslijeratnom razdoblju
(izvorni znanstveni članak)..... 691
- Bariša Gašpar,*
Identifikacija i sistematizacija temeljnih čimbenika u ekološkoj
degradaciji prirode i ljudskog okoliša (izvorni znanstveni članak)..... 707
- Ivana Kunda, Jasmina Mutabžija,*
Odgovornost prodavatelja za pravo ili potraživanje trećih osoba
s osnove intelektualnog vlasništva prema Bečkoj konvenciji o
međunarodnoj prodaji robe (izvorni znanstveni članak) 733
- Aleksandra Maganić,*
Zemljišnoknjižni službenici prema Zakonu o izmjenama i dopunama
Zakona o zemljišnim knjigama (izvorni znanstveni članak) 795
- Douwe Korff,*
The Gibraltar Shooting Case: An Analysis of the European Court
of Human Rights Judgment in the Case of *McCann & Others v.*
the United Kingdom (pregledni znanstveni članak)..... 829
- Milovan Jovanović,*
Pomorsko dobro u talijanskom i hrvatskom zakonodavstvu –
Gospodarski aspekti (pregledni znanstveni članak)..... 865
- Andrija Crnković,*
Ozelenjivanje ekonomije: ekološki porezi
(pregledni znanstveni članak)..... 883

<i>Ante Perkušić, Blanka Ivančić,</i> Ugovor o darovanju nekretnine <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i> – pobijanje paulijanskim tužbama, nasljedopravni i poreznopravni aspekti (pregledni znanstveni članak).....	901
<i>Marissabell Škorić,</i> Mješoviti međunarodni kazneni sudovi (pregledni znanstveni članak).....	933
<i>Dalida Rittossa,</i> Prijepori o pravu na pobačaj u Republici Hrvatskoj (pregledni znanstveni članak).....	971
<i>Antun Jurman,</i> Bruto domaći proizvod – čimbenik rasta depozita pravnih osoba u hrvatskim bankama (stručni članak).....	999
<i>Davor Bukša,</i> Institucionalna potpora izvozu kapitalnih objekata (stručni članak) ..	1023
<i>Ivana Radačić,</i> Status of Women and Treatment of Gender-Specific Violence in International Humanitarian and International Criminal Law (stručni članak).....	1041
<i>Dragan Zlatović,</i> Kazališna djela kao autorska djela (stručni članak)	1063
II. Prikazi:	
<i>Miodrag N. Simović,</i> Krivično procesno pravo (Berislav Pavišić).....	1107
<i>Božidar Latković,</i> La Bula Áurea de 1242. – Gradec, Origen Medieval de Zagreb; Zlatna Bula iz 1242. – Gradec – srednjovjekovno porijeklo Zagreba (Budislav Vukas, ml.).....	1110
III. Fakultetska kronika	1115

TABLE OF CONTENTS

I. Articles:

<i>Lujo Margetić,</i> Legal Aspects of <i>Rizan's Placit</i>	627
<i>Velinka Grozdanić, Ute Karlavaris Bremer,</i> Imprisonment for Drug Addicted Women – Repression and/or Prevention?	657
<i>Ljiljana Mikšaj-Todorović, Ksenija Butorac,</i> Research of Differences in Minor Delinquents Family Structure in the Republic of Croatia Before and After the War	691
<i>Bariša Gašpar,</i> Identification and Classification of Basic Factors in Ecological Degradation of Nature and Human Environment	707
<i>Ivana Kunda, Jasmina Mutabžija,</i> Seller's Liability for the Third Party's Right or Claim Based on the Intellectual Property Pursuant to the Vienna Convention on the International Sale of Goods	733
<i>Aleksandra Maganić,</i> Land Register Officers According to Law on Revision of the Law on Land Register	795
<i>Douwe Korff,</i> The Gibraltar Shooting Case: An Analysis of the European Court of Human Rights Judgment in the Case of <i>McCann & Others v.</i> <i>the United Kingdom</i>	829
<i>Milovan Jovanović,</i> Maritime Domain in Italian and Croatian Law – Economic Use	865
<i>Andrija Crnković,</i> Greening the Economy: Ecological Taxes	883
<i>Ante Perkušić, Blanka Ivančić,</i> Contract on Real Estate Donation <i>de lege lata</i> and <i>de lege ferenda</i> – Challenging by <i>actio pauliana</i> , Inheritance and Tax Issues	901

<i>Marissabell Škorić,</i> Mixed International Criminal Courts	933
<i>Dalida Rittossa,</i> Issues on the Right on Abortion in the Republic of Croatia	971
<i>Antun Jurman,</i> Gross Domestic Product – Factor of Raise of Legal Persons’ Deposit in Croatian Banks	999
<i>Davor Bukša,</i> Institutional Support of Capital Objects Export	1023
<i>Ivana Radačić,</i> Status of Women and Treatment of Gender-Specific Violence in International Humanitarian and International Criminal Law	1041
<i>Dragan Zlatović,</i> Theater Piece as a Work of Authorship	1063
II. Surveys	1107
III. Faculty Chronicle	1115

INHALT

I. Aufsätze:

- Lujo Margetić,*
Rechtliche Aspekte des Placitum von Rižan 627
- Velinka Grozdanić, Ute Karlavaris Bremer,*
Gefängnisstrafe für Drogenabhängige – Repression und/oder
Prävention? 657
- Ljiljana Mikšaj-Todorović, Ksenija Butorac,*
Untersuchung der Unterschiede in der Familienstruktur
minderjähriger Delinquenten in der Republik Kroatien in der
Vor- und Nachkriegszeit 691
- Bariša Gašpar,*
Identifikation und Systematisierung der grundlegenden
Faktoren bei der ökologischen Degradierung der Natur und
menschlichen Umwelt 707
- Ivana Kunda, Jasmina Mutabžija,*
Die Verantwortung des Verkäufers für Rechte oder Ansprüche
Dritter, die auf geistigem Eigentum beruhen, nach dem Wiener
Übereinkommen über den internationalen Warenkauf 733
- Aleksandra Maganić,*
Angestellte des Grundbuchamtes im Gesetz über Änderungen
und Ergänzungen zum Grundbuchgesetz 795
- Douwe Korff,*
Der Fall "Gibraltar": Analyse des Urteils des Europäischen
Gerichtshofs für Menschenrechte im Falle *McCann u.a. gegen
das Vereinigte Königreich* 829
- Milovan Jovanović,*
Seehoheitsgebiet in der italienischen und kroatischen
Gesetzgebung – Wirtschaftliche Nutzung 865
- Andrija Crnković,*
Begrünung der Wirtschaft: Öko-Steuern 883

<i>Ante Perkušić, Blanka Ivančić,</i> Vertrag über die Schenkung von Immobilien <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i> – Anfechtung mit paulinischer Klage, erbrechtliche und steuerrechtliche Aspekte	901
<i>Marissabell Škorić,</i> Internationalisierte Strafgerichte	933
<i>Dalida Rittossa,</i> Streit über das Recht auf Abtreibung in der Republik Kroatien	971
<i>Antun Jurman,</i> Bruttonationaleinkommen – Wachstumsfaktor der Depositen juristischer Personen in kroatischen Banken	999
<i>Davor Bukša,</i> Institutionelle Unterstützung des Exports von Kapitalobjekten	1023
<i>Ivana Radačić,</i> Status der Frau und Behandlung geschlechtsspezifischer Gewalt im internationalen humanitären Recht und im internationalen Strafrecht	1041
<i>Dragan Zlatović,</i> Werke im Theater und Urheberrecht	1063
II. Besprechungen	1107
III. Fakultätschronik	1115

INDICE

I. Articoli:

- Lujo Margetić,*
Aspetti giuridici del *Placito del Risano* 627
- Velinka Grozdanić, Ute Karlavaris Bremer,*
Incarcerazione per le tossicodipendenti – Repressione e/o
Prevenzione? 657
- Ljiljana Mikšaj-Todorović, Ksenija Butorac,*
Ricerca delle differenze nella struttura della famiglia di minori
delinquenti nella Repubblica di Croazia prima e dopo la guerra 691
- Bariša Gašpar,*
Identificazione e sistematizzazione dei fattori fondamentali nella
degradazione ecologica dell'ambiente naturale e umano 707
- Ivana Kunda, Jasmina Mutabžija,*
La responsabilità del venditore riguardo diritti o pretese di
soggetti terzi sulla proprietà intellettuale in base alla Convenzione
di Vienna sulla vendita internazionale di merci 733
- Aleksandra Maganić,*
Funzionari del libri fondiari secondo la Legge sulle modifiche e
integrazioni della Legge sui libri fondiari 795
- Douwe Korff,*
Caso “Gibilterra”: Un’analisi della sentenza della Corte europea
dei diritti umani nel caso *McCann e altri contro Regno Unito* 829
- Milovan Jovanović,*
Bene marittimo nella legislazione italiana e croata – Aspetti
economici 865
- Andrija Crnković,*
Rinverdimento dell’economia: Imposte ecologiche 883

<i>Ante Perkušić, Blanka Ivančić,</i> Contratto sulla donazione immobiliare <i>de lege lata</i> e <i>de lege ferenda</i> – impugnazione per <i>actio pauliana</i> , aspetti giuridici ereditari e tributari	901
<i>Marissabell Škorić,</i> Tribunali penali internazionali misti	933
<i>Dalida Rittossa,</i> Dispute sul diritto di aborto nella Repubblica di Croazia	971
<i>Antun Jurman,</i> Prodotto interno lordo – fattori di crescita dei depositi delle persone giuridiche nelle banche croate	999
<i>Davor Bukša,</i> Sostegno istituzionale all'exportazione di capitali	1023
<i>Ivana Radačić,</i> Posizione delle donne e trattamento della violenza di genere nel diritto umanitario internazionale e penale internazionale	1041
<i>Dragan Zlatović,</i> Opere teatrali come opere d'autore	1063
II. Recensioni	1107
III. Cronaca della Facoltà	1115

I. Članci (Articles, Aufsätze, Articoli)

PRAVNI ASPEKTI RIŽANSKOG PLACITA

Akademik Lujo Margetić
Rijeka

UDK: 94(497.5-3 Istra)
Ur.: 14. ožujka 2005.
Pr.: 30. svibnja 2005.
Izvorni znanstveni članak

U prvome dijelu autor istražuje oblik i sadržaj postupka koji je primijenjen god. 804. u pritužbama istarskih narodnih predstavnika protiv istarskog vojvode Ivana i istarskih biskupa i zaključuje da je Rižanski placit samo formalno sličan postupku per inquisitionem. To je u suprotnosti s vladajućim mišljenjem u znanosti.

U drugome dijelu autor pokušava dokazati da Pula nije bila sjedište magister militum u Istri, već Novigrad.

Ključne riječi: *Rižanski placit, postupak per inquisitionem.*

I.

God. 2004. obilježavalo se u znanstvenim i kulturnim krugovima Europe 1200 godina od donošenja Rižanskog placita (dalje RP), jednoga od najvažnijih dokumenata europske povijesti ranoga srednjeg vijeka. Za pravne je povjesnike taj dokument višestruko važan jer daje uvid u pravne i društvene prilike ne samo u Istri, nego i u Bizantu i Franačkoj.

U najmanju je ruku neobično što istarska i uopće hrvatska kulturna javnost nije tu značajnu obljetnicu dostojno obilježila.

U ovome bismo radu željeli da makar s nekoliko zapažanja potaknemo daljnje istraživanje RP.

II.

Tekst RP sačuvan je u tzv. Codex Trevisanus (Archivio di Stato di Venezia, c. 21-32). Objavljen je mnogo puta. Važnija su izdanja Kandlera,¹ Udine² i osobito Manaresia.³ Manje je uspjelo izdanje Guilloua.⁴ Najbolje izdanje pripremili su Petranović i Margetić,⁵ koje, uz prijevod na talijanski, daje varijante dosadašnjih čitanja Kandlera, Udine i Manaresia i fotografije teksta iz Codex Trevisanus te time omogućuje laku kontrolu.

Neke omanje grješke tog izdanja ispravili smo 1993. god.

Tekst je na hrvatski bio preveo Kirac.⁶ Pri tome on se poslužio zastarjelim Kandlerovim čitanjem. Taj nepouzdan prijevod poslužio je kao osnova prijevoda N. Klaić.⁷ Premda je njezin prijevod umnogome neprihvatljiv, ipak se on danas nekritički prihvaća u literaturi, iako smo na njegovu nepouzdanost upozorili još 1983. god. Ne bi imalo smisla nabrojiti netočnosti toga prijevoda. Dovoljno je upozoriti samo na dvije. U latinskom tekstu RP 21v, 30-31 stoji: *numerus Tergestinus mancosos sexaginta*. N. Klaić preuzima prijevod Kirca: Trst na broj (!) 60. Ispravan prijevod: vojna jedinica Trst 60 zlatnika. Važno pitanje nazivanja gradske općine "vojnomo jedinicom" (*numerus*) netočnim se prijevodom naprosto izgubilo. Na drugom mjestu RP (22r, 25) stoji: *omnis tribunus habebat escusatos quinque* itd., što N. Klaić, preuzimajući prijevod Kirca, prevodi: svaki je tribun imao 5 zlatnika (??) itd., i daje tome ovo svoje objašnjenje: "Franački Zapad još ne poznaje plaće u novcu jer ondje prevladava naturalna privreda. Car dakle plaća u naturi svoje činovnike". Ali, nije riječ o zlatnicima, nego o ekskuzatima, tj. podložnicima koji su bili oslobođeni drugih dužnosti i dodijeljeni tribunima na službu. I neka su druga objašnjenja N. Klaić neprihvatljiva. Npr. n. dj. 22, bilj. 21: "Vojvoda je Ivan uveo vojničko uređenje u istarske općine, zato su na čelu općina mjesto sudaca postavljeni satnici (*centarchi*)". N. Klaić pri tome nije uzela u obzir da su i za vrijeme Bizanta u Istri vojna i civilna uprava bile spojene pa se ne može reći da je tek vojvoda Ivan "uveo" vojničko uređenje. S druge strane trebalo je upozoriti na to da je funkcija franačkog centenara (prema RP: *centarh*) glasom karolinških vrela u prvom redu povezana sa sudovima. U druge probleme koje je novija literatura otvorila u svezi s karolinškim centenarom ovdje ne možemo ući.

RP sazvali su po nalogu cara Karla Velikog i njegova sina italskog kralja Pipina njihovi izaslanici svećenik Izzo i comites Cadolao i Aio. Oni su iz

¹ KANDLER, 111-115.

² UDINA, 61-82.

³ MANARESI, 50-56.

⁴ GUILLOU, 192-201 i 295-301.

⁵ PETRANOVIĆ, MARGETIĆ, 71-75. Po tom ćemo izdanju navoditi dalje RP u ovome radu. Naišli smo samo na četiri beznačajne tiskarske grješke: RP 22r umjesto: *nostro* treba: *nostros*; 21v, 23 poslije *ecclesiae* treba brisati točku; RP 23r 7 umjesto: *presbiterio* treba: *presbitero*.

⁶ KIRAC, 55-59.

⁷ KLAJĆ, 9-13.

pojedinih gradova i kaštela izabrali 172 predstavnika Istrana, prisegli ih da govore istinu i zatražili od njih da iskažu o starim pravnim običajima Istre. Predstavnici su se na to tek malo potužili na patrijarha, daleko više na ponašanje biskupa, a ponajviše na postupke franačkog vojvode Ivana. Potom su izaslanici naredili da vojvoda obeća kako se razne nepravilnosti o kojima su predstavnici izvijestili neće više događati. To je u nekoliko riječi osnovni sadržaj RP.

III.

Premda o RP postoji golema, upravo nepregledna literatura, neobično je da jedno od najvažnijih pitanja, pravni aspekt dokumenta, nije pobudilo osobiti interes istraživača. Kako je RP u prvom redu pravni dokument, jasno je da o interpretaciji njegove forme i pravnog sadržaja ovisi u velikom dijelu odgovor na još otvorenje probleme.

Koji je, dakle, pravni karakter RP?

Starija⁸ i novija⁹ literatura složno tvrde da je iskaz 172 predstavnika istarskih gradova jednostavno primjena poznatog dokaznog sredstva karolinškog vremena, tzv. *probatio per inquisitionem*, često korištena u sudskim postupcima u kojima je jedna od stranaka bio kralj (točnije: fisk), crkvene ustanove i tzv. *personae miserabiles* (siromašni, udovice i siročad). U njihovim predmetima sud je po službenoj dužnosti pozivao svjedoka. Prema odredbama franačkih *capitularia* postupak *per inquisitionem* bio je, dakle, korišten samo iznimno, jer se "nemoć" tih osoba odražavala u okolnosti što one nisu mogle lako pronaći svjedoke koji bi potvrdivali njihove iskaze. Na prvi se pogled čini čudnim da bi kralj pripadao među "nemoćne osobe", ali to je shvatljivo uzevši u obzir da je svjedočenje u korist kralja protiv stanovnika nekog mjesta moglo izazvati bijes i mržnju tih ljudi protiv svjedoka, jer svjedočenje u korist kralja često je imalo za posljedicu povećavanje podavanja, s obzirom na to da se spor kralja sa stanovnicima često sastojao u pitanjima podavanja. Nakon odlaska organa suđenja takav je svjedok zbog svoje novostečene nepopularnosti mogao doživjeti osvećivanje stanovnika zbog svjedočenja.

Cavallari¹⁰ ispravno objašnjava RP i postupak *per inquisitionem* u konkretnom slučaju tvrdnjom da ona 172 *homines capitanei* nisu bili *boni et veraces homines* imenovani u takvom postupku, već da su pravi predstavnici naroda i "nositelji političkih funkcija", premda su bili izabrani od carskih izaslanika. Time Cavallari otvara vrlo ozbiljan i težak problem, na koji smo upravo upozorili. Naime, tih 172 predstavnika naroda trebalo bi svjedočiti u korist fiska, crkvenih ustanova i ostalih *personae miserabiles*. Međutim iskazi tih predstavnika naroda, navedeni u RP ne odnose se uopće na pitanje zaštite udovica

⁸ BETHMANN – HOLLWEG; cfr. BRUNNER.

⁹ CAVALLARI, 37-95.

¹⁰ N. dj., 46, br.13 bis.

i siročadi, a tek tu i tamo govore o pravima kralja. Upravo obratno, čitav sadržaj RP sastoji se od mnogih prigovora i zamjerka koje oni iznose protiv vojvode Ivana, dakle protiv kraljeva predstavnika u Istri i protiv biskupa.

I to nije sve: najvažniji prigovori Istrana usmjereni su upravo protiv vojvode, koji je raznim zakonskim i protuzakonskim mjerama uvodio franački feudalni sustav u Istru. Ukratko, Istrani se vrlo žestoko žale na pravne i ekonomske temelje franačke vlasti u Istri. Oni ne zahtijevaju poštivanje franačkih zakona, već upravo obratno, oni zahtijevaju njihovo ukidanje i povratak na raniji ekonomski i pravni sustav, tj. na bizantski sustav.

Ishod je spora iznenađujući: *missi imperiales* prihvaćaju prigovore narodnih predstavnika. Vojvoda Ivan i biskupi obećavaju da neće ubuduće primjenjivati franački sustav!

Drugim riječima, RP podsjeća samo formalno na postupak *per inquisitionem*. Onih 172 predstavnika naroda nije svjedočilo u korist vladajuće franačke klase, već traže za sebe i za društveni sloj kojem pripadaju mnogo bolji položaj od onoga što ga imaju po franačkim zakonima. Proizlazi da je RP samo forma, kojom se utvrđuju obveze vlasti (države i biskupa) prema podložnom istarskom stanovništvu, i to takve obveze kojima podložnici ponovno osvajaju onaj pravni i ekonomski položaj koji su imali u doba Bizanta.

Iz svega se vidi da je franačka vlast zapravo već prije dolaska carskih izaslanika bila odlučila prihvatiti prigovore istarskog naroda. To začuđuje. Jedini prigovor koji istarski vojvoda, u biti pravi optuženik u RP, koji on nije prihvatio – i nije mogao prihvatiti – bio je povezan s pitanjem vlasništva nad zemljom. Naime, franački sustav pretpostavljao je kraljevo vlasništvo nad istarskim zemljištima. Vojvoda nije mogao od toga odustati, jer je to bilo središnje i nezaobilazno načelo franačkog uređenja. Značajno je da istarski predstavnici neprestano govore o “našim” zemljama, “našim” neobrađenim zemljištima, “našim” livadama, “našim” pašnjacima i prigovaraju vojvodi da je Slavene postavio na “naše” zemlje. Nasuprot tomu, govoreći o zemljama, vojvoda stalno govori o “onim” šumama, “onim” zemljama – nikada o “vašim” šumama, “vašim” zemljama itd.¹¹ A kada se vojvoda brani od optužaba što se odnose na Slavene, on ne obećava da će ih udaljiti iz zemalja Istrana, već samo da će utvrditi čine li Slaveni štete Istranima, pa ako se oni doista ponašaju kao štetočine, vojvoda će ih potjerati sa zemljišta – ali ne zato što bi se Slaveni nalazili na istarskim zemljištima, već zato što izazivaju štete.

U stvarnosti je istina bila najvjerojatnije negdje u sredini i mnogo složenija: “u doba Grka” istarski posjednici su koji put uzurpirali državne zemlje na

¹¹ Ovo vrijedi citirati:

U RP 22r, 6 narodni predstavnici izjavljuju: vojvoda *tulit nostras silvas unde nostri parentes herbatice et glandatice tollebant*, a u RP 22r, 6-10 *Sclavos super terras nostras posuit; ipsi arant nostras terras et nostras runcoras, segant nostras pradas, pascunt nostru pascua et de ipsas nostras terras reddunt pensionem Ioanni* itd. Dakle, čak 7 puta: *nostrae!*

kojima su se nalazili Slaveni, a u doba franačke vlasti vojvoda je sigurno više puta naseljavao Slavene na zemlje u posjedu Istrana.

Ostaje još pitanje, zašto su upravo 804. god., tj. u doba RP, Franci najednom pokazali takvo razumijevanje za istarsko stanovništvo i zašto su bili skloni na mnoge koncesije, koje su nerijetko bile u očitijoj suprotnosti s franačkim ustavom?

Smatramo da se odgovor na to pitanje nalazi u tadašnjim okolnostima borbe Franaka i Bizanta na Jadranu. Ne treba zaboraviti s jedne strane franačko nadiranje prema južnoj Italiji, gdje su Franci uspjeli zauzeti neke gradove, a s druge strane franački nesigurni položaj u Dalmaciji i Veneciji. S RP Franci se "udvaraju" Dalmatincima i Venecijancima. U RP se naročito ističe priznanje titule gradačkog patrijarha, *vir venerabilis Fortunata patriarca* te poštivanje i ljubav koje su Istrani iskazivali prema njemu. Karlo Veliki nastojao je uvjeriti Venecijance i Dalmatince da bi za njih bilo najbolje da napuste bizantski suverenitet. Franačka vlast nije mogla biti previše privlačna za Venecijance i Dalmatince, ako se vladajući sloj u Istri, nakon franačkog osvajanja Istre, pretvorio u podložnike, tlačene teškim i često nepodnošljivim podavanjima novim gospodarima. To je razlog zašto RP obećava posjednicima u istarskim gradovima autonomiju i samoupravljanje, koje su izgubili pod Francima.

Ukratko, RP je tipičan politički i taktički pokušaj da se vlast Franaka u Istri prikaže manje neugodnom pa čak i privlačnom, osobito susjednim područjima.

IV.

Prema našem opetovano izraženom mišljenju, sjedište bizantskog *magister militum* u Istri nalazilo se u Novigradu, a ne u Puli, kako se to prihvaća u znanosti.¹² Za 6. i 7. stoljeće sjedište u Puli malo je vjerojatno. Teško je zamislivo sjedište *magister militum* u Puli, gradu shizmatičara, a da se prije toga nije ugušilo pokret Triju poglavlja, koji je imao nedvojbeno političku pozadinu. A upravo u spomenuto vrijeme pulski biskup je vjerno pristajao uz shizmu, nedvojbeno uz podršku gradskih organa, bez kojih je otpor prema službenoj doktrini u Konstantinopolu bio teško zamisliv. Dakle, Pula, odlučno protivna središnjoj vlasti, nije mogla biti sjedište *magister militum*. To isto vrijedi i za Trst. Prema našem shvaćanju više je nego vjerojatno da se sjedište nalazilo u Novigradu, jer je tamo postojalo veliko državno imanje, a tamo je *magister militum* mogao lako naći financijsku i vojnu pomoć.

Problem sjedišta *magister militum* nije posve bez interesa, jer se preko njega može bolje razumjeti funkcioniranje bizantske provincijalne uprave u vrijeme kada je bizantska vlast u provinciji bila slaba i u mnogome ovisila od prijateljskog odnosa sa susjednim državama i od diplomatske vještine središnje bizantske vlasti u rješavanju pitanja vezanih uz provinciju.

¹² BENUSSI, 410.

Štih se nedavno usprotivio ovoj našoj tezi, i to, treba priznati, s dobrim argumentima. Naime, Štih podsjeća¹³ na riječi pulskog primasa u RP, po kojima su istarski uglednici dolazili na službene razgovore – tzv. *placitum* – s *magister militum* ili zato da bi se sastali sa carskim izaslanicima (*missi dominorum nostrorum*). Štih se ne slaže s našom argumentacijom ističući da nismo uzeli u obzir ovu vijest. Na prvi se pogled doista čini kao da Štih ima pravo, to više što u RP čitamo:

Primus omniu(m) primas Polle(n)sis dixit: Qua(n)do patriarcha i(n) nostra(m) civitate(m) veniebat, et si oportunu(m) erat p(ro)pter missos dominor(um) nostro(um) aut aliquo placito cu(m) magistro militu(m) Grecorum habere ecc. (RP 21r, 30-39).

Toj Štihovoj tezi, koja je u skladu s vladajućim mišljenjem, moglo bi se čak dodati još jedan argument. Naime, titula pulskog biskupa bila je *primas pollensis*. Očito je da ta titula sugerira, ako ništa drugo, bar to da je pulski biskup bio *primas*, dakle *primus inter pares*, tj. da ga se smatralo na neki način iznad ostalih biskupa, ako već ne po rangu, a ono bar prema poštivanju i ugledu. I konačno, ne treba podcijeniti činjenicu da je upravo pulski biskup, *primas pollensis*, otpočeo u RP s prigovorima protiv vlasti.

Ipak, vladajuće mišljenje, kojem se priključuje Štih, nije tako nedvojbeno kao što se to čini na prvi pogled.

Prije svega, istina je da su bizantski *missi* dolazili u Pulu, kao što to dobro primjećuje Štih. Ali – oni su dolazili i u druge istarske gradove. To se vidi iz prigovora koje je u RP istarski narod uputio protiv istarskih biskupa nakon što je dovršio sa svojim primjedbama u svezi s ponašanjem i postupcima patrijarha. Narodni predstavnici su vrlo otvoreni i krajnje kritični kada iznose svoje prigovore protiv biskupa. Oni iskazuju:

Nam vero sup(er) ep(iscop)os multa habemus quod dicere: I capitulo: Ad missos imperii sive i(n) quacu(m)q(ue) datione aut collecta, medietate(m) dabat ecclesia et medietate(m) populus. II capitulo: Qua(n)do missi imperii veniebant, i(n) episcopio habebant, collocatione(m), et du(m) interim reverti d(e)berent ad sua(m) dominatione(m) ibiq(ue) habebant ma(n)sione(m). (RP 21v, 9-13). (Protiv biskupa imamo mnogo toga reći! (I. poglavlje) Za izaslanike carstva i za bilo koje drugo podavanje ili sabiranje, polovicu je davala crkva, a polovicu narod. (II. poglavlje) Kada su izaslanici carstva dolazili, imali su smještaj u biskupskoj palači i, dok se nisu morali vratiti svom gospodararu, stanovali su tamo).

Dakle, narodni predstavnici tvrde da su u doba Bizanta bizantski poslanici (*missi imperiali*) dolazili u razne gradove i da se troškove tih izaslanika dijelilo na jednaki način između naroda i biskupa. Uz to, *missi* su stanovali u biskupskoj zgradi. Aluzija je nedvojbeno, premda ne i izrečena *expressis verbis*: sada, za vrijeme franačke vlasti, troškovi posjeta koje su činili *missi imperiali* padaju

¹³ ŠTIH, 5.

na teret naroda. Isto vrijedi i za troškove stanovanja. Narodni predstavnici očito traže povrat na bizantski sustav, po kojem je polovica ovih troškova padala na teret biskupa.

Odlučujući argument protiv vladajućeg mišljenja o sjedištu u Puli nalazi se već u samom RP, koji se odigrava ne u Puli, već daleko od nje, u Rižani. Čini se vrlo razumnom tvrdnja da se placit odigravao na onom mjestu koje se carskim izaslanicima zbog nekih razloga činilo najprikladnije. Npr. u slučaju spora o granicama između Rovinja i Poreča sve je govorilo u prilog određivanja mjesta placita na području između ta dva grada, pa su se carski izaslanici smještali u Rovinju ili Poreču.

Drugim riječima, *missi imperiales* nisu dolazili isključivo u Pulu, kao što to tvrdi Štih, pa njihov dolazak i u Pulu, na koji se oslanja Štih, nije dokaz da su oni dolazili samo u Pulu i da bi iz toga proizlazilo da bi sjedište magistra *militum* bilo također u Puli.

Ako je to tako, onda se čini očitim da se iz činjenice što su se neki placiti obavljali *također i u Puli* ne može zaključiti da je provincijalno sjedište bilo u Puli, kao što to tvrdi Štih pozivajući se na slučaj spomenut u RP. Ukratko, iz samoga RP ne može se izvesti izravan dokaz gdje je bilo sjedište magistra *militum*. Zbog toga treba proučiti neizravne dokaze.

Kao što smo već naglasili u našem radu iz 1983.,¹⁴ i još detaljnije u radu iz 1993.¹⁵ godine, pravni položaj Novigrada bio je vrlo složen i razlikovao se od pravnog položaja drugih gradova. Doista, zašto Pula i Rovinj plaćaju središnjoj vlasti u Bizantu 66, Trst 60, Rovinj 40, Labin i Motovun 30, Buzet i Pićan 20 zlatnika, a Novigrad samo 12? Zašto se samo u Novigradu spominje *cancellarius* (RP 21v, 28-34)? Vidi se da je Novigrad imao pravni položaj koji se razlikovao od položaja drugih gradova. Ako se samo u Novigradu spominje *cancellarius* (*Civitatis novae*), to najvjerojatnije znači da je u Novigradu gradska autonomija bila drukčija, tj. ograničenija nego u drugim gradovima. Podavanje Novigrada, koje je mnogo niže od podavanja drugih gradova, lako je objašnjivo, ako se uzme u obzir da je u Novigradu postojao veliki državni posjed, gdje je po riječima samoga RP živjelo više od 200 državnih zakupnika. Oni su fisku plaćali godišnje preko 100 stara ulja, 200 stara vina i usto veliku količinu žita i kestenja.

†Jsto, pulsko sjedište zahtijevalo bi znatne troškove povezane sa stanovanjem i ishranom samoga magistra, njegove obitelji, slugu i vojne pratnje. Sa sjedištem u Novigradu, *magister militum* je mogao bez teškoća stanovati besplatno u jednoj od svojih kuća. Vojna pratnja mogla se lako regrutirati od mladih seljaka, kojima se zbog te službe smanjivalo zakup – sustav, koji je i inače bio poznat i proširen. Ukratko, sjedište u Puli zahtijevalo bi velike troškove, a sigurnost boravka bila bi očito mnogo manja. Obratno, u Novigradu bi troškovi bili mnogo manji, a sigurnost potpuna.

¹⁴ MARGETIĆ 1983., 125.

¹⁵ MARGETIĆ 1993., 316.

Ali, ako je to tako, otvara se novi problem: zašto se RP nije odigrao bliže Novigradu? Tamo bi i *missi imperiali* sa svojom pratnjom mogli lako dobiti smještaj, a boravak brojnih gostiju mogao je za Novigrad predstavljati vrelo znatnog dobitka. Čini nam se da i izbor Rižane treba povezati s neobičnom okolnošću da na RP nisu sudjelovali gradovi Piran, Izola i Kopar. Ali to je problem, koji izlazi iz okvira ovoga članka.

V.

Smatramo da je korisno ovdje pridodati još nekoliko naših zapažanja koja bi mogla poslužiti kao “odskočna daska” daljnjih istraživanja u smislu plodonosne diskusije.

1. *Numerus Tergestinus*. U literaturi se pojam “vojne jedinice” Trst različito objašnjavao. Obično se misli da su gradska općina i nekadašnja bizantska vojna jedinica stacionirana u tom gradu srasle¹⁶ u jedinstveni gradski organizam kojem je ostao neobičan naziv koji podsjeća na nekadašnju vojnu jedinicu. Ali, Trst taj naziv ne nosi u drugim ranijim i kasnijim vrelima, nego samo u RP. Bi li to moglo značiti da gradska općina *Tergeste* nije uopće plaćala svoj udio u onih 344 zlatnika? Na to je pomišljao npr. Benussi¹⁷ kada je ustvrdio da je na kraškoj visoravni, koja je bila dio tršćanskog distrikta, bila smještena graničarsko-vojna jedinica *corpo di limitanei – numerus tergestinus*, kojoj je bio dodijeljen taj golemi teritorij na obrađivanje i koja je upravo zbog posjedovanja toga zemljišta plaćala razmjerno visok iznos od 60 zlatnika. Ali, malo je vjerojatno da bi prilično visok tršćanski udio plaćala samo ta vojna jedinica, bez obzira na to što joj autori “dodjeljuju” područje sve do Snježnika. Ma kako toj vojnoj jedinici povećavala područje sjeverno i sjeveroistočno od Trsta, ona bi bila nerazmjerno teško opterećena u usporedbi s npr. Buzetom i Pićanom (sa samo 20) te Labinom i Motovunom sa samo 30 zlatnika opterećenja.

Pokušajmo problemu prići s drugog ugla. Naime, redosljed nabranjanja obveznika na podavanje 344 zlatnika u RP izgleda ovako: “gradska općina” Pula, Rovinj, Poreč, “vojna jedinica” Trst, Labin, Pićan, Motovun, Buzet – i kao neki dodatak “kancelar Novigrada”. Vidi se da je redosljed logičan: najprije zapadna obala, počevši od Pule prema sjeveru, nakon toga istočni dio Istre, također počevši od Labina prema sjeveru – i konačno, odvojeno područje Novigrada, gdje je bilo državno dobro i po nama upravo zbog toga sjedište magistra *militum*, a kasnije vojvode Ivana. Takva je organizacija Istre u bizantsko doba očito dobro promišljena. S mora je Istra zaštićena bizantskom supremacijom na moru koja je na sjevernom Jadranu u 8. stoljeću bila nesporna, na istoku i sjeveroistoku Istru su štitali Učka i Ćićarija, tako da je opasnost mogla doći samo sa sjevera. Novigrad je očito imao ulogu pozadinskog razmjerno

¹⁶ MAYER, 264.

¹⁷ BENUSSI, 51, 574.

jačeg (za istarske prilike) vojnog središta. U literaturi se predložilo više rješenja za problem zašto u RP nisu spomenuti Umag, Piran, Kopar (i Milje). Ona se svode ili na to da su oni zbog ovog ili onog razloga oslobođeni toga podavanja ili na to da je taj dio Istre bio izdvojen¹⁸ i postao sastavnim dijelom Venecije počevši od 726. god., tj. od početka ikonoklastične politike pod Lavom III.¹⁹ Kako se ne vidi nikakav prihvatljivi razlog za oslobađanje tih mjesta i kako se ta mjesta nalaze neposredno južno od Trsta, daleko je uvjerljivije pretpostaviti da je pojam *numerus Tergestinus* obuhvaćao cijelo sjeverozapadno istarsko područje, uključujući i Umag, Piran, Kopar, Milje. Još manje nam se čini uvjerljivom teza o odvajanju toga dijela Istre u sklop venecijanskog dukata jer je to neuvjerljiva drastična interpretacija podataka iz RP, bez ikakva oslonca u vrelima koja pretpostavlja izdvajanje iz Istre ne samo tih mjesta već i njihovih distrikata. Ukratko, cijelo je istarsko područje bilo "pokriveno" obvezom na 344 zlatnika. Ta je obveza najvjerojatnije ujedno i temelj za sudjelovanje pojedinog grada i kaštela u provincijalnoj skupštini. U RP je to riješeno vrlo jednostavno: 2 zlatnika daju pravo na jednog predstavnika.

2. *Karakter odluka carskih izaslanika.* Već je Cessi istaknuo da je vojvoda Ivan na RP obećao povratiti stare pravne običaje, "premda inkompatibilne s franačkim pravom".²⁰ Možda neće biti naodmet upozoriti da carski izaslanici nisu uopće bili vezani franačkim pravom, jer su oni nastupali u ime cara pa, kao što je car mogao svojim kapitularima mijenjati propise, to isto pravo pripadalo je i njegovim izaslanicima. Oni su inače sudili na placitima *ex aequo et bono*, što je u literaturi s pravom općenito prihvaćeno. Pogotovu je to slučaj s RP na kojem se, u prvom redu, radilo o izmjenama javnopravnog položaja istarskih posjednika.

3. *Breves.* Nakon što su carski izaslanici izabrali 172 "kapetana", ovi počinju s time da podnose carskim izaslanicima na uvid *breves per singulas civitates vel castella et quod tempore Constantini seu Basilii magistri militum fecerunt*.²¹

Što su *breves*? Prema Udini²² to su *registri censuari* (tako već Benussi²³) iz kojih je vidljivo koliko je koji grad plaćao u državnu blagajnu. Guillou misli da su to *les listes des contribuables*.²⁴ Mislimo da su *breves* imali raznolikiji sadržaj, jer istarski predstavnici neposredno nakon navedenog teksta nastavljaju s prigovorom crkvama da one ne daju dužnu pomoć. *Breves* su morali sadržavati odredbe o dužnostima crkvenih institucija prema istarskim gradskim općinama, a i druge odredbe kojima se reguliralo odnose prema višim tijelima, osobito prema magistrima *militum*, kao neposredno nadređenom organu. Premda Cavallari vjerojatno ponešto pretjeruje kad misli da su *breves*, uz ostalo,

¹⁸ DE FRANCESCHI, 17 i d.

¹⁹ CAVALLARI, 59.

²⁰ CESSI, 310.

²¹ RP 21r, 15-16.

²² UDINA, 37-38.

²³ BENUSSI, 137.

²⁴ GUILLOU, 295.

sadržavali možda (*forsanco*) unutrašnju organizaciju gradskih općina, zatim ovlasti tribuna na ubiranje podavanja, visinu travarine i žirovnine itd., ipak nam se čini da ne bi smjelo biti sumnje u to da su *breves* obuhvaćali sve odnose gradskih općina s nadređenim vlastima i crkvom.

4. *Tribuni, domestici, vicari, locoservatores.*

Funkcija i međusobni odnos između tih službi predmet su živahnih rasprava među autorima. Prema Benussiju²⁵ na čelu gradova (*civitates*) bili su tribuni, a na čelu gradića (*castella*) najčešće vikari. U njihovoj odsutnosti, ili u mjestima gdje ih nije bilo, zamjenjivali su ih *locoservatores*. Po Hartmannu²⁶ tribuni su najviši organi, a “uz njih” postoje vikari i *locoservatores*. Po Diehlu²⁷ su “ispod tribuna *domestici, vicarii i locoservatores*, po Mayeru²⁸ funkcionari su tribuni, *domestici* i *vicarii*, dok su *locoservatores* “prvi komunalni suci”. Po Kosu²⁹ *lociservatores* su isto što i *vicarii*, a *tribuni domestici* su vojni zapovjednici. Naprotiv, Guillou³⁰ izjednačuje *domestici* i *vicarii* i misli da su *locoservatores* “nešto drugo”. Po Udini³¹ *locoservator* je zamjenik tribuna, *domestika* i vikara itd. Tek je Cavallari³² posvetio tom pitanju više pažnje. Po njemu “*actus tribunati*” označava sve funkcionare, s time da su *domestici, vicarii i locoservatores* “*particolari colorazioni*” sveobuhvatnog pojma “*actus tribunati*”, gdje “*actus*” označava ideju uprave. Usto, on upravo s Novigradom povezuje službu *domestika*, s time da smatra da je *cancellarius Civitatis novae* isto što i *domesticus*.

Cancellarius je u Novigradu bio najvjerojatnije na čelu kancelarije magistra *militum*, zadužene za ekonomsko i financijsko poslovanje cjelokupnog novigradskog područja i pučanstva.

Domesticus je na talijanskom bizantskom području označavao časnika koji služi neposredno uz komandanta oblasti.³³ Zato je Cavallari ispravno povezao s magistrom *militum* i Novigradom funkciju *domestika*, samo što nam se čini da bi bilo ispravnije u kancelaru i *domestiku* vidjeti dva funkcionara, a ne jednoga. Tako npr. i u Justinijanovom Codexu nalazimo u I, 51 spomenute te službe kao usko povezane, ali ipak odvojene:

C. I, 51 naslov: *De adessoribus et domesticis et cancellariis iudicum*;

C. I, 51, 3 (27.XII.399.): (datacija po Seecku): “(...) *et cancellarios et eos qui domesticorum funguntur officio*”;

C. I, 51, 4 (8.IV.404.): “(...) *qui semel domestici vel cancelarii ministerium gesserit*”;

²⁵ BENUSSI, 35-36.

²⁶ HARTMANN, 61.

²⁷ DIEHL, 118.

²⁸ MAYER, 264.

²⁹ KOS, 20, 24.

³⁰ GUILLOU, 248.

³¹ UDINA, 32.

³² CAVALLARI, 60.

³³ MAYER, 407.

C. I, 51, 8 (31.V.423.): "(...) *cui domestici vel cancellarii nomen imponat*".

Cancellarius i *domesticus* službe su usko međusobno povezane, pa *cancellarius Civitatis novae* upućuje na to da se tamošnja služba, analogna tribunu i lociservitoru, zvala *domesticus*.

Iz god. 847. sačuvan je kodicil redovnice Maru³⁴ kojom ona ostavlja opatiji u Sestu 55 košara maslina. Kao svjedoci stavilo je rukoznak 8 osoba, među kojima su na prvom i trećem mjestu dva tribuna, na četvrtom i petom dva "*lociservatora*" (očito dva *lociservatora*), a na sedmom i osmom mjestu dva *vigarii* (tj. *vicarii*). Nema nikakve sumnje da se taj dragocjeni podatak može primijeniti i na bizantsko doba. Iz toga bi slijedilo da su u Trstu, a očito i u Puli i Poreču, kao lokalni funkcionari postojali *tribuni*, *lociservatores* i *vicarii*. Začudo, RP mijenja redoslijed tako da njegov popis lokalnih funkcionara završava s *vicarios nec non locoservator*.³⁵ Prednost treba dati redoslijedu u ispravi iz 847. god. jer su svjedoci stavljali rukoznake prema ugledu, a na to su prisutni svjedoci i te kako pazili. Ali, ni redoslijed spomenut u RP ne može se posve zanemariti. Ako je u kaštelima umjesto tribuna na čelu uprave stajao *lociservator*, onda je doista pitanje je li na provincijalnoj skupštini vikarij bogatog i uglednog grada kao npr. Pula imao prednost pred lociservatorom daleko manje važnoga Pičana. Možemo sebi zamisliti koliko je glavobolje moralo prouzročiti magistru *militum* da uspostavi onakav redoslijed počasnih mjesta na provincijalnoj skupštini koji bi prouzročilo najmanje nezadovoljstva.³⁶

Usto, ako su tribuni imali pravo na "pet i više" ekskuzata, znači li to da *lociservatores* i vikariji nisu imali to pravo? To je posve nevjerojatno, pogotovo za *lociservatores* kaštela, koji sigurno nisu imali ni izdaleka onoliko pomoćnika koliko su ih imali veći gradovi. Zbog toga pod pojmom "tribuni" u izjavi istarskih predstavnika da je "svaki tribun imao pet i više ekskuzata" treba nužno razumjeti širi pojam tribuna, koji je obuhvaćao sve funkcionare pojedinog grada i kaštela. Dakle, kada se predstavnici istarskih posjednika tuže da im je "oduzet tribunat", oni time bez ikakve sumnje žele reći da im je vojvoda Ivan oduzeo pravo na popunjavanje svih lokalnih službi, a ne samo tribuna. To je uostalom jasno već iz sljedeće pritužbe po kojoj je vojvoda "postavio nad nama centenare" (*constitui nobis centarchos*), jer je jedna od bitnih značajki franačkog pravnog sustava u doba Karolinga u tome da su osnovni niži funkcionari upravo centenari i da oni uz ostalo obavljaju sudsku funkciju.³⁷

Ovo je samo kratki pregled nekih od važnijih pitanja kojima se europska pravna historiografija bavi u svezi s RP.

³⁴ KANDLER, 134, br. 59.

³⁵ RP 22r, 16.

³⁶ Kome od npr. vikarija triju važnijih gradova (Trst, Poreč, Pula) dati prednost, a da ne dođe do duboke uvrijeđenosti "drugoplasiranog", a pogotovu "trećeplasiranog"?

³⁷ Centenari ne sude jedino u najsloženijim sporovima, npr. o nekretninama i nasljedstvu.

Ako bi ovaj rad potaknuo naše pravne povjesnike da se uključe u europske tokove raščlamba jednoga od najdragocjenijih dokumenta europske povijesti, koji je usto nastao u Istri, a odnosi se najvećim dijelom na današnji hrvatski teritorij, smatramo da bi on (taj rad) višestruko opravdao njegovo objavljivanje.

VI.

Ovom je radu pridodan izvorni tekst Rižanskog placita i njegov prijevod na hrvatski. Tekst i prijevod temelje se na (tek neznatno ispravljenom) čitanju i prijevodu A. Petranović i A. Margetić.

Tekst je dosad objavljen 1993. god. u Zborniku Pravnog fakulteta u Zagrebu, a drugi put, nažalost na neprihvatljiv način, u knjizi L. Margetić, *Istra i Kvarner*, Rijeka, 1996., 132-141.

Nadamo se da će ovaj rad potaknuti u nas daljnja istraživanja koja su u Sloveniji, Italiji, Njemačkoj itd. u punom zamahu. Bila bi velika šteta da se još mnoga neraščišćena pitanja toga jedinstvenog dokumenta ne nastave proučavati i u nas, to više što se njegov daleko najveći dio odnosi na hrvatski dio Istre. Premda je pravni aspekt RP najvažniji, ne dvojimo da će i druge struke (lingvisti, ekonomisti itd.) nastaviti s istraživanjima i da je sadašnji zastoj u našim znanstvenim krugovima samo privremen.

Literatura

- | | |
|--------------------|--|
| AMSI | - Atti e memorie della Società Istriana di Storia Patria. |
| BENUSSI | - B. BENUSSI, <i>Nel Medio evo. Pagine di storia istriana</i> , Parenzo, 1897. |
| BETHMANN – HOLLWEG | - M. A. von BETHMANN – HOLLWEG, <i>Der Civilprozess des gemeinen Rechts u geschichtlicher Entwicklung</i> , V, Bonn, 1873. |
| BRUNNER | - H. BRUNNER, <i>Zeugen – und Inquisitionsbeweis der carolingischen Zeit</i> , Wien, 1864. |
| CAVALLARI | - V. CAVALLARI, <i>La costituzione tribunizia istriana</i> , <i>Rivista di storia del diritto italiano</i> 23, 1950. |
| CESSI | - R. CESSI, <i>L'occupazione longobarda e franca dell'Istria nei secoli VIII e IX</i> , <i>Atti del R. Istituto Veneto di scienze, letteratura ed arti</i> , 1940-1941, T. C. Parte III. |
| DE FRANCESCHI | - C. DE FRANCESCHI, <i>Saggi e considerazioni sull'Italia nell'alto medio evo</i> , AMSI 16, 1968. |
| DIEHL | - CH. DIEHL, <i>Études sur l'administration byzantine dans l'exarchat de Ravenne (568-751)</i> , Paris, 1888. |
| GUILLOU | - A. GUILLOU, <i>Régionalisme et indépendance dans l'empire byzantin au VIIe siècle</i> , Rome, 1969. |

- HARTMANN - L. M. HARTMANN, *Untersuchungen zur byzantinischen Verwaltung in Italien (540-750)*, Leipzig, 1889.
- HL - Paulus Diaconus: *Historia Langobardorum* – E. Bartolini, I Barbari, Milano, 1970., 874-1239.
- KANDLER - *Codice diplomatico istriano, ad a. 804*. Vidi novo izdanje Trieste, 1986., br. 54.
- KIRAC - L. KIRAC, *Crtice iz istarske povijesti*, Zagreb, 1946.
- KLAIĆ - N. KLAJIĆ, *Izvori za hrvatsku povijest*, Zagreb, 1972.
- KOS - F. KOS, *Gradivo za zgodovino Slovencev v srednjem veku*, II, Ljubljana, 1906.
- MANARESI - C. MANARESI, *I Placiti del "Regnum Italiae"*, *Fonti per la storia d'Italia*, Roma, 1965.
- MARGETIĆ (1983): - L. MARGETIĆ, *Historica et Adriatica*, Trieste – Rovigno.
- MARGETIĆ (1993): - L. MARGETIĆ, *O nekim pitanjima Rižanskog placita*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 43, 407-438.
- MAYER - E. MAYER, *Die dalmatisch-istrische Munizipalverfassung im Mittelalter und ihre römischen Grundlagen*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 24, 1903.
- PETRANOVIĆ – MARGETIĆ - A. PETRANOVIĆ – A. MARGETIĆ, *Il Placito del Risano*, *Atti Centra za historijska istraživanja*, Rovinj, XIV, 1983-1984.
- RP - *Placito di Risano (usp. Margetić, 1993.)*.
- ŠTIH - P. ŠTIH, *Istra v času nastanka koprške škofije*, *Acta Histriae* 9, 1.
- UDINA - R. Udina, *Il Placito del Risano*, *Archeografo Triestino*, XVII, 1932.

Tekst i prijevod Rižanskog placita***Tekst***

21 r

- In no(min)e patris et filii et sp(irit)us sancti amen. Cu(m) p(er) jussione(m) piissimi atq(ue) ex(cellentissimi) d(omi)ni Caroli Magni imp(er)atoris et Pipini regis filii eius i(n) Istria nos serui eo(rum) directi fuissemus idest IZZO presbiter atq(ue) Cadolao et Aio comites p(ro) causis sanctar(um) Dei ecclesiar(um) dominor(um) nostror(um) seu et de violentia
- 5 populi, pauperor(um), orfanor(um) et viduar(um), primis omniu(m) venie(n)tib(u)s nobis i(n) teritorio Caprense, loco q(ui) dicit(ur) Riziano, ibiq(ue) adunatis venerabili viro Fortunato patriarcha atq(ue) Theodoro, Leone, Stauratio, Stefano, Laurentio ep(isco)pis et reliq(ui)s primatibus uel populo p(ro)vincię Istrie(n)siu(m), tunc elegimus d(e) singulis civitatib(u)s seu castellis homines capitaneos numero centu(m) septua-
- 10 ginta et duos, fecimus eos jurare ad sancta 4 D(e)i eua(n)gelia et pignora sanctor(um) ut omnia quicq(ui) scirent d(e) quo nos eos i(n)terrogauerimus, dicant veritate(m), imprimis d(e) reb(u)s sanctar(um) Dei ecclesiar(um), d(e)ind(e) justitia domi-
- nor(um) nostror(um) seu et d(e) violentia uel c(on)suetudine populi terre istius, orfanor(um) et viduar(um), q(ui) absq(ue) vllius ho(min)is timore nobis dicerent veritate(m).
- 15 Et ipsi d(e)tulerunt nobis breues p(er) singulas civitates uel castella et quod tempore Co(n)stantini seu Basili magistri militu(m) fecerunt, c(on)tinentes q(uod) a parte ecclesiar(um) no(n) haberent adiutoriu(m) nec suas c(on)suetudines. Fortunatus patriarcha dedit respo(n)su(m) dice(n)s: Ego nescio si sup(er) me aliq(ui)dicere uultis. Veru(m)tame(n) vos scitis omnes c(on)suetudines quas a
- 20 vestris partib(u)s sancta ecclesia mea ab antiquo te(m)pore usq(ue) nu(n)c d(e)dit, vos michi eas p(er)donastis p(ro)pter q(uod) ego ubicu(m)q(ue) potui, i(n) vestro fui adiutorio et nu(n)c esse vollo et vos scitis q(uod) multas dationes uel missos i(n) s(er)uitiu(m) d(omini)
- Imp(er)atoris p(ro)pter vos direxi. Nunc aute(m) qualiter vobis placet ita fiat. Omnis populus vnanimiter dixeru(n)t q(uod) antea tu(n)c et nu(nc) et

Prijevod

21 r

U ime Oca i Sina i Duha Svetoga, amen. Kada smo po nalogu vrlo pobožnoga i vrlo uzvišenog gospodina / cara Karla Velikog i njegova sina, kralja Pipina, upućeni u Istru, mi, njihove sluge/ tj. svećenik Izzo i knezovi Kadolao i Aio / zbog sporova svetih Božjih crkava, naših gospodara kao i zbog nasilja /⁵ nad narodom, siromašnima, siročadi i udovicama, došli prije svega / na koparsko područje, na mjesto nazvano Rižana, tamo smo, nakon što su se skupili časnici / muž patrijarh Fortunat i biskupi Teodor, Lav, Stavracije, Stjepan, Lovro / i ostali uglednici i narod provincije Istrana, izabrali tada iz pojedinih gradova i kaštela ljude-kapetane 172 /¹⁰ (i) zakleli ih na sveta Božja evanđelja i svetačke / moći da iskažu istinu što god znaju o svemu onom o čemu ćemo / ih pitati, u prvom redu o stvarima svetih božjih crkava, zatim o pravima / naših gospodara kao i o nasilju te pravnim običajima naroda te zemlje, siročadi i udovica i da nam kažu istinu bez straha pred bilo kime./¹⁵ I oni su donijeli (službene) isprave za pojedine gradove i kaštela, / što su ih u vrijeme Konstantina i Bazilija učinili *magistri militum*, tvrdeći / da od strane crkava nisu dobivali pripomoć ni (ono na što su imali pravo po) pravnim običajima./ Patrijarh Fortunat odgovorio je rekavši: "Ne znam je li želite reći / nešto o meni. Ipak, vama je poznato da ste me od onog što je u skladu sa svim pravnim običajima /²⁰ u vašem kraju davala moja sveta crkva od davnih vremena do danas, / oslobodili zato što sam vam pomogao, gdje god sam mogao, a i sada to želim; vi znate da sam zbog vas slao mnoga podavanja i izaslanike u službu gospodina / cara. Sada pak neka bude kako želite." / Sav je narod jednoglasno rekao "da se i ranije i sada i /²⁵ kroz mnoga vremena radilo u našu korist, pa neka tako bude, jer smo dobili mnogo toga dobrog / i vjerujemo da ćemo dobiti, s time da vaša pratnja, kada dođu izaslanici naših gospodara, / radi u skladu sa starim pravnim običajima". Tada je Fortunat / rekao: "Molim vas, sinovi, recite istinu kakve je pravne običaje imala moja sveta metropolitanska crkva /³⁰ s vama na istarskom području". Prvi je pred svima rekao pulski primat /: "Kada je patrijarh dolazio u naš grad, ako je bilo nužno / zbog izaslanika naših gospodara ili nekog zborovanja s magistrom / *militum* Grka, izlazio je biskup našega grada sa svećenicima / i s klerom u svečanoj misnoj odjeći s križem, kandelabrima i tamjanom pjevajući (mu) u počast /³⁵ kao vrhovnom crkvenom poglavaru, a suci su dolazili s narodom sa stjegovima

- 25 plura te(m)pora p(ro) nostro largido, ita sit, q(ui)a multa bona parte habuimus et habere credimus excepto q(ua)ndo missi dominor(um) nostror(um) venerint, antiqua c(on)suetudine vestra familia faciat. Tunc Fortunatus patriarcha dixit: Rogo vos filii nobis dicite veritate(m) qualem c(on)suetudinem sancta ecclesia mea metropolitana i(n) territoriu(m)
- 30 Istrie(n)se i(n)ter uos habuit. Primus omniu(m) primas Polle(n)sis dixit: Qua(n)do patriarcha i(n) nostra(m) civitate(m) veniebat, et si oportunu(m) erat p(ro)pter missos dominor(um) nostror(um) aut aliquo placito cu(m) magistro militu(m) Grecorum habere, exiebat ep(iscop)us ciuitatis nostrę cu(m) sacerdotib(u)s et clero vestiti planetas cu(m) cruce, cereostados et i(n)censo, psalendo
- 35 sicuti summo po(n)tifici et iudices vna cu(m) populo veniebant cu(m) signa

21 v

- et cu(m) magno etia(m) recipiebant honore. Ingrediente(m) aute(m) ipsu(m) pontefice(m) i(n) domu(m) sanctę ecclesię nostre accipiebat statim ipse ep(iscop)us claud(e) sua domo et ponebat eas ad ped(e)s patriarche. Ipse aute(m) patriarcha dabat eas suo maiori et ipse iudicabat et disponebat usq(ue) i(n) die tertia: quarta aute(m) die ambulabat i(n) suu(m) rectorio. Deinde interrogauimus iudices d(e) alias ciuitates siue castella si veritas fuisse ita. Omnes dixerunt sic est veritas et sic adimplere cupimus. Nos uere amplius sup(er) patriarcha dicere non possumus. Peculia aute(m) uestra domnica ubicu(m)q(ue) nostra pabulant ibique et vestra paschant absq(ue) omni datione; volumus ut i(n) antea ita p(er)maneant. Nam vero sup(er) ep(iscop)os
- 10 multa habemus quod dicere: I capitulo: Ad missos imperii siue i(n) quacu(m)q(ue) datione aut collecta medietate(m) dabat ecclesia et medietate(m) populus. II capitulo: Qua(n)do missi imperii veniebant i(n) episcopio habebant collocatione(m), et du(m) interim reuerti d(e)berent ad sua(m) dominatione(m) ibiq(ue) habebant ma(n)sione(m). III Cap(itu)lo: Quacu(m)q(ue) cartulae enphitheoseos aut libellario iure uel no(n) dolosas c(om)munitationes nu(m)q(uam) ab antiquu(m) tempus corruptae fuerunt ita ut nu(n)cfiu(n)t.
- 15 IIII cap(itu)lo: De herbatice uel glandatice nu(m)q(uam) aliq(ui)s vim tulit inter uicora nisi secu(n)du(m) c(on)suetudine(m) parentor(um) nostror(um). V cap(itu)lo: De vineas nu(m)q(uam) i(n) tertio ordine tuleru(n)t, sicut nu(n)c faciu(n)t nisi tantum quarto. VI Cap(itu)lo:

21 v

te (ga) primali s velikom počasti. Nakon što je (crkveni) poglavar ušao u / kuću naše svete crkve, odmah je biskup uzimao ključeve svoga / doma i polagao ih pred noge patrijarha, a patrijarh ih je davao svom / kućnom upravitelju te sudio i donosio odluke do trećeg dana; četvrtog pak dana /⁵ prelazio je u vlastiti stan". Nakon toga upitali smo suce ostalih gradova i kaštela je li to istina. Svi su odgovorili: "Da, to je istina i želimo da tako postupamo. Mi doista ne možemo ništa više reći o patrijarhu./ Vaša gospodska stoka – gdje god naša pase, tamo neka pase i vaša / bez ikakvog podavanja; želimo da tako, kao i ranije, ostane i ubuduće. Međutim, o biskupima / imamo mnogo toga reći. I. poglavlje: Za izaslanike carstva i za bilo koje drugo podavanje / ili sabiranje, polovicu je davala crkva, a polovicu narod. II. poglavlje /: Kada su izaslanici carstva dolazili, imali su smještaj u biskupskoj palači i, dok se nisu morali vratiti svom gospodaru, stanovali su tamo. III. / poglavlje: Bilo koje isprave o emfiteuzi ili trajnom zakupnom odnosu ili neprijevarnim zamjenama /¹⁵ nikada od davnog vremena nisu bile poništavane, kako se sada čini. IV. poglavlje: Za travarinu i žirovninu na neobrađenim zemljama nikada nije nitko činio nasilje, / nego (se radilo) po pravnim običajima naših predaka. V. poglavlje: Od vinograda se nikad nije uzimala / trećina, kako sada čine, već samo četvrtina. VI. poglavlje: /Crkveni sluge nisu se nikad nedostojno ponašali prema slobodnom čovjeku /ili (ga) udarali batinama pa se čak nisu usudili ni sjediti pred njima. Sada pak / tuku nas batinama i gone mačevima, a mi se zbog straha pred našim gospodarom ne usuđujemo odupirati da ne bi došlo do goreg. VII. Oni koji su / crkvene zemlje uzimali u zakup do treće generacije, nikada nisu bili izbacivani. / U javnopravnim morima, gdje je sav narod zajednički ribario, /²⁵ sada se ne usuđujemo loviti ribe, jer nas tuku batinama i kidaju naše mreže. / VIII. poglavlje: Što ste nas pak pitali o pravima naših gospodara, koja su ubirali Grci / sve do onog dana dok nismo potpali pod vlast naših gospodara, / iskazujemo kao što znamo istinu: od grada Pule zlatnika / 66; od Rovinja zlatnika 40; od Poreča /³⁰ zlatnika 66, vojna jedinica Trst zlatnika / 60; od Labina zlatnika 30; od Pićana zlatnika 20; od Motovuna zlatnika 30; od Buzeta

- familia ecclesie nu(m)q(uam) sca(n)dala c(om)mittere aduersus liberu(m) ho(mi) nem aut
- 20 ced(e)re cu(m) fustib(u)s et ia(m) nec sedere ante eos ausi fuerunt. Nu(n)c aute(m) cu(m) fustib(u)s nos cedunt et cu(m) gladiis seq(u)u(n)tur nos. Nos uero p(ro)pter timore(m) d(omi)ni nostri no(n) sumus ausi resistere ne periora acrescat. VII. Quis terras ecclesiae femorabat usq(ue) ad tertia(m) reprhe(n)sine(m), nu(m)q(uam) eos foras eiiciebat. Mare uero publica, ubi omnis populus c(om)muniter piscaba(n)t,
- 25 modo ausi no(n) sumus piscari q(ui)a cu(m) fustib(u)s nos cedu(n)t et retia nostra co(n)cidu(n)t. VIII. Cap(itu)lo: Unde nos interrogastis d(e) justitiis dominor(um) nostror(um) quas Greci ad suas tenueru(n)t manus usq(ue) ab illo die quo ad manus dominor(um) nostrorum p(er)uenimus, ut scimus, dicimus veritatem: de ciuitate Polle(n)si solidi ma(n)cosi sexaginta et sex; de Ruuingio solidi ma(n)cosi 40; de Parentio ma(n)cosos sexaginta et sex; numerus Tergestinus ma(n)cosos sexaginta; de Albona ma(n)cosos triginta; d(e) Pedena ma(n)cosos XX; de Montauna ma(n)cosos 30; de Pinguente ma(n)cosos XX; cancellarius Ciuitatis noue, ma(n)cosos XII, qui faciu(n)t i(n)simul ma(n)cosos 344. Isti solidi tempore Grecor(um) i(n) pallatio eos portabat. Postq(uam) Ioa(n)nes d(e)uenit
- 35 in ducatu ad suu(m) opus istos solidos habuit et no(n) dixit q(uo)d iustitia pallatii fuisset. Ite(m) habet casale Orcionis cu(m) oliuetis multis; ite(m) portione(m) d(e) casale Petriolo cu(m) vineis, terris et oliuetis; ite(m) omne(m) portione(m) Ioa(n)ni Cancianico, cu(m) terris, vineis, oliuetis et casa cu(m) torculis suis; ite(m) possess(ione) magno d(e) Arbe cu(m) terris, vineis, oliuetis et casa sua; ite(m) possess(ione) Ste-
- 40 phani magistri militu(m); ite(m) casa(m) Zero(n)tiaca(m) cu(m) omni possess(ione) sua; ite(m) possess(io) Mauricij ypati seu Basili magistri militu(m) instar er d(e) Theodoro ypato; ite(m) possess(io) (quam) tenet i(n) Priatello cu(m) terris, vineis et oliuetis et plura alia loca. In Noua Ciuitate habet fischo publico ubi c(om)manet intus et foras ciuitate amplis q(uam) duos centu(m) colonos, p(er) bonum te(m)pus
- 45 reddu(n)t oleo amplius q(uam) centu(m) modia, vino magis q(uam) a(m)phoras duecentu(m)

zlatnika 20; / kancelar Novigrada zlatnika 12, što čini zajedno zlatnika 344. / Te zlatnike u doba Grka nosilo se u državnu blagajnu. Nakon što je Ivan postao /³⁵ vojvoda, on je te zlatnike uzimao za sebe i nije rekao da je to bio državni prihod. / Nadalje, on ima zaselak Orciona s mnogim maslinicima; nadalje, dio zaselka / Petriola s vinogradima, zemljama i maslinicima; zatim čitav dio Ivana / Kancianika sa zemljama, vinogradima, maslinicima i kuću s njezinim uljnim prešama; nadalje, velik / posjed "de Arbe" sa zemljama, vinogradima i njegovom kućom; nadalje, posjed /⁴⁰ Stjepana magistra *militum*; nadalje kuću Zerontiakovu sa cjelokupnim njezinim posjedom; nadalje / posjed konzula Mauricija i Bazilija, magistra *militum* kao i konzula / Teodora; nadalje posjed koji drži u Prijatelju sa zemljama, vinogradima i maslinicima / i mnoga druga mjesta. U Novigradu postoji državno imanje na kojem stanuje, / (gdje se nalazi) unutar i izvan grada više od 200 zakupnika, koji u dobroj godini /⁴⁵ daju više od 100 modija ulja, više od 200 vrčeva vina,

22 r

- alnona seu castaneas suffice(n)ter. Piscationes vero habet unde illi veniu(n)t
p(er)
a(n)nu(m) amplius q(uam) quinquaginta solidi ma(n)cosi abs(que) sua me(n)sa
ad satietatem.
- Omnia ista dux ad sua(m) tenet manu(m) exceptis illis 344 solidos sicut sup(ra)
scriptu(m) est, quod i(n) pallatio d(e)bent ambulare. De forcia vnde nos
5 interrogastis, quas Ioa(n)nes dux nobis fecit, quod scimus dicimus veritate(m).
I cap(itu)lo: tulit nostras silvas vnde nostri parentes herbatico et glandatico
tollebant; ite(m) tulit nobis casale inferiore, vnde parentes nostri ut sup(er)
diximus similiter tollebant. Modo c(on)tradicit nobis Ioa(n)nes; insup(er)
Sclauos sup(er) terras nostras posuit; ipsi arant nostras terras et nostras
ru(n)coras,
- 10 segant nostras pradas, pascunt nostra pascua et d(e) ipsas nostras terras
reddunt pe(n)sione(m) Ioa(n)ni; insup(er) no(n) remane(n)t nobis boues
neq(ue) caballi; si
aliq(uo)d dicimus, interimere nos dicunt; abstulit nostros cofinos
quos nostri parentes secu(n)du(m) antiqua(m) c(on)suetudine(m) ordinabant. II
kap(itu)lo:
Ab antiquo tempore du(m) fuimus sub potestate Greco(rum) imperii, habuerunt
15 parentes nostri c(on)suetudine(m) habendi actus tribunati, domesticos seu
uicarios
nec no(n) locoseruator et p(er) ipsas honores ambulabant ad c(om)muni-
one et sed(e)b[an]t]
i(n) c(on)sessu vnusq(ui)s(ue) p(er) su(u)m honore(m). Et q(ui) volebant melio-
re(m) honore(m) habere
d(e) tribuno, ambulabat ad imperiu(m), q(ui) ordinabat illu(m) ypato: tunc ille
q(ui)
imperialis erat hypatus i(n) omni loco secu(n)du(m) illu(m) magistru(m)
militu(m) p(ro)ce-
- 20 d(e)bat. Modo aute(m) dux noster Ioa(n)nes c(on)stituit nobis centarchos,
diuisit
populu(m) inter filios et filias uel generu(m) suu(m) et cu(m) ipsos pauperes
aedifica(n)t
sibi pallatias. Tribunatus nobis abstulit, liberos homines non nos
habere p(er)mittit, sed ta(n)tu(m) cu(m) nostros seruos facit nos i(n)
hoste a(m)bulare;
libertos nostros abstulit, aduenas ho(mi)nes ponimus i(n)
- 25 casas uel ortora nostra nec ipsos potestatem habemus. Greco(rum) tempore
omnis tribunus habebat excusatos quinq(ue) et amplius et ipsos
nobis abstulit. Fodere nu(m)qu(um) d(e)dimus, in curte nu(m)qu(um)
laborauimus,
vineas nu(m)qu(um) laborauimus, calcarias nu(m)qu(um) fecimus, casas
nu(m)qu(um) aedifi-
cauimus, tegorias nu(m)qu(um) fecimus, canes nu(m)qu(um) pauimus,
collectas nu(m)qu(um)

22 r

(i) dovoljno žita i kestena. On ima mjesta gdje se lovi riba, odakle mu pristiže / godišnje više od 50 zlatnika i povrh toga posve dovoljno za njegov stol. / Sve to drži vojvoda i k tome onih 344 zlatnika kao što je gore / zapisano, koji trebaju pristizati u državnu blagajnu. Što nas pitate o nasiljima /⁵ koja nam čini vojvoda Ivan, reći ćemo istinu o onom što znamo. / I. poglavlje: uzeo je naše šume, iz kojih su naši preci dobivali travarinu i žirovninu; zatim, uzeo je udaljeno selište, odakle su naši preci kao što smo rekli, također dobivali. Sada nam to Ivan osporava; osim toga / postavio je Slavene na naše zemlje; oni oru naše zemlje i naša neobrađena zemljišta /¹⁰ kose naše livade, napasuju (svoju stoku) na našim pašnjacima i od tih naših zemalja / daju Ivanu zakupninu; usto, ne ostaju nam ni volovi ni konji; ako /što kažemo, kažu da će nas ubiti; oduzeo nam je naše zemlje uz granicu, / kojima su naši preci raspolagali prema starim pravnim običajima. II. poglavlje: / Od davnog vremena, dok smo bili pod vlašću grčkoga carstva, imali su /¹⁵ naši preci pravni običaj držanja tribunske časti, domestika, vikarija / i lokoservatora pa su u skladu s tim častima dolazili na zborovanje i sjedili / na sjednicama svaki prema svojem položaju. A tko je želio imati višu čast / od tribuna, odlazio je do cara, koji ga je imenovao konzulom; tada je onaj, / koji je bio carski konzul, na svakom mjestu imao počasno mjesto iza magistra *militum*. /²⁰ A sada nam je vojvoda Ivan postavio centarhe, podijelio / narod među sinove i kćeri i svoga zeta pa im ti jadni ljudi / grade palače. Oduzeo nam je tribunat, ne dopušta nam da imamo (u vlasti) slobodne ljude, već nam dopušta da u vojnu idemo samo s našim robovima; / oduzeo je naše oslobođenike; pridošlice koje smještamo /²⁵ u našim kućama i podvornicama – ni nad njima nemamo vlasti. U vrijeme Grka / svaki je tribun imao pet i više ekskuzata – i njih / nam je oduzeo. Krmu nismo nikad davali, nikad nismo radili na dvoru / nikad nismo obrađivali vinograde, nikad nismo radili vapnenice; kuće nismo nikad / gradili; nikad nismo radili na ciglenicima; / nikad nismo hranili pse, nikad nismo sabirali /³⁰ podavanja, kao što sada činimo; za svakog vola dajemo jedan modij; / nikad nismo davali podavanja od ovaca na način kako sada činimo; svake godine dajemo / ovce i jaganjce. Lađama idemo do Venecije, Ravene, Dalmacije / i po rijekama, što nismo nikad činili – i to činimo ne samo Ivanu nego / i sinovima i kćerima i njegovom zetu. Kada on ide u službu gospodina /³⁵ cara ili pošalje svoje ljude, uzima nasilno naše konje i naše / sinove sa sobom i sili ih da vuku toware i idu naokolo / čak 30 i više milja, oduzima im sve što god imaju / pa ih vraća kući pješke, a naše konje ili / šalje u Franačku ili ih daruje svojim ljudima. On kaže narodu: /⁴⁰ saberimo darove gospodinu caru kao što smo radili za vrijeme Grka / pa neka dođe sa mnom predstavnik naroda i neka izruči te darove gospodinu caru.

- 30 fecimus, sicut nu(n)c facimus: p(ro) vnoquoq(ue) boue vnu(m) modiu(m)
damus,
collectas d(e) ouibus nu(m)q(uam) fecimus quomodo nu(n)c facimus:
vnoquoq(ue) a(n)no damus
peccora et agnos. Ambulamus nauigio i(n) Venetias, Raue(n)na(m), Dalmatia
et p(er) flumina quod nu(m)q(uam) fecimus, no(n) solu(m) Ioa(n)ni hoc
facimus sed
etia(m) ad filios et filias seu generu(m) suu(m). Qua(n)do ille venerit i(n)
seruitiu(m) d(omi)ni
- 35 imp(er)atoris a(m)bullare aut suos dirigere h(omi)nes, tollit nostros caballos
et nostros
filios cu(m) forcia secu(m) ducit et facit eos sibi thraere saumas, ire ciclo p(ro)-
cul fere triginta et amplius millia, tollit o(mn)ia eis quitquit habent solu(m)
ipsa p(er)sona ad pede remeare facit i(n) p(ro)pria, nostros aute(m) caballos
aut
i(n) Francia eos dimittit aut p(er) suos homines illos donat. Dicit i(n) popul[o]:
- 40 colligamus exenia ad dominu(m) i(m)p(er)ator(em) sicut te(m)pore Grecor(um)
faciebamus
et veniat missus d(e) populo vna mecu(m) et offerat ipsos exenio ad domnu(m)
i(m)pe(er)at[orem].

22 v

- Nos uero cu(m) magno gaudio collegimus, qua(n)doq(ue) venit ad a(m)bulare
dicit:
no(n) vobis oportet venire, ego ero p(ro) vobis intecessor ad domnu(m)
imp(er)-
atore(m); ille aute(m) cu(m) nostris donis vadit ad d(ominum) imp(er)atore(m),
placitat sibi
uel filiis suis honore(m), et nos sumus i(n) grad(n)di oppressione et dolore.
Te(m)-
- 5 pore Grecor(um) colligebamus semel i(n) a(n)no, si necesse erat, p(ro)pter
missos imp(er)iales
de centu(m) capita ouiu(m) q(ui) habebat vnu(m), modo aute(m) q(ui)
ultimu(m) tres habet vnu(m)
exinde tollit et nescimus intueri p(er) a(n)nu(m) sui austores exinde prindunt.
Ista o(mn)ia ad suu(m) opus habet dux noster Ioa(n)nes quod nu(m)q(uam)
habuit magister
militu(m) Grecorum, sed semp(er) ille tribunus dispensabat ad missos
imp(er)ialies et
- 10 ad legatarios euntes et red(e)untes. Et istas collectas facimus et omni a(n)no
vollendo nollendo quotidie collectas (!) facimus. P(er) tres uero a(n)nos illas
Xmas
quas ad sanctam ecclesia(m) dare d(e)buimus ad paganos Scavos eas
d(e)dimus, qu(an)do
eos sup(er) ecclesiar(um) et populares terras nostra(m)s (!) misit i(n) sua

22 v

Mi saberemo s velikom radošću, a kada treba putovati, on kaže / ne trebate ići, ja ću biti vaš zastupnik kod gospodina cara; / on pak s našim darovima ide gospodinu caru, ishodi za sebe / ili za svoje sinove časti, a mi ostajemo u velikoj potištenosti i žalosti. U vrijeme /⁵ Grka sabirali smo jednom godišnje, ako je bilo potrebno, radi carskih izaslanika – onaj koji je imao 100 glava ovaca (davao je) jednu, a sada tko ima samo tri, jedna mu se oduzima, a ne vidimo zašto; njegovi upravitelji od toga uzimaju svake godine. / Sve to uzima u svoju korist naš vojvoda Ivan, a to nije nikad radio *magister / militum* Grka, nego je uvijek određeni tribun trošio za carske izaslanike i /¹⁰ na poslanike na odlasku i povratku. A ta sabiranja činimo svake godine / (i) svakodnevno obavljamo to, htjeli ne htjeli. Već tri godine one desetine / koje smo morali davati svetoj crkvi, dajemo ih poganima Skavima, otkako / ih je postavio na crkvene i općinske zemlje na svoj grijeh i našu / propast. Sve te radove i dodatne već spomenute namete prisilno /¹⁵ činimo, što naši preci nisu nikad činili; zbog toga smo svi pali u / siromaštvo pa nam se rugaju naši rođaci i susjedi u Veneciji i / Dalmaciji, a i Grci pod čijom smo vlašću bili ranije. Ako nam pomogne / gospodar car Karlo, možemo se osloboditi, ako ne, bolje nam je / umrijeti nego živjeti”. Tada je vojvoda Ivan rekao: “One šume i pašnjaci / o kojima govorite, ja sam vjerovao da su javno dobro gospodina cara; / ako pak sada vi prisežnici to tvrdite, ja ću vam se sudski oduprijeti; o sabiranju ovaca / neću ubuduće drukčije raditi nego kako je ranije bio vaš pravni običaj; isto tako / i o darovima za gospodina cara; za radove i plovidbu i mnoga opterećenja, / ako vam se to čini teškim, neka (toga) više ne bude. Vaše

- peccata et nostra
p(er)ditione. Omnes istas angarias et sup(er)postas quae predictae sunt
violenter faci-
- 15 mus quod parentes nostri nu(m)quam fecerunt; vnde omnes
d(e)uenimus i(n)
paup(er)tate(m) et d(e)ridet nostros parentes et c(on)vicinij nostri Venetias et
Dalmatias et(iam) Greci sub cuius antea fuimus potestate. Si nobis sucu-
rit dominus Carolus imp(er)ator, possumus euad(e)re, sin aute(m) melius est
nobis mori q(uam) vivere. Tunc Ioan(n)es dux dixit: Istas silvas et pascu-
- 20 quae vos dicitis, ego credidi q(uod) a parte domni imp(er)atoris i(n) publico
esse d(e)bent;
n(u)nc aute(m) si vos jurati hoc dicitis, ego vobis c(on)tradica(m); d[e] collectis
ouiu(m)
in antea no(n) facia(m) nisi ut antea vestra fuit c(on)suetudo; similiter et d(e)
exenio domnj imp(er)atoris; de opere uel nauigatione seu pluribu(s)
a(n)gariis, si vobis duru(m) vid(e)t(ur), no(n) a(m)plius fiat. Libertos vestros
redda(m) vobis se-
- 25 cu(n)du(m) lege(m) pare(n)tor(um) vestror(um). Liberos homines habere vos
p(er)mitta(m), ut ve-
stra(m) habea(n)t c(om)me(n)datione(m) sicut i(n) omne(m) potestate(m)
domini nostri faciu(n)t.
Aduenus (!) homines q(ui) i(n) vestru(m) resedenti(n) vestra sint potestate.
De Sclauis
aute(m), unde dicitis, accedamus sup(er) ipsas terras ubi resed(e)nt et
videamus
ubi sine vestra damnietate valeant resid(e)re, resid(e)ant; vbi uero
- 30 vobis aliqua(m) damnietate(m) faciu(n)t, siue d(e) agris siue d(e) siluis uel
roncora,
aut ubicu(m)q(ue), nos eos eiciamus foras. Si vobis placet ut eos mittamus
i(n) talia d(e)serta loca ubi sine vestro da(m)no vale(an)t c(om)manere, faciant
vti-
litatem i(n) publico sicut et ceteros populos. Tunc previdimus nos missi
domni imp(er)atoris vt Ioan(n)es dux dedisset vadia ut o(mn)ia prelata
sup(er)posta
- 35 gla(n)datico, herbatico, op(er)as et collectiones, d(e) Sclauis et d(e) a(n)garias
uel
nauigationes eme(n)dandu(m). Et ipsas vadias receperunt Damianus, Hono-
ratus et Gregorius, sed et ipse populus ipsas co(n)cessit calu(m)nia in tali
vero tenore, ut a(m)plius talia no(n) perpetrasset. Et si (am)plius istas
oppressio-
nes ille aut sui hered(e)s uel austores fecerint, nostra statua c(on)pona(n)t.

oslobođenike vratit ću vam /²⁵ prema zakonu vaših predaka; odobrit ću vam da imate slobodne ljude tako da / budu pod vašom vlašću kao što to rade svi u vlasti našeg gospodara. / Pridošlice koji prebivaju na vašem (imanju), neka budu u vašoj vlasti. Što pak govorite o Slavenima, / poći ćemo na one zemlje gdje prebivaju i vidjeti: / gdje mogu prebivati bez štete za vas, neka prebivaju; gdje vam pak /³⁰ prave neku štetu, bilo na poljima bilo šumama bilo neobrađenim zemljama / ili bilo gdje drugdje, mi ćemo ih van izbaciti; ako želite da ih pošaljemo / na takva pusta mjesta gdje mogu ostati bez štete za vas, neka budu / na opću korist, kao i ostali ljudi.” Tada smo odlučili mi izaslanici / gospodina cara da vojvoda Ivan dade čvrsto obećanje da će ispraviti sve naprijed navedene dodatne namete, /³⁵ žirovninu, travarinu, radove i sabiranja, o Skavima i o opterećenjima / te o plovidbi. I to čvrsto obećanje primili su Damjan, / Honorat i Grgur, a narod je oprostio pritužbe pod tim / uvjetom da se takve stvari više ne događaju. A ako bi ta ugnjetavanja činili / on ili njegovi nasljednici ili upravitelji, neka plate ono što smo odredili.

23 r

- De aliis uero causis stetit inter Fortunatu(m), venerabile(m) patriarcham seu sup(ra)-scriptos ep(iscop)os siue Ioa(n)nem duce(m) uel reliquos primates et populu(m) ut quicq(ui)d iurati recordarent et dicerent secu(n)du(m) suu(m) sacramentu(m) et ipsas breues, o(mn)ia adimplerent, et q(ui) adimplere nolluerint, d(e) illor(um) parte
- 5 componat coactus i(n) sacro pallatio auro ma(n)cosos L. nouem. Haec diiudicatus et c(on)uenie(n)tia facta est i(n) presentia missi d(om)ini imp(er)atoris
- Izone presbitero, Cadolao et Aioni et p(ro)priis manib(us) subscripseru(n)t i(n) nostra presentia
- Fortunatus misericordia dei patriarcha i(n) hac rep(ro)missionis cartula
- 10 a me facta manu mea subscripsi
+ Ioa(n)nes dux in hac rep(ro)miss. cartula m. m. ss.
+ Stauratius ep(iscop)us etc. ut s(supra)
+ Theodorus ep(iscop)us
+ Stefanus ep(iscop)us
- 15 + Leo ep(iscop)us
+ Laurentius ep(iscop)us
- Petrus peccator diaconus sancte Aq(ui)leie(n)sis metropolitane ecclesie ha(n)c repromissione(m) ex iussione domini mei Fortunati sa(n)ctissimi patriarche seu Ioa(n)nis gloriosi ducis uel sup(ra) sc(ri)ptorum episcopor(um) et pri-
- 20 matu(m) populi provincie Istrie scripsi et post roboratione(m) testiu(m) cartula(m) roborau(i).

23 r

O ostalim pak spornim pitanjima dogovoreno je između Fortunata, časnog patrijarha, / gore navedenih biskupa, vojvode Ivana i ostalih uglednika i naroda da se, štogod / se prisežnici sjete i kažu u skladu sa svojom zakletvom i / (službenim) ispravama, sve treba ispuniti, a oni koji ne bi htjeli ispuniti, njihova strana /⁵ neka pod prisilom plati svetoj državnoj blagajni 59 libara zlatnika. / Ova presuda i sporazum učinjen je u prisutnosti izaslanika gospodina cara, / Izona svećenika, Kadolaa i Aja i potpisali (ga) vlastitim rukama / u našoj nazočnosti: / Fortunat po milosrđu Božjem patrijarh ovu sam ispravu obećanja /¹⁰ koju sam sastavio, svojom rukom potpisao / + Vojvoda Ivan, ovu sam ispravu obećanja svojom rukom potpisao / + Stavracije biskup itd. kao gore / + Teodor biskup / + Stjepan biskup /¹⁵ + Lav biskup / + Lovro biskup / Petar, grješnik, đakon svete metropolitanske akvilejske crkve / ovo sam obećanje po nalogu moga gospodara Fortunata, vrlo svetog / patrijarha i Ivana, slavnog vojvode i gore spomenutih biskupa i /²⁰ uglednika naroda provincije Istrije napisao i nakon osnaženja svjedoka / ispravu osnažio.

Summary

LEGAL ASPECTS OF RIZAN'S PLACIT

Rizan's placit, one of the most important early medieval documents of the European social history, has by now been explored in many books and articles. However, its legal content has been rather neglected.

This article analyses primarily its formal appearance and, considering this document strictly formally, it would seem that it contains procedure *per inquisitionem*, i.e., procedure used within the kingdom of Karolings, one party to the procedure being King (or financial authority), religious institutions and so-called *personae miserabiles* (indigent, widows, orphans). It is determined that *Rizan's placit* does not contain legal solutions related to the said categories. Instead, the real content of the *Placit* is directed toward unacceptable and illegal actions of civil – in the first place, of the Duke Ivan – and religious authorities. Therefore, the purpose of this procedure is to eliminate illegal actions of authorities. In short, the content of *Rizan's placit* is exactly the contrary to *per inquisitionem* procedure.

The procedure ends with promises of the Duke and bishops that they will refrain from further illegal actions. Furthermore, it is promised that the social status of population of Istria will be restored to the level enjoyed during the Byzantine government.

The true reason for restoration of the Byzantine system, much better for the population than the French system, lied in the fact that – in light of imminent and decisive battle between French and Byzantine for dominance on Adriatic – the French wanted to show their generosity in respecting rights and local autonomy of population of Istria and, thus, demonstrate to population of Dalmatia and Venezia advantages of the French system over Byzantine.

The paper further discusses the issue of the seat of *magister militum* for Istria. Majority of authors believe it was situated in Pula. However, the author presents arguments for his thesis that the seat was actually in Novigrad.

Finally, the paper discusses certain other issues, e.g., problem of *numerus Tergestinus*, character of the Emperor's representatives, *breves* and different public functions (*tribunes*, etc.)

Key words: *Rizan's placit*, *procedure per inquisitionem*.

Zusammenfassung

RECHTLICHE ASPEKTE DES PLACITUM VON RIŽAN

Das Placitum von Rižan, eines der wichtigsten Dokumente der Sozialgeschichte des europäischen frühen Mittelalters wurde bisher in zahlreichen Büchern und Artikeln untersucht. Dennoch blieb sein Inhalt in Bezug auf das Recht ziemlich unbeachtet.

Im Artikel wird vor allem die formale Seite des Dokuments analysiert und daraus geschlossen, dass formal betrachtet wirklich von einem Verfahren *per inquisitionem* die Rede ist, d.h. von einem Verfahren, das zur Zeit der Karolinger in Prozessen benutzt wurde, bei denen eine Partei der König war (sog. *fiskus*), kirchliche Einrichtungen und sog. *personae miserabiles* (Arme, Witwen, Waisen). Es wird festgestellt, dass in dem *Placitum von Rižan* nicht von juristischen Problemen die Rede war, die sich auf diese Personen beziehen. Der Rechtsinhalt des *Placitum von Rižan* ist gegen die unzulässigen und gesetzwidrigen Verfahren der zivilen - vor allem des Herzog Ivan - und kirchlichen Machthaber gerichtet. Es ist also das Ziel des Verfahrens gesetzwidrige Verfahren der Herrschenden zu beseitigen. Kurz gesagt, der Inhalt des *Placitum von Rižan* war gerade das Gegenteil von Verfahren *per inquisitionem*.

Der Prozess endet mit dem Versprechen des Herzogs und der Bischöfe, sich in Zukunft hinsichtlich gesetzwidriger Verfahren zurückzuhalten. Es wird weiterhin versprochen der istrischen Bevölkerung das Niveau der gesellschaftlichen Stellung, das sie zur Zeit der byzantinischen Herrschaft hatte, zurückzugeben.

Der wahre Grund für die Rückkehr zum byzantinischen System, das für die Bevölkerung viel besser war als das fränkische, lag in dem Umstand, dass - im Lichte des unmittelbar bevorstehenden und entscheidenden Kampfes der Franken und Byzanz um die Vorherrschaft an der Adria - die Franken ihre Großzügigkeit hinsichtlich des Schutzes der Rechte und der lokalen Autonomie der istrischen Bevölkerung zeigen wollten und damit die dalmatinische und venezianische Bevölkerung auf die Vorteile des fränkischen Systems gegenüber dem byzantinischen hinweisen wollten.

Es wird auch über den Sitz des istrischen *magister militum* diskutiert, von dem die herrschende Meinung behauptet, er befände sich in Pula. Der Autor führt Gründe für seine These an, dass sich der Sitz in Novigrad befand.

Zum Schluss wird auch über einige andere Fragen diskutiert z.B. über das Problem des *numerus Tergestinus*, den Charakter der Entscheidungen kaiserlicher Gesandter, *breves* und verschiedene Arten öffentlicher Funktionen (*tribunus* usw.).

Schlüsselwörter: Placitum von Rižan, Verfahren *per inquisitionem*.

Sommaro

ASPETTI GIURIDICI DEL PLACITO DEL RISANO

Il Placito del Risano, uno dei più importanti documenti della storia sociale europea del primo medioevo, è stato esplorato ad oggi in molti libri e articoli. Tuttavia il suo contenuto giuridico è stato spesso trascurato.

Nell'articolo si analizza innanzitutto il suo aspetto formale e, considerando questo documento dal punto di vista strettamente formale, sembrerebbe che contenga la procedura *per inquisitionem*, cioè la procedura utilizzata nel regno dei Carolingi, le cui parti erano il re (o autorità fiscale), le istituzioni religiose e le cosiddette *personae miserabiles* (indigenti, vedove, orfani). È stato accertato che il Placito del Risano non contiene le disposizioni giuridiche relative a tali categorie. Invece il reale contenuto del Placito è diretto nei confronti delle azioni inaccettabili e illegali di civili – in primo luogo il duca Ivan – e autorità religiose. Perciò il proposito di questa procedura è di eliminare le azioni illegali delle autorità. In breve il contenuto del Placito del Risano è esattamente il contrario della procedura *per inquisitionem*.

La procedura finisce con le promesse del duca e dei vescovi che si asterranno da ulteriori azioni illegali. Inoltre è promesso che la posizione sociale della popolazione dell'Istria sarà riportata al livello goduto durante il governo bizantino.

La vera ragione per la restaurazione del sistema bizantino, molto migliore per la popolazione del sistema dei franchi, giace nel fatto che – alla luce dell'imminente e decisiva battaglia tra franchi e bizantini per il dominio nell'Adriatico – i franchi volevano mostrare la loro generosità nel rispettare i diritti e l'autonomia locale della popolazione dell'Istria, e quindi dimostrare alla popolazione dalmata e veneziana i vantaggi del sistema dei franchi su quello bizantino.

Si discute inoltre la questione del seggio di *magister militum* per l'Istria. La maggioranza degli autori ritiene che fosse situato in Pola. Tuttavia l'Autore presenta argomenti per la sua tesi che il seggio fosse allora in Novigrad.

Infine si dibattono alcune altre questioni, ad esempio il problema del *numerus Tergestinus*, il carattere dei rappresentanti dell'imperatore, *breves* e differenti funzioni pubbliche (*tribuni*, etc.).

Parole chiave: Placito del Risano, *procedura per inquisitionem*.

KAZNA ZATVORA ZA OVISNICE – REPRESIJA I/ILI PREVENCIJA?*

Dr. sc. Velinka Grozdanić, redovita profesorica
Dr. sc. Ute Karlavaris Bremer, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 343.812:343.85

343.914:343.57

Ur.: 24. svibnja 2005.

Pr.: 10. lipnja 2005.

Izvorni znanstveni članak

Spoznaja o značajnom prisustvu droge u životu žena općenito i posebno u ženskim zatvorima bila je poticaj za ovo istraživanje u nastojanju približavanja odgovoru na pitanje - predstavlja li kazna zatvora za ovisnice represiju ili prevenciju ili oboje. Istraživanjem je obuhvaćeno ukupno 44 žena koje se nalaze na izdržavanju zatvorske kazne i to devet od njih u Kaznenom zavodu u Požegi (Hrvatska), a 35 u Kaznenom zavodu u Schwäbisch Gmündu (Njemačka). Upitnik je proveden u kaznenim zavodima, a sudjelovanje zatvorenica bilo je dobrovoljno i anonimno. Prikupljeni podaci obrađeni su osnovnim statističkim postupcima, a rezultati su prikazani grafički i deskriptivno su analizirani. Rezultati dobiveni ovim istraživanjem u najvećem se dijelu podudaraju s drugim istraživanjima koja su se bavila ženama u zatvoru, ali sugeriraju i neke neočekivane zaključke.

Ključne riječi: žene, zatvorenice, ovisnice.

1. Uvod

Pojmovi – ovisnice, narkomanke, kriminalke, zatvorenice – na različite se načine isprepliću. Posljednjih se godina između navedenih pojmova sve više stavlja znak jednakosti. Na taj se način želi skrenuti pozornost društva na činjenicu da se u zatvorima za žene nalazi sve veći broj onih koje izdržavaju kaznu zbog kriminala vezanog uz drogu. Povezanost droge i kriminala nije jednostavno definirati. U tom složenom odnosu interakcijskog djelovanja najzanimljiviji su sljedeći kauzalni odnosi: droga kao uzrok kriminaliteta (u okviru kojega je

* Članak je dio hrvatsko-slovenskog znanstvenoistraživačkog projekta *Žene i droge: multidisciplinarnе perspektive*, koji financiraju ministarstva znanosti obje države.

obuhvaćena i kriminalizacija droge) i droga kao jedna od posljedica kriminalnih aktivnosti. Ove odnose nije moguće precizno brojčano izraziti osobito u smislu razdvajanja žena koje su zbog droge došle u zatvor od onih koje su tek u zatvoru (povodom nekog drugog kaznenog djela) započele s uzimanjem droga. Razlog tome je što se radi o ilegalnoj aktivnosti koja je uvijek praćena jakom stigmatizacijom zbog čega se ovisnost, koliko god je to moguće, nastoji sakriti. Međutim, nema nikakve sumnje da je broj ovisnica u zatvorima posljednjih godina u velikom porastu. Na to ukazuju brojni statistički podaci. Tako se npr. navodi da u najvećem ženskom zatvoru u Velikoj Britaniji (HM Hallowaj – Prison) ima 80% žena s kaznenim djelima vezanim uz droge. U Oslu u ženskom zatvoru (Bredtvelt) 70% žena ovisno je od alkohola, tableta ili droga.¹ Pored navedenog vlastita istraživanja ženskih zatvora u Njemačkoj, Austriji, Sloveniji i Hrvatskoj potvrdila su veliki postotak zatvorenica zbog kaznenog djela zlorabe droge, koje po učestalosti kaznenih djela dolaze na drugo mjesto, odmah nakon imovinskih delikata.² Što više statistika ukazuje na veći postotak ovisnika u ženskim nego u muškim zatvorima.³ Time se ruši uvjerenje da kod zlouporaba ilegalnih droga dominiraju muškarci, odnosno da je narkomanija nespojiva s tradicionalnim shvaćanjima ženske prirode i njezine uloge u društvu.

Navedeni podaci koliko god zvuče alarmantno, tek su mali dio vrlo raširene i sve više zabrinjavajuće pojave droge u suvremenom društvu općenito. Međutim, dok se javnost, stvarno ili deklaratorno bavi tim društvenim problemom, pitanje ovisnica u zatvorima ostaje zanemareno. To nam je bio poticaj za istraživanje koje slijedi.

2. Prikaz i rezultati istraživanja

Istraživanjem je obuhvaćeno ukupno 44 žena koje se nalaze na izdržavanju zatvorske kazne. Devet od njih izdržava zatvorsku kaznu u Kaznenom zavodu u Požegi, a 35 u Kaznenom zavodu "Gotteszell" u Schwäbisch Gmündu (Njemačka).⁴ Iako je ovaj uzorak brojčano vrlo malen, on ipak može jednim djelom predstavljati ovisničku populaciju u navedenim zavodima jer se radi o 15% u hrvatskom, odnosno 13% u njemačkom zavodu svih zatvorenica na izdržavanju zatvorske kazne na dan provedenog istraživanja. Navedeni postotak nikako ne znači da je to i ukupan broj ovisnica u zavodima. Pretpostaviti je da je njihov broj daleko veći, a taj brojčani raskorak rezultat je spremnosti, sposobnosti i uopće

¹ Friedlein, H.: Frauen im Männersystem Gefängnis, <http://home.wanadoo.nl/hittjo/duits/agenda/htm>; Stöver, H.: Study On Assistance To Drug Users in Prisons, EMCDDA/2001.

² Grozdanić, V., Karlavaris-Bremer, U., Kukurin-Pinoza, Z.: Kazna zatvora za žene, resocijalizacija ili desocijalizacija u Žene i kazna zatvora, Rijeka, 2001., str. 95.

³ Stöver, H.: Study, <http://www.archido.de/volltext-publikationen/>

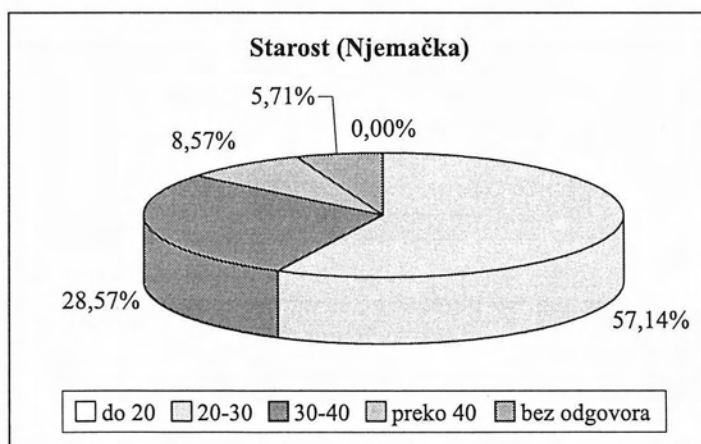
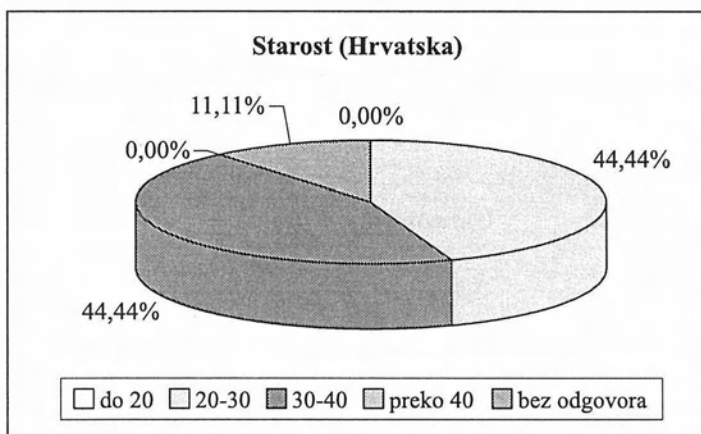
⁴ Ovaj izbor kaznenih zavoda nije slučajna: Kazneni zavod u Požegi jedini je ženski zatvor u Hrvatskoj, a zavod u Schwäbisch Gmündu poznat je po posebnom programu odvikavanja zatvorenica od ovisnosti.

motiviranosti samo nekih od njih da sudjeluju u ovom istraživanju. U istraživanju je korišten upitnik sastavljen od 25 pitanja razdijeljenih u četiri cjeline. Prva cjelina obuhvaća uglavnom biografska pitanja – obrazovni, bračni i radni status. Druga se odnosi na odrastanje i odnose u obitelji zatvorenica. Treća skupina pitanja vezana je uz uporabu droge. Posljednja, četvrta skupina odnosi se na pitanja kroz koja su zatvorenice uglavnom iznosile svoje stavove o izdržavanju zatvorske kazne i svojim iskustvima s terapijama odvikavanja od ovisnosti u zatvoru. Ovaj upitnik proveden je u kaznenim zavodima, a sudjelovanje zatvorenica bilo je dobrovoljno i anonimno.

Prikupljeni podaci obrađeni su osnovnim statističkim postupcima, a rezultati su prikazani grafički i deskriptivno su analizirani.

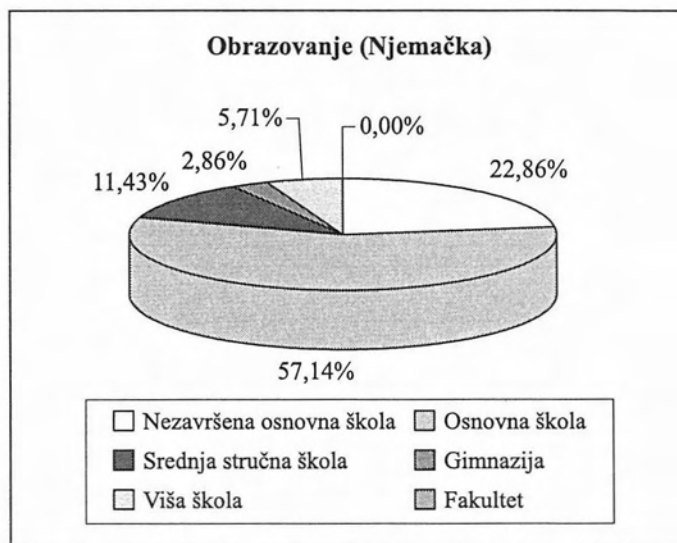
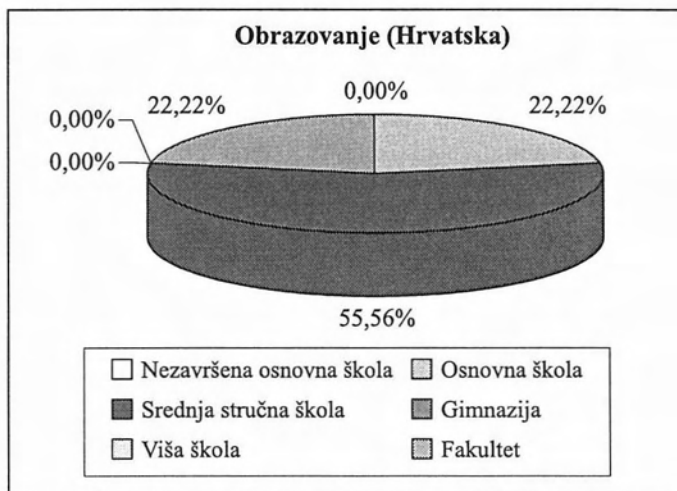
2.1. Grafički i tabelarni prikaz

2.1.1. Starost ispitanica



I u hrvatskom i u njemačkom uzorku daleko najveća zastupljenost čak 89%, odnosno 87% s obzirom na starosnu dob nalazi se u rasponu od 20 do 40 godina.

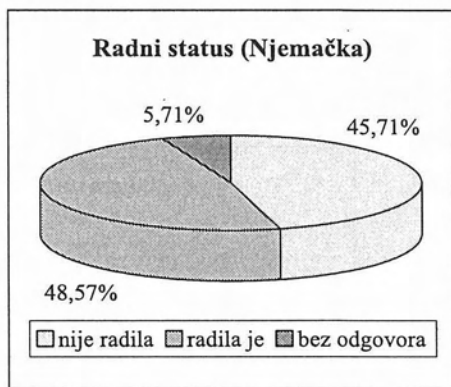
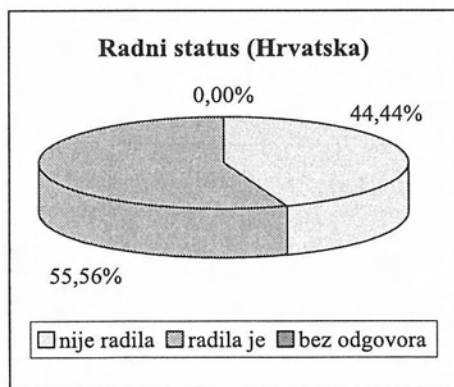
2.1.2. Obrazovanje (završena škola)



Što se tiče zastupljenosti obrazovne strukture u ovom uzorku u oba zavoda uočljiva je velika razlika. Tako u hrvatskom zavodu među anketiranim zatvorenicama nema onih bez završene osnovne škole, dok ih u njemačkom zavodu ima čak 22,86%. Isto tako dvostruko je više i u ukupnom uzorku prevladavaju zatvorenice u njemačkom zavodu (57,14%) sa završenom

osnovnom školom. Takvih je u hrvatskom zavodu tek 22,22%, a prevladavaju zatvorenice sa završenom srednjom školom (55,56%). Što se tiče višeg i visokog obrazovanja, zatvorenica sa završenim fakultetom u hrvatskom zavodu ima 22,22%, a u njemačkom je samo 5,7% sa završenom višom školom. Ovu uočljivu razliku u obrazovanju zatvorenica možda se jednim dijelom može tumačiti još uvijek nepromijenjenim sustavom socijalističkog obrazovanja i u tranzicijskim uvjetima hrvatskog društva, koji je školovanje činio dostupnim svim slojevima društva i u velikoj mjeri vodio računa o ravnopravnosti spolova. Inače, visoka obrazovna struktura žena u hrvatskom zatvoru nije neočekivani rezultat. Neka ranija istraživanja došla su do istih zaključaka, a i statistički podaci o pravomoćno osuđenim punoljetnim ženama u posljednjih nekoliko godina poklapaju se s navedenim.⁵ Pored toga ovaj mali uzorak gotovo se u potpunosti poklapa s obrazovnom strukturom svih zatvorenica u hrvatskom zavodu. Naime, sa srednjom stručnom spremom prema drugom istraživanju koje smo provodile u lipnju 2004. g. u istom zavodu, obuhvaćajući 95% svih zatvorenica, srednju stručnu spremu imalo je više od 50%, a visoku 20% zatvorenica.⁶ Ovi podaci ruše predrasude o povezanosti kriminala i osobito droga (u Hrvatskoj) samo s marginalnim društvenim skupinama. Očito je da i kriminal općenito, a i onaj vezan uz drogu, prožima sve društvene strukture različitog obrazovanja, socijalnog statusa i spola.

2.1.3. Radni status prije izdržavanja kazne



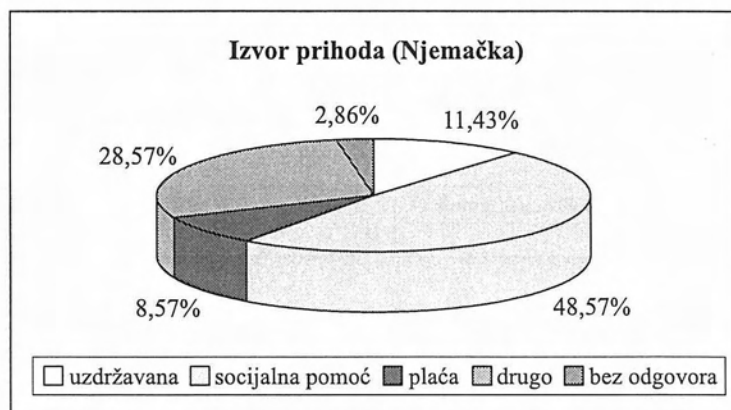
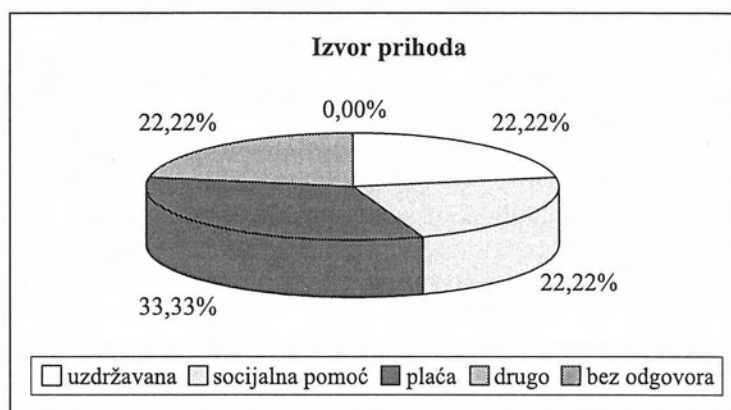
Veliki i gotovo ujednačeni postotak nezaposlenih žena u ovom uzorku zatvorenica u oba zatvora (44% u hrvatskom, odnosno 45% u njemačkom

⁵ Grozdanić, V., Karlavaris Bremer, U., Kukurin-Pinoza, Z., op. cit., Kazna zatvora za žene, resocijalizacija ili desocijalizacija u Žene i kazna zatvora, Rijeka, 2001., str. 90 – 91.; Statistička izvješća 1245, 1212, 1187, 1149, Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, Zagreb, 2000., 2001., 2002. i 2003.

⁶ Projekt Europske Unije "Frauenstrafvollzug", Universität Greifswald (studija još nije objavljena).

zatvoru) izraz je problematike nezaposlenosti žena uopće u društvu. Ovaj podatak o velikoj nezaposlenosti žena koje se nalaze u zatvoru zbog droge govori o njihovoj financijskoj nesigurnosti ili o nedostatku njihove društvene odgovornosti koja je imanentna svijetu radnih obveza. Naime, radne obveze nose odgovornost za izvršenje, ali isto tako trebale bi biti izvor zadovoljstva, iako su često izvor frustracija. Ipak, kakve god bile, one strukturiraju svakodnevni život ne ostavljajući previše prostora za osveščivanje negativne stvarnosti. Međutim, sigurno je da nezaposlenost, osobito obrazovanih žena, vodi niskom stupnju samopoštovanja kojeg gotovo uvijek nalazimo u genuzi ovisnosti.

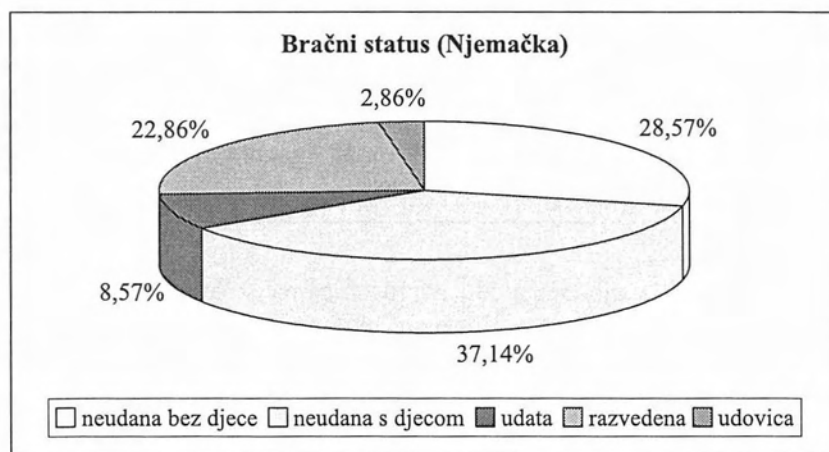
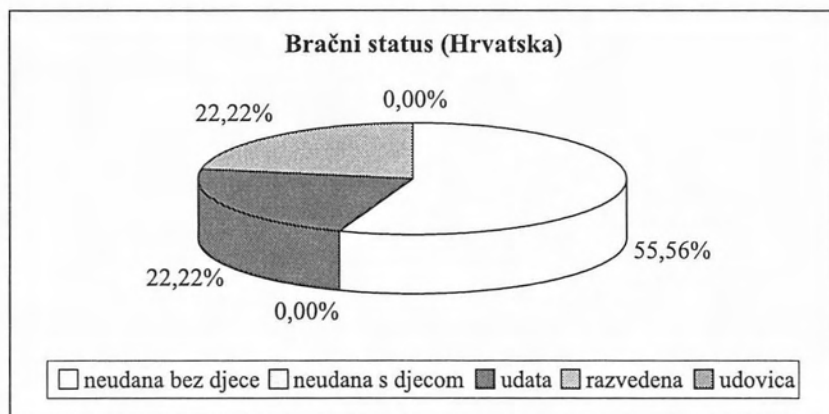
2.1.4. Izvor prihoda



Među izvorima prihoda u zatvorenica u Hrvatskoj prevladavaju plaće (33,3%) što djelomično odgovara njihovoj zaposlenosti (55,56%). Pored toga jednak postotak prihoda podijeljen je između uzdržavanja (22%) i socijalne pomoći (22%). Znatno veći postotak socijalne pomoći kao izvora prihoda

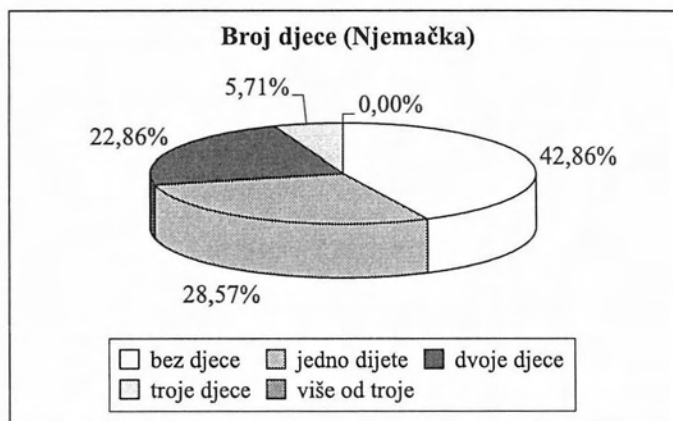
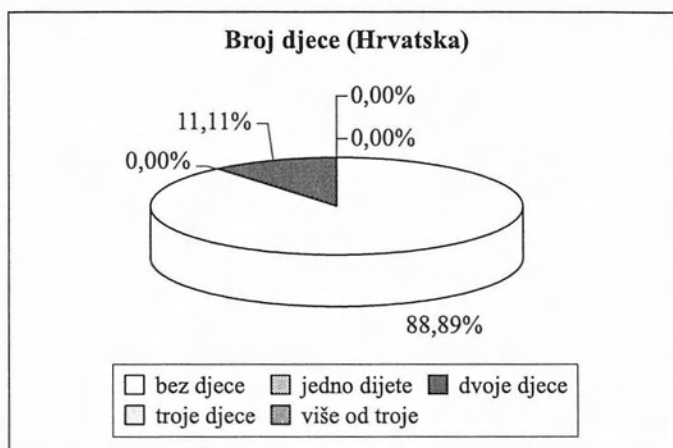
zatvorenica u njemačkom zatvoru (48%) može se tumačiti boljom organizacijom socijalnih službi i boljim funkcioniranjem Njemačke kao socijalne države. Isto tako dvostruko veći postotak izvora prihoda iz raznih oblika uzdržavanja u hrvatskom (22%) u odnosu na njemački ženski zatvor (11%) vjerojatno je izraz tradicionalno jače povezanosti, pa time i moralnih obveza među članovima obitelji i rodbine u Hrvatskoj.

2.1.5. Bračni status



Među zatvorenicama u oba zatvora prevladavaju neudane žene, s time što u hrvatskom zatvoru to su žene bez djece (55%), a u njemačkom zatvoru takvih neudanih žena ukupno je 65%, a od toga čak 37% s djecom. Ova se razlika može tumačiti, dijelom, liberalnijim i tolerantnijim stavovima društva prema samohranim majkama, odnosno izvanbračnoj djeci, ali i nižom obrazovnom strukturom ispitanica u njemačkom zatvoru.

2.1.6. Broj djece

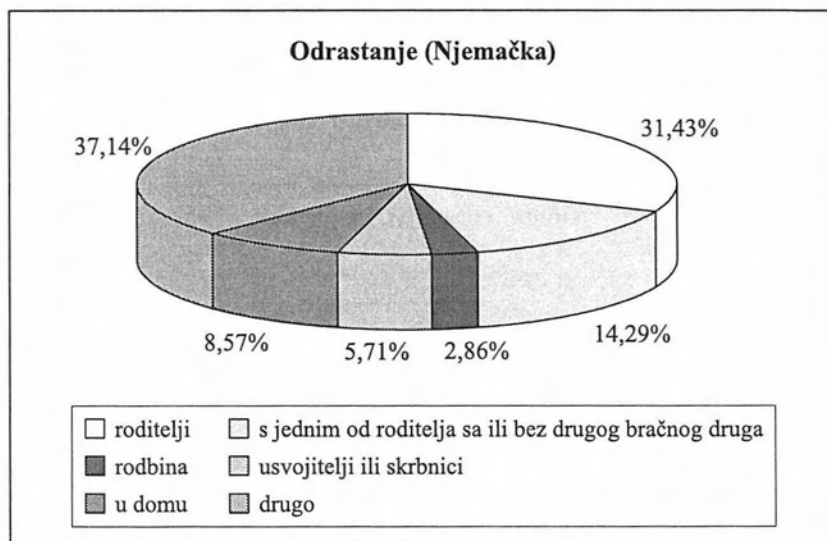
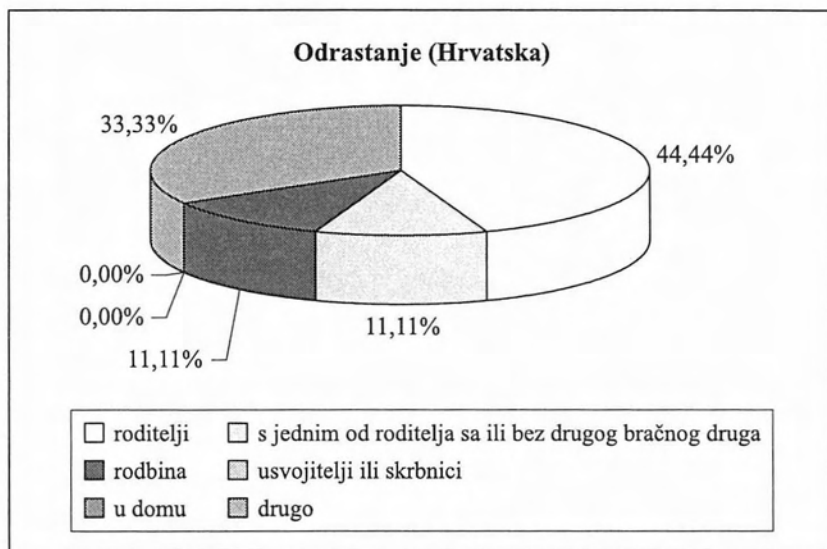


Mali broj majki s djecom među zatvorenicama iz ovog uzorka (11%) u hrvatskom zatvoru ne odgovara njihovom ukupnom broju koji je mnogo veći i iznosi preko 50%.⁷ Pretpostaviti je da je ova brojčana razlika odraz vrste kaznenih djela, odnosno činjenice da ovisnost sužava, pa čak i isključuje mnoge životne prostore, pa možda i ulogu majke. U tom kontekstu iznenađuje statistički podatak o velikom broju majki ovisnica u njemačkom zatvoru – čak 57%. Budući da već postoje izvješća o sve većem broju ovisnica koje su majke i opasnost da ta djeca i sama postanu ovisnici, naglašava se potreba posebnih programa za tu djecu.⁸

⁷ Ibidem.

⁸ Izvješće iz European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, http://www.emcdda.org/publications/publications_annrep.shtml

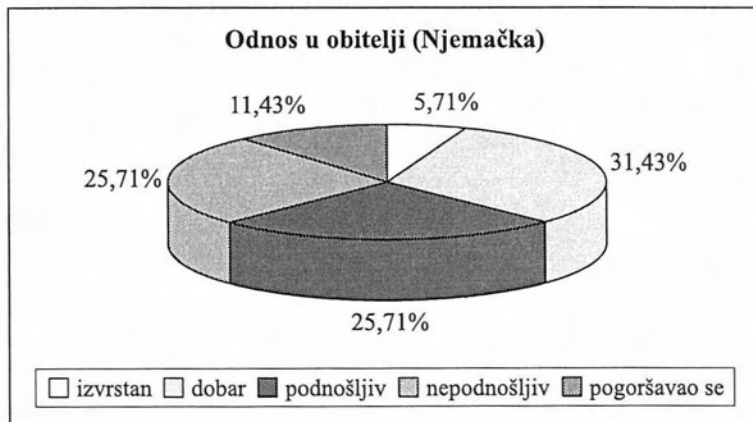
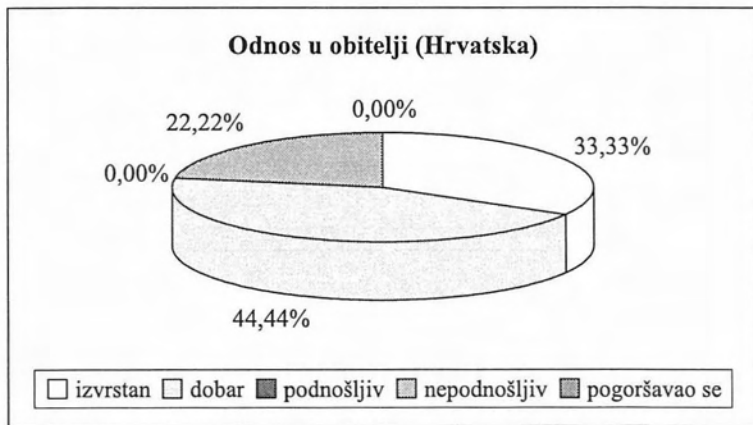
2.1.7. Odrastanje



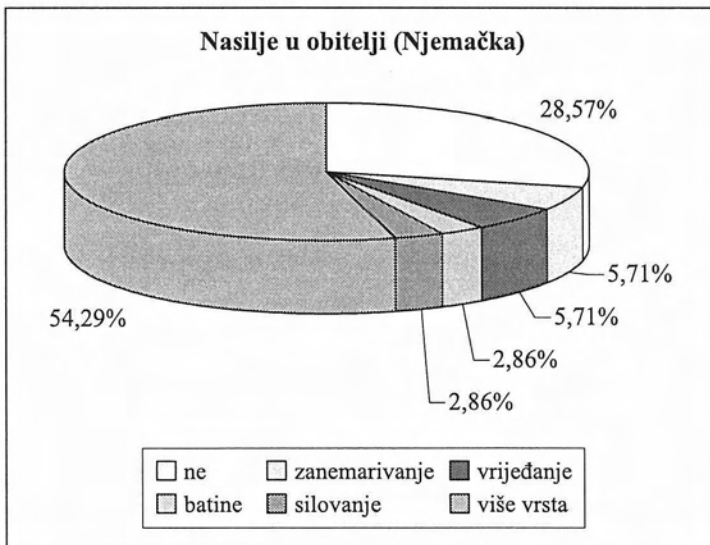
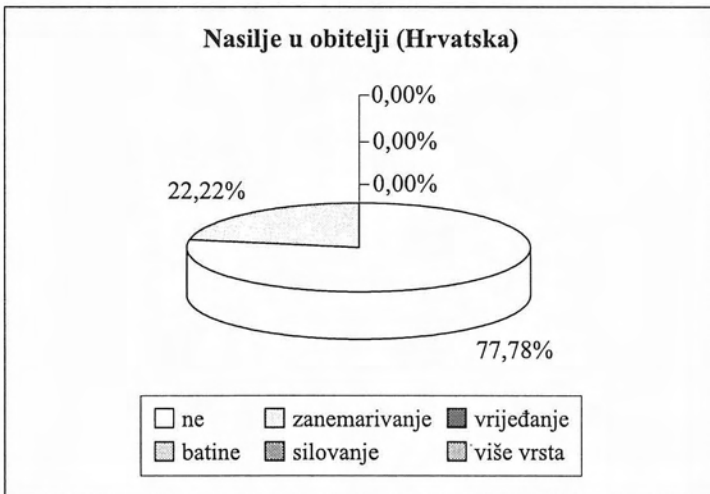
Smatra se da u genezi neke ovisnosti posebno mjesto pripada uvjetima odrastanja ovisnika. Prema rezultatima ovog istraživanja u oba uzorka obiteljska situacija se u velikom postotku (33% u hrvatskom, a 37% u njemačkom zatvoru) tijekom odrastanja često mijenjala (npr. odrastanje sa roditeljima, pa samo sa majkom, pa sa majkom i očuhom i na kraju sa skrbnicima). Među ženama u hrvatskom zatvoru prevladavaju one koje su odrastale s roditeljima (44%). Ako

tome dodamo 11% onih koje su rasle s jednim roditeljem i isto toliko (11%) s rodbinom, još se jednom približavamo stavu o hrvatskom društvu kao tradicionalnom društvu jake obiteljske povezanosti. Istovremeno 14% zatvorenica iz njemačkog zatvora koje su odrastale u domovima i uz usvojitelje i skrbnike može se smatrati još jednim argumentom u prilog ranije iznesenog stava o boljoj socijalnoj organiziranosti njemačkog društva ili se radi o nespornosti ili nesposobnosti ili nemogućnosti roditelja da se brinu o problemima svoje djece.

2.1.8. Odnos u obitelji



2.1.9. Da li ste u obitelji trpjeli fizičko ili psihičko nasilje

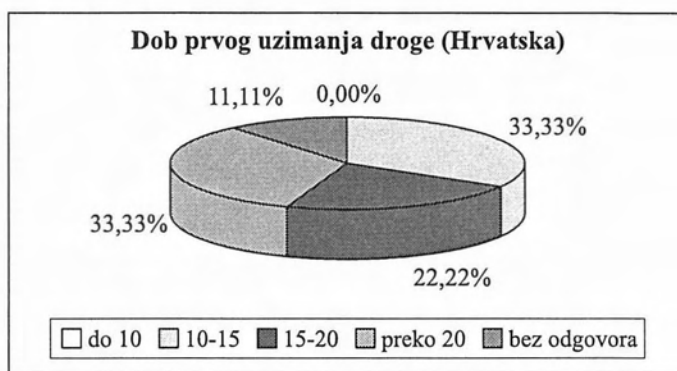


Što se tiče procjena ispitanica o odnosima u obitelji i osobito psihičkom i fizičkom zlostavljanju, postoji velika razlika između zatvorenica u hrvatskom i njemačkom zatvoru. Da li se radi o stvarnoj razlici ili o nekritičnosti, ili o potiskivanju problema ili čak o samozavaravanju ispitanica u hrvatskom zatvoru, a opet u kontekstu “nedodirljivosti obitelji”, na temelju ove statistike nije moguće spoznati. Uglavnom 78% ispitanica smatra odnos u obitelji izvrsnim ili dobrim i tvrde da nisu trpjele nikakav oblik nasilja u obitelj.

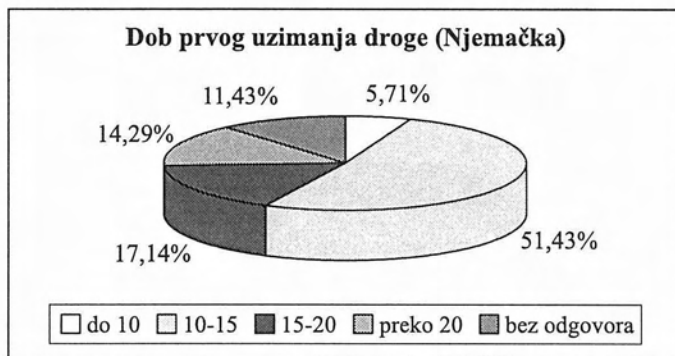
Nasuprot tome samo 37% ispitanica u njemačkom zatvoru smatraju da su odnosi u obitelji bili izvrsni ili dobri, a čak 72% njih je trpjelo neki oblik psihičkog ili fizičkog nasilja, a 54% među njima trpjelo je i više vrsta nasilja. Ovi se podaci čine realnijima jer se poklapaju s rezultatima brojnih istraživanja o fizičkom, psihičkom i seksualnom nasilju nad ženama ovisnicama.⁹

Obrazloženje odgovora o izvrsnim i dobrim odnosima u obitelji u ovoj je anketi najčešće izricano sljedećim riječima “Imam normalnu obitelj i svi se dobro slažemo” ili “moji skrbnici su uvijek bili uz mene – i u lošim i dobrim vremenima”. Nepodnošljivi odnosi u obitelji obrazlagani su sljedećim razlozima: batinama koje su dobivale, odrastanje uz alkoholičare (otac ili majka), silovanjima od strane članova obitelji (oca, očuha, brata), čestim mijenjanjima obitelji praćenim fizičkim ili psihičkim nasiljem (“od jedanaeste godine života kod skrbnika, pa kod majke, pa kod tete. Stalno premještanje. Prve godine zbog silovanja izbrisala sam iz pamćenja”). Među ispitanicama koje su svoj odnos u obitelji označile podnošljivim uočljiv je veliki stupanj tolerancije jer se iz ankete vidi da su trpjele batine, zanemarivanja, psihička zlostavljanja, pa čak i silovanja. Štoviše, navedene oblike fizičkog i psihičkog zlostavljanja nalazimo i kod jednog manjeg broja ispitanica koje su svoju obiteljsku situaciju procijenile dobrom.

2.1.10. U kojoj dobi ste prvi put uzeli drogu

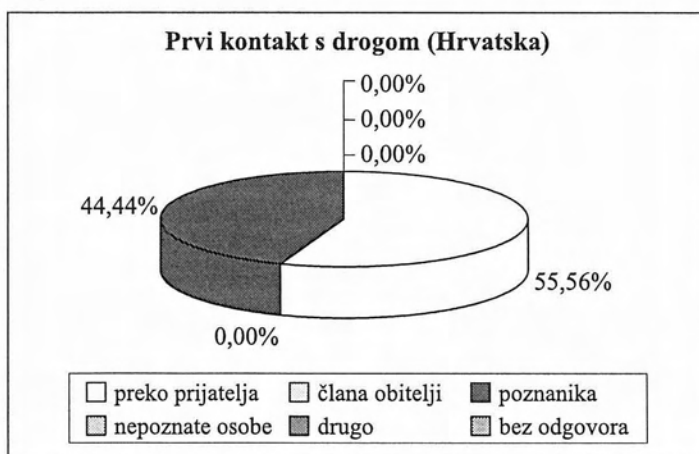


⁹ Tako npr. prema studiji Klein, M.: “Frauen und Sucht” in: Hutterer - Krisch, R., Pfersmann, V., Farag, I. (Hrsg.): Psychoterapie, Lebensqualität und Prohylaxe, Wien, New York, 1996., str. 353-361. čak 70% ovisnica bilo je seksualno zlostavljano u mlađoj dobi, često već u ranom djetinjstvu. V. npr. i Maeve, M., K.: Adjudicated health: incarcerated women and social construction of health, Crime, Law and Social Change, vol. 31., no. 1/1999., str. 50. Isto tako i Thornburg, T., Trunk D.: A Collage of voices: A dialogue with women in prison, Southern California Review of Law and Women’s Studies, Fall, 1992.; Kim, J. Y.: In prison day care: A correctional alternative for women offenders, Cardozo Women’s Law Journal, 2001.

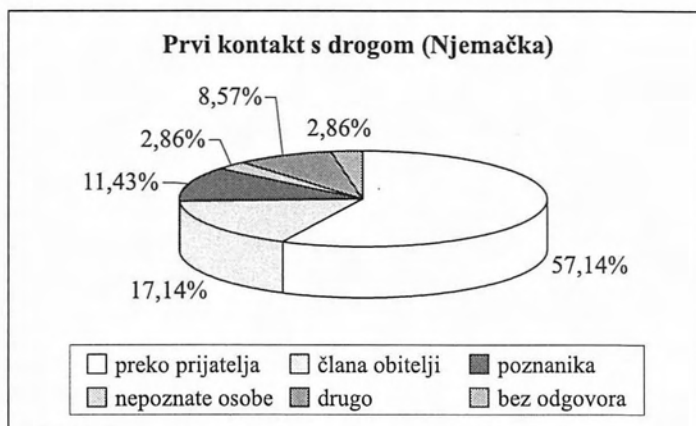


Poznata je činjenica da se posljednjih godina sve više spušta donja starosna granica prvog kontakta sa drogom. Rezultati ovog istraživanja to i potvrđuju. Tako u Hrvatskog prvi kontakt s drogom čak u 33% slučajeva započinje u periodu od desete do petnaeste godine, a 22% u periodu od petnaeste do dvadesete godine. U Njemačkoj je dobna granica još i niža. Tako njih 5,7% su prvi kontakt sa drogom imale prije navršene desete godine. Više od pola ispitanica (51%) došla je s drogom u kontakt između deset i petnaest godina starosti. Ako se dodaju i ispitanice od petnaest do dvadeset godina dobivamo gotovo poražavajući podatak da su 74%, odnosno dvije trećine ispitanica u njemačkom zatvoru prvi put uzele drogu u mladoj životnoj dobi. Prema nekim istraživanjima spuštanje dobne granice kod prvog susreta s drogom posebno se odnosi na mladu žensku populaciju.¹⁰

2.1.11. Kako ste došli u kontakt s drogom



¹⁰ Zenker, C.: Abhängigkeitserkrankungen bei Frauen, Schleswig – Holsteinisches Ärzteblatt, 5/2004, str. 52-54.

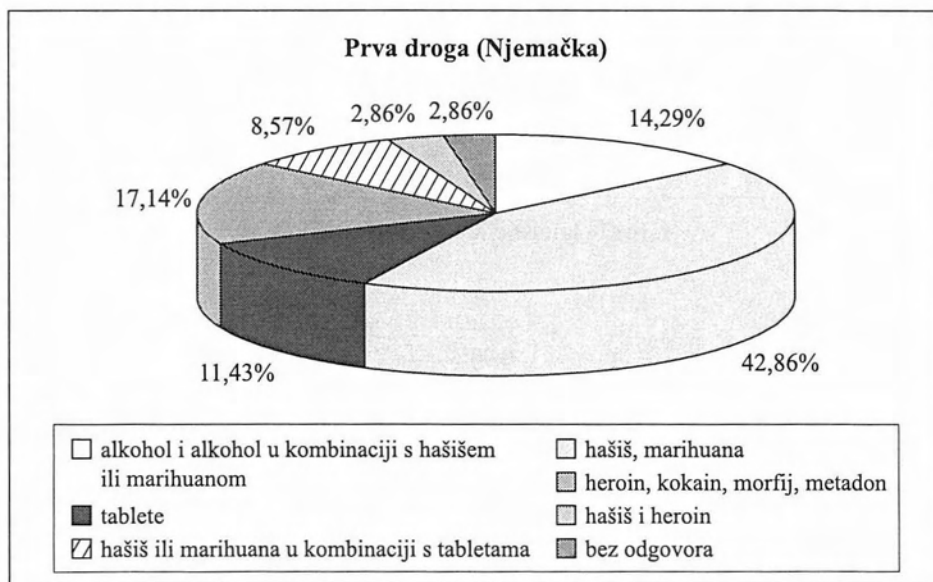
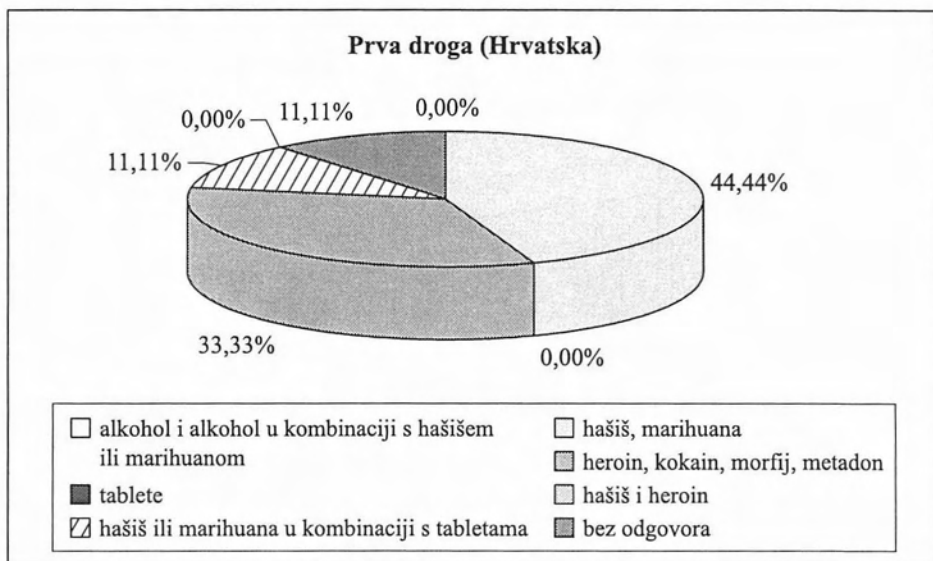


U oba zatvora ispitanice su u najvećem broju slučajeva (preko 50%) prvi put do droge došle preko prijatelja.¹¹ Značajnu ulogu povezivanja s drogom kod zatvorenica u hrvatskom zatvoru odigrali su i znanci (44%), a kod njemačkih zatvorenica članovi obitelji (17%). Iako je ovaj podatak prilično zastrašujući, on je i dobrim djelom logičan jer je jasno da je bliskoj osobi lakše nekoga uvući u drogu. Radi li se ovdje samo o potrebi eksperimentiranja, koja je imanentna mladoj životnoj dobi ili potrebi stvaranja iluzije povezanosti s drugima u slučajevima kada kvalitetna povezanost izostaje u vlastitoj obitelji, teško je spoznati samo na temelju statističkih podataka. Međutim, ne treba isključiti niti beskrupuloznost, agresivnost i opasnost onih koji su već, na bilo koji način (ovisnici ili dileri), povezani s drogom.

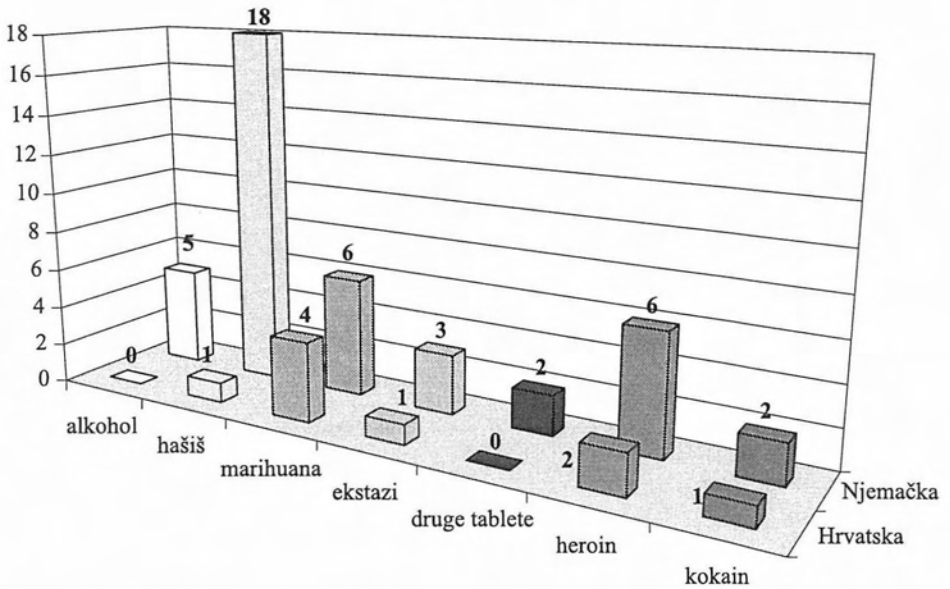
¹¹ O velikom utjecaju prijatelja kao inicijalnog faktora kod prvog kontakta adolescenata s drogom v. npr. Johnson, R., Marcos, A., Bahr, S.: The role of peers in the kompleks etiology of adolescent drug use, *Criminology*, 25/1987., str. 323-340.

2.1.12. Koju ste drogu uzeli

A. prvi put

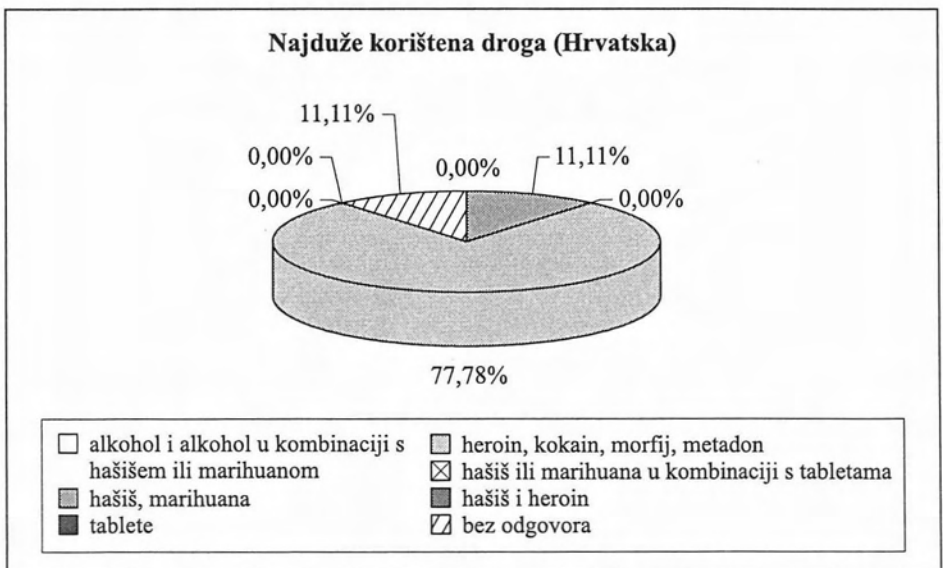


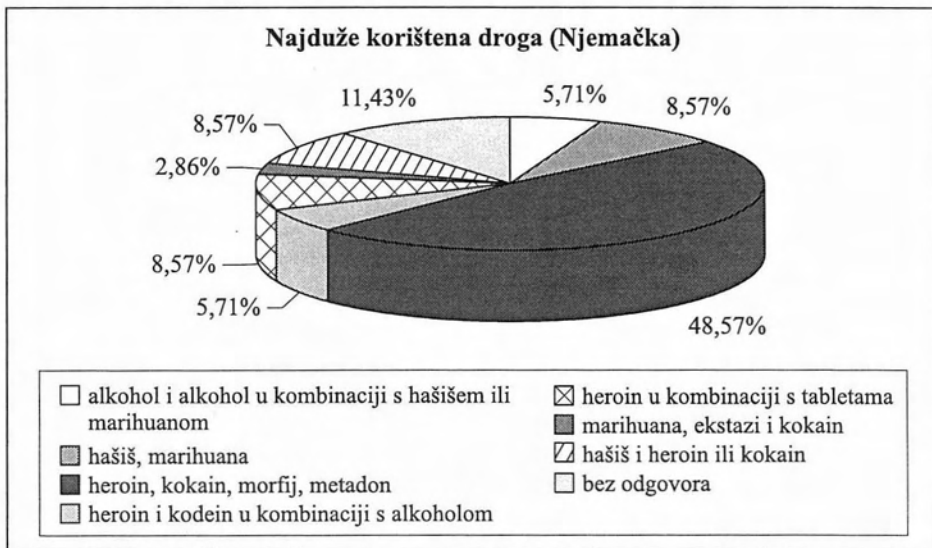
Raspodjela droge pri prvom korištenju



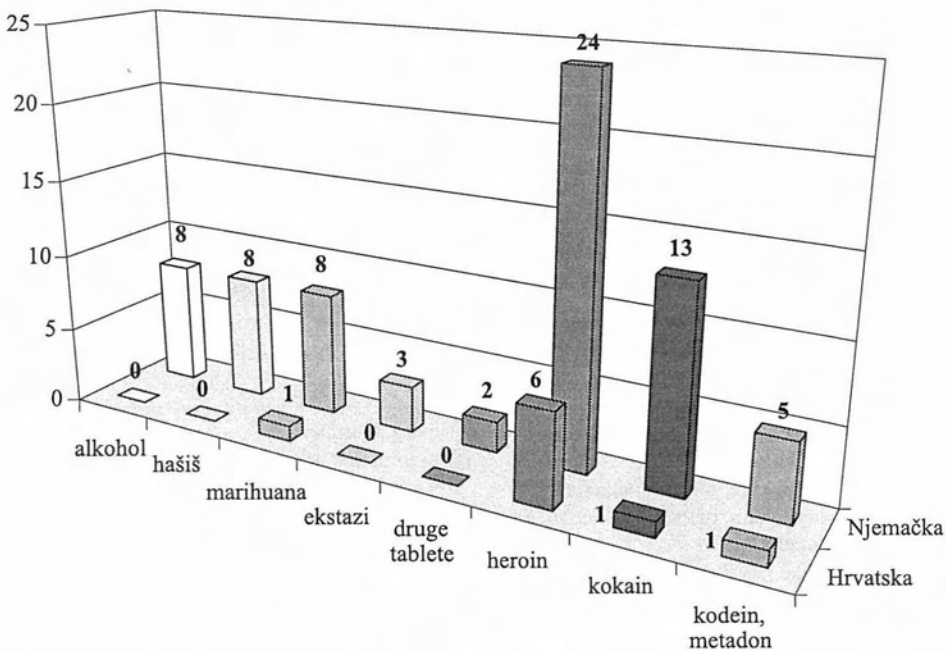
Među ispitanicima oba zatvora prevladavaju (preko 50%) one koje su prvi put uzle neku vrstu tzv. lakih droga (marihuana, hašiš, kokain). Ipak upada u oči čak 33% ispitanica hrvatskog zatvora kojima je heroin bio prva droga.

B. koju ste najduže koristili



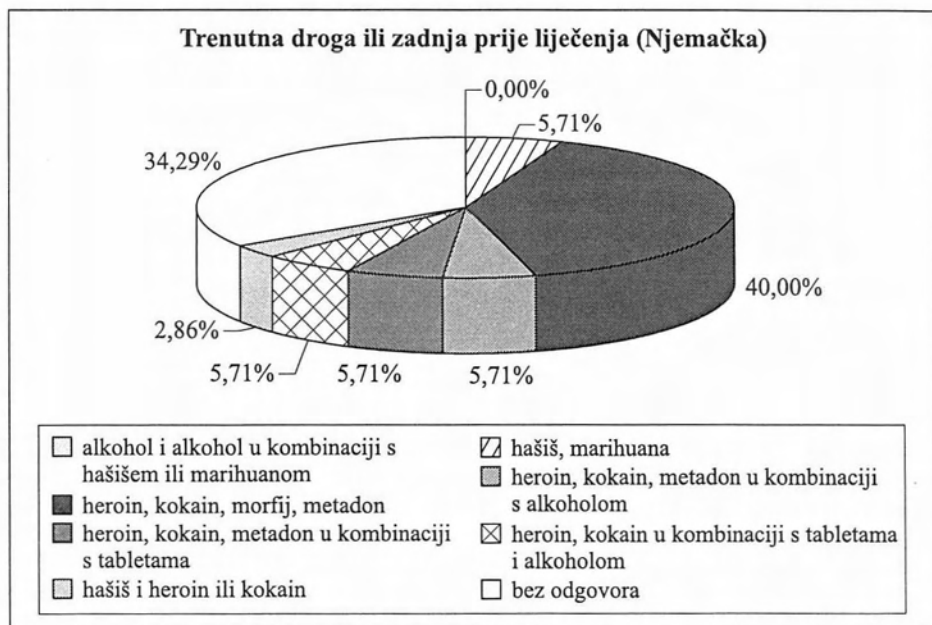
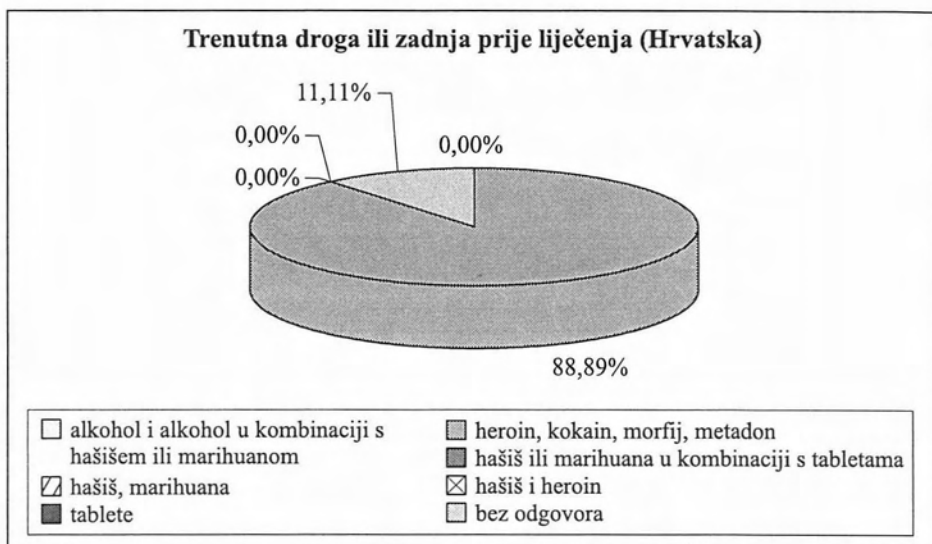


Raspodjela droge koja se najduže koristila

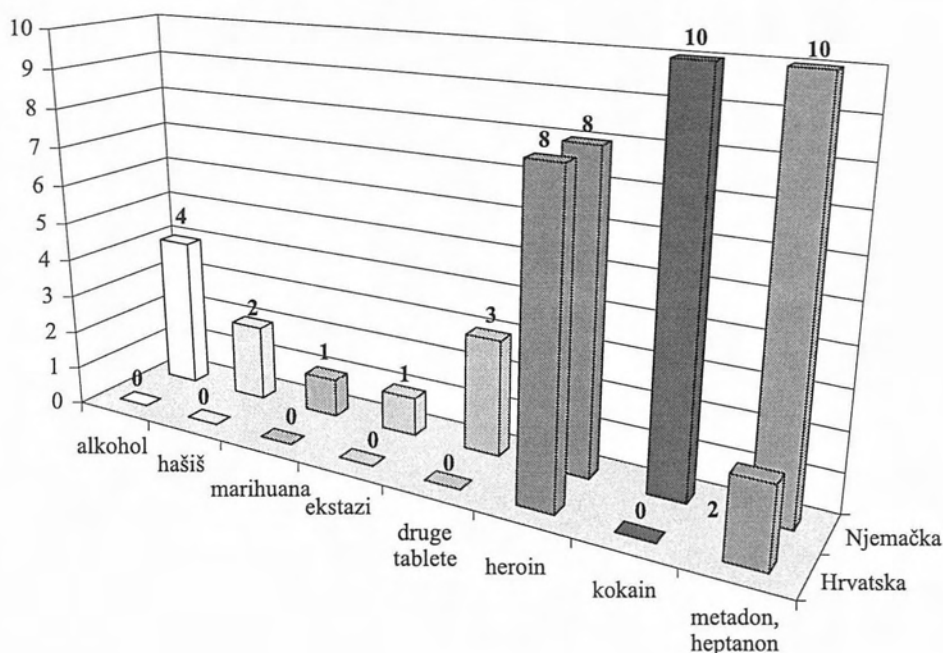


Više od 70% ispitanice oba zatvora najduže su koristile heroin kao jedinu drogu ili drogu u kombinaciji sa drugim drogama.

C. koja se koristi sada ili neposredno prije liječenja



Raspodjela droge koja se trenutno koristi ili zadnja prije liječenja



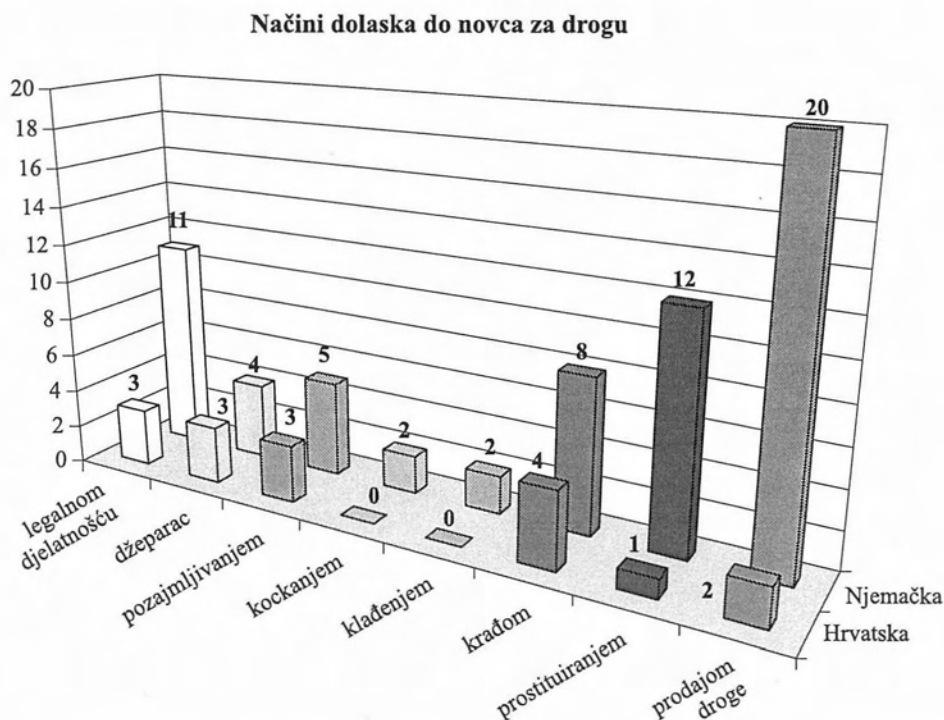
Heroin je droga koju su ispitanice oba zatvora najčešće (89% u hrvatskom i 60% u njemačkom zatvoru) koristile neposredno prije terapije u zatvoru ili je koriste i sada. Velika uloga heroina kao droge koju se prvi put uzelo, koja se najduže uzimala ili koja se još uvijek koristi ne iznenađuje budući da uzorak najvećim dijelom obuhvaća žene koje se nalaze na izdržavanju zatvorske kazne zbog kaznenog djela vezanog uz teške droge.¹² Pored toga poznato je da je upravo heroin vrlo opasna droga kod koje je smrtnost visoka, a liječenje teško i često neuspješno. Naime, psihička ovisnost o heroinu može uslijediti već nakon prvog uzimanja, a fizička kratko vrijeme poslije toga. Heroin je vrlo efikasna droga jer odmah po uzimanju otklanja emocionalne psihičke boli, ali za postizavanje tog učinka doze se trebaju povećavati što produbljuje stanje ovisnosti čineći ga bezizlaznim.¹³ Stručnjaci za liječenje izjavljuju da se upravo heroin u većine početnika u urbanim sredinama (SAD i Europa) uzima kao prvo nenadoknadivo sredstvo, čime se potiče njegova ponuda.¹⁴

¹² I neka druga istraživanja ukazuju na veliki postotak ovisnica o heroinu. Tako npr. New York State Department of Correctional Services ukazuje na 30% žena ovisnica o heroinu u usporedbi sa samo 13% muških ovisnika u zatvorima. Iz Maher, L.: *Reconstructing the female criminal: Women and crack cocaine*, Review of Law and Women's Studies, vol. 2., no. 1/1992., str. 140.

¹³ Stangl, W.: *Drogenarten*, <http://arbeitsblaetter.strangl-taller.at/SUCHT/DrogenGesamt.html>

¹⁴ Kovačević-Čavlović J.: *Protiv zlouporabe droga*, Zagreb, 1996., str. 29.

2.1.13. Načini dolaska do novca za drogu



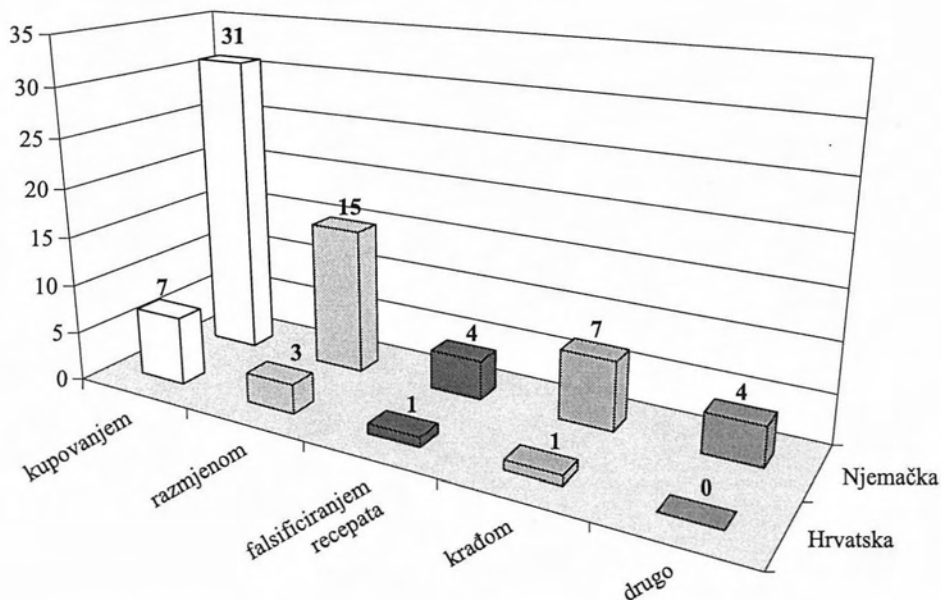
Mogućnost uživanja droge je financijski uvjetovana. Stoga je zanimljivo vidjeti na koji su način ispitanice koje su prema prethodnim podacima u većini mlade, nezaposlene, uglavnom uzdržavane od strane obitelji ili socijalnih institucija dolazile do novca potrebnog za nabavku droge. Ispitanice oba zatvora najčešće su do novca za drogu dolazile čineći kazneno djelo, i to u hrvatskom zatvoru krađom, a u njemačkom prodajom droge. Do istih rezultata došla su i brojna druga istraživanja o povezanosti droge i kriminala, odnosno o drogi kao uzroku kriminala. Pri tome su upravo najzastupljeniji imovinski delikti i delikt ilegalne trgovine drogom, koji se i čine u cilju nabave sredstava za kupnju droge.¹⁵ Iako se između droge i kriminala uspostavljaju različite relacije, pa je moguće govoriti o kriminalu kao uzroku droge, o kriminalizaciji droge putem zakonskih rješenja, nema sumnje o utjecaju droge na kriminal, a kao rezultat

¹⁵ Butorac, K., Todorović-Mikšaj, Lj.: Razlike među ovisnicima delinkventima s obzirom na direktnu i indirektnu involviranost u kriminalitet vezan uz drogu, *Kriminologija & Socijalna integracija*, Vol. 10., br. 1./2002., str. 35-39.; Egg, R.: Sucht und Delinquenz – Epidemiologie, Modelle und Konsequenzen, u *Suchtprobleme hinter Mauern*, Gassman, R. (Hrsg.), Freiburg im Breisgau, 2002., str. 20-28.

potrebe ovisnika za znatnim financijskim sredstvima kako bi zadovoljavali svoju ovisnost i činjenice da su prilikom nabavke droge upućeni na kontakte s kriminalnim okruženjem, u kojeg se i sami sve više uvlače.

2.1.14. Načini dolaska do droge

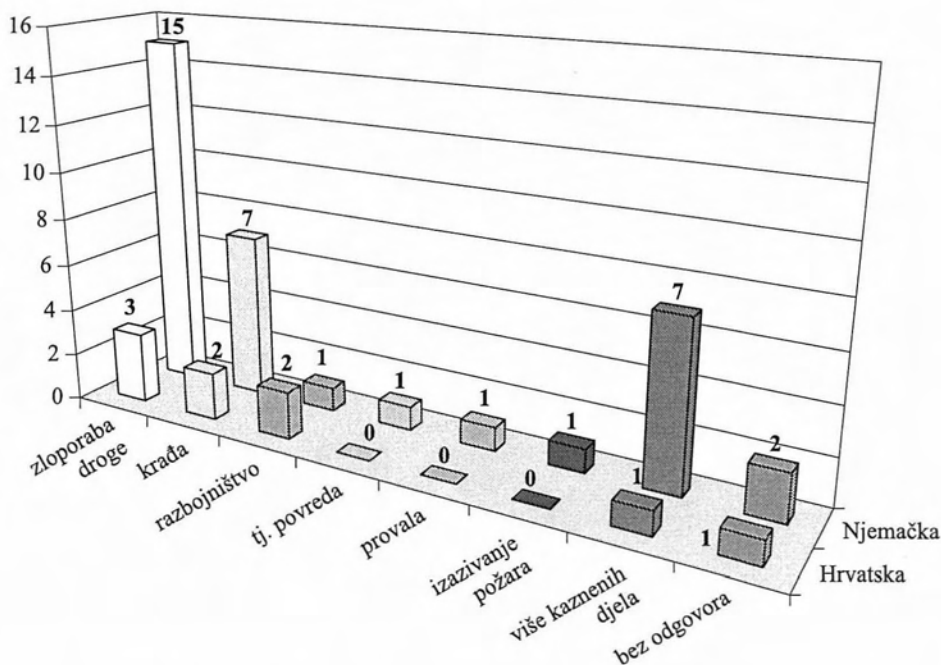
Načini dolaska do droge



Budući da su kažnjivim radnjama dolazile do novca za drogu, logično je da su do droge najčešće, i to obje skupine zatvorenica, dolazile kupovinom (čak 88%). Nakon toga slijedi razmjena, pa tek na kraju kaznena djela kao što su krađa i falsificiranje.

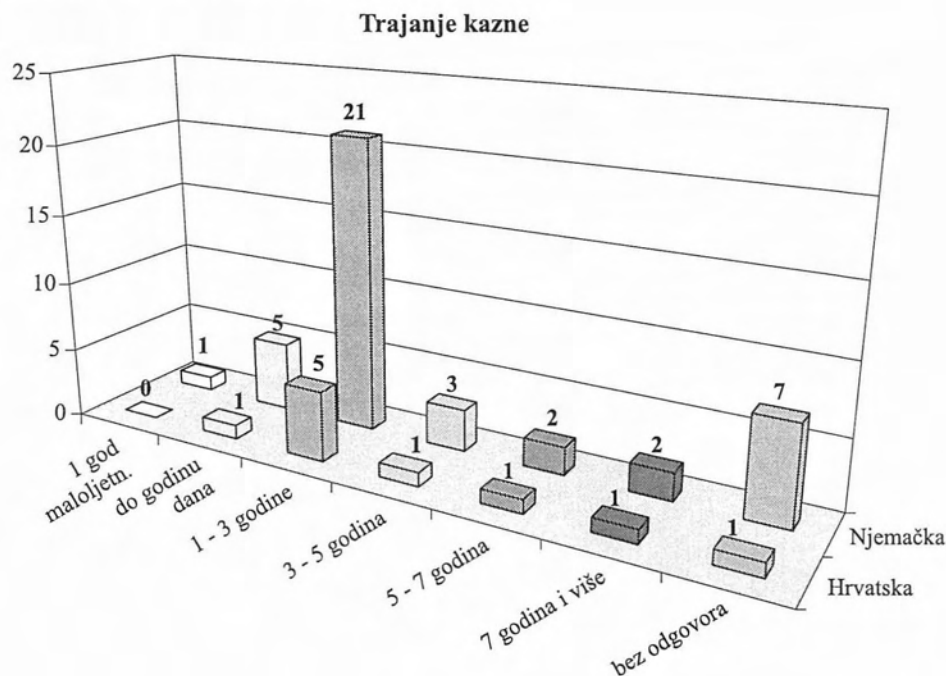
2.1.15. Djelo zbog kojeg je u zatvoru

Kazneno djelo zbog kojeg je u zatvoru



U strukturi kaznenih djela zbog kojeg su ispitanice u zatvoru prevladavaju (a što je očekivani rezultat s obzirom na uzorak) kaznena djela zlorabe droge u obje skupine, a zatim slijedi imovinska delinkvencija (krađa i razbojništvo) koja je u funkciji nabavke opojnih droga.

2.1.16. Trajanje izrečene zatvorske kazne

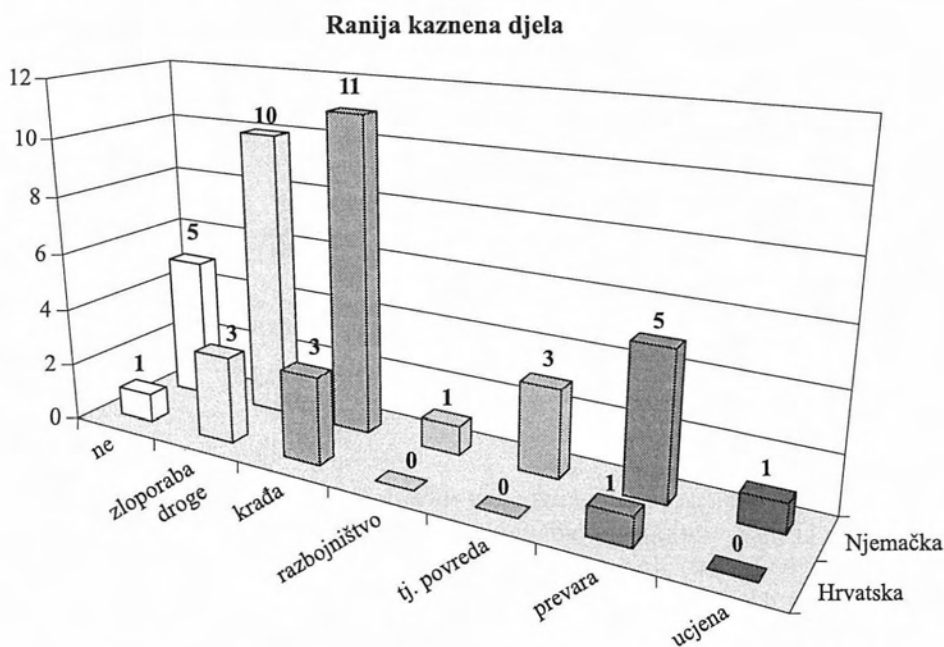


Dužina trajanja izrečenih kazni zatvorenicama u oba zatvora gotovo je identična. U oba uzorka prevladavaju zatvorske kazne do tri godine zatvora (oko dvije trećine zatvorenica). To je zanimljiv rezultat s obzirom na različitu zakonsku regulativu, osobito razlike u propisanim kaznama za kaznena djela vezana uz zlorabu opojnih droga i imovinsku delinkvenciju u ovim državama.

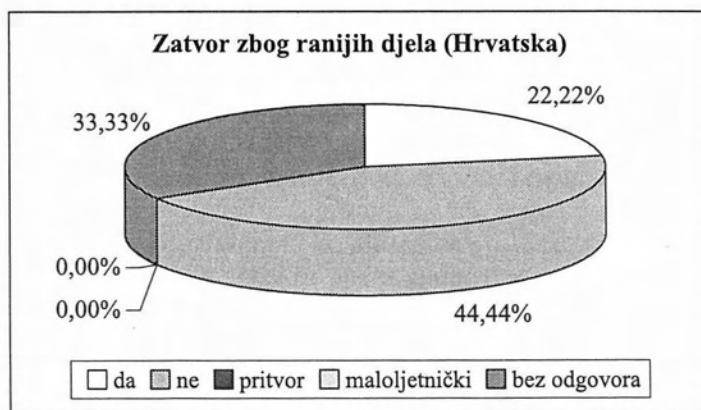
U hrvatskom Kaznenom zakonu u čl.173., koji regulira kazneno djelo zlorabe opojnih droga za neovlašteno posjedovanje opojnih droga, propisana je novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine. Za neovlašteno proizvodnju, preradu, prodaju, kupnju, neovlašteno stavljanje u promet itd. predviđena je kazna zatvora od jedne do dvanaest godina. Kazna zatvora od najmanje tri godine ili kazna dugotrajnog zatvora predviđena je za kvalificirani slučaj počinitelja koji je organizirao mrežu preprodavatelja ili posrednika ili se radi o više osoba udruženih radi ovog kaznenog djela. Prema Njemačkom Zakonu o opojnim sredstvima (BTMG, & 29. i 30.) za sve ove radnje predviđena je novčana ili kazna zatvora do pet godina, s time da se u osobito teškim slučajevima (kada se radi o zanimanju, o organiziranom kriminalu i teškim posljedicama) ne smije izreći manja kazna od jedne godine zatvora. Kumulacija ovih kvalifikatornih okolnosti povećava minimum zatvorske kazne, pa u nekim slučajevima taj minimum iznosi pet godina zatvora. Što se tiče kaznenih djela protiv imovine (koja također participiraju u ovom uzorku), prema hrvatskom Kaznenom zakonu za krađu je predviđena novčana kazna ili zatvor do tri godine

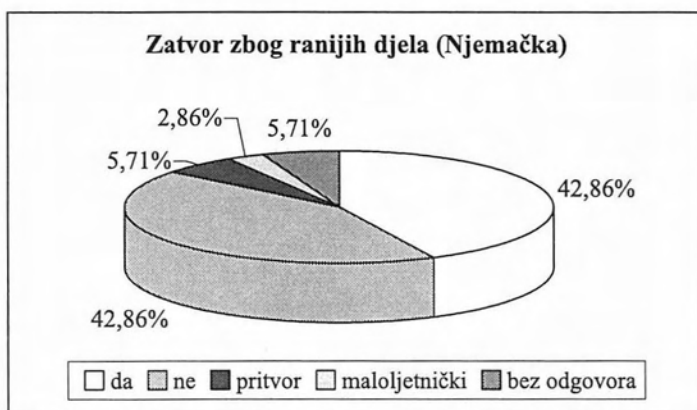
(čl. 216.), za tešku krađu kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina (čl. 217.), a za razbojništvo kazna zatvora od jedne do deset godina (čl. 218.). U njemačkom Kaznenom zakoniku (StGB, § 242., 243., 244.) za kazneno djelo krađe predviđena je novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, za tešku krađu zatvor od tri mjeseca do deset godina i za razbojništvo kazna zatvora od šest mjeseci do deset godina.

2.1.17. Koja su ranija kaznena djela?



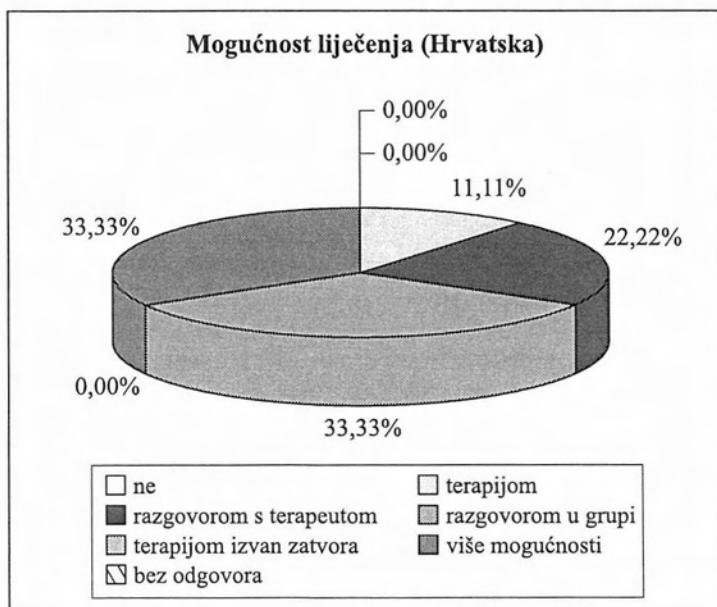
2.1.18. Jeste li zbog tih djela bili u zatvoru?

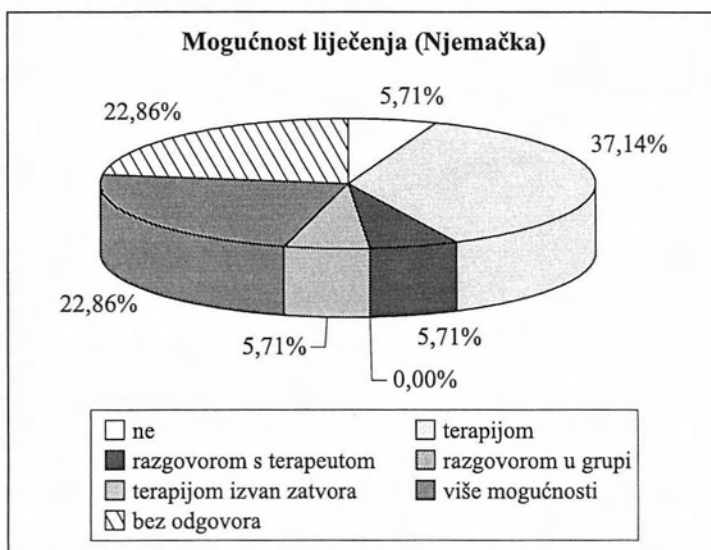




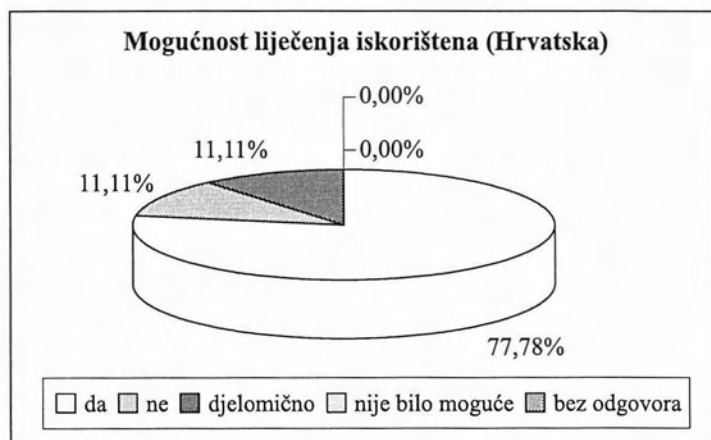
Većina zatvorenica iz obje skupine je i ranije činila kaznena djela među kojima prevladavaju imovinski delikti (krađa, prijevara, ucjena, razbojništvo) i kaznena djela zloporabe droge, s time što je u Hrvatskoj njih 22% zbog ranijih djela bilo osuđeno na kaznu zatvora, a u Njemačkoj gotovo dvostruko više, odnosno 42,8%. Ovaj podatak ukazuje na veliki postotak povratnica među ovisnicama, što je i očekivati jer ovisnost po definiciji podrazumijeva opsesivno ponavljanje radnji kojima se zadovoljava potreba za drogom. Isto tako postavlja se i pitanje o uspješnosti primijenjenih tretmana liječenja od ovisnosti, ali i o svrsi zatvorskog kažnjavanja ovisnica.

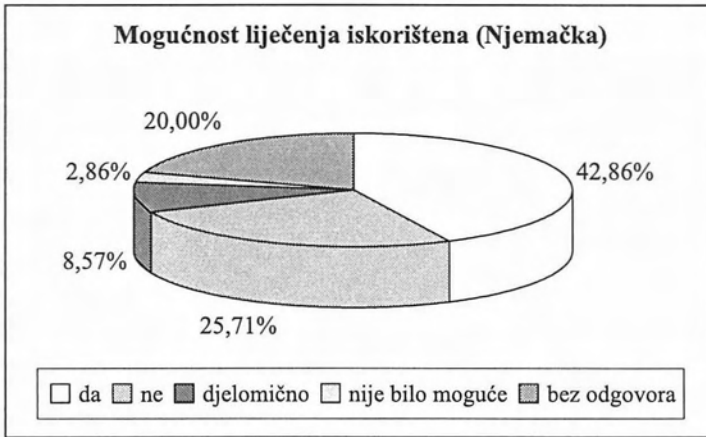
2.1.19. Mogućnost liječenja ovisnosti za vrijeme izdržavanja kazne





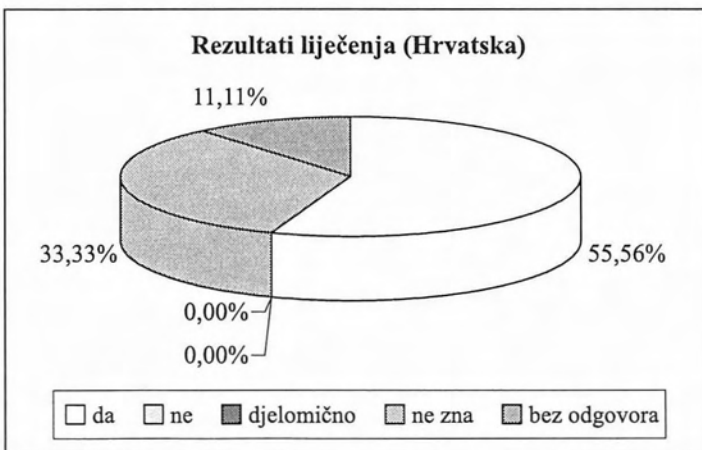
2.1.20. Jeste li koristili tu mogućnost?



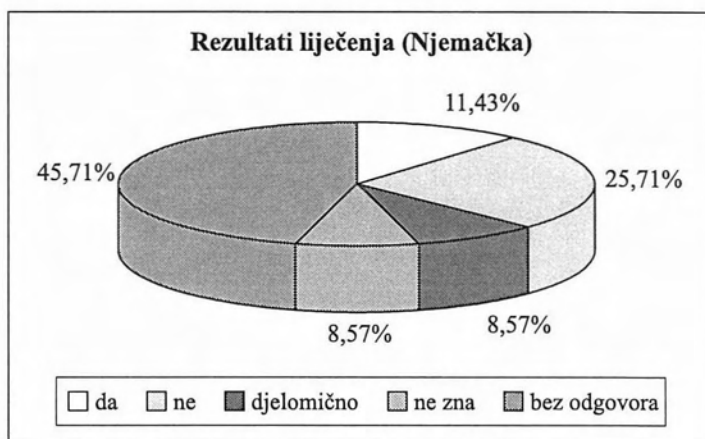


Prema izjavama ispitanica u oba zatvora postojale su razne mogućnosti korištenja terapija za liječenje ovisnosti, s time da je tu mogućnost u hrvatskom zatvoru koristilo 77,8% zatvorenica, a u njemačkom tek 42,9%. Ova razlika u korištenju ponuđenih tretmana rezultat je potpuno različitog pristupa u liječenju ovisnost u zatvorskim uvjetima. Dok je u hrvatskom zatvoru ta mogućnost bez ikakvih uvjeta dostupna svima, u njemačkom zatvoru radi se o posebnom programu koji u jednoj kasnijoj fazi obuhvaća liječenje izvan zatvora i dostupno je samo malom broju ovisnih zatvorenica koje su prošle složeno testiranje, koje su spremne podvrgnuti se strogim pravilima terapije i koje zbog male pogreške odmah izlaze iz programa.¹⁶

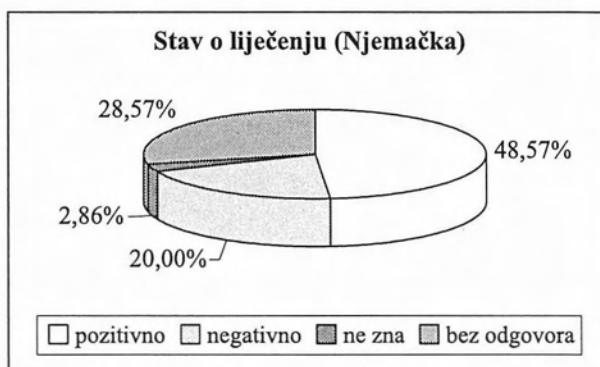
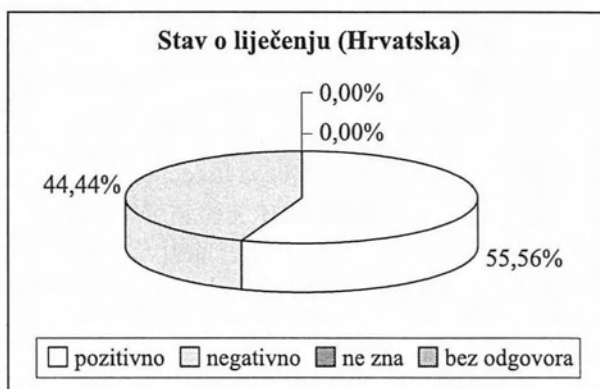
2.1.21. Da li je liječenje dalo rezultata



¹⁶ Pilot-program pod nazivom "Therapie Vorbereitungs Programm" in der JVA Schwäbisch Gmünd koji je interno objavljen.



2.1.22. Stav o liječenju za vrijeme izdržavanja kazne zatvora



Ispitanice u hrvatskom zatvoru u mnogo većem postotku (55,5%) od ispitanica u njemačkom zatvoru (11,4%) ocijenile su pozitivnim rezultate liječenja. U istom postotku zatvorenice u hrvatskom zatvoru pozitivno su se

izjasnile o liječenju za vrijeme izdržavanja kazne zatvora. Među njemačkim zatvorenicama daleko veći broj ima pozitivan stav o liječenju ovisnosti u zatvoru (48,5%) od onih koje su zadovoljne rezultatima liječenja.

Budući da su ispitanice u oba zatvora u odgovoru na pitanje o vlastitom stavu o liječenju u zatvoru imale mogućnost pisanog komentiranja svog stava, najčešće stavove jednih i drugih, pozitivnih i negativnih, citiramo:

“Mislim da je to u redu, po meni, ali opet ovisi od osobe do osobe.”

“Mislim da pojedinačni razgovor s terapeutom iznimno pomaže, a ponekad i razgovor u grupi. Ipak mislim da je apstinencija, rad i radionice iznimno dobar način za liječenje od droge.”

“Pa i nemam neko određeno mišljenje o tome. Razgovori u grupi mi odgovaraju i poslije njih se jako dobro osjećam.”

“Bez veze.”

“Takav način rada jednostavno nije za uvjete u kojima se nalazimo. Ljudi s kojima razgovaramo nisu kompetentni za razgovor o opojnim drogama. Između ostalog rad u zatvoru nam ne dopušta ulaziti u dublje teme o drogi.”

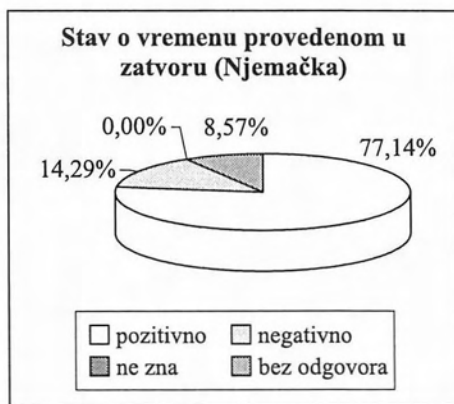
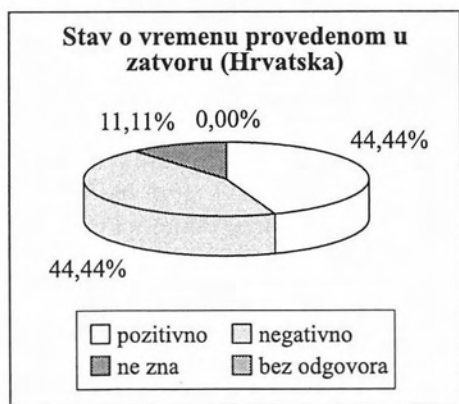
“Mislim da bi svaka ovisnica trebala imati šansu za liječenje jer je ovisnost strašna bolest i ima puno ovisnica kojim je terapija pomogla. Sam zatvor ne vodi nigdje.”

“Mislim da bi to bilo dobro jer se samo zatvaranjem ne može riješiti ovisnosti. Vrijeme u zatvoru moglo bi se svrhishodnije iskoristiti i raditi nešto za sebe. Previše ima mrtvih ovisnica koje su izašle iz zatvora.”

“Terapija treba biti dobrovoljna. Ona pod pritiskom i za vrijeme izdržavanja kazne ne može biti uspješna.”

“U zatvoru se ne dobiva nikakva stvarna pomoć. Sve je to obično licemjerstvo.”

2.1.23. Stav o utjecaju vremena provedenog u zatvoru



Na pitanje da li je vrijeme provedeno u zatvoru pozitivno utjecalo na njih, ispitanice hrvatskog zatvora u jednakom postotku (44,4%) daju pozitivan i negativan odgovor. Ispitanice u njemačkom zatvoru pozitivan stav o utjecaju

vremena provedenog u zatvoru iznose u 77,1% slučajaja, a negativan u 14,2%. Iznosimo njihove najčešće stavove:

“Apsolutno ne, samo još gore.”

“Da, zato što sam uvidjela što vrijedi, a što ne, pronašla sam sebe, uvidjela dobre i loše strane. Dobre sam poboljšala, a loše mijenjam.”

“Puno sam se promijenila. Imam više povjerenja i samopouzdanja”.

“Da jer ne uzimam više droge i želim početi novi život.”

“Naravno, u zatvoru imam puno vremena za razmišljanje. Sada znam da je normalni život bez droge najvažniji za moju djecu. Nadam se da ću dobiti mogućnost za normalni život.”

“Da, mogla sam se usmjeriti prema novim ciljevima, skupiti snagu za život izvan zatvora. Vrijeme ovdje nije bilo uzaludno.”

“Ne, u zatvoru ne dobivam nikakvu pomoć.”

“Da, u zatvoru sam opet naučila da budem “čista” (od droge), nastojati ću i nakon zatvora da ostanem “čista.”

“Djelomično, ovdje sam, doduše, prisiljena da više ne uzimam droge, ali sam izgubila i stan i posao. Drugi put više neću ići u zatvor – nešto sam iz ovoga naučila”

“Da, droge više ne uzimam u mjeri kao ranije, očvrstnula sam i mogu prepoznati neiskrene ljude.”

“Zatvor mi je doslovno spasio život.”

“Ne, sve sam izgubila, a ništa naučila.”

“Da, sigurno zvuči komično ili čudno, ali u mojim očima nema bolje terapije od zatvora.”

“Da, prvi put u životu nešto radim i zapravo sam zahvalna za ovo zatvaranje.”

3. Zaključak

Unatoč malom brojčanom uzorku na kojem se temeljilo ovo istraživanje, njegovim rezultatima potvrđene su dosadašnje spoznaje o značajnoj prisutnosti droge u životu žena općenito, pa i u ženskim zatvorima. Zašto je ovisnost žena toliko “uzela maha”, čak u mjeri da prevladava među ženama koje izdržavaju zatvorsku kaznu, teško je odgovoriti. Međutim, ako se osvrnemo na neke od rezultata ovog istraživanja, možda taj odgovor treba tražiti u činjenici njihovog teškog odrastanja koje je u velikoj mjeri bilo opterećeno raznim oblicima nasilja u obitelji. Nije li upravo heroin koji je u tako velikoj mjeri prisutan kao droga koja se zloupotrebljava, a koji najefikasnije, gotovo trenutno potiskuje emocionalnu bol, najlogičniji izbor za njih. Nažalost, nasilje u obitelji najčešće još uvijek ostaje skriveno od javnosti, čak i unatoč u posljednjih godina naglašenim nastojanjima društva da se obiteljsko nasilje detabuizira. Tako da ti nasilnici ostaju nekažnjeni, ali se zato kažnjavaju njihove žrtve kada kaznenim djelima rješavaju svoje osobne probleme u kojima dominiraju frustracije upravo takvog odrastanja. Da su kaznena djela počinjena i da se stalno ponavljaju

najčešće u nastojanju rješavanja problema ovisnosti proizlazi iz vrste kaznenih djela koje ovisnice čine, a to su ili djela vezana uz zloporabu droge ili imovinsku delinkvenciju koja je uvijek u funkciji nabavke droge ili sredstava za osiguranje droge. Dojam o *circulus viciosis* iz kojeg je nemoguće izaći nameće se sam po sebi.

Uglavnom i ostali rezultati dobiveni ovim istraživanjem u najvećem se dijelu poklapaju s drugim istraživanjima koja su se bavila ženama u zatvoru. Međutim, pozitivan stav većine zatvorenica njemačkog zatvora i nešto manje od polovine zatvorenica hrvatskog zatvora o vremenu provedenom u zatvoru potpuno je neočekivan. Drugim riječima, mnoge zatvorenice koje su ovisnice smatraju vrijeme provedeno u zatvoru korisnim i dobrim za sebe, čak i one među njima koje nikakav tretman liječenja od ovisnosti nisu koristile ili su koristile, a nisu postigle nikakav uspjeh. Kako objasniti da zatvorski sustav koji je tradicionalno represivan i koji ih lišava slobode kretanja, vlastitog prostora, zadovoljenja normalnih ljudskih potreba, mogućnosti izbora i odlučivanja, za ovisnice predstavlja prihvatljiv životni prostor? Možda nekima zatvor pruža bolje uvjete za život od onih koje su imale izvan zatvora. Možda je nekima, a ovdje mislimo na zatvorenice njemačkog zatvora u kojem one borave u odvojenim sobama, zatvor pružio priliku da se konačno sastanu same sa sobom. Možda su se neke od njih tek u zatvoru, pogotovo u hrvatskom, u kojem su u kontrolu prisutnosti droge uključeni dresirani psi, uspjele riješiti svoje ovisnosti. Možda su se neke od njih tek u zatvoru uspjele osloboditi straha od narkomanskog miljea u kojem su upale ili od smrti u kom pravcu ih je njihova ovisnost vodila. Očigledno je da zatvor u svim ovim slučajevima nema samo represivnu, već i preventivnu ulogu koja, doduše, najčešće traje samo onoliko dugo koliko traje i njihovo zatvaranje. Ipak, teško je prihvatljivo da ovisnicama koje kaznena djela čine zbog svoje bolesti društvo može ponuditi samo zatvor.

Summary

**IMPRISONMENT FOR DRUG ADDICTED WOMEN –
REPRESSION AND/OR PREVENTION?**

Awareness of the significant presence of drugs in life of women in general, and especially in prisons for women, operated as an incentive for this research directed toward answering the question – whether imprisonment of drug addicted women represents repression or prevention, or both. Research included total of 44 women sentenced to prison, nine of which placed in Criminal institute in Požega (Croatia) and 35 in Criminal institute in Schwäbisch Gmünd (Germany). Questionnaires were filled in in criminal institutes, participation was voluntary and anonymous. Gathered data have been analyzed according to basic statistic procedures, while results are presented in diagram and descriptively analyzed. Results of this research to the greatest extent correspond to other researches related to imprisoned women, but also suggest certain unexpected conclusions.

Key words: women, women in prison, drug addicted women.

Zusammenfassung

**GEFÄNGNISSTRAFE FÜR DROGENABHÄNGIGE –
REPRESSION UND/ODER PRÄVENTION?**

Das Wissen darum, dass Drogen im Leben von Frauen ganz allgemein aber besonders in den Frauengefängnissen eine immer größere Bedeutung haben, war der Anlass für vorliegende Untersuchung mit dem Ziel, die Frage zu beantworten ob die Gefängnisstrafe für Drogenabhängige Repression oder Prävention bedeutet oder beides. Von der Untersuchung erfasst wurden insgesamt 44 drogenabhängige Frauen, die eine Gefängnisstrafe verbüßen und zwar neun von ihnen in der Strafanstalt von Požega (Kroatien) und 35 in der von Schwäbisch Gmünd (Deutschland). In beiden Strafanstalten wurde eine anonyme und für die Gefangenen freiwillige Befragung anhand eines Fragebogens durchgeführt. Die erhaltenen Daten wurde statistisch bearbeitet und die Ergebnisse graphisch dargestellt und deskriptiv analysiert. Die Resultate dieser Untersuchung entsprechen weitgehend denen anderer Untersuchungen über Frauen in Gefängnissen, doch sie führen auch zu einigen unerwarteten Schlussfolgerungen.

Schlüsselwörter: Frauen, Inhaftierte, Drogenabhängige.

Sommario

INCARCERAZIONE PER LE TOSSICODIPENDENTI – REPRESSIONE E/O PREVENZIONE?

La consapevolezza della significativa presenza delle droghe nella vita delle donne in generale, e in particolare nelle carceri per donne, ha operato come incentivo per questa ricerca diretta a rispondere alla questione se l'incarcerazione di tossicodipendenti rappresenta repressione, prevenzione o entrambe. La ricerca ha riguardato un totale di 44 donne condannate alla pena della carcerazione, 9 delle quali collocate nell'Istituto penale di Požega (Croazia), e 35 nell'Istituto penale di Schwäbisch Gmünd (Germania). I questionari sono stati riempiti nei centri penali, la partecipazione è stata volontaria e anonima. I dati raccolti sono stati analizzati secondo le procedure statistiche fondamentali, mentre i risultati sono stati presentati graficamente e analizzati descrittivamente. I risultati di questa ricerca corrispondono in grande misura alle altre ricerche relative alle donne incarcerate, ma anche suggeriscono alcune conclusioni inaspettate.

Parole chiave: donne, incarcerate, tossicodipendenti.

ISPITIVANJE RAZLIKA U STRUKTURI OBITELJI MALOLJETNIH DELINKVENATA U REPUBLICI HRVATSKOJ U PRIJERATNOM I POSLIJERATNOM RAZDOBLJU¹

Dr. sc. Ljiljana Mikšaj – Todorović,
redovita profesorica
Edukacijsko rehabilitacijski fakultet
Sveučilišta u Zagrebu
Dr. sc. Ksenija Butorac
Hrvatska udruga za kriminologiju,
Zagreb

UDK: 343.915(497.5)“1987/1991”
343.915(497.5)“1995/2001”
Ur.: 30. lipnja 2005.
Pr.: 30. kolovoza 2005.
Izvorni znanstveni članak

Cilj je rada utvrditi razlikuju li se malodobni delinkventi prije rata od onih nakon rata po obilježjima obiteljske strukture. Istraživanje je provedeno na dva uzorka ispitanika, malodobnih delinkvenata koje je sud za malodobnike na području Republike Hrvatske sankcionirao zbog činjenja nekoga kaznenog djela: prvi uzorak čini 4056 onih koji su sankcionirani u petogodišnjem razdoblju (1987.–1991.), a koje je u radu obilježeno kao prijeratno, a drugi čini 2870 onih koji su sankcionirani u sedmogodišnjem razdoblju (1995.–2001.), što je u radu obilježeno kao poslijeratno. Razlike su utvrđene temeljem hi-kvadrat testa, a rezultati pokazuju da se dvije skupine statistički značajno razlikuju na devet od promatranih deset varijabli obiteljske strukture, na način da poslijeratna generacija rjeđe od prijeratne u vrijeme ispitivanja živi s oba roditelja, a u ranijoj dobi samo u obiteljskom domu. Ona rjeđe ima oba živa roditelja, pri čemu je otac umro relativno češće nego majka. Nadalje, u toj generaciji roditelji rjeđe žive zajedno, češće su razvedeni, a ispitanici su češće izvanbračna djeca u usporedbi s prijeratnom generacijom.

U općoj hrvatskoj populaciji za vrijeme rata dogodile su se destruktivne promjene u obiteljskoj strukturi, pa je logično da su one vidljive i u obiteljima ispitanika koji su sankcionirani poslije rata. U nekim je slučajevima rat bio direktni uzročnik poremećene obiteljske strukture, a u drugima je posredno djelovao pospješujući procese koji su započeli u obiteljima prije rata.

¹ Ovaj članak dio je znanstveno istraživačkog projekta Ministarstva znanosti i tehnologije (br. 0115016) “Osobitosti maloljetničke delinkvencije prije, tijekom i nakon rata” koji se vodi pri Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci.

Razvijanje programa prevencije kriminaliteta djece i mladih, koji nužno podrazumijevaju financijske i kadrovske resurse za rad s obiteljima, nalazi se pred velikim izazovom. U praksi već postoje brojni intervencijski i tretmanski programi na razini pojedinca, obitelji i društvene zajednice, čiji su glavni nositelji nevladine organizacije. Osim programa oblikovanih za cjelokupnu populaciju, ostaje nadovršen posao zacjeljivanja trauma kod mnogih obitelji, s naglaskom na djecu, koje su stradalnici rata na različite načine, od fizičkog gubitka ili nestanka člana obitelji, svjedočenja nasilju i gubitka doma do prisiljenosti na život s osobama s posttraumatskim stresnim poremećajem.

Ključne riječi: rat, malodobnička delinkvencija, obiteljska struktura.

1. Uvod

Pri procjeni obiteljskoga pedagoškog potencijala osobito se značenje pridaje njenom sastavu, cjelovitosti, formalnoj deficijentnosti i veličini kako bi se utvrdile okolnosti koje mogu utjecati na pojavu poremećaja u ponašanju, te kriminaliteta djece i maloljetnika. Sukladno tome, u kriminološkoj literaturi obično se posebno promatraju kriminogeni čimbenici u obitelji s normalnom strukturom, a posebno u nepotpunoj, formalno deficijentnoj. Brojna domaća (Zvonarević, 1981, Mejovšek i sur. 1997, Grozdić, 1985, Singer i Mikšaj – Todorović, 1993) i strana (Shaw i McKay, 1931, Glueck, 1960, Ehlen, 1963, Szewczyk, 1961, Nospitz, 1944, Thornberry, 1999, Amato i Sobolewski, 2001, Juby i Farrington, 2001) istraživanja provedena u mirnodopskim uvjetima dokazala su da obiteljska nepotpunost i veći broj članova obitelji povećavaju vjerojatnost delinkventnog ponašanja u djece. Pri tom se, naravno, posebno vodi računa o razlozima takve obiteljske situacije; dijete ili maloljetnik nedvojbeno različito doživljava izvanbračnost, smrt jednog ili obaju roditelja, razvod ili razdvojenost, te vlastiti položaj među drugom djecom u obitelji, ovisno o nizu drugih čimbenika.

Kad se, pak, utjecaj obiteljske strukture na kriminalitet mladih sagleda kroz prizmu rata i poraća, situacija je još kompleksnija.

Ratne okolnosti uvijek dovode do drastičnih promjena u svakodnevnom životu stanovništva. Zbog mobilizacije mijenja se struktura stanovništva, dio se seli zbog prognaništva i izbjeglištva, gospodarstvo se preorijentira na zadovoljavanje potreba ratovanja zbog čega se smanjuje količina proizvodnje namijenjena zadovoljenju potreba stanovništva, a to rezultira gospodarskim krizama i depresijama.

Osim što je stanovništvo prisiljeno prilagođavati se ovim promjenama u svrhu preživljavanja, događaju se značajne promjene i na psihičkom planu. S jedne strane prisutan je svakodnevni osjećaj straha i frustriranosti, a s druge,

potaknut ratnom propagandom i osjećaj herojstva. Ljudi se privikavaju na slike okrutnosti, ljudske tragedije i smrt što s vremenom dovodi do opće "naviknutosti na užas" (Singer, 1994:75).

U svakom slučaju rat čini legitimnima mnoga ponašanja koja nikad prije nisu bila tako shvaćana, a kako odmiče, ljudi počinju vjerovati da je, ukoliko njihovi vođe mogu rješavati međunarodne nesporazume nasiljem, to odgovarajući način i za rješavanje interpersonalnih problema (Archer i Gartner, 1884).

U literaturi su najčešće analizirane promjene u opsegu i strukturi kriminaliteta u odnosu na prvi i drugi svjetski rat (Lange, 1929, Constant, 1949, Exner, 1949, Hacker, 1974:229, Mannheim, 1966; Maklecov, 1947, Eliot, 1962:316).

Analize maloljetničke delinkvencije neposredno nakon Drugog svjetskog rata pokazale su zanimljivu zakonitost – da je u svim zemljama najprije došlo do njenog vidljivog pada. U tom kontekstu odgovarajući je podatak da je u Republici Hrvatskoj samo tijekom prvih pet mjeseci 1992. (dakle ratne godine na tlu bivše Jugoslavije) došlo do porasta broja prijavljenih malodobnih izvršitelja kaznenih djela za 40% (izvješća MUP-a RH i Javnog tužiteljstva RH za 1992. godinu). Nakon rata, međutim, dolazi do izrazitog smanjenja broja osumnjičenih, pa posljedično tome i prijavljenih, u odnosu na razdoblje prije rata (Singer, Cajner Mraović, 2003.). Slična je situacija, stoga, i s brojem sankcioniranih, kako je vidljivo iz podataka prikupljenih za potrebe projekta kojega je ovaj rad dio. Međutim, jedan od rezultata navedenog projekta je da se po ponašajnim obilježjima prijeratna i poslijeratna generacija statistički značajno razlikuju (Mikšaj – Todorović, Singer, 2004a, 2004b) pri čemu poslijeratna generacija ima značajno lošiji profil (više nasilničkih delikata, recidivizma, asocijalnih ponašanja, ovisnosti i problema u procesu obrazovanja).

No, slabo je zastupljena literatura koja se odnosi na usporedbu obiteljskih prilika maloljetnih delinkvenata prije i nakon rata, što je upravo cilj ovog rada, posebno s obzirom na obiteljsku strukturu.

Potrebno je uzeti u obzir da je značajan broj ljudi (oko 15% stanovništva RH) (prema Magdalenić i Janković, 1994) zbog rata moralo privremeno ili trajno napustiti svoje domove, te da je stjecem ratnih okolnosti kod većine stanovništva došlo do odvajanja od članova uže obitelji prvenstveno zbog neposrednog sudjelovanja u ratnim operacijama. Uz to, brojne obitelji bile su pogođene povremenim ili trajnim (pogibija, nestanak) gubitkom najčešće muških članova, pa su majke kao ključni dio sustava koji je još preostao preuzele odgovornost za odgoj djece i za cjelovitu skrb o obitelji (Magdalenić i Janković, 1994, Janković, 1994). Štoviše, zbog opasnosti uvjetovanih ratnim djelovanjima mnoga su djeca premještena u udomiteljske obitelji, pa su dulje ili kraće vrijeme bila ne samo bez majčine skrbi već odvojena i od ostale braće i sestara.

Osim vanjskog stresora utjelovljenog u samim ratnim zbivanjima, većina djece bila je izložena snažnom unutrašnjem stresoru ili traumi vezanoj uz neizvjesnost povratka, a posebno pogibiju ili nestanak bliske osobe, najčešće oca (Janković, 1994). Iskustva progonstva, gubici, te dugotrajnija odvajanja

od članova obitelji kumulativno su i dugoročno traumatizirajuće djelovala na ponašanje djece i mladih. Riječ je najčešće o psihološkom sindromu poznatom pod nazivom ratni stres ili, preciznije, posttraumatski stresni poremećaj (Arambašić i sur., 1992). Primjerice, istraživanje Mlačića i sur. (2002) na reprezentativnom uzorku hrvatskih srednjoškolaca provedeno 1998. godine pokazalo je da je 9,3% ispitanika doživjelo pogibiju užeg člana obitelji, 17,5% imalo je ranjene članove obitelji, a 11,9% moralo je napustiti svoj dom. Ove značajke upućuju na konstataciju da se procjena uloge poremećene obiteljske strukture u generiranju delinkventnog ponašanja djece i maloljetnika u mirnodopskom razdoblju bitno razlikuje od procjene te uloge u vrijeme i nakon rata. Štoviše, u poslijeratnom razdoblju na posljedice rata najčešće se kumuliraju nove, izazvane otežanom prilagodljivošću djece i mladih normalnim uvjetima življenja. Prolongirano negativno djelovanje rata na njegove sudionike karakteristika je ratova 20. stoljeća (Mlačić i sur., 2002). U tom kontekstu može se procijeniti da su i generacije malodobnih počinitelja kaznenih djela u razdoblju nakon rata bile pod znatno pogubnijim utjecajem obiteljskih prilika s naglaskom na poremećenu obiteljsku strukturu nego ranije generacije. U tom smislu polazi se od pretpostavke da će se prijeratne i poslijeratne generacije mladih počinitelja kaznenih djela značajno razlikovati s obzirom na strukturu njihovih obitelji.

2. Cilj rada i hipoteza

S obzirom da su privremeni ili trajni poremećaji obiteljske strukture u vrijeme rata i poraća u odnosu na prijeratno razdoblje znatno prisutniji u cjelokupnoj populaciji, pretpostavka je da će se to odraziti i na populaciju maloljetnih delinkvenata. Štoviše, takva je situacija vjerojatno dobrim dijelom odgovorna za negativne promjene u ponašanju općenito i u vrstama kaznenih djela malodobnih delinkvenata što je dokazano na ovom istom uzorku (Mikšaj – Todorović i Singer, 2004a,b).

U radu se polazi od hipoteze da postoje statistički značajne razlike u obilježjima obiteljske strukture malodobnih delinkvenata, na način da je ona u poslijeratnom razdoblju nepovoljnija od one prije rata.

3. Metode rada

3.1. Ispitanici

Istraživanje je provedeno na dva uzorka ispitanika, malodobnih delinkvenata koje je sud za malodobnike na području Republike Hrvatske sankcionirao zbog činjenja nekoga kaznenog djela: prvi uzorak čini 4 056 malodobnih delinkvenata koji su sankcionirani u petogodišnjem razdoblju (1987.–1991.) koje je u radu

obilježeno kao prijeratno, a drugi čini 2 870 malodobnih delinkvenata koji su sankcionirani u sedmogodišnjem razdoblju (1995.–2001.) koje je u radu obilježeno kao poslijeratno.

3.2. Instrument

Za potrebe cjelokupnog istraživanja, kojega je ovaj rad dio, konstruiran je instrument pod nazivom Upitnik o delinkvenciji mladih, koji sadrži 110 varijabli. U ovom radu iz njega je korišteno 10 varijabli iz prostora obiteljske strukture koje su sastavljene na način da kod svake od njih prva kategorija predstavlja kvalitativno najpovoljniju, a posljednja kvalitativno najnepovoljniju soluciju. Te su varijable zajedno sa svojim kategorijama pregledno iznesene u tabličnom prikazu u poglavlju koje se odnosi na rezultate rada (tablica 1).

3.3. Metode obrade podataka

Uz izračunavanje apsolutnih i relativnih frekvencija po kategorijama svih varijabli za potrebe deskriptivne analize, u ovom radu primijenjena je i metoda hi-kvadrat testa za nezavisne uzorke kojom se testira razlika među ispitanicima koji su sankcionirani prije i poslije rata s obzirom na obilježja strukture njihovih obitelji. Kao kritična vrijednost statističke značajnosti uzeta je vjerojatnost pogreške manja od 5% ($p < .05$). Obilježja obiteljske strukture je deset, a kriterijska varijabla je Vrijeme sankcioniranja: 1. prije rata, 2. poslije rata.

3.4. Način prikupljanja podataka

S obzirom da je riječ o sankcioniranim malodobnim delinkventima (dakle onima kojima su izrečene odgojne mjere i kazna maloljetničkog zatvora), podrazumijeva se da je cjelokupna dokumentacija prikupljena u tu svrhu vrlo detaljna. Stoga su socijalni pedagozi i socijalni radnici koji rade u državnim odvjetništvima RH tu dokumentaciju koristili kao izvor informacija da bi ih na sistematičan način unijeli u prethodno opisani instrument.

4. Rezultati

Rezultati istraživanja odnose se na relacije deset varijabli obiteljske strukture s vremenskom varijablom koja sadrži kategorije “prije rata” i “poslije rata”. Zbog uštede prostora, umjesto u deset tablica, podaci su smješteni u jednoj zbirnoj, pri čemu je vremenska varijabla zajednička svim tablicama, a statistički pokazatelji prikazani su u tri posljednje kolone.

Tablica 1 prikazuje razlike u obilježjima obiteljske strukture maloljetnih delinkvenata u prijeratnom i poslijeratnom razdoblju. Varijable se odnose na

četiri podcjeline koje opisuju s kim ispitanici žive, jesu li roditelji živi, jesu li roditelji zajedno i brojnost članova obitelji. Od deset promatranih obilježja na ukupno devet zabilježene su statistički značajne razlike s obzirom na vremensku varijablu. Vrijeme smrti majke ne razlikuje se statistički značajno s obzirom na vremensku varijablu.

Prva analizirana varijabla opisuje s kim maloljetnik živi u vrijeme ispitivanja. U cjelokupnom uzorku 68% ispitanika živi s oba roditelja, 20% samo s majkom, a ostalih 12% samo s ocem, s drugim osobama, u domu ili sami. Rezultati obrade podataka pokazuju da je u prijeratnom razdoblju relativno nešto više ispitanika živjelo s oba roditelja nego u poslijeratnom i obrnuto. Život samo s jednim roditeljem, u ustanovi, s drugim osobama ili samostalan život, relativno je nešto češće prisutan među ispitanicima sankcioniranim nakon rata nego onima sankcioniranim prije rata. Posebno je značajan podatak da u poslijeratnom razdoblju u ustanovi živi relativno tri puta više ispitanika nego prije rata. Premda se ne može pouzdano tvrditi da su ovi pokazatelji u izravnoj vezi s ratnim posljedicama, vjerujemo da su one uglavnom pridonijele pogoršanoj slici obiteljske strukture u poslijeratnom razdoblju. Može biti riječ o pogibiji ili nestanku jednog ili oba roditelja ili, pak, o razdvojenosti ili rastavi roditelja zbog poremećenih obiteljskih odnosa koji su u mnogih obitelji isprovocirane ratnim traumama.

Zanimljivo je analizirati i razlikuju li se ispitanici sankcionirani prije i nakon rata, po tome jesu li u svom djetinjstvu živjeli (stalno ili pretežito) u roditeljskoj kući ili izvan je. U cjelokupnom uzorku oko 90% ispitanika ranije je živjelo samo u roditeljskoj kući. Međutim, razlika među promatranim skupinama statistički je značajna. Oni sankcionirani prije rata, relativno su nešto češće ranije živjeli samo u roditeljskoj kući nego oni sankcionirani poslije rata. Obratno, među sankcioniranim nakon rata relativno je nešto više onih koji su djetinjstvo (potpuno ili djelomice) proveli izvan roditeljske kuće. Čini se da bi ratne prilike i ovdje mogle pružiti veći dio objašnjenja. Naime, barem dio ispitanika sankcioniranih poslije rata bio je za vrijeme njegova trajanja prisiljen privremeno ili trajno napustiti svoj roditeljski dom već radi izbjegavanja neposredne ratne opasnosti.

Sljedeća varijabla koja statistički značajno razlikuje prijeratne i poslijeratne naraštaje ispitanika odnosi se na to jesu li njihovi roditelji živi. U cjelokupnom uzorku u vrijeme ispitivanja oba su roditelja živa u 88,8% slučajeva, a samo majka je živa u 8,2%. Međutim, među ispitanicima koji su sankcionirani prije rata relativno je neznatno više onih kojima su oba roditelja živa, a među onima koji su sankcionirani poslije rata relativno je neznatno više onih kojima je živ samo jedan roditelj. Unatoč ovako malim razlikama, vrlo je moguće da su ratna stradanja bitnije pridonijela činjenici da poslijeratna generacija nešto češće ima samo jednog živog roditelja.

Vrijeme smrti majke statistički značajno ne razlikuje prijeratne i poslijeratne generacije ispitanika, ali vrijeme smrti oca razlikuje. Među ispitanicima koji su sankcionirani poslije rata relativno je više onih čiji je otac umro. U ranom

djetinjstvu (do sedme godine) ni jedna od promatranih generacija nije objektivno mogla imati ratno iskustvo, pa se po smrti oca u toj dobi promatrane skupine i ne razlikuju. Međutim, poslijeratna generacija je oko svoje četrnaeste godine imala to iskustvo, pa ne začuđuje da je u skupini ispitanika sankcioniranih poslije rata relativno više onih čiji je otac prije ili nakon njihove četrnaeste godine umro (najvjerojatnije poginuo), nego u skupini ispitanika sankcioniranih prije rata.

Varijabla koja ispituje žive li roditelji zajedno statistički značajno razlikuje promatrane skupine ispitanika. U cjelokupnom uzorku 70% ispitanika ima roditelje koji žive zajedno. No, među onima sankcioniranim prije rata zamjetno je relativno više onih čiji roditelji žive zajedno nego među onima sankcioniranim poslije rata. Obratno, među onima sankcioniranim poslije rata, u usporedbi s ispitanicima sankcioniranim prije rata, relativno je zamjetno više onih čiji roditelji ne žive zajedno, bez obzira na dob ispitanika u kojoj je zajednički život roditelja prestao. Ovim razlikama je vjerojatno doprinio rat u kojemu su mnogi očevi izgubili živote, nestali ili se razdvojili zbog objektivnih i subjektivnih okolnosti koje sobom nosi rat kao takav.

Na potonju nadovezuje se varijabla koja ispituje jesu li roditelji maloljetnika razvedeni. U cjelokupnom uzorku u vrijeme ispitivanja ima 83% ispitanika čiji roditelji nisu razvedeni. Među ispitanicima sankcioniranim prije rata zamjetno je relativno više onih čiji roditelji nisu razvedeni nego među onima sankcioniranim poslije rata. Obratno, među onima sankcioniranim poslije rata, uspoređujući ih s ispitanicima sankcioniranim prije rata, relativno je zamjetno više onih čiji su roditelji razvedeni, naročito kad je do tog razvoda došlo nakon ispitanikove 14 godine. U bremenitoj situaciji poput rata, osim fizičkog i emocionalnog odvajanja od djece i partnera, članovi obitelji (osobito očevi) su često bili pogođeni posttraumatskim stresnim poremećajem, koji je bio snažan generator destabilizacije i raspada mnogih obitelji.

Broj djece u obitelji izražen varijablom "koliko maloljetnik ima braće i sestara" na zanimljiv način razlikuje dvije promatrane skupine. U skupini poslije rata sankcioniranih ispitanika relativno je više jedinaca, ali i onih s troje i više braće i sestara, nego u skupini sankcioniranih prije rata. Ova tendencija većeg broja djece u obiteljima ispitanika koji su sankcionirani poslije rata vjerojatno je povezana s politikom socijalne potpore na državnoj razini obiteljima s troje i više djece koja je osmišljena neposredno nakon rata.

Posljednja varijabla koja statistički značajno razlikuje promatrane skupine odnosi se na bračnost ispitanika. U generaciji sankcioniranoj prije rata relativno je nešto više onih ispitanika koji su bračna djeca i obratno. Moguće je da su ratna zbivanja na razne načine otežala položaj izvanbračne djece pa su se ona nešto češće našla u populaciji maloljetnih delinkvenata nego ranije.

Dakle, varijable obiteljske strukture statistički značajno razlikuju ispitanike sankcionirane prije i poslije rata, i to na način da poslijeratna generacija rjeđe od prijeratne u vrijeme ispitivanja živi s oba roditelja, a u ranijoj dobi samo u obiteljskom domu. Ona rjeđe ima oba živa roditelja, pri čemu je otac umro

relativno češće nego majka. Nadalje, u toj generaciji roditelji rjeđe žive zajedno, češće su razvedeni, a ispitanici su češće izvanbračna djeca u usporedbi s prijeratnom generacijom.

U općoj hrvatskoj populaciji za vrijeme rata dogodile su se destruktivne promjene u obiteljskoj strukturi, pa je logično da su one vidljive i u obiteljima ispitanika koji su sankcionirani poslije rata. U nekim je slučajevima rat bio neposredan uzročnik poremećene obiteljske strukture, a u drugima je posredno djelovao pospješujući procese koji su započeli u obiteljima prije rata.

5. Zaključak

Rezultati ovog istraživanja pokazuju da pogoršana obiteljska struktura maloljetnih delinkvenata u poslijeratnom razdoblju u usporedbi s obiteljskom strukturom onih u prijeratnom razdoblju nije slučajna. Iako u razvijenim zemljama postoji snažna tendencija porasta broja samohranih obitelji, moguće je da bi u situaciji da nije bilo ratnih zbivanja i u Hrvatskoj ona bila prisutna, ali u znatno blažem obliku, prvenstveno iz povijesno – kulturoloških i tradicijskih razloga (Juul, 1996: 7-40). Međutim, nakon rata u Hrvatskoj dolazi do formalne ili stvarne razdvojenosti svake treće obitelji i to se dovodi u direktnu vezu s ratnim zbivanjima i tranzicijskim procesom u poraću. Stoga se može konstatirati da je i pogoršana struktura obitelji maloljetnih delinkvenata u poslijeratnom razdoblju velikim dijelom direktna (pogibija, nestanak člana obitelji) ili indirektna (psihološke posljedice samog rata ili prilagodbe na novonastale mikro i makro socijalne uvjete u poraću) posljedica vezana uz rat.

Nakon rata, osim saniranja njegovih posljedica, Republika Hrvatska se kao nezavisna država našla i pred novim izazovima: prije svega u procesu tranzicije koji uključuje nove temelje društvenog i gospodarskog razvoja, što je povezano s otežavajućim uvjetima za cjelokupan razvoj mladih općenito, a posebno onih opterećenih dodatnim problemima vezanim uz iskustvo rata.

U tom kontekstu razvijanje programa prevencije kriminaliteta djece i mladih, koji nužno podrazumijevaju financijske i kadrovske resurse za rad s obiteljima, nalazi se pred velikim izazovom. U praksi već postoje brojni intervencijski i tretmanski programi na razini pojedinca, obitelji i društvene zajednice, koje za sad pretežito nose nevladine organizacije i udruge. Programi usmjereni k jačanju zaštitnih čimbenika jesu, primjerice, razvijanje unutaršnjeg lokusa kontrole, strategija rješavanja sukoba, mreža socijalne podrške i slično. Oni osnažuju obitelj i mlade za sučeljavanje s drugim vrstama stresnih i traumatskih iskustava koji se javljaju u mirnodopsko vrijeme. Obiteljske intervencije omogućuju osvještavanje problema mladih i mobiliziraju snage za njihovo olakšavanje. Držimo da bi trebalo poraditi na boljem koordiniranju rada tih organizacija s državnim institucijama, a Vizek Vidović (2002) osobito ističe školske i predškolske ustanove jer su za dio mladih one jedini izvor društvene pomoći

i potpore. Naime, kako ističe Brajša - Žganec (2002), zbog narušene obitelji i nesređenih obiteljskih odnosa mladi su često prisiljeni okrenuti se resursima koje može ponuditi šira društvena zajednica.

Osim programa oblikovanih za cjelokupnu populaciju, ostaje nedovršen posao zacjeljivanja trauma kod mnogih obitelji, s naglaskom na djecu, koje su stradalnici rata na različite načine, od fizičkog gubitka ili nestanka člana obitelji, svjedočenja nasilju i gubitka doma do prisiljenosti na život s osobama s posttraumatskim stresnim poremećajem. Naime, u ratu i nakon njega mladi i njihove obitelji su, neki više, a neki manje, doživjeli akutni i kronični stres, a neki (danas odrasli ljudi) i danas su izloženi kumulativnom stresu izazvanom ratnim zbivanjima. Bez uspješno provedenog ovog procesa mnogi mladi ljudi su u visokom riziku za kriminalno ponašanje, a oni koji su ga već manifestirali imaju veće izgleda za razvoj kriminalnog stila življenja u budućnosti. Poznato je, kako ističe Keresteš (2002) da istodobna izloženost većem broju stresnih/rizičnih čimbenika višestruko povećava njihove štetne učinke, zbog čega je pri planiranju preventivnih i tretmanskim mjera posebnu pozornost potrebno posvetiti mladima i njihovim obiteljima u kojih je prisutan veći broj stresnih/rizičnih čimbenika (stresori vezani uz rat, obitelj, školu i dr.). Različiti, ne samo osobni, već i obiteljski i okolinski zaštitni čimbenici, kao i rizični čimbenici proizvode individualne razlike u vrsti, intenzitetu i trajanju tih posljedica. Najvjerojatnije je da se sve posljedice rata još nisu ni manifestirale, te da će se, ako ih budemo ignorirali, prenijeti i na nove generacije.

Međutim, svi programi psihosocijalne podrške obitelji, kako god kvalitetni bili, neće postići svoju svrhu ukoliko država ne omogući uvjete koji bi osigurali ekonomsku sigurnost svih građana prije svega kroz osiguranje preduvjeta za zapošljavanje.

Tablica 1: Razlike u obiteljskoj strukturi maloljetnih delinkvenata u prijeratnom i poslijeratnom razdoblju

Obiteljska struktura		Svega		Prije rata		Poslije rata		Statistika		
Varijabla	Kategorija	ap.	%	ap.	%	ap.	%	Hi - kvadrat	df	Značajnost
Ukupno		6926	100,00	4056	100,00	2870	100,00	/	/	/
S kim maloljetnik živi	<i>s oba roditelja</i>	4710	68,00	2956	72,88	1754	61,11	119,965	5	0,000
	<i>s majkom</i>	1389	20,05	707	17,43	682	23,76			
	<i>s ocem</i>	333	4,81	162	3,99	171	5,96			
	<i>u ustanovi</i>	97	1,40	32	0,79	65	2,26			
	<i>s drugima</i>	287	4,14	148	3,65	139	4,84			
	<i>sam</i>	110	1,59	51	1,26	59	2,06			
S kim je maloljetnik živio ranije	<i>samo u roditeljskoj kući</i>	6251	90,25	3730	91,96	2521	87,84	33,993	2	0,000
	<i>djelomično izvan roditeljske kuće</i>	531	7,67	250	6,16	281	9,79			
	<i>samo izvan roditeljske kuće</i>	144	2,08	76	1,87	68	2,37			
Roditelji maloljetnika živi	<i>oba roditelja</i>	6147	88,75	3643	89,82	2504	87,25	12,490	3	0,006
	<i>samo majka</i>	569	8,22	304	7,50	265	9,23			
	<i>samo otac</i>	177	2,56	89	2,19	88	3,07			
	<i>oba umrli ili nepoznata</i>	33	0,48	20	0,49	13	0,45			
Vrijeme smrti majke	<i>nije umrli</i>	6716	96,97	3947	97,31	2769	96,48	3,981	3	0,264
	<i>nakon mlt. 14 god.</i>	58	0,84	30	0,74	28	0,98			
	<i>prije mlt. 14 god.</i>	99	1,43	51	1,26	48	1,67			
	<i>prije mlt. 7 god.</i>	53	0,77	28	0,69	25	0,87			
Vrijeme smrti oca	<i>nije umro</i>	6327	91,35	3734	92,06	2593	90,35	8,751	3	0,033
	<i>nakon mlt. 14 god.</i>	126	1,82	60	1,48	66	2,30			
	<i>prije mlt. 14 god.</i>	307	4,43	171	4,22	136	4,74			
	<i>prije mlt. 7 god.</i>	166	2,40	91	2,24	75	2,61			

(Tablica 1 – Nastavak)

Obiteljska struktura		Svega		Prije rata		Poslije rata		Statistika		
Varijabla	Kategorija	ap.	%	ap.	%	ap.	%	Hi - kvadrat	df	Značajnost
Ukupno		6926	100,00	4056	100,00	2870	100,00	/	/	/
Roditelji maloljetnika žive zajedno	<i>da</i>	4855	70,10	3021	74,48	1834	63,90	93,306	3	0,000
	<i>ne - nakon mlt. 14 god.</i>	291	4,20	132	3,25	159	5,54			
	<i>ne - prije mlt. 14 god.</i>	806	11,64	401	9,89	405	14,11			
	<i>ne - prije mlt. 7 god.</i>	974	14,06	502	12,38	472	16,45			
Roditelji maloljetnika razvedeni	<i>ne</i>	5761	83,18	3496	86,19	2265	78,92	70,604	3	0,000
	<i>da - nakon mlt. 14 god.</i>	124	1,79	48	1,18	76	2,65			
	<i>da - prije mlt. 14 god.</i>	456	6,58	213	5,25	243	8,47			
	<i>da - prije mlt. 7 god.</i>	585	8,45	299	7,37	286	9,97			
Položaj djeteta u obitelji	<i>jedinac</i>	1011	14,60	566	13,95	445	15,51	8,695	3	0,034
	<i>najstarije dijete</i>	2113	30,51	1278	31,51	835	29,09			
	<i>srednje dijete</i>	1337	19,30	755	18,61	582	20,28			
	<i>najmlađe dijete</i>	2465	35,59	1457	35,92	1008	35,12			
Koliko maloljetnik ima braće i sestara	<i>jedinac</i>	1011	14,60	566	13,95	445	15,51	20,063	3	0,000
	<i>jednog</i>	3121	45,06	1901	46,87	1220	42,51			
	<i>dvoje</i>	1343	19,39	798	19,67	545	18,99			
	<i>troje i više</i>	1451	20,95	791	19,50	660	23,00			
Bračnost maloljetnika	<i>bračno dijete</i>	6452	93,16	3803	93,76	2649	92,30	5,640	1	0,018
	<i>izvanbračno dijete</i>	474	6,84	253	6,24	221	7,70			

Literatura

1. Amato, P., J. Sobolewski (2001): The Effects of Divorce on Adult Children's Psychological Well-being. *American Sociological Review*, 66, 900-921.
2. Arambašić, L., V. Vizek – Vidović, N. Anić (1992): Posttraumatski stresni poremećaj. Ministarstvo obrane Republike Hrvatske. Zagreb.
3. Archer, D., R. Gartner (1984): *Violence and Crime in Cross – National Perspective*. Yale University Press. New Haven.
4. Brajša –Žganec, A. (2002): Uloga socijalne podrške u skrbi za djecu i mlade, svjedoke ratnih zbivanja. *Dijete i društvo*, 4, 1-2, 35 – 48.
5. Constant, J. (1949): *Elements de criminologie*. Liege.
6. Ehlen, G. (1963): *Kriminalität Jugendlicher aus unvollständiger Familie*. *Recht der Jugend*, 11.
7. Eliot, M. (1962): Zločin u suvremenom društvu. Veselin Masleša, Sarajevo.
8. Exner, F. (1949): *Kriminologie*. Springer, Berlin.
9. Glueck, E. (1960): Role of the Family in the Etiology of Delinquency. *Alabama Correctional Journal*, 7.
10. Grozdić, M. (1985): Oblici poremećaja u ponašanju i obiteljske prilike maloljetnih kriminalnih povratnika na području Hrvatske, Magistarski rad, Medicinski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb.
11. Hacker, F. (1974): *Agression – die Brutalisierung der modern Welt*. Wien – München - Zürich.
12. Janković, J. (1994): Obiteljski sustavi prognanika u suočavanju sa stresom. *Ljetopis Studijskog centra socijalnog rada*, 2, 103 – 111.
13. Juby, H., D.P. Farrington (2001): Disentangling the Link between Disrupted Families and Delinquency. *British Journal of Criminology*, 41, 22-40.
14. Juul, J. (1996): *Vaše kompetentno dijete*. Educa. Zagreb.
15. Keresteš, G. (2002): Posljedice rata na dječje agresivno i prosocijalno ponašanje. *Dijete i društvo*, 4, 1-2, 89 – 102.
16. Lange, J. (1929): *Verbrechen als Schicksal*. Leipzig.
17. Magdalenić, I., J. Janković (1994): Problemi udomiteljskih obitelji i poteškoće djece prognanika. *Ljetopis Studijskog centra socijalnog rada*, 1, 79 – 91.
18. Maklecov (1947): Problem zločina i psihoanaliza. *Arhiv za pravne i društvene nauke*, svezak XXIX, br. 5, Beograd.
19. Mannheim, H. (1966): *Comparative Criminology*. London.
20. Mejovšek, M., I. Cajner-Mraović, A. Buđanovac (1997): Obilježja ponašanja i obitelji maloljetnih počinitelja nasilnih i nenasilnih delikata. *Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja*, 1, 23-35.
21. Mikšaj – Todorović, Lj., M. Singer (2004a): Ponašajna obilježja mladih delinkvenata u Republici Hrvatskoj u prijeratnom i poslijeratnom razdoblju. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 25, 2, 693 – 706.
22. Mikšaj – Todorović, Lj., M. Singer (2004b): Razlike u ponašanju maloljetnih delinkvenata prije i nakon domovinskog rata. *Kriminologija i socijalna integracija*, 12, 1, 27 – 33.

23. Mikšaj – Todorović, Lj., K. Butorac (2005): Ispitivanje razlika u kvaliteti odnosa u obitelji maloljetnih delinkvenata u prijeratnom i poslijeratnom razdoblju, u tisku.
24. Mlačić, B., V. Šakić, R. Franc (2002): Mladi i izloženost ratnim događajima. Društvena istraživanja, 11, 2-3, 379 – 393.
25. Nospitz, J.D. (1994): Self-destructiveness in Adolescence, American Journal of Psychotherapy, 48, 3, 330-346.
26. Shaw, C.R., H.D. Mc Kay (1931): Social Factors in Juvenile Delinquency. Report and the Causes of Crime. Bd. II. National Commission on Law Enforcement and Observance. socijalna integracija, 12, 1, 27 – 33.
27. Singer, M., Lj. Mikšaj-Todorović (1993): Delinkvencija mladih. II izdanje, Globus, Zagreb.
28. Singer, M. (1994): Kriminologija. Nakladni zavod Globus, Sveučilište u Zagrebu, MUP RH, Zagreb.
29. Singer, M., I. Cajner Mraović (2003): Rat i delinkvencija mladih. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 24, 2, 931-955.
30. Szewczyk, H. (1961): Zur Frage der Umwelteinwirkung auf den Jugendlichen. Das miliengeschädigte Kind (Hrsg. Schwarz), 12-23.
31. Thornberry, T.P., C. Smith, C. Rivera, D. Huizinga, M. Stouthamer-Loeber (1999): Family Disruption and Delinquency. Juvenile Justice Bulletin, 1-7.
32. Vizek Vidović, V. (2002): Uloga škole u skrbi o djeci i mladima, svjedocima rata. Dijete i društvo, 4, 1-2, 103 – 123.
33. Zvonarević, M. (1981): Socijalna psihologija. Zagreb, Školska knjiga.

Summary

RESEARCH OF DIFFERENCES IN MINOR DELINQUENTS FAMILY STRUCTURE IN THE REPUBLIC OF CROATIA BEFORE AND AFTER THE WAR

The aim of this paper is to determine possible differences in family structure characteristics of minor delinquents before and after the war. Research has been conducted on two groups of testees - minor delinquents that have been convicted by juvenile courts in the Republic of Croatia for different criminal acts: first sample consists of 4056 minors sanctioned in the period between 1987 and 1991, described as pre-war period, while the second consists of 2870 minors who were sanctioned between 1995 and 2001, that is, in the period described as post-war.

Differences have been established on the basis of *hi-square* test and the results demonstrate significant statistical differences between the two groups in nine out of ten observed variables of family structure pointing out that post-war generation of minor delinquents rarely lived with both parents, while only in younger age in family home. This group had rarely both parents alive, fathers being deceased relatively more often than mothers. Furthermore, in this generation parents rarely lived together, often were divorced and testees were more often extra-marital children than testees from the first group.

Destructive changes in family structure have generally occurred in Croatian population during the war, they logically appear as well in families of minor delinquents condemned after the war. In some cases, the war directly caused disruption of family structure, in others it had catalytic effect on processes that were already in course in families before the war even begun.

Development of children and minor criminality prevention programs, that necessarily include financial and human resources for family treatment, faces great challenges. There are already numerous intervention and treatment programs on individual and family level, as well as on social community level; their main organizers being non-governmental organizations. Apart from these programs shaped for the whole of population, there is still an unfinished task of remedying traumas suffered in many ways by children, such as physical loss or disappearance of family member, witnessing violence, loss of home or continuance of life with a person suffering of posttraumatic stress syndrome.

Key words: war, minor delinquency, family structure.

Zusammenfassung

UNTERSUCHUNG DER UNTERSCHIEDE IN DER FAMILIENSTRUKTUR MINDERJÄHRIGER DELINQUENTEN IN DER REPUBLIK KROATIEN IN DER VOR- UND NACHKRIEGSZEIT

Ziel der Arbeit ist festzustellen, ob sich die minderjährigen Delinquenten vor und nach dem Krieg in ihrer Familienstruktur unterscheiden. Die Untersuchung wurde an zwei Versuchsgruppen durchgeführt, minderjährigen Delinquenten, die seitens des Gerichts für Minderjährige auf dem Gebiet der Republik Kroatien für eine Straftat sanktioniert wurden: die erste Gruppe bilden 4 056 Minderjährige, die innerhalb von fünf Jahren (1987 – 1991) sanktioniert wurden und als Vorkriegsgruppe bezeichnet wird und die zweite 2 870 Delinquenten, sanktioniert innerhalb von sieben Jahren (1995 – 2001), die in der Arbeit als Nachkriegsgruppe bezeichnet wird.

Die auf Grund des Hi-Quadrat-Test festgestellten Resultate zeigen, dass sich die beiden Gruppen wesentlich in neun von den zehn betrachteten Variablen der Familienstruktur unterscheiden, derart, dass die Nachkriegsgeneration seltener als die vor dem Krieg zur Zeit der Befragung bei beiden Eltern, jedoch in früherer Zeit nur im Elternhaus leben. Diese Gruppe hat seltener noch beide Eltern wobei der Vater relativ häufiger verstorben ist als die Mutter. Außerdem leben in dieser Generation die Eltern seltener zusammen, häufiger sind sie geschieden und verglichen mit der Vorkriegsgeneration befinden sich unter den Befragten häufiger uneheliche Kinder. In der Gesamtpopulation Kroatiens ereigneten sich zur Kriegszeit in der Familienstruktur destruktive Veränderungen, so dass diese logischerweise auch in den Familien der Befragten, die nach dem Krieg sanktioniert wurden, sichtbar sind. In einigen Fällen war der Krieg der direkte Grund für gestörte Familienstrukturen und in anderen wirkte er indirekt indem er die Prozesse beschleunigte, die in den Familien schon vor dem Krieg begonnen hatten.

Die Entwicklung eines Programmes für die Prävention von Kinder- und Jugendkriminalität bedeutet unbedingt auch Finanzierung und Fachleute für die Arbeit mit den Eltern und ist eine große Herausforderung. In der Praxis bestehen schon Programme zur Intervention und Behandlung auf personaler, familiärer und gesellschaftlicher Ebene, deren Hauptträger meist NGOs sind. Außer Programmen, die für die Gesamtpopulation gestaltet sind, bleibt die Aufgabe der Heilung von Traumata bei Familien noch unerledigt, mit Schwerpunkt auf den Kindern, die auf verschiedene Weise durch den Krieg leiden, vom physischen Verlust oder Vermissten eines Elternteils, dem Erfahren von Gewalt und Verlust des Heims bis zu dem Zwang zu einem Leben bei Personen mit posttraumatischen Störungen.

Schlüsselwörter: *Krieg, Delinquens von Minderjährigen, Familienstruktur.*

Sommario

**RICERCA DELLE DIFFERENZE NELLA STRUTTURA
DELLA FAMIGLIA DI MINORI DELINQUENTI
NELLA REPUBBLICA DI CROAZIA
PRIMA E DOPO LA GUERRA**

Lo scopo di questo lavoro è di determinare le possibili differenze nelle caratteristiche della struttura familiare di minori delinquenti prima e dopo la guerra. La ricerca è stata condotta su due gruppi di soggetti – minori delinquenti che sono stati condannati da tribunali per i minori della Repubblica di Croazia per differenti fatti penali: il primo campione consiste di 4056 minori condannati nel periodo tra il 1987 e il 1991, descritto come periodo pre-bellico, mentre il secondo consiste di 2870 minori condannati tra il 1995 e il 2001, cioè nel periodo descritto come post-bellico.

Le differenze sono state stabilite sulla base del test x-quadrato e i risultati dimostrano differenze statistiche significative tra i due gruppi in nove delle dieci variabili monitorate della struttura familiare, evidenziando che la generazione post-bellica di minori delinquenti raramente viveva con entrambi i genitori, mentre solo nell'età più precoce nella casa familiare. Questo gruppo aveva raramente entrambi i genitori vivi, i padri essendo deceduti relativamente più spesso che le madri. Inoltre in questa generazione i genitori raramente vivevano insieme, spesso erano divorziati e i soggetti erano più spesso figli extra-coniugali che quelli del primo gruppo.

I cambiamenti distruttivi nella struttura familiare sono intervenuti generalmente nella popolazione croata durante la guerra, quindi appaiono logicamente pure nelle famiglie di minori delinquenti condannati dopo la guerra. In alcuni casi la guerra ha causato direttamente la rottura della struttura familiare, in altri ha avuto un effetto catalizzatore su processi che erano già in corso nelle famiglie prima che la guerra fosse cominciata.

Lo sviluppo di programmi di prevenzione della criminalità di bambini e giovani, che necessariamente include risorse umane e finanziarie per il trattamento delle famiglie, affronta grandi sfide. Ci sono già numerosi programmi di intervento e trattamento a livello individuale e familiare, così come a livello di comunità e società, i cui principali promotori sono organizzazioni non-governative. A parte questi programmi predisposti per l'insieme della popolazione, c'è ancora un compito non adempiuto di rimediare ai traumi sofferti in molti modi dai bambini, come la perdita o la sparizione fisica di un membro della famiglia, l'aver assistito alla violenza, i danni alla casa o la continuazione della vita con una persona sofferente di sindrome da stress post-traumatico.

Parole chiave: guerra, delinquenza minorile, struttura familiare.

IDENTIFIKACIJA I SISTEMATIZACIJA TEMELJNIH ČIMBENIKA U EKOLOŠKOJ DEGRADACIJI PRIRODE I LJUDSKOG OKOLIŠA

Mr. sc. Bariša Gašpar, sudac
Visoki trgovački sud Republike Hrvatske
Zagreb

UDK: 502.44
Ur: 19. rujna 2005.
Pr.: 3. listopada 2005.
Izvorni znanstveni članak

Iako je tematika vezana na ekologiju i zaštitu okoliša relativno novijeg doba, ona u našoj javnosti nije nepoznata, barem ne na razini općih informacija. Neki pojavnici oblici ekološke degradacije poznati su već dulje vremena, ali su pravi ekološki problemi izraženiji tek u novije doba i spadaju u zabrinjavajuće suvremene fenomene.

Upravo s gledišta zaoštavanja i opće eskalacije ekoloških problema, istraživanja i analitička sagledavanja provedena u ovom radu nalaze svoje opravdanje, utoliko prije što se u okviru zadane teme prikazuje odakle dolazi ekološka ugroženost te u svezi s tim moguća praktična rješenja u otklanjanju te ugroženosti i zaštite okoliša.

Ključne riječi: zaštita okoliša, uzročnici degradacije okoliša, stradalnici degradacije okoliša.

1. Uvod

Stjecanjem samostalnosti i suverenosti Republika Hrvatska postala je novi međunarodni pravni subjekt. Statusom člana Vijeća Europe i pridruženog člana Europske unije i uključivanjem u PHARE i srodne programe, Hrvatska će, osim recipročnih obveza koje će tim pridruživanjem prihvatiti, moći potpunije realizirati integrativnu funkciju koja uvelike utječe na politiku zaštite prirode i ljudskog okoliša.

Posebno je važno regionalno povezivanje i uključivanje u razvojne trendove sjevernog Mediterana i srednjeg Podunavlja. To znači da se u strategiji prostornog uređenja ističu prednosti koje ima Hrvatska prema njenom geografskom položaju i prirodnim obilježjima, postojećom i planiranom

infrastrukturu, koncentracijom znanja i razvijenosti informatike i druge razvojne mogućnosti.

Promjenama političkog, društvenog i gospodarskog sustava i ukupnih odnosa prema susjednim državama, stvorene su bitno drugačije osnove i pretpostavke za ustrojstvo, zaštitu, korištenje i uređenje ne samo prostora države, nego i za uspješniju pravno tehničku savršeniju legislativu usklađenu s međunarodnim standardima.

Naime, polazeći od opredjeljenja da su očuvanje prirode i čovjekova okoliša za Republiku Hrvatsku najviše vrednote ustavnog poretka, a da Hrvatska u proteklim desetljećima nije mogla u dovoljnoj mjeri štititi i promicati ukupne vrijednosti svoga nacionalnog prostora, Sabor Republike Hrvatske donio je 5. lipnja 1992. godine posebnu Deklaraciju o zaštiti okoliša u Republici Hrvatskoj. Ona sadrži čvrsto opredjeljenje Republike Hrvatske da u cijelosti osigura uravnotežen ekološki i gospodarski razvitak u cilju trajnog očuvanja nacionalne baštine za sadašnje i buduće generacije i provedbu ustavnog prava hrvatskih državljana na zdrav život, dostojnog standarda, u očuvanom okolišu. Iako se toj Deklaraciji ne može priznati snaga izvora prava, ona je bila osnovom za donošenje prvog ekološkog Zakona o zaštiti okoliša, iz 1994. godine¹, osobito u pogledu njegovog sadržaja koji je u cijelosti sukladan s u njoj utvrđenim načelima.

Na hijerarhijskoj ljestvici pravnih normi zakon, kao izvor prava, slijedi neposredno poslije Ustava i međunarodnih ugovora. Praktički promatrano, zakon predstavlja najvažniji i osnovni pravni izvor. On je, uz Ustav, temeljni izvor i osnovna poluga za djelovanje upravne i sudske vlasti. Zakoni kojima je osnovni predmet regulacije zaštita okoliša svrstavaju se u tzv. opće ekološke zakone. Njima se uređuje materija u području zaštite okoliša, status i funkcija državnih tijela i agencija, kao i lokalnih vlasti zaduženih za zaštitu okoliša. Ustavnopravnim normama zaštite okoliša smatramo ukupnost svih normi sadržanih u Ustavu, koje su specifično usmjerene na tu materiju. U članku 3. Ustava propisano je da je očuvanje prirode i čovjekova okoliša najviša vrednota Ustavnog poretka Republike Hrvatske. Članak 69. Ustava propisuje: "Svatko ima pravo na zdrav život. Država osigurava uvjete za zdrav okoliš. Svatko je dužan, u sklopu svojih ovlasti i djelatnosti, osobitu skrb posvećivati zaštiti zdravlja ljudi, prirode i ljudskog okoliša."²

Svrha je tih ustavnopravnih normi postizanje triju važnih ciljeva ekološke politike izraženih u načelima kakvoće življenja, dužnosti prema budućim generacijama i održivog razvoja.

¹ Zakon o zaštiti okoliša, NN 82/94. i 128/99. Republika Hrvatska u zaštiti okoliša surađuje na više razina. Multilateralno, regionalno, subregionalno i bilateralno. Ta se suradnja temelji na nizu međunarodnih legalnih instrumenata (konvencija, sporazuma, ugovora i dr.) i programa kojima je RH stranka ili sudionik. Jedan dio međunarodnih obvezujućih dokumenata je i Deklaracija o zaštiti okoliša u RH.

² Ustav Republike Hrvatske (NN br. 41/01. – proć. tekst i 55/01.)

Nadalje, članak 140. Ustava propisuje: "Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati i ukidati samo uz uvjete i na način koji su njima utvrđeni ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava."

Prema tome, brojne bilateralne i multilateralne konvencije sva tijela državne vlasti (sudska i upravna) obvezna su neposredno primjenjivati. Odatle pak proizlazi imperativ praćenja i provođenja zaštite prirode i ljudskog okoliša u skladu s kriterijima i mjerilima prema međunarodno priznatim standardima. U skladu s navedenim Državna uprava za zaštitu okoliša, u suradnji s Državnim zavodom za statistiku, utvrdila je prema djelatnostima koje se obavljaju u gospodarstvu i ostalim (društvenim i drugim) djelatnostima, **metodologiju** po kojoj se prate određeni pokazatelji na našim prostorima. Cilj je ovoga rada da, koristeći te utvrđene pokazatelje, po metodologiji prikaže strukturalnu komponentu postojećih, a samim tim i potencijalnih čimbenika onečišćenja degradacije prirode i ljudskog okoliša na koje treba obratiti posebnu pozornost.

U radu se prikazuje identifikacija i sistematizacija čimbenika koji onečišćavaju i degradiraju prirodu i životni okoliš.

Na temelju dosadašnjih empirijskih saznanja, može se slobodno reći da među osnovne čimbenike onečišćenja prirode i degradacije ljudskog okoliša spadaju: 1. gospodarske djelatnosti i aktivnosti, kao primarna skupina uzročnika ekoloških onečišćenja i degradacije prirode i okoliša, 2. izvangospodarske društvene djelatnosti i aktivnosti i 3. ostali čimbenici kao uzročnici ekološkog ugrožavanja prirode i ljudskog okoliša. S druge pak strane, kao nositelji štetnih posljedica i stradalnici (žrtve) ekoloških emisija javljaju se određene skupine zaštićenih općih dobara (*res communes omnium* – opća dobra). To su atmosferski zrak, vode u rijekama, jezerima i moru, te morska obala. Pravni položaj općih dobara uređen je u članku 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, koji u stavku 3. propisuje: "O općim dobrima vodi brigu, njima upravlja i za to odgovara Republika Hrvatska, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno."³

2. Primarni uzročnici degradacije okoliša

Temeljne metodološke osnove za Nacionalnu klasifikaciju djelatnosti u našem pravnom sustavu propisane su odredbom članka 12. Zakona o državnoj statistici (NN br. 103/03). Djelatnosti koje obavljaju fizičke i pravne osobe u skladu s tim metodološkim osnovama uređene su Zakonom o nacionalnoj

³ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN br. 91/96; koji je stupio na snagu 1. siječnja 1997. god.).

klasifikaciji djelatnosti.⁴ U skladu s tim pravnim regulativima detaljnije razvrstavanje uređeno je Odlukom o Nacionalnoj klasifikaciji djelatnosti.⁵

U ovom radu nastojimo identificirati i sistematizirati temeljne čimbenike ekološkog onečišćenja prirode i ljudskog okoliša na teritoriju Republike Hrvatske primjenom spomenutih pozitivnopravnih regulativa kojima se uređuje razvrstavanje i praćenje djelovanja svih pojava obavljanja utvrđenih djelatnosti i aktivnosti u Nacionalnoj klasifikaciji djelatnosti i to s aspekta stupnjevanja potencijalne opasnosti za očuvanje općih dobara kao *conditio sine qua non* održivog razvoja u granicama uređenim uvodno spomenutim pravnim regulativima kojima je materija zaštite okoliša uređena.

Tablica 1. Identifikacija realnih aktera ekološke degradacije okoliša po djelatnostima* u Republici Hrvatskoj

Tek. br.	Broj zaposl. u 10 ³	Djelatnosti-gospodarski sektori po NKD Republike Hrvatske (primarni uzročnici)	Neposredni izazivači ekološke degradacije okoliša	Neposredni nositelji posljedica ekološkog onečišćenja	Intenzitet onečišćenja
1	2	3	4	5	6
1.	4,6	Proizvodnja koksa, naftnih derivata, nuklearnog goriva	Sumporni, ugljikovi i olovni spojevi, radijacija, te ostaci, otpad odnosnih proizvoda - čađa	Zrak, tlo, vode površinske i podz. flora, fauna	Visok i agresivan
2.	18,1	Proizvodnja električne energije (termoelektrane) i toplinske energije	Ugljikovi, sumporni i dušikovi spojevi te krute čestice i otpad od sagorijevanja - troska	Zrak, tlo, vode, flora (šume), fauna	Visok i agresivan
3.	8,2	Eksploatacija nafte, plina, ugljena i ostalih ruda	Ostaci i otpad, hlapljivi plinovi, metan, staklenički plinovi, jalovina	Tlo, vode, zrak, flora i fauna	Visok
4.	22,7	Proizvodnja kemikalija, kemijskih (farmaceutskih) i proizvoda od gume i plastike	Dušikovi, sumporni, natrijevi i drugi spojevi i kiseline, kruti i tekući otpaci	Zrak, vode, tlo, flora (šume), krajolik	Visok i agresivan
5.	23,3	Proizvodnja sirovih metala te grubih proizvoda i polufabrikata od raznih metala	Ugljikovi, sumporni, kalcijevi i dr. kem. spojevi, čvrste ugljene i metalne čestice - troska	Tlo, vode, zrak, flora i fauna	Visok
6.	31,5	Prijevoz i skladištenje, kopneni i cjevovodni te vodni i zračni prijevoz	Ugljikovi spojevi, pogotovo CO ₂ , otpad tekućih goriva i maziva te starih odbačenih vozila, buka	Zrak, vode, tlo, flora i fauna, krajolik - čovjek	Visok
7.	14,0	Proizvodnja nemetalnih mineralnih proizvoda (cementa, stakla, keramike, porculana, opeke)	Sumporno-kalcijevi i azbestni spojevi, kao i druge kemikalije i otpad krutih čestica	Zrak, tlo, vode, flora i fauna, krajolik	Visok
8.	5,4	Proizvodnja celuloze, papira i proizvoda od kartona i papira, proizvodnja tanina	Kalcij-sulfatni i natrij-sulfatni spojevi, te natrijeva lužina i druge kiseline	Tlo, vode, zrak, flora i fauna	Visok

⁴ NN br. 98/94.

⁵ NN br. 3/97. i 7/97. (ispr.)

Nastavak tablice 1.

9.	10,0	Štavljenje i obrada kože te proizvodnja kožnatih proizvoda	Sulfokiseline, soli alumini- nija, kroma, željeza, kalij- jev i natrijev bikarbonat	Tlo, vode, zrak, flora i fauna	Visok
10.	39,8	Proizvodnja tekstila, dorada i bojenje krzna	Soli metala (alumini- ja, željeza, kroma), te sumporno-katranski i analinski spojevi	Vode, tlo, flora i fauna	Visok
11.	26,0	Proizvodnja motornih vozila, prikolica i ostalih prijevoznih sredstava, održavanje i popravak vozila	Ugljikovi spojevi, otpaci tekućih ulja i krutog otpada	Vode, tlo, flora i fauna, krajolik	Srednji
12.	11,3	Proizvodnja namještaja i ostalih finalnih drvenih proizvoda	Lakovi, analinske boje, ljepila	Zrak, vode i tlo, flora i fauna	Srednji
13.	13,0	Proizvodnja strojeva, računala, električnih aparata, radiotelevizijskih i komunikacijskih uređaja	Ostaci tekućih ulja i maziva, otpaci krutih metalnih materijala	Vode, tlo, krajolik	Srednji
14.	90,0	Javna uprava (policija), obrana (vojska)	Ugljikovi spojevi i drugi plinovi (voznog parka i oruđa obrane), ostaci gori- va i maziva i kruti otpad	Voda, zrak, tlo, krajolik, flora i fauna	Srednji
15.	66,4	Graditeljstvo	Ugljikovi spojevi te razne kiseline i soli, ostaci anorganskih goriva i maziva, kruti otpad	Zrak, tlo, voda, flora i krajolik	Srednji
16.	44,9	Proizvodnja hrane i pića te duhanskih proizvoda	Razni plinovi i blaže kiseline i soli, drugi ostaci i otpaci organskog i anorganskog sastava	Zrak, vode, tlo	Srednji
17.	71,5	Zdravstvena zaštita i socijalna skrb	Razni kemijski spojevi i kiseline, otpad lijekova, uključivo i radioaktivni blaži materijal	Tlo, vode, flora i fauna, krajolik	Srednji
18.	12,9	Prerada drva, proizvodnja artikala od drva i pluta, osim namještaja	Ugljikovi spojevi, lakovi, boje, te otpad anorgan- skog goriva i maziva	Zrak, voda, tlo	Srednji
19.	31,3	Poljoprivreda, šumarstvo, sječa i eksploatacija drva iz šuma	Ugljikovi i dušikovi spojevi (umjetna gnojiva), pesticidi...	Zrak, voda, fauna	Srednji
20.	16,5	Sanacijske djelatnosti: - reciklaža otpada, - skupljanje, pročišćavanje i distribucija vode, - uklanjanje otpadnih voda, odvoz smeća	Razni plinovi (CO ₂ , CO) od sagorijevanja otpada te od pogonskog goriva, razna dezinfekcijska sredstva	Tlo, voda, zrak, flora i fauna	Srednji
21.	1,1	Ribarstvo, mrjestilišta, ribnjaci	Ugljični dioksid i mono- ksid od pogon. goriva, otpad od anorganskog goriva i maziva	Vode (more), zrak	Mali
22.	42,2	Hoteli, restorani	Ugljični dioksid od pogonskog goriva vozila, otpadne vode i drugi otpad	Vode (more), zrak	Mali

Nastavak 2. dijela tablice 1.

Odnos: STRUKTURA ZAPOSLENIH PO KATEGORIJAMA DJELATNOSTI		
1.	1026,8	100,0 Ukupno zaposleni u svim djelatnostima (NKD), stanje X. mj./2000.
1.1	622,7	Zaposleni u djelatnostima visokog do malog intenziteta onečišćenja
1.1.1	177,6	Zaposleni u djelatnostima visokog intenziteta onečišćenja
1.1.2.	401,8	Zaposleni u djelatnostima srednjeg intenziteta onečišćenja
1.1.3.	43,3	Zaposleni u djelatnostima malog intenziteta onečišćenja
1.2.	404,1	Zaposleni u ostalim djelatnostima zanemarljivog intenziteta onečišćenja

Izvor: Koncipirao autor na temelju podataka Tablice 5-11 Mjesečnog statističkog izvješća 11/2000. DSZ R. Hrvatske, Zagreb 2001.

Napomena: * - "Nisu obuhvaćeni zaposleni i aktivnosti u obrtu, slobodnim profesijama, niti u individualnoj poljoprivredi, a uključena je policija i obrana (vojska)."

Razmatranje podataka iz Tablice 1. počinjemo analizom prve skupine djelatnosti, primarno prema intenzitetu onečišćenja te prema pojedinim skupinama djelatnosti iz redoslijeda po tekućim brojevima. Djelatnosti su, inače, svrstane u tri stupnja onečišćenja (visoki, srednji i mali), tako da su one ocijenjene višim stupnjem svrstane na višem mjestu ljestvice. Razvrstavanje djelatnosti obavljeno je na temelju općih i empirijskih saznanja, pa se ne može reći da je to utvrđeno sasvim egzaktno, ali je pouzdano kako bi se prikazao redoslijed objektivno mogućeg ugrožavanja okoliša od pojedinih djelatnosti.

Predloženi redoslijed odražava objektivne osobine pojedinih djelatnosti i njihove potencijalne prijetnje okolišu. Međutim, primjena suvremenih sredstava zaštite stvarni redoslijed mogla bi učiniti drugačijim.

No, pri ovoj analizi valja uzeti u obzir da je izvršena diferencijacija (Tablica 1., stupac 6) u svega tri stupnja onečišćenja, u cilju racionalizacije prikaza, vrlo pojednostavljena i sintetizirana, tako da unutar pojedinih stupnjeva (naročito visokih i srednjih) postoji veliki raspon djelatnosti, s obzirom na potencijalno onečišćenje okoliša. Tako, primjerice, unutar deset djelatnosti visokog stupnja intenziteta valja kao najekstremnije potencijalne onečišćivače istaknuti prve četiri skupine djelatnosti, počev od tek. br. 1. (proizvodnja koksa, naftnih derivata, nuklearnog goriva) do tek. br. 4. (proizvodnja kemikalija, kemijskih, farmaceutskih i proizvoda od gume i plastike).

2.1. U spomenutom obuhvatu nalaze se **energetski pogoni**, i to rafinerije nafte i mineralnih ulja i masti (Rijeka, Sisak, Zagreb) te termoelektre (Plomin, Rijeka, Sisak, Zagreb, Osijek), uz koje treba dodati i toplane na fosilna goriva, koje inače po mnogim kriterijima spadaju u najveće i najagresivnije onečišćivače okoliša. Najintenzivnije onečišćenje ovih pogona sastoji se u emisiji plinova SO₂, NO_x, CO, CO₂, a zatim u otpacima, tekućim i krutim, koji su opasniji za tlo i vode, te valja nastojati da se ova onečišćenja na svaki način smanje. U principu postoji više načina za to: racionalnije korištenje ili štednja

svih oblika energije (tekuće, električne, toplinske i dr.), pa će se manje trošiti i primarni resursi, korištenje suvremenih sredstava i metoda za zaštitu od onečišćenja i supstitucijom konvencionalnih primarnih energetskih izvora ugljena, koksa, nafte (mazuta) s ekološki podobnijim i čistijim prirodnim plinom i drugim izvorima. Dobrim primjerom isključivanja iz pogona nečistih energenata može se uzeti zatvaranje koksare u Bakru, koja je ekološki degradirala čitavi kvarnerski zaljev i šume u Gorskom Kotaru, a čiji je energetski obol u Hrvatskoj zamijenjen tim ekološki podobnijim energentom.⁶

2.2. U ovu skupinu ekstremno intenzivnih onečišćivača okoliša spada i **kemijska industrija**, u kojoj se kao reprezentanti ističu farmaceutska i industrija umjetnog gnojiva. Industrija umjetnog gnojiva ima slične emisije plinova kao prethodno spomenuta proizvodnja energenata, s tim da je ovdje naglašenija emisija dušikovih spojeva N_2O i NH_3 od čega nastaje i neugodan miris. Mjere na planu smanjenja degradacije okoliša valja tražiti u modernizaciji tehnologije i suvremenim sredstvima ekološke zaštite, zatim u preispitivanju proizvodne strukture i količine umjetnog gnojiva s obzirom na potrebu ograničena i obazriva korištenja u sve naglašenijoj ekološkoj poljoprivredi.

Koncepcija održivog razvoja, oblikovana 1986. godine u izvještaju Svjetske komisije za okolinu i razvoj (WCED) pod nazivom *Our common Future*, danas je vladajuća u području zaštite okoliša. Prema definiciji koja je dana u spomenutom izvješću, održivi razvoj je onaj koji zadovoljava potrebe sadašnjih, a da istodobno ne onemogućuje buduće generacije da zadovolje svoje potrebe. Održivi razvoj ne smije uništiti temeljne, prirodne potrebe nužne za ljudski život, kao što su čista voda i zrak – oni bi trebali zauvijek ostati dostupni. Neobnovljive resurse trebalo bi izuzeti od iskorištavanja barem u mjeri koja će osigurati da se ne iscrpe prije nego što se tehnologija i industrija ne preusmjere na druge resurse, a s obnovljivim resursima trebalo bi postupati tako da se sustavno ne iscrpljuju i ne uništavaju. Uzimajući u obzir i ovdje koncepciju održivog razvoja, valja imati na umu i supstituciju pojedinih sirovinskih i energetskih komponenti, jer takvih mogućnosti zasigurno ima.⁷

2.3. U drugom dijelu djelatnosti s visokim intenzitetom onečišćenja okoliša valja naglasiti kao karakteristične: **proizvodnju metala** (sirovog željeza), zatim **nemetalnih, te mineralnih proizvoda i prometnu djelatnost** u kojima onečišćenje okoliša u velikoj mjeri ovisi o potrošnji energije, pogotovo fosilnih goriva. Onečišćenje je tu najizraženije u vidu emisije štetnih plinova (SO_2 , NO_x ,

⁶ Vidi Izvješće o provedbi zaštite okoliša, Ujedinjeni narodi, New York i Ženeva, 1999., str. 136. Vidi i Nacionalni plan djelovanja za okoliš Vlade RH, iz 2002. godine, odjel 4.1.2.4., ciljevi zaštite okoliša u energetici str. 2223. NN broj 46/02.

⁷ O koncepciji održivog razvoja vidi поближе u knjizi O. Lončarić i dr. Pravo okoliša, treće izmijenjeno izdanje, urednica O. Lončarić, Organizator, 2003., Zagreb, stranice 31.-34.; 179.; 251.-253.; 271. i tamo spomenutu literaturu.

CO, CO₂), slično kao kod prethodno razmatranih energetskih pogona, te još nekih spojeva i krutih čestica i prašine, osobito kod cementne i druge nemetalne industrije (stakla, porculana, keramike).

Ukazuje se da također znatnu degradaciju okoliša predstavlja industrijski otpad, pogotovo kod proizvodnje sirovog željeza i metala, te nemetalne industrije (cementa, stakla).⁸

2.4. Prometna djelatnost može degradirati okoliš na dvojak način; jednom, u sklopu potrošnje energije (fosilnih goriva) pri obavljanju svoje osnovne, tj. prijevoznike djelatnosti, a drugi put u situaciji izvanrednih okolnosti, kada pri prijevozu opasnog (eksplozivnog, zapaljivog, zaraznog, otrovnog i sl.) tereta dođe do prometne ili druge nesreće, te se takav teret razlije ili raspe u okoliš. Istina, havarije i izvanredne incidentne okolnosti moguće su i u drugim djelatnostima i aktivnostima, ali su po prirodi i kvantiteti prijevoznog procesa ipak najčešće u prometu vodom i kopnom.⁹

Problem smanjenja onečišćenja okoliša, bilo emisijom štetnih plinova, bilo drugim otpadom ili drugim štetnim utjecajima, moguće je riješiti na više načina, koji su naprijed, kao načelni već spomenuti, ali u tome svaka djelatnost, odnosno aktivnost ima i svojih specifičnosti. Kod nekih načelnih rješenja za

⁸ U Izvješću UN o provedbi zaštite okoliša dati su u odjeljku, u dijelu drugom, poglavlju 7., o postupanju s otpadom u RH vrlo iscrpni zaključci i preporuke. Ohrabruje to da su ti zaključci i preporuke našli svoj odraz u nacionalnoj strategiji zaštite okoliša i nacionalnom planu djelovanja za okoliš iz 2002. godine. Da je RH ispravno shvatila preporuku 7.1. o tome da regulativu i provedbu postojeće regulative s otpadom treba smatrati najvećim prioritetom za postupanje s otpadom, govori u prilog činjenica što je 3.12.2004. godine proglašen, a potom 16.12.2004. godine i objavljen u NN broj 188. novi Zakon o otpadu. Njim se uređuje način gospodarenja otpadom, načela i ciljevi gospodarenja, planski dokumenti, nadležnosti i odgovornosti u vezi s gospodarenjem, troškovi, informacijski sustav, uvjeti za građevine u kojima se obavlja gospodarenje otpadom, način obavljanja djelatnosti, prekogranični promet otpadom, koncesije i nadzor nad gospodarenjem otpadom. (Odredbe toga Zakona ne primjenjuju se na radioaktivni otpad, otpadne vode, plinovite stvari koje se ispuštaju u atmosferu i druge prirodne neopasne stvari koje se koriste u poljoprivredi, kao ni na otpad koji nastaje pri traženju, iskapanju, prijevozu i konačno obradi ili uništavanju minsko-eksplozivnih i drugih ubojnih naprava i eksploziva. Ovo zato što se gospodarenje takvim otpadom uređuje posebnim propisima).

⁹ Zahvaljujući središnjem položaju Hrvatske njena infrastruktura bitan je dio prometne mreže za regionalno gospodarstvo, uključujući BiH i SiCG. Regionalna mreža obuhvaća cestu od Zagreba do Beograda, željezničku prugu od Rijeke do Mađarske, ceste i željezničke mostove preko Save i Une do Bosne te hrvatske morske luke i Luku Ploče na jugu Hrvatske. Cestovna mreža je najvažnija za kopneni transport i ukupni promet i obogaćena je novom autocestom Zagreb-Split. Hrvatska je smještena na jugoistoku Europe, gdje se sastaju srednja Europa, Balkan i Sredozemlje. Hrvatska je jedan od najvažnijih tranzitnih putova između zapadne i istočne Europe. Kroz Hrvatsku prolaze dva vodena puta međunarodnog značaja, i to rijeka Dunav (plovna u dužini od 137,5 km) i rijeka Drava (plovna u dužini od 198,6 km). Hrvatska ima i obalu Jadranskog mora dužine 1777 km s teritorijalnim vodama površine 31,067 km². Zbog takve zemljopisne strukture u Hrvatskoj su prisutne sve vrste prometa: zračni, riječna plovidba, morska plovidba i cestovni promet.

Vidjeti Izvješće o provedbi zaštite okoliša, op. cit., str. 167.

Vidjeti tablicu 14.1. veličina prometa i tabelarni prikaz hrvatske prometne infrastrukture u svim granama prometa (str. 169.-170.) u istom izvješću.

smanjenje degradacije, kao što su, primjerice, opća štednja i racionalizacija prilikom proizvodnje i potrošnje i korištenje suvremenih tehničkih sredstava i metoda zaštite (konceptija održivosti), spomenute specifičnosti dolaze manje do izražaja.

Najveće mogućnosti raznih vidova supstitucije energenata postoje u RH baš u transportnoj djelatnosti, a naročito u konkurenciji željezničkog i cestovnog prijevoza u kopnenom transportu, i to u korist željezničkog u odnosu na cestovni, kako s aspekta štednje energije, tako i s aspekta zaštite okoliša.¹⁰

Naime, s obzirom na ekološki utjecaj prometa na okoliš, uzročnici uglavnom proizlaze iz upotrebe vrsti pogonske energije. Zbog toga razloga se opravdanost supstitucije i zasniva na tom polaznom čimbeniku.

U cestovnom transportu to se postiže primarno supstitucijom konvencionalnog tekućeg goriva na bazi naftnih derivata (benzina i dizela), pogonom s plinom kao energentom koji najmanje onečišćuje okoliš, a podredno zamjenom benzina i dizela gorivom bez olova. Postoji mogućnost supstitucije naftnih derivata s električnim (akumulatorsko-baterijski i napose solarnim pogonom, koji se pojavljuje kao poseban vid pretvaranja solarne u mehaničku energiju).

U okviru željezničkog prometa supstitucija je ne samo ekološki neupitna i opravdana, već i ekonomsko-financijski nesporno realno isplativija zbog uvođenja električnog pogona umjesto pogona dizelskim gorivom. To je potpuno u trendu ekološki održivog razvoja.

Električni pogon na željeznici općenito danas spada među, energetske gledano, najracionalnije oblike pogona u cijeloj prometnoj djelatnosti. To dokazuju studijski projekti izrađeni po narudžbi Međunarodne željezničke unije. Prema njima je željeznički električni pogon energetski (po jedinici prijevoza) povoljniji od cestovnog prometa više od 4 puta u putničkom, a čak 15 puta u teretnom prijevozu. Takve odnose analogno i proporcionalno prate manji i nepovoljniji utjecaji na okoliš. To se zorno vidi iz prikaza šteta u okolišu. One pokazuju da cestovni promet po jedinici teretnog prijevoza na bazi naftnih derivata uzrokuje 8 puta veću štetu od dizelskog željezničkog pogona (računato u EUR-ima), a da ne govorimo o tome koliko to implicira kudikamo povoljniji odnos u korist željezničkog pogona u odnosu na naftni.

Izneseno svakako upućuje na imperativni trend i smjer u supstitucije prvo cestovnog prometa sa željezničkim prometom, pogotovo ako se radi o

¹⁰ Pok. akademik Vladislav Brajković autor je briljantnog djela "More kao prometni put", Zagreb, 1949. god. U njemu je najilustrativnije prikazao kako se najveći dio svjetskog tereta prevozi morem kao najjeftinijim transportnim putem. Ujedno je prikazao kako se s istim utroškom snage, jednom konjskom snagom, može provesti na tračnicama zbog manjeg otpora oko deset puta veća težina nego na običnoj stazi (vidjeti str. 17 i str. 36). Logično je prema tome, kad se s manjom količinom energenata može postići deseterostruko veći prijevozni učinak tereta da se to u istoj relaciji reflektira i na očuvanje okoliša, jer svako izgaranje nosi u sebi elemente zagađenja okoliša.

električnom pogonu. Zbog istih razloga (ekoloških i energetskih) preporučuje se većim gradovima u Hrvatskoj, da uvede tramvajski promet umjesto autobusnog.¹¹

2.5. Kod preostale tri skupine djelatnosti iz kruga visokog stupnja onečišćenja (proizvodnje celuloze-papira, štavljenje i obrada kože i proizvodnje tekstila iz tek. br. 8.-10., Tab. 1.) smanjenje degradacije okoliša znatno je drugačije od prethodno razmatranih, jer je onečišćenje manje u emisiji štetnih plinova, a više su zastupljene sulfatne kiseline i soli, te natrij-sulfatni i lužnati spojevi, koji neposredno onečišćuju tlo i vodu. Za smanjenje degradacije okoliša vrijede sve naprijed spomenute metode i sredstva zaštite, osim supstitucije, jer je ta mogućnost za odnosne proizvode sasvim ograničena, barem zasad i u dogledno vrijeme.

2.6. Djelatnosti koje spadaju u srednji stupanj degradacije okoliša svrstane su u Tablici 1., od tek. br. 11. do 20., i vrlo su diferencirane kako po svojim aktivnostima, tako i po proizvodima i tehnološkim procesima. Većina ovih djelatnosti nisu intenzivni potrošači energije, ali ipak među njima ima vrlo specifičnih i zanimljivih s gledišta degradacije i zaštite okoliša. To, u prvom redu, vrijedi za javnu upravu, u koju osim policije spada i obrana, tj. vojska, koji ekološki ugrožavaju okoliš kada održavaju jače vježbe, pri čemu intenzivnije koriste svoj vozni park i drugi arsenal oruđa i naoružanja. Ovdje se ne spominju ratne operacije, koje spadaju u izvanredne okolnosti, kada višestruko stradaju svi elementi i sadržaji okoliša, pa i sam čovjek, ne samo u ekološkom, već i u fizičkom smislu, ali se treba nadati da te okolnosti neće opet zadesiti ove prostore, već će dugoročno zavladata pacifistička opcija, pa će i one prve mirnodopske okolnosti biti manjeg intenziteta.

2.7. Pomorski prijevoz i zaštita okoliša. U novije vrijeme svjedoci smo sve većeg onečišćenja morskog okoliša, prije svega, zbog snažne industrijalizacije i urbanizacije ljudskog društva. Prema odredbama Konferencije UN o čovjekovom okolišu – Stockholm 1972. godine, onečišćenje nije događaj koji uzrokuje štetu pojedinim interesima ili pravima, već predstavlja dio opće opasnosti, koja prijeti i svojim učincima zalazi u sve oblike čovjekova života. Stoga čovječanstvo mora biti svjesno činjenice da se jednom uništeni morski okoliš teško može kasnije oporaviti i čovjek mora odbaciti mit o neiscrpnom bogatstvu prirode i mit o njoj bezgraničnoj sposobnosti regeneracije, čak i uz remidijaciju i restoraciju.¹²

¹¹ Studija: Strategija zaštite okoliša i nacionalni plan djelovanja u zaštiti okoliša, Državna uprava za zaštitu prirode i okoliša, Zagreb, prosinac, 1999., str. 200.

¹² Remidijacija je čišćenje ili kakva druga metoda uklanjanja, ograničenja i zaustavljanja toksičkog zagađenja. Restoracija je skup mjera koje se poduzimaju kako bi se lokaciju vratilo u

Zaštita i očuvanje morskog okoliša osim što su regulirani međunarodnim konvencijama i ugovorima (od kojih većina obvezuje Hrvatsku), uređeni su i nacionalnim propisima. Zakon o zaštiti okoliša¹³ regulira razna ishodišta onečišćenja u prirodi. Sadrži propise o sprječavanju i suzbijanju onečišćenja u cilju smanjenja štetnih posljedica.

Pomorski zakonik Republike Hrvatske¹⁴ sadrži propise o sprječavanju onečišćenja, o suzbijanju i ublažavanju posljedica onečišćenja, i to su represivni propisi, te propise o građansko-pravnoj odgovornosti u slučaju onečišćenja, kao i prekršaje za slučaj onečišćenja.

Temeljni okvir za prava okoliša u Europskoj zajednici čini Ugovor o osnivanju Europske zajednice za ugljen i čelik, usvojen 1951. godine u Parizu, Ugovor o osnivanju Europske-ekonomske zajednice usvojen 1957. godine u Rimu, i Ugovor o osnivanju Europske zajednice atomskom energijom, usvojen također u Rimu 1957. godine. Rimski ugovor izmijenjen je Jedinostvenim europskim aktom 1987. godine i Ugovorom o Europskoj uniji usvojenim 1992. godine u Maastrichtu. Ugovor iz Maastrichta izmijenio je naziv Europske-ekonomske zajednice. On je zamijenio taj termin terminima Europska zajednica, želeći istaknuti proširenu nadležnost zajednice i uspostavio Europsku uniju koja se treba izgraditi na temeljima Europske zajednice. Europska unija preuzela je sve ciljeve Europske zajednice i dodala nekoliko novih (npr. monetarnu uniju, zajedničko državljanstvo, zajedničku vanjsku politiku i sigurnost). U odnosu na te nove aktivnosti Zajednicu sada treba nazivati Europskom unijom, a u odnosu na ciljeve zajednica koje su postojale i prije Maastrichta, pravilno je rabiti termin Europska unija i termin Europska zajednica. Kad se radi o materiji okoliša, koja se ubraja u novine iz Maastrichta, mogu se upotrebljavati oba termina. Bitno je naglasiti da je i nakon osnivanja Europske unije, Europska zajednica zadržala pravnu osobnost i da

stanje u kojem je bila prije zagađenja (Izvor: Glosar, uz nacionalnu strategiju zaštite okoliša, NN broj 46/04. – str. 2199.). Radi toga, zaštita i očuvanje morskog okoliša jedno su od najatraktivnijih pitanja međunarodnog prava. Konvencija UN o pravu mora (1982.) sadrži najobuhvatniji sustav načelnih pravnih normi o zaštiti i očuvanju morskog okoliša. Prvi put unijeta je odredba o obvezi, ali i pravu svake države da ga štiti i čuva. Suvremeno međunarodno pravo zajedno s nacionalnim zakonima i propisima tvori važnu branu općem devastiranju morskog okoliša. O zaštiti i očuvanju morskog okoliša doneseno je više od 20 općih i regionalnih međunarodnih konvencija od kojih većina obvezuje i Republiku Hrvatsku. Konvencija o otvorenom moru (Ženeva, 1958. godine) sadrži odredbe o sprječavanju onečišćenja u članku 24., 25. i 30., a Konvencija o epikontinentalnom pojasu, NN Međunarodni ugovori broj 12/94., takve odredbe sadrži u čl. 5. (vidjeti Barić-Punda, V., Grabovac, I., Pravni aspekt zaštite i očuvanja morskog okoliša, Pravni fakultet u Splitu, Pomorski zbornik 56 (1998.) 1., str. 177.-190.

Vidjeti i prikaz i analizu međunarodnih izvora o zaštiti morskog okoliša na str. 180.-185.

¹³ NN broj 82/94.

¹⁴ NN broj 17/94., 74/94., 43/96.

Vidjeti i specijalni propis koji sadrži odredbe o sprječavanju onečišćenja, odnosno smanjenja štete u morskome okolišu od iznenadnog izljeva ulja, nafte, tekućeg goriva i dr., plan intervencije kod iznenadnog onečišćenja mora u RH – NN 8/97.

su najznačajniji organi zajednice odgovorni za postizanje njezinih ciljeva: Vijeće, Komisija, Europski parlament i Sud.¹⁵

Novi međunarodni sustav odgovornosti za naknadu štete zbog onečišćenja mora uljem usvojen je 1992. godine. Konvencija o odgovornosti iz 1992. g. i Konvencija o fondu iz 1992. g. za Republiku Hrvatsku stupile su na snagu 12. siječnja 1999. godine. Vlada Republike Hrvatske donijela je odluku o otkazu Konvencije o odgovornosti, iz 1969. godine i Konvencije o fondu, iz 1971. godine. Odluka o otkazu stupila je na snagu 30. lipnja 1999. godine. Od toga dana Republika Hrvatska više nije vezana otkazanim Konvencijama. U skladu s ustavnim načelom o obveznosti ratificiranih međunarodnih sporazuma odredbe novog konvencijskog sustava iz 1992. godine inkorporirane su u Pomorski zakonik Republike Hrvatske. Slažemo se s ocjenom prof. dr. D. Čorić da su tridesetogodišnjim nastojanjima da se reguliraju pitanja izvanugovorne odgovornosti za onečišćenje mora uljem postignuti značajni pomaci u cilju ublažavanja posljedica onečišćenja mora uljem kao i s očekivanjem da će novi sustav odgovornosti iz 1992. godine, koji je već široko prihvaćen, uskoro postati istovjetan međunarodni režim odgovornosti i naknade štete zbog onečišćenja mora uljem u svim državama koje odluče prihvatiti međunarodne standarde u vezi s efikasnijom zaštitom mora.¹⁶

2.8. Poljoprivreda i šumarstvo spadaju u skupinu gospodarskih djelatnosti koje zauzimaju sredinu na hijerarhijskoj ljestvici onečišćivača prirode i ljudskog okoliša. Intenzitet onečišćenja u ovoj grani djelatnosti znatno ovisi o primjeni

¹⁵ Vidjeti Seršić, M., Međunarodno pravni aspekti zaštite i očuvanja okoliša, poglavlje 5. točka 6., Pravo okoliša u Europskoj zajednici u knjizi Olivera Lončarić-Horvat, Leo Cvitanović, Igor Gliha, Tatjana Josipović, Dragan Medvedović, Maja Seršić, Prava okoliša, III. izmijenjeno i dopunjeno izdanje (uredila prof. dr. Olivera Lončarić-Horvat), Ministarstvo zaštite okoliša i prostornog uređenja i Organizator, Zagreb, 2003. godine, str. 275.-281., 248, 256. i tamo spomenutu literaturu (dalje skraćeno Lončarić-Horvat, O. Pravo okoliša).

Vidi i Seršić, M., Međunarodno pravna zaštita morskog okoliša, P. F. Z. 2003., Poglavlje Globalni i regionalni pristup zaštiti i očuvanju morskog okoliša, posebno program za regionalna mora UNEP, napose dio o Sredozemlju i to akcijski plan iz 1975., Konvenciju o zaštiti Sredozemnog mora od onečišćenja iz 1979. godine i reviziju mediteranskog sustava 1995. godine na str. 60.-69.

Posebno vidjeti bilješku 176. na str. 60. gdje se ukazuje na bitan moment spore obnovljivosti Sredozemnog kao poluzatvorenog mora kroz Gibraltarski tjesnac (širok 6,12 morskih milja). Ispravno se uočava da u Sredozemnom moru za obnovljivost vode najvjerojatnije je razdoblje između 50 i 150 godina, a da zapravo ima morskih voda koja nikada ne napuštaju Mediteran, kao npr. voda pri morskom dnu u Jadranskom moru koja izlazeći iz Jadrana ne kreće u pravcu zapada Sredozemlja, nego prema istoku. To upućuje na zaključak da svako zagađenje Jadrana praktički dovodi do neobnovljivosti vode u Mediteranu.

¹⁶ Vidjeti Čorić, Dorotea, Međunarodni sustav odgovornosti i naknade štete zbog onečišćenja mora uljem, HAZU, Jadranski zavod, Zagreb, 2002., str. 9. i bilješka 1., str. 10. i bilješka 3., str. 17. i bilješka 27., str. 21. i bilješka 48., str. 22. i bilješka 50., str. 24. i 27. i str. 177. i bilješke 1. do 4., te zaključak na str. 212.

Vidi i tamo spomenutu literaturu na str. 402.-408.

agrotehničkih ekoloških mjera, ali i o ekološkoj educiranosti radnika i svijesti o nužnosti primjene tih mjera.

Naime, u poljoprivredi ugrožavanje okoliša odražava se prilikom upotrebe umjetnih gnojiva i brojnih kemijskih zaštitnih sredstava, koja su ustvari otrovi kada se koriste protupropisno i u prekomjernim količinama, a kao takvi trajnije degradiraju tlo te površinske i podzemne vode.

Premda i šume, slično kao i poljoprivreda, ekološki više stradavaju od neadekvatnih aktivnosti drugih djelatnosti, ipak i u šumskoj djelatnosti ima pogrešnih poteza i neodgovornog odnosa prema šumskom blagu, kao općem društvenom dobru. To se manifestira u neselektivnoj eksploataciji, nepropisnom gospodarenju i održavanju šumskih putova i površina, tako da one lako stradavaju od požara, pogotovo u kraškim i primorskim predjelima.¹⁷

O ovoj djelatnosti, kao jednoj od gospodarskih grana poljoprivrede (ratarstvo, stočarstvo, voćarstvo i dr.), bit će više riječi kasnije u okviru poglavlja o nositeljima nepovoljnih ekoloških posljedica.

2.9. U dvije zadnje skupine djelatnosti iz Tablice 1. (pod tek. br. 21. i 22.) svrstane su aktivnosti s malim intenzitetom onečišćenja okoliša, što se može uzeti samo kao relativna mjera degradacije, tj. u odnosu na prethodno spomenute druge djelatnosti na toj ljestvici. Drugim riječima, i ove djelatnosti (**Ribarstvo – ribnjaci, te Hotelijerstvo – ugostiteljstvo – turizam**) također svojim redovnim aktivnostima izazivaju stanovit nepovoljni utjecaj na okoliš, i isto tako moraju voditi brigu da ga smanje, provodeći politiku održivog razvoja. Ona ima više mogućnosti, ali najočitiji primjeri nalaze se u sferi korištenja ekološki podobnijih oblika energije umjesto konvencionalnih fosilnih

¹⁷ Zaštita okoliša u poljoprivredi i šumarstvu jedan je od prioritarnih zadataka. U Hrvatskoj postoje tri poljoprivredna područja, Panonska regija, planinski dio i sredozemna zona. Svako se sastoji od podregija. Panonska regija je južni dio široke Panonske nizine, pokriva 48% Hrvatske. Odlikuje se visokim prinosima gotovo svih najvažnijih kultura. U brežuljkastom dijelu pomiješana su seoska dobra, većinom i vinogradi. Planinsko područje je raznoliko. Poljoprivredu obilježavaju mala dobra. Poljoprivredni potencijal ovog područja je slabo iskorišten. Sredozemno područje ima povoljna agro-ekološka i poljoprivredna obilježja. Uvjeti su povoljni za suptropsku vegetaciju. Ovdje prevladavaju mala privatna imanja s malim proizvodnim zemljištem, ali proizvodnja je vrlo intenzivna, osobito u povrtlarstvu. Poljoprivreda, šumarstvo i ribarstvo ostvaruju oko 10% BDP i zapošljavaju oko 3,8% radne snage. Privatna gospodarstva posjeduju 70% cjelokupnog poljoprivrednog zemljišta. Šumsko zemljište pokriva 43% državnog teritorija, ukupno 2,49 mil. ha, od toga 85% pokriveno šumskom vegetacijom. Šume u RH uglavnom su u vlasništvu države, (80,2%). Šumarstvo u Hrvatskoj sudjeluje s 1,2%. Tijekom 1995. godine potražnja sredstava za zaštitu bilja na obradivoj zemlji, voćnjacima, vinogradima i pašnjacima obilovala je uporabom insekticida, herbicida i fungicida (Prema prikazanoj tabeli izvješća UN o provedbi okoliša, str. 142., s konačnom preporukom da se donese Zakon o tlu, jer se zaštita tla podcjenjuje (str. 148.).

Vidjeti i nacionalnu strategiju zaštite okoliša, dio o tlu, NN broj 46/02., str. 2188. i nacionalni plan djelovanja za okoliš, NN broj 46/02. – dio 4. točka 2. – tlo i šume, str. 2280.

Vidjeti i Medvedović, D., Zaštita nekih dijelova okoliša u Hrvatskom pravnom sustavu, 2.2. Zaštita i unapređenje šuma i 2.3. Zaštita i unapređenje poljoprivrednog zemljišta u Lončarić-Horvat, Pravo okoliša – op. cit. 115.-142.

goriva, a zatim u sferi pročišćavanja (biološkog i fizičkog) otpadnih voda i očuvanja prirodnih pejzaža i estetskih vrijednosti u danom okruženju.

Postavka o stanovitom utjecaju na okoliš vrijedi za sve, pa i za preostalih 15-tak djelatnosti iz Nacionalne klasifikacije (NKD), koje čine čisti neproizvodni sektor društveno-gospodarske strukture. Riječ je, naime, o upravnim, obrazovnim, te servisno uslužnim i administrativnim poslovima, koji zaista imaju neznatan izravni utjecaj na onečišćenje okoliša, pa su zato izuzeti iz stupnjevanja degradacije po Tablici 1. i na kraju odnosne rekapitulacije navedeni kao djelatnosti zanemarivog intenziteta onečišćenja. No, po broju zaposlenih, s udjelom od 39,4%, to je najjača skupina djelatnosti, čak nešto jača od djelatnosti srednjeg intenziteta onečišćenja. Međutim, utjecaj ovog sektora može doći do pozitivnog izražaja, ali posrednim putem, putem raznih zakonodavnih, obrazovnih i nevladinih institucija, koje imaju najveći utjecaj na zakonsku regulativu, te na edukaciju i razvoj svijesti o svim ekološkim pitanjima.

3. Osnovni agensi, odnosno izazivači onečišćenja i način njihova utjecaja na okoliš

U prethodnoj analizi gospodarske strukture djelatnosti identificirali smo određeni dio neposrednih izazivača ili agensa onečišćenja, a ovdje ćemo eksplicitno nastaviti razmatrati i analizirati uzroke njihova nastanka i štetnog utjecaja na pojedine elemente okoliša. S obzirom da je struktura i brojnost neposrednih izazivača onečišćenja vrlo heterogena, kako s gledišta tehnologije nastanka, tako i agregatnog stanja i drugih osobina, to ih je najprije potrebno adekvatno srediti i razvrstati u pripadajuće skupine. S obzirom na tehnologiju nastanka agensi mogu biti emisije, proizvodni škart, ostaci i standardni otpad. Uzimajući u obzir svojevrsnu kombinaciju spomenutih obilježja, za ovo razmatranje formiramo sljedeće skupine: 1) plinovi, 2) tekućine, 3) otpad.

3.1. Premda plinova kao kemijskih elemenata i spojeva ima znatan broj, ovdje se uzimaju u obzir oni najznačajniji i koji se javljaju masovno, kao npr.: ugljični dioksid (CO_2), ugljični monoksid (CO), sumporni oksidi (spojevi – SO_x), dušikovi oksidi (spojevi – NO_x), metan (CH_4), olovo (Pb) i hlapivi organski spojevi nemetana (NMVOC).

Kretanje emisije ovih plinova u Hrvatskoj u razdoblju od 1995. – 1997. vidi se iz Tablice br. 2.

Tablica 2. Emisija važnijih plinova u Hrvatskoj u razdoblju 1995.-1997.¹⁸
 1000 t/god.

Tek. Br.	Plin	Godina			Index 97/95
		1995.	1996.	1997.	
1.	CO ₂	17000	18000	20000	117,6
2.	CO	346	389	365	105,5
3.	CH ₄	134	134	128	95,5
4.	SO _x	70	66	80	114,3
5.	NO _x	64	68	73	114,1
6.	NMVOC	74	82	80	108,1

Izvor: DUZPO, 1999.: baza podataka EMEP-a

Iz Tablice 2. uočljivo je da je kudikamo najveća ukupna emisija ugljičnog dioksida, koji se emitira ne samo iz gospodarskih pogona, objekata i sredstava, već dijelom i iz prirodnih izvora. Većina od ovih plinova nalaze se u navedenom razdoblju u porastu, dok su u padu plinski derivati na bazi olova i metan, što se ponajviše zahvaljuje kvalitetnijim naftnim derivatima, kao i katalizatorima koji se ugrađuju u nova cestovna vozila, sve u cilju zaštite okoliša.

Na temelju istog prethodno spomenutog izvora (DUZPO) u Tablici 2., u Tablici 3. prikazuju se najvažniji izvori za neke plinove u godini 1997.

Tablica 3. Emisija karakterističnih plinova u god. 1997. iz važnijih emisijskih izvora

Tek. Br.	Emisijski izvori	Plinovi			CO
		SO _x	NO _x	NMVOC	
1.	Javne elektrane i područne kotlovnice	35,8	8,3	0,1	0,7
2.	Komercijalne institucije i stambene ložionice – kotlov.	7,0	4,6	8,6	141,3
3.	Industrijske ložion.-kotlovnice i drugi procesi izgaranjem	28,3	11,1	0,4	39,9
4.	Cestovni prijevoz	4,8	34,1	32,0	141,6
5.	Ostali vidovi prijevoza	3,3	13,4	3,0	30,8

Na temelju podataka Tablice 3. bitno je uočiti kako su u godini 1997. najveću emisiju sumpornih spojeva (SO_x) imale javne elektrane i područne kotlovnice,

¹⁸ Studija: STRATEGIJA ZAŠTITE OKOLIŠA I NACIONALNI PLAN DJELOVANJA U ZAŠTITI OKOLIŠA, Državna uprava za zaštitu prirode i okoliša, Zagreb, 1999, str. 165.

te industrijske ložionice – kotlovnice. Cestovni promet najveću emisiju pokazuje kod preostala sva tri plina, jer daleko nadmašuje sve druge grane prijevoza, tj. željeznički, vodni i zračni, što je bitno zapažanje u cilju poduzimanja adekvatnih mjera za orijentaciju na druge grane prijevoza.

Podaci iz Tablice 3. potvrđuju već naprijed iznesene tvrdnje o čvrstoj korelaciji između emisije štetnih plinova i intenzivnih energetskih aktivnosti, bilo u sferi proizvodnje, transformacije ili potrošnje. Tako, primjerice, cjelokupna energetska sfera (izgaranje goriva u svim gospodarskim sektorima) sudjeluje u ukupnoj emisiji: SO₂ oko 98%, NO_x oko 95%, CO₂ oko 88%, dok prometna djelatnost u ukupnoj godišnjoj emisiji sudjeluje: NO_x oko 65%, CO oko 47%, NMVOC oko 25%, CO₂ oko 24%, a u emisiji olova (Pb) čak oko 98%.¹⁹

Budući da emisijski plinovi dolaze u atmosferu, oni neposredno utječu na kvalitetu zraka, koja ima daljnje nepovoljne reperkusije na okoliš i njegove elemente, uključivo i čovjeka. Reperkusije se, primjerice, razvijaju tako da se na globalnom planu od CO₂ stvara staklenički plin, a SO₂ i NO_x utječu na stvaranje kiselih kiša, koje padaju na zemlju i nanose štetu vodotocima, zemljištu, biljnom svijetu, pogotovo šumama i tako redom. Još jedna nepovoljna okolnost onečišćenja emisijskim plinovima sastoji se u tome da se oni putem vjetra lako šire i dislociraju na širokom prostoru u odnosu na izvorišnu lokaciju, pa i preko državnih granica, što, dakako, potencira potrebu međunarodne pravne regulative o suzbijanju “efekta staklenika” i sličnih regulativa.

3.2. Kada je riječ o tekućim agensima onečišćavanja okoliša, valja imati na umu brojne skupine štetnih, otrovnih i degradirajućih tekućina i emulzija, njihovih ostataka i otpadaka. Pođe li se redosljedom prema stupnju agresivnosti tih agenasa, valja spomenuti sljedeće tekućine i njihove surogate:

- a) kiseline i drugi kemijski tekući spojevi različitog stupnja kemijske koncentracije ili razblaženosti, čiji su najčešći generatori: kemijska industrija, odnosno, pogoni organske i anorganske kemije, prehrambena industrija, odnosno pogoni koji u svojoj tehnologiji koriste razne kiseline ili njihove sastojke, druge vrste industrija koje u svojoj djelatnosti koriste kiseline (tekstilna, industrija za štavljenje i obradu kože, proizvodnja gume i plastike, celuloze i papira i sl.), pogoni i djelatnosti za skladištenje, prijevoz i prekrcaj spomenutih tekućih kemikalija;
- b) rasuta i prolivena nafta i njeni derivati, uključivo anorganska ulja i maziva i njihov otpad, koje najčešće generiraju: rafinerije nafte i maziva, pogoni koji koriste ove resurse za gorivo, djelatnosti koje se bave održavanjem, pranjem i čišćenjem različitih tehničkih sredstava, motornih vozila, brodova i sl. Od organskih i anorganskih masnoća i drugih onečišćenja, zatim,

¹⁹ Studija: STRATEGIJA ZAŠTITE OKOLIŠA I NACIONALNI PLAN DJELOVANJA U ZAŠTITI OKOLIŠA, Državna uprava za zaštitu prirode i okoliša, Zagreb, 1999, str. 165.

djelatnosti koje se bave skladištenjem, prijevozom, prekrcajem i distribucijom dotičnih resursa;

- c) otpadne vode zasićene organskim i anorganskim masnoćama i ekološki štetnim tvarima, bilo da se radi o tehnološkim tekućinama ili kanalizacijskim otpadnim vodama. Budući da su ove vode uglavnom zasićene različitim otpadnim tvarima, pa često i naprijed spomenutim tekućinama (kiselinama i naftnim ostacima), mogu predstavljati najveću prijetnju okolišu, ne toliko po agresivnosti, već po masovnosti, zbog toga što su njihovi generatori rasprostranjeni svugdje gdje čovjek boravi i radi. Razumljivo da to mogu biti ruralne sredine i naselja, gdje su otpadne vode više zasićene organskim otpadom i masnoćama, dok su u urbanim naseljima i gradovima u otpadnim vodama više zastupljeni anorganski otpaci, odnosno tehnološke vode.

Bez obzira što su za svaku od predloženih vrsta tekućih agenasa zakonski propisani uvjeti i način postupanja prilikom prikupljanja i separacije kemijskog i mehaničkog tretmana i pročišćavanja, prije ispuštanja u javne kolektore, kanalizaciju i odvodne kanale, događaju se namjerni ili nenamjerni propusti. Ti propusti su samo jedan način onečišćenja okoliša, tj. kada postoji odgovarajuća komunalna infrastruktura i u nju se ispuštaju prezasićene otpadne tekućine, koje najprije stižu u riječne vodotoke, a preko njih u obližnje zemljište, i na kraju u podzemne vode iz kojih se nerijetko crpi voda za piće.

Međutim, još veći problem su manja naselja gdje javne kanalizacije uopće nema (načelno, naselja koja nemaju status grada),²⁰ zatim neki gradovi i općinska središta u kojima je kanalizacija zastarjela ili oštećena, pa propušta otpadne tekućine u podzemlje. U mjestima gdje nema kanalizacije, koriste se septičke jame ili još nepovoljnija rješenja, tzv. crne rupe iz kojih otpadne vode ulaze u podzemlje, dok se u nekim dalmatinskim mjestima (Kaštela, Trogir, Šibenik) otpadne vode najkraćim putem odvođe do mora i ispuštaju bez pročišćavanja obalnim ispustima,²¹ što je svakako nespojivo s turističkim ambicijama.

Bitno je znati da se otpadne vode putem manje kanalizacijske mreže dovode do glavnih ili magistralnih vodova, a iz njih izravno do velikih rijeka (Drave, Dunava, Save), ili do mora, a ako je u pitanju velika udaljenost, onda posreduju manje rijeke, pritoke tih većih rijeka i mora. U tu svrhu područje Republike Hrvatske podijeljeno je u četiri vodno-slivna područja, i to: vodno područje sliva Save, koje pokriva 43% površine i 48,20% broja stanovnika u Hrvatskoj, područje sliva Drave i Dunava pokriva 16,50% površine i 19,30% broja stanovnika, vodno područje primorsko-istarskih slivova pokriva 17,50%

²⁰ Vidjeti čl. 5. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi prema kojoj je grad jedinica lokalne samouprave u kojoj je sjedište županije te svako mjesto koje ima više od 10.000 stanovnika, a predstavlja urbanu, povijesnu, prirodnu, gospodarsku i društvenu cjelinu.

²¹ Studija: STRATEGIJA ZAŠTITE OKOLIŠA...o.c. str. 113.

površine i 12,40% stanovništva, dok vodno područje dalmatinskih slivova pokriva 23% stanovništva i 20,10% površine Republike Hrvatske. Također je važno znati da otpadne vode prije ispuštanja u riječne vodotoke ili u more moraju proći preko uređaja za pročišćavanje, kako bi u te vodotoke ili u more ušle sa zadovoljavajućim stupnjem čistoće. U ovisnosti od potrebne čistoće otpadnih voda nakon prolaza kroz uređaj za pročišćavanje i stanja otpadnih voda prije toga uređaja, može se dogoditi da se u seriji, tj. jedan iza drugog, na stanovitoj udaljenosti, instalira više takvih uređaja na pogodnijim mjestima kanalizacijske mreže. U tom slučaju ti uređaji osiguravaju različit stupanj čistoće otpadnih voda, s tim da prethodni osigurava niži, a zadnji uređaj najviši stupanj čistoće. Osim toga, za otpadne tehnološke tekućine koje pojedine tvrtke i pogoni ispuštaju u javnu kanalizaciju plaćaju se naknade u ovisnosti o stupnju nečistoće (čistoće) otpadne tekućine, pa im je u interesu da imaju i svoje interne pročistače.

Stupanj izgrađenosti kanalizacijskog sustava i uređaja za pročišćavanje na nekom području utvrđuje se na temelju broja stanovnika priključenih na dotični sustav. Prema istom izvoru,²² na području cijele Hrvatske na sustav kanalizacijske odvodnje priključeno je 65% stanovništva, a po pojedinim slivnim područjima, po redu kojim su prethodno navedeni (za površine i stanovništva Republike Hrvatske), priključeno je 63%, 81%, 60% i 58% stanovnika od broja koje pokriva dotično slivno područje.

U odnosu na postotak priključenja na razini cijele Hrvatske, veći postotak priključenja pokazuje samo slivno područje Drave i Dunava, i to 81%, dok su ostala slivna područja ispod republičke relativne vrijednosti.

No, valja reći da izneseni pokazatelji imaju relativnu vrijednost, tj., u odnosu na stanovništvo ili površinu, dok apsolutna vrijednost pokazuje koliko se od ukupne mase otpadnih voda uopće pročišćava, bez obzira na stupanj čistoće, a to za Republiku Hrvatsku iznosi svega oko 35% svih otpadnih voda. Taj podatak najbolje pokazuje kako se kod nas na tom segmentu zaštite mora još puno uraditi, kako na proširenju kanalizacijsko-odvodne mreže, tako i na izgradnji potrebnog broja adekvatnih uređaja za pročišćavanje.

3.3. Zakonom o otpadu, od 16. prosinca 2004. godine, uređen je način gospodarenja (neopasnim) otpadom, a posebnim propisima uređeno je postupanje s tzv. opasnim otpadom (kojim se smatra onaj iz čl. 1. st. 2. u svezi sa stavkom 1. članka 3. Zakona o otpadu). Ovim zakonom je Republika Hrvatska uskladila svoju pozitivnopravnu legislativu o neopasnom otpadu sa smjernicama EU iz te oblasti.

²² Vidi nacionalna strategija za okoliš NN 46/02 – poglavlje Otpad.

4. Neposredni nositelji posljedica (stradalnici) degradacijskog utjecaja na okoliš

Nasuprot identificiranim i sistematiziranim čimbenicima ekoloških onečišćivača prirode i ljudskog okoliša, ovdje se prikazuju objekti tih imisija. To su Ustavom i zakonima zaštićena opća dobra (*res communes omnium*) kao neposredni nositelji (stradalnici – žrtve) onečišćenja. O njima je bilo riječi u uvodu ovog članka, vezano uz ustavne odredbe i odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

U našim izlaganjima prikazat ćemo štetan utjecaj utvrđenih čimbenika iz tabelarnih prikaza na ugrožena opća dobra. Prema našoj metodologiji tri najbitnija elementa okoliša, zrak (atmosfera), zemlju (tlo) i vodu (koja se nalazi u zatvorenom prirodnom ciklusu kruženja), korisno je razvrstati radi lakšeg praćenja.

S obzirom na terminološki sintetički obuhvat, neke je bitne elemente zemlje (tla) korisno izdvojiti iz pripadajuće sintetičke skupine, kao npr. šume iz flore, živa bića iz faune, dok je isto tako moguće uvesti još neke dodatne samostalne elemente, kao što su: klima, ozonski omotač, krajolik i sl. Tako bi se popis nositelja posljedica degradacije okoliša mogao formirati kako slijedi: 1. voda, 2. zemlja (tlo), 3. zrak (atmosfera), 4. flora – šume, 5. fauna – živa bića, 6. ozonski omotač, 7. klima, 8. krajolik, od kojih se neki iznose detaljnije u nastavku istim redoslijedom.

4.1. Voda u sklopu ekoloških pitanja, spada među neizostavne resurse i potrošna sredstva koja su gotovo svuda prisutna, pa se u određenim situacijama nalazi i među izazivačima onečišćenja, kao npr. tehnološka otpadna voda. No, u to stanje onečišćenja ona je dovedena svjesno i namjerno, kao tehnološko-industrijsko i sanitarno-higijensko sredstvo, te kao takva predstavlja ekološku prijetnju drugim elementima okoliša, uključivo i druge vode. Inače, postoje brojne mogućnosti diferenciranja voda koje zahtijevaju ekološku zaštitu, i to: slatka i morska, površinska i podzemna, stajaćica i tekućica, pitka i rekreacijska, kišnica i izvorska, bunarska i iz vodovoda, riječna i jezerska, mineralna i obična, itd.

Onečišćenju tih voda prijete se s više strana:

- najčešću i najagresivniju prijetnju predstavljaju onečišćene tehnološke otpadne vode koje sadrže štetne tvari u količinama koje mogu u tim vodama prouzročiti promjene kemijskih, fizikalnih, bioloških i drugih osobina, zbog čega se vode ne bi mogle korisno upotrebljavati. Onečišćenje može nastupiti izravnim ispuštanjem otpadnih voda u čiste vode, zatim njihovim dotjecanjem iz propusnih kanalizacija te iz drugih vodotokova koji su već ranije onečišćeni;
- onečišćenje može nastupiti ispiranjem i cijedenjem zemljišta, odnosno tla koja su prezasićena umjetnim gnojivima te drugim kemijskim preparatima (pesticidi, insekticidi, fungicidi). To vrijedi i za ispiranje cestovnih prometnica od soli i sličnih spojeva korištenih prilikom njihova zimskog održavanja;

- nije rijetko onečišćenje i putem kišnih padalina koje su se prethodno u atmosferi napunile raznim ispušnim plinovima i lebdećim česticama, što je poznato i kao “kisela kiša”;
- onečišćenja opasnim i zapaljivim tekućinama (kiseline, otrovi, fosilna ulja i naftni derivati), koja mogu ispuštati u provizorne odvodne kanale pojedini industrijski i zanatski pogoni, iz kojih te tekućine dospiju do zdravih voda. Slično vrijedi i za moguće onečišćenje ovim tvarima u slučaju incidentnih situacija prilikom prijevoza, što je česta situacija;
- također je vrlo izvjesno onečišćenje voda putem krutog otpada koji je odložen na neadekvatan način i na neuređenim mjestima.

No, valja reći da onečišćenje vode ima široke reperkusije na većinu drugih nositelja posljedica od onečišćenja, zato što ona prodire svugdje, a pogotovo u tlo, odakle se prenosi na biljni i životinjski svijet, i na čovjeka. Zbog toga bitno je razlikovati izravno, odnosno, izvorno onečišćenje vode, od posrednog, tj. prenesenog iz onečišćenog tla, koje je degradirano raznim vrstama otpada. Razumljivo da je štetno svako onečišćenje naprijed spomenutih svih vrsta i kategorija vode, ali je to ipak najštetnije za onu vodu koja se upotrebljava za piće, za sanitarne svrhe, za rekreaciju, pa i za morsku vodu zbog brojnih kupaca.

Vodeći računa o interakciji između pojedinih nositelja posljedica od onečišćenja, odnosno o određenoj uzajamnosti u prijenosu onečišćenja, u nastavku će se više spominjati izvorna onečišćenja, a manje prenesena i već spomenuta kod prethodnog elementa – nositelja posljedica.

4.2. Zemljištu, odnosno tlu prijeto slična opasnost od onečišćenja kao i vodama, tj. s više strana i na više načina, ali je bitno i o kojem se zemljištu radi, da li urbaniziranom ili ruralnom, koje može biti šumsko i poljoprivredno. Za urbano zemljište karakteristična su različita organska i tehnološko-industrijska onečišćenja, a za ruralno izraženija su onečišćenja vezana za poljoprivredu.

Dobar dio tih onečišćenja već je spomenut u prethodnom razmatranju voda, jer je tu uzajamnost u prijelazu onečišćenja vrlo izražena, s tim da je možda lakši prijelaz s tla na vodu nego obrnuto, izuzev situacija prilikom poplava. Zbog takvog odnosa između vode i tla, u pitanju prijenosa ekološkog onečišćenja, za ugrožavanje poljoprivrednog tla, vrijede gotovo sve naprijed navedene opasnosti za vodu.

Osim toga, kao dodatne faktore onečišćenja poljoprivrednog tla valja spomenuti pretjeranu akumulaciju teških kovina, željeza, mangana, bakra, olova i cinka, te izloženost eroziji vodom²³, što također utječe na lošu zdravstvenu sliku tla.

²³ U Izvješću o provedbi zaštite okoliša – Republika Hrvatska, Ujedinjeni narodi, New York i Ženeva 1999. (što ga je sačinio Odbor za zaštitu okoliša ekonomske komisije za Europu – Komisija UN, a koji je prihvaćen u rujnu 1999. godine u Ženevi, str. 142. – 150.) navedeno je prvenstveno i ovo: zaštita tla je problem koji se podcjenjuje. Teško je imati jednu sliku situacije jer ne postoji i kategorizacija. Općenito se kaže za tlo da je onečišćeno. Međutim, erozija tla,

Bitno je ovdje naglasiti da se upravo ekološka problematika voda i poljoprivrednog zemljišta, osim u Zakonu o zaštiti okoliša, tretira i u tzv. matičnim zakonima – Zakonu o vodama i odredbama Zakona o poljoprivrednom zemljištu.²⁴

4.3. Zrak je uz prethodna dva, treći ključni element – nositelj posljedica onečišćenja, koji se iz atmosfere dalje prenosi na druge elemente okoliša. Svako izgaranje te kemijski i slični procesi na zemlji i u zraku ispuštaju određene plinovite, dimne, prašnjave i druge lebdeće sastojke, koji se skupljaju u atmosferi, formiraju štene plinovite sastojke. Uglavnom se radi o zakiseljenim i entrofikacijom opterećenim plinovima proizašlim iz SO₂, NO_x i NH₃, zatim o prizemnom ozonu i stakleničkim plinovima²⁵. Svaki od ovih kemijsko-plinovitih sastojaka štetno djeluje na određeni ekološki segment: kisele kiše, na vegetaciju (floru), posebno šume, ozonski spojevi na ozonski omotač i staklenički plinovi na promjenu klime.

Iako su istaknute posljedice od globalnog, tj. međunarodno-regionalnog značaja, čistoća i kvaliteta zraka ima neposredno implikacije na sva živa bića i zdravlje ljudi konkretnih – lokalnih prostora. Uz tretman ove problematike implicitnim zakonima (Zakon o zaštiti okoliša i Zakon o zdravstvenoj zaštiti), ova materija se najiscrpnije regulira eksplicitnim matičnim Zakonom o zaštiti

neodgovarajuća zaštita zemljišta i poljoprivredna praksa (koju izaziva sabijanje tla, acidifikacija, smanjenje sadržaja humusa i drugo), te onečišćenje tla od strane industrije, često se spominju kao čimbenici koji štete kakvoći tla. Još jedan važan razlog je promjena vlasništva. Danas su postupanje tlom i njegova zaštita u nadležnosti raznih tijela vlasti. Poljoprivredno i šumsko zemljište su u nadležnosti Ministarstva poljoprivrede. Nadležnost DUZPO-a u odnosu na zemljište nije sasvim jasna. Šteta nanescena zemlji zbog erozije vodom ili vjetrom u nadležnosti je Agencija za vodu (Hrvatske vode) koja djeluje odvojeno od poljoprivrede i šumarstva (glavnih korisnika zemljišta). Trebalo bi ponovno razmotriti institucijski ustroj da bi se poboljšalo uključivanje parametara okoliša u proces donošenja odluka u poljoprivredi (vidi nalaze u vezi institucijskog preustroja u poglavlju 1.). U svakom slučaju, mogućnost zaštite tla od štete treba razvijati zajedno s novim vlasničkim uvjetima. Zato postoji potreba za regulativom o tlu i jasnom politikom zaštite tla. Trebalo bi razmotriti mogućnost stvaranja posebne Uprave za probleme erozije tla. Preporuka 11.1. glasi: Potrebno je izraditi, usvojiti i primjenjivati Zakon o tlu i politiku zaštite zemljišta. Postupanje u slučaju opasnosti od erozije tla moglo bi biti povjereno nekoj posebnoj upravnoj jedinici odgovornoj za zaštitu tla, kojoj bi bila nadređena Državna uprava za zaštitu prirode i okoliša. Čini se da poljoprivreda nije važan izvor onečišćenja u Hrvatskoj, osim u nekim područjima. Utjecaj poljoprivrede na uništavanje površinskih i podzemnih voda ne može se lako izračunati iz raspoloživih podataka. Nema nikakvog zadovoljavajućeg programa praćenja. Podaci o ukupnom sadržaju fosfora, organskih mikroonečišćivača, toksičnih metala i o mikrobiološkim parametrima su nedovoljni. Str. 148.

Vidi i Nacionalni plan djelovanja na okoliš, NN 46/02., poglavlje Poljoprivreda i šumarstvo, pritisci na okoliš, str. 2226. i sl., gdje se navodi: Ukupna emisija tvari iz poljoprivredne proizvodnje koje onečišćuju zrak u Hrvatskoj se procjenjuje preko 30.000 t amonijaka (NH₃) na godinu, na oko 242.000 t metana (CH₄) na godinu i na 18.550 t dušičnog oksida (N₂O) na godinu. U Hrvatskoj stočne farme rabe previše vode, pa umjesto gnoja zapravo nastaje mulj – gnojovka. Tekući gnoj sadrži od 96 do 98% vode i klasificiran je pod mulj.

²⁴ NN 82/94. – 128/99., NN 107/95. i NN 54/94. – 65/94.

²⁵ Studija: STRATEGIJA ZAŠTITE OKOLIŠA..., o. c. str. 176.

zraka²⁶. Odredbom članka 1. Zakona o zaštiti zraka, od 16. prosinca 2004. godine, propisani su mjere, način organiziranja, provođenja i zaštite, poboljšanja i kakvoće zraka, kao dijela okoliša općeg dobra koji ima osobitu zaštitu Republike Hrvatske. Zakon je usklađen s regulativom Europske unije i u sebi inkorporira usvojene standarde međunarodnog prava u skladu s načelima održivog razvoja.

4.4. Šume spadaju u najznačajniji dio ukupne flore, ne samo po zauzimanju prostorne površine (oko 40% u Hrvatskoj), već i zbog većeg broja funkcija, kao: gospodarske (eksploatacija drvene mase), zaštitne (zaštita zemljišta od erozija, bujica, poplava), zdravstvene (utječe na stvaranje kisika i pročišćavanje zraka, na rekreativne aktivnosti), klimatske (utječe na privlačenje kišnih oblaka, na stabilizaciju vremenskih prilika, te unapređenje i povećanje estetske vrijednosti okoliša). Međutim, šume su sve više ugrožene, jer je u EU samo 45% šuma zdravo, a najviše je ugrožena bukva i hrast²⁷. Šume su ugrožene na više načina, a najviše zbog kiselih kiša, tj. ekološki nezdravog okoliša, zatim zbog loše gospodarske i neodgovorne eksploatacije, te zbog izvanrednih nepogoda, požara i poplava, pa je i opravdano da se šume zaštite svojim matičnim Zakonom o šumama²⁸ i odredbama Zakona o šumskom sjemenu i šumskom sadnom materijalu.²⁹

5. Neka pitanja zaštite okoliša s poreznopravnog stajališta

5.1. Pojam čovjekovog okoliša

U našoj doktrini općenito se spominju tri restriktivna pojma čovjekova okoliša. To je pojam čovjekova socijalnog okoliša, zatim njegova prirodnog okoliša te okoliša koji je rezultat njegova rada i stvaranja.

Pojam socijalnog okoliša obuhvaća, uz međuljudske odnose, još i društveni i gospodarski sustav i državne institucije u okruženju kojih čovjek živi.

Prirodnim okolišem nazivaju se, uz tlo, zrak i vodu, još i sve biljke, životinje i mikroorganizmi u njihovim životnim prostorima.

Porezno-pravni aspekt ograničen je samo na prirodni, čovjekov okoliš. U hrvatskom pravnom sustavu pojmom čovjekova okoliša obuhvaćaju se, u prvom redu, priroda, a zatim, po nekim pravnim propisima, uz prirodu još i određena materijalna dobra. Tako je u čl. 2. st. 4. Ustava Republike Hrvatske navedeno i očuvanje prirodnog i kulturnog bogatstva i korištenje njime, dakle, nekretnine i stvari osobito kulturnopovijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja.

²⁶ NN 48/95.

²⁷ "Okoliš", DUZPO, siječanj/2000, str. 50.

²⁸ NN 54/83., ..., 160/04.

²⁹ NN 68/98., 33/05.

Suvremena pravna znanost zastupa dvije mogućnosti ekologiziranja poreznog sustava, i to primjenom poreznih povlastica, odnosno poreznih pooštrenja, i uvođenjem ekoloških poreza.

Po našoj ocjeni u pogledu poreznih rješenja *de lege ferenda* kao i prof. dr. O. Lončarić-Horvat, slažemo se da primjena modela "eko bonus" na naš pravni sustav u ovom trenutku ne bi bila za Hrvatsku preporučljiva. Također smatramo da bi proces ekologizacije poreznog sustava bilo bolje nastaviti primjenom ekoloških poreza u obliku potrošnih poreza (ili drugih oblika javnih davanja) na proizvode čija potrošnja škodi okolišu. Ti bi proizvodi mogli biti benzin (osim bezolovnog), kameni ugljen, određene vrste ambalaže itd.

Treba istaknuti da danas Europski sud pravde³⁰ (*European court of justice* – ECJ) ima veliku ulogu u reformi sustava neposrednog oporezivanja za sve članice Europske unije. Prema tome, to je od potencijalnog vitalnog interesa i za Republiku Hrvatsku kao potencijalnog člana Europske unije.

Prihvaćamo stajalište o tome da naša porezno-pravna legislativa treba *de lege ferenda* uvažavati i odluke ECJ pri kreiranju novih poreznih načela, jer je utvrđeno u više primjera sudskih odluka da su one u nekim slučajevima potakle, ubrzale, a u nekim i prisilile zemlje članice na izmjenu njihovih poreznih zakona. Tako je i slučaj LANGHORST primjer za djelovanje odluke ECJ koja je izazvala poreznu reformu u Njemačkoj i u onoj sferi u koju se na početku nije namjeravalo dirati.

6. Zaključak

Ustav Republike Hrvatske temeljni je pravni regulativ za očuvanje prirode i čovjekova okoliša kao najviših vrijednosti ustavnog poretka Republike Hrvatske.

Njegova odredba imperativno određuje da Sabor Republike Hrvatske i narod neposredno, samostalno i u skladu s Ustavom i zakonom odlučuje... o očuvanju prirodnog bogatstva i korištenju njime (članak 2. i 3.). Svako ima pravo na zdrav život. Republika Hrvatska osigurava pravo građana na zdrav okoliš. Građani, državna i gospodarska tijela i udruge dužni su, u sklopu svojih ovlasti i djelatnosti, osobitu skrb posvećivati zaštiti zdravlja ljudi, prirodi i ljudskog okoliša (članak 69.).

Veliki doprinos realizaciji odredbi predstavljaju Nacionalna strategija za zaštitu okoliša i Nacionalni plan djelovanja za okoliš, od 29. travnja 2002. godine (NN RH broj 46/02.), i nakon toga doneseni pozitivnopravni propisi.

³⁰ O tome pobliže vidjeti Žunić-Kovačević N., Europski sud pravde i njegova uloga u reformama sustava neposrednog oporezivanja, Zbornik PFRi, vol 25. br. 2., str. 817. i 818. i tamo navedena literatura.

Vidi i Birk, D. Pravni izvori za financiranje zaštite okoliša u Njemačkoj, str. 13.-19., Međunarodno savjetovanje, Mljet 3. i 4. lipnja 1998.

Njima su ne samo na nacionalnom, nego i na lokalnom planu obavljene prilagodbe, kako konceptu održivog razvoja, tako i pridržavanju te priključenju Hrvatske Europskoj uniji radi ostvarenja pet glavnih strateških ciljeva.

Postojeća zakonska regulativa usklađena je većim dijelom s tim dokumentima. Kako je, međutim, općenito manji problem reglementacija, a veći je problem implementacija regulativa, to je potrebno na mikroplanu pridonositi mogućnosti uspješnije zaštite okoliša, boljom primjenom postojeće regulative u cilju uspješnije zaštite okoliša. Ovim radom sam nastojao doprinijeti tim nastojanjima.

Literatura

1. Abrams, Robert Hl. et al., *Environmental Law and Policy: Nature, Law and Society* (Hardcover), 3rd Edition, Aspen publishers, 2004.
2. Bach, S., *Wirtschaftliche Auswirkung und rechtlich-institutionelle Aspekte einer ökologischen Steuerreform*, *Steuer und Wirtschaft* 3/95.
3. Barić-Punda, V., Grabovac, I., *Pravni aspekti zaštite i očuvanja morskog okoliša*, Pravni fakultet u Splitu, Pomorski zbornik, knj. 36, Split. 1998., str. 117-190.
4. Birk, D., *Pravni izvori za financiranje zaštite okoliša u Njemačkoj*, str. 13-19, *Međunarodno savjetovanje "Financiranje u zaštiti okoliša"* (Zbornik radova), Mljet, 3. i 4. lipnja 1998.
5. Bolanča, D., *Zaštita i očuvanje morskog okoliša*, Paneuropski simpozij, Split, 2000., str. 903-98.
6. Brajković, V., *More kao međunarodni put*, Zagreb, 1949.
7. Brajković, V., *Međunarodno transportno pravo*, Zagreb, 1957.
8. Crnić-Grotić, V., *Zajednička ribarska politika EU*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 2, 2004., str. 721-747.
9. Čepulo, Dalibor, *Pravo građana i moderne institucije – europska hrvatska pravna tradicija*, Prikaz, Vukas, B., ml. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 2, 2004, str. 1051-1054.
10. Ćorić, Dorotea, *Međunarodni sustav odgovornosti i naknade štete zbog onečišćenja mora* uljem, HAZU, Jadranski zavod, Zagreb, 2002.
11. Grupa autora (prof. dr. Dieter Birk i dr.) – *Međunarodno savjetovanje "Financiranje u zaštiti okoliša"* (Zbornik radova), Mljet, 3. i 4. lipnja 1998.
12. Lončarić-Horvat, Olivera et al., *Osnove prava okoliša*, Organizator, Zagreb, 1998.
13. Lončarić-Horvat, Olivera et al., *Pravo okoliša*, Zagreb, 2003.
14. *Izvješće o provedbi zaštite okoliša, Ujedinjeni narodi*, New York i Ženeva, 1999. (Ekonomska komisija za Europu – Odbor za zaštitu okoliša)
15. Potočnjak, Željko, *Pravo na sud, pristup sudu i suđenje u razumnom roku u slučaju intervencije u sudske postupke u tijeku*, Pravni fakultet u Rijeci, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25. br. 2., 2004. godina, str. 823-853.
16. Rudolf, Davorin, *Slobodno i zatvoreno more: Grotius i Selden*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 2, 2004., str. 921-933.
17. Seršić, Maja, *Međunarodno pravna zaštita morskog okoliša*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2003.
18. Žunić-Kovačević, N., *Europski sud pravde i njegova uloga u reformama sustava neposrednog oporezivanja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol 25. br. 2, 2004., str. 809-822.

Summary

IDENTIFICATION AND CLASSIFICATION OF BASIC FACTORS IN ECOLOGICAL DEGRADATION OF NATURE AND HUMAN ENVIRONMENT

Although ecology and environmental protection have only recently been placed on the order of the day, our public is not unfamiliar with the topics, at least on the general information level. Namely, some forms of ecological degradation are known for a significant period of time. However, real ecological issues became obvious only recently representing one of the troubling contemporary problems.

Research and analytical contemplation included in this paper are justified by intensification and general escalation of ecological problems. The author discusses sources of ecological threats as well as possible practical solutions for their elimination and for environmental protection.

Key words: environmental protection, factors of environmental degradation, victims of environmental degradation.

Zusammenfassung

IDENTIFIKATION UND SYSTEMATISIERUNG DER GRUNDLEGENDEN FAKTOREN BEI DER ÖKOLOGISCHEN DEGRADIERUNG DER NATUR UND MENSCHLICHEN UMWELT

Obwohl die Thematik bezüglich Ökologie und Umweltschutz relativ neu ist, ist sie in der kroatischen Öffentlichkeit nicht unbekannt, zumindest nicht auf der Ebene allgemeiner Informationen. Einige Erscheinungsformen von ökologischer Degradierung sind zwar schon längere Zeit bekannt, doch wahre ökologische Probleme kommen erst neuerdings zum Ausdruck und gehören zu den Besorgnis erregenden zeitgenössischen Phänomenen.

Besonders im Hinblick auf die sich zuspitzende und allgemeine Eskalation ökologischer Probleme finden die Untersuchungen und analytischen Betrachtungen, die in dieser Arbeit durchgeführt werden, ihre Berechtigung, und dies umso mehr als im Rahmen des Themas gezeigt wird, woher die ökologische Gefährdung kommt, und damit verbunden mögliche praktische Lösungen für deren Beseitigung und für den Umweltschutz angeboten werden.

Schlüsselwörter: Umweltschutz, Gründe für die Degradation der Umwelt, Opfer der Degradation der Umwelt.

Sommario

**IDENTIFICAZIONE E SISTEMATIZZAZIONE
DEI FATTORI FONDAMENTALI
NELLA DEGRADAZIONE ECOLOGICA
DELL'AMBIENTE NATURALE E UMANO**

Nonostante la protezione ecologica e ambientale siano state solo recentemente poste all'ordine del giorno, il nostro pubblico non è estraneo a queste topiche, almeno a livello di informazione generale, anzi alcune forme di degradazione ecologica sono conosciute da un significativo periodo di tempo, tuttavia le questioni ecologiche reali sono divenute manifeste solo recentemente, rappresentando uno dei problemi contemporanei più preoccupanti.

La riflessione empirica e analitica inclusa in questo lavoro è giustificata dall'intensificazione e dall'espansione generale dei problemi ecologici, tanto più che si discute delle fonti di minacce ecologiche, così come delle soluzioni pratiche possibili per la loro eliminazione e per la protezione ambientale.

Parole chiave: protezione dell'ambiente, cause della degradazione dell'ambiente, vittime della degradazione dell'ambiente.

ODGOVORNOST PRODAVATELJA ZA PRAVO ILI POTRAŽIVANJE TREĆIH OSOBA S OSNOVE INTELEKTUALNOG VLASNIŠTVA PREMA BEČKOJ KONVENCIJI O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE

Mr. sc. Ivana Kunda, asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Jasmina Mutabžija, dipl. iur., vježbenica
Općinski sud u Rijeci

UDK: 347.451.031:347.78
Ur.: 8. rujna 2005.
Pr.: 22. studenog 2005.
Izvorni znanstveni članak

Ovaj rad rezultat je proučavanja odredbi Bečke konvencije o ugovorima o međunarodnoj kupoprodaji robe iz 1980. godine koje uređuju odgovornost prodavatelja za pravo ili potraživanje trećih osoba s osnova intelektualnog vlasništva. Za razliku od hrvatskog ugovornog prava koje sadrži samo odredbe o zaštiti od evikcije, Bečka konvencija posebnim pravilima regulira pitanje te odgovornosti.

Osnovni problemi koji se javljaju u svezi s primjenom ovih pravila Bečke konvencije su pitanja tumačenja pojedinih pojmova i pravnih standarda koji predstavljaju uvjete odgovornosti prodavatelja kao i uvjete isključenja te odgovornosti. Posebice se tu ističe kao problematično stvarno i predmnijevano znanje, podjednako na strani prodavatelja i na strani kupca, i to poglavito stoga što su izraženi potpuno jednakim pojmovima. Za tumačenje tog pravnog standarda autorice predlažu usvajanje pristupa "znanje - krivnja", prema kojem se svaka pojedina razina znanja ugovorne stranke propisana Bečkom konvencijom dovodi u svezu s odgovarajućim stupnjem razine njezine krivnje za nepoznavanje odlučnih činjenica. Obveze stranaka koje proizlaze iz Konvencijom zahtijevane razine znanja utvrđuju se in concreto, odnosno s obzirom na okolnosti pojedinog slučaja. Time autorice ujedno odbijaju pristup koji usvaja veliki broj autora, koji pretpostavlja a priori postojanje prodavateljeve odnosno kupčeve obveze pretraživati postoji li pravo ili potraživanje treće osobe. Pokušavajući ove odredbe učiniti što preglednijima i njihovu primjenu što jednostavnijom ovaj rad također sadrži i shematski prikaz svih koraka koji su nužni prilikom utvrđivanja prema Bečkoj konvenciji postoji li ili ne postoji odgovornost prodavatelja za pravo ili potraživanje treće osobe s osnova intelektualnog vlasništva.

Ključne riječi: *pravo međunarodne kupoprodaje, Bečka konvencija iz 1980., odgovornost prodavatelja, prava ili potraživanja treće osobe, intelektualno vlasništvo*

1. Uvodne napomene

Usljed sve intenzivnije globalizacije i konkurentnosti na svjetskom tržištu intelektualno vlasništvo dobiva na važnosti svakim danom. Paralelno s time i zahtjevi subjekata međunarodnih trgovačkih odnosa za zaštitom prava intelektualnog vlasništva sve su izraženiji. Stoga su u zakonodavstvima pojedinih zemalja, pa i na međunarodnoj razini, razvijeni različiti oblici zaštite, predviđeni poglavito za nositelje prava intelektualnog vlasništva. Upravo oni mogu se pojaviti sa svojim zahtjevima u odnosu na robu koja je predmetom međunarodne kupoprodaje. U tim okolnostima važnu ulogu ima odgovornost prodavatelja za prava i potraživanja trećih s naslova intelektualnog vlasništva. Ta je odgovornost predmetom posebne regulacije u Konvenciji o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, iz 1980. godine (dalje: Bečka konvencija ili Konvencija),¹ koja trenutno broji 65 država stranaka,² a među njima se nalazi i Republika Hrvatska.³

U ovom radu prvenstveno ćemo pokušati odrediti doseg odredbi o spomenutom obliku odgovornosti prodavatelja iz članka 42. Bečke konvencije, zatim uvjete postojanja te odgovornosti, kao i iznimke od odgovornosti predviđene Konvencijom. Pažnju ćemo također detaljnije usmjeriti k problematici obavještanja prodavatelja o pravima ili potraživanjima trećega, a dotaknut ćemo se i mogućnosti, na temelju sporazuma ugovornih stranaka, izmjene režima propisanog Konvencijom, te naposljetku i pitanja tereta dokazivanja pojedinih činjenica od značaja za odgovornost prodavatelja prema kupcu za ovu vrstu mane robe.

2. *Odgovornost prodavatelja prema odredbi članka 42. Bečke konvencije*

Članak 42. Bečke konvencije primjenjuje se na odnose odgovornosti među strankama kupoprodajnog ugovora s međunarodnim obilježjem, što nastaju u

¹ Bečka konvencija usvojena je na diplomatskoj konferenciji UNCITRAL-a 11. travnja 1980. godine. Tekst Konvencije na engleskom i II. *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, dostupni na <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf> (31.8.2005.). Ovo kratko obrazloženje Bečke konvencije iz 1980. godine pripremio je Sekretarijat UNCITRAL-a u informativne svrhe i ne predstavlja službeni komentar. Tu ga navodimo jer podcrtava važnost odredbi Konvencije koje su predmet ovog rada: "One set of rules of *particular importance in international sales of goods* involves the seller's obligation to deliver goods that are free from any right or claim of a third party, including rights based on industrial property or other intellectual property." (kurziv dodan)

² Vidi listu država koje su stranke Konvencije, s pripadajućim datumima stupanja na snagu, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (2.9.2005.).

³ Službeni list SFRJ, Dodatak međunarodni ugovori i drugi sporazumi, 10/1/1984., Objava stupanja na snagu Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, Narodne novine, međunarodni ugovori, 15/1998. Republika Hrvatska postala je strankom ove Konvencije temeljem notifikacije o sukcesiji države prednice. Konvencija je stupila na snagu u odnosu na Republiku Hrvatsku dana 8. listopada 1991. tako da postoji kontinuitet u njezinoj primjeni.

okolnostima u kojima je treća osoba ovlaštenik prava intelektualnog vlasništva na robu, predmetu tog kupoprodajnog ugovora, ili u kojima treća osoba ističe potraživanja s toga naslova. Prije ulaznja u problematiku tumačenja pojedinih uvjeta prodavateljeve odgovornosti na ovoj pravnoj osnovi, osvrnut ćemo se kratko na povijest nastanka odredbi članka 42. kao i na polje njihove primjene.

2.1. Pregled nastanka i razvoja odredbi članka 42. Bečke konvencije

U Konvenciji o jednoobraznom zakonu o međunarodnoj prodaji robe, iz 1964. godine (dalje: Haška konvencija),⁴ nije postojao članak koji bi bio ekvivalentan sadašnjem članku 42. Bečke konvencije. Njemački autori kao i sudska praksa, međutim, držali su da je odredba o zaštiti od evikcije, sadržana u članku 52. citirane Konvencije, bila primjenjiva i na one slučajeve u kojima je roba bila opterećena pravima industrijskog vlasništva.⁵ Prilikom izrade nacrtu Bečke konvencije pitanje izričitog rješavanja te vrste prodavateljeve odgovornosti potaknulo je autore Konvencije na raspravu.

S jedne strane, smatralo se da zbog izrazite složenosti, predmetnu materiju valja u potpunosti isključiti iz polja primjene Bečke konvencije. To pitanje, stoga, nije bilo predviđeno u nacrtu Konvencije iz 1976.⁶ I nakon kasnijeg uključivanja odnosne odredbe u nacrt Bečke konvencije, predstavnici nekih zemalja i dalje su predlagali da se ta odredba u cijelosti isključi iz Konvencije te da se predmetna materija regulira posebnom konvencijom. Smatralo se da zbog složenosti i specifičnosti intelektualnog vlasništva vrlo lako može doći do sporova.⁷ Mišljenje većine je, međutim, bilo u korist izričitog uređivanja tog pitanja u okviru Bečke konvencije te je u konačnici bio predložen tekst odredbi, tada sadržanih u stavcima 2. i 3. članka 25., koji nije bitno odudarao od teksta sadašnjeg članka 42.⁸ Cilj unošenja tih odredbi u Bečku konvenciju

⁴ Službeni tekst ove Konvencije na engleskom jeziku vidi, <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulis.htm> (2.9.2005.). O Konvenciji vidi, LANDO, Ole, "New Conflict Rules Respecting International Sales of Goods", *Zbornik radova o stranom i uporednom pravu*, 1965., str. 311.-323. (sažetak na hrvatskom jeziku).

⁵ SCHWENZER, Ingeborg, u: SCHLECHTRIEM, Peter (ur.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Clarendon Press, Oxford, 1998., str. 334.-335.

⁶ Vidi, Draft Convention on the International Sale of Goods, A/CN.9/116 – Annex I, *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, vol. 7, 1976, str. 89.-96., <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1976-e/vol7-p89-96-e.pdf> (2.9.2005.)

⁷ Prilikom izglasavanja članka 42. delegacije iz tri države bile su suzdržane zbog tih razloga. Vidi, *infra* bilj. 10.

⁸ Odredba članka 25. stavka 2. i 3. glasila je: "(2) Prodavatelj je dužan dostaviti robu slobodnu od svakog prava ili potraživanja treće osobe, za koje je u vrijeme zaključenja ugovora znao ili mu ono nije moglo biti nepoznato, ako je to pravo ili potraživanje temeljeno na industrijskom ili intelektualnom vlasništvu: (a) po pravu države u kojoj će se roba upotrebljavati ako su stranke imale na umu u trenutku zaključenja ugovora da će roba biti upotrebljavana u toj državi; ili (b) u svakom slučaju, po pravu one države u kojoj kupac ima svoj poslovni nastan. (3) Obveza prodavatelja prema stavku (2) ovog članka ne proteže se na slučajeve u kojima: (a) u trenutku zaključenja ugovora kupac je znao ili mu nije moglo biti nepoznato to pravo ili potraživanje; ili (b) to pravo ili potraživanje je posljedica prodavateljevog postupanja u skladu s tehničkim

bio je zadržati odgovornost prodavatelja u predvidljivim okvirima, kako u pogledu vremenskog dosega njegove odgovornosti (ona prava ili potraživanja za koja je prodavatelj znao ili mu nisu mogla biti nepoznata u vrijeme zaključenja ugovora), tako i u pogledu prostornog dosega njegove odgovornosti (država odredišta robe koju su stranke imale na umu, odnosno država poslovnog nastana kupca).⁹ Pretrpjevši manje izmjene, odredbe su potom ušle u nacrt Bečke konvencije iz 1978. kao dio članka 40. Tekst sadašnjeg članka 42. Bečke konvencije, a tada članka 40., prihvaćen je na 7. plenarnoj sjednici diplomatske konferencije u Beču 1980. godine s 42 glasa za, ni jednim glasom protiv te s tri suzdržana glasa.¹⁰

2.2. Polje primjene odredbi članka 42. Bečke konvencije

U pogledu polja primjene članka 42. Bečke konvencije dva su izraza u odredbama citiranog članka kojima valja posvetiti posebnu pažnju: “industrijsko ili drugo intelektualno vlasništvo” te “prava i potraživanja”. Pored toga, valja ukazati na to da pitanja vezana za sama prava intelektualnog vlasništva nisu predmetom regulacije Bečke konvencije.

2.2.1. “Industrijsko ili drugo intelektualno vlasništvo”

Intelektualno vlasništvo koncept je koji je tradicionalno podijeljen na dvije grane: autorsko i njemu srodna prava te pravo industrijskog vlasništva.¹¹ Industrijsko vlasništvo je, dakle, uži pojam od intelektualnog vlasništva, zbog čega su predstavnici Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo (dalje: WIPO) predložili da se pojam “industrijsko vlasništvo” ukloni iz teksta odredbe članka 42. Bečke konvencije.¹² Taj je prijedlog, međutim, bio odbijen zato što u vrijeme izrade nacrtu i usvajanja Bečke konvencije u svijetu nije postojalo jedinstveno poimanje termina “intelektualno vlasništvo”, a u nekim zemljama

planovima, crtežima, formulama ili drugim sličnim specifikacijama koje mu je dostavio kupac.” Vidi, Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its tenth session (Vienna, 23 May – 17 June 1977), A/23/17, *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, vol. 8, 1977, str. 11.-69, str. 40 et seq., dostupno na http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1977-e/yb_1977_e.pdf (5.9.2005.).

⁹ Loc. cit.

¹⁰ 1980 Vienna Diplomatic Conference, Summary Records of the Plenary Meetings, 7th plenary meeting, 8 April 1980, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/plenarycommittee/summary7.html> (22.6.2005.). Suzdržani su bili glasovi članova grčke delegacije i kineske delegacije, i to zbog specifičnosti problematike intelektualnog vlasništva. Kineska je delegacija izrazila bojazan da će ova složena tematika regulirana posebnim odredbama vjerojatno biti izvorištem mogućih sporova.

¹¹ *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, WIPO Publication No. 489., WIPO, Geneva, 2001., str. 3.

¹² *Analysis of Comments and Proposals by Governments and International Organizations on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and on Draft Provisions Concerning Implementation, Reservations and Other Final Clauses*, Document A/CONF.97/9.

taj termin nije bio ni poznat.¹³ No, izmjena koja jest bila usvojena ticala se umetanja riječi “drugo”, a na prijedlog Finske, i kasnije Argentine, kako bi se jasno označilo u kakvom odnosu stoje pojmovi “industrijsko vlasništvo” i “intelektualno vlasništvo”.¹⁴ Na taj način bio je prihvaćen izraz koji danas nalazimo u Bečkoj Konvenciji, a to je “industrijsko ili drugo intelektualno vlasništvo”.¹⁵ Konvencija, međutim, ne sadrži definiciju tih pojmova, stoga je istu nužno potražiti izvan Konvencije.

Postoji čitav niz međunarodnih sporazuma čiji je cilj u manjoj ili većoj mjeri ujednačiti prava intelektualnog vlasništva u državama koje su njihove stranke.¹⁶ Polazeći od tih sporazuma, Svjetska organizacija za intelektualno vlasništvo (dalje: WIPO) je dala do sada najsveobuhvatniju definiciju intelektualnog vlasništva, prema kojoj intelektualno vlasništvo uključuje sva prava vezana za književna, umjetnička i znanstvena djela, izvedbe umjetnika-izvođača, fonograma i emitiranja, izume u svim područjima ljudskog djelovanja, znanstvena otkrića, industrijska obličja, žigove, uslužne žigove, trgovačke nazive i oznake podrijetla te zaštitu od nepoštenog tržišnog natjecanja, kao i sva druga prava koja su rezultat intelektualne aktivnosti u industrijskim, znanstvenim, književnim i umjetničkim područjima.¹⁷ I sam *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat* (dalje: *Secretariat's Commentary*),¹⁸ koji je se uvjetno može smatrati ekvivalentnim službenom komentaru Bečke konvencije, izričito upućuje na gornju definiciju WIPO-a.¹⁹

¹³ SCHWERHA, Joseph J., IV, “Warranties Against Infringement in the Sale of Goods: A Comparison of U.C.C. 2-312 (3) and Art. 42. of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 16, 1995., (str. 441.-483.), par. I.D.3.; RAUDA, Christian, ETIER, Guillaume, “Warranty for Intellectual Property Rights in the International Sale of Goods”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, vol. 4, br. 1, 2000., (str. 30.-61.), str. 32., dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/raudaetier2.html> (5.9.2005.). Prva službena uporaba pojma “intelektualno vlasništvo” u današnjem značenju datira od pedesetih godina prošlog stoljeća, kada su dva već postojeća ureda osnovana temeljem Pariške konvencije o zaštiti industrijskog vlasništva i Bernske konvencije o zaštiti književnih i umjetničkih djela, preimenovana u *Bureaux Internationaux Réunis pour la Propriété Intellectuelle*. Vidi, KOUMANTOS, George, “Reflections on the Concept of Intellectual Property”, u: *Intellectual Property and Information Law: Essays in Honor of Herman Cohen Jehoram*, Kluwer Law International, 1998., str. 39.-45.

¹⁴ Vidi, *Legislative History, 1980 Vienna Diplomatic Conference, G. Report of the First Committee*, Document A/CONF.97/11, 7. travnja 1980.

¹⁵ Engl. *industrial and other intellectual property*, franc. *la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle*, španj. *la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual*.

¹⁶ Primjerice, Pariška konvencija o zaštiti industrijskog vlasništva, iz 1967., Univerzalna konvencija o autorskom pravu, iz 1971., Bernska konvencija o zaštiti književnih i umjetničkih djela, iz 1971., Sporazum o s trgovinom povezanim aspektima intelektualnog vlasništva koji predstavlja Dodatak IC Marakeškom ugovoru o osnivanju Svjetske trgovinske organizacije, iz 1994. i Konvencija o dodjeli europskih patenata, iz 1973.

¹⁷ Članak 2. stavak viii. Konvencije o Svjetskoj organizaciji za intelektualno vlasništvo.

¹⁸ Official Records, UN DOC. A/CONF. 97/5, str. 14.

¹⁹ Tekst komentara članka 42. (članka 40. nacрта), bilj. 1., dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-42.html> (5.9.2005.).

Radi jednostavnosti, u daljnjem tekstu ovog rada mi ćemo se, umjesto izrazom iz Konvencije “industrijsko i drugo intelektualno vlasništvo”, služiti nazivljem “intelektualno vlasništvo”.

2.2.2. “Prava ili potraživanja treće osobe”

Odredba članka 42. stavka 1. Bečke konvencije propisuje da roba koju prodavatelj isporuči kupcu mora biti slobodna od “svakog prava ili potraživanja treće osobe”.²⁰ Iz ove formulacije jasno proizlazi da su autori Konvencije razlikovali dva pojma: “pravo” i “potraživanje”. Stoga se s ciljem što točnijeg tumačenja ove odredbe, prije svega, ukazuje potrebnim jasno razlučiti pojam prava²¹ od pojma potraživanja. Pravo, u smislu članka 42., mogli bismo odrediti kao skup ovlaštenja koja trećoj osobi pripadaju u odnosu na određenu robu, a koja objektivno postoje jer proizlaze iz pravnih normi intelektualnog vlasništva. S druge strane, potraživanje u smislu predmetne odredbe može se definirati kao zahtjev treće osobe na činjenje, davanje, trpljenje ili propuštanje u odnosu na robu koja je predmet kupoprodajnog ugovora između kupca i prodavatelja, a koji zahtjev treća osoba postavlja s naslova (navodnog) prava intelektualnog vlasništva.²² Ovisno o tome temelji li se takvo potraživanje na objektivno postojećem pravu intelektualnog vlasništva ili ne, odnosno prati li takav zahtjev subjektivno pravo ili ne, razlikujemo utemeljena i neutemeljena potraživanja. To razlikovanje prikazano je u tablici 1.

Tablica 1. *Vrste potraživanja s obzirom na utemeljenost*

VRSTA POTRAŽIVANJA	POSTOJANJE PRAVA
utemeljena potraživanja	pravo postoji
neutemeljena potraživanja	pravo ne postoji

Vratimo li se nakratko na prava trećih osoba u smislu članka 42., možemo s obzirom na kriterij ističe li nositelj prava intelektualnog vlasništva zahtjev koji to pravo prati ili ne, razlikovati dva slučaja. Prvi je slučaj onaj u kojem je treća osoba ovlaštenik prava intelektualnog vlasništva u odnosu na robu, ali se na njega ne poziva, dok je drugi slučaj prisutan tada kada se treća osoba pozove na svoje objektivno postojeće pravo intelektualnog vlasništva tako što (u pravilu, prema kupcu robe) istakne svoje potraživanje. U potonjem slučaju postoji, i pravo, i potraživanje koje je utemeljeno na tom pravu. Obje situacije prikazane su u tablici 2.

²⁰ Engl. *any right or claim of a third party*, franc. *tout droit ou prétention d'un tiers*, španj. *cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero*.

²¹ Prilikom navođenja pojma “pravo” u ovom kontekstu misli se na pravo u subjektivnom smislu. O subjektivnom pravu vidi, VEDRIŠ, Martin, KLARIĆ, Petar, *Građansko pravo*, 3. izmijenjeno i prošireno izd., Narodne novine, Zagreb, 1998., str. 61.-69.

²² Takav zahtjev, u pravilu, usmjeren je prema kupcu.

Tablica 2. *Vrste prava s obzirom na potraživanje*

VRSTA PRAVA	POSTOJANJE POTRAŽIVANJA
pravo na koje se ovlaštenik ne poziva	nema potraživanja
pravo na koje se ovlaštenik poziva	potraživanje postoji

Dakle, u stvarnosti možemo se susresti s ukupno tri situacije u kojima su postojanje prava, s jedne strane, i potraživanja, s druge, kombinirani na različite načine. Prva situacija je ona u kojoj postoji pravo treće osobe nad robom, no ona ne ističe potraživanje s tog naslova. Druga, tome suprotna situacija, ona je u kojoj pravo ne postoji, no treća osoba ističe potraživanje koje je stoga neutemeljeno. I konačno, treća situacija je, kao što je već navedeno, situacija u kojoj postoji i pravo i potraživanje na tom pravu utemeljeno, a koje je treća osoba istaknula prema kupcu. Prikaz triju mogućih slučajeva nalazi se u tablici 3.

Tablica 3. *Mogući slučajevi s obzirom na postojanje prava i potraživanja*

POSTOJANJE PRAVA	POSTOJANJE I VRSTA POTRAŽIVANJA
pravo postoji	nema potraživanja
pravo ne postoji	postoji neutemeljeno potraživanje
pravo postoji	postoji utemeljeno potraživanje

U odnosu na potonju situaciju, kada treća osoba jest nositelj prava intelektualnog vlasništva te kada je ujedno istakla u pogledu robe na tom pravu utemeljeno potraživanje, doktrina je suglasna da ona nedvojbeno povlači za sobom odgovornost prodavatelja u smislu članka 42. Bečke konvencije. Slijedom toga kupac ima pravo, ako je udovoljeno ostalim uvjetima iz Konvencije, koristiti se predviđenim pravnim sredstvima.²³ U literaturi je, međutim, sporno postojanje odgovornosti prodavatelja u smislu članka 42. u preostalim dvjema situacijama.

²³ Vidi, ENDERLEIN, Fritz, "Rights and obligations of the seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", u: ŠARČEVIĆ, Petar, VOLKEN, Paul (ur.), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Oceana Publications, 1996., (str. 133.-201.), str. 181.; HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 3. izd., Boston, 1999., str. 351.; LOOKOFISKY, Joseph M., "The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", u: HERBOTS, Jacques H. (ur.), BLANPLAIN, R. (gl. ur.), *International Encyclopaedia of Laws – Contracts*, Suppl. 29, prosinac 2000., (str. 1.-192.), str. 111.; RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 37.-39.; SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 335.; SCHWERHA, op. cit., par. I.D.1.a; VAN DUZER, J. Anthony, "A Seller's Responsibility for Third Party Intellectual Property Claims: Are the UN Sales Convention Rules Better?", *Canadian International Lawyer*, vol. 4, 2001., (str. 187.-203.), tekst ispod bilj. 15. Pravna sredstva na raspolaganju kupcu u slučaju povrede ugovorne obveze iz članka 42. od strane prodavatelja vidi, infra 4.2. i 4.4.2.2.

U okolnostima u kojima treća osoba, koja je nositelj prava intelektualnog vlasništva u odnosu na robu, ne ističe svoje odgovarajuće potraživanje, kupac, unatoč činjenici da roba koju je pribavio od prodavatelja nije slobodna od prava trećih osoba, nije spriječen *de facto* raspolagati robom, pa je ponajprije zbog tog razloga u doktrini upitna odgovornost prodavatelja u smislu članka 42. Konvencije.²⁴ Baveći se upravo tim problemom, Rauda i Etier ističu da bi se u prilog nepostojanju odgovornosti prodavatelja u tom slučaju moglo navesti kako je i tada kupac zaštićen jer nakon što bi se treća osoba ipak naknadno pozvala na svoje pravo, kupac bi odmah mogao zahtijevati od prodavatelja naknadu štete²⁵ ili se poslužiti nekim drugim pravnim sredstvom koje mu stoji na raspolaganju. Dakle, *a priori* odgovornost prodavatelja za povredu prava intelektualnog vlasništva na koje se treća osoba nije pozvala ne čini se na prvi pogled razumnim, zaključuju ovi autori.²⁶

Mada to može zvučati uvjerljivo, priklanjamo se mišljenju ovih autora da je potrebno oprezno razmotriti moguće poteškoće s usvajanjem ovog negativnog stava. Naime, ukoliko bi odredbu članka 42. Bečke konvencije tumačili na način da ne daje pravo kupcu pozvati na odgovornost prodavatelja odmah po saznanju za pravo treće osobe, pa i onda kada treća osoba još nije istaknula svoje potraživanje glede robe koja je predmet ugovora o kupoprodaji, držimo kako bi svrha predmetne odredbe mogla biti dovedena u pitanje. To je razvidno, primjerice, uzmemo li u obzir realnu mogućnost da nad prodavateljem u međuvremenu bude otvoren stečaj ili da prestane postojati.²⁷ Ukoliko bi do toga došlo, kupac bi zacijelo pretrpio značajne novčane gubitke, jer bi isključivo on bio odgovoran trećoj osobi za povredu prava intelektualnog vlasništva. Osim toga, to bi za kupca, kao trgovca robom, bilo u potpunosti neprihvatljivo, jer bi uz njega u opasnosti od tužbe bila i svaka druga osoba kojoj bi kupac dalje prodavao predmetnu robu.²⁸ To bi moglo ugroziti njegov ugled i eventualno njegov dobar položaj na tržištu, naknada čega je nedvojbeno izvan dosega pravnih sredstava predviđenih Bečkom konvencijom. Naposljetku, naše je mišljenje da odgovornost prodavatelja u slučaju kada pravo intelektualnog vlasništva treće osobe postoji, ali kada se ona na to pravo ne poziva, jasno proizlazi i iz samog teksta odredbe članka 42.: prodavatelj je dužan isporučiti robu slobodnu od "svakog prava *ili* potraživanja". Jasno je da se ovdje ne radi

²⁴ LANGENECKER, Josef, *UN-Einheitskaufrecht und Immaterialgüterrechte. Die Rechtsmängelhaftung bei internationalen Kaufverträgen nach dem UN-Kaufrechtsübereinkommen unter besonderer Berücksichtigung von Immaterialgüterrechten*, Disertacija, München, 1993., Florentz (VVF), München, 1993., str. 69.

²⁵ RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 37. Vidi također rad istih autora na francuskom jeziku, ID., "Garantie en cas d'éviction et propriété intellectuelle dans la vente internationale", u: WILL, Michael (ur.), *Rudolf Meyer zum Abschied, Beiträge zum UN-Kaufrecht, zum Internationalen Recht und zur Rechtsvergleichung*, Faculté de droit, Université de Genève, Genève, 1999., str. 113.-144.

²⁶ RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 37.

²⁷ VAN DUZER, op. cit., tekst ispod bilj. 14.; SCHWERHA, op. cit., par. I.D.1.a.; RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 37.

²⁸ SCHWERHA, op. cit., par. I.D.1.

o kumulativnom već alternativnom uvjetu, te je dovoljno da postoji jedno od dvoje, bilo "pravo" bilo "potraživanje" pa da oživi prodavateljevu odgovornost. Također, pojam "pravo" u članku 42. stavku 1. Konvencije nije kvalificiran ni na koji način, pa tako niti na način da se zahtijeva, primjerice, pravo u svezi s kojim je istaknuto potraživanje ili tome slično. Slijedom toga, nedvojbeno je da pojam "pravo" obuhvaća i pravo na koje se treća osoba (još) ne poziva.²⁹

Između tri moguće, najkontroverznija je ona situacija u kojoj treća osoba nije ovlaštenik prava intelektualnog vlasništva u odnosu na robu iz ugovora o kupoprodaji, no unatoč tome istakne takvo potraživanje prema kupcu. U doktrini se često ističe da bi bilo suviše nepravedno prodavatelju nametnuti teret snošenja odgovornosti, između ostalog, i za potraživanja koja su očito neutemeljena ili zlonamjerna.³⁰ Naime, u tom bi slučaju prodavatelj mogao brzo i učinkovito dokazati kupcu da je riječ o neutemeljenom potraživanju, pa stoga ne bi bilo razloga za odgovornost prodavatelja prema članku 42.³¹ Osim toga, nalazimo i argument da bi rizik za prodavatelja bio prevelik u slučaju kad bi on bio odgovoran i za potraživanja koja su neutemeljena, budući da bi kupac koji se nakon sklapanja ugovora predomislio te više ne želi izvršenje ugovora, vrlo lako mogao dogovoriti s trećom osobom da istakne potraživanje temeljem kojeg bi raskinuo ugovor s prodavateljem.³² U literaturi se nadalje ističe kako je malo vjerojatno da bi treća osoba koja nije sigurna u utemeljenost svojeg potraživanja išla do te mjere da, primjerice, podnese tužbu protiv kupca.³³ Stoga čine se potpuno opravdanima zahtjevi, prema kojima bi potraživanje u smislu članka 42. Bečke konvencije moralo sadržavati barem minimalnu razinu ozbiljnosti,³⁴ ili bi moralo biti takvo da ima utjecaja na kupca i njegovo

²⁹ U tom smislu i SCHWERHA, op. cit., par. I.D.2.

³⁰ SCHLECHTRIEM, Peter, "The Sellers Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", u: GALSTON, Nina M., SMIT, Hans (ur.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender, New York, 1984., str. 6.-31.

³¹ Takvo bi, primjerice, bilo potraživanje koje istakne izravni prodavateljev konkurent u odnosu na patent ili žig koji je registriran na prodavatelja. Vidi i, *Secretariat's Commentary*, tekst komentara članka 41. (članka 39. stavka 1. nacrt), bilj. 1., dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-41.html> (5.9.2005.): "This article does not mean that the seller is liable for breach of his contract with the buyer every time a third person makes a frivolous claim in respect of his goods. However, it is the seller who must carry the burden of demonstrating to the satisfaction of the buyer that the claim is frivolous." Vidi, LOOKOFSKY, u: HERBOTS, (ur.), op. cit., str. 110.

³² SCHWERHA, op. cit., par. I.D.1.; SCHLECHTRIEM, u: GALSTON, SMIT (ur.), str. 6.-31.

³³ SCHWERHA, op. cit., par. I.D.1.a.

³⁴ HERBER, Rolf, CZERWENKA, Beate, *Internationales Kaufrecht – UN-Übereinkommen über Verträge üben den internationalen Warenkauf, Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 1991., str. 196.; MAGNUS, Ulrich, u: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sallier-de Gruyter, Berlin, 1994., str. 339.; PILTZ, Burghard, *Internationales Kaufrecht, Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung*, München, 1993, str. 86.; SCHLECHTRIEM, u: GALSTON, SMIT (ur.), str. 6.-31.; SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 329.; VIDA, Sándor Alexander, "Garantie du vendeur et propriété industrielle: Les vices juridiques dans la vente internationale de marchandises (convention de Vienne)", *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, vol. 47, 1994., (str. 21.-36.), str. 21. et seq.

poslovanje,³⁵ odnosno zahtjevi prema kojima bi treća osoba morala postupati u dobroj vjeri.³⁶

Međutim, argumenti u korist tvrdnje da je prodavatelj odgovoran prema članku 42. za sva potraživanja, uključujući i ona koja su neutemeljena, pa čak i zlonamjerna, po našem su mišljenju mnogo uvjerljiviji. Prije svega, to možemo potkrijepiti jezičnim tumačenjem ove odredbe. Naime, pojmom "pravo" pokrivena je, pored situacije u kojoj postoji pravo, ali nije istaknuto potraživanje, i svaka situacija u kojoj postoji na pravu utemeljeno potraživanje.³⁷ Činjenica da uz riječ "pravo" stoje i riječi "ili potraživanje" stoga jasno ukazuje na namjeru autora Bečke konvencije da odgovornost prodavatelja obuhvati i neutemeljena potraživanja.³⁸ U suprotnom, bilo bi dovoljno samo propisati da je prodavatelj u obvezi dostaviti robu slobodnu od svakog prava treće osobe i na taj način pokriti i slučaj kada je treća osoba istaknula utemeljeno potraživanje, jer ono može biti utemeljeno samo ako postoji pravo kojeg je ovlaštenik treća osoba. Nadalje, izgledno je da će se u praksi pojavljivati slučajevi u kojima treća osoba istakne potraživanje prema kupcu za koje kupac ne može odmah procijeniti je li utemeljeno ili nije, odnosno postupa li treća osoba u dobroj vjeri ili ne postupa, te kakav će biti utjecaj tog potraživanja na poslovanje kupca. S tim u svezi potrebno je istaknuti i da se utemeljenost potraživanja s naslova prava intelektualnog vlasništva ponekad sa sigurnošću može utvrditi jedino sudskom odlukom.³⁹ Imajući navedeno na umu nameće se sljedeći zaključak: ukoliko bi odgovornost prodavatelja prema članku 42. obuhvaćala samo utemeljena potraživanja, tada bi kupac bio u nezavidnom položaju jer bi se mogao pozvati na članak 42. tek kad dokaže utemeljenost potraživanja treće osobe, za što bi se nerijetko morao upustiti u sudski spor s trećom osobom i – izgubiti! Ako bi kojim slučajem kupac uspio dokazati da je potraživanje treće osobe neutemeljeno i dobiti spor, prodavatelj tada ne bi bio odgovoran prema članku 42. Konvencije, a kupac bi, unatoč tome što je oslobodio robu od potraživanja treće osobe, trpio znatne troškove i gubitke prvenstveno zbog razloga što su takvi postupci redovito dugotrajni i skupi.⁴⁰ Nije isključeno niti

³⁵ ENDERLEIN, op. cit., str. 179.

³⁶ SCHWERHA, op. cit., str. 457.

³⁷ Usp. tablicu 3.

³⁸ Slično i *Secretariat's Commentary*, tekst komentara uz članak 42. (članak 40. nacrt), dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-42.html> (5.9.2005.): "The seller has breached his obligation not only if the third party's claim is valid, i.e., if the third party has *right* in or to the goods; the seller has also breached his obligation if a third party makes a *claim* in respect to the goods". Vidi i, RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 37.

³⁹ Jedina definicija utemeljenog potraživanja o kojoj postoji konsenzus doktrine jest ta da je utemeljeno ono potraživanje koje je takvim utvrđeno sudskom odlukom. SCHWERHA, op. cit., par. I.D.1.

⁴⁰ Istražujući razloge zbog čega je u Bečku konvenciju uvršteno i "pravo" i "potraživanje" Schwerha navodi: "An explanation for why the Convention allows for the buyer to invoke the warranty on the basis of either a right or claim could lie in the ways in which attorney fees are paid. In the common law system, each party pays his own attorney and it is in rare circumstances that the judge may order one party to pay the other's attorney fees. In contrast, in most civil law systems, the losing party will usually be ordered to pay the winning party's attorney fees."

to da bi u tijeku postupka mogla biti donijeta i privremena mjera kojom bi kupac bio spriječen do okončanja spora koristiti ili dalje prodavati robu koju je uredno platio prodavatelju. Tumačiti ovu odredbu na način da kupac u određenim okolnostima bude izložen opisanim rizicima i troškovima, čini se nelogičnim posebice imajući u vidu njenu svrhu, a to je zaštita kupca od dugotrajnog i skupog parničenja s trećim osobama.⁴¹ Osim toga, prodavatelju će u pravilu biti jednostavnije sporiti se s trećom osobom koja istakne potraživanje jer je on redovito bolje upoznat s podrijetlom i obilježjima robe nego kupac. Tome je tako poglavito u okolnostima u kojima se potraživanje treće osobe odnosi na patent ili tehnološki složen proizvod, a kupac se bavi maloprodajom i nema potrebnu razinu stručnog znanja.⁴² Poradi tih razloga bilo bi ispravno parničenje s trećom osobom pripisati sferi rizika prodavatelja. Tako i na temelju interpretacije koja uzima u obzir svrhu pravne norme dolazimo do jednakog zaključka kao i primjenom metode jezičnog tumačenja.

Mišljenja smo da gore navedeni argumenti daju čvrstu podlogu za zaključak kako bi odredbu članka 42. stavka 1. Bečke konvencije trebalo tumačiti na način da su njome obuhvaćena sva prava i sva potraživanja, kako su gore definirana, dakle, kako prava na koje se treća osoba pozvala, tako i ona na koja se nije pozvala, te, kako i utemeljena potraživanja, tako i ona neutemeljena.⁴³

2.2.3. Pitanja izvan polja primjene članka 42. Bečke konvencije

Bečka konvencija isključivo regulira pitanja iz kupoprodajnog odnosa, dakle, međusobnog odnosa kupca i prodavatelja.⁴⁴ Vezano za doseg članka 42., ona ni na koji način ne utječe na ostala moguća pitanja u svezi s pravima intelektualnog vlasništva ili potraživanjima istaknutima s tog naslova.

Tako je, primjerice, pitanje nositelja prava intelektualnog vlasništva vezanog za robu koja je predmet kupoprodajnog ugovora ili pitanje postojanja samog takvog prava podvrgnuto pravu države koje je mjerodavno prema pravilima međunarodnog privatnog prava.⁴⁵ Isto vrijedi i za pitanja što se tiču pravnih sredstava na raspolaganju kupcu a u svezi s pravima intelektualnog vlasništva

SCHWERHA, op. cit., par. I.D.I.a. Vidi i, DUDINE, William F. Jr., "Warranties Against Infringement Under the Uniform Commercial Code", *New York State Bar Journal*, vol. 36, 1964., (str. 214.-219.), str. 219.

⁴¹ *Secretariat's Commentary*, tekst komentara uz članak 41. (članak 39. stavak 1. nacrt), op. cit., par. 3.; RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 38.

⁴² VAN DUZER, op. cit., tekst ispod bilj. 14.; SCHLECHTRIEM, u: GALSTON, SMIT (ur.), op. cit. str. 6.-31.

⁴³ U tom smislu vidi, ENDERLEIN, op. cit., str. 180.; HONNOLD, 1999., op. cit., str. 295.; RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 39.

⁴⁴ Vidi, odredbe članaka 1.-6. Bečke konvencije koji reguliraju pitanje njezine primjene.

⁴⁵ Osoba može biti nositeljem prava intelektualnog vlasništva, primjerice, jer je sama izvorno stekla to pravo na temelju odgovarajuće registracije u nekoj državi, ili pak na temelju ugovora o licenciji, pa će slijedom toga i mjerodavno pravo za ocjenu je li neka osoba ovlaštenik prava intelektualnog vlasništva biti utvrđeno u ovisnosti o kakvom se odnosu radi, vlasničkopravnom, ugovornom ili nekom trećem.

kojih treći tvrdi da je nositelj, ili mogućnosti prijenosa na kupca robe bez opterećenja ukoliko je bio u dobroj vjeri.⁴⁶

2.3. *Uvjeti prodavateljeve odgovornosti*

Rizik s kojim prodavatelj ulazi u određeni kupoprodajni odnos, koji postoji zbog relativno široke primjene članka 42., manji je no što se doima nakon napomena u prethodnom poglavlju.⁴⁷ Naime, kako bi se postigla ravnoteža između interesa kupca, koji se ogleda u zahtjevu za što širom zaštitom od prava ili potraživanja trećih osoba, s jedne strane, i interesa prodavatelja koji teži što užoj odgovornosti za prava ili potraživanja trećih osoba, s druge, u tekst članka 42. unijeta su tri uvjeta, čije ispunjenje kupac mora dokazati da bi se mogao pozvati na odgovornost prodavatelja:⁴⁸

1. da je za prava ili potraživanja prodavatelj znao ili mu nisu mogla biti nepoznata u trenutku sklapanja ugovora;
2. da su prava ili potraživanja postojala u trenutku isporuke robe i
3. da ta prava ili potraživanja postoje po pravu određenih država.

Ovi uvjeti kumulativne su prirode, što znači da izostanak bilo kojeg od njih oslobađa prodavatelja od odgovornosti prema kupcu, a prvi i drugi uvjet u sebi sadrže i vremenski element koji dodatno ograničava prodavateljevu odgovornost. O svakom od tih uvjeta te problemima vezanima za njihovo tumačenje bit će više reći u nastavku.

2.3.1. *Znanje prodavatelja o pravu ili potraživanju u vrijeme sklapanja ugovora*

Članak 42. stavak 1. ograničava odgovornost prodavatelja na prava ili potraživanja trećih osoba za koje je prodavatelj u vrijeme sklapanja ugovora "znao ili mu nisu mogla biti nepoznata".⁴⁹ Doktrina pokazuje da je standard znanja kako je definiran u citiranoj odredbi, podložan različitim tumačenjima, pri čemu poseban problem predstavlja drugi dio sintagme koji se odnosi na činjenice koje prodavatelju "nisu mogle biti nepoznate".

⁴⁶ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 335. O mjerodavnom pravu za pitanje intelektualnog vlasništva vidi, FAWCETT, James J., TORREMANS, Paul L.C., *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford Private International Law Series, Oxford University Press, Oxford, January 1999.

⁴⁷ O razlozima blaže odgovornosti prodavatelja prema članku 42. u odnosu na članak 41. Bečke konvencije vidi, primjerice, TRATNIK, Matjaž, *Mednarodno gospodarsko pravo*, Univerza v Mariboru Pravna Fakulteta, Maribor, 1999.: "Blažja odgovornost prodajalca je predpisana zato, ker se pogosto dogaja, da so titularji istih pravic intelektualne lastnine v različnih državah lahko različni. Tako se še posebej na področju blagovnih znamk tobačnih izdelkov dogaja, da imata isto blagovno znamko v dveh različnih državah registrirano dva različna proizvajalca."

⁴⁸ Više o teretu dokazivanja u smislu članka 42. vidi, SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 343; infra 6.

⁴⁹ Engl. *knew or could not have been unaware*, franc. *connaissait ou ne pouvait ignorer*, španj. *conociera o no hubiera podido ignorar*.

2.3.1.1. Tumačenje izraza “nisu mogla biti nepoznata” u doktrini

Tumačeći taj izraz autori prvenstveno polaze od problema nameće li članak 42. prodavatelju obvezu pretraživanja odnosno upoznavanja s eventualnim pravima trećih koja se temelje na intelektualnom vlasništvu. Oni autori koji smatraju da takva obveza prodavatelja postoji, u pravilu ograničavaju tu obvezu na prava intelektualnog vlasništva koja su objavljena, što prvenstveno obuhvaća ona prava koja se stječu upisom u registar.⁵⁰ Argumente za to nalaze u *Secretariat's Commentary* prema kojem prodavatelju “ne mogu biti nepoznata” objavljena prava intelektualnog vlasništva, bilo da postoji samo prijava ili je pravo već upisano u registar. Slijedom toga, prodavatelj nije odgovoran kada su u pitanju neobjavljena prava izuzev ako je za njih “znao”.⁵¹ Nastavljajući na te argumente Schwenger ističe kako je to logično i s obzirom na činjenicu da će upravo prodavatelj u najvećem broju slučajeva imati znanje o robi odnosno njezinim dijelovima potrebno za procjenu situacije. S druge strane, ovaj autor navodi kako bi bilo nerazumno zahtijevati od prodavatelja istraživanje neregistriranih prava intelektualnog vlasništva.⁵² Stav u korist prodavateljeve obveze istraživanja situacije, posebice u pogledu prava upisanih u registar, priklanja se i velik broj drugih autora.⁵³ Među njima se posebno ističe Heuzé, koji smatra da ona stranka ugovora o kupoprodaji koja je zatražila dostavu snosi i odgovornost istražiti svoj položaj u odnosu na prava intelektualnog vlasništva trećega na robi.⁵⁴ Ovdje također ukazujemo i na pristup koji usvajaju Rauda i Etier, a koji načelno zagovara obvezu prodavatelja pretraživati registrirana prava, s tim da to može u iznimnim situacijama biti uvjetovano nekim subjektivnim karakteristikama prodavatelja u ovisnosti o tome radi li se o velikom trgovačkom društvu ili o malom poduzetniku.⁵⁵

⁵⁰ U hrvatskom pravu prava koja se stječu temeljem upisa su patent sukladno odredbama Zakona o patentu (NN 173/2003. i 87/2005.), žig sukladno odredbama Zakona o žigu (NN 173/2003.), industrijsko obličje sukladno odredbama Zakona o industrijskom dizajnu (NN 173/2003.), oznake zemljopisnog podrijetla i oznake izvornosti proizvoda i usluga sukladno odredbama Zakona o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga (NN 173/2003. i 186/2003.) i topografije poluvodičkih proizvoda sukladno odredbama Zakona o zaštiti topografija poluvodičkih proizvoda (NN 173/2003.). U hrvatskom pravu autorsko pravo i njemu srodna prava stječu se trenutkom nastanka djela zaštićenih tim pravima, a registracija nije predviđena Zakonom o autorskom pravu i srodnim pravima (NN 167/03.).

⁵¹ *Secretariat's Commentary*, tekst komentara uz članak 42. (članak 40. nacрта), op. cit., par. 6.

⁵² SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 339.-340.

⁵³ SCHLECHTRIEM, Peter, *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Vienna, 1986., str. 74.; HERBER, CZERWENKA, op. cit., str. 192.; VIDA, op. cit., str. 28.; ENDERLEIN, Fritz, MASKOW, Dietrich, STROHBACH, Heinz, *Internationales Kaufrecht, Kaufrechtskonvention, Verjährungskonvention, Vertretungskonvention, Rechtsanwendungskonvention*, Haufe, Berlin, 1991., čl. 42. par. 4., AUDIT, Bernard, *La vente internationale de marchandises: Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990., par. 117.

⁵⁴ HEUZÉ, Vincent, *La vente internationale de marchandises – Droit uniforme*, Joly, Paris, 1992., par. 316.

⁵⁵ RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 45.-46.

S druge strane, određeni broj autora mišljenja je da obveza prodavatelja na pretraživanje objavljenih prava ne postoji. Neki od njih svoja stajališta temelje na različitoj terminologiji na različitim jezicima za označavanje pojma "nisu mogla biti nepoznata" u tekstu Bečke konvencije⁵⁶ te raspravama koje su se vodile u sklopu *travaux préparatoires* Bečke konvencije.⁵⁷ Shinn ističe kako ništa u tim raspravama ne upućuje na aktivnu prirodu obveze prodavatelja pretraživati podatke, već se izraz "nisu mogla biti nepoznata" odnosi samo na podatke uočljive iz samih okolnosti pregovora oko sklapanja konkretnog ugovora i onih okolnosti što su tome prethodile.⁵⁸ Slično je mišljenje Honnold iznio već ranije navodeći da prodavateljeva obveza pretraživanja ne proizlazi iz izraza "nisu mogla biti nepoznata" jer se on odnosi samo na činjenice koje su "pred očima onoga koji vidi".⁵⁹ U ovoj skupini autora Huber zauzima najradikalniji stav držeći da prodavateljeva odgovornost u smislu članka 42. postoji samo kada "prijevarno šuti" o pravima intelektualnog vlasništva o kojima posjeduje stvarno znanje.⁶⁰ U biti, Huberovo mišljenje vrlo je slično i stajalištu predstavnika Ujedinjenog Kraljevstva iznesenog na diplomatskoj konferenciji da su pojmovi "znao" i "nisu mogla biti nepoznata" pleonazmi, odnosno da imaju jedno te isto značenje.⁶¹

Iako bi se s nekim od navedenih stajališta o značenju izraza "nisu mogla biti nepoznata", ponajprije u kontekstu članka 42., mogli složiti u konkretnoj

⁵⁶ Vidi, supra bilj. 49.

⁵⁷ HUBER, Ulrich, "Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 43, 1979., (str. 413.-526.), str. 503.; WOLFF, Katharina, *Rechtsmängelhaftung nach dem Uniform Commercial Code und dem UN-Kaufrecht*, Disertacija, Bonn, 1989., p. 75.; SHINN, Allen M., Jr., "Liabilities under Art. 42. of the U.N. Convention on the International Sale of Goods", *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 2, 1993., (str. 125.-142.), str. 126.; slično i KHEIR, Adel Mohamed, *Contracts for the International Sale of Goods Through Vienna Convention and the Efforts of United Nations Committee of International Trade Law (UNCITRAL) and International Commercial Chamber*, Cairo, 1994., str. 135.-136.

⁵⁸ SHINN, op. cit., str. 127.

⁵⁹ HONNOLD, 1999., op. cit., str. 308.-309, 350: Ovaj autor dodaje da obveza pretraživanja proizlazi samo iz pojma "morao znati", koji je također standard znanja što se veći broj puta pojavljuje u Bečkoj konvenciji. PRAGER, Martin, *Verkäuferhaftung und ausländische gewerbliche Schutzrechte. Die Haftung des Verkäufers oder Urheberrechten nach dem UN-Kaufrechts-Übereinkommen vom 11. April 1980*, Disertacija, Bremen, Centaurus, Pfaffenweiler, 1987., str. 166. et seq.: Slično Honnoldovu mišljenju, Prager smatra da se prodavateljeva odgovornost može ograničiti prema engleskoj izreci: "What the eye does not see the heart cannot grieve over". Vidi i, GROSSWALD CURRAN, Vivian, "Cross-References and Editorial Analysis – Article 40", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cross/cross-40.html> (23.8.2005.)

⁶⁰ HUBER, op. cit., p. 503. Vidi i, WOLFF, op. cit., str. 75. Slično i KHEIR, op. cit., str. 135.-136.

⁶¹ Delegacija Ujedinjenog Kraljevstva predlagala je da se zbog istoznačnosti pojmova "znao" i "nisu mogli biti nepoznati", potonji pojam izbriše iz teksta Bečke konvencije. Taj prijedlog nije bio prihvaćen. Vidi, *Legislative History, 1980 Vienna Diplomatic Conference, F. Analysis of Comments and Proposals by Governments and International Organizations on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and on Draft Provisions Concerning Implementation, Reservations and Other Final Clauses*, Prepared by the Secretary-General, Document A/CONF.97/9, 21. veljače 1980., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/Fdraft.html> (26.8.2005).

pravnoj situaciji, držimo da oni nisu konzistentno primjenjivi na sve zamislive slučajeve. Naime, osnovni problem sastoji se u tome što svi ti pristupi kao polazišnu točku uzimaju obvezu pretraživanja objavljenih prava intelektualnog vlasništva. Neprimjerenim držimo uzimati jedino registrabilnost ili objavu nekog prava intelektualnog vlasništva kao kriterij prosudbe je li prodavatelju “nisu mogla biti nepoznata” prava ili potraživanja trećega.

U pokušaju da pružimo oboje, i fleksibilan standard – kao što to nalaže sam izbor pojmova “nije moglo biti nepoznato”, i pravnu predvidljivost i sigurnost – koja je izuzetno bitna za subjekte kupoprodajnih ugovora, predlažemo drugačiji pristup koji razinu znanja dovodi u svezu s razinom dužne pažnje koja se zahtijeva pri postupanju stranaka, tako da u konačnici Bečka konvencija predstavlja koherentnu cjelinu gdje se svaki pravni pojam koji označava neku razinu znanja uvijek tumači na jednak način i gdje je sadržajno preklapanje različitih pojmova izbjegnuto.

2.3.1.2. *Pristup “znanje - krivnja”*

Prethodno iznošenju suštine našeg priloga k tumačenju različitih razina znanja u Bečkoj konvenciji, osvrnuli bismo se kratko na argument o pleonazmu. Naše je mišljenje da je ovdje ipak riječ o dvije različite kategorije znanja. Ovo tvrdimo prvenstveno zato jer doista ne bi bilo logično u tekst odredbe članka 42., te ostalih odredaba u kojima se pojavljuju, uvrstiti dva potpuno različita pojma koja bi se u potpunosti preklapala u svom značenju.⁶² Namjera autora Konvencije morala je stoga biti da pojmovi “znao” i “nisu mogla biti nepoznata” izražavaju dvije različite kategorije znanja. Ispravnost ovakvog zaključka dodatno potkrepljuje i tekst članka 43., koji nadopunjuje članak 42., a gdje se kao iznimka kupčeve obveze slanja obavijesti o postojanju prava ili potraživanja trećih osoba navodi samo situacija kada je prodavatelj “znao” za prava ili potraživanja, ali ne i situacija u kojoj prodavatelju prava ili potraživanja “nisu mogla biti nepoznata”.⁶³ Slijedom navedenog držimo da se ova dva pojma moraju tumačiti kao dvije zasebne kategorije znanja, s tim da se, prema našem mišljenju, s jedne strane radi o stvarnom, a s druge o predmnijevanom znanju.

Stvarno znanje, koje je u članku 42. izraženo pojmom “znao”, može se jednostavno definirati kao svjesnost stranke o postojanju činjenica odlučnih u konkretnoj pravnoj situaciji.⁶⁴ Stvarno znanje je, međutim, izuzetno teško dokazivo, jer bi stranka na kojoj je teret dokazivanja morala posjedovati konkretne dokaze koji bi nedvojbeno ukazivali na to da je druga stranka bila svjesna relevantnih činjenica, odnosno u konkretnom slučaju prava ili

⁶² Tako i RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 45.

⁶³ Vidi više, infra 4.4.1.

⁶⁴ Osim pojmom “znao”, koji je za izražavanje stvarnog znanja uporabljen u članku 42. stavku 1. i 2., 2. točki (a), članku 8. stavku 1., članku 31. točki (b) i članku 43. stavku 2., stvarno znanje u Bečkoj konvenciji izraženo je još pojmovima “poznato” (engl. *aware*) u članku 69. stavku 2.; “saznao” (engl. *become aware*) u članku 43. stavku 1.; “mogle biti poznate” (engl. *may be known*) u članku 65. stavku 1.; te “otkrio” (engl. *discovered*) u članku 82. stavku 2. točki (c).

potraživanja trećih osoba. Budući da takvi dokazi u praksi redovito izostaju, uz stvarno znanje u Bečku konvenciju uključene su i dvije razine predmnijevanog znanja,⁶⁵ od kojih je ona sadržana u članku 42. izražena riječima “nisu mogla biti nepoznata”,⁶⁶ a druga riječima “morao znati”.⁶⁷ Za razliku od stvarnog znanja, postojanje predmnijevanog znanja ne ovisi o tome je li stranka doista bila svjesna postojanja određenih činjenica ili nije, nego o tome je li joj, s obzirom na dužnu pažnju s kojom je trebala postupati u konkretnoj situaciji, određene činjenice “nisu mogle biti nepoznate”, odnosno za njih je “morala znati”. Dakle, dok se stvarno znanje dokazuje na subjektivan način, predmnijevano znanje dokazuje se uporabom objektivnog kriterija – dužne pažnje. Stoga analiza znanja, kao uvjeta prodavateljeve odgovornosti u kontekstu odredbe članka 42. Konvencije, ne može biti potpuna bez pokušaja utvrđivanja odgovarajućeg stupnja dužne pažnje koji nameće pojam “nisu mogla biti nepoznata”.

Razlozi za usvajanje pristupa “znanje - krivnja”, osim gore već spomenute fleksibilnosti i pravne sigurnosti, tiču se i toga što bi bilo nepravično prodavatelja držati odgovornim za sva prava i potraživanja trećih osoba ukoliko on ne bi postupao s određenim stupnjem krivnje.⁶⁸ Ovakvo objašnjenje ima u vidu dovođenje svake pojedine razine znanja u svezu s odgovarajućim stupnjem razine krivnje. To je shematski prikazano u donjoj tablici.

Tablica 4. Odnosi razina znanja i razine krivnje

RAZINE KRIVNJE		RAZINE ZNANJA		
		STVARNO ZNANJE “znao”	PREDMNIJEVANO ZNANJE	
			“nije mu moglo biti nepoznato”	“morao znati”
NAMJERA		+	-	-
NEPAŽNJA	krajnja	-	+	-
	obična	-	-	+

⁶⁵ Honnold također razlikuje tri razine znanja koje odgovaraju ovdje navedenima, no za razliku od ovdje predloženog pristupa “znanje - krivnja” on znanje ne dovodi u svezu s razinama dužne pažnje na način kako to čine autorice ovog rada. Vidi, HONNOLD, 1999., op. cit., str. 308.-309.

⁶⁶ Engl. *could not have been unaware*; pojavljuje se još u člancima 8(1), 35(3), 40, 42(1) i 42(2)(a).

⁶⁷ Engl. *ought to have known*; pojavljuje se još u članku 2. točki (a), članku 9. stavku 2., članku 38. stavku 3., članku 49. stavku 2. točki (b) podtočki (i), članku 64. stavku 2. točki (b) podtočki (i), članku 68., članku 74., te 79. stavku 4.; a u obliku “morao saznati” (engl. *ought to have become aware of*) pojavljuje se u članku 43. stavku 1. U Bečkoj konvenciji pojavljuju se i određeni pojmovi koji su u svezu sa znanjem, ali koji se ne mogu svrstati u neku od navedenih kategorija: “jasno je” (engl. *is clear that*) u članku 72. stavku 1.; “postane jasno” (engl. *becomes apparent that*) u članku 71. stavku 1.; “osnovano može zaključiti” (engl. *gives good grounds to conclude*) u članku 73. stavku 2.; te “je morao otkriti” (engl. *ought to have discovered*) u članku 39. stavku 1. i članku 82. stavku 2. točki (c).

⁶⁸ Usp., SCHWERHA, op. cit., par. I.D.2.

Općenito pri tumačenju Konvencije, kao i pri opredjeljivanju kojem stupnju znanja odgovara koji stupanj krivnje, primijenile smo poglavito jezičnu te teleološku metodu interpretacije teksta Bečke konvencije, a vodile smo se i zahtjevima za njezinim ujednačenim tumačenjem imajući u vidu međunarodni karakter Konvencije. Ovo potonje uvjetuje korištenje autonomne metode tumačenja, i onemogućava tumačenja konvencijskih pojmova u svjetlu bilo kojeg nacionalnog pravnog sustava.⁶⁹

Kada je prodavatelj u vrijeme sklapanja ugovora “znao” za prava ili potraživanja trećih, on će odgovarati kupcu jer je, iako je tih prava ili potraživanja bio svjestan, hotimice nastavio s realizacijom kupoprodaje i tako opterećenu robu isporučio kupcu a da ga nije izvijestio o postojećim pravima ili potraživanjima trećih. Stupanj krivnje prodavatelja u ovoj situaciji najteži je te se može izjednačiti s namjerom.⁷⁰ Nadalje, usporedbom dviju razina predmnijevanog znanja, odnosno pojmova kojima su izražene (“nisu mogla biti nepoznata” i “morao znati”), dolazimo do sljedećeg zaključka. Kod izraza “nisu mogla biti nepoznata” potrebna razina dužne pažnje koju stranka treba uporabiti niža je od one koju podrazumijeva izraz “morao znati”. Drugim riječima, vezano za prvospomenuti pojam traži se pažnja razumnog gospodarstvenika, a kod potonjeg pojma pažnja razumnog stručnjaka, odnosno postupanje s izuzetnom savjesnošću i pažnjom.⁷¹ Iz toga slijedi da je postupanje suprotno tome izjednačeno s krajnjom nepažnjom (*culpa lata*)⁷² u prvom slučaju, i s običnom nepažnjom (*culpa levis*) u potonjem.

⁶⁹ Članak 7. stavak 1. Bečke konvencije. U doktrini postoji suglasnost kako Bečku konvenciju valja tumačiti neovisno o nacionalnim pravnim institutima i poimanjima, već koristeći metodu autonomnog tumačenja (*independent interpretation, interprétation autonome, autonome Auslegung*). Vidi, BERNSTEIN, Herbert, LOOKOFKY, Joseph, *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law international, The Hague/London/Boston, 1997., str. 21; FERRARI, Franco, “Interpretation of the Convention and Gap-Filling: Article 7”, u: FERRARI, Franco, FLECHTNER, Harry M., BRAND, Ronald A. (ur.), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, Selier. European Law Publishers, München/Sweet & Maxwell, London, 2004., str. 140.-144.

⁷⁰ Namjera se ovdje odnosi samo na radnju prodavatelja koja je u suprotnosti s njegovom obvezom. Pri tome nije potrebno da namjera postoji i u odnosu na posljedice koje mogu uslijediti zbog nepoštivanja te obveze.

⁷¹ Vidi, JUNGE, Werner, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 72.: “Reasonable person in the same circumstances – the specialist who is aware of the practice in his trade sector, of the various types of sales contracts involved and of the technical language relating thereto, and also familiar with the technical implementation of the transaction (form of dispatch, customs formalities and payment methods) and the technical characteristics of the goods and their use.”

⁷² Magnus i Herber također smatraju kako je standard znanja koji je prisutan u odredbi članka 42. Bečke konvencije ekvivalent krajnjoj nepažnji. MAGNUS, u: *J. von Staudingers*, op. cit., str. 347.; HERBER, *UNCITRAL-Übereinkommen*, str. 27., citirano prema SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 340, bilj. 32. Jednako mišljenje, prilikom tumačenja odredbe članka 39. Bečke konvencije, iznio je i njemački Vrhovni sud (Bundesgerichtshof), u odluci posl. br. VIII ZR 321/03, od 30. lipnja 2004., dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040630g1.html> (10.9.2005.). Vidi suprotno stajalište, ENDERLEIN, Fritz, MASKOW, Dietrich, *International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana Publications, New York/London/Rome, 1992., str. 164: Ovi autori smatraju da bi ovaj izraz trebalo tumačiti u smislu obične nepažnje.

Pritom se iz određenog stupnja dužne pažnje ne može nužno izvoditi zaključak o postojanju ili nepostojanju određenih implicitnih obveza ugovornih stranaka, jer postupanje razumnog gospodarstvenika ili razumnog stručnjaka ovisi o konkretnim okolnostima svakog pojedinog slučaja.⁷³ Slijedom toga, kada je riječ o članku 42. Bečke konvencije, pod određenim okolnostima razuman bi gospodarstvenik proveo pretraživanje u smjeru postojanja prava intelektualnog vlasništva trećih osoba, pa bi prodavatelj koji je to u istoj situaciji propustio učiniti bio odgovoran. U nekim drugim pak okolnostima, odnosno u drugoj situaciji, razuman gospodarstvenik ne bi se upuštao u pretraživanje, pa sukladno tome u toj situaciji ni odgovornost prodavatelja za taj propust ne bi postojala. Procjena je li ili nije prodavatelju "moglo biti nepoznato" određeno pravo ili potraživanje trećega u vrijeme zaključenja ugovora stoga se treba provoditi s obzirom na veći broj okolnosti karakterističnih za danu situaciju. Odlučna će vjerojatno biti vrsta intelektualnog vlasništva, odnosno obilježja pravne zaštite koju nositelji nekog prava uživaju u određenoj državi. Tako, primjerice, postojanje registra svakako valja uzeti u obzir, no katkad to može biti i irelevantno kao u slučajevima kada se radi o svjetski poznatom autorskom djelu poput slike "Marilyn Monroe" Andyja Warhola ili uspješnice "Let it be" grupe Beatles, odnosno kada je u pitanju dobro poznati žig kao što je to Coca-Cola, BMW ili McDonalds. Također, ulogu u toj prosudbi trebale bi igrati i okolnosti povezane s pregovorima, posebice njihovo trajanje od kojeg može ovisiti mogućnost prikupljanja podataka putem pretraživanja registara.⁷⁴ Nadalje, vrijednost ugovora može biti od znatne važnosti stoga što je, s aspekta trgovca, nerazumno uložiti u pretraživanje sredstva koja se visinom jako primiču ili pak nadmašuju zaradu koju stranka ostvaruje iz određene transakcije.⁷⁵ Od okolnosti koje su prethodile samoj transakciji od važnosti će biti i eventualni problemi vezani za prava ili potraživanja trećega s osnove intelektualnog vlasništva koje je ugovorna stranka prethodno imala u pogledu iste ili slične robe.

2.3.2. Postojanje prava ili potraživanja u trenutku isporuke robe

Iako su prava i potraživanja morala postojati već u vrijeme sklapanja ugovora, jer u suprotnom prodavatelj ne bi za njih mogao znati, ključan trenutak za nastanak prodavateljeve obveze jest vrijeme isporuke robe. Naime, članak

⁷³ U kontekstu odredbe članka 8. stavka 2. Bečke konvencije, koncept "razumna osoba" tumači se kao uobičajeno pažljiv i savjestan poduzetnik, koji nije takav u apstraktnom smislu, već posjeduje određena konkretna znanja iz odnosne djelatnosti, o tehničkim izrazima i o tehničkoj provedbi obveza iz kupoprodajnog ugovora. Vidi, FERRARI, Franco, "Interpretation of Statements: Article 8", u: FERRARI, FLECHTNER, BRAND, (ur.), op. cit., str. 180.

⁷⁴ Naime, ukoliko je vrijeme pregovora kratko, upitno je ima li prodavatelj uopće dovoljno vremena za provođenje pretraga registara u zemljama u kojim će se roba uporabljivati ili dalje prodavati.

⁷⁵ Poznato je da je pretraživanje registara vrlo skupo te da je ono pretraživanje koje je dostupno svima putem Interneta katkad od pomoći, no ne postoji jamstvo za potpunost i točnost tako pribavljenih podataka. Ovo potonje primarno služi u informativne svrhe.

42. propisuje da je prodavatelj dužan isporučiti robu slobodnu od prava ili potraživanja trećih, iz čega slijedi da je za odgovornost prodavatelja nužno postojanje tih prava ili potraživanja u vrijeme isporuke robe.⁷⁶ To znači da prodavatelj neće biti odgovoran za prava ili potraživanja za čije je postojanje znao ili mu ona nisu mogla biti nepoznata u vrijeme sklapanja ugovora, no koja više nisu postojala u vrijeme isporuke robe. Slijedom toga, vrijeme između sklapanja ugovora i isporuke robe vrijeme je u kojem prodavatelj može otkloniti ili zadovoljiti prava, odnosno utemeljena potraživanja trećih osoba. To može učiniti, primjerice, sklapanjem ugovora o licenci s nositeljem prava. Osim toga, prodavatelj u tom razdoblju može ukloniti i eventualna neutemeljena potraživanja, na primjer, pribavljanjem sudske odluke koja bi utvrdila da treća osoba nije ovlaštenik prava intelektualnog vlasništva za koje tvrdi suprotno.⁷⁷ Isto tako, s obzirom da odgovornost prodavatelja postoji samo u slučaju kad je on znao ili mu nije moglo biti nepoznato pravo ili potraživanje trećega u vrijeme sklapanja ugovora, prodavatelj neće snositi odgovornost za prava koja bi treće osobe stekle nakon sklapanja ugovora, a prije isporuke robe, već je taj rizik na kupcu.⁷⁸

Ovdje valja napomenuti da se u doktrini postavilo pitanje odgovara li prodavatelj i za potraživanja koja bi bila istaknuta nakon isporuke robe. U tom pogledu zanimljivo je spomenuti stajalište Raude i Etiera, koji smatraju da prodavatelj odgovara za sva potraživanja i nakon isporuke robe, neovisno o njihovoj utemeljenosti. Obrazlažući svoj stav, ovi autori navode da bi nepostojanje odgovornosti prodavatelja za neutemeljena potraživanja istaknuta nakon isporuke robe bilo protivno namjeri autora Bečke konvencije da odgovornost prodavatelja postoji za sva potraživanja, kako za ona utemeljena tako i za neutemeljena.⁷⁹ Nama se ovo stajalište čini neprihvatljivim, jer u suprotnom rizik u tom pogledu nikada ne bi prešao s prodavatelja na kupca. Naime, prodavatelj nikada ne bi mogao biti siguran da je ispunio svoju obvezu isporuke robe slobodne od, između ostalog, neutemeljenih potraživanja.⁸⁰ Osim toga i sama odredba članka 42. jasno propisuje trenutak isporuke kao trenutak u kojem rizik povezan s pravima intelektualnog vlasništva s prodavatelja prelazi na kupca. Stoga se mi priklanjamo Zhangovom stajalištu, prema kojem bi nakon

⁷⁶ Vidi i, GABRIEL, Henry, *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry/New York, 2004., str. 141.-142.: "First, under Article 41, the goods must be free from claims at the time of delivery. Under Article 42, the goods should be free of the claims that the seller knew or should have known of at the time the contract is concluded. This distinction is based on the fact that non-intellectual property claims may not exist at the time the contract is formed, and thus may arise after the contract is formed or the goods are shipped. This is not likely to be the case with claims of intellectual property infringement: those would normally exist at the time the agreement is formed."

⁷⁷ Vidi, VIDA, op. cit., str. 26.; SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 338.; RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 42.

⁷⁸ Vidi, ENDERLEIN, op. cit., str. 181.

⁷⁹ RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 43.

⁸⁰ SCHWERHA, op. cit., str. 450.

isporuke robe prodavatelj trebao odgovarati samo za potraživanja koja su mogla biti istaknuta i prije isporuke, odnosno utemeljena potraživanja.⁸¹

2.3.3. *Postojanje prava ili potraživanja prema pravu određenih država*

Kao treći uvjet prodavateljeve odgovornosti, članak 42. Bečke konvencije propisuje da pravo ili potraživanje trećih osoba mora proizlaziti iz pravne regulative intelektualnog vlasništva one države u kojoj će se roba prodavati odnosno na drugi način iskorištavati ili, podredno, one države u kojoj kupac ima svoj poslovni nastan. Ovo daljnje ograničenje prodavateljeve odgovornosti opravdano je s obzirom na teritorijalnu narav prava intelektualnog vlasništva, nasuprot stvarnih prava koja su univerzalne prirode. Sukladno načelu teritorijalnosti, određena država pruža zaštitu intelektualnog vlasništva prema svojim nacionalnim propisima, i to isključivo na svom teritoriju.⁸² Zbog tog razloga može se pojaviti slučaj u kojem je pravo intelektualnog vlasništva na određenoj robi zaštićeno u jednom pravnom sustavu, no ne i u drugom, primjerice, ukoliko osoba koja traži zaštitu određenog intelektualnog vlasništva ispuni zahtjeve vezane za registraciju samo u prvom pravnom sustavu, ili ako je patentna zaštita za izum prestala u prvom pravnom sustavu, no još uvijek postoji u potonjem.⁸³ Stoga, bilo bi nerazumno nametati prodavatelju obvezu isporuke robe, sukladno konkretnom ugovoru, koja je slobodna od prava ili potraživanja s naslova intelektualnog vlasništva u cijelom svijetu.⁸⁴

2.3.3.1. *Država u kojoj će se roba dalje prodavati ili na drugi način upotrebljavati*

Prodavatelj će prvenstveno biti odgovoran ukoliko roba nije slobodna od prava ili potraživanja “po pravu države u kojoj će se roba dalje prodavati ili na drugi način upotrebljavati, ako su stranke u vrijeme sklapanja ugovora imale na umu da će se roba dalje prodavati ili na drugi način upotrebljavati u toj

⁸¹ Vidi, ZHANG, Xi, *Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit deutschem, englischem, US-amerikanischem und Haager Einheitlichem Kaufrecht*, Disertacija, Tübingern, 1994., str. 87.

⁸² Više o načelu teritorijalnosti intelektualnog vlasništva vidi, BENDER, Gretchen Ann, “Clash of the Titans: the Principle of Territoriality of Patent Law vs. the European Union”, *IDEA: The Journal of Law and Technology*, vol. 40, str. 49.-79., dostupno na http://www.idea.piercelaw.edu/articles/40/40_1/2.Bender.pdf (15.8.2005.); GELLER, Paul Edward, “International Intellectual Property, Conflicts of Laws, and Internet Remedies”, *European Intellectual Property Review*, vol. 22, br. 3, 2000., str. 125., dostupno na <http://www-rcf.usc.edu/~pgeller/ipconflicts.htm> (15.8.2005.); DOELLINGER, Chad J., “Trademarks, Cyberspace and the Territoriality Principle”, *American Intellectual Property Law Association's 2004 Spring Conference*, Dallas, Texas, svibanj 2004.

⁸³ DATE-BAH, Samuel K., u: BIANCA, Cesare Massimo, BONELL, Michael Joachim (ur.), *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milan, 1987., str. 319.

⁸⁴ *Secretariat's Commentary*, tekst komentara uz članak 42. (članak 40. nacрта), op. cit., par. 4.; ZIEGEL, Jacob S., u: ZIEGEL, Jacob S., CLAUDE, Samson, *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for International Sale of Goods*, Toronto, 1981, dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/articles/english2.html> (6.9.2005.), komentar uz članak 42., par. 1.

državi”.⁸⁵ Vezano za tumačenje ove formulacije u doktrini se pojavilo nekoliko pitanja, od kojih se najviše pažnje poklanja značenju pojma “imati na umu”.

2.3.3.1.1. Pojam “imati na umu”

Tumačenjem izraza “imati na umu”⁸⁶ dolazimo do zaključka da ne postoji obveza ugovaranja u pisanom obliku države u kojoj će se roba dalje prodavati ili na drugi način upotrebljavati.⁸⁷ Taj zaključak utemeljen je i s obzirom na načelo neformalnosti, koje predstavlja opće načelo Bečke konvencije.⁸⁸ Dakle, nedvojbeno je da se stranke mogu sporazumjeti, i usmenim i pisanim putem, u pogledu država u kojima će se roba dalje prodavati ili na drugi način rabiti. Međutim, iz samog pojma “imati na umu” nije jasno moraju li se stranke izričito dogovoriti ili se zaključak o predmetnim državama može izvoditi i iz nekih njihovih konkludentnih radnji. Doktrina je suglasna da izričit dogovor između stranaka nije nužan, s tim da prodavatelj mora biti u mogućnosti odrediti državu prodaje ili uporabe na temelju određenih okolnosti.⁸⁹ Schwenger, kao primjer, navodi situaciju u kojoj kupac zahtijeva isporuku robe u državu različitu od države u kojoj ima svoj poslovni nastan, te smatra da bi to prodavatelju morao biti dovoljan znak vezano za namjeru kupca da robu dalje prodaje ili upotrebljuje u državi isporuke.⁹⁰ Magnus, međutim smatra da je država isporuke samo indicacija koja mora biti potvrđena ili od samog kupca ili na temelju karakteristika robe.⁹¹ Mi se priklanjamo Magnusovom mišljenju, jer su moguće situacije da je za kupca zbog određenih razloga isplativije robu isporučiti u određenu državu u kojoj ju ne namjerava dalje prodavati ni rabiti, a iz koje će robu dalje usmjeravati prema državama prodaje ili uporabe. Takva situacija moguća je, primjerice, ukoliko je za kupca iz određenih razloga povoljnije (financijska isplativost, specifičnost obilježja robe, praktičnost položaja za daljnju distribuciju) skladištiti robu u državi isporuke nego u državi prodaje ili uporabe,

⁸⁵ Članak 42. stavak 1. točka (a) Bečke konvencije.

⁸⁶ Engl. *was contemplated*, franc. *ont envisagé*, španj. *hubieren previsto*.

⁸⁷ S tim se slaže najveći broj autora. Vidi, ENDERLEIN, op. cit., str. 181.; ENDERLEIN, MASKOW, op. cit., str. 169.; RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 51.; SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 338.; SHINN, op. cit., str. 128..

⁸⁸ Vidi više, MAGNUS, Ulrich, “General Principles of UN-Sales Law”, *International Trade and Business Law Annual*, 1997., (str. 33.-56.), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html> (25.8.2005.), par. 5.b.8. (izvornik rada na njemačkom jeziku objavljen je pod naslovom “Die Allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht” u *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, br. 3.-4., vol. 59., 1995., str. 469.-494.); infra bilj. 152.

⁸⁹ Vidi, SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 338. RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 52. Vidi i, ENDERLEIN, op. cit., str. 182.: “The parties must not necessarily have agreed on this third country, but it must have been contemplated by them, that is, they must have taken this possibility into account, and not only the buyer but also the seller.” Slično kao i Enderlein vidi, MAGNUS, u: *J. von Staudingers*, op. cit., str. 346. Prema našem mišljenju, Enderleinovo i Magnusovo objašnjenje prema kojem stranke barem trebaju “uzeti u obzir” mogućnost prodaje ili uporabe ne pomaže u rješavanju ovog problema, jer zvuči jednako apstraktno i nejasno kao i sam pojam “imati na umu”.

⁹⁰ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 338.

⁹¹ Vidi, MAGNUS, u: *J. von Staudingers*, op. cit., str. 347.

a s prodajom ne namjerava krenuti istom po isporuci.⁹² S obzirom na rečeno, mi bismo se načelno složili sa stavom da države prodaje ili uporabe robe mogu biti dogovorene i prešutno, čemu bismo još dodali i to da okolnosti konkretnog slučaja moraju nedvojbeno ukazivati na namjeru kupca u trenutku sklapanja ugovora da robu dalje prodaje ili rabi u određenim državama. Schwenzerov se primjer, stoga ne čini zadovoljavajućim, budući da bi morala postojati još neka okolnost koja bi nedvojbeno potvrdila indikaciju da je državu isporuke ujedno i država prodaje ili uporabe robe. Primjerice, ta okolnost mogla bi se odnositi na postojanje prijašnjih ugovora između prodavatelja i kupca u kojima je država prodaje ili uporabe bila izričito dogovorena, mada je u konkretnom slučaju sporazum stranaka o tome izostao.⁹³ Takva okolnost također bi mogla biti vezana za činjenicu da kupac ima prodajna mjesta samo u određenoj državi.⁹⁴

U svezi s problemom tumačenja pojma "imati na umu" potrebno je napomenuti još i da je kupac taj na kojem je teret dokazivanja da su stranke "imale na umu" određene države i koje.⁹⁵ Stoga bi za njega bilo mudro inzistirati na izričitom dogovoru u tom pogledu, i to po mogućnosti u pisanom obliku, imajući u vidu mogući spor između stranaka.

Konačno, bitno je naglasiti da prodavatelj ne odgovara u slučaju promjena odredišnih država robe do kojih dođe nakon sklapanja ugovora.⁹⁶

2.3.3.1.2. Pojam "država": jedna ili više?

U ovom kontekstu u doktrini se pojavilo i pitanje mogu li stranke, sukladno tekstu članka 42. stavka. 1. točke (a) "imati na umu" samo jednu državu ili i više država, s obzirom da se u samoj odredbi pojam "država"⁹⁷ spominje u jednini. Enderlein je stajališta da je odgovornost prodavatelja uvijek ograničena na jednu državu.⁹⁸ Komentirajući to stajalište Shinn propušta dati odgovor na glavno pitanje mogu li stranke "imati na umu" više od jedne države, već samo zaključuje da pojam "države" može uključivati i državu koja je međunarodni subjekt i njezine sastavne jedinice.⁹⁹ O ovoj problematici

⁹² Pri tome pretpostavljamo da skladištenje predmetne robe ne predstavlja povredu intelektualnog vlasništva na robu u državi isporuke.

⁹³ NEUMAYER, Karl, MING, Catherine, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire, CEDIDAC, Lausanne, 1993.*, str. 319.

⁹⁴ No, u pravilu će to onda biti ujedno i država poslovnog nastana kupca koja je obuhvaćena odgovornošću prodavatelja prema odredbi članka 42. stavka 2. točke (b).

⁹⁵ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 342.

⁹⁶ Vidi i, SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 338.; RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 53.

⁹⁷ Engl. *State*, franc. *l'état*, španj. *Estado*.

⁹⁸ ENDERLEIN, op. cit., str. 182.: "The seller's responsibility to deliver goods which are free from third party rights or claims based on industrial property or other intellectual property rights always applies only to one country, either the country of the buyer or, if the goods would be resold or used in another country, to that country."

⁹⁹ SHINN, op. cit., str. 129.-130.: Sastavne jedinice neke države mogu biti relevantne ukoliko je pravni režim nekog od prava intelektualnog vlasništva različit od jedinice do jedinice odnosno ako ne postoji nadležnost na (kon)federativnoj razini za uređivanje tih pitanja.

jasno se izjašnjavaju Rauda i Etier kada kažu da prodavatelj i kupac mogu "imati na umu" jednu ili više država. Naime, ovi autori iznose primjer koji bi doveo do paradoksa ukoliko bi se usvojilo suprotno tumačenje: kada stranke ne bi mogle "imati na umu" veći broj država, bile bi prisiljene zaključiti više istovjetnih ugovora za svaku pojedinu državu u kojoj će se roba dalje prodavati ili na drugi način rabiti. Razumljivo je stoga dopustiti strankama da jednim ugovorom poluče jednak ishod u smislu članka 42. Bečke konvencije.¹⁰⁰ Potonjem stajalištu priklanjaju se i autorice ovog članka te ističu kako stranke uvijek mogu ugovorno ograničiti ili isključiti odgovornost prodavatelja u određenim zemljama.¹⁰¹

2.3.3.1.3. "Prodaja ili uporaba na drugi način"

Naposlijetku, ukazujemo na još jedno pitanje tumačenja kojim su se bavili neki od autora, a tiče se odnosa između pojmova "dalje prodavati" i "na drugi način upotrebljavati", tj. stoje li oni u odnosu međusobne isključivosti ili ne. Držimo kako, bez obzira prodaje li se roba i istovremeno upotrebljava na drugi način, odnosno samo prodaje, ili samo upotrebljava na drugi način, učinak ostaje nepromijenjen – prodavatelj je odgovoran za povredu obveze iz članka 42. Konvencije. Naime, niti daljnja prodaja niti uporaba na drugi način ne smije biti onemogućena ili ograničena pravima intelektualnog vlasništva trećih osoba.¹⁰²

2.3.3.2. Država u kojoj kupac ima poslovni nastan

U svakom drugom slučaju u kojem stranke nisu u vrijeme sklapanja ugovora pisano, usmeno ili na temelju konkludentnih radnji uglavile niti jednu državu odredišta robe, prodavatelj će, sukladno odredbi članka 42. stavka 1. točke (b) Bečke konvencije, biti odgovoran ukoliko prava ili potraživanja trećih postoje prema pravu države u kojoj kupac ima svoj "poslovni nastan",¹⁰³ odnosno, ako ga nema, pravu države u kojoj je uobičajeno boravište kupca. Za prosudbu odgovornosti prodavatelja prema članku 42. odlučan je onaj poslovni nastan koji je kupac imao u vrijeme zaključenja ugovora, pa svaka daljnja promjena države poslovnog nastana kupca ne rezultira proširenjem odgovornosti

¹⁰⁰ RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 53. Vidi i, SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 338.; HUBER, op. cit., 1979., str. 502.; VIDA, op. cit., str. 27.

¹⁰¹ Vidi više, infra 5.

¹⁰² Vidi, SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 338.; RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 51.

¹⁰³ Engl. *place of business*, franc. *établissement*, španj. *establecimiento*. Nismo prihvatili izraz "sjedište" iz postojećeg prijevoda Bečke konvencije jer držimo da je to preuski naziv za ovaj koncept. Naime, "poslovni nastan" u smislu Bečke konvencije ne predstavlja nužno formalno sjedište društva upisano u sudskom registru, već je to može biti i drugo mjesto, poput središta poslovne aktivnosti, ili u slučaju kada ima veći broj poslovnih nastana, podružnica. Vidi, SCHLECHTRIEM, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 24. Slično i KLASIČEK, Damir, Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe i međunarodno privatno pravo, *Pravni vjesnik*, br. 1-2, vol. 19, 2003., (str. 25.-33.), str. 26.

prodavatelja u tom smislu.¹⁰⁴ U slučaju da kupac ima više poslovnih nastana u različitim državama, država poslovnog nastana u smislu članka 42. stavka 1. točke (b) određuje se prema članku 10. Bečke konvencije, koji upućuje na poveznicu tradicionalnu u međunarodnom privatnom pravu – najbližu vezu, no pored toga sadrži i dodatnu kumulativnu uputu u smislu mjesta izvršenja ugovora.¹⁰⁵ Dakle, od presudnog značaja bit će onaj poslovni nastan koji je najbliže vezan s kupoprodajnim ugovorom i njegovim izvršenjem, uzimajući u obzir okolnosti koje su strankama bile poznate ili koje su stranke imale na umu bilo u vrijeme sklapanja ugovora ili prethodno tome. Pritom su od pomoći određeni kriteriji razvijeni u literaturi i praksi: kriterij trajnosti, kriterij nezavisnosti i kriterij materijalnosti.¹⁰⁶

Usprkos nastojanjima pojedinih predstavnika prilikom izrade nacрта Bečke konvencije da se u nju unese odredba koja bi jasno odredila pojam “poslovnog nastana”, taj je prijedlog bio odbačen. Kao posljedica je prisutna u Konvenciji pravna praznina koju valja popuniti na način predviđen odredbom članka 7. stavka 2. Konvencije.¹⁰⁷ To u prvom redu znači da se pri određivanju pojma “poslovnog nastana” valja voditi općim načelima koja prožimaju Konvenciju, a potom i pravom mjerodavnim prema pravilima međunarodnog privatnog prava.

2.3.4. Značaj drugih država

2.3.4.1. Država u kojoj prodavatelj ima poslovni nastan

Postojanje prava ili potraživanja trećih osoba temeljenih na intelektualnom vlasništvu prema pravu države prodavatelja bitno je samo onda kada su stranke državu prodavatelja “imale na umu” kao državu u kojoj će se roba dalje prodavati ili na drugi način upotrebljavati. Za razliku od toga, Honnold, s jedne strane, i Schwenger, pozivajući se na Honnolda, s druge, smatraju da pravo države prodavatelja može biti odlučno i ukoliko sudovi u nekoj od država određenih točkom (a) ili (b) članka 42. stavka 1., na temelju pravila međunarodnog privatnog prava ili međunarodnih konvencija kao što je Konvencija

¹⁰⁴ HERBER, Rolf, u: CAEMMERER, Ernst von, SCHLECHTRIEM, Peter (ur.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf-CISG-Kommentar*, 2. izdanje, Beck Verlag, München, 1995., čl. 1, par. 31.

¹⁰⁵ HERBER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 82: Ovaj autor navodi kako je uporabom dvaju poveznica, najbliže veze s ugovorom i mjesta izvršenja ugovora, u ovu odredbu unesena nova dvojba s obzirom da u velikom broju slučajeva poslovni nastan prodavatelja u kojem će biti zaključen ugovor biti različit od onog poslovnog nastana prodavatelja koji će ugovor izvršiti.

¹⁰⁶ Vidi više o pojedinim kriterijima, MARCHAND, Sylvain, *Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale, Mise en oeuvre de la Convention des Nations Unies du 11 Avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francofort-sur-le-Main, 1994., str. 56.-58.

¹⁰⁷ MARCHAND, op. cit., str. 55.

o priznavanju europskih patenata,¹⁰⁸ priznaju pravne učinke patenta registriranog u državi prodavatelja.¹⁰⁹ Ne bismo se mogli složiti s ovakvim stajalištem, jer ono u potpunosti negira jedno od osnovnih obilježja prava intelektualnog vlasništva – načelo teritorijalnosti.

Na primjeru patenta načelo teritorijalnosti očituje se u sljedećem. Za postanak prava temeljenih na patentu nužna je registracija u svakoj državi u kojoj se zaštita traži, a registrabilnost je ovisna o propisima koji vrijede u odnosnoj državi. Kada su po pravu države u kojoj se zaštita traži uvjeti za registraciju zadovoljeni, registraciju provest će se, a patent će proizvoditi učinke samo na teritoriju te države.¹¹⁰ Stoga, sudovi u jednoj državi ne mogu na temelju pravila međunarodnog privatnog prava priznati učinke patenta registriranog u drugoj državi. Primijenimo li to na konkretnu situaciju koju spominje Honnold, možemo zaključiti da sudovi u državama iz točaka (a) ili (b) članka 42. stavka 1. Bečke konvencije ne mogu u tim državama priznati učinke patenta koji je registriran u državi prodavatelja, pa tako ni na temelju pravila međunarodnog privatnog prava. Kako bi patent za isti izum proizvodio učinke i u spomenutim državama, on mora biti registriran prema njihovom nacionalnom pravu. Navedeno jednako vrijedi i kada je u pitanju Konvencija o priznavanju europskih patenata, koju spominje Schwenger. Potrebno je naglasiti da primjena Konvencije o priznavanju europskih patenata ne dovodi do dodjeljivanja prava na supranacionalni jedinstveni patent, nego samo na zatraženi broj nacionalnih patenata čiji učinci su uvijek ograničeni samo na teritorij jedne države članice,¹¹¹ pri čemu ona samo pojednostavljuje postupak ishodovanja prava na nacionalne patente.¹¹²

¹⁰⁸ Hrvatska nije punopravna stranka Konvencije o priznavanju europskih patenata, već je temeljem Sporazuma između Vlade Republike Hrvatske i Europske patentne organizacije o suradnji na području patenata (Sporazum o suradnji i proširenju), pristala na tzv. Sustav proširenja koji omogućava proširenje učinaka europskih patenata na teritorij Republike Hrvatske u skladu s odredbama priloženim tom Sporazumu. Zakon o potvrđivanju Sporazuma između Vlade Republike Hrvatske i Europske patentne organizacije o suradnji na području patenata (Sporazum o suradnji i proširenju), NN MU 14/2003., Objava o stupanju na snagu Sporazuma o suradnji i proširenju, NN MU 2/2004.

¹⁰⁹ Vidi, HONNOLD, 1999., op. cit., str. 292.; SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 339.

¹¹⁰ DINWOODIE, Graeme B., HENNESSEY, William O., PERLMUTTER, Shira, *International and Comparative Patent Law*, LexisNexis, 2002., str. 30.: "The principle [of territoriality] is, however, the starting point for any study of international patent law: patent laws operate territorially, and patent rights are thus national in scope." Više o tome vidi, FAWCETT, TORREMAN, op. cit., str. 517. et seq.

¹¹¹ Vidi, članak 2. i 79. Konvencije o priznavanju europskih patenata. Vidi i, DINWOODIE, HENNESSEY, PERLMUTTER, op. cit., str. 3.: "Like all intellectual property rights, however, patent rights are territorial in nature. Classically, and still typically, this means that those rights are national in scope. There is, as yet, no such thing as a global patent (or global copyright or global trademark, for that matter). Public international intellectual property laws necessarily build and are dependant upon *national* laws and *private* rights." (kurziv u izvorniku).

¹¹² Vidi, FAWCETT, TORREMAN, op. cit., str. 27.-28. "The European Patent Convention 1973 is different in that it did not create a fully supranational system. It only created a single application and examination system for patents, while afterwards, a bundle of national patents is granted rather than a single supranational European Patent."

2.3.4.2. *Tranzitne države*

Isto tako, sukladno članku 42. prodavatelj neće biti odgovoran ukoliko prava ili potraživanja trećega postoje prema pravu neke od država kroz koje roba prolazi do odredišnih država. Ovo se opravdava time što u mnogim pravnim sustavima nositelj prava intelektualnog vlasništva nema ovlaštenje zaplijeniti robu koja se nalazi u tranzitu.¹¹³ Situacija je, međutim, drugačija ukoliko je roba u optjecaju u tranzitnoj državi, primjerice kada se roba u toj državi zadržava u svrhe konačne obrade ili pakiranja. U tim okolnostima, prema stajalištu autora komentara ove odredbe, za eventualnu povredu prava intelektualnog vlasništva trećega u toj tranzitnoj državi, odgovarat će stranka koja je inicirala ove radnje, bilo prodavatelj, bilo kupac.¹¹⁴ Premda je doktrina suglasna, nama se čini da za takav zaključak nema nikakvog uporišta u članku 42. Bečke konvencije. Prije svega, ova odredba niti izričito niti prešutno ne odnosi se na tranzitne države,¹¹⁵ a isto tako ne čini odgovornost ovisnom o inicijativi stranaka, izuzev kada su u pitanju upute kupca iz odredbe stavka 2. točke (b). Dakle, ovdje se ne radi o ekstenzivnom tumačenju konvencijskih odredbi, već o pokušaju dodavanja sasvim novih pravila postojećima u Konvenciji, čemu ističemo svoj prigovor. Mišljenja smo da u gore opisanim situacijama možemo, u ovisnosti o okolnostima pojedinog slučaja, primijeniti izričita pravila članka 42. tako da bi tranzitna država a u kojoj je došlo do uporabe robe na drugi način osim daljnje prodaje, primjerice radi finalne obrade, bila relevantna samo ako su ju stranke "imale na umu". Također bi odgovornošću bile pokrivena i sve one države za koje stranke tako izričito ugovore, uključujući i tranzitne države.

3. *Isključenje odgovornosti prodavatelja*

No, čak i ako su ispunjena sva tri uvjeta prodavateljeve odgovornosti, ista će biti isključena sukladno stavku 2. članka 42. Bečke konvencije, u dva slučaja: kada je kupac znao ili mu nije moglo biti nepoznato pravo ili potraživanje treće osobe u trenutku sklapanja ugovora, kao i kada je povreda prava intelektualnog vlasništva ili potraživanje treće osobe posljedica prodavateljevog postupanja po tehničkim planovima, crtežima, formulama ili drugim sličnim specifikacijama dostavljenima od strane kupca.

3.1. *Znanje kupca o pravu ili potraživanju u trenutku sklapanja ugovora*

Odredba članka 42. stavka 2. točke (a) Bečke konvencije propisuje da prodavatelj neće biti odgovoran za prava ili potraživanja trećih osoba ukoliko

¹¹³ Vidi, RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 55. Vidi i, članak 9. stavak 4. Pariške konvencije za zaštitu industrijskog vlasništva.

¹¹⁴ Vidi, VIDA, op. cit., str. 28.; SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 339.; RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 55.

¹¹⁵ RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 55.

je kupac za njih "znao ili mu nisu mogla biti nepoznata". Analiza komentara o značenju pojma "nisu mogla biti nepoznata" u kontekstu uvjeta prodavateljeve odgovornosti otkriva stajalište mnogih autora da taj pojam prodavatelju nameće obvezu pretraživanja objavljenih prava intelektualnog vlasništva.¹¹⁶ S obzirom da je za kupca primijenjen isti standard znanja, ovakvo tumačenje predmetnog pojma problematično je zbog najmanje dva razloga. S jedne strane, ukoliko bi kupac imao jednaku obvezu pretraživanja objavljenih prava intelektualnog vlasništva kao i prodavatelj, te dvije obveze bi se, u pravilu, međusobno poništavale jer činjenice koje ne bi mogle biti nepoznate prodavatelju, nužno ne bi mogle biti nepoznate niti kupcu. Kao posljedica toga, odgovornost prodavatelja za prava trećih osoba bila bi gotovo redovito isključena, s iznimkom onih slučajeva u kojima bi bilo dokazano stvarno znanje prodavatelja (a kao što je već rečeno, ono je vrlo teško dokazivo). S druge strane, ukoliko bi se članak 42. tumačio na način da prodavatelj ima obvezu pretraživanja, a da kupac tu obvezu nema, unatoč istim pojmovima kojima je izražen standard njihova znanja,¹¹⁷ to bi praktički značilo nejednako tumačenje jednog te istog standarda, kako u okviru Bečke konvencije kao cjeline, tako i u užem kontekstu članka 42., i predstavljalo ozbiljnu prijetnju pravnoj sigurnosti. Ovdje valja napomenuti da je s obzirom na dva navedena problema prihvatljiviji od pristupa ostalih citiranih autora Honnoldov pristup, prema kojem pojam "nisu mogla biti nepoznata" ne nameće strankama nikakvu aktivnu obvezu, nego samo obvezu da ne zanemaruju činjenice koje su im očite.¹¹⁸ No ni on nam se ne čini adekvatnim imajući na umu da je svrha članka 42. Bečke konvencije kupcu pružiti zaštitu od prava ili potraživanja trećih, jer previše sužava prodavateljevu odgovornost. Sve to govori u prilog primjeni ovdje predloženog pristupa "znanje - krivnja" prema kojem se utvrđivanje postoje li na strani kupca odnosno prodavatelja eventualne dodatne obveze, tj. obveze pretraživanja i druge, obavlja usporedbom s postupanjem razumnog gospodarstvenika u okolnostima konkretnog slučaja.¹¹⁹ Prije svega, na taj način omogućuje se ujednačeno tumačenje pojma "nije moglo biti nepoznato" u okviru članka 42., dakle, vezano za prodavateljeve i kupčeve obveze u tom smislu. Nadalje, prodavatelj će biti odgovoran u relativno većem broju slučajeva negoli primjenom Honnoldovog pristupa, pa time niti zaštita kupca neće biti bitno ograničena, što bi, mišljenja smo, bilo suprotno svrsi članka 42. I konačno, s obzirom da su okolnosti koje okružuju kupca i okolnosti koje okružuju prodavatelja vrlo rijetko istovjetne, primjenom pristupa "znanje - krivnja" bit će izbjegnuta gore spomenuta situacija gotovo redovitog isključenja prodavateljeve odgovornosti s razloga poništavanja međusobnih obveza.

¹¹⁶ Vidi, supra 2.1.1.

¹¹⁷ Pojam "nisu mogli biti nepoznati" u kontekstu članka 42. tako tumače sljedeći autori: ENDERLEIN, MASKOW, op. cit., str. 170.; ENDERLEIN, MASKOW, STROHBACH, op. cit., str. 142.; PILTZ, op. cit., str. 207.; RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 44.-49. i str. 55.-56.; SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 339.-340.

¹¹⁸ Vidi, supra 2.1.1. Sličan pristup zagovara i SHINN, op. cit., str. 127.

¹¹⁹ Vidi, supra 2.1.2.

U okolnostima u kojima je kupac znao za prava intelektualnog vlasništva treće osobe ili mu ona nisu mogla biti nepoznata, prodavatelj nije odgovoran i nema obvezu isporučiti robu slobodnu od takvih prava. Iz same odredbe članka 42. stavka 1. jasno proizlazi da se to primjenjuje i u situaciji kada je prodavatelj znao za povredu prava budući da je to preduvjet njegove odgovornosti. Do takvog je zaključka došao i izraelski sud u slučaju *Eximin S.A. v. Textile and Footware Italstyle Ferarri Inc.*,¹²⁰ analizirajući članak 42. na koji se pozvao u obrazloženju svoje odluke. Spor je, u ovom slučaju, proizašao iz kupoprodajnog ugovora sklopljenog između kupca s nastanom u Belgiji i prodavatelja čiji je nastan bio u Izraelu. Kupac je od prodavatelja naručio čizme od jeansa i tražio da prodavatelj na njih stavi simbol koji je ujedno bio i žig trgovačkog društva Levi's Jeans. Prilikom uvoza u Sjedinjene Američke Države, čizme su zaplijenjene te je kao rezultat sporazuma s trećom osobom sporni simbol bio uklonjen, a čizme su potom prodavane na američkom tržištu po znatno nižoj cijeni. Tvrdeći da je pretrpio štetu, kupac je tužio prodavatelja pozivajući se na članak 52. stavak 1. Haške konvencije iz 1964. godine, dok je sud analogijom primjenjujući članak 42. Bečke konvencije utvrdio kako nema mjesta odgovornosti prodavatelja jer je kupac znao za predmetni žig ili mu on nije mogao biti nepoznat u vrijeme zaključenja ugovora. Sud, međutim, nije ostao na tome, već je pribjegao nacionalnom pravu prema kojem je našao da je odgovornost podijeljena jer su obojica postupala *mala fide*. Nije sasvim jasno što je ponukalo sud da postupi na opisani način, no držimo kako je oslanjanje na nacionalno pravo, usprkos prethodnom utvrđenju prema ujednačenim pravilima međunarodne kupoprodaje da prodavatelj nije odgovoran, bilo suvišno.

Za razliku od navedene odluke, čini se da su francuski sudovi u slučaju *Société T...diffusion v. Société M...SL*,¹²¹ ispravno primijenili odredbu članka 42. i pritom nisu uopće dopuštali primjenu nacionalnog prava. Naime, drugostupanjska odluka, koju je potvrdio kasnije i trećestupanjski sud, u bitnom dijelu glasi: "Kupac, kao obaviješteni stručnjak, nije mogao ignorirati povrjeđujuću prirodu vrpce koje je uvezao i prodavao u Francuskoj; tim više, on nije mogao ne biti upoznat s postojanjem zaštićenih prava na francuskom tržištu, ili barem, mora dokazati da su mu bili poznati svi podaci koji su mu omogućavali izbjegavanje rizika povrede."¹²² Još jedna odluka francuskog suda potvrđuje spomenutu praksu u primjeni ove odredbe Bečke konvencije. U sporu povodom povrede prava industrijskog oblička francuski sud odlučio je u korist prodavatelja Aktiengesellschaft T... K... sa sjedištem u Bienfeldu, s obzirom

¹²⁰ Vrhovni sud Izraela, posl. br. 3912/90, 22. kolovoza 1993., sažetak na engleskom dostupan na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/930822i5.html> (24.4.2005.). Vidi više, REICH, Arie, "Uniform Law on International Sales: A Need for Revision", *Bar-Ilan Law Studies*, vol. 14, 1997, str. 144.-147 i 166.-168.

¹²¹ Cour d'appel Rouen, Francuska, 17. veljače 2000., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000217f1.html> (24.4.2005.) i Cour de Cassation, Francuska, posl. br. T 00-14.414, 19. ožujka 2002., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020319f1.html> (24.4.2005.)

¹²² Loc. cit.

da je smatrao da je kupac SA H... MA... sa sjedištem u Colmaru, u svojem profesionalnom svojstvu, znao ili mu nije moglo biti nepoznato pravo intelektualnog vlasništva čiji je nositelj u Francuskoj bilo društvo SA DO... M... & Cie sa sjedištem u Parizu.¹²³

3.2. *Postupanje prodavatelja prema uputama kupca*

Druga situacija u kojoj će prodavateljeva odgovornost za prava ili potraživanja trećih biti isključena jest ukoliko to pravo ili potraživanje proizlazi iz činjenice da je prodavatelj postupao u skladu s tehničkim planovima, crtežima, formulama ili drugim sličnim specifikacijama koje mu je dostavio kupac.¹²⁴ Ove upute kupca moraju biti toliko precizne da prodavatelj nema alternativne mogućnosti, odnosno nema mogućnosti izbora načina proizvodnje koji neće rezultirati povredom prava intelektualnog vlasništva, a da ujedno ne dovede i do kršenja kupoprodajnog ugovora. Drugim riječima, nije dovoljno da o robu, predmetu kupoprodajnog ugovora, kupac dostavi samo općenite informacije koje prodavatelju ostavljaju više od jedne mogućnosti izbora.¹²⁵ Svakako, ako je kupac prodavatelju ostavio na izbor alternative od kojih svaka rezultira povredom prava intelektualnog vlasništva trećega, kupac time na sebe preuzima s time povezani rizik te prodavatelj za to ne snosi odgovornost.

S ovim u svezi valja istaknuti da je za isključenje prodavateljeve odgovornosti irelevantno neznanje kupca da će postupanje prodavatelja po njegovim uputama dovesti do povrede prava intelektualnog vlasništva.¹²⁶ Budući da kupac ima inicijativu vezano za proizvodnju određene robe, jer je opskrbljivao prodavatelja detaljnim uputama za proizvodnju, na kupcu mora biti rizik eventualne povrede prava intelektualnog vlasništva koja je rezultat toga.¹²⁷ To je jedan od razloga zbog kojih se ne slažemo sa stajalištem izraženim u doktrini prema kojem prodavateljeva odgovornost neće biti isključena ukoliko je on u vrijeme sklapanja ugovora znao za pravo intelektualnog vlasništva do povrede

¹²³ SA H... MA... et Aktiengesellschaft T... K... contre SA DO... M... & Cie et GmbH CO... H... M..., Cour d'appel de Colmar - Première Chambre civile, Francuska, 13. studenoga 2002., <http://witz.jura.uni-sb.de/CISG/decisions/131102v.htm> (25.8.2005.): "Attendu que la société H... MA..., qui exploite dans l'Est de la FRANCE six magasins de vente d'habillement, a acquis auprès de la société K..., dont le siege social est situé à BIELEFELD (Allemagne), 360 chemises contrefaites, selon facture du 10 mars 1994 d'un montant de 5.512,30 DM. [...] Attendu que la SA H... MA..., acheteur auprès de la société K... des chemises contrefaisant le tissu créé par la société DO... M... et Cie, ne pouvait, en sa qualité de professionnel, ignorer cette contrefaçon, de sorte qu'elle a agi en connaissance du droit de propriété intellectuelle invoqué, et qu'en application de l'article 42-2-a de la Convention de Vienne du 11 avril 1980, la société K... n'est plus tenue à l'obligation de livrer des marchandises libres de tout droit de propriété intellectuelle. (Cass. civ. 1ere 19.3.2002)."

¹²⁴ Članak 42. stavak 2. točka (b) Bečke konvencije.

¹²⁵ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 341.

¹²⁶ Vidi, ENDERLEIN, op. cit., str. 184.

¹²⁷ Vidi, *Secretariat's Commentary*, tekst komentara uz članak 42. (članak 40. nacrtu), op. cit., par. 10.

kojeg je došlo primjenom uputa kupaca, a o tome nije obavijestio kupca.¹²⁸ Osim toga, kada se u tom slučaju prodavatelj ne bi mogao osloniti na članak 42. stavak 2. točku (b), ta iznimka od njegove odgovornosti uopće ne bi imala smisla. To posebno u svjetlu opće odredbe o odgovornosti iz članka 42. stavka 1. koja kao uvjet odgovornosti prodavatelja sadrži i njegovo stvarno i predmnijevano znanje o pravima ili potraživanjima trećih. Naime, čini se suvišnim taj zahtjev ponavljati u posebnoj odredbi koja predstavlja iznimku od opće, ako ne i potpuno suprotnim namjeri kreiranja iznimke. Drugim riječima, iznimka od općeg pravila primjenjuje se samo onda ako je prethodno utvrđeno da je primjenjivo *in casu* i samo opće pravilo. Ovo naše stajalište potvrđuje i sam tekst odredbe članka 42. stavka 2. točke (b), koji ne sadrži nikakav uvjet glede znanja prodavatelja.

Situacija bi bila drugačija ukoliko bi prodavatelj tek nakon sklapanja ugovora stekao znanje o povrjeđujućoj prirodi tehničkih planova, crteža, formula ili drugih sličnih specifikacija kupca, a to tada ne bi pripočeo kupcu. U tom slučaju bilo bi mjesta tvrdnji da je takvo njegovo ponašanje suprotno obvezi postupanja u dobroj vjeri i obvezi priopćavanja bitnih informacija drugoj strani.¹²⁹

4. Obavijest kupca o pravu ili potraživanju treće osobe

Želi li se kupac pozvati na povredu od strane prodavatelja obveze iz članka 42. Bečke konvencije, dužan je prodavatelja obavijestiti o pravu ili potraživanju trećega u skladu s odredbom članka 43. stavka 1. Bečke konvencije. Potonja odredba predviđa da kupac gubi pravo pozivati se na odredbu članka 42. ukoliko prodavatelju ne dostavi obavijest kojom je specificirao prirodu prava ili potraživanja treće osobe, i to u razumnom roku nakon što je saznao ili je morao saznati za to pravo ili potraživanje.¹³⁰ Ta je obveza uravnotežena dvjema iznimkama prema kojima kupac, i bez slanja potrebne obavijesti prodavatelju, zadržava pravo koje ima temeljem članka 42. Konvencije: ako je prodavatelj znao za pravo, odnosno potraživanje treće osobe i njegovu narav, ili ako kupac ima razumno opravdanje za propuštanje slanja obavijesti. U daljnjem tekstu prvo ćemo se kratko osvrnuti na tekstove nacрта i uopće unošenje ovih odredbi u konačni tekst Bečke konvencije, a potom na konkretna pitanja vezana za njihovo tumačenje.

¹²⁸ Svoj stav autori temelje na dužnosti stranaka da postupaju u dobroj vjeri. Vidi, SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 341.; RAUDA, ETIER, 2000., op. cit., str. 60.; ENDERLEIN, MASKOW, op. cit., str. 170.; *Secretariat's Commentary*, tekst komentara uz članak 42. (članak 40. nacрта), op. cit., par. 10.

¹²⁹ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 341.

¹³⁰ Ova se odredba jednako odnosi i na gubitak prava pozivati se na odredbu članka 41. Bečke konvencije koja predviđa obvezu kupca isporučiti prodavatelju robu slobodnu od prava ili potraživanja treće osobe, kada se ono ne temelji na intelektualnom vlasništvu.

4.1. Pregled nastanka i razvoja odredbi članaka 43. i 44. Bečke konvencije

Iako je odredba o obavijesti o pravu ili potraživanju treće osobe u sličnom obliku postojala u prethodnici Bečke konvencije, u Haškoj konvenciji iz 1964.,¹³¹ ona nije bila unijeta u početni nacrt Bečke konvencije iz 1976.¹³² U kasnijim nacrtima ova je odredba razdvojena na način da su dvjema posebnim odredbama uređena pitanja obavijesti kupca o pravnim nedostacima općenito, te obavijesti o nedostacima u pogledu prava intelektualnog vlasništva.¹³³ To je bila posljedica odluke da će se pitanja prava intelektualnog vlasništva trećih osoba izdvojiti iz opće odredbe o obvezi prodavatelja dostaviti robu bez pravnih nedostataka i zasebno tretirati; smatralo se da je to nužno jer su prava intelektualnog vlasništva bitno različita od drugih prava na stvari.¹³⁴ Kako su, međutim, odredbe o obavještavanju prodavatelja od strane kupca bile istog sadržaja, one su u konačnom tekstu Bečke konvencije spojene u jedinstvenu odredbu članka 43. stavka 1. koja se primjenjuje za obje situacije, kako u slučaju prava ili potraživanja treće osobe temeljenog na intelektualnom vlasništvu, tako i u slučaju kada treća osoba svoje pravo ili potraživanje

¹³¹ Članak 52. stavak 1. Haške konvencije propisivao je: "Kada je roba predmetom prava ili potraživanja treće osobe, kupac, izuzev ukoliko se suglasi primiti robu koja je predmetom takva prava ili potraživanja, dužan je obavijestiti prodavatelja o takvom pravu ili potraživanju, osim ako je isto prodavatelju poznato, i zatražiti da roba bude od istih oslobođena u razumnom roku ili da mu druga roba slobodna od svih prava ili potraživanja trećih osoba bude dostavljena od strane prodavatelja." Stavak 4. iste Konvencije je glasio: "Kupac gubi pravo izjaviti raskid ugovora ako propusti postupiti u skladu sa stavkom 1. ovog članka u razumnom roku od trenutka kada je saznao ili je morao saznati za pravo ili potraživanje treće osobe u pogledu stvari."

¹³² Vidi, Draft Convention on the International Sale of Goods, A/CN.9/116 – Annex I, *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, vol. 7, 1976., str. 89.-96., <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1976-e/vol7-p89-96-e.pdf> (2.9.2005.), i pripadajući Commentary on the draft Convention on the International Sale of Goods, A/CN.9/116 – Annex II, ibid., str. 96.-142., <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1976-e/vol7-p96-142-e.pdf> (2.9.2005.).

¹³³ To su bile odredbe članka 39. stavka 2. i članka 40. stavka 2. nacrta Bečke konvencije iz 1978., a glasile su: "Kupac *nema pravo pozivati se* na odredbe ovog članka ako ne da obavijest prodavatelju kojom specificira prirodu prava ili potraživanja treće osobe i to u razumnom roku nakon što je saznao ili je morao saznati o tom pravu ili zahtjevu." Dio odredbe u kurzivu zamijenjen je u konačnom tekstu Bečke konvencije riječima "gubi pravo pozivati se" (engl. *loses the right to rely on*, franc. *perd le droit de se prévaloir*, španj. *perderá el derecho a invocar*) na prijedlog norveške delegacije, kojima je na precizniji način opisan položaj kupca u danim okolnostima. Naime, propust obavještavanja u skladu s ovom odredbom rezultira gubitkom prava kojeg je kupac prethodno stekao samim time što treća osoba ima pravo ili potraživanje s osnove intelektualnog vlasništva na stvari koja je predmet ugovora o kupoprodaji. 1980 Vienna Diplomatic Conference, General Report of the First Committee [Outline of committee proceedings], Document A/CONF.97/11, 7 April 1980, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1stcommittee/summaries41.43.html> (22.6.2005.). Usporedbu između odredbi iz nacrta i konačnog teksta odredbe vidi, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/matchup/matchup-d-43.html> (22.6.2005.).

¹³⁴ DATE-BAH, u: BIANCA, BONELL (ur.), op. cit., str. 317. Schlechtriem navodi da se povreda obveze iz članka 42. Bečke konvencije smatra posebnom kategorijom povrede ugovora te dodaje da je bliža materijalnom nedostatku stvari nego li pravnom nedostatku. SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law*, op. cit., str. 73.-74.

temelji na drugoj pravnoj osnovi, najčešće nekom od stvarnih prava. Tom prilikom im je dodan i stavak 2. na prijedlog delegacije Federalne Republike Njemačke, kojime je određeno da se prodavatelj nema pravo pozivati na odredbu prethodnog stavka ako je znao za pravo ili potraživanje treće osobe i njegovu narav. Potonja odredba predložena je uz obrazloženje da bi u okolnostima u kojima je prodavatelj znao za pravo ili potraživanje treće osobe i njegovu narav bilo nepravilno uskratiti kupcu pravne sankcije samo zbog kupčeva propusta poslati obavijest prodavatelju u razumnom roku.¹³⁵ Naime, jasno je da bi u tim okolnostima ustrajanje na obavijesti bila puka formalnost s obzirom da je prodavatelj sa svim detaljima već upoznat neovisno o kupčevoj obavijesti. Tekst sadašnjeg članka 43. Bečke konvencije, a tada članka 40.bis, bio je prihvaćen na 7. plenarnoj sjednici diplomatske konferencije u Beču 1980. godine, s 45 glasova za, ni jednim glasom protiv te s dva suzdržana glasa.¹³⁶

Slično kao što je to bio slučaj i s odredbom sadašnjeg članka 43., niti članak 44. Bečke konvencije nije bio uključen u prvotni nacrt Konvencije iz 1976. koji je predstavljen na diplomatskoj konferenciji, a ni u nacrt iz 1978. godine. Kasnije se, međutim, ispostavilo kako su neki predstavnici, poglavito iz zemalja u razvoju, izrazito skloni k omekšavanju zahtjeva za formalnom obavijesti koju kupac mora poslati prodavatelju, za razliku od predstavnika industrijski razvijenih zemalja koji su željeli zadržati strogost tog uvjeta odgovornosti prodavatelja. Napori oko postizanja kompromisnog rješenja bili su predvođeni predstavnicima iz Švedske i Finske, koji su zajedno s predstavnicima Gane, Kenije, Nigerije, i Pakistana izradili zajednički prijedlog, tada još kao treći stavak članka 39. nacrta Konvencije.¹³⁷ Izvorno je bila predložena odredba koja je pored danas postojećeg pravila sadržavala i dodatno pravilo sukladno kojem je prodavatelj imao pravo na prijeboj svog potraživanja prema kupcu ako je isto rezultat kupčeva propusta da prodavatelju pošalje obavijest.¹³⁸ Na plenarnoj sjednici, međutim, bio je predstavljen nacrt prijedloga teksta odredbe kako i danas glasi i kao takav prihvaćen s 43 glasa za, jednim protiv i 4 suzdržana glasa.¹³⁹ Ta je odredba naknadno bila odvojena u zasebni članak 44. Bečke konvencije s ciljem da bi bila primjenjiva ne samo na odredbu članka 39. stavka

¹³⁵ Komentar njemačkog predstavnika Klingsporna vezano za prijedlog ove odredbe vidi, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-43.html> (22.6.2005.).

¹³⁶ 1980 Vienna Diplomatic Conference, Summary Records of the Plenary Meetings, 7th plenary meeting, 8 April 1980, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/plenarycommittee/summary7.html> (22.6.2005.).

¹³⁷ GARRO, Alejandro M. "Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *International Lawyer*, vol. 23, 1989., (str. 443.-483.), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/garro1.html> (17.8.2005.), tekst iznad bilj. 117.-126.

¹³⁸ Official Records of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980 (United Nations publication, Sales No. E.82.V.5), part I, str. 108.

¹³⁹ SONO, Kazuaki, u: BIANCA, BONELL (ur.), op. cit., str. 325.

1. o obavijesti o materijalnim nedostacima, već i na odredbu članka 43. stavka 1. Bečke konvencije.¹⁴⁰

4.2. Obveza obavještavanja prodavatelja

U skladu s uvjetima iz članka 42. Bečke konvencije kupac stječe određena prava spram prodavatelja (kao što su pravo zahtijevati naknadu štete, pravo zahtijevati ispunjenje ugovora, pravo zahtijevati zamjensku stvar, pravo odrediti prodavatelju dodatni rok za izvršenje ugovorne obveze i pravo raskinuti ugovor)¹⁴¹ ukoliko potonji ne dostavi robu slobodnu od prava i potraživanja trećih osoba s naslova intelektualnog vlasništva. Kako bi, međutim, zadržao ta prava, kupac je dužan, sukladno odredbi članka 43. stavka 1. Bečke konvencije, prodavatelja obavijestiti o pravu ili potraživanju treće osobe opisujući njegovu narav, i to u razumnom roku nakon što je saznao ili je morao saznati za isto. Već na prvi pogled vidljivo je da ova odredba sadrži nekoliko pravnih pojmova koji iziskuju dodatno pojašnjenje, a složenu narav i probleme u njezinu tumačenju uočavaju i brojni autori koji su dali svoj prilog komentaru Bečke konvencije.¹⁴²

Zbog razloga oskudnosti sudske prakse koja primjenjuje odredbe članaka 43. Bečke konvencije, i s obzirom da se u velikoj mjeri podudara s odredbama članaka 39. i 40.,¹⁴³ komentare i zaključke doktrine te sudske praksu koja se za njih vezuje također ćemo katkad uzeti u obzir i pri razmatranju pitanja koja slijede.¹⁴⁴

4.2.1. Sadržaj obavijesti

Obvezu obavještavanja prodavatelja kupac će u pogledu sadržaja ispuniti tako što će potanko opisati narav prava, odnosno potraživanja koje je istaknula

¹⁴⁰ Za detaljnije proučavanje ove problematike upućujemo na HONNOLD, John O., *Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The Studies, Deliberations, and Decisions that Led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1989.

¹⁴¹ Sukladno odredbi članka 45. stavka 1. Bečke konvencije kupac ima na raspolaganju navedena sredstva kojima može zaštititi svoj položaj u odnosu spram prodavatelja koji je povrijedio neku od ugovornih obveza. U pogledu mogućnosti kupca na korištenje pravom smanjenja cijene predviđenog u članku 50. Bečke konvencije, u onim slučajevima kada se radi o pravnom nedostatku i onom s osnova intelektualnog vlasništva, doktrina je podijeljena. Vidi infra 4.4.2.2.

¹⁴² Vidi, primjerice, GOOD, Roy, KRONKE, Herbert, McKENDRICK, Ewan, WOOL, Jeffrey, *Transnational Commercial Law: International Instruments and Commentary*, Oxford University Press, New York, 2004., str. 211.

¹⁴³ FLECHTNER, Harry M., "Articles 35-44", u: FERRARI, FLECHTNER, BRAND, (ur.), op. cit., str. 690.-691.

¹⁴⁴ To također i stoga što niti *Secretariat's Commentary* ne pomaže pri tumačenju odredbe članka 43. Konvencije. Vidi, tekst komentara uz članka 43. (članak 39. stavak 2 nacta), dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-43.html> (24.6.2005.).

treća osoba.¹⁴⁵ Dakle, nedovoljno bi bilo u obavijesti navesti samo činjenicu da postoji pravo ili potraživanje treće osobe, već je potrebno detaljnije pojasniti sve relevantne okolnosti. To uključuje, prije svega, navođenje podataka o trećoj osobi dostatnih za njezinu identifikaciju.¹⁴⁶ Pored toga, potrebno je opisati i, ako je moguće, jasno označiti o kojoj se vrsti intelektualnog vlasništva radi u konkretnom slučaju, primjerice, autorskom djelu, patentu, žigu, industrijskom obličju, itd. Obavijest, nadalje, mora ukazivati i na način na koji je treća osoba istaknula svoj zahtjev te korake koje je u tom smislu poduzela, primjerice, radi li se o usmenom ili pisanom upozorenju, o tužbi, zahtjevu za privremenu mjeru, itd. Također je preporučljivo ukratko sažeti navode treće osobe i njezine zahtjeve, pa u tom smislu neće biti na odmet uz obavijest dostaviti prodavatelju i presliku dokumenta koje je kupac primio od treće osobe, odnosno podneska kojim je treća osoba započela postupak pred nadležnim tijelom, ako takav dokument ili podnesak postoji. Ovo navodimo stoga što, suprotno stavu kako zahtjev za detaljnim objašnjenjem ne treba prenaplašavati, a koji se može naći u doktrini vezano za usporedivu odredbu članka 39. Bečke konvencije,¹⁴⁷ sudska praksa, poglavito njemačkih sudova, pokazuje kako je detaljnost potrebna.¹⁴⁸

Pilz navodi da kupac u novoj obavijesti treba upozoriti prodavatelja na svaki drugi (navodni) nedostatak o kojem bi saznao nakon slanja prve obavijesti.¹⁴⁹ To se ne odnosi samo na pravo ili potraživanje što ga je istaknula četvrta osoba, već i na novo pravo ili potraživanje koje treća osoba ističe kao dodatno svom ranije istaknutom. Tome bismo dodali i to da bi bilo poželjno, a ujedno i u skladu s općim načelima na kojima se Bečka konvencija temelji,¹⁵⁰ kada bi kupac obavješćivao prodavatelja o svakom daljnjem pomaku vezanom za određeno pravo ili potraživanje treće osobe što nastupi nakon slanja prvotne

¹⁴⁵ Engl. *specifying the nature of the right or claim*, franc. *en précisant la nature de ce droit ou de cette prétention*, španj. *comunica al vendedor la existencia del derecho o la pretensión del tercero, especificando su naturaleza*.

¹⁴⁶ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 345.

¹⁴⁷ KUOPPALA, Sanna, *Examination of the Goods under the CISG and the Finnish Sale of Goods Act*, Publication of the Faculty of Law of the University of Turku, Private law publication series B. 53, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kuoppala.html> (5.9.2005.), par. 4.3.1.

¹⁴⁸ Tome su razlog strogi zahtjev za detaljnošću obavijesti o nedostacima koje možemo pronaći u njemačkom domaćem pravu, dok ga druga nacionalna prava ne poznaju u takvom obliku. Vidi, komentar i sudske prakse vezano za paralelnu odredbu članka 39. Bečke konvencije, SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 312.

¹⁴⁹ PILTZ, op. cit., čl. 5, par. 120.

¹⁵⁰ Članak 7. Bečke konvencije propisuje da se pitanja koja Konvencija izričito ne rješava imaju riješiti prema općim načelima na kojima se Konvencija temelji. S time u svezi Herber navodi kako je jedno od općih načela koja su ugrađena u temelje Bečke Konvencije i obveza stranaka obavješćivati se međusobno o svim novim događajima kadgod je to potrebno. HERBER, Rolf, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 67. Vidi u tom smislu, HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1991., str. 155.; ENDERLEIN, MASKOW, STROHBACH, op. cit., čl. 7, par. 9.1.

obavijesti prema odredbi članka 43. stavka 1. Bečke konvencije. To proizlazi iz same svrhe kupčeve obavijesti prodavatelju.¹⁵¹

4.2.2. *Oblik i način slanja obavijesti*

U pogledu oblika obavijesti Bečka konvencija ne nameće nikakav zahtjev, pa je usmena obavijest jednako valjana u formalnom smislu kao i ona pisana. To nije izričito predviđeno Bečkom konvencijom,¹⁵² no smatra se da je nepostojanje formalnog zahtjeva jedno od općih načela Konvencije.¹⁵³ Potvrđeno je to i u praksi sudova. Tako je, primjerice, njemački sud ustvrdio da obavijest o nedostacima dana telefonskim putem zadovoljava uvjete koje propisuje Bečka konvencija, no da radi priznanja takve obavijesti kupac treba dokazati s kim je razgovarao, kada i o čemu.¹⁵⁴ Imajući upravo u vidu da je teret dokaza postojanja i sadržaja obavijesti na kupcu, preporučljivo je za kupca obavijest iz članka 43. Konvencije poslati u pisanom obliku. Pisana obavijest ujedno je i sigurniji način da se prodavatelju prenesu podaci bitni radi njegova daljnjeg postupanja. Ukoliko je obavijest ipak priopćena usmenim putem, tada se preporuča njezin sadržaj potvrditi i u pisanom obliku.¹⁵⁵

Ukoliko kupac pošalje obavijest sadržajno u skladu s odredbom članka 43. stavka 1. Konvencije i u roku koji to ova odredba propisuje, on neće izgubiti pravo pozivanja na članak 42., čak ni ako prodavatelj uopće ne primi obavijest, ne primi obavijest u dužnom roku ili obavijest sadrži grešku kao posljedicu njezina prijenosa.¹⁵⁶ To proizlazi iz odredbe članka 27. Konvencije koja predviđa da, ukoliko stranka pošalje obavijest u skladu s odredbama ovog dijela Konvencije i na način koji se smatra odgovarajućim u danim okolnostima, ona neće biti lišena prava pozivati se na poslanu obavijest ako dođe do gubitka, zakašnjenja ili pogreške u prijenosu. Prodavatelj, dakle, snosi rizik gubitka, zakašnjenja ili pogreške u prijenosu obavijesti o pravu ili potraživanju trećega

¹⁵¹ Vidi infra 4.2.4.

¹⁵² Članak 11. Bečke konvencije izričito propisuje samo da kupoprodajni ugovor ne mora biti u pisanom obliku, te da nije podvrgnut drugom formalnom zahtjevu.

¹⁵³ SCHLECHTRIEM, Peter, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 87.; ENDERLEIN, MASKOW, STROHBACH, op. cit., čl. 11., par. 1.3.; LIU, Chengwei, "Comparison of CISG Article 27 and Counterpart Notice Provisions of the UNIDROIT Principles and PECL", *Nordic Journal of Commercial Law*, br. 1, 2004., str. 3., http://www.njcl.fi/1_2004/commentary4.pdf (1.9.2005.): Načelo neformalnosti, međutim ne primjenjuje se ako je drugačije utvrđeno ugovorom stranaka, trgovačkim običajima ili praksom koja postoji među strankama.

¹⁵⁴ Landgericht Frankfurt am Main, Njemačka, posl. br. 3713 O 3/94, 13. srpnja 1994., dostupan putem baze Unilex, <http://www.unilex.info/>. Slučaj je bio vezan za članak 39. Konvencije, no primjenjiv je u smislu dokazivanja i na situacije na koje se primjenjuje članak 43. Više o teretu dokaza vidi, infra 6.

¹⁵⁵ Usp. navode vezano za članak 39. Konvencije, KUOPPALA, op. cit., par. 4.3.3.2.; SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 313.

¹⁵⁶ *Secretariat's Commentary*, tekst komentara uz članak 27. (članak 25. nacрта), dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-27.html> (26.8.2005.), par. 4; SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 345.

koju je kupac poslao na odgovarajući način i u skladu s ostalim odredbama Konvencije.

Neminovno se postavlja pitanje koji je to način, odnosno sredstvo slanja odgovarajuće u smislu članka 27. Konvencije. Kako to slijedi iz samog teksta odredbe, jedino imajući na umu okolnosti konkretnog slučaja može se utvrditi je li način, odnosno sredstvo slanja obavijesti odgovarajuće. U skladu s time i doktrina se izjašnjava kako ne postoji neko općeprihvaćeno ili uobičajeno sredstvo koje može biti zadovoljavajuće u svakoj situaciji. Odgovarajuće će biti samo ono sredstvo slanja koje je istovremeno odgovarajuće u državi otposljanja, u državi primitka, kao i u svakoj trećoj državi kroz koju obavijest eventualno mora proći.¹⁵⁷ Kao primjer Schlechtriem navodi situaciju u kojoj je poznato da postoji visoki rizik prekida dotoka električne energije u nekoj od navedenih država. Tada sredstvo slanja koje ovisi o električnoj energiji, poput faks-uređaja, zacijelo nije odgovarajući način slanja obavijesti. Kupac, dakle, mora odabrati neki drugi način koji je primjeren okolnostima slučaja kao što je to pismo ili telegram upućen poštom.¹⁵⁸

Gornje pravilo o državi otposljanja, državi primitka, i svakoj trećoj državi kroz koju obavijest eventualno mora proći, postaje problematično za primjenu pri obavještanju elektronskim putem, koje u suvremenim uvjetima tehnološkog razvoja ima sve veću prednost pred ostalim načinima komuniciranja među strankama. Pojednostavljeno opisano, elektronska poruka prenosi se na način da se dijelovi te poruke razdvoje da bi se tako odvojeni dijelovi prenosili putem određenog broja servera (koji se mogu nalaziti u većem broju država), potom se spojili i naposljetku bili dostavljeni adresatu u obliku jedne elektronske poruke. To znači da je gotovo nemoguće otkriti kojim sve državama pojedini dijelovi poruke moraju proći da bi u konačnici stigli onome kome je poruka poslana, stoga se ovaj gornji primjer s faks-uređajem ne bi mogao primijeniti na situacije koje uključuju poruke poslane elektronskim putem, mada obje ovise o električnoj energiji. Pored toga, vezano također za obavijest koja je prodavatelju poslana elektronskim putem napominjemo da se to smatra odgovarajućim prema članku 27. Konvencije samo ukoliko je adresat izričito ili prešutno pristao na taj oblik priopćavanja obavijesti, i to u određenom formatu i na točno određenu adresu.¹⁵⁹ Međutim, čak i u situacijama kada prodavatelj nije pokazao spremnost primiti elektronske poruke, može biti utvrđeno da je imao saznanje o pravu ili potraživanju trećega prema članku 43. stavku 2. Konvencije,¹⁶⁰ primjerice, u okolnostima u kojima je poruka uključivala automatsku povratnu obavijest pošiljatelju o tome da je primatelj određenu poruku otvorio i kada je to učinio.

¹⁵⁷ KUOPPALA, op. cit., par. 4.3.3.2.

¹⁵⁸ SCHLECHTRIEM, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 194.

¹⁵⁹ CISG-AC Opinion no 1, *Electronic Communications under CISG, 15 August 2003*, Rapporteur: Professor Christina Ramberg, Gothenburg, Sweden, <http://www.cisg-online.ch/cisg/cisgacopinions.html> (1.9.2005.), str. 11.

¹⁶⁰ Ibid., str. 13.

Zaključiti se može kako se članak 27. Konvencije, koji se primjenjuje i na obavijest kupca o pravu ili potraživanju trećega s osnove prava intelektualnog vlasništva, zasniva na teoriji otposljanja prema kojoj izjave i obavijesti proizvode učinak od trenutka od kada su poslone, ako su poslone pravovremeno i u skladu s drugim zahtjevima pojedinih odredbi, dok trenutak primitka obavijesti na te učinke nema utjecaja. Rečeno vrijedi samo ukoliko stranke nisu drugačije ugovorile, koju mogućnost imaju na raspolaganju s obzirom na dispozitivnost odredbe članka 43. Bečke konvencije.¹⁶¹

4.2.3. Rok za dostavu obavijesti

Podrobnju obavijest o prirodi prava ili potraživanja temeljenog na intelektualnom vlasništvu kupac mora prodavatelju dostaviti u "razumnom roku nakon što je saznao ili je morao saznati za to pravo ili potraživanje".

4.2.3.1. "Razuman rok"

"Razuman rok"¹⁶² pravni je pojam koji je u Bečkoj konvenciji učestalo rabljen (naime, pojavljuje se ukupno sedamnaest puta).¹⁶³ Jednako je tako uobičajena i široko prihvaćena tvrdnja u komentarima Konvencije kako "razumnost" valja tumačiti *in concreto*, tj. prema okolnostima svakog pojedinačnog slučaja.¹⁶⁴ Drugim riječima, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja uzet će se u obzir različiti čimbenici kao odlučujući za procjenu razumnosti roka.¹⁶⁵ Standard "razumnosti" stoga nedvojbeno pruža potrebni stupanj fleksibilnosti kada se primjenjuje u različitim okolnostima; s druge strane, on predstavlja izravnu prijetnju ujednačenosti u primjeni koja je temeljno načelo Bečke konvencije.¹⁶⁶ Zbog tog razloga potrebno je podrobnije definirati pojedine okolnosti koje mogu predstavljati kriterije za ocjenu razumnosti.

Ono što je razvidno iz samog teksta odredbe, i nesporno u doktrini, jest da obavijest ne mora biti poslana odmah.¹⁶⁷ Odgoda slanja obavijesti, razumna trajanja, tolerira se u smislu "razumnog roka" iz članka 43. stavka 1. Konvencije,

¹⁶¹ Više o stranačkom sporazumu koji derogira odredbe Bečke konvencije vidi, infra 5.

¹⁶² Engl. *a reasonable time*, franc. *un délai raisonnable*, španj. *un plazo razonable*.

¹⁶³ Vidi, odredbe članka 18, članka 33. stavka 1. točke (c), članka 39., članka 43., članka 46. stavaka 2. i 3., članka 47., članka 48. stavka 2., članka 49., stavka 2. točaka (a) i (b), članka 63. stavka 1. članka 64. stavka 2. točke (b), članka 65. stavaka 1. i 2., članka 73. stavka 2., članka 75., stavka 1. i članka 79. stavka 4. "Razumnost", odnosno "nerazumnost" kao atribut drugim odrednicama javlja se u Bečkoj konvenciji i u drugim slučajevima, primjerice, "razumna osoba" (članak 8. stavci 2. i 3. i članak 25.), "razumni koraci" (članak 85. i članak 86. stavak 1), "razumni troškovi" (članak 85., članak 86. stavak 1., članak 87., članak 88. stavci 2. i 3.), "nerazumna odgoda" (članak 48. stavak 1. i članak 88. stavak 1), itd.

¹⁶⁴ Vidi, primjerice, SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 345.

¹⁶⁵ Vidi komentare u svezi paralelnog članka 39. stavka 1. Bečke konvencije, HONNOLD, 1991., op. cit., str. 336.

¹⁶⁶ KUOPPALA, op. cit., par. 4.4.1.1.

¹⁶⁷ Vidi, primjerice, ENDERLEIN, op. cit., str. 184.; ENDERLEIN, MASKOW, op. cit., str. 171.; SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 345.

kako bi kupac imao priliku upoznati se s činjeničnim okolnostima i pravnom situacijom vezanima za istaknuto pravo odnosno potraživanje treće osobe. S tim ciljem kupac će vjerojatno željeti istražiti prirodu i utemeljenost zahtjeva treće osobe na način što će pribaviti pravni savjet odvjetnika.¹⁶⁸ Takav razlog za odgodu obavješćivanja u pravilu smatra se razumnim. No čekanje kupca na pravni savjet neće biti prihvatljivo ukoliko bi ujedno predstavljalo nerazumno dugu odgodu slanja obavijesti prodavatelju.¹⁶⁹ Sama činjenica da je kupac u razumnom roku zatražio pravni savjet odvjetnika neće opravdati probijanje toga roka zbog čekanja da primi odnosni pravni savjet. Naime, razumnost roka procjenjuje se također i u svjetlu drugih okolnosti slučaja, kao što su priroda (navodnog) prava koje treća osoba ističe, odnosno koraci koje je ona već poduzela u smislu ostvarivanja i zaštite toga svoga prava.¹⁷⁰ Dakako da će u slučajevima kada je treća osoba već na temelju ovršnog rješenja o privremenoj mjeri oduzela kupcu stvari za koje tvrdi da na njima postoji njezino pravo intelektualnog vlasništva, razumno vrijeme za obavješćivanje biti znatno kraće negoli u okolnostima kada treća osoba tek nagoviješta poduzimanje nekih radnji ili kada je po prvi put uputila izravni pisani zahtjev kupcu za plaćanjem tantijema.¹⁷¹ Negdje između opisanih situacija nalazi se ona u kojoj je treća osoba već započela parnični ili drugi postupak, no on još nije okončan. Nasuprot tome, situacija u kojoj treća strana još uopće nije istakla nikakvo potraživanje prema kupcu, a kupac sumnja na postojanje prava intelektualnog vlasništva, daje kupcu najviše vremena za slanje obavijesti prodavatelju. Pored navedenog, za procjenu razumnosti roka odlučne su i posljedice koje nastaju zbog kasnijeg slanja obavijesti. U okolnostima u kojima bi kupac shvatio da odgoda slanja obavijesti može prouzročiti gubitak mogućnosti prodavatelja da se trećoj osobi suprotstavi pravnim sredstvima, primjerice zbog nastupa zastare, kupac mora obavijest poslati što žurnije može.¹⁷²

Dakle, pri ocjeni razumnosti roka za slanje obavijesti valja voditi računa i o samoj svrsi te obavijesti, koja se poglavito ogleda u pružanju mogućnosti prodavatelju djelovati na uklanjanju činjenica koje mogu biti okvalificirane kao povreda ugovorne obveze iz članka 42. Bečke konvencije.¹⁷³ Ovo naglašavamo stoga što je od strane nekih autora uočena opasnost da se obveza slanja obavijesti prodavatelju o pravu ili potraživanju trećega s osnova intelektualnog vlasništva – obveza sekundarne naravi, pretpostavi prvenstvenoj obvezi iz ugovora o kupoprodaji – da se dostavi roba odgovarajućih svojstava, kako materijalnih, tako i pravnih. Upravo stoga Flechtner ističe kako bi sud, prilikom određivanja razumnog roka *in casu*, trebao ispitati je li odgoda kupca pri slanju

¹⁶⁸ ENDERLEIN, MASKOW, op. cit., str. 171.; BELDARRAIN, Manu, "The Delivery of Goods Not Free from Third-Party Rights or Claims", *XXXVI Congress of Union Internationale des Avocats*, Berlin, 26. kolovoza 1992., str. 10.

¹⁶⁹ BELDARRAIN, op. cit., str. 10.

¹⁷⁰ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 345.

¹⁷¹ VIDA, op. cit., str. 32.

¹⁷² SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 345.

¹⁷³ O svrsi obavijesti vidi, *infra* 4.2.4.

formalne obavijesti imala ikakve negativne posljedice po prodavatelja u smislu ostvarivanja svrhe obavijesti.¹⁷⁴

4.2.3.2. *Trenutak kada je kupac "saznao ili morao saznati" za pravo ili potraživanje*

Rok za slanje obavijesti prema članku 43. stavku 1. Bečke konvencije počinje teći "nakon što je kupac saznao ili morao saznati"¹⁷⁵ za pravo ili potraživanje trećega. To znači da je trenutak kada razumni rok za slanje obavijesti počinje teći ili trenutak stvarnog saznanja ili trenutak kada je to saznanje moralo nastupiti, u ovisnosti o tome koji je trenutak raniji. Nerijetko će prodavateljev položaj ili čak uspjeh u sporu ovisiti o dokazivanju da je trenutak stvarnog ili predmnijevanog saznanja kupca prethodio onom trenutku koji je sam kupac označio takvim.

Iako samo tumačenje pojma "saznanja" kupca ne uzrokuje probleme budući da se radi o njegovu stvarnom znanju,¹⁷⁶ dokazivanje te činjenice predstavlja znatnu poteškoću jer je malo vjerojatno da će prodavatelj raspolagati dokazima koji bi mogli nedvojbeno utvrditi trenutak stvarnog znanja kupca ukoliko kupac to sam ne izjavi.

Zato će se prodavatelj češće poslužiti konceptom predmnijevanog znanja i dokazivati kada je kupac "morao saznati" za pravo ili potraživanje trećega. Pri tumačenju ovog koncepta stajališta doktrine poglavito se sukobljavaju oko pitanja je li kupac dužan istraživati svoj položaj u pogledu postojanja prava ili potraživanja treće osobe u odnosu na robu koja je predmet kupoprodajnog ugovora. Tako jedni tvrde kako postoje okolnosti u kojima će kupac biti u obvezi istraživati svoj položaj,¹⁷⁷ dok drugi navode kako mu ova odredba ne nameće tu dužnost.¹⁷⁸ Priključujući se potonjoj grupi autora, Schwenzner kao standard dužne pažnje ističe dužnost kupca da "ne ignorira konkretne indikacije prava ili potraživanja treće osobe", te navodi primjer kada kupac, kao rezultat promidžbenih aktivnosti, sazna za novi proizvod ili žigom zaštićeni proizvod treće osobe.¹⁷⁹ Neki autori skloniji su tumačenju izraza "morao saznati" na način da ga zapravo izjednačavaju sa stvarnim znanjem.¹⁸⁰

¹⁷⁴ FLECHTNER, Harry M., "Moving Through Tradition Towards Universalism Under the U.N. Sales Convention (CISG): Notice of Lack of Conformity (Article 39) and Burden of Proof in the *Bundesgerichtshof* Opinion of 30 June 2004", u: TOMLJENOVIC, Vesna, ERAW, John, VOLKEN, Paul (ur.), *Liber Memorialis Petar Šarčević, Universalism, Tradition, Individual, Sellier*. European Law Publishers, München, 2006 (nadolazeće).

¹⁷⁵ Engl. *he has become aware or ought to have become aware*, franc. *il en a eu connaissance ou aurait dû en avoir connaissance*, španj. *haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de ella*.

¹⁷⁶ Definiciju i objašnjenje kategorije stvarnog znanja vidi, supra 2.3.1.2.

¹⁷⁷ PILTZ, op. cit., čl. 5, par. 119.

¹⁷⁸ HERBER, CZERWENKA, op. cit., str. 200.; LANGENECKER, op. cit., str. 247. et seq.

¹⁷⁹ SCHWENZNER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 345.

¹⁸⁰ Vidi, ENDERLEIN, op. cit., str. 184: "The buyer may not *carelessly neglect* rights or claims of third parties of which *he receives knowledge*." (kurziv dodan). ENDERLEIN, MASKOW, op. cit., str. 171, navode isto kao Enderlein u prethodnom citatu i tome dodaju: "But *he does not need to carry out research* into whether a third party might intend to assert the claim."

I ovdje, kao i u slučaju kada je bio u pitanju izraz iz članka 42. "nisu mogla biti nepoznata", držimo da je potrebno tumačenju pristupiti na način da ne ugrozimo koherentnost Konvencije kao cjeline i odgovarajućih njezinih odredbi. Zbog tog razloga pojam "morao saznati" treba podvrgnuti jednakom sustavu kao i druge pojmove u Konvenciji koji odražavaju pojedine razine znanja, odnosno svjesnosti stranaka o nekim činjenicama. Primjenom pristupa "znanje - krivnja"¹⁸¹ razinu znanja označenu pojmom "morao znati" možemo dovesti u svezu s razinom krivnje koja odgovara običnoj nepažnji (*culpa levis*).¹⁸² Ta se veza iskazuje na način da ukoliko iz razloga postupanja s običnom nepažnjom kupac nije stekao znanje o pravu ili potraživanju trećega do određenog trenutka, tada će se taj trenutak kada bi to znanje bio stekao da je postupao sukladno zahtjevu ove odredbe, smatrati trenutkom kada je počeo teći razumni rok za slanje obavijesti prema članku 43. stavku 2. Ova razina dužne pažnje, u usporedbi s onom iz članka 42. Konvencije, stroža je jer je ovdje zahtjev postupanja povezan sa standardom razumne osobe koja je stručnjak za poslovanje u određenoj djelatnosti.

4.2.3.3. Izostanak objektivnog roka

Za razliku od komplementarne odredbe članka 39. Bečke konvencije koja postavlja objektivni rok od dvije godine od dana stvarne predaje robe u kojem obavijest o materijalnim nedostacima mora biti poslana, članak 43. ne poznaje takav rok.¹⁸³ Razlog izostavljanja prekluzivnog roka za slanje obavijesti sastoji se u tome što je nedostatak robe u smislu opterećenja pravom intelektualnog vlasništva treće osobe uočljiv znatno kasnije nego li materijalni nedostaci. Naime, Schwenger navodi kako će treća osoba, u pravilu, postati svjesna povrede prava intelektualnog vlasništva kojeg je ona nositelj tek u kasnijem stadiju, pa će stoga tek tada moći poduzeti određene korake u smislu njegove zaštite.¹⁸⁴ Primjerice, za povredu prava žiga prodajom robe na kojoj je neovlašteno istaknut, treća osoba će najčešće saznati onda kada se roba pojavi na tržištu, a to može biti čak i nekoliko godina nakon zaključenja ugovora, te nakon dostave odnosne robe.

4.2.3.4. Zastara

S obzirom da nije propisan objektivni rok, možemo zaključiti kako se prodavatelj može pozvati na odredbu članka 42. u bilo koje vrijeme. S druge strane, to pravo neće moći ostvariti sudskim putem nakon što nastupi zastara. To jednako vrijedi za slučajeve kada je kupac obavijestio prodavatelja sukladno članku 43. Bečke konvencije, kao i kada je propustio to učiniti, jer zastara ima

¹⁸¹ Vidi više, supra 2.1.2.

¹⁸² Vidi, tablicu 4.

¹⁸³ Prilikom izrade nacrtu Bečke konvencije nije bio usvojen prijedlog Federalne Republike Njemačke da se unese dvogodišnji objektivni rok. SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law*, op. cit., str. 74., bilj. 285.

¹⁸⁴ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 345.

takav pravni učinak da u potpunosti sprječava ovlaštenika u ostvarivanju njegova zastarjelog prava u sudskom postupku.

Bečka konvencija ne sadrži pravila o zastari, pa se moraju potražiti izvan nje. Budući da se u slučajevima o kojima je ovdje riječ uvijek radi o ugovoru o kupoprodaji s međunarodnim obilježjem, do pravila o zastari dolazi se na temelju pravila o mjerodavnom pravu. Vodi li se spor pred hrvatskim sudom, on će primijeniti Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima¹⁸⁵ (dalje: ZRSZ) te u odredbi članka 8. pronaći odgovor na pitanje koje je pravo mjerodavno za zastaru. Citirana odredba propisuje da je za zastaru mjerodavno ono pravo koje je mjerodavno za sadržaj pravnog posla ili pravne radnje.¹⁸⁶ Dakle, prvotno je potrebno utvrditi koje je pravo mjerodavno za ugovor o kupoprodaji u konkretnom slučaju (*lex contractus*). Ukoliko su ugovorne stranke izabrale mjerodavno pravo (*lex autonomiae*), tada je to pravo ujedno mjerodavno i za zastaru.¹⁸⁷ Ako je u ugovoru stranaka izostao izbor mjerodavnog prava, presumpcija glasi da je mjerodavno pravo onog mjesta gdje se u vrijeme primitka ponude nalazio sjedište prodavatelja – vršitelja karakteristične činidbe u ugovoru o kupoprodaji.¹⁸⁸ Ta je presumpcija oboriva jer se može primijeniti i drugo pravo ukoliko posebne okolnosti slučaja upućuju na to drugo pravo.¹⁸⁹ U svakom slučaju, ono pravo koje je hrvatski sud našao da je mjerodavno za konkretni ugovor o kupoprodaji (*lex contractus*), mjerodavno je i za pitanje zastare.

U konkretnom slučaju na pitanje zastare može biti primjenjiva međunarodna konvencija. Takva je Konvencija o zastari u međunarodnoj kupoprodaji robe (New York, 1974), kojoj je 1980. godine dodan Protokol o izmjeni Konvencije o zastari u međunarodnoj kupoprodaji robe.¹⁹⁰ Kao i Bečka konvencija,

¹⁸⁵ Zakon o preuzimanju Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, Narodne novine br. 53/1991.

¹⁸⁶ Tome analogno rješenje usvojeno je i u unificiranom pravu država članica Europske zajednice. Vidi, članak 10. stavak 1. točka (d) Konvencije o pravu mjerodavnom za ugovorne odnose [1980] O.J. L266/1; pročišćeni tekst [1998] O.J. C27/34.

¹⁸⁷ Članak 19. ZRSZ.

¹⁸⁸ Članak 20. točka 1. ZRSZ.

¹⁸⁹ Članak 20. (uvodna rečenica) ZRSZ.

¹⁹⁰ Konvencija i Protokol stupili su na snagu 1. kolovoza 1988. godine. Konvencija o zastari u tekstu izmijenjenom Protokolom u ovom trenutku ima 18 stranaka, a u izvornom tekstu ima 25 stranaka. Republika Hrvatska nije navedena kao stranka Konvencije o zastari niti u izvornom sadržaju niti onom izmijenjenom Protokolom. Vidi podatke o statusu Konvencije na službenim stranicama UNCITRAL-a, <http://www.uncitral.org/en-index.htm> (19.8.2005.). O Konvenciji više vidi, Commentary on the Convention on Limitation Period in the International Sale of Goods, Done at New York, 14 June 1974, A/CONF.63/17, *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, vol. 10., str. 145.-173., <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1979-e/vol10-p145-173-e.pdf> (2.9.2005.); GIARDINA, Andrea, "La prescrizione in tema di vendite internazionali, Note su una Convenzione promossa dalle Nazioni Unite", u: *Studi in onore di Manlio Udina*, vol. II, Giuffrè, Milan, 1975., str. 1043.-1056.; GORENC, Vilim, "Zastara tražbina iz međunarodne kupoprodaje", *Pravo i porezi*, br. 2., 1998., str. 125.-129.; HONNOLD, John O., "Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods", *International Lawyer*, vol. 24., 1990., str. 583.; LANFERMANN, Hans-Georg, "Das UNCITRAL-Übereinkommen über die Verjährung beim internationalen Warenkauf", *Rabels Zeitschrift für*

Konvencija o zastari može se primijeniti bilo na temelju kolizijskih pravila neke države¹⁹¹ ili izravno u slučaju kada obje ugovorne stranke imaju poslovni nastan na teritoriju država ugovornica Konvencije o zastari.¹⁹² Konvencija o zastari predviđa opći zastarni rok u trajanju od četiri godine koji teče od trenutka dospjeća potraživanja.¹⁹³ S obzirom da Republika Hrvatska nije stranka Konvencije o zastari niti je pristupila njezinom Protokolu,¹⁹⁴ hrvatski sudovi će prilikom utvrđivanja roka zastare za ugovore o kupoprodaji trebati na temelju hrvatskih kolizijskih pravila na gore opisani način utvrditi koje je pravo mjerodavno za ugovor, a time ujedno i za zastaru.

4.2.4. Svrha obavijesti

Primarna svrha obveze detaljnog, promptnog i kontinuiranog obavještanja sukladno članku 43. stavka 1. Bečke konvencije jest pružiti prodavatelju mogućnost sagledavanja situacije nastale uslijed (navodne) povrede prava intelektualnog vlasništva treće osobe te poduzimanja odgovarajućih mjera.¹⁹⁵ Bude li detaljno i na vrijeme obaviješten o pravu intelektualnog vlasništva treće osobe te ukoliko procijeni da to pravo doista postoji, prodavatelj će moći s tim subjektom riješiti sporno pitanje, primjerice, tako što će otkupiti od treće osobe prava ekonomskog iskorištavanja intelektualnog vlasništva ili će joj ponuditi novčanu naknadu na ime štete pretrpljene zbog povrede njezina prava. Ukoliko to ne bi mogao ostvariti, prodavatelju uvijek ostaje mogućnost ponuditi drugo za kupca zadovoljavajuće rješenje, kao što je to zamjena robe u cjelini ili onih dijelova robe nad kojima treća osoba ima pravo intelektualnog vlasništva. S druge strane, u slučajevima kada procijeni da je potraživanje trećega neosnovano, prodavatelj će biti u položaju na učinkovit i brz način suzbiti takve zahtjeve treće osobe te ih otkloniti od kupca.¹⁹⁶ Time će spriječiti situaciju da ispunjenje njegove obveze iz članka 42. Bečke konvencije bude dovedeno u pitanje.

Postupajući na opisani ili neki tome sličan način prodavatelj će moći umanjiti štetu koja bi nastala kao posljedica, primjerice, sudskog postupka ili zabrane daljnjeg raspolaganja robom koja je predmet ugovora o kupoprodaji.¹⁹⁷

ausländisches und internationales Privatrecht, vol. 39., 1975., str. 253.-277.; LOOKOFSKY, *Understanding the CISG in the USA*, op. cit., str. 115.-119.; SMIT, Hans, "Convention on the Limitation Period: UNCITRAL's First Born", *American Journal of Comparative Law*, vol. 23., 1975., str. 337.-355.; VILUS, Jelena, "Konvencija o zastarelosti u oblasti međunarodne prodaje robe od 1974. godine", *Jugoslavenska revija za međunarodno pravo*, br. 1.-3., 1974., str. 141.-155.

¹⁹¹ To je moguće u slučaju kada država čije je pravo mjerodavno prema kolizijskim pravilima ujedno je i stranka Konvencije o zastari.

¹⁹² Članak 3. stavak 1. Konvencije o zastari u međunarodnoj kupoprodaji robe.

¹⁹³ Članci 8. i 9. Konvencije o zastari u međunarodnoj kupoprodaji robe.

¹⁹⁴ SFRJ je pristupila Konvenciji 27. studenoga 1978., no sada su od bivših republika stranke Konvencije (no ne i Protokola) Bosna i Hercegovina, Slovenija i Srbija i Crna Gora. Vidi, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_status.html (31. 8.2005.)

¹⁹⁵ ENDERLEIN, MASKOW, op. cit., str. 171.

¹⁹⁶ Vežano za tumačenje članka 42. Bečke konvencije na način da propisuje odgovornost prodavatelja za svako, pa i neosnovano potraživanje vidi, supra 2.2.2.

¹⁹⁷ O obvezi umanjenja štete, vidi infra 4.4.2.3.

Dakako, da će u slučaju primitka obavijesti koja je u skladu s člankom 43. stavkom 1. Bečke konvencije prodavatelj imati ne samo mogućnosti, nego i obvezu prema kupcu, osigurati da pravo odnosno potraživanje treće osobe bude zadovoljeno ili odbijeno. Ukoliko on tu obvezu ne bi ispunio (a ne postoje egzoneracijski razlozi sukladno Bečkoj konvenciji), bio bi odgovoran za povredu ugovora.¹⁹⁸

Osim pružanja mogućnosti prodavatelju da na zadovoljavajući način riješi zahtjev treće osobe u pogledu kršenja prava intelektualnog vlasništva, svrha kupčeve obavijesti može se sastojati i u tome da prodavatelja zaštiti od gubitka prava na isticanje takvog prigovora protiv vlastitih dobavljača.¹⁹⁹

4.3. Pravne posljedice propusta dostave obavijesti prodavatelju

Propust kupca da obavijesti prodavatelja o pravu ili potraživanju s naslova intelektualnog vlasništva u skladu s odredbom članka 43. stavka 1. Bečke konvencije, dakle, na način da ga je obavijestio o prirodi toga prava ili potraživanja u razumnom vremenu nakon što je saznao ili je morao saznati za njega, za posljedicu ima nemogućnost pozivanja na pravo iz članka 42. Bečke konvencije da mu bude dostavljena roba slobodna od prava ili potraživanja treće osobe s naslova intelektualnog vlasništva. Drugim riječima, kupac gubi mogućnosti isticati povredu spomenute prodavateljeve obveze kao osnove za ostvarivanje onih prava koja su mu zajamčena u slučaju kada prodavatelj ne ispuní neku obvezu iz ugovora o prodaji robe.²⁰⁰

Gubitak prava pozivanja na odredbu članka 42. Bečke konvencije nastupa samom činjenicom da je kupac propustio prodavatelju dati potrebnu obavijest (ukoliko nije ispunjen neki od uvjeta koji isključuju tu obvezu²⁰¹), i pritom uopće nije odlučno je li ili nije protekao zastarni rok. Naime, zastarni rok nema učinka prema "razumnom roku" za slanje obavijesti, odnosno ne utječe na zadržavanje ili gubitak prava pozivanja na povredu od strane prodavatelja obveze iz članka 42. Bečke konvencije.²⁰² Kao što je već rečeno, propuštanje podnošenja tužbe sudu prije isteka roka zastare samo oduzima mogućnost sudskog (ili, ako je tako ugovoreno, arbitražnog) ostvarenja određenog prava, s time da samo pravo i dalje postoji, ali kao neutuživo. Nasuprot tome, propuštanje u "razumnom roku" na propisani način obavijestiti prodavatelja o pravu ili potraživanju s osnova industrijskog odnosno drugog intelektualnog

¹⁹⁸ DATE-BAH, u: BIANCA, BONELL (ur.), op. cit., str. 318.

¹⁹⁹ Vidi, FLECHTNER, Harry M., "Buyer's Obligation to Give Notice of Lack of Conformity (Articles 38, 39, 40 and 44)", u: FERRARI, FLECHTNER, BRAND (ur.), op. cit., str. 385: Flechtner o tome govori u kontekstu odredbe članka 39. Bečke konvencije što predviđa gubitak prava kupca pozivati se na neusklađenost robe ukoliko nije o tome na propisani način u određenom roku obavijestio prodavatelja. Poblize o rokovima iz članka 43. Bečke konvencije vidi, supra 4.2.3.

²⁰⁰ Vidi, supra, 4.2.

²⁰¹ Vidi, infra, 4.4.

²⁰² HONNOLD, 1999., op. cit., str. 286.

vlasništva povlači za sobom posljedicu gubitka samog prava. Ovaj potonji rok je, dakle, prekluzivne prirode. Donja tablica prikaz je mogućih situacija te učinaka koje različite kombinacije nastupa prekluzije i zastare imaju za određeno subjektivno pravo te su jednako tako primjenjive i na slučajeve o kojima je ovdje riječ.

Tablica 5. Pravni učinci prekluzije i zastare

PREKLUZIJA	ZASTARA	PRAVNI UČINAK
ne	ne	postoji utuživo pravo
ne	da	postoji neutuživo pravo
da	ne	pravo ne postoji
da	da	pravo ne postoji

Slijedom navedenog može se zaključiti kako sankcija gubitka prava na isticanje odgovornosti prodavatelja upravo stoga što je tako drastične naravi može jamčiti da će kupac u najvećem broju slučajeva na vrijeme i na odgovarajući način obavijestiti prodavatelja o pravu ili potraživanju treće osobe, i time mu otvoriti mogućnost za poduzimanje potrebnih koraka u tom smislu.²⁰³

4.4. Isključenje obveze slanja obavijesti prodavatelju

Strogost gore navedenih uvjeta pod kojima se kupac može pozivati na svoja prava povrijeđena time što prodavatelj nije dostavio robu slobodnu od svakog prava ili potraživanja treće osobe, a koja se temelje na intelektualnom vlasništvu, ublažena je dvjema iznimkama koje utvrđuje Bečka konvencija. Jedna iznimka vezana je za okolnosti koje postoje na strani prodavatelja, a druga za one na strani kupca. Pored toga, stranke imaju pravo svojim sporazumom različito regulirati svoja prava i obveze iz ugovora o kupoprodaji robe, pa i na taj način mogu utjecati na prava i obveze vezane za odgovornost prodavatelja za dostavu robe opterećene pravom ili potraživanjem trećega.

4.4.1. Znanje prodavatelja o pravu ili potraživanju treće osobe

Prema odredbi članka 43. stavka 2. Bečke konvencije, okolnost koja može poslužiti kao isprika kupcu za propuštanje slanja obavijesti iz stavka 1. citiranog članka jest prodavateljevo znanje za pravo ili potraživanje trećega. Prodavatelj, naime, nema pravo pozivati se na odredbe stavka 1. ako je "znao za pravo ili potraživanje treće osobe i njegovu narav".

Za razliku od odredbe članka 42. stavka 2., ovdje je pravni standard uži utoliko što je relevantno jedino stvarno znanje prodavatelja. Kako je o pojmu

²⁰³ SONO, u: BIANCA, BONELL (ur.), op. cit., str. 326.

stvarnog znanja u Bečkoj konvenciji već detaljnije bilo riječi, ovdje upućujemo na odgovarajuće dijelove rada.²⁰⁴

Daljnjom usporedbom vidljivo je da u odredbi članka 43. stavka 2. nedostaje vremenska odrednica. Pitanje vremena odlučnog za postojanje znanja prodavatelja postaje potpuno jasno slijedimo li Schwenzerovo objašnjenje. Ovaj autor gotovo nebitnima smatra vrijeme zaključenja ugovora kao i vrijeme njegova ispunjena, navodeći kako su to u praksi ionako rijetke situacije te kako je ova odredba iznimka od odredbe prethodnog stavka, pa je kao takvu valja i tumačiti. Naime, obavijest kupca služi tome da bi prodavatelju stvorila mogućnost za otklanjanje prava ili potraživanja trećega.²⁰⁵ Slijedom toga Schwenzer zaključuje da je odlučno ono vrijeme kada je kupčeva obavijest trebala stići prodavatelju.²⁰⁶ Dakle, ukoliko u trenutku isteka razumnog roka za slanje kupčeve obavijesti u smislu članka 43. stavka 1., prodavatelj posjeduje znanje o pravu ili potraživanju i njegovoj naravi, kupac nije u obvezi slati obavijest.

Slijedom toga moguće je konstruirati ukupno pet kategorija situacija koje se mogu pojaviti u praksi u pogledu odnosa standarda znanja iz članka 42. stavka 1. i članka 43. stavka 2. Bečke konvencije. Prvi slučaj jest taj kada je prodavatelj znao za pravo ili potraživanje već u vrijeme sklapanja ugovora, pa je jasno da u tom slučaju kupac ne mora radi zadržavanja svoga prava iz članka 42. slati obavijest u skladu s člankom 43. Konvencije. Druga situacija postoji kada prilikom sklapanja ugovora prodavatelju nije moglo biti nepoznato pravo ili potraživanje, a efektivno je saznao za to nakon sklapanja ugovora, pa su i ovdje pravne posljedice jednake onima u prvom slučaju. Treći slučaj postoji kada prodavatelju također nije moglo biti nepoznato pravo ili potraživanje u trenutku sklapanja ugovora, ali niti tada niti nakon sklapanja ugovora nije posjedovao stvarno znanje. Četvrti slučaj, iako vrlo hipotetički i u praksi rijetko moguć, jest onaj u kojem je prodavatelj u trenutku zaključenja ugovora znao za pravo ili potraživanje trećega, no stjecajem okolnosti u trenutku isteka razumnog roka on to znanje nije više posjedovao.²⁰⁷ U oba ova slučaja, trećem i četvrtom, kupac nije oslobođen obveze te mora prodavatelju poslati obavijest o pravu i potraživanju i njegovoj naravi. Za razliku od četiri navedena, u posljednjem slučaju prodavatelj niti je znao niti mu je moglo biti poznato pravo

²⁰⁴ Vidi, infra 2.3.1.2. i supra 4.2.3.2.

²⁰⁵ Vidi, supra, 4.2.4.

²⁰⁶ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 346.-347. Vidi u tom smislu, LANGENECKER, op. cit., str. 253.; MAGNUS, u: *J. von Staudingers*, op. cit., str. 356.; SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, op. cit., para 169.; VIDA, op. cit., str. 33.

²⁰⁷ Mada se ovdje radi o krajnjoj situaciji, ona je ipak zamisliva te je stoga i uključena u ovu shemu. Primjera radi, moguće je zamisliti slučaj u kojem je prodavatelju bilo poznato neutemeljeno potraživanje trećega u trenutku zaključenja ugovora pa je vezano za to reagirao, na što je treća osoba povukla svoje potraživanje te je prodavatelj pristupio ispunjenju ugovora u uvjerenju da nikakvo pravo niti potraživanje, bilo utemeljeno ili ne, ne tereti robu koja je predmet ugovora. No, treća osoba, svoje je potraživanje, identično onome ranije odbijenom od prodavatelja, istaknula prema kupcu u trenutku kada je kupac robu stavio na tržište, o čemu prodavatelj nema nikakvog saznanja. Dakle, moguće je da niti u trenutku isteka razumnog roka za slanje obavijesti prodavatelj nije znao za to potraživanje.

ili potraživanje u vrijeme sklapanja ugovora, tako da naknadno stečeno znanje prodavatelja nije bitno s obzirom da uopće ne nastupa stadij ispitivanja uvjeta iz članka 43. jer nema niti odgovornosti prodavatelja prema članku 42. Konvencije. Tablica 6. prikaz je navedenih situacija i ovisnosti obveze kupca na slanje obavijesti o prodavateljevom znanju u odlučnim trenucima.

Tablica 6. Obveza kupca na slanje obavijesti prodavatelju u ovisnosti o prodavateljevu stvarnom i predmnijevanom znanju

TRENUTAK ZAKLJUČENJA UGOVORA	TRENUTAK ISTEKA RAZUMNOG ROKA	POSTOJANJE OBVEZE KUPCA SLATI PRODAVATELJU OBAVIJEST
znao	znao	kupac nije u obvezi slati obavijest
nije znao, ali mu je moglo biti poznato	znao	kupac nije u obvezi slati obavijest
nije znao, ali mu je moglo biti poznato	nije znao	kupac je u obvezi slati obavijest
znao	nije znao	kupac je u obvezi slati obavijest
niti je znao niti mu je moglo biti poznato	znao/nije znao	uopće se ne dolazi u stadij ispitivanja prema čl. 43. jer ne postoji pravo kupca prema prodavatelju na temelju čl. 42.

Pored problematike vremena odlučnog za znanje prodavatelja, prilikom tumačenja odredbe članka 43. stavka 2. Bečke konvencije pojavljuje se dodatna nejasnoća s obzirom na značenje posljednje tri riječi odredbe "i njihovu narav". Postavlja se pitanje treba li, pored znanja o postojanju prava ili potraživanja, prodavatelj posjedovati i znanje o naravi tog prava ili potraživanja da bi se odredba mogla primijeniti u korist kupca. Doktrina se razilazi u odgovoru na ovo pitanje. Schwenzler, oslanjajući se na obrazloženje prijedloga njemačke delegacije o unošenju ove odredbe u Konvenciju, ističe kako je samo znanje prodavatelja o pravu ili potraživanju nedovoljno, te kako je potrebno i dodatno znanje o naravi istoga, primjerice, saznanje o koracima koje je treća osoba već poduzela protiv kupca.²⁰⁸ Tome je suprotstavljeno mišljenje drugih autora, poput Enderleina, koji, ne navodeći detaljnije razloge za ignoriranje ovog dijela odredbe, kategorički tvrdi da ukoliko je prodavatelj već upoznat s pravom ili potraživanjem treće osobe, ali ne i s naravi istoga, kupac nije u obvezi slati mu obavijest sukladno članku 43. stavku 1.²⁰⁹ Prvotno iznesen stav čini se da pruža konzistentnost u okviru članka 43. Bečke konvencije jer se na taj način postiže sigurnost u položaju prodavatelja. Slijedeći takvo tumačenje prodavatelj

²⁰⁸ SCHWENZLER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 346.

²⁰⁹ ENDERLEIN, op. cit., str. 185. U tom smislu vidi, MAGNUS, u: *J. von Staudingers*, op. cit., str. 356.

bi uvijek imao jednako znanje (u pogledu postojanja i naravi prava ili potraživanja), bez obzira je li ga je stekao na temelju kupčeve obavijesti ili iz nekog drugog izvora, a kupac jednaku obvezu u pogledu obavještavanja prodavatelja. Naime, u situaciji kada prodavatelj ne bi imao saznanja o naravi prava ili potraživanja trećega, kupac bi i dalje bio u obvezi s time ga upoznati kroz obavijest koju mu je dužan poslati. U suprotnom, u trenutku kada bi prodavatelj saznao za postojanje prava ili potraživanja, ali ne i za narav istoga, a kupac o tome ne bi bio u obvezi obavijestiti ga, na prodavatelja bi bila prebačena šira obveza negoli je to propisano odredbom članka 43. stavka 1. Drugim riječima, dio kupčeve obveze koji se odnosi na obavještavanje o naravi prava ili potraživanja bio bi prebačen na prodavatelja, čime bi kupac bio doveden u povoljniji položaj od onoga koji predviđa članak 43. Naime, radi rješavanja situacije s trećom osobom, to bi impliciralo i nužnost da se prodavatelj sam upozna s naravi prava ili potraživanja i u tu svrhu utroši određeno vrijeme i sredstva, premda su sve činjenice za kojima bi tragao već otprije poznate kupcu. Povrh toga, spomenuto tumačenje zacijelo ne bi bilo u skladu niti s općom obvezom komunikacije među ugovornim strankama onih činjenica koje su od važnosti za njihov međusobni odnos.²¹⁰ Naposljetku, tekst odredbe izričit je i jasan kada spominje obvezu kupca na obavještavanje prodavatelja ne samo o postojanju prava ili potraživanja već i o njihovoj naravi.

No, kao što je već bilo spomenuto ranije, stvarno znanje iznimno je teško dokazivo tako da će ova iznimka vjerojatno pokazati primjenjivom u manjem broju slučajeva. Kupcu je alternativno na raspolaganju jedna daljnja iznimka, no mana joj je što kupcu ne daje sva, već samo neka prava zbog povrede ugovora od strane prodavatelja.

4.4.2. Razumno opravdanje za propust slanja obavijesti

Kako bi zadržao svoje pravo iz članka 42., kupac mora prodavatelju poslati obavijest u skladu s propisanim uvjetima. Usprkos propustu da tako postupi, kupac neće izgubiti pravo pozivati se na odredbu članka 42. ukoliko je prodavatelj znao za pravo ili potraživanje treće osobe, kako je to gore objašnjeno. Pored toga, kupac će zadržati to pravo i u onom slučaju kada dokaže da je imao “razumno opravdanje” za svoj propust, no pritom na raspolaganju ima samo ograničen broj pravnih sredstava.

4.4.2.1. “Razumno opravdanje” kupca

Poput ostalih odredbi o kojima je već bilo riječi, i u odredbi članka 44. nailazimo na izraz koji zahtijeva dodatno pojašnjenje u pogledu njegova tumačenja – “razumno opravdanje”²¹¹. Naime, ova odredba unesena je kao rezultat zabrinutosti predstavnika zemalja u razvoju zbog drastičnosti posljedice

²¹⁰ Vidi, supra bilj. 150.

²¹¹ Engl. *reasonable excuse*, franc. *une excuse raisonnable*, španj. *una excusa razonable*.

ne-slanja obavijesti po kupca, imajući u vidu da su u međunarodnim kupoprodajnim ugovorima, kojih je predmet moderna i složena tehnologija, kupci upravo iz tih zemalja.²¹² Ta se zabrinutost poglavito odnosila na materijalne nedostatke i propust slanja obavijesti prema članku 39. Konvencije, na koji se članak 44. također primjenjuje. Na temelju navedenog Honnold ističe kako "...uporaba izraza 'razumno opravdanje' ukazuje na primjenjivost individualiziranijeg standarda..." od onoga koji je inače prisutan u članku 39.²¹³ Slijedom toga, pri primjeni odredbe članka 44. mogu se uzeti u obzir i problemi s kojima se susreo pojedinačni uvoznik, ili barem oni problemi s kojima se tipično susreću uvoznici u određenoj regiji, a koji problemi inače ne bi bili relevantni prema objektivnom standardu koji sadrži članak 39.²¹⁴ U literaturi, nadalje, možemo naći prijedlog da se ovaj standard tumači tako što će se okolnosti slučaja procjenjivati s aspekta pravičnosti.²¹⁵ U tom kontekstu i kupčevo neiskustvo, posebice sa sofisticiranom opremom, može biti odlučnim čimbenikom za ocjenu u korist razumnosti opravdanja.²¹⁶ Doktrina također ističe kao presudne čimbenike vrstu i opseg kupčeva poduzetništva, tako da se na propuste trgovaca pojedinca, poljoprivrednika, slobodnih zanimanja, znanstvenika i slično, može gledati s većom blagonaklonošću nego li na one koje počinu veliko trgovačko društvo.²¹⁷

Takva stajališta potvrđuje i sudska praksa. U odlukama u kojima su sudovi odbili pozivanje kupca na članak 44. kao neosnovano, implicirali su važnost

²¹² DATE-BAH, S.K., "The Convention on the International Sale of Goods from the Perspective of the Developing Countries", u: *La vendita internazionale, La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, vol. 39, Casa Editrice Giuffrè, Milano, 1981., (str. 23.-38.), str. 30. i 32. Vidi, supra 4.1.

²¹³ HONNOLD, 1991, op. cit., str. 338.: Ovaj autor navodi kako se upotreba izraza "razumno opravdanje" valja tumačiti i primjenjivati u skladu s razlozima unošenja ove odredbe u Konvenciju. U tom smislu, FLECHTNER, u: FERRARI, FLECHTNER, BRAND (ur.), op. cit., str. 693.: "[T]he 'reasonable excuse' standard must take an even more particularized and 'subjective' approach to the buyer's circumstances [then the flexible standards of 39(1) and 43(1)]...". Vidi suprotno stajalište, KRITZER, Albert H., *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law International, Deventer, 1994., str. 329.

²¹⁴ HONNOLD, 1991., op. cit., str. 338.; slično tome LOOKOFISKY, Joseph M., *Cross-References and Editorial Analysis, Article 44*, 1996., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-44.html> (5.9.2005.): "While this surely ought not be taken to mean that article 44 should be interpreted differently for parties situated in developing regions, it might (e.g.) be held that a party residing in an area where transportation and communication systems are less than well-developed might have a "reasonable" excuse for the failure to discover and notify of a defect as promptly as might otherwise (elsewhere) be expected."

²¹⁵ HUBER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 350.

²¹⁶ Ibid., str. 351.; slično tome ZIEGEL, CLAUDE, op. cit., komentar uz članak 44.: "The buyer's understandable ignorance of the notice requirements coupled with the lack of substantial prejudice to the seller may be suggested as example [of a reasonable excuse]. Another reason may be the buyer's legitimate failure to appreciate that a problem involving the goods was due to a non-conformity rather than some extraneous factor for which the seller could not be held responsible."

²¹⁷ HUBER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 350.

uzimanja u obzir individualnih i konkretnih obilježja situacije, kao što su to, primjerice, okolnost da je kupac trgovac pojedinac koji ugovor sklapa u okolnostima kada je potrebno reagirati brzo te bez odgode donositi poslovne odluke,²¹⁸ i okolnost da je kupac mali poduzetnik te da, slijedom toga, nema financijsku mogućnost zaposliti nekoga radi pregleda robe.²¹⁹ U jednoj također negativnoj odluci sud je naveo kako "razumno opravdanje" ipak zahtijeva od kupca ponašanje s razumnom pažnjom.²²⁰ To, čini se, potvrđuju i dva naredna pravorijeka gdje su arbitri prihvatili argumente o posjedovanju razumnog opravdanja za izostanak pravovremene obavijesti iz članka 39. stavka 1. Konvencije. U prvom slučaju Arbitražno sudište Međunarodne trgovačke komore smatralo je opravdanim zakašnjenje kupca u slanju obavijesti jer se on oslanjao na prethodno pribavljenu potvrdu neovisnog tijela, imenovanog od obje stranke ugovora, koja nije ukazivala ni na kakvu manu robe.²²¹ Slično tome, Međunarodno sudište za trgovačku arbitražu pri Trgovačkoj i industrijskoj komori Ruske Federacije, u sporu iz ugovora koji je zahtijevao slanje obavijesti o nedostacima u roku od 50 dana od dana otisnutog na teretnici, smatralo je da je uslijed praktične nemogućnosti pregleda robe u određenoj luci, zakašnjenje pri slanju obavijesti o nedostacima razumno opravdano temeljem članka 44. Konvencije.²²² Dakle, okolnosti izvan kontrole kupca svakako potpadaju pod koncept "razumnog opravdanja".²²³

Gornji kriteriji analogno su primjenjivi i na situacije kada se radi o takvom nedostatku na robi koji je posljedica prava ili potraživanja trećega s naslova intelektualnog vlasništva. Naime, kao što kupcu iz zemlje u razvoju pregled sofisticiranih uređaja kako bi ustanovio u čemu je kvar, može predstavljati teško rješivi problem, tako mu i u slučaju da treća osoba istakne svoje pravo ili potraživanje s osnova intelektualnog vlasništva, ocjena o kakvom se točno zahtjevu trećega radi može biti vrlo problematična.²²⁴ Naime, poznato je da su koncepti sagledavanja intelektualnog vlasništva određenog broja zemalja u svijetu nerijetko i dijametralno suprotni od onih koji su usvojeni u razvijenim zapadnim zemljama. Ono što je u razvijenim državama plagijat i rezultira građanskopravnom, a ponegdje i kaznenopravnom odgovornošću, prema tradicionalnom kineskom shvaćanju počast je za autora. Isto tako, primjerice, lijek za određenu bolest koji je u pravnim sustavima razvijenih zemalja gotovo

²¹⁸ Oberlandesgericht München, Njemačka, posl. br. 7 U 3758/94, 8. veljače 1995 (CLOUT br. 167).

²¹⁹ Obergericht des Kantons Luzern, Švicarska, posl. br. 11 95 123/357, 8. siječanj 1997. (CLOUT br. 192).

²²⁰ Oberlandesgericht Koblenz, Njemačka, posl. br. 2 U 580/96, 11. rujna 1998. (CLOUT br. 285).

²²¹ Posl. br. 9178 od lipnja 1999., *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 11, br. 2, 2000., str. 109.-116.

²²² Posl. br. 054/1999 od 24. siječnja 2000., dosupno putem baze Unilex, <http://www.unilex.info/>

²²³ Viša sila, kao nepredvidljiva okolnost u potpunosti izvan kontrole stranke, svakako spada u tu kategoriju. ENDERLEIN, MASKOW, op. cit., str. 172.

²²⁴ Sono citirajući Date-Bah, ostavlja otvorenim pitanje može li se nedostatak upućenosti kupca tretirati kao razumno opravdanje. SONO, u: BIANCA, BONELL (ur.), op. cit., str. 326.

bez iznimke zaštićen patentom, u nekim zemljama u razvoju to je dio tradicionalnog znanja koje se ne smatra vlasništvom pojedine osobe, već se kao kolektivno znanje i opće dobro prenosi već desetljećima, ako ne i stoljećima, s jednog naraštaja na drugi.²²⁵ Dakle, ne samo da nakon saznanja o nedostatku može za kupca biti teška procjena istog, već se problematičnim može pokazati i samo razumijevanje značenja i važnosti nedostatka, počevši sa samom spoznajom da se doista radi o nedostatku koji predstavlja opterećenje robe.²²⁶

Pored navedenih čimbenika, obilježja robe mogu igrati ulogu u procjeni razumnosti u zakašnjenju s obavještanjem. Jednako tako, i priroda nedostataka treba biti uzeta u obzir.²²⁷ Kao primjer možemo navesti rizik razvitka daljnjih nedostataka uzrokovanih prvotnim nedostatkom, a zbog propusta njegova saniranja u ranom stadiju.

4.4.2.2. *Propusti kupca na koje je primjenjivo opravdanje*

Kupčev propust slanja obavijesti prodavatelju može se sastojati u tome da je poslao obavijest sa zakašnjenjem, da ju je poslao u "razumnom roku", ali bez opisa naravi prava ili potraživanja treće osobe, ili da je uopće nije poslao. Ono što nije dvojbeno, jest to da se članak 44. Konvencije može primijeniti kada je kupac u razumnom roku dao obavijest o pravu ili potraživanju trećega, no nije opisao prirodu istih zbog razloga koji predstavljaju razumno opravdanje kako je gore objašnjeno.²²⁸ Isti je također primjenjiv i na slučajeve kada je kupac poslao sadržajno valjanu obavijest nakon proteka "razumnog roka", no može dokazati da je za to zakašnjenje imao "razumno opravdanje". Mišljenja samo da se i na posljednju od tri spomenute hipotetske situacije, kada kupac nije uopće poslao obavijest, također može primijeniti test "razumnog opravdanja" da bi kupac zadržao svoja prava iz članka 42. Konvencije, no samo onda kada je prodavatelj po proteku "razumnog roka" saznao o pravu ili potraživanju neovisno od kupca. U slučaju pak da prodavatelj nema saznanja o pravu ili potraživanju trećega u vrijeme kada ga je kupac stekao, kupac o tome mora obavijestiti prodavatelja, makar je istekao razumni rok od trenutka od kada je kupac morao saznati za isto prema članku 43. stavku 1. Ako ne bi tako postupio, ne bi se mogao pozivati na opravdanje prema članku 44. Bečke konvencije, jer je očito da tada ne bi više bilo nikakvog opravdanja za propuštanje slanja obavijesti, a kamo li razumnog. Moglo bi eventualno postojati razumno opravdanje za nenavođenje naravi prava ili potraživanja, a to nas vraća natrag na raspravu sa samog početka ovog odlomka.

²²⁵ Vidi o odnosu tradicionalnog znanja i intelektualnog vlasništva, <http://www.wipo.int/tk/en/> (26.8.2005.), i posebice, *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, WIPO izdanje br. 920., <http://www.wipo.int/tk/en/tk/index.html> (26.8.2005.).

²²⁶ Vidi, ENDERLEIN, MASKOW, op. cit., str. 172.

²²⁷ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 351.

²²⁸ ENDERLEIN, MASKOW, op. cit., str. 172.

4.4.2.3. Ograničenja u pogledu sankcija

Odredba članka 44. Bečke konvencije izričito predviđa da kupac može zahtijevati smanjenje cijene prema članku 50. Konvencije ili naknadu štete prema članku 74. Konvencije, i to samo pozitivne štete koju predstavlja umanjenje postojeće imovine oštećene osobe (*damnum emergens*), a ne i izmakle koristi (*lucrum cessans*).

Unatoč takvom neograničavajućem tekstu odredbe, neki su autori stajališta kako u slučajevima kada se radi o pravnom nedostatku ili nedostatku zbog prava ili potraživanja trećega s osnove intelektualnog vlasništva, *actio quanti minoris* nije moguće.²²⁹ Argument za to spomenuti autori pronalaze u tekstu odredbe članka 50. Bečke konvencije koji predviđa pravo kupca smanjiti cijenu ako "roba nije usklađena s ugovorom",²³⁰ tumačeći tekst u navodnicima kao *terminus technicus* koji označava postojanje materijalnih, a ne uključuje postojanje pravnih nedostataka niti onih vezanih za prava ili potraživanja s osnova intelektualnog vlasništva.²³¹ Tome dodaju kako ništa ne govori u prilog tome da je odredba članka 44., iako kasnije dodana, izmijenila odredbu članka 50. Konvencije.²³² Također to smatraju opravdanim i poradi praktičnih razloga, navodeći kako bi takvi zahtjevi ionako bili rijetki te kako je i u tim slučajevima kupac dovoljno zaštićen pravom na naknadu štete prema članku 45. stavku 1.

²²⁹ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 353.; SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law*, op. cit., str. 73, bilj. 281. Vidi suprotno stajalište, HERBER, CZERWENKA, op. cit., str. 234.; REINHART, Gert, *UN-Kaufrecht: Kommentar zum Übereinkommen der vereinten Nationen nom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Verkauf*, Miler Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991., čl. 50, par. 2.; WOLF, op. cit., str. 164.; GABRIEL, op. cit., str. 161.: Ovaj autor ne raspravlja izravno o ovom problemu, no navodi kako članak 50. Konvencije pretpostavlja da je kupac dao obavijest prodavatelju prema članku 39. ili 43. iz čega možemo izvući zaključak ako smatra taj članak primjenjivim i na slučajeve materijalnih nedostataka na robu i pravnih uključujući i nedostatke u vidu postojanja prava ili potraživanja treće osobe s osnove intelektualnog vlasništva.

²³⁰ Engl. *goods do not conform with the contract*, franc. *défaut de conformité des marchandises au contrat*, španj. *las mercaderías no fueren conformes al contrato*.

²³¹ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 440.; *Secretariat's Commentary*, tekst komentara uz članak 50. (članak 46. nacrt), dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-50.html> (22.8.2005.), par. 2.: "Goods may conform with the contract even though they are subject to the right or claim of a third party under article 39 or 40 [draft counterpart of CISG article 41 or 42]." Vidi i, MOHS, Florian, "The Restitution of Goods on Avoidance of the Contract for Lack of Conformity within the Scope of Art. 82(2)(c) CISG: On the Different Treatment of Defects in Quality, Third-Party Intellectual property Rights, and Defects in Title as Elements of the Remedies for the Buyer", u: *Pace International Law Review* (ur.), *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003-2004*, Sellier.European Law Publishers, München, 2005, (str. 53.-73.), str. 57. i 59. Vidi suprotno stajalište, WOLF, op. cit., str. 164.: Autorica navodi mišljenje da izraz "usklađenost robe" (engl. *conformity of goods*), pored materijalnih nedostataka, obuhvaća i pravne nedostatke u okviru Dijela III. Bečke konvencije, dok u Dijelu II. Konvencije, koji definira uvjete odgovornosti, taj izraz pokriva samo materijalne nedostatke.

²³² HONNOLD, 1991, op. cit., str. 397. Will dvoji da su predstavnici u 1. povjerenstvu previdjeli spomenutu kontradikciju obzirom da su prvo glasali za prihvrat odredbe članka 44., a tek sljedećeg dana odredbe članka 50. Bečke konvencije. WILL, Michael, u: BIANCA, BONELL (ur.), op. cit., str. 376.

točki (b) Konvencije.²³³ Naposljetku, taj stav potkrjepljuju i pozivanjem na *traveaux préparatoires*, odnosno na neuspjele pokušaje usvajanja norveškog prijedloga prema kojem bi se izričito propisalo da pravo na smanjenje cijene obuhvaća i slučajeve odgovornosti za evikciju općenito te odgovornosti zbog prava ili potraživanja trećega s naslova intelektualnog vlasništva.²³⁴ Neki od autora iz ove skupine ipak su mišljenja da bi *de lege ferenda* bilo poželjno usvojiti jedinstveni pristup koji ne bi, u pogledu prava kupca na smanjenje cijene, razlikovao pojedine kategorije nedostataka.²³⁵

Iz navedenog slijedi da ukoliko prihvatimo gornje tumačenje, tada kupac nema mogućnost smanjiti cijenu kada postoji pravo ili potraživanje trećega s osnove intelektualnog vlasništva, kako u slučajevima kada se kupac poziva na članak 44., tako i kada se ne poziva na taj članak već samo na članke 42. i 43. Konvencije.

Na ovom mjestu čini nam se značajnim istaknuti nedavno iznijeto mišljenje koje razlikuje način na koji bi članak 50. Bečke konvencije valjalo tumačiti u odnosu na pravne nedostatke robe, s jedne strane, i nedostatke na robi koji proizlaze iz prava ili potraživanja treće osobe s naslova intelektualnog vlasništva, s druge. Naime, prema Mohsu, u okolnostima postojanja pravnih nedostataka općenito kupac nema pravo zahtijevati sniženje cijene, dok u slučaju da je roba opterećena pravom ili potraživanjem trećega s osnova intelektualnog vlasništva kupac ima to pravo na jednak način kao i kada se radi o materijalnim nedostacima. Ovaj zaključak Mohs izvodi iz okolnosti da su prilikom izrade nacrtu Konvencije, stručnjaci u radnoj skupini smatrali da postojanje prava ili potraživanja trećega temeljenih na intelektualnom vlasništvu svakako ovlašćuje kupca na smanjenje cijene, te da je izraz "usklađenost robe" rabljen da bi se naglasila razlika u odnosu na pravne nedostatke općenito. To je nadalje logično, drži ovaj autor, i zato jer u okolnostima kada je roba opterećena nekim stvarnim pravom kupac, u pravilu, ne vidi poslovni interes u zadržavanju robe, pa niti uz smanjenu cijenu, već je njegov interes usmjeren k raskidu ugovora. Nasuprot tome, u slučajevima prava ili potraživanja s osnove intelektualnog vlasništva, smanjenje cijene može, s gledišta kupca, predstavljati razumnu alternativu raskidu ugovora.²³⁶

²³³ HONNOLD, 1991., op. cit., str. 397.; SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 440.: U tom smislu ovaj autor dodaje kako će upravo u slučajevima odgovornosti za pravne nedostatke gotovo nemoguće biti prodavateljevo pozivanje na višu silu (članak 79. Konvencije) kao osnovu isključenja odgovornosti za štetu.

²³⁴ HONNOLD, 1991., op. cit., str. 397. i bilj. 8.; SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 440. Postojanje ove problematike, kao što ističe Will u svojem komentaru, dijelom možemo zahvaliti i činjenici da je odredba članka 44. koja je dodana u poznom dijelu izrade nacrtu Konvencije, uvijek bila poimana u kontekstu materijalnih nedostataka, a ne i prava ili potraživanja trećih. WILL, u: BIANCA, BONELL (ur.), op. cit., str. 376.

²³⁵ SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law*, op. cit. str. 67.

²³⁶ MOHS, op. cit. str. 67.-68.: "In such a case, the third party has a right of exploitation and either the buyer or the seller could satisfy its business interest by paying a sum, e.g., a royalty. In return, the party who pays receives the right of use which allows the contract between the seller and the buyer to be executed as anticipated. The loss of value in goods caused by direct payment or temporary impairment could be deducted from the contract price in the form of a price reduction."

Važno je, na kraju, uočiti i to da kupac u stadiju u kojem se poziva na “razumno opravdanje” da bi ispričao propust slanja obavijesti, nema više pravo tražiti od prodavatelja da ukloni nedostatak na stvari, da mu dostavi zamjensku robu niti može raskinuti ugovor, pa čak i u slučajevima kada bi raskid ugovora temeljem drugih odredbi Konvencije bio dopušten. Naime, spomenuta pravna sredstva kupca nespojiva su s njegovim pozivanjem na odredbu članka 44.²³⁷

4.4.2.4. *Obveza umanjenja gubitka prema članku 77. Bečke konvencije*

Daljnji problem koji se pojavljuje vezano za odredbu članka 44. predstavljaju slučajevi kada upravo poradi izostanka obavijesti koja bi bila sukladna članku 43. prodavatelj trpi štetu, primjerice, kada mu je onemogućeno na vrijeme poduzeti određene mjere u odnosu na pravo ili potraživanje trećega, kada je izgubio pravo na poduzimanje nekih pravnih radnji prema trećemu, ili kada nije moguće više izvesti dokaze odlučne za otklon potraživanja treće osobe. U takvom slučaju neće odredba članka 44. bezuvjetno štiti kupca, već je ravnoteža u interesima dviju stranaka osigurana odredbom članka 77. Bečke konvencije.²³⁸ Prema članku 77. ona stranka koja se poziva na povredu ugovora dužna je poduzeti sve razumne mjere kako bi gubitak koji je posljedica te povrede bio što manji, a ukoliko to propusti činiti, druga stranka može zahtijevati razmjerno smanjenje naknade za prouzrokovanu štetu. Dakle, u okolnostima poput opisanih prodavatelj će imati na raspolaganju mogućnost zaštititi svoje interese kroz korektivni mehanizam članka 77. Konvencije.²³⁹

U svjetlu navedenih ograničenja, kao i citiranih odluka, može se zaključiti kako je stvarna mogućnost kupčeva uspjeha da temeljem odredbe članka 44. osigura za sebe povoljniji položaj u sporu izrazito mala i prisutna samo u iznimnim situacijama.²⁴⁰ A tada bi trebala poslužiti na način da se izbjegnu nepravilni rezultati primjene ostalih odredbi.²⁴¹

²³⁷ SONO, u: BIANCA, BONELL (ur.), op. cit., str. 327.; ENDERLEIN, MASKOW, op. cit., str. 173. No postoji mišljenje da se prodavatelj može koristiti svojim pravima za uklanjanjem nedostatka ili dostavom zamjenske robe. Vidi, KUOPPALA, op. cit., par. 4.7.3.3.

²³⁸ SONO, u: BIANCA, BONELL (ur.), op. cit., str. 327.

²³⁹ Postojanje te odredbe jedan je od razloga što je prilikom izrade nacrtu Bečke konvencije izbačena druga rečenica koja je bila dio prijedloga uz sadašnju odredbu članka 44., a koja je omogućavala isticanje prodavateljeva protuzahteva prema kupcu kada je izostanak obavijesti bio uzrokom štete za prodavatelja. Vidi, supra 4.1. O članku 77. Konvencije vidi više, KNAPP, Victor, u: BIANCA, BONELL (ur.), op. cit., str. 559.-567.; SAIDOV, Djakhongir, “Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, 2001., <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html> (23.8.2005.); ZELLER, Bruno, “Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art. 77) and the counterpart provisions of PECL (Art. 9:505)”, 2005., http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller77.html#bz* (23.8.2005.); ID., *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Press, Dobbs Ferry, N.Y., 2005.

²⁴⁰ Vidi, SONO, u: BIANCA, BONELL (ur.), op. cit., str. 328.

²⁴¹ LOOKOFISKY, u: HERBOTS, (ur.), op. cit., str. 114.

5. Sporazumno uređivanje odnosa iz članaka 42.-44. Bečke konvencije

Na jednak način kao i sve ostale odredbe Bečke konvencije, i odredbe koje su predmetom proučavanja u ovom radu mogu se isključiti iz primjene sporazumom stranaka. Naime, osnovno je obilježje glavnine odredbi Bečke konvencije njihova dispozitivnost.²⁴² Postoji široka sloboda ugovornih stranaka isključiti njezinu primjenu u cijelosti, isključiti primjenu neke njezine odredbe, odnosno izmijeniti učinak neke odredbe.²⁴³ Primjenom načela stranačke autonomije moguće je utjecati na odgovornost prodavatelja za mane stvari odnosno na prava kupca u tim okolnostima, a koji su predviđeni nekom od odredbi Bečke konvencije.²⁴⁴ Ugovorne strane tako mogu odrediti različito od Bečke konvencije ona pitanja koja su pokrivena odgovornošću prodavatelja odnosno ona koja nisu, tj. ograničiti ili proširiti odgovornost u odnosu na odredbe Bečke konvencije, a mogu i u potpunosti isključiti odgovornost prodavatelja za mane stvari. Kao primjer možemo navesti slučaj *Maglificio Esse v. Wehkamp*,²⁴⁵ koji se našao pred nizozemskim sudom. U tom slučaju stranke su zaključile ugovor o kupoprodaji čiji su sastavni dio bili i opći uvjeti poslovanja kupca, kojima je bila predviđena odgovornost prodavatelja za sve štete koje pretrpi kupac kao posljedicu povrede određenih prava trećih osoba, uključujući i autorsko pravo. Kako je u ovom slučaju sudskom odlukom iz spora između kupca i treće osobe, kupcu bilo naloženo naknaditi trećoj osobi štetu zbog povrede autorskog prava koje je pokrivalo dizajn tekstila, prvostupanjski je sud, primjenom općih uvjeta poslovanja, koji imaju prednost pred Konvencijom, naložio prodavatelju da obešteti kupca.

²⁴² Profesor Šarčević označio je Bečku konvenciju kao “soft’ international treaty” koja na temelju svoje kvalitete i činjenice da sadrži standarde prihvatljive na svjetskoj razini ipak nadvladava svoju dispozitivnost i priskrbljuje si uspjeh koji dokazuje i to što svake godine privuče nove države da postanu njezine stranke. ŠARČEVIĆ, Petar, “The CISG and Regional Unification”, FERRARI, Franco (ur.), *The 1980 Uniform Sales Law, Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences, Verona Conference 2003*, Sellier.European Law Publishers, Giuffrè Editore, Milano, 2003, (str. 3.-17.), str. 15.

²⁴³ Članak 6. Bečke konvencije predviđa mogućnost isključenja primjene Konvencije u cjelini (koje je moguće bez ograničenja) ili odstupanja od njenih odredbi, odnosno mijenjanja njihova učinka (s ograničenjem u smislu nemogućnosti odstupanja od ili promjene učinka odredbe članka 12. Konvencije). Detaljnije o tome vidi, FERRARI, Franco, “CISG Rules on Exclusion and Derogation: Article 6”, u: FERRARI, FLECHTER, BRAND, op. cit., str. 114.-137.

²⁴⁴ O načelu stranačke autonomije kao o jednom od osnovnih načela na kojima počiva Bečka konvencija vidi, AUDIT, op. cit., str. 37.; MAGNUS, “General Principles of UN-Sales Law”, op. cit., par. 5.b.1.

²⁴⁵ Arrondissementsrechtbank Zwolle, Nizozemska, posl. br. HA ZA 92-1180, 16. ožujka 1994 (djelomična presuda) i 1. ožujka 1995. (konačna presuda), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950301n2.html> (24.4.2005.) Ova odluka je bila predmetom žalbe no drugostupanjska odluka, čiji nam je prijevod dostupan, nije sasvim jasna u pogledu toga slaže li se ili ne drugostupanjski sud s prvostupanjskim u tom pogledu. Vidi, Gerechtshof Arnhem, Nizozemska, posl. br. 95/246 AL, 21. svibnja 1996., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960521n1.html> (24.4.2005.).

Također, strane ugovora o kupoprodaji mogu drugačije definirati rokove odgovornosti prodavatelja, kao i rokove za slanje obavijesti od strane kupca ili pak posljedice propusta kupca poslati obavijest u skladu sa zahtjevima Konvencije. Ukoliko bi stranke svojim ugovorom uglavile rok za slanje obavijesti o nedostacima, time bi se ne samo uklonio zahtjev slanja u "razumnom roku", nego i mogućnost pozivanja na "razumno opravdanje" zbog propuštanja tog roka.²⁴⁶ U kontekstu nesigurnosti koju sadrže odredbe vezane za obavještanje o nedostacima, Farnsworth upravo sugerira prodavateljima da kupoprodajnim ugovorom derogiraju odredbe iz Konvencije i predvide preciznija pravila.²⁴⁷ Pored navedenog, stranke svojim ugovorom mogu isključiti primjenu i Konvencije o zastari²⁴⁸ i ostaviti to pitanje pravu koje je mjerodavno prema kolizijskim pravilima.²⁴⁹

Važno je voditi računa o tome da takva ugovorna uglavljenja budu u suglasju s prisilnim propisima koji su relevantni u određenom slučaju jer u suprotnom neće proizvoditi pravne učinke.²⁵⁰

²⁴⁶ GABRIEL, op. cit., str. 144.; KUOPPALA, op. cit., par. 4.7.1. Na jednak način i trgovački običaji, primjenjivi temeljem članka 9. Bečke konvencije, koji predviđaju drugačiji režim od onoga koji utvrđuje sama Konvencija, imaju prevagu. HUBER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 354.

²⁴⁷ FARNSWORTH, E. Allan, "The Vienna Convention: An International Law for the Sale of Goods", u: LANDWEHR, Martha L. (ur.), *Private Investors Abroad, Problems and Solutions in International Business*, Matthew Bender, New York, 1983., (str. 121.-139.), str. 135.

²⁴⁸ Članak 3. stavak 3. Konvencije o zastari, dopušta tzv. *opting-out* tako što predviđa da se ona neće primjenjivati ako stranke izričito isključe njezinu primjenu.

²⁴⁹ Primjere takvih ugovornih odredbi vidi, KLOTZ, James M., BARRET, John A., *International Sales Agreements, An Annotated Drafting Guide and Negotiating Guide, International Edition*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1998., str. 215.-239.

²⁵⁰ Primjer takvog prisilnog propisa u hrvatskom pravu odredba je članka 465. stavka 2. Zakona o obveznim odnosima (NN br. 35/2005.), koja predviđa sankciju ništetnosti ugovorne klauzule o ograničenju ili isključenju odgovornosti za pravne nedostatke ako je u vrijeme sklapanja ugovora prodavatelju bio poznat ili mu nije mogao ostati nepoznat neki nedostatak u njegovu pravu. Ovo navodimo pod pretpostavkom da je zaštita od evikcije predviđena u članku 430. stavku 1. ZOO-a, obuhvaća i zaštitu od prava intelektualnog vlasništva, što je moguće zaključiti temeljem predmetne odredbe koja glasi: "Prodavatelj odgovara ako na prodanoj stvari postoji *neko pravo trećega koje isključuje, umanjuje ili ograničava kupčevo pravo*, a o čijem postojanju kupac nije obaviješten, niti je pristao uzeti stvar opterećenu tim pravom." (kurziv dodan). Slično i u doktrini, VEDRIŠ, KLARIĆ, op. cit., str. 411.: "Evikcija znači svaki pravni akt treće osobe kojim ta osoba na temelju svoga *prava isključuje ili ograničuje stjecatelja u vršenju prava* koje bi ovome po ugovoru pripadalo ili pripadalo bez ograničenja." (kurziv dodan) Koliko je nama poznato, o primjenjivosti odredbi o zaštiti od evikcije na prava trećega s naslova intelektualnog vlasništva hrvatska doktrina se nije izričito izjasnila. Komentari te problematike usredotočeni su na stvarna prava. Vidi, primjerice, GORENC, Vilim (gl. ur.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRIF Plus, Zagreb, 2005., str. 672.-673.; BELANIĆ, Loris, "Zaštita od evikcije", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 25., br. 1., 2004., str. 523.-557.

6. Teret dokazivanja

Većina autora smatra da Bečka Konvencija sadrži pravila o teretu dokazivanja kao opća načela, te da to pitanje nije izvan njezina polja primjene.²⁵¹ Tog je stajališta i sudska praksa.²⁵² Stoga ćemo ovdje dati kratko pojašnjenje o raspodjeli tereta dokazivanja vezano za odredbe 42.-44. Bečke konvencije.

Sukladno općem načelu o teretu dokazivanja ona stranka koja se poziva na neku odredbu na osnovi koje želi ostvariti određenu pravnu posljedicu sebi na korist, mora dokazati postojanje činjenica koje predviđa predmetna odredba.²⁵³ Primjenom ovog načela na odredbu članka 42. stavka 1. Bečke Konvencije dolazimo do zaključka da je na kupcu teret dokaza o postojanju prava ili potraživanja trećega s naslova intelektualnog vlasništva te da je prodavatelj za to znao ili da mu nije moglo biti nepoznato u vrijeme zaključenja ugovora.²⁵⁴ Želi li se oslanjati na odredbu točke (a) istoga stavka, kupac mora dokazati i da su u vrijeme sklapanja ugovora stranke imale na umu da će se roba, koja je predmet kupoprodajnog ugovora i na koji se odnosi pravo ili potraživanje treće osobe, dalje prodavati ili na drugi način upotrebljavati u određenoj državi. Slijedeći isto načelo, teret dokaza onih činjenica koje isključuju odgovornost

²⁵¹ FERRARI, Franco, "Scope of Application: Articles 4-5", u: FERRARI, FLECHTNER, BRAND (ur.), op. cit., str. 110.; HERBER, u: CAEMMERER, SCHLECHTRIEM, (ur.), op. cit., čl. 4, par. 22. i čl. 45, par. 12.; HERBER, CZERWENKA, op. cit., str. 32.-33.; MAGNUS, u: *J. von Staudingers*, op. cit., str. 90. et seq.; NEUMAYER, MING, op. cit., čl. 4, par. 13.; REIMERS-ZOCHER, Brigit, *Beweislastfragen im Haager und Wiener Kaufrecht*, Lang, Frankfurt a Main, 1995., str. 128. et seq. Vidi suprotno stajalište, KHOO, Warren, u: BIANCA, BONELL (ur.), op. cit., str. 39.; REINHART, op. cit., str. 90.; HUTTER, Max, *Die Haftung des Verkäufers für Nichtlieferung bzw. Lieferung vertragswidriger Ware nach dem Wiener UNCITRAL-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980*, Regensburg, 1988., str. 44.: Ovaj autor uvjerenja je da je teret dokazivanja izvan polja primjene Bečke konvencije, no i da postoje određene iznimke od tog pravila. Vidi i, FLECHTNER, op. cit.: "Certainly there is no evidence in the *travaux préparatoires* that the drafters of the CISG worked out, or even thought about, burden of proof issues on a general basis. [...] The fact that the CISG expressly allocates the burden of proof in particular provisions (such as Article 79(1) and Article 35(2)(b)) does not mean that the general question of who bears the burden of proof is a matter within its scope."

²⁵² Vidi, primjerice, *Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina s.p.a.*, Tribunale di Vigevano, Italija, 12. srpanj 2000., (CLOUT br. 378): Sud je iznio stav da je teret dokaza pitanje koje nije izričito riješeno Bečkom konvencijom, ali se tiče materije koja je njome uređena, pa je stoga uputio na opća načela o dokazivanju kao načela na kojima se Konvencija temelji. *Handelsgericht Zürich*, Švicarska, posl. br. HG930138 U/H93, 9. rujan 1993., (CLOUT br. 97); *Dansk Blomsterexport A/s v. Frick Blumenhandel*, Oberlandesgericht Innsbruck, Austrija, posl. br. 4 R 161/94, 1. srpnja 1994.; *Landgericht Frankfurt am Main*, Njemačka, posl. br. 2/1 O 7/94, 6. srpnja 1994., svi dostupni putem baze Unilex, <http://unilex.info/>. Vidi i noviju odluku, *Bundesgerichtshof*, Njemačka, posl. br. VIII ZR 321/03, 30. lipanj 2004., dostupno na <http://csgw3.law.pace.edu/cases/040630g1.html> (10.9.2005.).

²⁵³ MAGNUS, "General Principles of UN-Sales Law", op. cit., par. 5.b.26.

²⁵⁴ U sporu *Wehkamp B.V. v. Maglificio Esse*, posl. br. HA ZA 92-1180, nizozemski sud Arrondissementsrechtbank Zwolle, je 1. ožujka 1995. potvrdio kako je na kupcu dokazati da je prodavatelj znao ili nije mogao ne znati za pravo ili potraživanje trećega u vrijeme zaključenja ugovora. To je u istom sporu pod posl. br. 95/246, potvrdio i viši sud *Gerechthof's Arnhem* u odluci od 21. svibnja 1996. Oba slučaja dostupna su putem baze Unilex, <http://www.unilex.info/>

prodavatelja na osnovi članka 42. stavka 2. Bečke konvencije jest na prodavatelju koji, oslanja li se na točku (a) citiranog stavka, mora dokazati stvarno ili predmnijevano znanje o pravu ili potraživanju trećega. Isto tako, oslanja li se na točku (b) tvrdeći da je pravo ili potraživanje trećega istaknuto kao posljedica njegova postupanja u skladu s kupčevim tehničkim planovima, crtežima, formulama ili dugim specifikacijama, prodavatelj to mora i dokazati.²⁵⁵

Bez obzira na to tko je tužitelj, a tko tuženik u sporu nastalom iz ugovora o kupoprodaji na koji se primjenjuje Bečka konvencija, u skladu s maksimumom *probatio incubit ei qui affirmat non ei qui negat*,²⁵⁶ na kupcu je teret dokazivanja da je u razumnom roku od saznanja ili trenutka kada je morao saznati za pravo ili potraživanje trećega, poslao sadržajno valjanu obavijest.²⁵⁷ Na kupcu je isto tako teret dokaza i u slučaju kada je propustio poslati obavijest u skladu s člankom 43. stavkom 1. Konvencije, da postoji neki od razloga za isključenje sankcije gubitka prava iz članka 42., odnosno da je prodavatelj znao za pravo ili potraživanje,²⁵⁸ ili da je kupac imao razumno opravdanje za taj propust.²⁵⁹ Naime, Konvencija niti za jednu od navedenih okolnosti ne propisuje pravne predmnijeve, te je stoga na kupcu dokazati

²⁵⁵ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 343. Vidi i, *Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina s.p.a.*, op. cit.: "Il principio generale in materia di ripartizione dell'onere della prova appare essere quello per cui ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat: la parte che intende fare valere un diritto è tenuta a dimostrare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Ciò trova conferma nel disposto del sopra indicato art. 79, il quale, ponendo a carico della parte inadempiente l'onere della prova liberatoria che l'inadempimento è da imputarsi ad una causa estranea alla sua sfera di controllo, implicitamente riconosce che, viceversa, la prova dell'inadempimento, cioè della difettosa od irregolare esecuzione della prestazione, è a carico della controparte, cioè del contraente che l'ha ricevuta. Corollario del principio menzionato [sic] è - come spesso affermato dalla giurisprudenza straniera - che le eccezioni vanno provate dalla parte che le solleva (v. HG Zürich, 30 novembre 1998, in *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 1999., 185 ss.)."

²⁵⁶ Vidi, FERRARI, u: FERRARI, FLECHTNER, BRAND (ur.), op. cit., str. 111.

²⁵⁷ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 347. Usp. Handelsgericht des Kantons Zürich, Švicarska, posl. br. HG930138, U/HG93, 9. rujana 1993., (CLOUT br. 97) (Sažetak na njemačkom jeziku objavljen u *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, br. 2, 1995). Sud je ovdje, u sporu o materijalnim nedostacima na namještaju, iznio stajalište da je implicitno predviđeno Bečkom konvencijom da je na kupcu dokazati postojanje nedostatka, kao i da je dao valjanu obavijest o nedostacima u razumnom vremenu. Kako u konkretnom slučaju kupac nije dokazao te činjenice, izgubio je pravo oslanjati se na nedostatak stvari, ako je to pravo uopće imao. Ovaj se zaključak, vezan za članak 39. Bečke konvencije, analogno može primijeniti i na članak 43.

²⁵⁸ SCHWENZER, u: SCHLECHTRIEM (ur.), op. cit., str. 347.

²⁵⁹ MAGNUS, "General Principles of UN-Sales Law", op. cit., par. 5.b.26. Tako je arbitražna odluka u sporu pred Arbitražnim sudištem Međunarodne trgovačke komore, posl. br. 7331 iz 1994., (CLOUT br. 303.), potvrdila kako je na kupcu dokazati postojanje razumnog opravdanja: "Article 44 of the Vienna Convention provides that notwithstanding the provisions of Article 39(1), the buyer may reduce the price in accordance with Article 50, or claim damages, except for loss of profit, if he has a reasonable excuse for his failure to give the required notice. [Buyer] was not able to present any such excuse." Odluka je u izvornom jeziku objavljena u *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 6, br. 2, 1995, str. 73. Vidi i, Oberlandesgericht Koblenz, Njemačka, posl. br. 2 U 580/96, 11. rujana 1998., (CLOUT br. 285.).

njihovo postojanje.²⁶⁰ Čini se međutim, da bi na prodavatelju bio *onus probandi* u onim slučajevima iz članka 43. stavka 1. kada tvrdi da je kupac morao saznati za pravo ili potraživanje u trenutku koji prethodi onome koji je kupac naveo kao trenutak svoga stvarnog saznanja.

7. Zaključne napomene

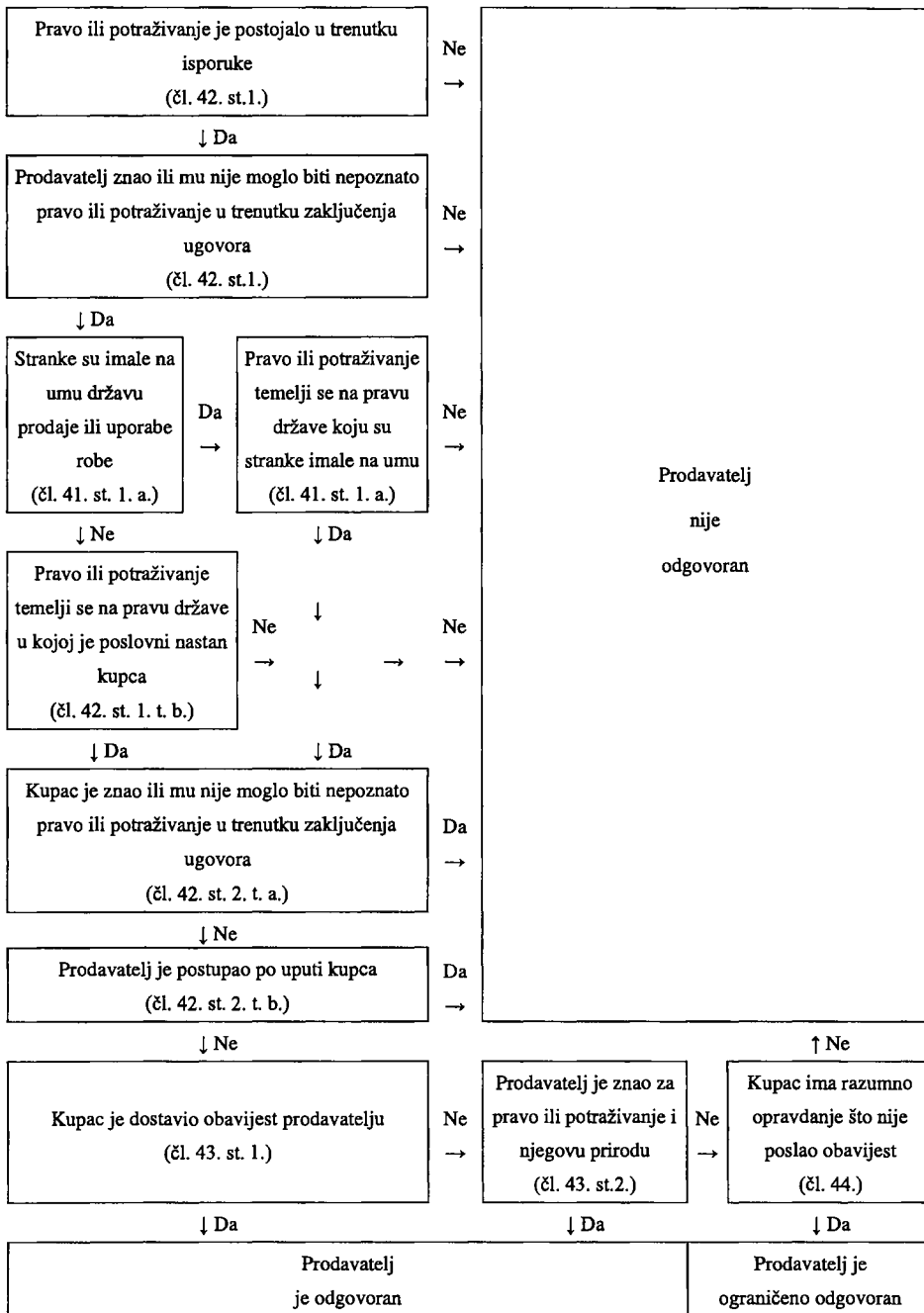
Na temelju prethodne rasprave o člancima 42.-44. Bečke konvencije može se zaključiti da je u pogledu odgovornosti prodavatelja za prava ili potraživanja treće osobe koja se temelje na intelektualnom vlasništvu konvencijski tekst sročen na način da su mnoga pitanja ostala otvorena. Zato su te odredbe podložne neujednačenim tumačenjima, što je ozbiljna prijetnja njezinu cilju da osigura jasna i predvidljiva pravila igre za kupce i prodavatelje robe koji sudjeluju u međunarodnim transakcijama. No, kao što je to profesor Goldštajn istaknuo još u vrijeme samog nastanka Konvencije, s time se moramo pomiriti jer u okolnostima u kojima je tumačenje Konvencije prepušteno različitim nacionalnim sudovima i izabranim sudištima, a uslijed nepostojanja jedinstvenog foruma, takav je ishod katkad neminovan.²⁶¹

Koliko god nesavršena bila, Bečka konvencija je živo pravo i njezine odredbe primjenjive su na veliki broj kupoprodajnih ugovora s međunarodnim obilježjem. U okolnostima sve izraženije trgovine Republike Hrvatske s inozemstvom i napora ka stimuliranju izvoza,²⁶² nadamo se da će ovaj rad biti ne samo znanstvena rasprava o temi koja je potakla istraživanje autorica, već i svojevrsni konstruktivni doprinos razumijevanju odredbi ove Konvencije od strane onih koji će se istom služiti ili ju primjenjivati u konkretnim slučajevima. U tom smislu prilažemo i donju shemu koja bi taj zadatak, kada su u pitanju odredbe članaka 42.-44., trebala učiniti nešto jednostavnijim.

²⁶⁰ Iako je, u kontekstu odredbe članka 40., koja je ekvivalent odredbi članka 43. stavka 2. Bečke konvencije i odnosi se na pitanja odgovornosti za materijalne nedostatke robe, njemački Vrhovni sud iznio načelno mišljenje kako je na kupcu tert dokazivanja loše vjere kupca (ili njegove krajnje nepažnje), također je smatrao kako je to pravilo u iznimnim okolnostima korigirano principom *Beweisnähe* (principom "bliskosti dokaza") prema kojem se teret dokaza može prebaciti na drugu stranu ako je ona bliža, tj. ako ima lakši pristup dokazima. Vidi engleski prijevod odluke, Bundesgerichtshof, Njemačka, posl. br. VIII ZR 321/03, 30. lipanj 2004., dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040630g1.html> (10.9.2005.).

²⁶¹ GOLDŠTAJN, Aleksandar, *Konvencija Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe u strukturi prava međunarodne trgovine*, Informator, Zagreb, 1980., str. 49.

²⁶² Ukupan izvoz Republike Hrvatske za razdoblje od siječnja do prosinca 2004. prema konačnim podacima iznosio je 48 363 milijuna kuna, dok je uvoz za isto razdoblje iznosio 100 008 milijuna kuna. Usp. s podacima za 2003. godinu: ukupni uvoz 41 355 230, a ukupni izvoz 94 893 108 milijuna kuna. *Robna razmjena Republike Hrvatske s inozemstvom za razdoblje od siječnja do prosinca 2004.*, Državni zavod za statistiku, <http://www.dzs.hr/hrv/priopcenja/PrFrameH.htm> (2.9.2005.).



Summary*

SELLER'S LIABILITY FOR THE THIRD PARTY'S RIGHT OR CLAIM BASED ON THE INTELLECTUAL PROPERTY PURSUANT TO THE VIENNA CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

This article reflects the analysis of the provisions laying down seller's liability for the third parties' rights or claims based on the intellectual property as regulated under the Vienna Convention for the Contracts on the International Sale of Goods of 1980. In contrast to the Croatian law on obligations which knows only of the provisions dealing with the seller's liability for third party's rights in general, the Vienna Convention encompasses specific rules regulating the mentioned type of seller's liability.

When implementing the Vienna Convention rules related to third party's rights or claims one necessarily encounters difficulties in trying to interpret certain terms and legal standards, which the liability is contingent upon. Particularly problematic are actual and presumed knowledge, owed largely to the fact that identical phraseology is used for both, seller's and buyer's knowledge. For the purpose of interpreting this legal standard the authors propose the "knowledge - fault" approach, according to which each level of contractual party's knowledge as prescribed by the Vienna Convention is connected to the respective level of that party's fault for not knowing of the relevant facts. The party's knowledge-related obligations deriving from the level of knowledge required under the Convention should be determined *in concreto*, i.e. taking account of the facts of each individual case. Thus the authors reject the *a priori* approach, adopted by a number of the Vienna Convention commentators, regarding the party's obligation to investigate the existence of the third party's right or claim.

In the attempt to make these rules as graspable as possible and their implementation less demanding, this paper also encloses the schematic overview of the steps necessary to take on the path of determining whether the seller is liable, under the Vienna Convention, for the third party's right or claim based on the intellectual property.

Key words: *international sales law, the 1980 Vienna Convention, seller's liability, third party's rights or claims, intellectual property.*

* Translated by the Authors.

Zusammenfassung*

**DIE VERANTWORTUNG DES VERKÄUFERS FÜR RECHTE
ODER ANSPRÜCHE DRITTER, DIE AUF GEISTIGEM
EIGENTUM BERUHEN, NACH DEM WIENER
ÜBEREINKOMMEN ÜBER DEN INTERNATIONALEN
WARENKAUF**

Diese Arbeit ist das Resultat einer Untersuchung der Bestimmungen des Wiener Übereinkommens über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980, die die Verantwortung des Verkäufers für Rechte oder Ansprüche Dritter, die auf geistigem Eigentum beruhen, regeln. Im Unterschied zum kroatischen Vertragsrecht, das nur Bestimmungen über Schutz von Eviktion enthält, reguliert das Wiener Übereinkommen diese Verantwortung durch spezielle Regeln.

Das Grundproblem, das im Bezug zu diesen Regeln auftaucht, ist die Frage der Deutung einzelner Begriffe und Rechtsstandards, die die Verantwortung des Verkäufers bestimmen, sowie das Ausschließen dieser Verantwortung. Als besonders problematisch wird hier die vorhandene oder vermutete Kenntnis erkannt, die sowohl den Verkäufer, als auch den Käufer betrifft, und zwar deswegen, weil sie durch genau die gleichen Begriffe ausgedrückt wird. Um diesen Rechtsstandard richtig zu deuten, schlagen die Autorinnen vor, das Verfahren "Kenntnis – Schuld" zu übernehmen, nach dem jedes einzelne Kenntnissniveau der Vertragsparteien, das vom Wiener Übereinkommen bestimmt wird, in Bezug zum entsprechenden Verantwortungsniveau der Partei für die Unkenntnis der entscheidenden Tatsachen gesetzt wird. Die Verpflichtungen der Parteien, die aus dem vom Übereinkommen geforderten Kenntnissniveau hervorgehen, werden *in concreto*, d.h. in Bezug zu den Umständen in jedem einzelnen Fall, bestimmt. Damit weisen die Autorinnen das Verfahren zurück, das von vielen Autoren angenommen wird, und das eine *a priori* Verantwortung des Verkäufers und des Käufers für das Herausfinden der Rechte oder Ansprüche Dritter voraussetzt.

Indem sie diese Bestimmungen zu erklären und ihre Anwendung zu vereinfachen versucht, enthält diese Arbeit auch ein Schema aller Schritte, die nach dem Wiener Übereinkommen notwendig sind um festzustellen, ob eine Verantwortung des Verkäufers für Rechte oder Ansprüche Dritter aufgrund geistigen Eigentums besteht.

Schlüsselwörter: *internationales Verkaufsrecht, Wiener Übereinkommen, Verantwortung des Verkäufers, Rechte oder Ansprüche Dritter, geistiges Eigentum.*

* Übersetzung: Die Autorinnen.

Sommarìo*

**LA RESPONSABILITÀ DEL VENDITORE
RIGUARDO DIRITTI O PRETESE DI SOGGETTI TERZI
SULLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE
IN BASE ALLA CONVENZIONE DI VIENNA
SULLA VENDITA INTERNAZIONALE DI MERCI**

Questo lavoro è il risultato dello studio delle disposizioni della Convenzione di Vienna sui contratti di compravendita internazionale del 1980 che disciplinano la responsabilità del venditore riguardo diritti o pretese di terzi sulla proprietà intellettuale. Diversamente dalle disposizioni del diritto contrattuale croato, comprendenti solo la materia della tutela dall'evizione, la Convenzione di Vienna regola con statuizioni specifiche la materia di detta responsabilità.

Le difficoltà essenziali che s'incontrano in relazione all'applicazione delle disposizioni della Convenzione di Vienna si riferiscono alle questioni dell'interpretazione dei singoli termini e degli standard giuridici che rappresentano le condizioni di responsabilità del venditore, come pure le condizioni di esclusione di tale responsabilità. In particolare risulta problematico il concetto di conoscenza effettiva o presunta, sia da parte del venditore che del compratore, in quanto sono descritti con terminologia comune. Per l'interpretazione di siffatto standard giuridico le Autrici propongono di accettare il principio della "conoscenza-colpa", in base al quale ogni singolo livello di conoscenza prescritto dalla Convenzione di Vienna viene correlato con il rispettivo grado di colpa per la mancata conoscenza dei fatti rilevanti da parte delle parti contrattuali. Gli obblighi delle parti che derivano dai gradi di conoscenza previsti dalla Convenzione si definiscono *in concreto*, ovvero in base alle circostanze del caso. Sul fondamento di queste premesse le Autrici non seguono la tesi adottata da un notevole numero di altri autori, tesi che presuppone *a priori* l'esistenza dell'obbligo del venditore o del compratore di effettuare ricerche per scoprire se esistano diritti o pretese di soggetti terzi.

Nel tentativo di proporre una visione quanto più accessibile e un'applicazione quanto più semplificata di queste disposizioni, questo lavoro contiene anche una presentazione schematica di tutti i passaggi contenuti nella Convenzione di Vienna necessari al fine di determinare l'esistenza o meno della responsabilità del venditore riguardo diritti o pretese del soggetto terzo sulla proprietà intellettuale.

Parole chiave: *diritto di compravendita internazionale, Convenzione di Vienna, responsabilità del venditore, diritti o pretese di persone terze, proprietà intellettuale.*

* Traduzione delle Autrici.

ZEMLJIŠNOKNJIŽNI SLUŽBENICI PREMA ZAKONU O IZMJENAMA I DOPUNAMA ZAKONA O ZEMLJIŠNIM KNJIGAMA

Mr. sc. Aleksandra Maganić, asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta
J.J. Strossmayera u Osijeku

UDK: 349.418(497.5)(094.5)
Ur.: 18. travnja 2005.
Pr.: 30. svibnja 2005.
Izvorni znanstveni članak

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama (NN 104/04.) uvedeni su zemljišnoknjižni referenti, nova vrsta zemljišnoknjižnih službenika čije su ovlasti u zemljišnoknjižnom postupku znatno proširene. Ovlaštenim zemljišnoknjižnim referentima prenesene su određene sudačke ovlasti – oni samostalno donose rješenja u zemljišnoknjižnim stvarima. Obrazloženje za takvo zakonsko rješenje zakonodavac je pronašao u austrijskom modelu instituta Rechtspfleger koji se pokazao učinkovitim instrumentom sudačkog rasterećenja u Republici Austriji. Međutim, ne samo da zakonodavac nije stvorio odgovarajuće preduvjete za primjenu austrijskog instituta Rechtspfleger, nego nisu zadržane ni osnovne značajke tog instituta. Radi otklanjanja dvojbe je li primjena instituta Rechtspfleger u Republici Hrvatskoj moguća, u ovom se radu prikazana rješenja nekih europskih zemalja tog instituta (Austrija, Njemačka, Estonija, Bosna i Hercegovina). Osim kritike upućene nekim zakonskim formulacijama dani su i de lege ferenda prijedlozi radi usvajanja europskih kriterija u rješavanju zemljišnoknjižnih stvari.

Ključne riječi: *zemljišnoknjižno pravo, zemljišnoknjižni službenik, zemljišnoknjižni referent, institut Rechtspfleger, stvarna neovisnost, remonstrativnost pravnog sredstva.*

1. Uvod

Zahtjev za promjenom dosadašnjeg Zakona o zemljišnim knjigama¹ (u nastavku: raniji ZZK) proizašao je iz niza praktičnih problema koji su se pojavili

¹ Narodne novine, br. 91/96., 69/98., 137/99., 73/00., 114/01.

u rješavanju zemljišnoknjižnih pitanja. Naime, dugotrajni zemljišnoknjižni postupci većih sudova (Zagreb, Rijeka, Split) i velik broj zaostataka u zemljišnoknjižnim predmetima te česti prigovori o nestručnosti osoba uposlenih u zemljišnoknjižnim odjelima potaknuli su zakonodavca na donošenje Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama² (u nastavku: ZID ZZK 04.).

Među mjerama koje je zakon propisao radi povećanja učinkovitosti zemljišnoknjižnih sudova jest i uvođenje ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata, nove vrste zemljišnoknjižnih službenika čije su ovlasti u zemljišnoknjižnom postupku znatno proširene. Zakon je ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta ovlastio na samostalno donošenje rješenja u zemljišnoknjižnom postupku, te ga je time u pogledu nadležnosti gotovo izjednačio sa sucem zemljišnog suda. Na taj način učinjen je još jedan dramatičan iskorak u dejudicijalizaciji³ zemljišnoknjižne funkcije, pri čemu su sudačke ovlasti prenesene zemljišnoknjižnim službenicima.

Obrazloženje za takvo zakonsko rješenje zakonodavac je pronašao u institutu *Rechtspfleger*, pozivajući se na djelotvornost koju je taj institut pokazao u Austriji i Njemačkoj. Međutim, da bi se strani institut mogao primijeniti u RH, moraju biti ispunjene odgovarajuće pretpostavke, a to su

- osiguranje odgovarajućih preduvjeta za primjenu instituta
- zadržavanja bitnih značajki toga instituta koje ga čine pravnim *specificumom*
- uzimanje u obzir pravnih posebnosti zemlje u kojoj se institut treba primijeniti.

Nažalost, zakonodavac se nije pobrinuo za osiguranje odgovarajućih preduvjeta za primjenu instituta *Rechtspfleger*, osobito onih koji se tiču ustavnih mogućnosti njegove primjene, a nisu zadržane ni bitne značajke toga instituta, pa se stječe dojam da taj institut u RH nije primjenjiv. Poštujući činjenicu da je neophodno stvoriti zakonske uvjete za rasterećenje sudaca, dejudicijalizacija se ne bi trebala provoditi na štetu osnovnih ustavnih postulata, osobito onih koji se tiču prava građana da o njihovim pravima i obvezama odlučuje nepristrani sud (čl. 29. Ustava RH⁴ - u nastavku: URH).

Kako bismo otклонili dvojbu je li primjena instituta *Rechtspfleger*, odnosno zemljišnoknjižnih referenata (*Grundbuchreferenten*) u Hrvatskoj moguća, u ovom ćemo članku opisati zakonska rješenja u svezi sa zemljišnoknjižnim službenicima u RH prije i nakon stupanja na snagu ZID ZZK 04. te zakonska rješenja za zemljišnoknjižne referente u Njemačkoj, Austriji i Estoniji. Konačno, osvrnut ćemo se i na rješenje ovog problema u susjednoj Bosni i Hercegovini.

² Narodne novine, br. 100/04.

³ *Dika, Mihajlo*, Javnobilježnička ovrha prema Noveli Ovršnog zakona iz 2003., Pravo i porezi, br. 4/2004, str. 3.

⁴ Ustav Republike Hrvatske, pročišćeni tekst Narodne novine br. 41/01., ispravak, Narodne novine, br. 55/01.

2. Zemljišnoknjižni službenici prema ZZK RH

2.1. Općenito o nadležnosti u zemljišnoknjižnom postupku

Odredbe o stvarnoj i mjesnoj nadležnosti u rješavanju zemljišnoknjižnih predmeta ostale su nepromijenjene i nakon ZID ZZK 04: Vođenje zemljišnih knjiga i rješavanje zemljišnoknjižnih predmeta pripada sudskoj nadležnosti.

Stvarno je nadležan za vođenje zemljišnoknjižnih knjiga (čl. 5. st. 1., ZZK) i rješavanje zemljišnoknjižnih stvari općinski sud, (čl. 16. st. 1. t. 3b. Zakona o sudovima⁵ – u nastavku: ZS), i to za nekretnine koje se nalaze na području za koje je taj sud mjesno nadležan. Sud prvog stupnja koji je bio nadležan za vođenje zemljišnih knjiga i rješavanje zemljišnoknjižnih predmeta u prvom stupnju označava se izrazom “zemljišnoknjižni sud” (čl. 5. st. 2., ZZK).⁶

Mjesna nadležnost zemljišnoknjižnog suda za postupanje u zemljišnoknjižnim stvarima određena je čl. 90. ZZK, prema kojem je mjesno nadležan zemljišnoknjižni sud koji vodi zemljišnu knjigu u koju treba provesti upis, osim ako zakonom nije što drugo određeno.

O žalbama protiv rješenja zemljišnoknjižnih sudova odlučuje nadležni županijski sud (čl. 34.a t. 3. Zakona o parničnom postupku⁷ – u nastavku: ZPP).

Zemljišne knjige vodi posebna ustrojstvena jedinica općinskog suda – zemljišnoknjižni odjel (čl. 5. st. 3., ZZK, čl. 2. st. 1. Pravilnika o unutaršnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova⁸ – u nastavku: Zemljišnoknjižni poslovnik). Osim odredbi ZZK, ustrojstvo i rad zemljišnoknjižnog odjela uređuju i odredbe Zemljišnoknjižnog i Sudskog poslovnika.⁹

2.2. Zemljišnoknjižni službenici prema ranijem ZZK

- Prema odredbama ranijeg ZZK unutar zemljišnoknjižnog odjela razlikovao se
- voditelj zemljišnih knjiga
- zemljišnoknjižni namještenik (zakonska terminologija), odnosno zemljišnoknjižni službenik (terminologija Zemljišnoknjižnog poslovnika).

Terminološka nedosljednost ranijeg ZZK (čl. 5. st. 4.) i Zemljišnoknjižnog poslovnika (čl. 2. st. 3.) ispravljena je ZID ZZK 04. na način da je zadržan pojam zemljišnoknjižni službenik. Uklanjanje terminoloških razlika bilo je

⁵ Narodne novine, br. 3/94., 100/96., 115/97., 131/97., 129/00., 67/01., 5/02., 101/03., 117/03., /04.

⁶ Josipović, *Tatjana*, Komentar zakona o zemljišnim knjigama, Informator, Zagreb, 1998., str. 34.

⁷ SL SFRJ, br. 4/77., 36/77., 6/80., 36/80., 43/82., 69/82., 58/84., 74/87., 57/89., 20/90., 27/90., 35/91., Narodne novine, br. 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03.

⁸ Narodne novine, br. 81/97., 109/02., 123/02., 153/02.

⁹ Narodne novine, br. 80/97.

nužno s obzirom na to da između službenika i namještenika postoji i terminološka i sadržajna razlika.¹⁰

Voditelj zemljišnoknjižnih knjiga upravljao je, vodio postupke i obavljao poslove zemljišnoknjižnog odjela pod neposrednim nadzorom suca, osim ako ministar pravosuđa nije odredio drugačije (čl. 5. st. 4. ranijeg ZZK, čl. 2. st. 2. Zemljišnoknjižnog poslovnika). Voditelj zemljišnoknjižne službe i sudac koji je određen za rad na zemljišnoknjižnim predmetima (zemljišnoknjižni sudac) određivali su se godišnjim rasporedom poslova (čl. 2. st. 2. Zemljišnoknjižnog poslovnika, čl. 28. Sudskog poslovnika).

Zanimljivo je da niti zakon, niti poslovnik nisu propisali stručnu spremu voditelja zemljišnih knjiga. Kako on ima šire ovlasti od zemljišnoknjižnog službenika i odgovara za rad zemljišnoknjižnih službenika (izuzev ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta), svakako bi trebao imati višu stručnu spremu od zemljišnoknjižnog službenika. Stoga bi bilo nužno propisati da voditelj zemljišnoknjižnog odjela može biti samo osoba s visokom stručnom spremom pravnog smjera (dipl. pravnik).

Voditelj zemljišnoknjižnog odjela bio je prema dosadašnjim propisima ovlašten odrediti zemljišnoknjižnog namještenika (službenika) koji je mogao voditi postupak i obavljati poslove pod neposrednim nadzorom suca (čl. 5. st. 4. dosadašnjeg ZZK), odnosno mogao je odrediti zemljišnoknjižnog namještenika (službenika) da obavlja poslove iz njegovog djelokruga. Osim toga, u zemljišnoknjižnim odjelima s povećanim opsegom poslova vođenje zemljišnih knjiga i ostali poslovi vezani uz rad sa zemljišnim knjigama mogli su se dodijeliti većemu broju zemljišnoknjižnih službenika, pod neposrednim nadzorom voditelja zemljišnoknjižnog odjela. Zemljišnoknjižni je službenik za vođenje zemljišnih knjiga morao imati položen zemljišnoknjižni ispit, a za njegov rad odgovarao je voditelj zemljišnoknjižnog odjela (čl. 2. st. 3. Zemljišnoknjižnog poslovnika).

Slijedom navedenog, u zemljišnoknjižnim odjelima zemljišnoknjižni službenik mogao je:

- obavljati poslove voditelja zemljišnih knjiga, pod nadzorom suca, ako ga je za to odredio voditelj zemljišnih knjiga,
- voditi zemljišne knjige i obavljati ostale poslove vezane uz rad sa zemljišnim knjigama, pod neposrednim nadzorom voditelja zemljišnih knjiga, ako su ispunjene zakonom određene pretpostavke (u zemljišnoknjižnom odjelu povećan je opseg poslova, službenik je položio zemljišnoknjižni ispit),

¹⁰ Državni službenici su osobe visoke, više ili srednje stručne spreme u državnim tijelima, koji kao redovito zanimanje obavljaju poslove iz djelokruga pravosudnih i dr. tijela utvrđenih Ustavom, zakonom, uredbom ili poslovnikom donijetim na temelju Ustava i zakona.

Namještenici su osobe srednje i niže stručne spreme koji u državnim tijelima rade na pomoćno-tehničkim poslovima i ostalim poslovima čije je obavljanje potrebno radi pravodobnog i kvalitetnog obavljanja poslova iz djelokruga državnih tijela (čl. 1. Zakona o državnim službenicima i namještenicima, Narodne novine br. 27/01. - u n. stavku: ZDSN).

– obavljati zemljišnoknjižne poslove i ako nisu ispunjene posebne zakonske pretpostavke, s tim da će zemljišne knjige moći voditi samo onaj zemljišnoknjižni službenik koji je položio zemljišnoknjižni ispit.

Za rad zemljišnoknjižnih službenika odgovarao je voditelj zemljišnoknjižnog odjela.

2.3. Zemljišnoknjižni službenici prema ZID ZZK 04.

ZID ZZK 04. u zemljišnoknjižne odjele uvodi novu vrstu zemljišnoknjižnih službenika - ovlaštene zemljišnoknjižne referente. U svezi s njihovim nazivom, nužno je uputiti na terminološku diferencijaciju koja u zakonu nije jasno provedena, čime mogu nastati dvojbe oko toga tko su sve osobe uposlene u zemljišnoknjižnom odjelu. Prema čl. 5. st. 4. ZZK osobe koje obavljaju zemljišnoknjižne poslove jesu voditelj zemljišnoknjižnog odjela, ovlaštene zemljišnoknjižni referenti i zemljišnoknjižni službenici. Međutim, zakon je u čl. 5. st. 4. ZZK propustio navesti zemljišnoknjižne referente kao osobe koje obavljaju zemljišnoknjižne poslove, odnosno utvrditi da svi zemljišnoknjižni službenici koji nisu imenovani za ovlaštenoga zemljišnoknjižnog referenta ostaju obični zemljišnoknjižni referenti.

ZZK zemljišnoknjižne referente prvi put spominje tek u čl. 109.b st. 1. t. 2. ZZK, u kojem propisujući uvjete za imenovanje ovlaštenoga zemljišnoknjižnog referenta upotrebljava zakonsko određenje “poslovima zemljišnoknjižnog referenta”. Time što je za imenovanje ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta potreban rad na poslovima zemljišnoknjižnog referenta, posredno bi se moglo zaključiti da su svi ostali zemljišnoknjižni službenici u zemljišnoknjižnom odjelu zemljišnoknjižni referenti. Ipak, radi izbjegavanja svake dvojbe, osobito one koja bi se ticala osoba zaposlenih u zemljišnoknjižnom odjelu, zakon je trebao već u čl. 5. st. 4. ZZK propisati da poslove u zemljišnoknjižnom odjelu osim voditelja zemljišnoknjižnog odjela i ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata obavljaju i zemljišnoknjižni referenti.

Ovlasti voditelja zemljišnoknjižnog odjela u vođenju postupka i obavljanju poslova ostale su nepromijenjene. Novost je da voditelj zemljišnoknjižnog odjela nije više ovlašten sam odrediti zemljišnoknjižnog službenika koji bi vodio postupak i obavljao poslove zemljišnoknjižnog odjela, nego ga određuje predsjednik suda. Na taj način zemljišnoknjižnog službenika koji obavlja zemljišnoknjižne poslove odjela:

- određuje predsjednik suda,
- nadzire sudac,
- za njegov rad odgovara voditelj zemljišnoknjižnog odjela.

Unatoč tomu što su ovim zakonskim odredbama poštivane zakonske odredbe o ovlastima predsjednika suda, osobito one koje se odnose na utvrđivanje godišnjeg rasporeda poslova (čl. 35. Sudskog poslovnika), ovakvo zakonsko rješenje nije nužno “bolji izbor u određivanju zemljišnoknjižnih službenika”.

Naime, nije bila nelogična odredba kojom je voditelj zemljišnoknjižnog odjela određivao zemljišnoknjižnog službenika koji će obavljati poslove iz

njegovog djelokruga jer je voditelj zemljišnoknjižnog odjela bio i jest osoba koja je neposredno upoznata s radom i kvalitetom rada pojedinih zemljišnoknjižnih službenika. Voditelj je za obavljanje poslova iz svog djelokruga odredio zemljišnoknjižnog službenika koji je bio sposoban da te poslove samostalno obavi, a o čemu se imao prilike i uvjeriti sam, neposredno sudjelujući u radu zemljišnoknjižnog odjela. Osim toga, voditelj zemljišnoknjižnog odjela osoba je koja odgovara za rad zemljišnoknjižnih službenika, čime se u konačnici osigurava i nepristranost njegova izbora. On će odabrati onog zemljišnoknjižnog službenika za kojeg pretpostavlja da će korektno izvršiti prenesene zadaće.

Naprotiv, predsjednik suda osoba je koja nije neposredno upoznata s radom zemljišnoknjižnog odjela, a zbog toga nema ni neposrednu informaciju o tome koji bi službenik bio pogodan za obavljanje pojedinih zadaća. Predsjednik suda, kao osoba "koja obavlja poslove sudske uprave" (čl. 73a ZS) te s tim u vezi utvrđuje godišnji raspored poslova (čl. 30. st. 2. Sudskog poslovnika), pri raspoređivanju službenika rukovodit će se potrebama suda, stručnim sposobnostima i sklonostima zaposlenika za obavljanje određenih poslova (čl. 30. st. 3. Sudskog poslovnika). Saznanja o stručnim sposobnostima i sklonostima pojedinih zemljišnoknjižnih službenika predsjednik će suda, za razliku od voditelja zemljišnoknjižnog odjela, stjecati posrednim putem. Nismo sigurni da će ove zakonske odredbe doprinijeti učinkovitijem izboru službenika koji će obavljati zemljišnoknjižne poslove. Uz već navedene razloge treba dodati da je nositelj odgovornosti za obavljene zemljišnoknjižne poslove voditelj zemljišnih knjiga. On odgovara za rad službenika kojeg nije izabrao.

Promjenom čl. 5. st. 4. dosadašnjeg ZZK, a kojom su voditelju zemljišnoknjižnog odjela oduzete navedene ovlasti, dovodi se u pitanje opstojnost odredbe čl. 2. st. 3. Zemljišnoknjižnog poslovnika. Prema toj odredbi voditelj zemljišnoknjižnog odjela bio je ovlašten da u slučaju povećanja opsega poslova u zemljišnoknjižnom odjelu vođenje zemljišnih knjiga i ostale poslove vezane uz rad sa zemljišnim knjigama dodijeli većem broju zemljišnoknjižnih službenika, koji su te poslove obavljali pod njegovim neposrednim nadzorom. Ta je odredba upućivala na primjenu odgovarajuće odredbe dosadašnjeg ZZK (čl. 5. st. 4.), čime se zapravo pozivala na ovlasti koje je voditelj zemljišnoknjižnog odjela imao po toj odredbi. Kako se ta odredba promijenila i kako voditelj zemljišnoknjižne službe više nema navedene ovlasti, to je ovlaštenje u skladu s promjenom čl. 5. st. 4. trebalo pripasti predsjedniku suda. Tako bi predsjednik suda morao odrediti da se zbog povećanja opsega poslova zemljišnoknjižni poslovi dodijele većemu broju zemljišnoknjižnih službenika čiji bi rad nadzirao sudac. Posljedica takvog zakonskog rješenja bila bi odgovarajuća promjena godišnjeg rasporeda poslova¹¹. U interesu pravne

¹¹ Utvrđeni godišnji raspored poslova može se tijekom godine mijenjati zbog znatnijeg povećanja broja predmeta određene vrste, zbog traženja da se pojedinoj vrsti predmeta, odnosno pravnih stvari, da prvenstvo u rješavanju, dulje odsutnosti suca ili drugog zaposlenika i drugih opravdanih razloga (čl. 39. Sudskog poslovnika).

sigurnosti nužno bi bilo promijeniti odredbu čl. 2. st. 3. Zemljišnoknjižnog poslovnika radi usklađivanja njezinog sadržaja s odgovarajućim zakonskim promjenama.

Posljednjom rečenicom čl. 5. st. 4. zakon uređuje odnos odgovornosti voditelja zemljišnoknjižnog odjela i ostalih zemljišnoknjižnih službenika (referenata). Za razliku od odredbe ranijeg ZZK, prema kojoj je "Za rad zemljišnoknjižnog namještenika (službenika) odgovarao voditelj zemljišnih knjiga", prema novoj odredbi "Za rad zemljišnoknjižnog službenika odgovara voditelj zemljišnoknjižnih knjiga, osim za rad ovlaštenoga zemljišnoknjižnog referenta." Tom se odredbom željela naglasiti promjena u odnosu odgovornosti voditelja zemljišnih knjiga i nove vrste zemljišnoknjižnih službenika, tzv. ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata, prema kojoj voditelj zemljišnoknjižnog odjela ne odgovara za njihov rad. Međutim, tom se odredbom naglašava i samostalnost ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta u postupanju, odnosno njegova funkcionalna neovisnost. Bolje nomotehničko rješenje bilo bi da je zakon uz postojeću odredbu predvidio (a ne previdio) posebnu odredbu o samostalnosti i funkcionalnoj neovisnosti ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta. Takvim posrednim određivanjem statusa ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta¹² samo se dodatno i nepotrebno mistificira njihov status.

3. Zemljišnoknjižni službenici u SR Njemačkoj

3.1. Općenito

Njemački Zakon o *Rechtspflegerima*¹³ (u nastavku: RpflG iz 1957.) sadržavao je odredbe prema kojima je nadležnost u zemljišnoknjižnim stvarima bila podijeljena između zemljišnoknjižnog suca i *Rechtspflegera*. Međutim, Zakon o *Rechtspflegerima* iz 1969.¹⁴ (u nastavku: njem. RpflG iz 1969.) prenio je ovlasti koje je sudac imao u zemljišnoknjižnim poslovima prema § 17. njem. RpflG iz 1957., te su poslovi zemljišnoknjižnog postupka postali poslovima koji su u cijelosti preneseni u nadležnost *Rechtspflegera*.

Ograničenja koja njem. RpflG propisuje § 4. st. 2., t. 1., 3. i § 5. odnose se na opća ograničenja u postupanju *Rechtspflegera*, a ne na ograničenja vezana uz zemljišnoknjižni postupak. Naime, *Rechtspfleger* nije ovlašten odrediti ili primiti prisegu i odlučivati o zahtjevu koji je usmjeren na promjenu odluke koju je donio službenik pisarnice (*Urkundsbeamter der Geschäftsstelle*). *Rechts-*

¹² Informaciju o statusu ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta dobivamo odredbom o odgovornosti voditelja zemljišnih knjiga, ne postoji samostalna odredba o njihovom statusu i odgovornosti.

¹³ Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und des Verfahrensrechts v 8. 2. 1957 (BGBl I 18).

¹⁴ Rechtspflegergesetz v 5. 11. 1969. (BGBl I 2065).

pfleger će u tim slučajevima, kao i u slučajevima propisanim § 5. njem. RpflG, biti dužan predmet uputiti na odlučivanje sucu.

Prema mišljenju nekih autora, u njemačkom pravu (Böttcher) potpuni prienos zemljišnoknjižnih poslova na *Rechtspflegere* nije protivan Ustavu.¹⁵

S obzirom na to da djelokrugu poslova *Rechtspflegera* pripadaju i odluke o zahtjevu za upis založnog prava na nekretnini (*Zwangshypotek*) te da ti poslovi imaju dvostruki karakter – oni su zemljišnoknjižni poslovi, ali i oblik osiguranja tražbine u ovršnom postupku – u tim će poslovima zemljišnoknjižna služba postupati po pravilima zemljišnoknjižnog postupka.¹⁶

3.2. *Institut Rechtspfleger*¹⁷ prema njemačkom pravu

Rechtspflegere su u punom opsegu preneseni poslovi “koje su prema zakonskim propisima obavljali suci prvostupanijskih sudova”¹⁸ u zemljišnoknjižnim stvarima (§ 3. st. 1. t. h njem. RpflG).

Tako *Rechtspfleger* u postupku koji se pokreće na zahtjev stranke

- a) upisuje promjene vlasništva (§§ 873., 925. Građanskog zakonika¹⁹ – u nastavku: BGB; §§ 13.ff. Zakonika o zemljišnim knjigama²⁰ – u nastavku: GBO);
- b) upisuje ograničena stvarna prava (§§ 873., 1018.ff. BGB; §§ 13.ff., 49. GBO);
- c) upisuje založna prava (§§ 873., 1113.ff. BGB; §§ 864.ff. Zakonika o građanskom procesnom redu²¹ – u nastavku: ZPO; §§ 13.ff. GBO);
- d) upisuje promjene tih prava (§§ 877.ff., 1153.ff. BGB; §§ 13.ff. GBO);
- e) provodi brisanje tih prava (§§ 875.ff. BGB; §§ 13.ff. GBO);
- f) upisuje predbilježbe (§§ 883.ff. BGB; §§ 13.ff. GBO);
- g) obavlja ispravke zemljišnih knjiga (§ 22. GBO);
- h) odbija zahtjeve za upis (§ 18. st. 1. GBO).

Rechtspfleger je nadležan za upis ili brisanje koji se provode na zamolbu suda ili nekog drugog tijela.

U postupku koji se provodi po službenoj dužnosti *Rechtspfleger* primjerice

- a) upisuje službene prigovore (§ 53. st. 1. reč. 1. GBO);
- b) provodi brisanje sadržajno nedopuštenog upisa (§ 53. st. 1. reč. 2. GBO);

¹⁵ Arnold, E., Meyer-Stolte K., Hermann, K.O., Hansens, H., Rellermeyer K., *Rechtspflegergesetz*, Kommentar, Gieseking, Bielefeld, 2002., str. 132.

¹⁶ Demharter, Johann, *Grundbuchordnung*, C.H.Beck, München, 2002., str.16.

¹⁷ *Rechtspfleger* koji obavlja zemljišnoknjižne poslove naziva se i zemljišnoknjižni referent – *Grundbuchreferent*. U njemačkom pravu nema razlikovanja između ovlaštenih i neovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata. Svi zemljišnoknjižni referenti ovlašteni su samostalno odlučivati u zemljišnoknjižnim stvarima.

¹⁸ “die nach den Vorschriften vom Richters warzunehmenden Geschäfte des Amtsgerichts”.

¹⁹ Bürgerliches Gesetzbuch v 18. 8. 1896. (RGBl S 195).

²⁰ Grundbuchordnung idF v 26. 5. 1994. (BGBl I 1114).

²¹ Zivilprozessordnung.

- c) upisuje službene zabilježbe (§18. st. 2. GBO).
U zemljišnoknjižnom postupku *Rechtspfleger* je, nadalje, nadležan za
- a) postupak brisanja bespredmetnih upisa (§§ 84.ff. GBO)
- b) postupak utvrđivanja prvenstvenog reda knjižnih prava, uključujući i imenovanje skrbnika ili zastupnika za primanje pismena (§§ 90.ff., 96., 97. GBO)
- c) ulaganje zemljišnoknjižnih listova (§§ 116.ff. GBO)
- d) prijepis nepreglednog zemljišnoknjižnog lista (§§ 28.ff. Zakonika o zemljišnoknjižnom postupku²² – u nastavku: GBV)
- e) unošenje podataka elektronskom obradom vođenih zemljišnih knjiga njihovim prijepisom te njihovo izdavanje, ako ti poslovi nisu prema pravnim propisima zemalja preneseni u nadležnost uredskih službenika za isprave (§ 128. GBO; §§ 67.ff., 93. GBV).

Položaj i zadaci *Rechtspflegera* uređeni su njem. RpflG. Njemački savezni zakonodavac nije se poput austrijskog odlučio da, istovremeno s prvom kodifikacijom prava *Rechtspflegera* (1962.), umetne u Ustav odgovarajuće odredbe o razgraničenju djelokruga poslova sudaca i “posebno obrazovanih nesudačkih saveznih službenika”.²³ Naime, nepostojanje ustavnih odredbi o *Rechtspflegeru* u njemačkoj je pravnoj teoriji dovelo do mnogobrojnih interpretacija položaja i pravne prirode instituta *Rechtspfleger*. Tako se *Rechtspflegeri* definiraju različito: kao sudski službenici, kao posebna vrsta između sudaca i sudskih službenika, pa čak i kao suci. S tim je usko povezano i razgraničenje nadležnosti sudaca i *Rechtspflegera*, odnosno njihovih ovlasti. Posljedice takvog pravnog rješenja pravna su nesigurnost i neujednačenost pravne teorije i prakse. Stoga je predstavničko tijelo *Rechtspflegera* (*Rechtspflegertag*) još 1986. tražilo promjenu čl. 92. njemačkog Ustava²⁴ (u nastavku: GG), koja se odnosi na povjeravanje sudbene vlasti. Tada su predložena dva nova stavka:

- st. 1. Sudbena vlast povjerena je sucima.
- st. 2. Zadaće (poslovi) sudbenosti mogu se zakonom prenijeti *Rechtspflegerima*.²⁵

Međutim, ni tom, a ni kasnijim zahtjevima za promjenom njem. Ustava, nije udovoljeno. Položaj i djelokrug poslova *Rechtspflegera* i dalje su uređeni samo zakonom, bez odgovarajuće ustavne odredbe koja bi predstavljala temelj razgraničenja nadležnosti suca i *Rechtspflegera*. Time se zakonodavac izlaže riziku da se odluke *Rechtspflegera* proglašaju protuustavnim jer o pravima građana koja pripadaju sudskoj nadležnosti nije odlučivao sud. Ipak, njemačka

²² Grundbuchverfahrensordnung v 24. 1. 1995. (BGBl I 114).

²³ Arnold, E. et al., op. cit. (bilj. 15), str. 62-63.

²⁴ Grundgesetz für die BRD, v 23. 5. 1949. (BGBl I S 1).

²⁵ Absatz 1: Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut.

Absatz 2: Aufgaben der Gerichtsbarkeit können durch Gesetz dem Rechtspfleger übertragen werden.

teorija i praksa nije se bavila tezama o protuustavnosti prenošenja nekih sudačkih poslova *Rechtspflegerima* iz nekoliko razloga.

Smatra se da su odluke koje je donio *Rechtspfleger* odluke suda. Tomu su u prilog i teze da "sud predstavljaju sva stvarno neovisna tijela koja izriču odluke, kojima su zakonom na snazi formalno prenesene zadaće suda te koja su označena kao sud" te da *Rechtspfleger* bez ikakve sumnje ispunjava te pretpostavke.²⁶

Protiv odluka koje je donio *Rechtspfleger* moguće je izjaviti žalbu protiv rješenja i prigovor. Iako *Rechtspfleger* donosi odluke kojima se odlučuje o nespornim stvarima, nezadovoljna stranka ima mogućnost da se o njezinom zahtjevu ponovno odlučuje. Najčešće će o odluci stranke ponovno odlučivati *Rechtspfleger*, a potom sudac prvostupanjskog suda (u povodu izjavljenog prigovora) ili sudac drugostupanjskog suda (žalba protiv rješenja). Tim je u svakom slučaju ostvarena mogućnost da o gotovo svakoj stvari odlučuje sudac.

Posebnost položaja *Rechtspflegera* u njemačkom pravu proizlazi iz odredbe § 9. njem. RpflG kojom se uređuje stvarna neovisnost. Prema toj odredbi *Rechtspfleger* je stvarno neovisan i vezan samo uz pravo i zakon. To znači da je *Rechtspfleger* u postupanju oslobođen od primanja uputa i time se *Rechtspfleger* razlikuje od ostalih pravosudnih službenika. Odredba § 9. njem. RpflG izvor je posebnosti položaja koji *Rechtspfleger* zauzima u njemačkom pravosudnom sustavu.

Ne raspravljajući o razlikama između *Rechtspflegera* i suca, za *Rechtspflegera* je dovoljno reći da je to službenik više pravosudne službe koji obavlja zakonom prenesene zadaće pravoskrblja (§ 1. njem. RpflG).²⁷

Razlika između pravosuđenja (odlučivanja o sporu) i pravoskrblja postoji u organizacijskom smislu. Pravosuđenje je djelatnost sudova i sudaca, a u pravoskrblju osim sudaca sudjeluje čitav niz "tijela koja nemaju svojstvo suca",²⁸ a to su državni odvjetnici, službujući odvjetnici, *Rechtspflegeri*, službenici za isprave, sudski ovršitelji, odvjetnici, pravni zastupnici i notari.

Pretpostavke su za obavljanje poslova *Rechtspflegera* trogodišnja pripremna služba (18 mjeseci stručnog studija i potom 12 mjeseci poslovne prakse) (§ 2 st. 1. njem. RpflG) u okviru koje kandidati za *Rechtspflegera* nakon završene srednje škole, srednje stručne škole i položenog ispita zrelosti (mature) stječu

²⁶ Als "Gericht" bezeichnet man alle Spruchstellen, die sachlich unabhängig in einem formell gültigen Gesetz mit den Aufgaben eines Gerichts betraut und als Gerichts bezeichnet sind, Arnold. E., et al., op. cit. (bilj.15), str. 67.

²⁷ Pravoskrblje (Rechtspflege) se u njemačkoj teoriji i praksi različito definira, sastoji se od odlučivanja o pravnom zahtjevu (pravosuđenja) i ostalog pravoskrblja kojem pripadaju osobito oni izvanparnični poslovi koji ne pretpostavljaju odluku o sporu (npr. zemljišnoknjižni stvari), ovrhu i pravno savjetovanje manje imućnih., *Creifelds, Carl*, Rechtswörterbuch, C. H. Beck, München, 2000., str. 1074.

²⁸ "nichtrichterliche Organe der Rechtspflege", *Dallmayer, Peter; Eickmann, Dieter*, Rechtspflegergesetz, Kommentar, C. H. Beck, München, 1996., str. 63.

potrebno teorijsko i praktično znanje.²⁹ Nakon završenog obrazovanja, kandidati za *Rechtspflegera* polažu rechtspflegerski ispit.

Posebnost instituta osobito dolazi do izražaja u aktu o povjeravanju (*Betreuungsakt*) zadaća *Rechtspflegeru*. Naime, službenik s položenim rechtspflegerskim ispitom nije ovlašten zahtijevati da mu se povjere poslovi iz nadležnosti *Rechtspflegera*. Za obavljanje tih poslova nedostaje mu akt o povjeravanju, kojim se ovlašćuje na preuzimanje zadaća *Rechtspflegera*. Povjeravanje se ne može izjednačiti s imenovanjem službenika. Za razliku od imenovanja, koje se obavlja strogo formalnim aktom, povjeravanje se vrši planom raspodjele poslova (*Geschäftsverteilungsplan*). Moguće je i usmeno povjeravanje, ali samo u iznimnim slučajevima.³⁰

Rechtspfleger u zemljišnoknjižnom postupku, odnosno zemljišnoknjižni referent je u obavljanju zemljišnoknjižnih poslova stvarno neovisan (§ 9. njem. RpflG). Određena ograničenja u postupanju odnose se na obvezu upućivanja predmeta (spisa) sucu, kada *Rechtspfleger* treba odrediti ili primiti prisegu (§ 4. st. 2. t.1., st. 3. njem. RpflG), ali i u slučajevima određenim § 5. njem. RpflG. Ti se slučajevi odnose na predmete u kojima se odluka može donijeti samo nakon pribavljanja odluke Saveznog ustavnog suda ili zemaljskih ustavnih sudova prema § 100. GG (§ 5 st.1. t. 1. njem. RpflG). U predmetima u kojima zemljišnoknjižni referent treba primijeniti strano pravo (§ 5. st. 2. njem RpflG), upućivanje predmeta sucu nije obveza, već pravo zemljišnoknjižnog referenta,³¹ što proizlazi iz zakonskog teksta (zakon koristi formulaciju “može prenesene predmete uputiti sucu”³²). Predmete koji su upućeni sucu riješit će sudac; on može predmet vratiti na rješavanje *Rechtspflegeru*; on će u tom slučaju biti vezan za pravno shvaćanje suca (§ 5. st. 3. RpflG). Ako sudac nakon upućivanja predmeta zatraži upis u zemljišne knjige, taj će upis potpisati *Rechtspfleger*.³³

Protiv odluka *Rechtspflegera*, kao zemljišnoknjižnih referenata, dopuštena je samostalna žalba protiv rješenja (§ 11. st. 1. njem. RpflG; § 71. st. 1. GBO). Protiv upisa koji uključuju stjecanje u dobroj vjeri prigovor je isključen (§ 11. st. 3. njem. RpflG), odnosno dopuštena je ograničena samostalna žalba protiv rješenja radi upisa službenog prigovora ili službenog brisanja. U svim slučajevima, izuzev u slučaju samostalne žalbe protiv rješenja prema § 18. st. 2. Zakona o izvanparničnom postupku³⁴, u nastavku: FG, *Rechtspfleger*

²⁹ Starosna dob natjecatelja je u pravilu 20 godina; odabir kandidata vrši se putem ispita ili drugih kriterija, pri čemu ocjene iz mature imaju poseban značaj. Studij je organiziran u okviru pravosudne uprave (zahtjevi natjecatelja podnose se zemaljskoj pravosudnoj upravi, odnosno predsjedniku prizivnog zemaljskog suda). Zakonom je omogućeno stjecanje obrazovanja za *Rechtspflegera* i izvan okvira pravosudne uprave – na visokim stručnim školama za *Rechtspfleger*.

³⁰ Cf. *ibid.*, str. 113.

³¹ *Demharter*, op. cit., (bilj. 16), str. 17.

³² “kann ihm übertragenen Geschäfte dem Richter vorlegen”.

³³ *Ibid.*

³⁴ Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit v 20. 5. 1898. (RGBl I S 771).

(zemljišnoknjižni referent) ima mogućnost da u povodu izjavljenog sredstva pravne pomoći ponovno odlučuje o svojoj odluci. U drugom stupnju odlučivat će žalbeni sud, a u slučajevima (§§ 85. st. 2., 91. st. 1. reč. 3., 105. st. 2., polureč. 1., 109. GBO) u kojima je dopušten ograničeni prigovor (§ 11. st. 2. reč. 1.), nakon *Rechtspflegera*, o prigovoru će odlučivati zemljišnoknjižni sudac prvostupanjskog suda (§ 11. st. 2. reč. 2., 3.).³⁵

4. Zemljišnoknjižni službenici u Republici Austriji

4.1. Općenito

Za razliku od njemačkog zakonodavca, austrijski je zakonodavac prvu kodifikaciju prava *Rechtspflegera* iz 1962.³⁶ popratio odgovarajućom ustavnom odredbom o razgraničenju djelokruga poslova sudaca i "posebno obrazovanih nesudačkih saveznih službenika" (čl. 87.a austrijskog saveznog ustava³⁷). Time što su austrijski *Rechtspflegeri* dobili svoje mjesto u ustavu, zakonodavac je izbjegao moguće prigovore o protuustavnosti odluka što bi ih u obavljanju nekih sudačkih poslova donosile osobe koje nisu suci. Istovremeno, izbjegnute su sve dvojbe o pravnoj prirodi i statusu *Rechtspflegera* – on je sudski službenik, a ne sudac. Druga kodifikacija prava *Rechtspflegera* bio je Zakon o *Rechtspflegerima* iz 1985.³⁸ Njime je proširena djelatnost *Rechtspflegera* na stečajne poslove te poslove vođenja registara brodova. Oba su zakona propisivala sudjelovanje *Rechtspflegera* u obavljanju zemljišnoknjižnih stvari.

4.2. Institut *Rechtspfleger* prema austrijskom pravu

Prvi dio Zakona o *Rechtspflegerima*, iz 1985. (u nastavku: austr. RpflG), statusnog je i funkcionalnog karaktera. Njime se uređuju položaj *Rechtspflegera*, djelokrug poslova koje obavlja, odnos *Rechtspflegera* i suca te pravna sredstva koja se mogu izjaviti protiv njegovih odluka.

Rechtspflegeri su sudski službenici kojima je kao tijelima saveza i na temelju odredbi ovog saveznog zakona (RpflG) preneseno obavljanje poslova sudbenosti (§ 1. austr. RpflG).³⁹

Djelokrug *Rechtspflegera* obuhvaća poslove građanskog, ovršnog i stečajnog postupka, ostavinske poslove i poslove skrbi, sudski polog, zemljišnoknjižne

³⁵ *Arnold*, op. cit., (bilj. 15), str. 136-137.

³⁶ *Rechtspflegergesetz*, BGBl. Nr. 180/1962.

³⁷ *Bundes – Verfassungsgesetz*, BGBl. Nr.1/1930.

³⁸ *Rechtspflegergesetz*, BGBl. Nr. 560/1985.

³⁹ "Rechtspfleger sind Gerichtbeamte, denen als Organen des Bundes auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes die Besorgung von Geschäften der Gerichtsbarkeit übertragen ist".

poslove te poslove vođenja registara brodova i vođenje sudskih registara (§ 2. austr. RpflG).

Nakon uspješno okončanog trogodišnjeg obrazovanja za *Rechtspflegera* i položenog stručnog ispita (§ 25. austr. RpflG), *Rechtspfleger* mora ispunjavati i zakonom određene pretpostavke za obavljanje poslova sudbenosti. Osim što se *Rechtspflegeru* u potpunosti povjeravaju poslovi pisarnice (ureda), *Rechtspfleger* mora biti osposobljen za samostalan rad sa strankama i pouzdano obavljanje pripremnih poslova područja kojem je dodijeljen radi obavljanja poslova sudbenosti (§ 3. austr. RpflG).

Predsjednik višeg zemaljskog suda (*Präsident des Oberlandesgerichtes*) donosi odluku o tome kojem će se sudu *Rechtspfleger* dodijeliti, u kojem vremenskom periodu i na kojem radnom području (§ 5. st. 1. austr. RpflG). Raspodjelu poslova u okviru sudskog odjela obavlja sudac (§ 6. st. 2. austr. RpflG). Na *Rechtspflegera* se na odgovarajući način primjenjuju odredbe o izuzeću sudaca, a o njegovom izuzeću odlučuje predsjednik suda (§ 7. austr. RpflG).

Za razliku od njemačkog *Rechtspflegera* (§ 9. njem. RpflG), austrijski *Rechtspfleger* nema izričite zakonske odredbe o samostalnosti i stvarnoj neovisnosti. Prema toj je odredbi njem. RpflG *Rechtspfleger* vezan samo uz zakon i pravo i oslobođen je dužnosti poštivanja uputa nadređenih. I u njemačkom pravu *Rechtspfleger* je u odnosu sa sucem podvrgnut određenim ograničenjima (npr. obveza upućivanja spisa sucu, sudac odlučuje o pravnom sredstvu protiv odluke *Rechtspflegera*), ali njihov karakter nije takav da ugrožava samostalnost i stvarnu neovisnost *Rechtspflegera* u postupanju.

Naprotiv, austrijski je zakonodavac posebnom odredbom propisao pravo suca da daje upute *Rechtspflegeru* (§ 8. austr. RpflG), čime je znatno ograničio njegovu samostalnost, ali i doveo u pitanje njegovu stvarnu neovisnost. Naime, upravo odredba o nevezanosti *Rechtspflegera* za upute nadređenih ono je što *Rechtspflegera* u Njemačkoj razlikuje od ostalih službenika. Tom se odredbom *Rechtspfleger* približio položaju suca i udaljio od položaja ostalih službenika, iz čega proizlazi i složenost njegove pravne prirode i posebnost položaja koji *Rechtspfleger* u njemačkom pravu zauzima. Oduzimajući *Rechtspflegeru* stvarnu neovisnost, on postaje običnim službenikom kojem upute umjesto službeno pretpostavljenog daje sudac.

Nadalje, sudac može obaviti posao koji pripada djelokrugu *Rechtspflegera* ako smatra da je to potrebno zbog pravne ili činjenične složenosti predmeta, odnosno zbog važnosti i opsega djelovanja odluke koju treba donijeti (§ 9. austr. RpflG), ali postoji i obveza *Rechtspflegera* da u zakonom određenim slučajevima predmet uputi sucu (§ 10. austr. RpflG). Daljnja usporedba austrijskog i njemačkog rješenja dovodi nas do zaključka da je austrijski *Rechtspfleger* ograničen u obavljanju svojih zadaća ne samo ovlašću suca da daje upute (§ 8. austr. RpflG), već i ovlašću suca da preuzme određeni posao iz njegovog djelokruga (§ 10 austr. RpflG). Razlozi zbog kojih je sucu dopušteno preuzeti predmet iz djelokruga *Rechtspflegera* relativno su široko definirani (pravna i

činjenična složenost, važnost i sveobuhvatnost odluke), pa je time sucu omogućeno da u velikom broju slučajeva sam postupa. Nasuprot tomu, njemački je zakonodavac takvu ovlast suca predvidio samo u okviru stečajnog postupka. Tako prema § 18. st. 2. njem. RpflG sudac može zadržati obavljanje poslova u cijelom stečajnom postupku ili dijelu stečajnog postupka ako smatra da je to potrebno. Sudac može predmet vratiti na postupanje *Rechtspfleggeru*, ali može i naknadno ponovno preuzeti predmet.⁴⁰

Zakon sadrži i odredbe o pravnim sredstvima protiv odluka *Rechtspflegera* (§10., § 11. austr. RpflG). Unatoč razlikama koje postoje između sredstava pravne pomoći koja se mogu izjaviti protiv njegovih odluka, *Rechtspfleggeru* je dana mogućnost da u povodu izjavljenog sredstva pravne pomoći ponovno odlučuje o odluci koju je donio (§ 11. st. 2. austr. RpflG). Time je remonstrativno odlučivanje zadržano na razini tijela koje je donijelo odluku, a tek naknadno na razini prvostupanjskog suda kojem *Rechtspflegger* pripada, odnosno na razini suca prvostupanjskog suda (§ 11. st. 3. austr. RpflG). Zakonom je nadalje propisano i u kojim će slučajevima o odluci *Rechtspflegera* odlučivati viši sud (§ 11. st. 4. RpflG), odnosno u kojim će se slučajevima protiv odluke *Rechtspflegera* moći uložiti samo prigovor sucu (§ 12. austr. RpflG). Ne ulazeći u širu analizu sredstava pravne pomoći koja se mogu izjaviti protiv odluka *Rechtspflegera*, treba istaknuti da je njihova bitna karakteristika remonstrativnost, što znači da ne samo sudac prvostupanjskog suda pri kojem je *Rechtspflegger* uposlen, već i *Rechtspflegger* sam može ponovno odlučivati o svojoj odluci.

Djelokrug poslova koje *Rechtspflegger* obavlja u zemljišnoknjižnim stvarima propisan je § 21. austr. RpflG. Prema toj odredbi *Rechtspflegger* obavlja poslove zemljišnoknjižnog postupka, poslove sudske pohrane te poslove u svezi s podnošenjem isprava o pravima na neuknjiženim zemljištima i zgradama (§ 21. st. 1. austr. RpflG). Djelokrug poslova *Rechtspflegera* u postupku obnove i dopune zemljišnih knjiga obuhvaća sastavljanje popisa zemljišta i osoba, izradu nacрта zemljišnoknjižnih uložaka, sastavljanje zemljišnoknjižnih uložaka na temelju nacрта, preuzimanje prigovora i rješavanje o prigovorima protiv nacрта zemljišnoknjižnih uložaka te primanje i rješavanje o prijavama i prigovorima u ispravnom postupku, kao i ispravljanje pogrešaka u pisanju drugih očitih pogrešaka (§ 21. st. 2. austr. RpflG). Za razliku od nekih drugih poslova u kojima je nadležnost podijeljena između suca i *Rechtspflegera* (npr. u poslovima skrbništva, vidi § 19. austr. RpflG), u zakonskom tekstu nema odredbe prema kojoj u zemljišnoknjižnim poslovima sudac zadržava ovlast obavljanja pojedinih poslova. Stoga se može zaključiti da austrijski *Rechtspflegger*, poput njemačkog, samostalno obavlja sve zemljišnoknjižne poslove, odnosno da su mu poslovi zemljišnoknjižnog postupka preneseni u cijelosti.

Austrijski *Rechtspflegger*, poput njemačkog, obavlja niz poslova iz djelokruga suca. Razlike između austrijskog i njemačkog instituta proizlaze iz ustavno-

⁴⁰ Zakonski tekst upotrebljava izraz "wieder an sich ziehen".

pravne regulacije statusa austrijskog *Rechtspflegera* (čl. 87.a Saveznog ustava Republike Austrije) i ograničenja samostalnosti i neovisnosti austrijskog *Rechtspflegera* pravom suca da daje upute i da preuzima predmete iz djelokruga *Rechtspflegera*. Međutim, unatoč njihovim razlikama, oba su instituta dugogodišnjim primjenom i učinkovitošću opravdali svoje postojanje. Rasterećenje suca provedeno primjenom instituta *Rechtspfleger* dokazalo je svoju učinkovitost i u rješavanju zemljišnoknjižnih stvari. Stoga je hvale vrijedan potez hrvatskog zakonodavca o uvođenju zemljišnoknjižnih referenata u zemljišnoknjižnu praksu Republike Hrvatske. Prigovori koji se hrvatskom zakonodavcu mogu uputiti u svezi s primjenom ovog instituta ne vezuju se uz njegovu učinkovitost, nego uz osiguranje preduvjeta za njegovu primjenu i očuvanje njegovih bitnih karakteristika. O učinkovitosti ovog instituta govori i podatak da u susjednoj Austriji od 3, 2 milijuna pravnih predmeta koji pristignu sudovima *Rechtspflegeri* obave 81% predmeta, a suci svega 18%. To znači da u Austriji tri četvrtine ukupnog broja sudskih predmeta obave 695 *Rechtspflegera*.⁴¹

5. Zemljišnoknjižni službenici u Bosni i Hercegovini

5.1. Općenito

Početakom 2003. Njemačko društvo za tehničku suradnju (*Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit - GTZ*) po nalogu Saveznog ministarstva za privrednu suradnju i razvoj (*Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung - BMZ*) i uz financijsku podršku Švedske agencije za međunarodnu suradnju i razvoj (*Swedish international cooperation and development agency - SIDA*) započelo je primjenu projekta o primjeni Zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini. Zakon o zemljišnim knjigama BiH (u nastavku: ZZZK BiH) objavljen je 21. studenog 2002., a na snagu je stupio osmog dana od dana objave (čl. 95. ZZZK BiH). Parlamentu obaju etnita (Federacije BiH i Republike Srpske) odlučili su odgoditi primjenu zakona za 28. svibnja 2003. u Federaciji i za 29. veljače 2004. u Republici Srpskoj. (čl. 95. ZZZK BiH).

Do stupanja na snagu ZZZK BiH na snazi je bio Zakon o premjeru i katastru nekretnina iz 1984.⁴² kojeg je trebalo provesti do 2001. godine.⁴³ Međutim, rat i promjene vlasničkopravnih odnosa u BiH koje nisu bile popraćene odgovarajućom registracijom dovele su do katastrofalnog stanja u zemljišnoknjižnim službama. Tako je početkom 2003. g. samo u Sarajevu trebalo u digitalni oblik unijeti 120 000 zemljišnoknjižnih uložaka.⁴⁴ Bosanskohercegovačkim ZZZK

⁴¹ <http://members.al.net/2700.lg/aktuelles.htm>.

⁴² SL SR BiH, br. 55/84 od 11. 7. 1984.

⁴³ <http://www.bhdani.com/arhiva/272/t27206.html>.

⁴⁴ *Fitze, Urs*, Lose Blätter für die Festplatte, Akzente, 4/2003.

propisana je nadležnost za rješavanje zemljišnoknjižnih stvari – osim zemljišnoknjižnog suca, zemljišnoknjižne predmete rješavaju i zemljišnoknjižni referenti (čl. 14. st. 1. ZZK BiH)

5.2. Zemljišnoknjižni službenici prema ZZK BiH

Položaj zemljišnoknjižnih službenika u BiH uređen je ZZK BiH i Pravilnikom o obrazovanju i stručnom ispitu za zemljišnoknjižnog referenta⁴⁵ (u nastavku: Pravilnik o obrazovanju). Funkcionalna nadležnost za obavljanje zemljišnoknjižnih stvari podijeljena je između suca i zemljišnoknjižnog referenta.

Prema zakonu, zemljišnoknjižni referenti nadležni su suradnici suda kojima je povjereno vođenje zemljišnih knjiga pod nadzorom zemljišnoknjižnog suca (čl. 14. st. 1. ZZK BiH). Zakonom je posebno određeno da su zemljišnoknjižni referent i zemljišnoknjižni sudac nadležni za vršenje upisa u zemljišne knjige (čl. 14. st. 4. reč. 1. ZZK BiH) te da oni odluke u svezi s upisom u zemljišne knjige donose samostalno i u skladu sa zemljišnoknjižnim zakonom te drugim zakonima i propisima. (čl. 14. st. 4. reč. 2.).

Poput njem. RpflG (§ 9.) i ZZK BiH ovom odredbom (čl. 14. st. 4.) naglašava stvarnu neovisnost zemljišnoknjižnog referenta u smislu njegove vezanosti samo uz zakon i pravo i nevezanosti za upute nadređenih. Nadzor zemljišnoknjižnog suca, ali često i predsjednika zemljišnoknjižnog suda, ograničava se samo na davanje organizacijskih uputa unutar službe. Odluke koje je donio zemljišnoknjižni referent podliježu nadzoru suca na način da se u rješenju o upisu u zemljišnu knjigu uz potpis zemljišnoknjižnog referenta otisne faksimil potpisa nadležnog suca.⁴⁶ Prijenosom zemljišnoknjižnih stvari na sudove zakonodavac je htio izbjeći da odluke funkcionalno nadležnih službenika podliježu propisima o pravu na davanje uputa i vezanosti za upute, što je tipična za upravnopravne propise i postupanje upravnopravnih tijela.⁴⁷ Odluke koje se donose u zemljišnoknjižnim postupcima odluke su sudova, a ne upravnih tijela, i stoga je za njihovo razlikovanje bila nužna odredba o stvarnoj neovisnosti zemljišnoknjižnih referenata, koja je kriterij za razlikovanje odluka koje donose upravni i sudski službenici. Zakonske odredbe o stvarnoj neovisnosti zemljišnoknjižnih referenata nisu donesene samo zbog njih samih, već i u svrhu osiguranja neovisnosti sudova u odnosu na upravna tijela. U svakom slučaju, građani se u postupku pred sudovima trebaju pouzdati u neovisnost tijela koja odlučuju o njihovim pravima.⁴⁸

⁴⁵ Pravilnik o obrazovanju i stručnom ispitu za zemljišnoknjižnog referenta, Službene novine 19/03.

⁴⁶ Weike, Jörg, Situation des Grundbuchrechts in Bosnien und Herzegowina, str. 20.

⁴⁷ Cf. *ibid.*, str. 21.

⁴⁸ Cf. *ibid.*, str. 23.

Odredbe o obrazovanju zemljišnoknjižnog referenta sadržane u čl. 14. st. 2. ZZK BiH propisuju da zemljišnoknjižni referent mora imati završeno stručno obrazovanje i položen stručni ispit, s tim da federalni ministar pravosuđa donosi propise kojima se pobliže uređuje ta materija. Osim toga, ministar pravosuđa može utvrditi prijelazno rješenje u svezi sa zahtjevima u pogledu stručnog obrazovanja (čl. 14 st. 3. ZZK BiH). Kandidati za zemljišnoknjižnog referenta mogu biti samo diplomirani pravnici (čl. 2. st. 1. Pravilnika o obrazovanju); zemljišnoknjižni referent moći će biti samo dipl. pravnik s položenim stručnim ispitom (čl. 6. st. 1. Pravilnika o obrazovanju). Time su ispunjena nastojanja da zemljišnoknjižni referenti mogu biti samo osobe sa završenim pravnim studijem.⁴⁹

Što se tiče statusa sadašnjih zaposlenika u zemljišnoknjižnim uredima, zemljišnoknjižnim referentom mogu biti imenovane osobe koje mogu dokazati da su najmanje godinu dana prije stupanja na snagu ZZK BiH i Pravilnika o obrazovanju prema tadašnjim propisima radile kao zemljišnoknjižni službenici ili obavljale istu djelatnost u katastru nekretnina te da su uspješno položile stručni ispit za zemljišnoknjižnog referenta (čl. 6. st. 2. Pravilnika o obrazovanju). Osobe koje su do sada poduzimale upise u zemljišne knjige, samostalno ili po nalogu zemljišnoknjižnog suca, smatraju se za prijelazni period od četiri godine zemljišnoknjižnim referentima prema čl. 14. ZZK BiH (čl. 91. ZZK BiH). U tom periodu te bi osobe morale polagati stručni ispit; termini za provedbu prvih ispita planiraju se za lipanj 2005.

U BiH treba provesti opsežno usavršavanje sadašnjih zemljišnoknjižnih referenata koje se ne odnosi samo na novi ZZK BiH i njegove provedbene propise, već zemljišnoknjižni referenti moraju steći odgovarajuća znanja iz područja stvarnog, obveznog i javnobilježničkog prava.

Osim sadašnjih zemljišnoknjižnih referenata (zemljišnoknjižni službenici koji su do stupanja na snagu ZZK BiH obavljali zemljišnoknjižne poslove i položili stručni ispit) i budućih zemljišnoknjižnih referenata (diplomirani pravnici s položenim zemljišnoknjižnim ispitom), zemljišnoknjižno pravo BiH propisuje i djelokrug poslova voditelja zemljišnoknjižne službe.

Zadaće voditelja zemljišnoknjižne službe nisu definirane ZZK BiH, već Pravilnikom o obrazovanju. Prema Pravilniku o obrazovanju voditelj zemljišnoknjižne službe vrši dnevni raspored poslova u zemljišnoknjižnoj službi (čl. 3.). S obzirom na to da podjelu poslova u okviru sudskog odjela vrši osoba čije ovlasti proizlaze iz upravnog propisa, ne postoje objektivni kriteriji za raspodjelu poslova⁵⁰ te se time dovodi u pitanje i samostalnost zemljišnoknjižnog referenta i ostvarenje osnovnih značajki njegova položaja. U cilju ostvarenja samostalnosti i stvarne neovisnosti zemljišnoknjižnog referenta, zakonom je trebalo propisati da će se raspoređivanje poslova unutar zemljišno-

⁴⁹ Cf. *ibid.*, str. 24.

⁵⁰ Cf. *ibid.*, str. 25.

knjižne službe obavljati na temelju godišnjeg rasporeda poslova. Godišnji raspored poslova sadržavao bi objektivne kriterije za raspodjelu poslova koji su potrebni za osiguravanje nepristranosti u povjeravanju zadaća zemljišnoknjižnim referentima, što je ujedno i preduvjet za ostvarivanje njihove stvarne neovisnosti.

Nadalje, voditelj zemljišnoknjižnog odjela nadležan je za vođenje dnevnika u koji se upisuju primljeni zahtjevi za upis (čl. 29. st. 2. Pravilnika o obrazovanju).

Konačno, voditelj zemljišnoknjižnog odjela odgovara za pravovremeno i uredno obavljanje poslova zemljišnoknjižne službe. U obavljanju tih poslova voditelj zemljišnoknjižne službe može se izjednačiti s voditeljem grupe (*Gruppenleiter*) u zemljišnoknjižnim odjelima prvostupajskih sudova u Njemačkoj. Međutim, status je voditelja zemljišnoknjižne službe u njemačkom pravu poput ostalih *Rechtspflegera*. On je također *Rechtspfleger*, odnosno *primus inter pares*, čime je isključena mogućnost da raspoređuje poslove ostalim *Rechtspflegerima* u okviru zemljišnoknjižne službe.⁵¹

Donošenjem ZZK BiH i Propisa o obrazovanju, u BiH su po uzoru na njemački model uvedeni zemljišnoknjižni referenti. Odgovarajuća odstupanja od njemačkog modela pokazala su se *conditio sine qua non* njihove primjene u bosanskohercegovačkim uvjetima. Međutim, unatoč odgovarajućim promjenama, zadržane su njihove bitne značajke.

Novi zemljišnoknjižni referenti mogu biti samo **diplomirani pravnici**, čime se želi osigurati odgovarajuća stručna (pravna) razina u njihovom obavljanju te na taj način udovoljiti zahtjevima stručnosti, sigurnosti i brzine. Uvođenjem diplomiranih pravnika u zemljišnoknjižne službe nije doveden u pitanje položaj i status dosadašnjih zemljišnoknjižnih službenika. Osim što ostaju zemljišnoknjižnim referentima prijelaznog četverogodišnjeg razdoblja, prema njima su postavljeni novi zahtjevi stručnosti i obrazovanja. Ako ih ispune, oni i nadalje ostaju u zemljišnoknjižnim službama.

Funkcionalna je nadležnost u obavljanju zemljišnoknjižnih stvari samo formalno podijeljena između zemljišnoknjižnog suca i zemljišnoknjižnog referenta. Pravo nadzora suca svodi se na njegov potpis, često otisak faksimila, a zemljišnoknjižni je referent stvarno neovisan, tj. u svom je postupanju vezan samo uz pravo i zakon te oslobođen uputa suca. Tom izuzetno važnom odredbom, preuzetom iz § 9. njem. RpflG, određen je karakter odluke koju donosi zemljišnoknjižni referent – ona je sudska odluka, a ne upravna odluka. Odluke koje donose zemljišnoknjižni referenti u BiH samostalne su odluke sudskih službenika oslobođenih obveze poštivanja uputa upravnih tijela.

Radi potpunog osiguranja neovisnosti zemljišnoknjižnih referenta raspodjelu poslova ne bi dnevnim rasporedom poslova vršio voditelj zemljišnoknjižne službe, već bi nju trebalo provesti godišnjim rasporedom poslova.

⁵¹ Cf. *ibid.*, str. 26.

Konačno, odstupanje od njemačkog modela dolazi do izražaja u žalbenom postupku. Za razliku od njemačkog modela, u kojem zemljišnoknjižni referent gotovo redovito dobiva priliku da o svojoj odluci ponovno odluči (remonstrativnost prigovora protiv odluke zemljišnoknjižnog referenta), BiH se odlučila za klasičan žalbeni postupak u kojem o žalbi protiv odluka zemljišnoknjižnih referenta odlučuje viši sud, što proizlazi iz zakonskog teksta koji propisuje odgovarajuću primjenu Zakona o parničnom postupku (čl. 76. ZZK BiH). Nažalost, izostankom odredbi o remonstrativnom odlučivanju zemljišnoknjižnog referenta u povodu izjavljenog prigovora, zakonske odredbe o položaju i stvarnoj neovisnosti zemljišnoknjižnog referenta ne čine zaokruženu cjelinu.

6. Zemljišnoknjižni službenici u Estoniji

6.1. Općenito

Ruski zakon o notarijatima iz 1889. sadržavao je posebne odredbe kojima se reguliralo vođenje zemljišnih knjiga u baltičkim provincijama. Zemljišnoknjižni odjeli nalazili su se pri sudovima, a voditelj zemljišnoknjižnog odjela bio je upravitelj suda (*Gerichtsdirektor*). Nakon ruske okupacije početkom 1940. g., zemljišnoknjižne su službe likvidirane jer u Sovjetskom Savezu nije postojalo privatno vlasništvo na nekretninama. Međutim, nakon ponovnog stjecanja neovisnosti, u Estoniji je provedena privatizacija. 1993. doneseni su Zakon o stvarnom pravu i Zakon o zemljišnim knjigama, nakon čega je vođenje zemljišnih knjiga ponovno prepušteno sudovima, odnosno zemljišnoknjižnim službama osnovanim pri sudovima. O upisu u zemljišnu knjigu odlučivao je sudac, s tim da su rješenja pripremali zemljišnoknjižni sekretari (*Grundbuchsekretären*). 1996. u Estoniji se uvodi institut *Rechtspfleger*, čiji je nadležnosti pripada odlučivanje o zemljišnoknjižnim stvarima.⁵²

6.2. Institut *Rechtspfleger* u estonskom pravu

Nadležnost instituta *Rechtspfleger* u estonskom pravu obuhvaća zemljišnoknjižne i registarske stvari, iako postoje tendencije za proširenje njegove uloge i u drugim pravnim područjima kao što su nasljedno pravo, skrbništvo, izdavanje naloga, a po uzoru na njemačkog *Rechtspflegera*, čiji je model primijenjen u Estoniji.⁵³

Položaj zemljišnoknjižnog referenta određen je estonskim Zakonikom o zemljišnim knjigama (u nastavku: est. ZZK), donesenim 15. rujna 1993., koji je u nekoliko navrata mijenjan (1993., 1994., 1996., 1999., 2001. i 2003. g.).

⁵² http://www.just.ee/new_index.php3?cath=2325&id=45.

⁵³ vidi *Weike, Jörg*: Möglichkeiten des erweiterten Einsatzes von Rechtspflegern in der Republik Estland, www.just.ee/new_index.php3?cath=3117&id=45.

Prva varijanta estonskog zemljišnoknjižnog zakonika nije sadržavala odredbe o zemljišnoknjižnim referentima, jer su oni uvedeni tek 1996. godine.

U zemljišnoknjižnim stvarima *Rechtspfleger* donosi rješenja o upisu, ali donosi i druge odluke potrebne za vođenje zemljišnih knjiga (§ 32.1. st. 1. est. ZZK). Ako želi odstupiti od njemu poznatih stavova suca ili ako je ispitivanje zahtjeva za upis pravno složeno (§ 32.1. st. 2. t. 1. i 2. est. ZZK), *Rechtspfleger* će donošenje odluke prepustiti sucu. Sudac može zahtjev za zemljišnoknjižni upis ponovno ustupiti *Rechtspflegeru*. U tom je slučaju *Rechtspfleger* vezan uz pismeno izražena stajališta suca (§ 32.1. st. 2. t. 3. est. ZZK).

Ako je sudac riješio zemljišnoknjižnu stvar iz nadležnosti *Rechtspflegera*, taj je pravni posao valjan. Isto tako, ako je *Rechtspfleger* odlučivao o zahtjevu koji je trebao uputiti sucu, rješenje o upisu bit će valjano (§ 32.1. st. 2. t. 4. i 5. est. ZZK). Ta je odredba, a poput drugih odredbi est. ZZK koje se odnose na *Rechtspflegere*, svojevrсна reinterpretacija odredbi njem. RpflG. Naime, i njemački je zakon propisao pravila za postupanje u slučaju eventualnog sukoba nadležnosti: sudac rješava sukobe nadležnosti između *Rechtspflegera*, valjan je pravni posao što ga je sudac preuzeo od *Rechtspflegera* te, konačno, ako je *Rechtspfleger* preuzeo pravni posao koji je iz zakonom propisanih razloga trebao uputiti sucu - taj je pravni posao valjan (§ 8. njem. RpflG).

Iako ne sadrži odredbe o izuzeću i isključenju *Rechtspflegera* (§ 10. njem. RpflG) est. ZZK u § 32.1. st. 2. t. 7. propisuje zabranu zemljišnoknjižnog upisa za osobe koje su s osobama ovlaštenim na zemljišnoknjižni upis u srodničkom ili tazbinskom odnosu, odnosno u nekom drugom odnosu koji dovodi u sumnju njihovu nepristranost.

Osim sudaca i *Rechtspflegera*, u rješavanju zemljišnoknjižnih stvari sudjeluju i zemljišnoknjižni sekretari. Njihovoj nadležnosti pripada pregled zahtjeva za zemljišnoknjižni upis te priprema nacрта za donošenje rješenja o upisu (§ 32.2. st. 1. est. ZZK). Na sličan je način i RH u ZZK podijelila nadležnost između ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata koji samostalno donose rješenja u zemljišnoknjižnim stvarima i zemljišnoknjižnih referenata koji nisu ovlašteni na samostalno rješavanje zemljišnoknjižnih stvari, tj. onih koji samo izrađuju nacрте rješenja o zemljišnoknjižnom upisu.

Konačno, voditelj zemljišnoknjižnog odjela može odrediti da zemljišnoknjižni sekretar preuzme sve poslove *Rechtspflegera*, uključujući i donošenje rješenja o zemljišnoknjižnom upisu (§ 32.2. st. 3. est. ZZK). Ta nas odredba podsjeća na odredbu dosadašnjeg ZZK RH prema kojoj je voditelj zemljišnoknjižnog odjela također imao određene ovlasti prema zemljišnoknjižnim službenicima, ovlasti koje su se odnosile upravo na prijenos poslova voditelja zemljišnoknjižnog odjela zemljišnoknjižnim službenicima. Razlika je, naravno, u sadržaju prijenosa; voditelj zemljišnoknjižnog odjela prema ZZK RH nikada nije bio ovlašten na potpuni prijenos zemljišnoknjižnih stvari zemljišnoknjižnim službenicima. Oni nisu bili ovlašteni samostalno donositi rješenja o zemljišnoknjižnom upisu.

Sredstva pravne pomoći protiv odluka *Rechtspflegera* i suca propisana su est. ZZK. To su prigovor protiv rješenja *Rechtspflegera* (§ 69.1. est. ZZK) i samostalna žalba protiv rješenja suca (§ 70. est. ZZK).

Prigovor protiv rješenja suca ulaže se u roku od mjesec dana od dana dostave odluke stranci. O prigovoru će u roku od 15 dana odlučiti *Rechtspfleger* koji je odluku donio. Ako usvoji prigovor, *Rechtspfleger* će donijeti novo rješenje (§ 69.1. st. 1. est. ZZK). Ako ne usvoji prigovor, *Rechtspfleger* će ga proslijediti sucu koji će o prigovoru odlučiti u roku od 15 dana.

Protiv odluke suca može se u roku od mjesec dana od dana dostave odluke stranci podnijeti žalba okružnom sudu (*Bezirksgericht*) prema § 70. st. 1. est. ZZK. O žalbi odlučuje okružni sud prema propisima Zakona o civilnom procesnom redu (§ 70. st. 3. est. ZZK).

U estonskom je pravu u odabiru sredstava pravne pomoći protiv zemljišnoknjižnih odluka primjetan znatan utjecaj njemačkog zakonodavstva. *Rechtspflegeru* je pružena mogućnost da ponovno odlučuje o odluci koju je donio, a protiv odluke suca osigurana je i viša instanca primjenom propisa o žalbi. Estonski model, vrlo sličan njemačkom modelu, zadržava bitne značajke sredstava pravne pomoći protiv odluka koje su u zemljišnoknjižnim stvarima donijele ovlaštene osobe. Iako je primarno sredstvo protiv odluka *Rechtspflegera* prigovor, čija je osnovna karakteristika remonstrativnost, pravni put time nije iscrpljen. U odlučivanju o zemljišnoknjižnoj odluci sudjeluje sudac prvostupanjskog suda, ali i drugostupanjski sud primjenom odgovarajućih odredbi propisa o žalbi. Na taj je način građanima Estonije osigurano pravo na žalbu, ali im je omogućen i kraći put do pravne zaštite koji se može realizirati već u postupku povodom prigovora.

Prema est. Zakonu o položaju suca, *Rechtspfleger* može biti samo diplomirani pravnik s položenim rechtspflegerskim ispitom.⁵⁴

Prema § 17. st. 1. istog zakona *Rechtspfleger* je neovisan, odnosno vezan samo uz pravo i zakon te oslobođen uputa nadređenih. To proizlazi i iz odgovarajućih odredbi zemljišnoknjižnog i trgovačkog prava o dužnosti *Rechtspflegera* da samo u zakonom određenim slučajevima (odstupanje od stavova suca, pravna složenost) predmet uputi sucu na odluku. Na taj način određena je stvarna neovisnost estonskog *Rechtspflegera*.⁵⁵

U zemljišnoknjižnim odjelima estonskih sudova, osim *Rechtspflegera*, uposlen je i određen broj zemljišnoknjižnih sekretara te voditelj zemljišnoknjižne službe. Položaj estonskog *Rechtspflegera* reguliran je odredbama Zakona o položaju suca i est. ZZK.

Rechtspfleger je pravnik s položenim rechtspflegerskim ispitom, stvarno neovisan i samostalan u obavljanju zemljišnoknjižnih i registarskih stvari.

⁵⁴ Rechtsstellung und Aufgaben der Rechtspfleger/Greffiers, Vergleichstudie, Europäische Union der Rechtspfleger, 3. Auflage, 2001., str. 64.

⁵⁵ vidi *Weike*, op. cit. (bilj. 53).

Rechtspflegereu je omogućeno da u povodu izavljenog prigovora protiv odluke koju je donio ponovno odlučuje o svojoj odluci. Stručnost i neovisnost *Rechtspflegera* te remonstrativnost sredstva pravne pomoći osnovne su značajke njemačkog modela koje je preuzeo estonski zakonodavac.

7. Zaključna razmatranja o zemljišnoknjižnim službenicima

7.1. Ovlašteni zemljišnoknjižni referenti prema ZID ZZK 04.

Člankom 5. st. 4. ZZK razgraničenje između ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata i zemljišnoknjižnih referenata nije potpuno i jasno provedeno⁵⁶ jer zakon zadržava i naziv zemljišnoknjižni službenik te time postaje nejasno postoje li pored ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata i zemljišnoknjižnih referenata i zemljišnoknjižni službenici koji nisu referenti. Dvojbu izaziva i čl. 109.b ZZK koji propisujući uvjete za ovlaštenog referenta ponovno upotrebljava oba izraza - zemljišnoknjižni referent i zemljišnoknjižni službenik - čime se nejasno razgraničenje dodatno produbljuje. Tako u čl. 109.b st. 1. t. 1. ZZK, propisujući uvjete koje službenik mora ispuniti da bi se imenovao za ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta, određuje da je osim položenog stručnog ispita za ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta potrebna i odgovarajuća stručna sprema, tj. viša stručna sprema **društvenog** ili geodetskog smjera i **5 godina radnog iskustva na poslovima zemljišnoknjižnog službenika** ili srednja stručna sprema društvenog ili geodetskog smjera i **10 godina radnog iskustva na poslovima zemljišnoknjižnog referenta** (čl. 109.b st. 1. t. 2. ZZK). S tim u vezi, zakonodavcu je potrebno uputiti nekoliko prigovora zbog nomotehničkih propusta koji mogu dovesti do različitih zakonskih interpretacija.

Kao prvo, što znači viša stručna sprema društvenog smjera? Znači li to da bi se u zemljišnoknjižnom odjelu mogli zateći i ekonomisti, sociolozi ili neke druge struke društvenog smjera? Svakako bi bilo primjerenije da je zakon odabrao izraz pravnog smjera, jer je očekivati da bi se u zemljišnoknjižnim odjelima trebale nalaziti upravo osobe koje imaju višu stručnu spremu pravnog smjera, tj. upravni pravnici. Možda se ovakvim neodređenim definiranjem htjelo "ići na ruku" osobama koje su uposlene u zemljišnoknjižnim odjelima, ali nemaju stručnu spremu geodetskog ili pravnog smjera, već neku drugu stručnu spremu društvenog smjera.

Nadalje, zakonom su pogrešno propisani različiti kriteriji za radno iskustvo (5 godina radnog iskustva na poslovima **zemljišnoknjižnog službenika** i 10 godina radnog iskustva na poslovima **zemljišnoknjižnog referenta**). Iako se radno iskustvo u zakonu željelo propisati, vjerojatno, s obzirom na vrijeme provedeno na poslovima zemljišnoknjižnog službenika, dvojni kriterij za određivanje radnog iskustva (poslovi zemljišnoknjižnog službenika, poslovi

⁵⁶ Cf. supra, ad 2.3.

zemljišnoknjižnog referenta) dovodi nas u dvojbu u pogledu vrsta poslova na kojima je potrebno ostvariti radno iskustvo, ali postavlja i nemoguće uvjete. Naime, ako se ovlaštene zemljišnoknjižni referenti žele imenovati iz reda osoba koje su već uposlene u zemljišnoknjižnim odjelima, a koje su radile na poslovima **zemljišnoknjižnog službenika** 10 godina, onda je to trebalo na taj način i napisati. Propisivanjem uvjeta koji se odnosi na 10 godina radnog iskustva na poslovima zemljišnoknjižnog referenta nitko ne bi mogao biti imenovan ovlaštenim referentom, jer zemljišnoknjižni referenti postoje tek od stupanja na snagu ZID ZZK 04. To znači da bi na njihovo imenovanje trebali čekati narednih desetak godina.

Osim odgovarajuće stručne spreme, osoba koja želi postati ovlaštene zemljišnoknjižni referent treba položiti i stručni ispit za zemljišnoknjižnog referenta. Kako još nitko nije polagao taj ispit, a koji se tek organizira u Ministarstvu pravosuđa ovlaštenom za organizaciju tog ispita (čl. 109.b st. 2. ZZK), nitko se ne može imenovati ovlaštenim zemljišnoknjižnim referentom.

U obzir bi dolazile tek zakonske odredbe koje se odnose na prijelazno razdoblje, točnije čl. 8. st. 2. ZID ZZK 04. prema kojem **uz ispunjenje uvjeta za imenovanje ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata** predsjednik neposredno višeg suda može privremeno, po prijedlogu predsjednika zemljišnoknjižnog suda, zemljišnoknjižnim referentima izdati ovlast za postupanje i donošenje rješenja u zemljišnoknjižnom postupku u smislu ovog Zakona na vrijeme od 2 godine od dana povjeravanja ovlasti službeniku.

Za vrijeme trajanja privremene ovlasti, ovlaštene zemljišnoknjižni referent dužan je položiti poseban stručni ispit. Ako ga ne položi u roku od dvije godine, tada gubi ovlast za samostalno obavljanje povjerenih mu poslova, a ako položi ispit, može mu se izdati ovlaštenje za obavljanje poslova na daljnji period od 5 godina. Nakon proteka navedenog roka, ovlaštenom se sudskom službeniku može trajno povjeriti obavljanje zemljišnoknjižnih poslova (čl. 8. st. 3. i 4. ZID ZZK 04.).

Nadalje, potrebno je upozoriti i na nepreciznu zakonsku formulaciju čl. 8. st. 2. ZID ZZK 04. Uvjeti za ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta kumulativno su određeni (stručni ispit, odgovarajuća stručna sprema i radno iskustvo). Stoga se u zakonskom tekstu u čl. 8 st. 2. ne bi mogla upotrebljavati formulacija "uz ispunjenje uvjeta za imenovanje ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata", jer su ti uvjeti određeni zakonom. Oni sadrže i položen poseban stručni ispit, a ukoliko zemljišnoknjižni referent kojemu se izdaje privremena ovlast za samostalno obavljanje zemljišnoknjižnih poslova nema položen stručni ispit, on ga tek treba polagati u roku od dvije godine. Ako još nije položio stručni ispit, on ne ispunjava uvjete za ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta, a zakonska je formulacija "uz ispunjenje uvjeta za imenovanje ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata" netočna. Umjesto toga u čl. 8. st. 1. ZID ZZK 04. trebalo bi stajati "Ako zemljišnoknjižni referent ispunjava uvjete stručne spreme i radnog iskustva iz čl. 109.b st. 2. ovog zakona.". Ako se zakonskom formulacijom "uz ispunjenje uvjeta za imenovanje ovlaštenih zemljišnoknjižnih

referenata” željelo naglasiti da će se pored imenovanja za ovlaštene zemljišnoknjižne referente provoditi i izdavanje privremene ovlasti za samostalno obavljanje zemljišnoknjižnih poslova ako nisu ispunjeni svi uvjeti za ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta, osobito ako nedostaje uvjet koji se tiče polaganja stručnog ispita, moramo utvrditi da to nažalost, iz formulacije ne proizlazi. Ne bismo se složili s tvrdnjama nekih autora prema kojima takva formulacija znači da se “privremeno povjeravanje ovlasti prije položenog stručnog ispita odnosi na zemljišnoknjižne referente koji ispunjavaju druge uvjete za imenovanje ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata”⁵⁷ jer to u zakonu ne piše.

Ako zemljišnoknjižni referent uistinu ispunjava uvjete za ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta, on može, ali i ne mora, biti imenovan ovlaštenim zemljišnoknjižnim referentom. Njihovo imenovanje provodi predsjednik neposredno višeg suda, a na prijedlog predsjednika zemljišnoknjižnog suda u kojem službenik radi (čl. 109.a ZZK). Osim ispunjavanja odgovarajućih zakonskih uvjeta, ovlašteni bi zemljišnoknjižni referent morao imati dokazanu stručnost, marljivost i moralni lik.⁵⁸

Slijedom navedenog, službenike u zemljišnoknjižnim odjelima možemo podijeliti na

1. **ovlaštene zemljišnoknjižne referente** (Za njihovo je imenovanje osim ispunjavanja zakonskih uvjeta potreban prijedlog predsjednika zemljišnoknjižnog suda, u kojem je službenik zaposlen, predsjedniku neposredno višeg suda koji o imenovanju odlučuje. Ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata nema, jer se organizacija i provedba stručnog ispita za ovlaštene referente pri Ministarstvu pravosuđa tek očekuje.)

2. **privremeno ovlaštene zemljišnoknjižne referente** (Zemljišnoknjižne referente kojima uz ispunjenje uvjeta za ovlaštene referente predsjednik neposredno višeg suda može privremeno po prijedlogu predsjednika zemljišnoknjižnog suda izdati ovlast za samostalno obavljanje zemljišnoknjižnih poslova na vrijeme od 2 godine, s tim da je službenik dužan u tom roku položiti poseban stručni ispit.)

3. **zemljišnoknjižne referente, odnosno zemljišnoknjižne službenike koji nisu dobili privremenu ovlast za obavljanje poslova ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata** (nastavljaju s radom na zemljišnoj knjizi na dosadašnji način – čl. 8. st. 5. ZID ZZK 04.).

Velika je novost u rješavanju zemljišnoknjižnih predmeta proširenje ovlasti dosadašnjih zemljišnoknjižnih službenika na način da samostalno donose rješenja u zemljišnoknjižnom postupku (čl. 109. a ZZK), ali provode i druge

⁵⁷ Crnić, *Jadranko, Končić, Ana-Marija*, Komentar Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Hrvatska pravna revija, 9/2004., str. 76.

⁵⁸ Prijedlog žurnih mjera i aktivnosti za poboljšanje rada u zemljišnoknjižnim odjelima općinskih sudova, IV. izdavanje ovlasti z.k. referentima za postupanje i donošenje rješenja u zemljišnoknjižnom postupku, www.pravosudje.hr/default.asp?ru=124&gl=200410050000002&sid=&jezik=1.

radnje u zemljišnoknjižnom postupku koje prethode donošenju rješenja (čl. 109. a. st. 2. ZZK). Ipak, proširenje ovlasti zemljišnoknjižnih službenika na izvjestan je način samo "ozakonjenje" već uobičajene prakse prema kojoj su zemljišnoknjižni službenici izrađivali nacрте rješenja koje su nakon toga zemljišnoknjižni suci, često i predsjednici sudova, samo potpisivali. Logika je zakonodavca, vjerojatno, bila u nastavljanju ideje o rasterećenju koja se prethodno ostvarila u nasljednopravnim stvarima putem javnih bilježnika, ali i u parničnim i drugim stvarima iz nadležnosti prvostupanjskih sudova putem sudskih savjetnika (čl. 76., 76.a ZS, čl. 13. ZPP). Međutim, bitna je razlika između zemljišnoknjižnih službenika i drugih osoba kojima su prenesene sudačke ovlasti u njihovoj stručnosti, tj. sudačke ovlasti ipak se ne bi mogle prenositi osobama koje ne udovoljavaju osnovnom uvjetu stručnosti – da su diplomirani pravnici.

Iako samostalnost i neovisnost zemljišnoknjižnog referenta nije posebno definirana⁵⁹, odredbom čl. 5. st. 4. ZZK posredno je određen položaj ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta. S obzirom na to da voditelj zemljišnih knjiga ne odgovara za rad ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta, on je u obavljanju zemljišnoknjižnih poslova samostalan i odgovoran. Poslovi se ovlaštenom zemljišnoknjižnom referentu raspoređuju u skladu s odredbama Sudskog poslovnika (godišnjim rasporedom poslova). Samostalnost i neovisnost ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta u izvjesnoj je mjeri ograničena mogućnošću predsjednika zemljišnoknjižnog suda ili suca ovlaštenog rasporedom poslova da u slučaju kada postoje "opravdani razlozi" donesu rješenje kojim će preuzeti od ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta predmet i dodijeliti ga drugom ovlaštenom zemljišnoknjižnom referentu ili sucu. U tom slučaju sudac donosi rješenje, a sve prethodne radnje obavlja ovlašteni zemljišnoknjižni referent pod nadzorom suca (čl. 109.c ZZK).

S tim u vezi valja istaknuti sljedeće: zakonska je formulacija "opravdani razlozi" preširoka. Naime, različiti oblici ograničavanja uloge zemljišnoknjižnog referenta prisutni su i u svim drugim zakonodavstvima prikazanim u ovom radu, ali ni u jednoj državi ograničenje nije tako apstraktno određeno, već su ograničenja u drugim nacionalnim zakonodavstvima konkretizirana. Tako je npr. u njem RpflG određeno u kojim će slučajevima *Rechtspfleger* biti dužan uputiti predmet nadležnom sucu (§ 4. st. 2. t. 1., 3., § 5. njem. RpflG); u Austriji će sudac preuzeti predmet od *Rechtspflegera* ako je to potrebno zbog činjenične ili pravne složenosti predmeta ili sveobuhvatnosti odluke koja se donosi (§ 9. austr. RpflG); u estonskom će pravu *Rechtspfleger* biti dužan uputiti predmet sucu ako želi odstupiti od njemu poznatog stava suca ili ako je predmet pravno složen (§ 32.1. st. 2. t. 1. i 2. est ZZK). Gotovo sve države predviđaju da će posao koji sudac obavi umjesto *Rechtspflegera* biti valjan, odnosno da će odluka koju je *Rechtspfleger* donio u predmetu koji je trebao uputiti sucu proizvoditi pravne učinke (§ 8. st. 1., 2. njem. RpflG; § 32.1 st. 4., 5., est. ZZK). Stoga bi

⁵⁹ Cf. supra, ad 2.3.

apstraktnost odredbe čl. 109.c st. 2. ZZK trebalo zamijeniti odgovarajućim konkretnim odredbama o odnosu ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta i predsjednika suda, odnosno suca. Ako se u zakonu željelo izbjeći taksativno propisivanje slučajeva u kojima bi se predmeti preuzeli ovlaštenom zemljišnoknjižnom referentu i predali u rad drugom ovlaštenom zemljišnoknjižnom referentu, odnosno ovlaštenom sucu, zakon je mogao barem primjerice navesti slučajeve preuzimanja predmeta.

Poslove u zemljišnoknjižnom postupku koje će obavljati imenovani ovlašteni zemljišnoknjižni referent povjerava predsjednik zemljišnoknjižnog suda u koji je službenik imenovan (čl. 109.a st. 4. ZZK). Zanimljivo je da se *Rechtspfleger* u SR Njemačkoj ne imenuje, stoga upravo akt o povjeravanju (*Betreuungsakt*) ima značajnu ulogu u povjeravanju sudačkih zadaća *Rechtspflegereu*.⁶⁰ Povjeravanje sudačkih zadaća *Rechtspflegereu* vrši predsjednik suda u kojem je *Rechtspfleger* uposlen. Iako se povjeravanje vrši planom raspodjele poslova, smatra se da "dok službeno nadređeni (predsjednik suda) sam odlučuje o okvirima plana za raspodjelu poslova, ne može se isključiti eventualan utjecaj egzekutive".⁶¹ Nasuprot tomu, ovlašteni se zemljišnoknjižni referent u hrvatskom pravu imenuje, a potom mu se odlukom predsjednika suda povjeravaju poslovi koje će obavljati. Slična je situacija i u austr. RpfLG prema kojem će raspodjelu poslova sudskog odjela u kojem je uposleno više *Rechtspflegera* obaviti predsjednik suda (§ 6. st. 3. austr. RpfLG).

Čl. 123. ZZK propisuje pravna sredstva koja se mogu uložiti protiv rješenja donesenih u zemljišnoknjižnom postupku. Postupak u povodu izjavljenog pravnog sredstva (žalbe) razlikovat će se s obzirom na donositelja rješenja.

Ako je rješenje u zemljišnoknjižnom postupku donio ovlašteni zemljišnoknjižni referent te je protiv toga rješenja izjavljena žalba, zemljišnoknjižni sudac ovlašten je žalbu prihvatiti ako ocijeni da je žalba osnovana te može:

- a) u cijelosti preinačiti doneseno (pobijano) rješenje ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta;
- b) djelomično preinačiti pobijano rješenje;
- c) odbiti prijedlog za upis. (čl. 123. st. 2. ZZK).

Ako zemljišnoknjižni sudac usvoji žalbu i preinači rješenje, protiv tog rješenja dopuštena je posebna žalba sudu drugog stupnja, a koja se podnosi u roku od 15 dana (čl. 125. ZZK).⁶²

Naprotiv, ako zemljišnoknjižni sudac ocijeni da žalba nije osnovana, dužan je žalbu prosljediti sudu drugog stupnja.

Ako je rješenje u zemljišnoknjižnom postupku donio sudac temeljem ovlasti iz čl. 109.c st. 2. ZZK (postojanje "opravdanih razloga" zbog kojih dolazi do

⁶⁰ Cf. supra, ad 3.2.

⁶¹ Arnold, op. cit. (bilj. 15), str. 99.

⁶² Crnić, Jadranko, Končić, Ana-Marija, Žalba u zemljišnoknjižnim stvarima (I.), Pravo i porezi, 11/2004., str. 39.

preuzimanja predmeta od ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta i povjeravanja predmeta ovlaštenom sucu) te ako je protiv tog rješenja izjavljena posebna žalba (čl. 123. st. 3. ZZK), o žalbi odlučuje drugostupanjski sud. Zemljišnoknjižni sudac nije ovlašten odlučivati o odluci koju je donio.⁶³

7.2. *Zemljišnoknjižni referenti de lege ferenda*

Ovlašteni zemljišnoknjižni referenti koji su u ZZK RH uvedeni, navodno po uzoru na slično rješenje u Republici Austriji i njihov institut *Rechtspfleger*,⁶⁴ prema postojećem zakonskom rješenju ne pokazuju velike sličnosti s austrijskim uzorom. Prvenstveno, zakonodavac nije osigurao uvjete za primjenu austrijskog modela *Rechtspflegera*, jer ako ga je želio slijediti, morao je poput austrijskog zakonodavca promijeniti Ustav, integrirajući u Ustavni tekst odgovarajuću odredbu o prenošenju sudačkih ovlasti sudskim službenicima.⁶⁵

Nadalje, zakonodavac se nije pobrinuo ni za ostvarenje minimalnih uvjeta koje institut *Rechtspfleger* mora ispunjavati. Prema austrijskom modelu to je odgovarajuća stručna sprema (trogodišnja stručna sprema) koja se ne temelji isključivo na radnom iskustvu, nego na stjecanju odgovarajućih i za obavljanje sudačkih (zemljišnoknjižnih) poslova potrebnih znanja (§ 25. austr. RpflG).

Za razliku od njem. *Rechtspflegera*, austrijski *Rechtspfleger* vezan je uz upute suca. Međutim, njegov položaj određen je Ustavom te su daljnji slučajevi ograničavanja njegovih ovlasti točno definirani zakonom (§ 9., § 10. austr. RpflG).

Konačno, austrijski je zakonodavac, temeljem gore navedenih karakteristika, smatrao, a u skladu s time što su *Rechtspflegerima* dane određene ovlasti, ali i postavljeni određeni zahtjevi, uvjeti koje moraju ispunjavati, da *Rechtspfleger* može povodom određenog sredstva pravne pomoći podnesenog protiv njegove odluke ponovno odlučivati o odluci koju je donio. Takva mu je mogućnost osigurana određenom zakonskom odredbom (§ 11. st. 2. austr. RpflG).

Iz navedenog proizlazi da ako je hrvatski zakonodavac želio uvesti ovlaštene zemljišnoknjižne referente u zemljišnoknjižne odjele po uzoru na austrijski institut *Rechtspfleger*, onda je morao ne samo promijeniti Ustav, nego i osigurati minimalne uvjete za primjenu toga instituta, a to su odgovarajuća naobrazba, relativna neovisnost te remonstrativnost sredstava pravne pomoći izjavljenih protiv njegovih odluka.

Poznato je da hrvatski zakonodavac nije promijenio Ustav kako bi osigurao ustavopravnost odluka koje donose ovlaštene zemljišnoknjižni referenti, a nije se pobrinuo ni za osiguranje minimalnih uvjeta koje bi ovlaštene zemljišnoknjižne referente činili *Rechtspflegerima* austrijskog modela.

⁶³ Cf. *ibid.*, str. 40.

⁶⁴ *Crnić, Končić*, op. cit. (bilj. 57), str. 75.

⁶⁵ vidi § 87.a Saveznog ustava Republike Austrije.

Ovlašteni zemljišnoknjižni referenti najčešće su službenici sa završenom srednjom stručnom spremom, a koji su kroz određeno vremensko razdoblje stjecali neka pravna znanja koja nisu dovoljna za obavljanje visokoodgovornih poslova koji se tiču prava vlasništva. Hrvatski model ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata nema uporište ni u jednom od prikazanih nacionalnih zakonodavstava. Ako se željelo zadržati osobe koje obavljaju poslove u zemljišnoknjižnim odjelima zbog njihovog socijalnog ili financijskog položaja, to se moglo učiniti prijelaznim odredbama u kojima se ostanak na radu u zemljišnoknjižnom odjelu trebao uvjetovati polaganjem stručnog ispita, što je zakonom i učinjeno. Oni koji ne polože ispit, obavljat će zemljišnoknjižne poslove na dosadašnji način, tj. neće imati ovlast za samostalno obavljanje zemljišnoknjižnih poslova.

Međutim, zakonom je učinjen veliki propust što uvjeti za zapošljavanje novih zemljišnoknjižnih referenata ne predviđaju osobe s visokom stručnom spremom, diplomirane pravnike. Ako nemamo stručne škole poput Austrije ili Njemačke, trebali smo slijediti primjere dugih zemalja koje su samostalno obavljanje zemljišnoknjižnih poslova prepustili samo pravnicima. Takve primjere nalazimo u bivšoj DDR, Estoniji i BiH.⁶⁶ Hrvatski zakonodavac i dalje smatra da je za obavljanje zemljišnoknjižnih poslova dovoljna srednja stručna sprema, čime se izlaže riziku da se odluke koje su donijeli ovlašteni zemljišnoknjižni referenti proglašaju protuustavnima, jer ne samo da u skladu s austrijskim modelom nije izmijenjen Ustav, nego se u pitanjima vlasništva donose odluke od osoba koje ne ispunjavaju zahtjeve stručnosti. Prijenos određenih ovlasti sudskim savjetnicima (iako je ustavopravno dvojbeno bi li mogli donositi odluke o sporu) i u nasljednopravnim stvarima javnim bilježnicima poštuje zahtjeve stručnosti. To su osobe koje imaju stručna znanja; to su pravnici. Izgleda da je u želji za smanjenjem broja zemljišnoknjižnih predmeta donesen zakon kojim se na najjednostavniji način želio riješiti problem zaostataka u zemljišnoknjižnim stvarima, "ozakonjenjem" od prije uobičajene prakse izrade nacрта rješenja u zemljišnoknjižnim stvarima od strane zemljišnoknjižnih službenika i potpisivanjem sudaca.

Hrvatski zakonodavac nije udovoljio zahtjevu stručnosti osoba zaposlenih u zemljišnoknjižnim odjelima, a nije otvorio ni mogućnost da budući zemljišnoknjižni referenti budu diplomirani pravnici. Na taj način ovlaštenim zemljišnoknjižnim referentima mogu postati samo osobe koje su niz godina (5, 10) radile u zemljišnoknjižnim odjelima, dakle mogućnost postajanja ovlaštenim zemljišnoknjižnim referentom privilegija je samo onih koji su već uposleni u zemljišnoknjižnim odjelima. Novi zemljišnoknjižni referenti, najčešće zemljišnoknjižni službenici s tek završenom srednjom stručnom spremom, za desetak će godina ispunjavati uvjete za imenovanje ovlaštenim zemljišnoknjižnim referentom. Šteta što se Hrvatska nije odlučila da poput Estonije i BiH vrata

⁶⁶ *Weike*, op. cit. (bilj. 53).

zemljišnoknjižnih odjela odškribe pravnicima koji bi već nakon jednogodišnje prakse u zemljišnoknjižnim odjelima, a koja bi bila preduvjet za polaganje stručnog ispita, imali mogućnost za stjecanje licence za samostalno obavljanje zemljišnoknjižnih poslova. Pored ostalih prednosti koje donosi takav izbor, imali bismo i stručne osobe koje bi odlučivale o osjetljivim pitanjima vlasništva.

Drugi zahtjev neovisnosti ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenta također nije poštovan. Iako su ovlašteni zemljišnoknjižni referenti samostalni, jer samostalno donose rješenja u zemljišnoknjižnim odjelu, dakle funkcionalno samostalni, postoje odredbe kojima se u znatnoj mjeri ograničava njihova samostalnost. "Opravdani razlozi" za preuzimanje predmeta iz nadležnosti ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta samo su jedan od primjera kojim se očituje takvo ograničenje. Iako austrijski *Rechtspfleger* nema odredbe o stvarnoj neovisnosti, u smislu vezanosti samo uz zakon i pravo i oslobođenosti od primanja uputa nadređenih, on je, naprotiv, vezan za upute suca i njegov je položaj, ipak, uz austr. RpfLG definiran Saveznim ustavom. Hrvatski zakonodavac nije u cilju definiranja položaja ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta promijenio Ustav, ali se nije ni, poput Estonije i BiH koje su slijedile njemački model *Rechtspflegera*, pobrinuo da u ZZK unese odgovarajuću odredbu o stvarnoj neovisnosti ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenta. S obzirom na vladajuće mišljenje da su očekivanja ustavnih izmjena radi definiranja položaja ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenta nerealna i politički neutemeljena, hrvatski je zakonodavac mogao unijeti u ZZK odredbu o stvarnoj neovisnosti referenata. Zašto bi to bilo potrebno? Osim poštivanja zahtjeva stručnosti *Rechtspflegera*, upravo je odredba o njegovoj stvarnoj neovisnosti (§ 9. njem. RpfLG) kriterij za razgraničenje položaja *Rechtspflegera* od položaja ostalih službenika. Time što je *Rechtspfleger* stvarno neovisan, odnosno oslobođen uputa nadređenih, *Rechtspfleger* više nije običan službenik i time on zauzima poseban položaj. Odluke koje donosi *Rechtspfleger* nisu odluke službenika, to su odluke suda. Na taj bi se način u Hrvatskoj izbjegli sveprisutni prigovori ZID ZZK 04⁶⁷ o tome da je rješavanje odluka u zemljišnoknjižnim stvarima, dakle, odluka iz sudske nadležnosti, povjereno upravnim službenicima. Naravno, prethodno bi bilo potrebno udovoljiti zahtjevima struke, tj. osobe koje samostalno obavljaju zemljišnoknjižne poslove, novi ovlašteni zemljišnoknjižni referenti, trebali bi biti dipl. pravnici. O opasnom utjecaju uprave na pravosuđe upozoravalo se i prije no što je izmjena ZZK stupila na snagu,⁶⁸ a u smislu hoće li se odluke ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata smatrati sudskim ili upravnim rješenjem i ne radi li se o prenošenju poslova iz nadležnosti sudbene vlasti na druge osobe. "Odredba o stvarnoj neovisnosti nije samo u interesu neovisnosti *Rechtspflegera* već je ona potrebna da bi naglasila neovisnost sudova u odnosu na tijela uprave.

⁶⁷ Bilten tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba, Izmjene zakona o zemljišnim knjigama – put ili stranputica reforme zemljišnih knjiga.

⁶⁸ Izvješće o Prijedlogu zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama s konačnim prijedlogom zakona, P.z. br.122. (<http://www.sabor.hr/default.asp?gl=200407080000001>)

Građani se u ostvarivanju njihovih prava u postupku pred sudovima trebaju pouzdati u neovisnost donositelja odluka.”⁶⁹

Konačno, u pogledu pravnih sredstava koja se mogu izjaviti protiv odluka ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata ZZK je odabrao specifičan put, bez uporišta u kompariranim nacionalnim zakonodavstvima. Za razliku od njem. pravnog sustava u kojem je *Rechtspfegeru* dana mogućnost da o svojoj odluci ponovno odlučuje i u povodu žalbe (§ 11. st. 1. njem RpflG) i u povodu prigovora (§ 11. st. 2.), u Republici Austriji *Rechtspfleger* ima mogućnost ponovno odlučivati samo povodom nekih sredstava pravne pomoći (§ 11. st. 2. austr. RpflG), a ne i u pogledu prigovora (*Vorstellung*) o kojem prema § 12. austr. RpflG odlučuje sudac. Estonija je uz neka odstupanja od njemačkog modela, dala mogućnost *Rechtspfegerima* da ponovno odlučuju o svojoj odluci povodom izjavljenog prigovora (§ 69.1. est. ZZK), a o žalbi protiv oduke suca odlučuje žalbeni sud (§ 70. est. ZZK). BiH se u pogledu pravnih sredstava protiv odluka zemljišnoknjižnih referenata pozvala na odgovarajuću primjenu propisa o žalbi Zakona o parničnom postupku (čl. 76. ZZK BiH), što znači da o odlukama zemljišnoknjižnih referenata odlučuje žalbeni sud. Hrvatska nije u pogledu izbora pravnih sredstava dopustila ovlaštenim zemljišnoknjižnim referentima da ponovno odlučuju o svojim odlukama. To je u izvjesnom smislu i logično s obzirom na stručnu spremu i stupanj neovisnosti ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenta. Hrvatski se zakonodavac nije ni poput BiH poslužio žalbom kao devolutivnim pravnim lijekom o kojem odlučuje žalbeni sud, već je (kao i u drugim stvarima) krenuo vlastitim putem propisujući vlastite kriterije za odlučivanje povodom pravnih sredstava izjavljenih protiv odluka donesenih u zemljišnoknjižnom postupku. Žalba je prema čl. 123. ZZK remonstrativno-devolutivan pravni lijek.⁷⁰ Kako ne bismo ponovno opisivali žalbu o kojoj je već bilo govora u radu,⁷¹ u svezi sa žalbom trebalo bi reći da remonstrativnost o kojoj je riječ jest remonstrativnost u smislu da o odluci raspravlja prvostupanjski sud koji je odluku donio, ali to nije puna remonstrativnost koja bi predviđala mogućnost ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata da oni sami ponovno odlučuju o svojoj odluci. Kako to u Hrvatskoj ne bi bilo moguće s obzirom na neispunjenje odgovarajućih preduvjeta (stručnosti, neovisnosti), o žalbi protiv rješenja ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta prema čl. 123. st. 2. ZZK odlučuje sudac zemljišnoknjižnog suda (nepotpuna remonstrativnost), odnosno on će žalbu ako utvrdi da nije osnovana, proslijediti žalbenom sudu na odlučivanje (čl. 123. st. 4. ZZK). O odlukama koje je u zemljišnoknjižnom postupku donio sudac (čl. 109.c st. 2. reč. 2. ZZK), također, odlučuje samo žalbeni sud (čl. 123. st. 3. ZZK). Nažalost, ni sucu nije dana mogućnost da ponovno odlučuje o odluci koju je donio.

⁶⁹ *Weike*, op. cit. (bilj. 46).

⁷⁰ *Crnić, Končić*, op. cit. (bilj. 62), str. 36.

⁷¹ Cf. supra, ad 7.1.

Čl. 6. Europske konvencije,⁷² prema kojemu “svatko ima pravo da radi utvrđivanja njegovih prava i obveza građanske naravi zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno, u razumnom roku raspravi njegov slučaj” i Preporuka Odbora ministara br. R (86) 12 o mjerama za prevenciju i smanjenje preopterećenosti sudova⁷³, koja sadrži listu nespornih stvari među kojima su i zemljišnoknjižne stvari, ne isključuju mogućnost da o tim stvarima odlučuju i druge osobe ili tijela ako su zakonom ustanovljena, neovisna i nepristrana. Tomu je u prilog i ova analiza koja obuhvaća neke europske zemlje u kojima je izvršen potpuni prijenos zemljišnoknjižnih stvari u nadležnost zemljišnoknjižnih referenata (*Rechtspflegera*). S obzirom na snažan utjecaj koji je Njemačka odigrala prilikom primjene instituta *Rechtspfleger* u Estoniji, Poljskoj, Češkoj, ali i postojanje interesa za uvođenje tog instituta u Hrvatsku, Rumunjsku i neke azijske zemlje, *Rechtspfleger* je postao “izvozni hit njemačkog pravosuđa”⁷⁴. Iako je Hrvatska pri uvođenju ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata navodno slijedila austrijski model *Rechtspflegera*, odredbe ZID ZZK 04 tek su naznaka ideje o rasterećenju koje je potrebno provesti u zemljišnoknjižnim stvarima. Nažalost, ne radi se tek o Nacrtu ZZK, već o gotovim rješenjima koja nisu ni nalik austrijskim *Rechtspflegerima*.

ZID ZZK 04. nije poput austrijskog zakonodavca paralelno s donošenjem zakona izvršio odgovarajuću ustavniog teksta. Osim toga, ovlaštenim zemljišnoknjižnim referentima nedostaje stručnost, neovisnost i puna remonstrativnost pravnih sredstava podnesenih protiv njihovih odluka. Stoga bi u eventualnim izmjenama ZZK trebalo poštivati zakonska rješenja drugih nacionalnih zakonodavstava, primjenjiva u RH, kojima bi se osigurala kvaliteta odluka koje donose ovlaštene zemljišnoknjižni referenti.

1. Zahtjevu stručnosti može se udovoljiti samo ako se kao budući ovlaštene zemljišnoknjižni referenti budu upošljavali diplomirani pravnici koji nakon jednogodišnje prakse moraju položiti stručni ispit za ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta.

2. Položaj ovlaštenih zemljišnoknjižnih referenata treba urediti odgovarajućom ustavnom odredbom (austrijski model) ili odgovarajućom zakonskom odredbom o stvarnoj neovisnosti ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta (njemački model). Samo će na taj način neovisnost ovlaštenog zemljišnoknjižnog referenta biti neupitna, a istovremeno će to biti kriterij za razgraničenje njihove uloge od uloge običnih službenika.

3. Ako budu ispunjeni prethodni uvjeti, zakonodavac bi ovlaštenom zemljišnoknjižnom referentu mogao dati priliku da sam odluči o sredstvu pravne

⁷² Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokoli br. 1, 4, 6, 7 i 11 (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/99., 8/99., 14/02.

⁷³ Recommendation No. R (86) 12 of the Committee of Ministers to member states concerning measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts.

⁷⁴ “Exportschlager der deutschen Justiz” (http://www.bw.bdr-online.de/Inhalt/rpfl-tag_karlsruhe.htm).

pomoći uloženi protiv njegove odluke u obliku prigovora te da na taj način ostvari punu remonstrativnost sredstava pravne pomoći. Ako zemljišnoknjižni referent ne bi usvojio prigovor, on bi ga trebao prosljediti sucu zemljišnoknjižnog suda. Konačno, protiv odluke suca bila bi moguća žalba o kojoj bi odlučivao žalbeni sud.

Želi li Republika Hrvatska u rješavanju zemljišnoknjižnih stvari poštivati europske standarde, morat će ispuniti odgovarajuće preduvjete kao što su

1. izrada nacрта zakona i usvajanje zakona i propisa koji obuhvaćaju europske zakonske i tržišne standarde i sigurnost prava koja se tiču vlasništva nekretnina
2. uvođenje konzistentne, učinkovite i pouzdane baze zemljišnih podataka radi opisa objekata na koje se vlasništvo odnosi
3. uvođenje neovisnog i neutralnog postupka za stjecanje vlasništva na nekretninama i ostalih stvarnih prava
4. upravljanje pouzdanim i primjenjivim zemljišnoknjižnim informacijskim sustavom radi omogućavanja ekonomskog razvoja.⁷⁵

Iako je ZID ZZK 04. smanjio broj zemljišnoknjižnih predmeta u RH za 25.000,⁷⁶ mišljenja smo da postojeća zakonska regulativa nije u stanju ispuniti ove europske standarde. Naime, zaboravlja se da je osim kvantitete odlučujući kriterij u prosuđivanju učinkovitosti pravosuđa upravo kvaliteta donesenih odluka. Ako se u Hrvatskoj uskoro ne udovolji europskim standardima u rješavanju zemljišnoknjižnih stvari koje su neke susjedne zemlje već većim dijelom usvojile (BiH), dovodi se u pitanje opstojnost odluka donesenih u zemljišnoknjižnim stvarima.

⁷⁵ Jean-Luc Horisberger, Land Administration in Bosnia and Herzegovina after the war, Symposium on Land Administration in Post Conflict Areas, 2004., Geneva.

⁷⁶ Plaćeni oglas Ministarstva pravosuđa u Jutarnjem listu, 10. prosinca 2004.

Summary

LAND REGISTER OFFICERS ACCORDING TO LAW ON REVISION OF THE LAW ON LAND REGISTER

The Law on Revision of the Law on Land Register (Official Gazette no.104/04) introduced a new kind of civil servants, land register officers, whose powers in registration procedure have been significantly expanded. Authorized land register officers received certain judicial powers – they independently bring decisions in land register procedures. The Croatian legislature found reasons for such legislative choice in the Austrian legal institute of *Rechtspfleger* that has proved to be an efficient instrument of workload relief for Austrian courts. However, the Croatian legislature not only failed to create adequate preconditions for application of Austrian legal institute *Rechtspfleger*, but it also excluded some basic characteristics of this institute. In order to remove doubts as to the possibility of application of the institute of *Rechtspfleger* in the Republic of Croatia, this article presents similar solutions in certain other European countries (Austria, Germany, Estonia, Bosnia and Herzegovina). Apart from criticism of certain legal formulations, several *de lege ferenda* suggestions have been made, directed toward reception of European criteria in land register procedures.

Key words: *land register law, land register civil servant, land register officer, institute of Rechtspfleger, real independence, remonstrativity of legal remedy.*

Zusammenfassung

ANGESTELLTE DES GRUNDBUCHAMTES IM GESETZ ÜBER ÄNDERUNGEN UND ERGÄNZUNGEN ZUM GRUNDBUCHGESETZ

Mit dem Gesetz über Änderungen und Ergänzungen zum Grundbuchgesetz (NN104/04) werden Grundbuchreferenten eingeführt, eine neue Art von Angestellten des Grundbuchamtes, deren Befugnisse im Grundbuchverfahren wesentlich erweitert wurden. Den befugten Grundbuchreferenten werden bestimmte richterliche Befugnisse übertragen – sie bearbeiten Grundbuchsachen selbständig. Eine Begründung für solch eine gesetzliche Lösung hat der Gesetzgeber im österreichischen Modell des Instituts *Rechtspfleger* gefunden, das sich in der Republik Österreich als wirkungsvolles Instrument zur Entlastung des Richters erwiesen hat. Allerdings hat der Gesetzgeber weder die entsprechenden Bedingungen für die Anwendung des österreichischen

Instituts *Rechtspfleger* geschaffen, noch wurden die Grundmerkmale dieses Instituts beibehalten. Um den Zweifel über die mögliche Anwendung des Instituts *Rechtspflege* in der Republik Kroatien zu beheben, werden in vorliegender Arbeit Beispiele für dieses Institut in einigen europäischen Ländern vorgestellt (Österreich, Deutschland, Estonien, Bosnien und Herzegowina). Außer der Kritik an einigen gesetzlichen Formulierungen werden auch *de lege ferenda* Vorschläge zur Annahme europäischer Kriterien bei der Erledigung von Grundbuchsachen gemacht.

Schlüsselwörter: Grundbuchrecht, Angestellter des Grundbuchamtes, Grundbuchreferent, Institut des Rechtspflegers, wirkliche Unabhängigkeit, Remonstration eines Rechtsmittels.

Sommario

FUNZIONARI DEI LIBRI FONDIARI SECONDO LA LEGGE SULLE MODIFICHE E INTEGRAZIONI DELLA LEGGE SUI LIBRI FONDIARI

La Legge sulle modifiche e integrazioni della Legge sui libri fondiari (Narodne Novine 104/2004) ha introdotto gli addetti dei libri fondiari, la nuova specie di funzionari dei libri fondiari i cui poteri nella procedura di registrazione sono stati significativamente ampliati. Il funzionario dei libri fondiari ha ricevuto alcuni poteri giurisdizionali – essi prendono autonomamente le decisioni nelle procedure dei libri fondiari. Il legislatore croato ha trovato le ragioni di tale scelta legislativa nel modello austriaco dell'istituto del *Rechtspfleger*, che ha dimostrato di essere uno strumento efficiente di assistenza nel carico di lavoro dei tribunali della Repubblica di Austria. Tuttavia, il legislatore croato non solo ha fallito nel creare adeguate precondizioni per l'applicazione dell'istituto austriaco del *Rechtspfleger*, ma ha anche escluso alcune caratteristiche fondamentali di questo istituto. In ordine alla rimozione dei dubbi quanto alla possibilità dell'applicazione dell'istituto del *Rechtspfleger* nella Repubblica di Croazia, in questo lavoro si presentano le soluzioni simili in alcuni altri paesi europei (Austria, Germania, Estonia, Bosnia ed Erzegovina). A parte la critica di alcune formulazioni legislative, sono avanzati alcuni suggerimenti *de lege ferenda* diretti verso il recepimento dei criteri europei nelle procedure dei libri fondiari.

Parole chiave: diritto dei libri fondiari, funzionario dei libri fondiari, addetto dei libri fondiari, istituto del *Rechtspfleger*, reale indipendenza, rimostratività del mezzo legale.

THE GIBRALTAR SHOOTING CASE*
An analysis of the European Court of Human Rights judgment
in the case of *McCann & Others -v.- the United Kingdom*
(judgment of 27 September 1995 in case No. 17/1994/464/545)

Ph.D. Douwe Korff, full professor**
Cambridge, United Kingdom

UDK: 341.645.5
342.72/.73
Ur.: 19. rujna 2005.
Pr.: 3. listopada 2005.
Pregledni znanstveni članak

SLUČAJ "GIBRALTAR"

Analiza presude Europskog suda za ljudska prava u slučaju
McCann i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva

U Gibraltaru su 6. ožujka 1988. vojnici specijalnih britanskih postrojbi, tzv. SAS-a, smrtno ustrijelili tri osobe (Daniela McCanna, Seana Savagea i Maireada Farrella) za koje se sumnjalo da su teroristi, pripadnici IRA-e. Istražna porota je zaključila da se radi o "zakonitom usmrćivanju"; vojnici nisu bili kazneno gonjeni. Vlada je uspješno prekinula građansku parnicu, koju su u Sjevernoj Irskoj pokrenuli rođaci poginulih, upotrebom uvjerenja kojim se onemogućava sudsko utvrđivanje državne odgovornosti za ubijanje. Europski sud za ljudska

* This paper was originally prepared as a hand-out for teaching purposes at the University of Essex and the London Metropolitan University. Although largely unchanged, its present version includes re-numbering of the various parts and sections, expansions on a few footnotes (pointing out, in particular, the abolition of the European Commission of Human Rights), and some minor changes to the text.

** Douwe Korff is a Dutch human rights lawyer, living in Cambridge (UK). His record includes work for Amnesty International, the International Commission of Jurists, Liberty, Interights, the UN High Commission for Refugees, the OSCE, the Council of Europe, and the Commission of the European Union. He has acted on behalf of applicants in proceedings under the European Convention on Human Rights against the Netherlands, Spain (the *Castells* case), France, Switzerland and the United Kingdom. After earlier academic work in Italy, Germany, the Netherlands and elsewhere, he currently teaches public international law, international human rights law and data protection at London Metropolitan University, London (UK). For further details, see his webpage: <http://www.londonmet.ac.uk/research-units/hrsj/staff/associate/korff.cfm>

prava u Strasbourgu je 27. rujna 1995. jedva dostatnom većinom glasova (deset naprema devet) u slučaju McCann i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva presudio da je došlo do povrede čl. 2. Europske konvencije. Sud je ovom odlukom prvi put osudio jednu europsku državu radi nezakonite uporabe smrtonosne sile od strane vojno-redarstvenih službi. Iako sadrži određene slabosti, odluka "Gibraltar" naglašava da se demokratske vlade ne smiju suprotstavljati nasilju i terorizmu s jednakim stupnjem nemara prema ljudskom životu kao što to čine oružane skupine koje napadaju državu. Svrha je ovog članka (kritička) analiza te odluke te, posebice, identifikacija pitanja koja povlače šire implikacije za države članice Vijeća Europe.

Ključne riječi: *Europski sud za ljudska prava, Europska konvencija za ljudska prava, članak 2., terorizam, državna uporaba sile.*

1. Introduction

On Sunday, 6 March 1988, in Gibraltar, soldiers from the British "Special Air Services" Regiment, the SAS, shot dead three suspected IRA terrorists, Daniel McCann, Sean Savage and Mairead Farrell. The three IRA members had planned to detonate a car bomb in the British colony on the next Tuesday, 8 March, when another British Regiment, the Royal Anglian Regiment, would perform a changing of the guard ceremony at Ince's Hall in the centre of Gibraltar. They had entered Gibraltar from Spain that day, and had parked a car in the area next to Ince's Hall where the Royal Anglians would assemble. However, after they had been killed it was established that the car they had parked did not contain a bomb, and that the three suspects had been unarmed. Eye witnesses reported that they had been shot by the soldiers without being given a chance to surrender.

An inquest was held in Gibraltar in September 1988. The proceedings lasted nineteen days; seventy-nine witnesses were called. At the end, the inquest jury returned verdicts of "lawful killing" by a majority of nine to two. The soldiers were not prosecuted. Civilian proceedings, brought by relatives of the deceased in Northern Ireland, were effectively stopped by the Government, through the use of a certificate which prevented the court from assessing the Government's liability for the killings. On 14 August 1991, the relatives lodged an application against the United Kingdom under Art. 25 of the European Convention on Human Rights, claiming that the United Kingdom had violated Art. 2 of the European Convention on Human Rights, which guarantees the "right to life", when its soldiers shot and killed their relatives.

In its Report of 4 March 1994, the European Commission of Human Rights held, by a majority of 11 votes to six that there had been no violation of

Art. 2.¹ However, exceptionally, the Commission nonetheless referred the case to the European Court of Human Rights, because of the fundamental issues raised by the case. The Court, again because of the importance of the case, decided to deal with the matter in a Grand Chamber.

On 27 September 1995, the European Court of Human Rights in Strasbourg delivered judgment in the case of *McCann and Others v. the United Kingdom*.² The Court found, by a narrow margin of 10 to nine, that Art. 2 had been violated. The Government was ordered to pay the relatives £St. 38.700 in legal fees. It was the first time any European Government had been found guilty by the Court of the unlawful use of lethal force by law enforcement officials.

The "Gibraltar" judgment, while weak in some respects, underlines that democratic governments are not free to meet political violence and terrorism with the same lack of regard for human life as is shown by armed groups opposing the state. On the contrary, they are bound under the Convention to meet even the most serious threat to life, limb and property within the law, within standards set for civilised states. The case crucially clarifies those standards for States Party to the European Convention on Human Rights - that is, for all democratic European states.³ It is the purpose of this article to analyse the judgment (critically), and in particular to identify the issues of wider implication to all Member States of the Council of Europe.

The 68-page judgment in *McCann* is complex and turns around a (sometimes confusing) mixture of law and fact. Specifically, the Court (that is to say, the majority of the Court), having adopted a particular legal approach to Art. 2, went on to rely on three main facts to hold that that article had been violated. The dissenting minority of the judges, while not disagreeing (expressly) with this legal approach, and while also not disputing these facts, nonetheless reached the opposite conclusion because of the different way in which they assessed the facts. The Commission was similarly divided.

In view of this somewhat confusing situation, we believe it is useful first to set out in part 2 of this paper the, what one might call "abstract" issues of law,

¹ Report of the Commission in Application No. 18984/91, adopted on 4 March 1994. The Commission was abolished by the 11th Protocol to the Convention, which came into force in November 1998. It used to examine cases on admissibility and merits. Normally, cases which had been rejected by the Commission as "inadmissible" for various reasons, or as disclosing "no violation" of the Convention were not referred to the Court. The *McCann* case is an exception.

² European Court of Human Rights Judgment of 27 September 1995 in Case nr. 17/1994/464/545, Publ. ECHR, Series A, Vol. 324; 1996) 21 EHRR 97. Hereafter "the judgment" or simply "judgment".

³ Note that acceptance of the European Convention on Human Rights has become a formal condition for membership of the Council of Europe. Russia, for instance, had to indicate its willingness to become a Party to the Convention before its application for membership of the Council was accepted. This means that States that are Party to the Convention cannot denounce the Convention without also excluding themselves from the Council and the "family" of European democratic nations.

i.e. the issues of interpretation of Art. 2 of the Convention, on which there was no express dissent within the Court - and which therefore must be assumed to set a very strong precedent on the law.

Only then will we address, in part 3, the facts of the case. We will commence that part with an examination of what the Commission and Court of Human Rights said about the *legal* question of what they felt was the proper judicial approach to the facts. Next, we will provide the facts as contained in the "outline case" on which the Commission and the Court based their assessments, while noting that the facts as set out in that case by no means answer all the questions surrounding the killings. We will then go on to see how the various groups within these organs (minority and majority of the Commission, majority and minority of the Court) actually dealt with those facts.

In the final part, part 4, we will set out our conclusions.

2. Legal issues

2.1. The text of Article 2

Article 2 of the European Convention on Human Rights reads as follows:

Article 2 *Right to Life*

1. *Everyone's right to life shall be protected by law. No-one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.⁴*
2. *Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:*
 - (a) *in defence of any person from unlawful violence;*
 - (b) *in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;*
 - (c) *in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.*

⁴ Note that under the Sixth Protocol to the Convention, the States Party to that protocol undertake to abolish the death penalty in peacetime. For those States, the Sixth Protocol therefore amends this part of Art. 2. This is, however, not relevant for the present case.

Article 2 is construed somewhat differently from other substantive articles in the Convention,⁵ in that it does not just state that “*everyone has the right to life*”, but rather, that “*everyone’s right to life shall be protected by law*”; and by allowing for state action which might limit or endanger this right only when this is “*absolutely necessary*”. Most of the other articles (and in particular Arts. 8 – 11) allow for restrictions on substantive rights to the extent that these are “*prescribed by law*” and “*necessary in a democratic society*” for a legitimate aim, as listed in the articles concerned.

The Court analysed the text of Art. 2, in the light of the submissions of the parties and of *amicus curiae* submissions by Amnesty International and by other human rights groups. The Court reiterated, first of all, that it seeks to interpret and apply the provisions of the Convention generally in such a way as to make its safeguards “*practical and effective*”.⁶ It stressed that Art. 2:

“ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention - indeed one which, in peacetime, admits of no derogation under Article 15. Together with Article 3 of the Convention,⁷ it also enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe. As such, its provisions must be strictly construed.”⁸

The reference to Art. 15 may be important. Art. 15 § 1 allows for derogations from most Convention rights “*in time of war or other public emergency*”. However, Art. 15 § 2 stipulates that no derogation may be made from (*inter alia*) Art. 2, “*except in respect of deaths resulting from lawful acts of war*”. It should be noted that it was not argued by the Government that the qualification in Art. 15 in respect of Art. 2 had any application in the case. More important, it would appear from the above quote that the Court, in any case, would have rejected such a contention. ***One may therefore (tentatively) conclude that the exception in Art. 15 § 2 to the non-derogability of Art. 2 in times of war - the reference to “deaths resulting from lawful acts of war” - does not apply to anti-terrorist operations “in peacetime”: “War” means an international armed conflict; it does not include operations such as the SAS operation against the IRA in Gibraltar.***

The Court examined, first, the question of whether Art. 2 § 1 imposed any “positive obligations” on States, (i) as far as the phrasing and application of national law is concerned, and (ii) in terms of a requirement on the State to

⁵ In particular, the “typical” Convention articles, Art. 8 (concerning the right to private and family life), Art. 9 (right to freedom of thought, conscience and religion), Art. 10 (right to freedom of expression), and Art. 11 (right to freedom of peaceful assembly). But note also the similarities between Art. 2 and these articles, discussed in the text.

⁶ Judgment, para. 146, with reference to earlier case-law.

⁷ Article 3 contains an absolute prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment.

⁸ Judgment, para. 147.

hold *ex post facto* inquiries into killings by state agents. The Court also made certain pronouncements on the application of Art. 2 § 2, according to which some killings “shall not be regarded” as violating the right to life, and clarified its approach to the assessment of the facts.

In the following sub-sections, we will briefly set out the Court’s considerations on these matters, with references, as appropriate, to the views put forward by the applicants, the Government, the *amici curiae*, and the Commission.

2.2. Positive obligations under Art 2 § 1 of the Convention

i. the obligation to “protect” the right to life “by law”

As already noted, Art. 2 § 1 of the Convention differs from the first paragraphs of the “typical” substantive provisions by providing that States must “protect” the right to life “by law”.

The Applicants had pointed out that a similar requirement is contained in Art. 6 of the (UN) International Covenant on Civil and Political Rights; and that the Human Rights Committee, in interpreting that provision, had held that:

“The requirement that the right to life shall be protected by law and that no one shall be arbitrarily deprived of his life means that **the law must strictly control and limit the circumstances in which a person may be deprived of his life by the authorities of a State**”.⁹

The applicants had submitted that the Convention, too, imposes a “positive duty” on States, under which they must ensure that their national law will “strictly control and limit” the circumstances in which a person may be deprived of his life by agents of the State.¹⁰ They also submitted that it was an inherent part of this positive duty, that the State must give appropriate training, instructions and briefings to its soldiers and other agents who may use force, and that the State must furthermore exercise strict control over any operations which may involve the use of lethal force.¹¹

The applicants invited the Commission and Court to examine (a) the national legal standard on the use of lethal force and judicial practice under this national

⁹ See the “views” of the Committee in the *Camargo/Guerrero*-case, repeated verbatim in its General Comment on Art. 6 of the Covenant. It is notable, if regrettable, that neither the Commission nor the Court expressly referred to the pronouncements of the Human Rights Committee.

¹⁰ The applicants’ submissions are noted in the judgment, in para. 151; and in the Commission Report, in para. 185; but without the source of the standard invoked (the UN Human Rights Committee’s views on Art. 6 ICCPR) being acknowledged.

¹¹ *Idem*.

standard; and (b) the training and instructions given to SAS soldiers, on their compatibility with Art. 2 § 1.¹²

The Convention organs did not fully comply with the applicants' requests in these respects. It is useful to see how they approached these issues.

(a) domestic law on the use of lethal force:

The English legal test concerning the lawfulness of use of force is that such force must be "reasonably necessary" in the circumstances. The applicants contended that this standard was vague and general, and applied by the courts in a lax manner. They said that "*English law on the use of force (as also applicable in Gibraltar) consists of little more than a few vague and generally worded principles, entirely subjectively applied*"; and added that "*this contrasts with the law in other Council of Europe Member States.*"¹³ They furthermore submitted an academic examination of judicial practice under this rule, which, they said, indicated that the Northern Irish courts, at least, accepted the "reasonable necessity" of any use of lethal force by soldiers, if such use of force was in accordance with the soldiers' general training and instructions.¹⁴ Finally, they submitted that the agents of the State (in particular, soldiers, and more in particular, soldiers belonging to the SAS Regiment) were not trained in accordance with the strict standards of Art. 2 § 1.

The Government claimed, by contrast, that "*the test of reasonable necessity is strictly applied in practice*".¹⁵

In addressing this point, both the Commission and the Court stressed (with reference to different cases) that the United Kingdom was not required to either incorporate the Convention into domestic law, or to adopt corresponding provisions with identical formulations.¹⁶ It suffices if the substance of the Convention right in question is protected.¹⁷

¹² See, in particular, the Comments by the Applicants on the Observations by the United Kingdom Government on the first and second questions put to the Government by the Commission (November 1992), in particular under point 3.1, at p. 26 ff; and the Memorials of the Applicants, submitted to the Court, in particular in Part II (Legal Issues), point 3 (domestic law and practice), at p. 12. The same points were also, strongly, emphasised in the oral hearing before the Commission and in the hearing before the Court.

¹³ Memorials of the Applicants, Part II (Legal Issues), section 3, p. 12, with reference to the applicants' earlier submissions to the Commission.

¹⁴ In particular, R J Spjut, *The 'official' use of deadly force by the security forces against suspected terrorists: some lessons from Northern Ireland*, Public Law Journal, 1986, pp. 38 ff.

¹⁵ Commission Report, para. 188.

¹⁶ Commission Report, para. 189; judgment, para. 153. Neither the Commission nor the Court reflect however, in this context, on the implications of the requirement, unique to Art. 2, that the right to life must be protected "by law": none of the cases they refer to concern Art. 2.

¹⁷ Commission Report, para. 189, quoted in the judgment, para. 152.

There was nonetheless a difference in approach between the Commission and the Court. Having looked only at the bare wording of the “reasonable necessity” test, without examining judicial practice, the Commission found,

“on examination of the applicable law in this case **no indication that it fails to offer the requisite general prohibition against the arbitrary use of lethal force by state authorities.**”¹⁸

Before the Court, the applicants strongly criticized this approach by the Commission, pointing out that it seemed to indicate that the right to life was sufficiently “*protected by law*”, as long as the law prohibits, “in general terms”, “*arbitrary*” killings. They noted that this very lax interpretation of Art. 2 of the Convention contrasted with the strict interpretation given to the (on paper, seemingly weaker) text of Art. 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights.¹⁹

The Court examined national law in greater detail, with specific references, not just to Art. 2 of the Gibraltar Constitution, but also to leading English cases, a report of a Royal Commission, and a summary by Lord Justice McGonigal in the leading Northern Irish case - but without reference to the analysis by Spjut, submitted by the applicants, or to the cases referred to in that analysis. The Court also noted the guide to police officers in the use of firearms, issued to the Gibraltar police officers involved in the case, which stressed the individual responsibility of such officers under the law.²⁰

In the end, the Court still felt that “*the Convention standard on its face appears to be stricter than the relevant national standard*”, while noting however that “*it has been submitted by the Government that, having regard to the manner in which the [national] standard is interpreted and applied by the national courts..., there is no significant difference in substance between the two concepts.*”²¹ Without endorsing the Government’s submission, the Court nonetheless concluded that,

“whatever the validity of [the Government’s] submission, the difference between the two standards is not sufficiently great that a violation of Art. 2 § 1 could be found on this ground alone.”²²

One may regret that the Court did not look more closely at the cases noted by Spjut, which seem to indicate a more lax application of the English legal standard than was suggested by the Government; indeed, one may disagree with the Court’s conclusion that “*there is no significant difference in substance*” between the English and the Convention standards.

¹⁸ Commission Report, para. 190, emphasis added.

¹⁹ Memorials of the Applicant, Part II, p. 10 ff.

²⁰ Judgment, paras. 133 – 136.

²¹ Judgment, para. 154.

²² Judgment, para. 155.

As a matter of precedent, however, it is more important that the Court felt called upon to examine domestic law and judicial practice in some detail; and that, in the end, it seemed to have concluded that there was no violation of Art. 2 § 1 because it believed (rightly or wrongly) that the English/Northern Irish/Gibraltar legal standard on the use of lethal force substantively met the Convention one. One may infer that, if a case were to arise (in England, Northern Ireland or elsewhere) in which it could be shown that the domestic legal standards manifestly fell below the Convention standard, that in itself *could* give rise to a violation of Art. 2.

(b) domestic practice: the training and instructions given to SAS soldiers:

Counsel for the applicants had argued at the hearing before the Court:

“In the present case, it is undisputed that the SAS soldiers acted fully in accordance with their general training and instructions. The inquest jury furthermore held that they acted ‘lawfully’. That training, and those instructions, are therefore part and parcel of the way in which ‘the law’ protects the right to life (or rather, fails to do so) in the United Kingdom and in Gibraltar. That training, and those instructions, should therefore be examined, not just in the context of the second paragraph of Article 2 but also under the first paragraph.

We would recall the words of [Dissenting Member of the Commission] Mr Trechsel (who the Court mows is an eminent criminal legal expert). He said that:

‘The decisive element is, in my view, the fact that the use of firearms by the soldiers automatically involved shooting to kill. Thus, from the outset, they were not trained or instructed to reflect whether it would not have been sufficient merely to wound their targets.’

The point is that the law did not require such strict training, it did not require such strict instructions. We submit that that in itself shows a violation of Article 2 § 1 of the Convention.²³

However, the Court (like the Commission) expressly refused to examine the general training and instructions, given to the SAS, under Art. 2 § 1; it said that those matters, and the question of operational control over the specific operation in Gibraltar, should, “*in the context of the present case*”, be examined under Art. 2 § 2 instead.

In our view, this is regrettable and significantly reduces the value of the judgment. As we shall show below, in Part II, on the facts, the case ultimately hinged crucially on the “automatic recourse to lethal force” by the SAS soldiers; i.e. on the fact that:

²³ Verbatim Record of the Court hearing of 20 February 1995, Cour/Misc (95)44, p. 10.

“Their reflex action in this vital respect [shooting to kill without apparently considering whether they could have shot to wound] lacks the degree of caution in the use of firearms to be expected from law enforcement personnel in a democratic society, even when dealing with dangerous terrorist suspects.”²⁴

However, as we shall also note in that part, neither the Commission nor the Court examined the training and instructions, given to the SAS soldiers.

We find it difficult to see how the State can be said to have sufficiently protected the right to life, “by law”, if it is “*not clear whether [the SAS soldiers] had been trained or instructed to assess whether the use of firearms to wound their targets may have been warranted by the specific circumstances that confronted them at the moment of arrest.*”²⁵ Be that as it may, it is nonetheless clear that the failure of the authorities to ensure that its soldiers did not react in the manner they did was one of the main grounds on which the Court relied in reaching its finding that the Convention had been violated, in this case.²⁶

ii. the obligation to hold ex post facto proceedings to establish the facts

The applicants had submitted that (apart from adopting legal standards compatible with the Convention, in order to protect the right to life, “by law”), Art. 2 also implied a positive duty on the State to provide “*an effective ex post facto procedure for establishing the facts surrounding the killing by agents of the State through an independent judicial process to which relatives must have full access*”.²⁷ In this, they had referred to the United Nations Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, adopted on 7 September 1990 by the Eight United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, and to the United Nations Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions, adopted on 24 May 1989 in UN Economic and Social Council Resolution 1989/65. The *amicus curiae* briefs, submitted by Amnesty International and other human rights organisations also drew the attention of the Court to these UN standards. The Court expressly referred to these international standards²⁸ and, in a crucial passage of the judgment, accepted the Applicants’ general proposition:

²⁴ Judgment, para. 212.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Judgment, para. 213.

²⁷ Judgment, para. 157, emphasis added. Note that this suggested procedural requirement flows from Art. 2 itself, and is distinct from the separate rights to an “effective remedy” against violations of the Convention (Art. 13) and from the right of access to court to bring civil proceedings (Art. 6), neither of which were invoked by the Applicants (cf Judgment, para. 160).

²⁸ Judgment, paras. 138 – 140.

“[The Court] confines itself to noting, like the Commission, that a general legal prohibition of arbitrary killing by the agents of the State would be ineffective, in practice, if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities. **The obligation to protect the right to life under this provision, read in conjunction with the State’s general duty under Article. 1 of the Convention to ‘secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention’, requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by *inter alios*, agents of the State.**”²⁹

The Court felt that it was “not necessary” in the case at hand to decide “*what form such an investigation should take and under what conditions it should be conducted*” - because whatever the specific requirements, they had been met in the inquest procedures.³⁰ The Court noted a number of aspects of the Inquest procedures which clearly contributed to its overall finding that there had been a sufficiently effective official investigation to meet the requirements of Art. 2:

- the proceedings had been public;
- the applicants (i.e. the relatives of the deceased) had been legally represented;
- a large number of witnesses (seventy-nine) had been heard;
- the lawyers for the relatives had been able to examine and cross-examine key witnesses, including the military and police personnel involved in the planning and conduct of the operation, and to make submissions in the course of the proceedings.³¹

The applicants, and the *amici curiae*, by contrast, had pointed out a large number of shortcomings in the inquest proceedings; summed up by the Court as follows:

“In particular, they complained that no independent police investigation took place of any aspect of the operation leading to the shootings; that normal scenes-of-crime procedures were not followed; that not all eye witnesses were traced or interviewed by the police; that the Coroner sat with a jury which was drawn from a ‘garrison’ town with close ties to the military; that the Coroner refused to allow the jury to be screened to exclude members who were Crown servants; that the public interest certificates issued by the relevant government authorities effectively curtailed an examination of the overall operation.

²⁹ Judgment, para. 161, emphasis added.

³⁰ Judgment, para. 162.

³¹ *Idem*.

They further contended that they did not enjoy equality of representation with the Crown in the course of the inquest proceedings and were thus severely handicapped in their efforts to find the truth since, *inter alia*, they had no legal aid and were only represented by two lawyers; witness statements had been made available in advance to the Crown and to the lawyers representing the police and the soldiers but, with the exception of ballistic and pathology reports, not to their lawyers; they did not have the necessary resources to pay for copies of the daily transcript of the proceedings which amounted to £500 - £700.³²

We will return to the exclusion of certain matters from the fact-finding by the inquest, in part 3. Here, it may suffice to note that the Court found that:

“the alleged various shortcomings in the Inquest proceedings... [did not]... substantially hamper the carrying out of a thorough, impartial and careful examination of the circumstances surrounding the killings.”³³

One may not agree with the Court on that finding of fact in respect of the specific proceedings in the particular case. However, it is again more important to note the legal precedent set by the Court: Basically, the Court has held that **it is a legal requirement under Art. 2 § 1 of the Convention, that if a person has been killed by agents of the State, there must be an effective, thorough, impartial and careful *ex post facto* examination of the circumstances surrounding such killings.** The Court refused to spell out the exact requirements of such proceedings but clearly, access to the proceedings by relatives and their lawyers, and the holding of such proceedings in public, are important factors to be taken into account.

2.3. *Stricter tests than under the “typical” Convention articles*

The Court agreed with the Commission, that the exceptions delineated in the second paragraph of Art. 2 “*primarily*” describe “*the situations where it is permitted to ‘use force’ which may result, as an unintended outcome, in the deprivation of life*”. However, in the Court’s view, Art. 2 also extended to intentional killing.³⁴

In either case, the use of force must be “*absolutely necessary*”.³⁵ The use of that term (and in particular of the adjective “*absolutely*”) furthermore indicates:

³² Judgment, para. 157.

³³ Judgment, para. 163.

³⁴ Judgment, para. 148.

³⁵ *Idem*.

“that a **stricter and more compelling test of necessity** must be employed from that normally applicable when determining whether State action is ‘necessary in a democratic society’ under paragraphs 2 of Articles 8 to 11 of the Convention. In particular, the force used must be **strictly proportionate** to the achievement of the aims set out in sub-paragraphs 2(a), (b) and (c) of Article 2.”³⁶

The Court derived from this a certain approach to the assessment of the facts, which we will discuss in part 3. Suffice it to note here that the Court approached the case at hand with a view to ascertaining whether the killing of the three terrorists “constituted the use of force which was no more than absolutely necessary in defence of persons from unlawful violence within the meaning of Article 2 § 2 (a) of the Convention.”³⁷

2.4. *The judicial approach to the facts*

i. general approach

The Court recalled that, “under the scheme of the Convention the establishment and verification of facts is primarily a matter for the Commission.”³⁸ The Court would, accordingly, only use its own powers in this area in exceptional circumstances. However, the Court was not bound by the Commission’s findings of fact and, moreover, “remains free to make its own appreciation [of the facts] in the light of all the material before it.”³⁹

Both the Commission and the Court furthermore to a very large extent based themselves on the facts as they had been presented at the inquest. However, both the Commission and the Court expressly rejected repeated Government assertions (made, in particular, in the Commission stage of the proceedings), that the inquest jury had made certain (express or implicit) “findings of fact”, which (the Government argued) the Court should accept as proven.⁴⁰ To the contrary, both Convention organs stressed that they were not in any way bound by the facts as presented at the inquest.⁴¹

In the case at hand, the Court felt, first of all, that “the Commission’s establishment of the facts and findings [on the points at issue, summarised in

³⁶ Judgment, para. 149, emphasis added.

³⁷ Cf. Judgment, para. 213.

³⁸ Judgment, para. 168, with reference to Articles 28 § 1 and 31 of the Convention. Of course, with the abolition of the Commission (see footnote 1, above), this issue has become moot: the Court now fulfils this function itself.

³⁹ *Idem.*, with reference to the *Cruz Varas* and *Klass* judgments.

⁴⁰ Cf. Commission Report, para. 175. In the proceedings before the Court, the Government softened its stance, and argued merely that the Court should give “substantial weight” to the verdicts of the jury: see Judgment, para. 165.

⁴¹ Commission report, para. 176; Judgment, para. 167.

the judgment] to be an accurate and reliable account of the facts underlying the present case."⁴² The Court also clearly felt that the Commission had established the facts *sufficiently*: it made its own assessment of whether there had been a violation of Art. 2, on the basis of "*the facts as established by the Commission*".⁴³ The Court said that "*in the present case, neither the Government nor the applicants have, in the proceedings before the Court, sought to contest the facts as they have been found by the Commission...*" even though, as the Court also notes, "*they differ fundamentally as to the conclusions to be drawn from them under Article 2 of the Convention.*"⁴⁴ What is more, neither the dissenting members of the Commission, nor the dissenting members of the Court, disagreed with the respective majorities on the facts.

All this, however, is not to say that all the facts of the case were *fully* established - or that the applicants, in particular, accepted that the Commission had fully absolved itself of its fact-finding duties. Specifically, the applicants had strongly urged the Commission to look closer into certain matters of fact, not or not **fully** clarified by the inquest - but the Commission had felt it unnecessary to do so, and as just noted, the Court, too, felt it could make its assessment on whether there had been a violation of the Convention on the basis of the facts as established by the Commission, without a need for further fact-finding.

In the end, the majorities and the minorities of the Commission and the Court, as well as the applicants and the respondent Government, therefore argued the case on the basis of a more or less agreed (or at least accepted) **abstract** of the facts surrounding the case, largely (but not entirely) derived from the inquest. While this, what one might call "outline case" was held by the Commission and Court to have been sufficient for their determination of the legal issues, it should be noted that some matters were not fully established. Surprisingly, as we shall see below, at 3.2, this includes certain matters which (in spite of being only partially clarified) determined the outcome of the case.

ii. onus and standard of proof

The applicants made a number of submissions on the question of onus and standard of proof. Specifically, they argued that:

"in examining the actions of the State in a case in which the use of deliberate lethal force was expressly contemplated in writing, the Court should place on the Government the onus of proving, beyond reasonable doubt, that the planning and execution of the operation was in accordance with Article 2 of the Convention. In addition, it should not

⁴² Judgment, para. 169, emphasis added.

⁴³ Cf. Judgment, para. 171.

⁴⁴ Judgment, para. 169.

grant the State authorities the benefit of the doubt as if its criminal liability were at stake.”⁴⁵

The Commission did not pronounce itself on these matters, but the Court made some important observations in this respect. Thus, the Court concluded from its own affirmation of the importance of Art. 2 (above, sub-section 2.1), that:

“the Court must, in making its assessment [as to whether there was a violation of Art. 2], subject deprivations of life to **the most careful scrutiny**, particular where deliberate lethal force is used, taking into consideration not only the actions of the agents of the State who actually administer the force but also **all the surrounding circumstances including such matters as the planning and control of the actions under examination.**”⁴⁶

The Court also notes expressly that “*in determining whether there has been a breach of Article 2 in the present case, [the Court] is not assessing the criminal responsibility of those directly concerned*”⁴⁷ - but it does not go on, in that context, to set out the evidentiary standards more clearly. Its approach to these matters can, however, be gleaned from certain other passages.

Specifically, the Court, in dealing with the applicants’ assertion that the killings had been premeditated, said that “*it would need to have convincing evidence before it could conclude that there was a premeditated plan, in the sense developed by the applicants*”⁴⁸ - which the applicants had not produced.⁴⁹ In other words, in respect of an allegation that a killing was deliberately in contravention of Art. 2, the onus is on the applicant to prove that claim; and he must produce “*convincing evidence*” before such a claim can be accepted.⁵⁰

However, on a more general assertion that a killing (whether deliberate or otherwise) is in contravention of Art. 2 by virtue of a lack of due diligence on the part of the authorities, it would seem that the Court reverses these evidentiary rules. Thus, in the end, the Court, having found that the facts suggested that there was a “*lack of appropriate care in the control and organisation of the arrest operation*”,⁵¹ was “*not persuaded*” that the killings were “*absolutely necessary*” in the sense of Art. 2 § 2.⁵² In other words, when a person has been (deliberately) killed by agents of a State, that State bears the

⁴⁵ Judgment, para. 172.

⁴⁶ Judgment, para. 150, emphasis added.

⁴⁷ Judgment, para. 173.

⁴⁸ Judgment, para. 179.

⁴⁹ Judgment, para. 178.

⁵⁰ Note that this is not the same as a deliberate killing in violation of Art. 2: In the case at hand (as we shall see) it was not disputed that the killings were deliberate (cf. Commission Report, para. 202; Judgment, para. 199).

⁵¹ Cf., e.g., Judgment, para. 212, last sentence.

⁵² Judgment, para. 213.

onus to prove - it would seem, at least on the balance of probabilities - that its actions were “*absolutely necessary*” in the sense of Art. 2. Moreover, it must show this “*absolute necessity*”, not only in respect of the actions of the agents who actually carried out the killing, but in respect of “*all the surrounding circumstances*”, including the planning, control and organisation of the operation.⁵³

In section 3.2, we will take a closer look at the actual examination, by the Commission and the Court, of the crucial factual issues in the case. After comparing (and at times, contrasting) the different approaches of the minorities and the majorities in these different organs of the Convention to these matters of fact in that section, we will, in part 4, try to assess the extent to which those different approaches accord with the more abstract approach to the law, set out above. First, however, we should set out the “outline case”: the somewhat limited facts on which the Commission and Court based their assessments. This is done in section 3.1. The remaining unanswered questions of fact are briefly noted in section 3.3.

3. The facts

3.1. The “outline case”

*The Commission and Court based their assessments, effectively, on the following facts (even though these leave several matters open, as noted in section 3.3):*⁵⁴

From (at least) the beginning of 1988, the British and Spanish authorities were aware of the planned attack on Gibraltar by the Northern Irish separatist terrorist organisation, the “Irish Republican Army” or IRA (or, to be more precise, its so-called “Provisional” wing, sometimes referred to as PIRA).⁵⁵ They knew from “intelligence” reports that the aim of the IRA was the detonation of a car bomb at the weekly “changing of the guard” ceremony, carried out on Tuesdays outside a building called Ince’s Hall, in the centre of Gibraltar.⁵⁶

There was close cooperation between the British and Spanish authorities from an early moment on. Specifically, the British and Spanish authorities must have been aware of the imminence of the attack by early March at the latest: a considerable number of security service (secret service) personnel and soldiers

⁵³ Cf., again, Judgment, para. 150.

⁵⁴ See. Commission Report, paras. 19 - 171 and Judgment, paras. 13 - 132, for a more detailed description of the “outline case” presented here. Note that most of the details in the Commission Report and the Judgment were drawn from the transcript of the inquest proceedings: while many of these additional details were not expressly contested, they do often rest entirely on the word of the witness in question and cannot be independently verified.

⁵⁵ Judgment, para. 13.

⁵⁶ Judgment, para. 23.

of the “Special Air Services” (SAS) Regiment had arrived in Gibraltar “prior to 4 March 1988”.⁵⁷ The SAS is a specialised army regiment, used in particular in counter-insurgency and anti-terrorist operations.⁵⁸

An advisory group was formed before 4 March to advise and assist the Gibraltar Commissioner of Police on how to prepare for and deal with the attack. The group consisted of the senior SAS officer and military adviser (“Soldier F”), the SAS “attack commander” (“Soldier E”), a “bomb disposal adviser” (“Soldier G”), police and secret service officers.⁵⁹

The United Kingdom police had “at the beginning of March” provided the Spanish police with the names and photographs of the three IRA members who were expected to form the so-called “Active Service Unit” or ASU, i.e. the terrorist cell to be responsible for the attack: they were Daniel McCann, Mairead Farrell and Sean Savage.⁶⁰ The Spanish authorities did in fact observe the three suspects upon arrival at Malaga airport on 4 March.⁶¹ This information was conveyed to the British authorities, and surveillance was mounted in Gibraltar from that date.⁶²

What happened next on the Spanish side was never fully clarified, either at the inquest or in the Strasbourg proceedings. Shortly after the killings, Spanish and British journalists were told by Spanish officials, on the record, that the three suspects had been under continuous close surveillance right until the moment they entered the colony, and that the British and Gibraltar authorities had been kept constantly and fully informed. The Malaga police even assisted a British television crew in reconstructing the final surveillance of the car which was being driven to Gibraltar. However, the British authorities later produced a statement by a Spanish police officer, stating that the three suspects had been lost immediately after being spotted at Malaga airport on 4 March.⁶³

On 5 March, an “Operational Order” was drawn up under the authority of the Gibraltar Commissioner of Police. The Operational Order stated that it was suspected that a terrorist attack was planned in Gibraltar and that the target was highly probably the band and guard of the First Battalion of the Royal Anglian Regiment during the ceremonial changing of the guard at Ince’s Hall on Tuesday 8 March 1988. The Order stated that there were “*indications that the method to be used is by means of explosives, probably using a car bomb*”.⁶⁴ The Order listed the methods to be used to counter the terrorist threat, including police surveillance and the availability of other (i.e. secret service and army/SAS)

⁵⁷ Judgment, para. 15.

⁵⁸ Cf. Judgment, para. 183.

⁵⁹ Judgment, para. 14.

⁶⁰ Judgment, para. 127.

⁶¹ *Idem*.

⁶² Judgment, para. 21.

⁶³ On the question of surveillance in Spain, see below, at 3.3.ii and 3.4.

⁶⁴ Judgment, para. 17.

personnel, suitably equipped to deal with any contingency. The Order also stated that the suspects were to be arrested by using minimum force; that they were to be disarmed; and that evidence was to be gathered for a court trial. Annexed to the Order were, *inter alia*, lists of attribution of police personnel, firearms rules of engagement and a guide to firearms use by police.⁶⁵

At the same time, a plan for the evacuation of the expected area of attack was also drawn up.⁶⁶

The counter-terrorist operation was run from a joint operations room in the centre of Gibraltar. In this room, there were three distinct groups - the army or military group (comprising the SAS and bomb disposal personnel), a police group, and the surveillance or security service group. Each group had its own means of communication with personnel on the ground operated from a separate control station. The two principal means of communication in use were the two radio-communication networks known as the surveillance net and the tactical or military net.⁶⁷

At midnight between 5 and 6 March, the Police Commissioner held a briefing which was attended by officers from the security services (including, in particular, members of the secret service surveillance teams), military personnel (including, in particular, the SAS soldiers in charge of the tactical side of the operation, and more in particular the soldiers who actually carried out the killings the next day and their superiors), and member of the Gibraltar police. The SAS soldiers were also, separately, briefed by their own officers.⁶⁸

On Sunday 6 March (the day of the killings), a considerable number of secret service surveillance teams, teams of SAS soldiers and members of the Gibraltar police were deployed in a range of places in Gibraltar,⁶⁹ including the car parking area behind Ince's Hall, in which the British Regiment carrying out the "changing of the guard" ceremony (on Tuesdays) assembled, and which was the place where it was expected the car containing a bomb would be placed.⁷⁰

Measures were also taken at the border. A British Detective Constable sat in the computer room at the Spanish immigration post; through a visual display unit linked to the computer room, the Spanish border officers showed him passports of persons leaving Spain. The Detective knew the names of the three suspects and had been shown their photographs; under cross-examination at the inquest he also (reluctantly) acknowledged that at the time he must have also known the aliases of all three suspects.⁷¹ As the Court put it in its

⁶⁵ Judgment, para. 18.

⁶⁶ Judgment, para. 19.

⁶⁷ Judgment, para. 20.

⁶⁸ Judgment, para. 22.

⁶⁹ Judgment, para. 32.

⁷⁰ Judgment, para. 38.

⁷¹ Judgment, para. 33.

assessment of the operation: “the [British] security services and the Spanish authorities had photographs of the three suspects, knew their names as well as their aliases and would have known what passports to look for.”⁷² On the Gibraltar side of the border, there was a separate surveillance team in place and, in the area of the airfield nearby, an arrest group.⁷³

However, in spite of these precautions, a decision was taken not to prevent the suspects from entering Gibraltar.⁷⁴ There is however some ambiguity (to put it mildly) as to whether or not the suspects (and in particular Savage driving a white Renault car into the colony from Spain) were in fact spotted at the border and whether they were therefore actually deliberately allowed in.

Leaving that question aside for now, the next established fact is that at about 12.30 hours a man was spotted parking this white Renault car in the assembly area behind Ince’s Hall. The man was closely watched and his movements reported.⁷⁵ Two secret service agents followed him and reported that he was using anti-surveillance techniques.⁷⁶ The man returned to the car at approximately 14.00 hours. He was identified at some stage - and in any case, “without difficulty”, upon his return to the car at 14.00 hours - as Savage.⁷⁷ During the period between 12.30 and 14.00 hours, the car was (by the Governments own admission) not examined to ascertain whether it contained a bomb, nor was the area around it evacuated.

In the meantime, the two other suspects had been at least tentatively identified as they crossed into Gibraltar separately from Savage, on foot, at about 14.30.⁷⁸

At 14.50, all three suspects were (again) identified, together, in the assembly area, looking at the Renault car. The three suspects walked around, returned to the car at 15.25 hours,⁷⁹ and walked off again, in the direction of the border. They were followed by secret service watchers; and their movements were also monitored by SAS soldiers on the ground.⁸⁰

Only at about this time was the car (cursorily) examined by “Soldier G”, who (after about two minutes) reported to the operations room that he regarded the car as a “*suspect car bomb*”, in particular because, although the car was new, the aerial was rusty. At the subsequent inquest, he “*explained that [the*

⁷² Judgment, para. 203.

⁷³ Judgment, para. 34.

⁷⁴ Judgment, para. 132, referring to the finding of fact by the Commission on this issue in the Commission Report, at para. 213 of that Report. This crucial decision is further discussed in the judgment, at paras. 203 - 205. It is one of the three points which combined to lead the Court to find a violation of Art. 2: see para. 213 of the judgment, further discussed at 3.3, below.

⁷⁵ Judgment, para. 38.

⁷⁶ Judgment, para. 42.

⁷⁷ Judgment, para. 39.

⁷⁸ Judgment, paras. 43 and 44.

⁷⁹ Judgment, para. 47.

⁸⁰ Judgment, para. 54.

term 'a suspect car bomb'] was a term of art for a car parked in suspicious circumstances where there is every reason to believe that it is a car bomb and that it could not be said that it was not a car bomb".⁸¹ In other words, Soldier G reported that he could not conclude from his examination that there was not a bomb. Curiously, although at the inquest G was described as "the bomb disposal adviser", he admitted there, under cross-examination, that he was neither a radio communications expert nor an explosives expert.⁸²

Crucially, however, the SAS soldiers following the three suspects were told (over their radio) that there was *definitely* a car bomb in place in the assembly area; that the bomb was *definitely* a remote-controlled device; that the suspects *definitely* had a (and perhaps even more than one) remote-control device on them; and that each of them could be carrying the device.⁸³

Earlier, the soldiers had been briefed to the effect that the suspects would almost certainly be armed and that, if confronted, they would be likely to use their weapons or any "button jobs" they carried.⁸⁴ The SAS soldiers were also told that such a radio-control device would be small - small enough to conceal on the person - and that it could be detonated by the pressing of just one button.⁸⁵

The SAS soldiers had been given certain "Rules of Engagement" by the British Ministry of Defence, before departing for Gibraltar. These said that they could use force if necessary in order to protect life, but no more force than necessary to protect life; that they could open fire against a person if they had reasonable grounds for believing that that person is committing, or is about to commit, an action endangering their lives or the lives of others, and if there was no other way to prevent this; and that they could fire without warning if the giving of a warning or any delay in firing could lead to death or injury (but that in all other circumstances they should give a clear warning).⁸⁶

However, the SAS soldiers were also trained to continue shooting once they open fire, until their target is dead.⁸⁷

About a kilometer and a half from the assembly area, at a road junction, the suspects split up, with McCann and Farrell continuing north towards the border, and Savage turning south.⁸⁸

⁸¹ Judgment, para. 48 (emphasis added). While not using that word there, the Court describes G's examination of the car as "cursory" in para. 209.

⁸² Judgment, para. 53.

⁸³ Cf Judgment, para. 52. See further at 3.3.ii, below. Note that the "unjustifiable transformation" of what were (at best) dubious assessments into definite certainties was the second main ground for the ultimate finding of a violation of Art. 2 (Judgment, para. 213; see further below, at 3.3.v).

⁸⁴ Judgment, para. 23 at (c) and para. 28.

⁸⁵ Judgment, para. 30.

⁸⁶ Judgment, paras. 15 and 16.

⁸⁷ Judgment, para. 211, with reference to paras. 61, 63, 80 and 120. Note that the soldiers' "automatic recourse to lethal force" was the third main ground for the finding of a violation of Art. 2 (Judgment, para 213; see again further below, at 3.3.iv).

⁸⁸ Cf. Judgment, paras. 56 - 58.

Almost immediately thereafter, at about 16.00 hours, first McCann and Farrell, and then Savage, were shot dead by the SAS soldiers following them.⁸⁹ Farrell was shot eight times, including three shots in the back.⁹⁰ McCann was shot twice in the back and three times in the head.⁹¹ Savage was shot sixteen times and was (as the pathologist later put it) “riddled with bullets”.⁹² All were shot at close range.

The soldiers claimed that the suspects had changed their facial expressions, which they felt indicated that they realised that they were being followed, and had made “sudden” and “aggressive” movements, which they thought meant that the suspects went for a “button”. Civilian witnesses said that McCann and Farrell were shot without a warning; one claimed that they had tried to surrender. Another civilian witness said that Savage was shot while already down on the ground, but later retracted this statement. The soldiers all confirmed that (in accordance with their training), once they had opened fire, they continued shooting until the three suspects were dead.⁹³ All members of the Commission and the Court agreed as a matter of fact that the soldiers had used deliberate lethal force; they had “shot to kill”.⁹⁴

After the shooting, it transpired that none of the three suspects was armed; that there had been no bomb in the car; and that the suspects had not carried any remote-control detonating devices. However, a car, hired by Farrell in the name of Smith, and which contained 64 kgs of Semtex explosives, was subsequently discovered in Marbella. Four detonators and 200 rounds of ammunition were packed around the explosives. There were also two timers marked 10 hrs 45 mins and 11 hrs 15 mins respectively. The device was not primed or connected when found.⁹⁵ The find confirmed that the three suspects had indeed intended to explode a car bomb in Gibraltar as suspected - albeit by means of a bomb detonated by a timer, rather than by remote-control. If they had succeeded in their plans, the bomb would have caused carnage, with many soldiers as well as civilians likely to have been killed.

3.2. The three crucial issues

As already indicated in the footnotes to the above summary, there were three issues of fact which led the Court to its finding that Art. 2 had been violated:

⁸⁹ Judgment, paras. 68 - 76 (McCann and Farrell), 77 - 90 (Savage).

⁹⁰ Judgment, para. 108.

⁹¹ Judgment, para. 109.

⁹² Judgment, para. 110.

⁹³ For details, see Commission Report, paras. 86 – 108 (re the McCann and Farrell shootings) and paras. 109 – 122 (re the Savage shooting).

⁹⁴ Cf. Commission report, para. 202, where it is said that “it is not disputed that the killings in this case constituted an intentional deprivation of life...”; Judgment, para. 199: “All four soldiers admitted that they shot to kill.”

⁹⁵ Judgment, para. 99.

- the decision not to prevent the suspects from traveling into Gibraltar;
- the failure of the authorities to make sufficient allowances for the possibility that their intelligence assessments might, in some respects at least, be erroneous; and
- the automatic recourse to lethal force when the soldiers opened fire.⁹⁶

We will briefly examine each of these issues in turn, with reference to the observations on these points, made by the applicants and the Government; and to the findings of fact, as well as to the conclusions in law, reached by the majorities and minorities of both the Commission and the Court.

i. the decision to allow the suspects to enter Gibraltar

The British authorities did not, from the beginning, acknowledge that they had taken a clear decision to allow the three suspects to enter Gibraltar; and they never acknowledged that they actually deliberately allowed the three suspects (including the car driven by Savage) to enter Gibraltar. Quite the contrary: they said at the inquest that they had been taken by surprise and had only spotted Savage in particular, when he had already driven into the colony and had parked the car. Indeed, as may have been noted in our description of the “outline case”, at the inquest the Government witnesses did not even acknowledge that they had identified Savage immediately after he had parked the car (at about 12.30 or 12.45 hrs), even though the “man” who had parked the car had been closely observed and followed for some time, and even though later on (at about 14.00 hrs), the “man” was identified as Savage “without difficulty”.⁹⁷

The fact that there had been a conscious decision to allow the suspects into Gibraltar was only prised out of a reluctant Government witness at the inquest, Police Inspector Ullger, under persistent cross-examination from the relatives’ solicitor, Mr McGrory Sr.⁹⁸

The Commission dealt with the issue (only) in the context of the applicants’ allegation that there had been a deliberate plan to kill the terrorists - an allegation which the Commission then dismissed. The applicants had submitted that the authorities had been fully aware of the movements of the suspects, because the latter had been under constant surveillance in Spain. The Government, for its part,

“deny the allegation that the authorities were aware of Savage’s arrival in Gibraltar or that he had been subject of surveillance by the Spanish police...”⁹⁹

⁹⁶ Judgment, para. 213.

⁹⁷ Cf the Judgment, at paras. 38 - 39.

⁹⁸ Cf. the remarks made in this respect by Mr McGrory Jr (the applicants’ solicitor) at the Court hearing: Verbatim Record (footnote 23, above), at p. 17, with detailed references to the relevant passages in the transcript of the inquest.

⁹⁹ Commission Report, para. 210.

We will examine the question of the Spanish surveillance (which both the Commission and the Court refused to examine and which had also not been examined at the inquest) later on. Here, it suffices to note that the Commission expressly:

“finds..., that the suspects were effectively to be allowed to enter Gibraltar to be picked up by the surveillance operatives in place in strategic locations for that purpose...”¹⁰⁰ -

but that that finding did not extend to a finding that the suspects, and in particular Savage and the car, actually had been deliberately allowed to enter the colony. Indeed, the member of the Commission representing the Commission at the hearing before the Court (curiously, the British member), actually said at that hearing:

“Savage came into Gibraltar by car. He was not identified at the frontier.”¹⁰¹

That statement in fact goes beyond what the Commission established in its Report, in which the matter was conspicuously left open.

The Court, in its list of findings made by the Commission, which served as the factual basis for the Court’s judgment, first recalled the above passage from the Commission Report.¹⁰² However, later on, the Court adds to this finding, in the following passage:

“It may be questioned why the three suspects were not arrested at the border immediately on their arrival in Gibraltar and why, as emerged from the evidence given by Inspector Ullger, the decision was taken not to prevent them from entering Gibraltar if they were believed to be on a bombing mission. Having had advance warning of the terrorists’ intentions **it would certainly have been possible for the authorities to have mounted an arrest operation.** Although surprised by the early arrival of the three suspects, they had a surveillance team at the border and an arrest group nearby... In addition, the security services and the Spanish authorities had photographs of the three suspects, knew their names as well as their aliases and would have known what passports to look for...”¹⁰³

In other words, the Court found that, not only had the decision been taken to allow the suspects into Gibraltar, it would also, “certainly”, have been possible to arrest them at the border.

¹⁰⁰ Commission Report, para. 213, emphasis added.

¹⁰¹ Verbatim Record of the hearing (footnote 23, above), at p. 3.

¹⁰² Judgment, para. 132, first indent.

¹⁰³ Judgment, para. 203, emphasis added.

The answer to the Court's question, why, if this was so clearly an option, this was not done, points to a crucial weakness in the Government's case. The Government had argued (once it had had to concede that the suspects were "to be allowed" in) that this was because there might not have been enough evidence to warrant their detention and trial - i.e. if the suspects were only on a reconnaissance mission - and to have to release them might have posed further risks.¹⁰⁴ The dissenting minority of the Court accepted this (in our view, rather spurious) argument,¹⁰⁵ but the majority was not impressed:

"The Court confines itself to observing in this respect that the danger to the population of Gibraltar - which is at the heart of the Government's submissions in this case - in not preventing their entry must be considered to outweigh the possible consequences of having insufficient evidence to warrant their detention and trial."¹⁰⁶

The Court then goes on to make a most serious deduction:

"In its [the Court's] view, **either the authorities knew that there was no bomb in the car... or there was a serious miscalculation by those responsible for controlling the operation.** As a result, the scene was set in which the fatal shooting, given the intelligence assessments which had been made, was a foreseeable possibility if not a likelihood."¹⁰⁷

As far as the first possibility is concerned, the Court, in the above passage, recalls that it had already discounted this in its dismissal of the so-called "conspiracy theory" (i.e. the claim made by, the applicants that the whole operation had been planned with a view to having the suspects killed, discussed earlier). The Court was therefore (in the view of the majority) left with the second - and for the Government, **least damning** - option: that the authorities had merely "*seriously miscalculated*".

Not surprisingly, the Court held that: "*The decision not to stop the three terrorists from entering Gibraltar is thus a relevant factor to take into account under this head.*"¹⁰⁸

ii. the failure to allow for errors in the intelligence assessments

The second main point which led the Court to find a violation of Art. 2, was the fact that:

¹⁰⁴ Judgment, para. 204.

¹⁰⁵ Dissenting opinion, para. 11.

¹⁰⁶ Judgment, para. 205.

¹⁰⁷ *Idem*, emphasis added.

¹⁰⁸ *Idem*.

“a series of working hypotheses were conveyed to [the SAS soldiers who fired the shots] as certainties, thereby making the use of lethal force almost unavoidable.”¹⁰⁹

The first part of this observation¹¹⁰ relates to a range of matters, passed on to the SAS soldiers as established facts but which were in reality, at best, “possible hypotheses”.¹¹¹ Specifically, at the midnight briefing, the soldiers were given the following assessments as to the modus of the terrorist attack:¹¹²

- that the terrorists would not use a blocking car;
- that the bomb would be detonated by a radio-control device;
- that the detonation could be effected by the pressing of one single button on a miniscule device (“a button job”) which would be easily concealable on the person;¹¹³
- that it was likely that the suspects would detonate the bomb if challenged;
- that the suspects would be armed and would be likely to use their arms if confronted.

The Court notes that:

“In the event, all of these crucial assumptions, apart from the terrorists’ intentions to carry out an attack, turned out to be erroneous.”¹¹⁴

During the operation, the soldiers were furthermore told, over their radios:

- that it had been **definitely** confirmed that the car parked in the assembly area was a car bomb; and
- that it had also been **definitely** confirmed that the bomb was a remote-controlled one which could be detonated by any one of the three suspects (most probably, Savage).¹¹⁵

¹⁰⁹ Judgment, para. 210.

¹¹⁰ The second part of this observation links this issue with the “*automatic recourse to lethal force*” by the SAS, i.e. with the third main point in the Court’s reasoning, which is dealt with separately, below, at iv.

¹¹¹ Cf. Judgment, para. 207.

¹¹² Judgment, para. 206, with reference to paras. 23 - 31.

¹¹³ On the issue of the size of a remote-control device, see Judgment, para. 130 and the Dissenting Opinion of Mrs Liddy *et al.*, paras. 9 - 10. See also footnote 120, below.

¹¹⁴ Judgment, para. 207.

¹¹⁵ Cf. Judgment, para. 52. The judgment here in fact understates the emphatic nature of the information passed on to the soldiers, as is manifest from the transcript of the inquest. Thus (as the applicants pointed out), one of the soldiers (“Soldier C”) had said in his evidence that he:

“was briefed by [his superior, ‘Soldier E’] on that day and **emphatically** told that there was a **definite** bomb in place at Ince’s Hall...” (Transcript of the Inquest, Book 8, page 7, emphasis added).

In other words, as the applicants pointed out, the working hypotheses of the authorities, which constituted no more than probabilities, were “*unjustifiably transformed into certainties when passed on to the soldiers on the ground.*”¹¹⁶

The questions that arise are: first, why, and on what basis, these “*erroneous assumptions*” were made; second, why they were so emphatically reinforced in the minds of the soldiers; and third, to what extent these “*erroneous assumptions*” and “*unjustifiable transformations*” entailed the liability of the Government.

It is impossible, within the scope of this article, to examine each and every one of these assumptions in full detail. Nor is that necessary. Indeed, the various groups within the Convention organs themselves focused on different points. What matters is the different *approaches* to these issues taken by, on the one hand, the majority of the Commission and the dissenting minority of the Court and, on the other hand, the minority members of the Commission and the majority of the Court, in particular with regard to the most important (and, as it happened, lethal) assumptions and confirmations: that the car driven into Gibraltar on the Sunday already contained a bomb; that that bomb was to be detonated by remote control; and that the remote-control device was a miniscule “button job” which could be activated by the flick of one single switch.

In all these respects, the Government gave (at best) highly dubious, and often contradictory reasons. For instance, one of the reasons given by the Government for the assumption that the car driven by Savage on 4 March was not a “blocking car”, was that parking spaces would be available on the Tuesday - but a local police officer testified that it would be busy and difficult to find a parking space.¹¹⁷ The reason given for the assumption that the terrorists would use a remote-control device was that, after a disastrous bomb attack in Northern Ireland in which 12 civilians were killed, the IRA wished to avoid civilian casualties.¹¹⁸ However, the authorities briefed the soldiers to the effect that the suspects would detonate a bomb if apprehended regardless of civilian casualties.¹¹⁹ Most important, the information passed on to the soldiers with regard to the nature and size of detonating devices (as the Court put it) “*oversimplifie[d]*” the true nature of these devices.”¹²⁰

Similarly, that soldier, and his colleagues, were told:

“*specifically that it would only be a radio-controlled device*” (Idem, Book 8, p. 4, emphasis added).

¹¹⁶ Commission Report, para. 248.

¹¹⁷ Judgment, para. 23, at (e).

¹¹⁸ Commission Report, para. 238.

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ Judgment, para. 208. The applicants and the Government had in fact been asked to comment on the probable size of a remote-control device, and the applicants had sent in a mock-up of such a device; the Government had submitted an actual one. The Government’s was slightly bulkier than the applicant’s mock-up. Neither could easily be hidden on the body.

Clearly, there were serious doubts about these assumptions; they were certainly not probable. However, it is the assessment of the Government's actions in these respects on which the majority of the Commission, and the minority of the Court, differ from the view of the other members of these bodies, and on which, crucially, their different ultimate findings rest. Basically, the majority of the Commission, and the minority of the Court, in each of the assessments under consideration, gave the Government a repeated, extensive "benefit of the doubt" - whereas the dissenting members of the Commission, and the majority of the Court, clearly felt that there is a limit to the amount of times the Government can be given this benefit.

In the end, this largely determined the minds of the members of the Commission and the Court: those who found that there was no violation of Art. 2 were willing to largely absolve the Government from responsibility for making these (erroneous) assumptions, arguing that "*once the risk was found to exist, the soldiers would necessarily have had to act on that basis.*"¹²¹ For the majority of the Commission, the degree of probability of an assessment being correct does not come into the question:

"The nature of the risk was such as to render **irrelevant** consideration as to the degree of probability of that risk..."¹²²

The dissenting members of the Court in fact went further. In their view, the authorities were not only absolved from blame for acting on the basis of (perhaps highly improbable) assumptions, they had a duty to do so:

"In these circumstances, for the authorities to have proceeded otherwise than on the basis of a worst-case scenario that the car contained a bomb which was capable of being detonated by the suspects during their presence in the territory would have been to show **a reckless failure of concern for public safety.**"¹²³

The dissenting minority of the Commission, and the majority of the Court, disagreed. Both clearly allowed for a very wide margin of error on the part of the authorities:

"...the authorities had had prior warning of the impending terrorist action and thus had ample opportunity to plan their reaction and, in co-ordination with the local Gibraltar authorities, to take measures to foil the attack and arrest the suspects. **Inevitably, however, the security authorities could not have been in possession of the full facts and**

¹²¹ Commission Report, para. 248, emphasis added.

¹²² *Idem*, emphasis added.

¹²³ Dissenting Opinion, para. 13, last sentence, emphasis added.

were obliged to formulate their policies. on the basis of incomplete hypotheses.”¹²⁴

Nonetheless:

“... in determining whether the force used was compatible with Article 2, the Court must **carefully scrutinise**, ..., not only whether the force used by the soldiers was strictly proportionate to the aim of protecting persons against unlawful violence but also whether the anti-terrorist operation was planned and controlled by the authorities so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force.”¹²⁵

The approach to the crucial question of the responsibility of the State for the (factual) “working hypotheses” on which it acted, is therefore, for the majority, ultimately determined by their ruling on the *law*, that:

“In keeping with the importance of [Art. 2 of the Convention] in a democratic society, the Court must, in making its assessment, subject deprivations of life to **the most careful scrutiny**, particularly where deliberate lethal force is used, taking into consideration not only the actions of the agents of the State who actually administer the force but also the surrounding circumstances including such matters as the planning and control of the actions under examination.”¹²⁶

iii. the automatic recourse to lethal force when the soldiers opened fire

The third, and final, matter of fact which led the Court to find that there had been a violation of Art. 2, was that the SAS soldiers’ use of firearms “automatically involved shooting to kill”.¹²⁷ Even the majority of the Commission found this disquieting:

“A disturbing aspect of this case however is the fact that the response of the four soldiers was to shoot to kill. This emerges from their testimony and was the conclusion of the Coroner in his summing-up to the jury. The soldiers made no attempt to overpower physically or disable the suspects since this was regarded as posing too much of a risk.”¹²⁸

However, the majority of the Commission,

¹²⁴ Judgment, para. 193, emphasis added.

¹²⁵ Judgment, para. 194, emphasis added.

¹²⁶ Judgment, para. 150, emphasis added.

¹²⁷ Judgment., para. 211.

¹²⁸ Commission Report, para. 232, emphasis added.

“finds nonetheless that given the soldiers’ perception of the risk to the lives of the people of Gibraltar... the shooting of the three suspects can be considered as absolutely necessary for the legitimate aim of the defence of others from unlawful violence.”¹²⁹

As is clear from these observations, the majority of the Commission only assessed the automatic recourse to lethal force by the soldiers in the context of **the soldier’ perception of the risk**. They did not examine the soldiers’ general training and instructions in this context; and they also, as we saw in section 2.2.i.(b), above, declined to assess that training in the context of their examination of domestic law and practice.

All the other groups within the organs of the Convention, by contrast, did address the question of the training and instructions given to the soldiers - albeit that they, again, reached different conclusions.

The dissenting minority of the Court, criticising the majority verdict discussed below, addressed the issue in the following terms:

“More generally as regards the training given, there was in fact ample evidence at the inquest to the effect that soldiers (and not only these soldiers) would be trained to respond to a threat such as that which was thought to be posed by the suspects in this case - all of them dangerous terrorists who were believed to be putting many lives at immediate risk - by opening fire once it was clear that the suspects were not desisting; that the intent of the firing would be to immobilise; and that the way to achieve that was to shoot to kill. There was also evidence at the inquest that soldiers would not be accepted for the SAS unless they displayed discretion and thoughtfulness; that they would not go ahead and shoot without thought, nor did they; but that they did have to react very fast. In addition, evidence was given that SAS members had in fact been successful in the past in arresting terrorists in the great majority of cases.

We are far from persuaded that the Court has any sufficient basis for concluding, in the face of the evidence at the inquest and the extent of experience in dealing with terrorist activities which the relevant training reflects, that some different and preferable form of training should have been given...”¹³⁰

The dissenting members of the Commission assess the matter fundamentally differently. Mr Trechsel (also speaking on behalf of Mr Ermacora), after (briefly) criticising the various assumptions made, states:

“Finally, the decisive element is, in my view, the fact that the use of firearms by the soldiers automatically involved shooting to kill. Thus, from

¹²⁹ Commission Report, para. 233.

¹³⁰ Dissenting Opinion, paras. 23 - 24.

the outset, they were not trained or instructed to reflect whether it would have been sufficient merely to wound their targets.”¹³¹

The majority of the Court, giving the final verdict on this matter, was less conclusive about the training, but equally forceful in its criticism:

“Although detailed investigation at the inquest into the training received by the soldiers was prevented by the public interest certificates which had been issued..., it is not clear whether they had been trained or instructed to assess whether the use of firearms to wound their targets may have been warranted by the specific circumstances that confronted them at the moment of arrest.

Their reflex action in this vital respect lacks the degree of caution in the use of firearms to be expected from law enforcement personnel in a democratic society, even when dealing with dangerous terrorist suspects, and stands in marked contrast to the standard of care reflected in the instructions in the use of firearms by the police...

This failure by the authorities also suggests a lack of appropriate care in the control and organisation of the arrest operation.”¹³²

iv. overall assessments by the Convention organs

The above analysis clearly shows the way in which the different groups within the Commission and Court reached their final assessments. In fact, three different approaches can be discerned.

First of all, there is the approach which is most accommodating to the Government, as adopted by the dissenting members of the Court. These judges accept the Government’s argument that Savage and the car (in particular) had to be allowed into Gibraltar because there might not have been enough evidence to detain him if he had been arrested at the border (whereby they do not reflect on the fact that this can only be maintained if one allows for the possibility that, at the time, the suspects were not yet transporting the bomb, an assumption which the authorities otherwise discounted). They feel that, with regard to the various assumptions that were made, the Government would have failed in its duty if it had not acted on the basis of the “worst-case scenario”, i.e. if it had not acted on the basis that, no matter how improbable those assumptions might have been, they were all established fact. And finally, they feel that the actions of the soldiers on the ground were perfectly justified. Indeed, if (as they feel was clearly established) the soldiers acted in accordance with their training and instructions, then there was also nothing wrong with those. Overall, in the view of these judges, the Government was not just not

¹³¹ Dissenting Opinion of Messrs Trechsel and Ermacora, final paragraph.

¹³² Judgment, para. 212, emphasis added.

guilty of a violation of Art. 2 of the Convention, but indeed was to be fully absolved from all blame.

A second, more cautious approach is reflected in the report by the majority of the Commission. The members of this majority only deal with the question of allowing Savage into Gibraltar in the context of their examination of the applicants' claim that there had been a deliberate plot to kill the suspects (which they find was not proven). On the various assumptions made by the authorities, they hold the view that, while some of these assumptions may not have been likely, they were also not unreasonable or irresponsible. They find the automatic use of lethal force by the soldiers "disturbing", but feel that from the point of view of the soldiers, that force can be considered absolutely necessary. On each point, they therefore, in the end, find in favour of the Government; and they conclude that the State did therefore not violate the right to life.

The view which in the end prevailed approaches the question of the liability of the State differently. Both the dissenting members of the Commission and the majority of the Court examined the above issues, not in isolation but jointly and in relation to each other. They note the contradiction between, on the one hand, the Government's claim that the suspects could not be arrested at the border because there might not be sufficient evidence to detain them (i.e. because they were merely bringing in a blocking car or were on a reconnaissance mission) and the briefing and confirmation given to the soldiers to the effect that there would be no blocking car and that there was definitely a bomb in place. In a damning indictment of the Government, they conclude that, if the decision to allow Savage to drive the car into Gibraltar was not part of a conspiracy to kill the terrorists, it at least indicated that the authorities had made "serious miscalculations". While accepting that the various assessments made by the authorities were all possible and could be adopted as "working hypotheses", they clearly felt that they should not have been transformed into acting certainties when passed on to soldiers whose "reflex actions" in the use of firearms involved automatic recourse to lethal force.

Their final verdict rests, not on any one of these considerations and conclusions in isolation, but on the overall assessment of the actions of the Government. Most notably, they emphasised the crucial links between these factors: deliberately allowing Savage and the car into Gibraltar "*set the scene in which the fatal shooting... was a foreseeable possibility if not a likelihood*"; and the conveying of "*a series of working hypotheses to [the SAS soldiers] as certainties [made] the use of lethal force almost unavoidable*." While the soldiers themselves are absolved from blame, in view of the fact that they were told these matters as certain fact, the Government was responsible for what Mrs Liddy called "*the chain of lack of care, omissions, errors and misleading information*", in which the soldiers' decision to open fire and to shoot to kill is only "*the final, decisive link*".

It is this judgment, this approach, which was adopted by the Court as law.

3.3. Remaining questions

Most aspects of the issues discussed above were examined extensively and in detail by the organs of the Convention. However, surprisingly, some aspects of these issues, and indeed some further (and we would suggest, relevant) issues, were not, or not fully, clarified. While these matters can also not be resolved here, they should at least be noted. They concern the question of the reported Spanish surveillance of the suspects, and the failure of the authorities to evacuate the area around the “car bomb”.

i. the question of the reported Spanish surveillance of the suspects

Many Spanish and British journalists were briefed, on the record, by senior Spanish officials immediately after the killings, to the effect that the suspects had been under constant surveillance in Spain; that Savage had been followed to the border; and that the British and Gibraltar authorities had been kept fully and continuously informed. The British Government, however, later denied that there had been such surveillance and said that Savage’s arrival went unnoticed. They produced an unsworn statement by a Malaga police officer to that effect and claimed that that officer had not given his testimony before a (Spanish) judge because no magistrate had been on duty at the time. The issue was excluded from the inquest on technical legal grounds. The applicants had written to the Spanish Government and to the officials involved, asking for clarification, but had not received any reply (indeed, not even an acknowledgment of their letters). The Commission felt that it was not necessary to examine the point and refused to ask the Spanish Government for clarification.¹³³ Given the ultimate importance of the British authorities’ decision to allow Savage to enter Gibraltar, this matter could - and we submit, should - have been examined further.

ii. the failure of the authorities to evacuate the area around the “car bomb”

It never became clear why the authorities did not examine the car parked by Savage during the one and a half hours it was left unattended (12.30 to 14.00 hours), or why they did not evacuate the area if they really believed that the car contained a bomb. Even if they had not recognised Savage immediately, they clearly treated “the man” who parked the car with suspicion. Of course, if Savage had been followed by the Spanish police, then the British authorities knew who he was all along. The Commission did not examine this point in detail but felt that the delay “may be explained by the manpower difficulties

¹³³ Commission Report, para. 178.

facing the Gibraltar police” at the time¹³⁴ - which is unconvincing, to put it mildly, given the vast numbers of security personnel flown in especially for the operation.

4. Conclusions

The main importance of the *McCann* judgment is, perhaps, psychological: it sends a message to all European Governments, putting them on notice that even in the fight against terrorism, the State must act within the law, including international human rights law.

In purely legal terms, the judgment moreover establishes a number of important principles about the application of Art. 2 of the Convention. These include the principle that the exemption in Art. 15 of the Convention, allowing for “deaths resulting from lawful acts of war” can (probably) not be invoked in the fight against terrorism. The judgment also implies that, if a case were to arise in which it could be shown that the domestic legal standards on the use of lethal force manifestly fell below the Convention standard, that **in itself** could give rise to a violation of the requirement of Art. 2 § 1 of the Convention, that the right to life be protected “by law”.

The Court furthermore expressly confirmed that it is a legal requirement under Art. 2 § 1 of the Convention, that if a person has been killed by agents of the State, there must be an **effective, thorough, impartial and careful *ex post facto* examination of the circumstances** surrounding the killing; factors to be taken into account are, in particular, whether the proceedings are held **in public**, and the extent to which the relatives of the deceased and their lawyers have access to, and can participate in, the proceedings.

The Court clarified that the exceptions delineated in the second paragraph of Art. 2 primarily describe situations in which it is permitted to use force which *may* result, as an unintended outcome, in the deprivation of life; but that Art. 2 also extends to intentional killing. However, in either case, the use of force must be “*absolutely necessary*” - which means that a **stricter and more compelling test of necessity** must be employed from that normally applicable when determining whether State action is “*necessary in a democratic society*” under paragraphs 2 of Arts. 8 to 11 of the Convention. In particular, the force used must be **strictly proportionate** to the achievement of the aims set out in sub-paragraphs 2(a), (b) and (c) of Art. 2.

This latter point of law led the Court to also hold that, consequently, when agents of the State use deliberate lethal force, the organs of the Convention must subject the actions of the State to **the most careful scrutiny**; and the

¹³⁴ Commission Report, para. 215.

liability of the State is entailed if the State fails to show that it had exercised “*appropriate care*” in the **planning and control** of the specific operation, including (it would seem) in the **training and instructions** it gave to its law enforcement officials.

In other words, the Court deduced from its general interpretation of Art. 2, certain important **evidentiary rules**: that the onus is clearly on the State to show that it has exercised all due care in the use of (deliberate) lethal force by its agents; that this care is not limited to the actions of those agents themselves but applies to the operation as a whole; and that the Court has a duty to subject these matters - i.e. the facts as established - to “*the most careful scrutiny*”. In this respect, the Court expressed itself much more clearly than the Commission.

However, while there was no express dissent on this point from the dissenting minority in the Court, in practice the dissenters seemed to have abandoned this approach. Rather than subjecting the actions of the British and Gibraltar authorities to such scrutiny, they (like the majority of the Commission) gave the authorities repeated, extensive “*benefits of the doubt*” - to the extent that (we submit) their scrutiny became far from “careful” and effectively marginal at most.

That, however, is not the law. We believe that the judgment of the majority rather than the opinion of the dissenters of the Court agrees with the legal approach established by the Court in the case at hand - with which those dissenters did not formally disagree. The Court had the courage of its convictions; the dissenters nominally subscribed to those convictions but failed to abide by them in practice.

In cases such as these it will always remain difficult to persuade the Commission and Court¹³⁵ to criticise Governments. However, whatever the innate reluctance of the members of these bodies to find against the Government in such cases (as shown by the majority of the Commission and the dissenting members of the Court), *McCann* provides a strong precedent in law against such hesitations. In future, the Court will be aware of its approach in *McCann*, of its pronouncement that, in law, States are expected to exercise due diligence and care, even in anti-terrorist operations; and that it (the Court) has a duty to examine “most carefully” whether the authorities of the State that killed have fulfilled this duty. And last but not least, Governments will be aware that they will be subject to this scrutiny. In that sense, *McCann* is a victory for the rule of law over *raison d'état*.

¹³⁵ Following the abolition of the Commission (footnote 1, above) only the Court, albeit different subsidiary bodies of the Court: Judge-Rapporteur, Committee, Chamber.

Summary

THE GIBRALTAR SHOOTING CASE

An analysis of the European Court of Human Rights judgment in the case of *McCann & Others -v.- the United Kingdom*

On Sunday, 6 March 1988, in Gibraltar, soldiers from the British "Special Air Services" Regiment, the SAS, shot dead three suspected IRA terrorists, Daniel McCann, Sean Savage and Mairead Farrell. The inquest jury returned verdicts of "lawful killing"; the soldiers were not prosecuted. Civilian proceedings, brought by relatives of the deceased in Northern Ireland, were effectively stopped by the Government, through the use of a certificate which prevented the court from assessing the Government's liability for the killings. On 27 September 1995, the European Court of Human Rights in Strasbourg delivered judgment in the case of *McCann and Others v. the United Kingdom* holding, by a narrow margin of 10 to nine, that Art. 2 had been violated. It was the first time any European Government had been found guilty by the Court of the unlawful use of lethal force by law enforcement officials. The "Gibraltar" judgment, while weak in some respects, underlines that democratic governments are not free to meet political violence and terrorism with the same lack of regard for human life as is shown by armed groups opposing the State. It is the purpose of this article to analyse the judgment (critically), and in particular to identify the issues of wider implication to all Member States of the Council of Europe.

Key words: *European Court for Human Rights, European Convention on Human Rights, Article 2, terrorism, use of state force.*

Zusammenfassung

DER FALL "GIBRALTAR"

Analyse des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Falle *McCann u.a. gegen das Vereinigte Königreich*

In Gibraltar haben am 6. März 1988 Soldaten britischer militärischer Spezialeinheiten der sg. SAS drei Personen erschossen (Daniel McCann, Sean Savage und Mairead Farrell) die verdächtigt wurden Terroristen, Angehörige der IRA zu sein. Der Untersuchungsausschuss beschloss, dass es sich um eine "rechtmäßige Tötung" handelte; die Soldaten wurden nicht strafverfolgt. Die Regierung hat erfolgreich den Zivilprozess unterbrochen, den die Verwandten der Getöteten in Nordirland angestrengt hatten, indem sie ein Dokument benutzen, dem nach eine gerichtliche Bestätigung der staatlichen Verantwortung für das Töten unmöglich gemacht wird. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat am 27. September 1995 in Straßburg mit knapper Mehrheit

(10 gegen 9 Stimmen) im Fall McCann u.a, gegen das Vereinigte Königreich das Urteil gefällt, dass der Art. 2 der Europäischen Konvention verletzt wurde. Das Gericht hat mit dieser Entscheidung zum ersten Mal einen europäischen Staat wegen ungesetzmäßiger Anwendung totbringender Gewalt seitens eines militärischen Ordnungsdienstes verurteilt. Obwohl sie gewisse Schwächen enthält, betont die Entscheidung "Gibraltar", dass demokratische Regierungen Gewalt und Terrorismus nicht mit dem gleichen Maß von Nichtachtung des menschlichen Lebens begegnen dürfen wie dies bewaffnete Gruppen tun, die einen Staat angreifen. Ziel dieses Aufsatzes ist die (kritische) Analyse dieser Entscheidung sowie vor allem die Identifikation von Fragen, die breitere Implikationen für die Mitgliedsstaaten des Europarats nach sich ziehen.

Schlüsselwörter: *Europäischer Gerichtshof für Menschenrecht, Europäische Menschenrechtskonvention, Artikel 2, Terrorismus, staatliche Gewaltanwendung.*

Sommario

CASO "GIBILTERRA"

Un'analisi della sentenza della Corte europea dei diritti umani nel caso McCann e altri contro Regno Unito

Domenica 6 marzo 1988, in Gibilterra, soldati del Reggimento britannico "Servizi Aerei Speciali", il SAS, colpirono a morte tre sospetti terroristi dell'IRA, Daniel McCann, Sean Savage e Mairead Farrell. La commissione di indagine dichiarò verdetto di "uccisione legittima" e i soldati non furono perseguiti. I procedimenti civili, presentati in Irlanda del Nord dai parenti dei deceduti, furono efficacemente bloccati dal Governo, attraverso l'uso di un documento che impediva alla Corte di accertare la responsabilità del Governo per le uccisioni. Il 27 settembre 1995 la Corte europea dei diritti umani in Strasburgo emise sentenza nel caso McCann e altri contro Regno Unito, giudicando con uno stretto margine di 10 a 9 che l'Art. 2 era stato violato. Fu la prima volta che qualunque Governo europeo veniva trovato colpevole dalla Corte dell'uso illegittimo di forza letale da parte di funzionari di polizia. Il caso "Gibilterra", mentre è debole in alcuni aspetti, sottolinea che i governi democratici non sono liberi di affrontare la violenza politica e il terrorismo con la stessa indifferenza per vita umana che è mostrata dai gruppi armati che si oppongono allo stato. È scopo di questo articolo analizzare (criticamente) la sentenza, e in particolare identificare le questioni di maggiore implicazione per tutti gli Stati membri del Consiglio di Europa.

Parole chiave: *Corte europea dei diritti umani, Convenzione europea dei diritti umani, Articolo 2, terrorismo, uso della forza pubblica.*

POMORSKO DOBRO U TALIJANSKOM I HRVATSKOM ZAKONODAVSTVU Gospodarski aspekti

Dr. sc. Milovan Jovanović,
izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 351.711:341.221.2(497.5)(450)
341.223.3(497.5)(450)
Ur.: 25. travnja 2005.
Pr.: 22. rujna 2005.
Pregledni znanstveni članak

Pod pomorskim dobrom u talijanskom zakonodavstvu podrazumijeva se obala mora, plaže, luke, sidrišta, lagune, ušća rijeka, s izlazom na more, slane ili slatke vode što su barem dio godine vezane s morem, prokopi koji se mogu koristiti za pomorsku javnu upotrebu.

Pomorski zakonik Republike Hrvatske pomorsko dobro definira tako da ga čine: unutarne morske vode, teritorijalno more, njegovo dno i morsko podmorje te dio kopna koji je po svojoj prirodi namijenjen javnoj pomorskoj upotrebi ili je proglašen takvim. Također se pomorskim dobrom smatraju još: morska obala, luke, lukobrani, nasipi i sprudovi, hridi, grebeni, ušća rijeka koje se ulijevaju u more, kanali spojeni s morem te u moru i u pomorskom podzemlju živa i neživa prirodna bogatstva.

U Italiji koncesiju na pomorskom dobru dodjeljuje pomorska vlast. Prema roku trajanja one se dijele na one koje traju dulje od petnaest godina, koncesije od četiri do petnaest godina i koncesije do četiri godine.

U hrvatskom zakonodavstvu izdavanje koncesija na pomorskom dobru regulirano je tako da je na razdoblje do dvadeset godina daje Županijsko poglavarstvo, na razdoblje do pedeset godina Vlada Republike Hrvatske, a za razdoblje preko pedeset godine Vlada RH uz suglasnost Hrvatskog Sabora.

Ključne riječi: pomorsko dobro, koncesija, gospodarsko korištenje.

Uvod

Ovaj rad nastao je na temelju rukopisa kojega je ostavio pokojni prof. Vojslav Borčić s namjerom izrade zajedničkog referata za znanstveni skup planiran u Trstu (Italija).

Kako do održavanja navedenog skupa nije došlo, tako nije bio ni napisan planirani članak. Ipak, smatrao sam obveznim dobiveni tekst obraditi te ga prezentirati, pa to činim u ovom članku.

Tako je prvi dio rada koji se odnosi na talijansko zakonodavstvo ostavljeni rukopis profesora Borčića, dok je drugi dio koji se odnosi na hrvatsko zakonodavstvo i njegovu primjenu, a posebno na određivanje visine naknada i renti obradio autor članka.

Problematiku pomorskog dobra u Italiji reguliraju tri osnovna propisa, i to: Plovidbeni zakonik iz 1942. god., Pravilnik za njegovu provedbu, iz 1952. god. te Zakon o preuređenju zakonodavstva u lučkim stvarima (oblastima), iz 1994. godine. Iz navedenog proizlazi da je ta problematika u talijanskom pravu vrlo dobro regulirana, što treba promatrati u okviru stoljetne talijanske pomorske tradicije.

Republika Hrvatska navedenu materiju značajnije regulira nakon uspostave svog suvereniteta, a značajnija se pozornost posvećuje ovoj problematici donošenjem Pomorskog zakonika 1994. godine te Odlukom o proglašenju Zakona o izmjeni i dopuni Pomorskog zakonika iz te godine.

I hrvatska pomorska tradicija nije zaobišla problematiku pomorskog dobra i njegovu regulativu, što se najbolje može uočiti iščitavanjem nekih srednjovjekovnih statuta. U Korčulanskom statutu iz 1214. godine u glavi LXXXV govori se o onima koji vade kamenje iz lukobrana, gdje se za takav čin predviđa kazna "za svaki kamen jedan perper".

Hvarski statut¹ iz 1331. godine u knjizi III. Glava II. "o kažnjavanju onoga ko zasipa luku", navodi sljedeće: "Tko bi god zasipao luku ili na gat (bacio pijesak) neka za kaznu plati svaki put četrdeset malih solada..."

Također, Statuta grada Trogira² iz 1332. godine u prvoj knjizi u glavi 18. govori: "O produbljanju luke", u drugoj knjizi u glavi 59. o onima koji u more bacaju smeće, u glavi 60. o kažnjavanju onih koji peru na točno određenoj lokaciji.

Ovdje je značajno to da je u posljednjim dvjema glavama određena točna lokacija na pomorskom dobru i to u glavi 59., "Od vrta Pelegrini pa do crvenkaste zemlje oko kopnenog mosta" te u glavi 60., "Oni koji peru kod čiovskog mosta".

Očekivati je da će u kontekstu postojećih europskih kretanja pomorsko zakonodavstvo Republike Italije i Republike Hrvatske jednog dana pronaći svoje zajedništvo u europskom pomorskom zakonodavstvu.

¹ Hrvatski statut, Književni krug, Split, 1991., str. 126.

² Statut grada Trogira iz 1332. godine, Književni krug Split, 1988., knjiga I., str. 15., i knjiga II., str. 98.

1. Općenito

Teorijski se pomorsko dobro može definirati na taj način da se promatraju i definiraju osnovni čimbenici koji sačinjavaju njegov sadržaj. Ono se očituje kao izdvojeni dio javnog dobra koji se odnosi na dio mora te ostalo područje koje s njime ima odgovarajuću vezu.

U tom kontekstu pomorsko dobro može se smatrati dobrom za opću upotrebu koje se proteže na dio mora i područje koje je s time u vezi.³ Također se može za njega reći da ga čine određeni dijelovi mora, podmorja i tla koji su po svojoj prirodi namijenjeni javnoj pomorskoj upotrebi ili su proglašeni takvima.⁴

Pomorska enciklopedija definira pomorsko dobro kao sve dijelove državnog teritorija na moru, koji po svojoj prirodi služe ili mogu služiti ili su namijenjeni pomorskom saobraćaju i prometu, ribolovu i svakoj drugoj upotrebi pomorskog značenja kao što su morska obala, uvale, luke, pristaništa, ušća rijeka koje se ulijevaju u more, kanali spojeni s morem i slično.⁵

U literaturi se pomorsko dobro definira kao: "Dio općeg javnog dobra što ga čine more, njegovo dno i podmorje i određeni dijelovi kopna u svezi s morem zajedno s izgrađenim objektima koji po svojoj prirodi ili namjeni služe javnoj pomorskoj upotrebi".⁶

U talijanskom pravnom sustavu osnovne su odredbe o pomorskom dobru sadržane u člancima 28.-58. prve glave, drugog poglavlja Zakonika o pomorskoj, unutarnjoj i zračnoj plovidbi.⁷ Zasnivaju se na odredbama Građanskog zakonika o javnom dobru na koje se izrijeком pozivaju.

Odlukom predsjednika Republike Italije br. 328, od 15. veljače 1952., donesen je provedbeni Pravilnik za izvršenje Plovidbenog zakonika, koji je u člancima 5.-58. razradio normativu pomorskoga dobra, posebice pitanje koncesija.

Zakon najnovijeg datuma o preuređenju zakonodavstva u lučkim stvarima⁸ regulira pitanje koncesija za lučke usluge, u što se ubrajaju pitanja u svezi s ukrcavanjem, iskrcavanjem, skladištenjem, prijevozom robe i drugim djelatnostima u granicama luke. Ovaj zakon kombinira ovlaštenja za obavljanje takvih usluga koje daje lučka vlast ili, gdje ove nema, pomorske vlasti, a regulira i pitanje postojećih koncesija na lučkim površinama, gatovima i vezovima.

³ I. Krbek, Pravo jugoslavenske javne uprave, III. knjiga, Zagreb, 1962., str. 133.

⁴ A. Turina, Morsko javno dobro, Naša znanost, god. XVI., Zagreb, 1962., br. 9-12., str. 452.

⁵ Pomorska enciklopedija, Zagreb, sv. 6., 1960., str. 277.

⁶ I. Borković, Koncesija i izvlaštenje na pomorskom dobru i zaštita prava, Pomorsko dobro, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1996., str. 20.

⁷ U izvorniku Codice della navigazione marittima, interna ed aerea (Plovidbeni zakonik), objavljen kraljevskim dekretom br. 327 od 30. ožujka 1942., i danas je na snazi.

⁸ Zakon br. 84 od 28. siječnja 1994. objavljen u redovitom dodatku Službenog lista br. 28 od 4. veljače 1994. u izvorniku s nazivom Riordino della legislazione in materia portuale.

Provedbenom se odlukom Ministarstva prometa i plovidbe, od 14. studenog 1994.,⁹ određuju usluge od općeg interesa u lukama koje se daju naplatno korisnicima luka, o čemu je riječ u daljnjem izlaganju uz primjere iz prakse.

Pravni režim koncesija u hrvatskom zakonodavstvu uređuje se Zakonom o koncesijama iz 1992. godine. Kao takav spada u kategoriju općih zakona te određuje pravni režim koncesije.

Pored Zakona o koncesijama kojime se ta problematika regulira, postoje i drugi zakoni koji određuju mogućnosti dobivanja koncesije u pojedinim područjima. Tako problematiku koncesije na pomorskom dobru regulira Pomorski zakonik iz 1994. godine.

2. Javno i pomorsko dobro

2.1. Talijansko zakonodavstvo

Javno je dobro (*demanio pubblico*) regulirano u Građanskom zakoniku.¹⁰

U dijelu koji govori o dobrima koji pripadaju državi, javnim i crkvenim tijelima javno se dobro definira u članku 822. koji u prijevodu glasi: "Državi pripadaju i dijelom su javnog dobra obale mora, plaža, sidrišta i luke, rijeke, brzaci, jezera i druge vode koje se smatraju javnim u posebnim zakonima, te djela namijenjena narodnoj obrani".

U drugom se stavku nabrajaju ostala dobra koja se smatraju javnim ako pripadaju državi, kao što su ceste, željeznica, aerodromi, vodovodi, dobra povijesnog, arheološkog i umjetničkog značenja, zbirke itd.

Da bi se stvar smatrala javnim dobrom, nije dovoljno pripadanje državi. Osobina javnog dobra nije atributivna već prirodna. Propis može jedino takvoj stvari priznati, potvrditi to prirodno svojstvo koje se ne može dodijeliti aktom javne uprave. Pripadanje državi subjektivni je element javnog dobra, a njegova priroda objektivni.

Samo je more, kao i zrak, *res communis omnium* kojom se svi mogu služiti, pa je i teritorijalno more, koje je pod suverenitetom države, slobodno svakome.

Prema talijanskom Građanskom zakoniku javno je dobro neotuđivo i na njemu se ne mogu osnivati prava u korist trećih ako to nije predviđeno zakonom. Javna uprava vodi brigu o javnom dobru.

Javno dobro valja razlikovati od državnog vlasništva, a moguće je da, sukladno propisanim uvjetima, javno dobro postane državnim vlasništvom. U Plovidbenom zakoniku pomorsko je dobro definirano sukladno članku 822. Građanskog zakonika, ali preciznije.

⁹ Odluka je objavljena u Službenom listu R. Italije br. 275 od 24. studenog 1994. Codice civile iz 1942. (*Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942*) odredbe o javnom dobru sadrži u člancima 822.-825. i 829.

¹⁰ Ibidem

Pomorsko su dobro:

- obale mora, plaže, luke, sidrišta;
- lagune, ušća rijeka s izlazom na more, slane ili slankaste vode što su barem dio godine vezane s morem;
- prokopi koji se mogu koristiti za pomorsku javnu uporabu. Plovidbeni zakonik ne definira obale ni plažu. U teoriji i praksi obala se mora širi u kopno do krajnje granice dosezanja redovitog plimnog vala.¹¹ Ona ovisi o konfiguraciji kopna pa njezina širina može biti nulta u slučaju visoke, strme obale.

S plažama je situacija teža, jer se granice određuju od unutarnje crte obale do granica privatnog ili javnog vlasništva, pa širina varira, a može se i smanjiti zbog prirodnih pojava (korozija, bradiseizmičko gibanje tla). Obala i plaža ne moraju istodobno postojati, primjerice pri strmoj obali. Zato su pomorskoj upravi dane ovlasti pri razgraničenju pomorskog dobra.

Sukladno propisima Građanskog prava pitanje se granica pokreće zahtjevom za uređenje granica, tzv. "actio finium regundorum".¹² U nedostatku drugih činjenica sudac se u takvu sporu drži katastarskih karata, koje su od neprocjenjive vrijednosti za određivanje granica pomorskog dobra.

Građevine i ostali objekti koji pripadaju državi, a koji se nalaze u granicama pomorskog dobra i teritorijalnog mora smatraju se pripadnostima pomorskog dobra. Uporabu pomorskog dobra regulira i nadzire tijelo uprave trgovačke mornarice. Granice pomorskog dobra suglasno određuju resorna ministarstva, među kojima bitnu ulogu imaju resori prometa i plovidbe te financija (riznice). Pomorski uredi raznih stupnjeva imaju značajnu ovlast pri razgraničenju pomorskog dobra. Konačnu odluku u slučaju spora donosi Ministarstvo prometa i plovidbe u suglasnosti s onim za financije.

Širina se pomorskog dobra može uvećati na teret privatnog vlasništva za manja područja postupkom izvlaštenja zbog javnog interesa. Dijelovi pomorskog dobra mogu biti određeni za druge javne namjene na traženje pomorske uprave.

Talijanska se lokalna pomorska uprava dijeli kako slijedi:

- pomorske zone s pomorskim upraviteljem na čelu
- pomorski odjeli s lučkim kapetanom na čelu
- pomorski okruzi s ravnateljem okružnog ureda na čelu.

Ova je podjela važna zbog nadležnosti pri podjeli koncesija na pomorskom dobru.¹³

¹¹ Cfr. Manca, Studi di diritto della navigazione (Milano: Giuffrè, 1959), str. 81. i sljedeće. Naime izraz se "Limite massimo delle mareggiate ordinarie" smatra boljim od klasična "maximus hibernus fluctus". Op. cit. Pomorsko dobro i koncesije, Pravni fakultet Rijeka, 1995., str. 65.

¹² Čl. 950. Codice civile.

¹³ Cfr. čl. 2. Pravilnika za izvršenje Plovidbenog zakonika.

2.2. Hrvatsko zakonodavstvo

Određivanje i definiranje pomorskog dobra obavlja zakonodavac pojedine zemlje. Samo definiranje pomorskog dobra zasniva se na elementima koji tvore njegov sadržaj.

Problematika pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj tretira se već u Ustavu iz 1990. godine. Tako se navodi da tu spada more, morska obala, otoci, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva, ali i zemljište, šume, biljke i životinjski svijet, dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobitog kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja za koje je zakonom određeno da su od interesa za Republiku i imaju njezinu osobitu zaštitu (čl. 50. st. 1.).

U st. 2. istog članka Ustava određuje se na koji se način dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu upotrebljavati i koristiti, te prava ovlaštenika i vlasnika te naknade i ograničenja.

Ustavne odredbe imaju i odgovarajuće manjkavosti koje je trebalo otkloniti, pa je to kada je u pitanju pomorsko dobro, doista uspješno riješeno Pomorskim zakonikom iz 1994. godine. Tako je njime definirano da je Pomorsko dobro opće dobro od interesa za Republiku Hrvatsku te podliježe njezinoj zaštiti. Tu se navodi da pomorsko dobro čine unutrašnje morske vode i teritorijalno more, njihovo dno i morsko podzemlje te dio kopna koji je po svojoj prirodi namijenjen javnoj pomorskoj upotrebi ili je proglašen takvim. Tako se pomorskim dobrom smatraju još: morska obala, luke, lukobrani, nasipi i sprudovi, hridi, grebeni, ušća rijeka koja se ulijevaju u more, kanali spojeni s morem, te u moru i pomorsko podzemlje, živa i neživa prirodna bogatstva.

Značajna je odrednica i to što se na pomorskome dobru ne mogu stjecati prava vlasništva kao i druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi.

Poseban problem predstavlja pitanje primjene pravnog reguliranja koncesije na pomorskom dobru, odnosno upotrebe i korištenja istog. Tako se govori o:

1. općoj upotrebi
2. posebnoj upotrebi i
3. gospodarskom korištenju.

Opća se upotreba pomorskog dobra određuje zakonom. Može ga koristiti i upotrebljavati svatko prema njegovoj prirodi i namjeni.

Zakonodavac tu upotrebu ograničava. Tako govori o upotrebi prema namjeni i u skladu sa zakonom. Osim toga, pomorsko se dobro može isključiti iz upotrebe ukoliko je to u interesu Republike. Također se može davanjem koncesije i uspostavljanjem posebne upotrebe i korištenja dijela pomorskog dobra određene osobe isključiti od upotrebe, odnosno korištenja.

Posebnu se upotrebu definira kao onu koja nije opća, a ni gospodarsko korištenje pomorskog dobra.

U tom kontekstu koncesija dijela pomorskog dobra oblik je posebne upotrebe i gospodarskog korištenja tog dijela koja se odobrava određenim subjektima. Pojmovi korištenje i koncesija ne smiju se poistovjetiti. Upotreba je širi pojam od koncesije. Tako je pojam koncesija uži od pojma posebno

korištenje. U hrvatskom zakonodavstvu pomorskim dobrom upravlja, održava ga i zaštićuje Republika, dok upravni i inspekcijski nadzor obavlja resorno ministarstvo.

3. Koncesije na pomorskom dobru općenito

3.1. Talijansko gospodarstvo

Italija nema poseban zakon o koncesijama. One se određuju posebnim propisima koji se odnose na javno dobro na koje se koncesija daje. Mogu se dijeliti koncesije na javnom dobru, tj. na nekretninama, kao što su javne površine pripadajuće državi, uključujući/rudnike i podzemna bogatstva, te one na uslugama od javnog interesa, kao što su promet, veze i slično s pratećim službama. Predmet su ovog rada koncesije na pomorskom dobru koje su od posebne važnosti za Italiju zbog njezina okruženja morem.

Već spomenuti Pravilnik za izvršenje Plovidbenog zakonika Italije sadrži detaljne propise o koncesijama u svom drugom naslovu koji o pomorskom dobru govori u člancima od 5. do 57.

Pomorska uprava ima široke ovlasti glede korištenja pomorskog dobra, koje su izražene posebice u koncesijama kojima se koncesionaru dopušta izvanredna uporaba javnog dobra. To su tzv. konstitutivne koncesije.¹⁴

Postupak se za dodjelu koncesije pokreće zahtjevom. Tko za bilo kakvu uporabu namjerava zauzeti zone pomorskog dobra, teritorijalnog mora ili pripadnosti na pomorskom dobru, unijeti izmjene ili ograničenja glede njihove namjene, mora podnijeti obrazloženu molbu upravitelju pomorske zone. U zahtjevu mora biti označena namjena i trajanje koncesije.

Kada se radi na privatnom dobru koji graniči s pomorskim dobrom, valja tražiti ovlaštenje od pomorske uprave, koja može izdati koncesiju ako takav rad zadire u pomorsko dobro.

Koncesije se na pomorskom dobru s obzirom na trajanje i radove koje eventualno zahtijevaju dijele na:

- a) koncesije dulje od petnaest godina
- b) koncesije od četiri do petnaest godina
- c) koncesije do četiri godine.

Prve spadaju u nadležnost Ministarstva prometa i plovidbe.

Koncesije u trajanju od četiri do petnaest godina, kao i kraće koje zahtijevaju radove i uređaje koji se teško odvajaju od pomorskog dobra,¹⁵ u nadležnosti su upravitelja zone, dok su one kraće, koje ne traže takva djela, nadležnost lučkog kapetana.

¹⁴ Cfr. D' Ovidio Pescatore, *Manuale di diritto della navigazione* (Milano: Giuffrè, 1969), str. 109-110.

¹⁵ To su skladišta za ugljikovodike, cijevi, naftovodi, plinovodi itd.

Ove se posljednje zovu "koncesije po licenci",¹⁶ što je isključivo pitanje naziva koji ne mijenja pravnu prirodu koncesije.

Institut povremene koncesije postoji u slučajevima kada je istekla stara do izdavanja nove. Tijelo pomorske uprave prije izdavanja koncesije traži mišljenje tijela uprave za graditeljstvo ako se izvode radovi, a glede visine naknade za koncesiju i vlasništva na pomorskom dobru uvijek se pita financijsko tijelo.

U slučaju više zahtjeva za istu koncesiju derogira se načelo "prior in tempore potior in jure", pa nema prednost prvi podnositelj zahtjeva jer se gleda javni interes, stoga je preferiran koncesionar koji daje čvršće garancije i nudi bolje iskorištavanje dobra.¹⁷ Ako ne postoje ti razlozi, za koncesije dulje od četiri godine ide se na javno nadmetanje. Za one do četiri godine prednost ima raniji koncesionar.

Kada se upitana tijela ne slažu o svrsishodnosti koncesije, konačnu odluku donosi ministar prometa i plovidbe, a ako se radi o nesuglasju glede visine naknade, odluku donosi taj ministar u dogovoru s ministrom financija.¹⁸

Naknada se za koncesiju plaća obročno unaprijed, a za one kraće u cijelosti unaprijed. Koncesionar jamči ispunjenje svoje obveze kaucijom koja ne može biti manja od dvogodišnje naknade.

Radi li se o koncesiji od posebne važnosti zbog vrijednost koncesije ili njezine svrhe, zahtjev se za dobivanje koncesije objavljuje javno.

Odluka o koncesiji sadrži:

1. mjesto, širinu i granice dobra u koncesiji
2. svrhu i trajanje koncesije
3. prirodu, oblik, dimenzije i strukturu objekta na koncesionarnom dobru
4. način korištenja koncesije i eventualno razdoblja dopuštena nekorištenja
5. pojedinosti o naknadi, načinu i rokovima plaćanja
6. kauciju
7. posebne uvjete
8. prebivalište koncesionara.

O danim se koncesijama vode upisnici.

Koncesionar odgovara pomorskoj upravi za preuzete obveze, a trećim osobama za štete učinjene osobama i stvarima pri korištenju koncesije.

Izmjene su koncesije moguće dopunskim upravnim aktom. Koncesija prestaje istekom roka za koji je dana. Koncesiju je moguće opozvati upravnim aktom zbog izmijenjene procjene javnog interesa. Opoziv djeluje ex nunc.

Koncesije do četiri godine trajanja mogu se opozvati na osnovi punog diskrecijskog prava pomorske uprave, dok se za one duljeg trajanja traže posebni razlozi.

¹⁶ Concessioni per licenza.

¹⁷ Cfr. Pescatore, op. cit., str. 112.

¹⁸ Naknade su simbolične kada je riječ o koncesijama danim u humanitarne ili dobrotvorne svrhe.

Bojim se da se takvi razlozi mogu uvijek naći i da se materijalna prava koncesionara ne štite dovoljno, pogotovo što u pravilu prigodom opoziva koncesionar nema pravo na naknadu štete, osim na povrat uplaćena iznosa obroka naknade kada je izgradio uređaje. Taj iznos ne može biti viši od vrijednosti uređaja u času opoziva nakon odbitka amortizacije.

Radi pune naknade subjekta koji žrtvuje svoje pravo zbog javnog interesa u posebnim slučajevima, koncesionar može tražiti novčani ekvivalent, o čemu odlučuje državno tijelo (vlada).¹⁹

Koncesija se gasi kada nastupe prirodne okolnosti koje čine nemogućim daljnje korištenje koncesije. Koncesija se ne može prenijeti na drugog bez ovlaštenja pomorske uprave. Moguće ju je naslijediti, ali pomorska uprava mora pravo nasljednika potvrditi u roku od šest mjeseci.

Pravo na koncesiju prestaje:

- a) zbog neobavljenih djela određena koncesijom ili ne izgradnje uređaja u njoj predviđena
- b) zbog nekorištenja (kontinuiranog) ili zlorabe
- c) zbog promjene svrhe koncesije
- d) zbog neplaćanja naknade
- e) zbog nedopuštene zamjene koncesionara
- f) zbog neispunjenja obveza iz koncesije.

Prestanak koncesije utvrđuje svojim aktom pomorska uprava, koja u slučajevima pod a) i b) može odgoditi na traženje koncesionara. Kada prestane koncesija, nepokretni uređaji i građevine koje je izgradio koncesionar postaju vlasništvo države. Pomorska vlast može, štoviše, tražiti njihovo uklanjanje radi uspostave prijašnjeg stanja na pomorskom dobru. Pravilnik o izvršenju Plovidbenog zakonika regulira na kraju nadležnosti glede korištenja mehaničkih uređaja za ukrcavanje i iskrcavanje tereta te skladišta u vlasništvu države, smjesta za teret.

Koncesijama su obuhvaćeni i pravo ribolova, vađenje pijeska i drugih tvari. Posebne su dozvole potrebne za skladištenje zapaljivih i eksplozivnih tvari.

3.2. Hrvatsko gospodarstvo

Osnovni je problem dodjele koncesija na pomorskom dobru njegova primjena, što podrazumijeva postupak odobrenja posebne upotrebe i korištenja dijela tog dobra. Takva dodjela dobra određenim pravnim ili fizičkim osobama zahtijeva odgovarajuću proceduru.

Normativno je to riješeno Zakonom o koncesijama kao i Pomorskim zakonikom (čl. 59.-73.). U tom kontekstu Pomorski zakonik dobro regulira najznačajnija pitanja dodjele koncesija za upotrebu i/ili korištenje pomorskog dobra.

¹⁹ To su slučajevi iz čl. 43. Plovidbenog zakonika.

Problematika izdavanja koncesija u svakom, pa tako i u našem društvu, ima svoje značenje. U Hrvatskoj područje pomorskog dobra obuhvaća vrlo velik teritorij, i to od posebnog gospodarskog značaja. Osim toga i sama gospodarska aktivnost Republike Hrvatske značajno je orijentirana k tom području kao jednoj od komparativnih prednosti. Zbog toga kod dodjele koncesija za upotrebu i/ili korištenje treba velika pozornost. Takvo izdavanje koncesija fizičkim i pravnim osobama ne smije biti u suprotnostima s interesom Republike.

Koncesije se mogu izdavati na zahtjev ili putem javnog prikupljanja ponuda, a izdaje ih nadležno županijsko poglavarstvo na rok do 20 godina, Vlada RH za razdoblje do 50 godine, a Vlada RH uz suglasnost Sabora Republike Hrvatske na razdoblje preko 50 godina. Svojedobno jednu od takvih koncesija na četrdeset godina donio je Sabor u korist Jadranskog naftovoda d.d., s ciljem izgradnje i gospodarskog korištenja naftovoda Terminal Omišalj – Rafinerija Urinj.

Prilikom dodjele koncesije i njezine realizacije treba uočiti dva temeljna akta. Prvi je odluka o koncesiji dok je drugi ugovor o koncesiji koji se sklapa na temelju akta o koncesiji.

Akt o koncesiji je individualan, a donosi ga davalac koncesije pa je u tom smislu jednostran jer ga isključivo on određuje i definira. To znači da sva najbitnija pitanja vezana uz izdavanje koncesije određuje davatelj. Tako će davatelj koncesije odrediti područje pomorskog dobra koje se daje na upotrebu ili korištenje, način, uvjete i vrijeme upotrebe, naknadu koja se plaća i ovlaštenja davatelja koncesije, prava i obveze ovlaštenika, te obveze održavanja i zaštite.

Za sve koncesije korištenja pomorskog dobra određuje se naknada koja se definira odlukom o koncesiji. Visinu naknade trebalo bi se određivati temeljem očekivane profitabilnosti upotrebe pomorskog dobra te zaštite svih ostalih interesa.

Naknada bi morala biti sastavni dio državnog proračuna namijenjen održavanju i unapređivanju pomorskog dobra.

Drugi akt vezan uz realizaciju dobivene koncesije ugovor je o koncesiji kojega davatelj koncesije sklapa s ovlaštenikom temeljem odluke o koncesiji.

Zakonodavac ne predviđa šire odredbe ugovora o koncesiji, osim što određuje da će pripremu njegovog teksta odrediti županijski ured za pomorstvo. Osim toga predviđa i mogućnosti oduzimanja koncesije, i to u zakonski propisanim slučajevima.

4. Primjer ugovora o koncesiji u talijanskom zakonodavstvu

Bilo da se radi o koncesiji koju daje pomorska vlast, bilo o onoj koju daje lučka uprava, koncesija - ugovor je uglavnom tipiziran i vrlo često se radi o vrsti adhezijskog ugovora.

Akt ima broj upisnika za tekuću godinu i redni broj. U glavi je naslov tijela koje daje koncesiju. Slijedi zakonski temelj za izdavanje koncesije na

pomorskom dobru, a to su uvijek članak 36. i sljedeći Plovidbenog zakonika, čl. 5. i sljedeći Pravilnika za njegovo izvršenje, a ako koncesiju daje lučka uprava, članak 18. Zakona 84, iz 1994. god. Koncedent navodi je li traženo i dobiveno mišljenje upravnih tijela za financije i graditeljstvo i je li aktu prethodilo ovlaštenje, odnosno je li ranije na dobru postojala koncesija ili licenca.

Navodi se ime podnositelja zahtjeva ili rezultat javna natječaja ako ga je bilo. Sam akt koncesije sadrži:

1. identitet koncesionara
2. opis i podatke o pomorskom dobru (mjesto, površina itd.)
3. svrhu koncesije (skladište, kupališni sadržaj itd.)
4. obvezu plaćanja i visinu naknade
5. trajanje koncesije
6. konstataciju da je plaćena kaucija.
Slijede opći uvjeti koncesije:
 - a) Ispražnjenje i povratak u prijašnje stanje koncesionirana dobra, u slučaju neobnavljanja, opoziva i prestanka koncesije;
 - b) Obveza koncesionara osloboditi koncedenta svih zahtjeva i šteta koje bi mogle tražiti treće osobe u svezi s uporabom i korištenjem pomorskog dobra;
 - c) Strogo osobno korištenje koncesije;
 - d) Zabrana izmjene granica koncesije i gradnje koja nije koncesijom dopuštena;
 - e) Prihvatanje pomorskog dobra u nađenom stanju s obvezom redovita i izvanredna održavanja;
 - f) Obveza koncesionara osigurati pomorsko dobro od požara s policom vinkuliranom u korist koncedenta;
 - g) Pravo koncedenta opozvati koncesiju ili utvrditi njen prestanak;
 - h) Oslobođenje koncedenta svake odgovornosti koja proizlazi zbog vremenskih prilika, mora, poplava i odgovornosti za štete na električnim i hidrauličkim instalacijama;
 - i) Obveza koncesionara snositi svekolike troškove u svezi s koncesijom;
 - j) Opća klauzula o primjeni Plovidbenog zakonika i Pravilnika o njegovu izvršenju za ono što akt o koncesiji ne predviđa.

Ovisno o njihovim osobitostima koncesije sadrže i posebne uvjete kao:

- a) način plaćanja naknade
- b) obvezu plaćanja veće naknade ako to odluči Ministarstvo
- c) obvezu ishođenja potrebnih dozvola ako se obavljaju radovi
- d) sve ostalo što koncedent smatra uvjetom za urednu uporabu i korištenje pomorskog dobra.

Na kraju akta o koncesiji stoje potpisi koncedenta i koncesionara. Upravo ovaj posljednji potpis čin je prihvata uvjeta koncesije, koji je čini ugovorom *sui generis* javnog prava s privatnopravnim elementima: koncesija-ugovor ili ugovor o koncesiji.

Radi sagledavanja stanja u Republici Italiji, analizirane su tri koncesije koje su izdale različiti organi.

Prvu je izdalo ministarstvo trgovačke mornarice po lučkom kapetanu, odnosno ravnatelju Okružnog ureda. Izdana je radi korištenja i održavanja betonskog platoa za smještaj stolčića, stolica i suncobrana kao dodatak restoranu smještenom iza platoa u čijem je vlasništvu plato.

Zbog toga što se plato nalazi na pomorskom dobru, vlasnik je dužan platiti naknadu za održavanje i korištenje platoa. U tekstu se navodi:

“Ova koncesija za koju se podrazumijeva da je učinjena u okviru prava koja pripadaju posjedu imat će trajanje od 12 mjeseci.

Ova koncesija osigurana je putem police osiguranja ovlaštenika koncesije.

Koncesija predviđa da ovlaštenik mora odmah platiti dozvole i licence predviđene zakonom, eventualno i druge koje su u kompetenciji drugih vlasti, i to prije nego što počne s obavljanjem vlastite aktivnosti na pomorskom dobru.

Ovlaštenik je dužan poštovati sve zakonske odredbe koje određuju aktivnost kojom se bavi kao i policijske norme za posjet, koje izdaje pomorska vlast.

Ako iz bilo kojeg razloga nije dopušteno kupanje u moru, moći će koristiti koncesiju za sunčanje, i to samo onda ako i ta aktivnost nije zabranjena od sanitarnih vlasti.

Ako ovlaštenik želi graditi, mora se opskrbiti građevinskom dozvolom.

Ukoliko želi graditi na pomorskom dobru, treba podnijeti kapetaniji, od ovlaštenog stručnjaka, izdan certifikat iz kojeg se vidi podobnost objekta da može biti korišten.”²⁰

Iz navedenog proizlazi da davatelj koncesije ima pravo u koncesiji zahtijevati više od onoga što se odnosi na pomorsko dobro. Druge dvije koncesije izdalo je Lučko autonomno društvo Napoli.²¹ Izdaje ih predsjednik društva.

Prvu podnosi vlasnik kupališta na osnovi prethodne licence, certifikata o antimafiji i sindikalne odluke. “Dodjeljuje se imenovanome obalu da zaposjedne zonu pomorskog dobra površine 200 m² smještenu u općini Napoli, točnije u Ulici “X”, sa svrhom korištenja i održavanja kupališta zvanog “LuLu”, koje se nalazi na privatnom posjedu uz granicu pomorskog dobra, i obvezom da plaća društvu u znak prihvaćanja dobra kojemu je dodijeljeno, a u skladu s ovom koncesijom, naknadu od “Y” lira. Posebno platiti takse, od čega “Z” u lirama za dvogodišnje korištenje”.

U ovom slučaju ovlaštenik ima kupalište na pomorskom dobru, ali nema more. Za pristup moru prelazi se preko pomorskog dobra, pa za tu upotrebu mora tražiti i dobiti koncesiju, te platiti naknadu kao i takse koje su vezane uz kupalište.

Druga se koncesija odnosi na uzimanje morske vode u svrhu punjenja dva privatna bazena na kupalištu i njezino ponovno vraćanje u more.

²⁰ Ministero della marina mercantile, Capitaneria di porto di Castellammare di Stabia. Pomorsko dobro – društveni aspekti upotrebe i korištenja, Pravni fakultet Rijeka, Rijeka 1996., str. 128.

²¹ Con sorcio autonomo del porto di Napoli. op.cit., str. 129.

Koncesija predviđa da voda iz bazena kada se vraća u more, treba biti pročišćena i ispuštena na udaljenosti 600 m od obale.

Sve koncesije izdane su na tipskom obrascu, gdje su navedene sve osnovne odredbe o korištenju pomorskog dobra iz Pomorskog zakonika. Osim toga, ostavljen je prostor za dopisivanje, zavisno od svrhe izdavanja koncesije. Tu se dopisuju posebne odredbe specifične za svaki pojedini slučaj.

Iz svega proizlazi da Italija temeljitije prilazi problematici pomorskog dobra. Uz ovlasti nadležnih vlasti, njihove kompetencije sežu i izvan direktne sfere pomorskog dobra, što je možda i praktičnije, kako bi se velika birokratska procedura što više smanjila i objedinila.

5. Pravilnik o koncesijskim odobrenjima u Republici Hrvatskoj

Pravilnikom se propisuje način izdavanja, uvjeti i visina naknade za izdavanje koncesijskih odobrenja na pomorskom dobru izvan lučkog područja.

Odobrenje izdaje Vijeće za koncesije, koje čine tri predstavnika županije i jedna predstavnik lučke kapetanije i jedan predstavnik županijskog ureda za pomorsko uređenje, komunalne poslove, graditeljstvo i zaštitu okoliša.

Odobrenje se izdaje na zahtjev fizičke ili pravne osobe za obavljanje djelatnosti koje ne isključuju niti ograničavaju opću upotrebu na pomorskom dobru, a u skladu s utvrđenim postupkom i uvjetima iz Pravilnika o koncesijskim odobrenjima. Odobrenje se izdaje na temelju jedinstvenog popisa djelatnosti koji sadrži područje, vrstu djelatnosti, sredstva i visinu naknade. Jedinstven popis djelatnosti prilaže se Pravilniku te čini njegov sastavni dio.

Za unutrašnje morske vode i teritorijalno more odobrenje se može dati za djelatnosti prijevoza putnika, iznajmljivanje sredstava te pružanje specijalnih usluga.

Na morskoj obali i pripadajućem akvatoriju predviđene su djelatnosti ugostiteljstva i turizma, rekreacijski i komercijalni sadržaj, sportsko rekreacijske i komercijalne djelatnosti te škola ronjenja, plivanja itd.

Vijeće za koncesije izdaje koncesijsko odobrenje za tekuću kalendarsku godinu te ga evidentira u upisniku koncesijskih odobrenja kod nadležnog županijskog ureda za pomorstvo. Upisnik koncesijskih odobrenja sadrži nosioca odobrenja, područje, vrstu djelatnosti, sredstva i visinu naknade. Postoji i mogućnost da Vijeće za koncesije izda privremeno koncesijsko odobrenje. Pravilnik o koncesijskim odobrenjima utvrđuje djelatnost za koju se može zahtijevati izdavanje prijevremenog odobrenja. Prijevremeno odobrenje može se izdati za komercijalne, kulturne, zabavne i sportske potrebe.

S obzirom na područje za koje se traži odobrenje, mogu se izdati dva odobrenja. Prvo je ono za područje morskih voda i teritorijalnog mora. U ovom slučaju nadležno je Vijeće za koncesije županije gdje su brod ili brodica upisani. Druga vrsta odobrenja je ono koje se izdaje za područje morske obale, grada ili općine s pripadajućim akvatorijem. Za te vrste odobrenja nadležno je Vijeće za koncesije županije gdje se djelatnost obavlja. Odobrenje ne moraju zahtijevati

fizičke i pravne osobe koje po posebnim propisima obavljaju djelatnost na pomorskom dobru ili obavljaju djelatnost od interesa za Republiku Hrvatsku.

Sportske udruge, fizičke i pravne osobe koje u okviru svojih osnovnih sportsko-rekreacijskih aktivnosti obavljaju gospodarske djelatnosti pružanjem usluga na tržištu dužne su podnijeti zahtjev za izdavanjem odobrenja pod uvjetima predviđenim Pravilnikom o koncesijskim odobrenjima.

Strani brodovi kojima je Ministarstva odobrilo pravo kabotaže dužni su zatražiti izdavanje odobrenja, osim ako su rješenjem Ministarstva oslobođeni radi gospodarskih interesa Republike Hrvatske.

Korisnici pomorskog dobra koji obavljaju djelatnosti u dobrotvorne ili druge humanitarne svrhe ne plaćaju naknadu za izdavanje dozvola. U slučaju da korisnik želi obavljati djelatnost na pomorskom dobru u dobrotvorne ili druge humanitarne svrhe, dužan je nadležnom vijeću za koncesije podnijeti suglasnost Ministarstva.

Koncesijsko odobrenje za područje unutrašnjih morskih voda i teritorijalno more izdaje nadležno Vijeće za koncesije na zahtjev fizičke i pravne osobe. Podnositelj zahtjeva za izdavanje i produženje dozvole dužan je uz zahtjev nadležnom Vijeću za koncesije obvezno podnijeti:

- a) dokaz iz sudskog registra ili obrtnicu
- b) izvod iz upisnika brodova ili očevidnika brodica (ako se obavlja djelatnost korištenja broda ili brodice)
- c) dokaz o pravnoj osnovi korištenja
- d) suglasnost nadležne lučke kapetanije i
- e) kopiju uplatnice za troškove postupka.

Osim navedenog koncesijskog dopuštenja nadležno Vijeće za koncesije, na zahtjev fizičkih i pravnih osoba za obavljanje djelatnosti utvrđenih Pravilnikom o koncesijskim odobrenjima, izdaje koncesijsko odobrenje za područje morske obale grada i općine s pripadajućim akvatorijem. Hoće li navedeno odobrenje biti podložno složenijem ili jednostavnijem postupku, ovisi o mogućnosti opće javne upotrebe dijela tog pomorskog dobra za vrijeme obavljanja djelatnosti koncesionara. Ako je obavljanje djelatnosti uvjetovano korištenjem dijela obale, čime se djelomično ili potpuno isključuje opća javna upotreba pomorskog dobra, nositelj djelatnosti dužan je zatražiti izdavanje koncesije na pomorskom dobru u skladu s Pomorskim zakonikom.

Podnositelj zahtjeva za izdavanje dozvole i produženja dozvole dužan je uz dokaze podnijeti Vijeću za koncesije i suglasnost grada ili općine na čijem se području djelatnost obavlja.

Poglavlarstvo grada ili općine određuje imaoocu dozvole mikrolokaciju na morskoj obali u skladu s dokumentima o prostornom uređenju za obavljanje djelatnosti na pomorskom dobru.

Korisnik dozvole ovlašten je obavljati samo djelatnosti za koju mu je izdano dopuštenje pod uvjetima Pravilnika o koncesijama. Korisnik je također dužan poštivati opće javne interese i značaj pomorskog dobra, kao i propise vezane s time (zaštita okoliša i reda na pomorskom dobru).

Zaključak

Promatrano s osnova gospodarskog iskorištavanja pomorskog dobra u talijanskoj i hrvatskoj praksi gotovo i nema značajnijih razlika.

Pomorsko dobro po svom prirodnom nastanku u obje države spada pod javno dobro, tako da nitko nije njegov vlasnik a može ga koristiti svatko pod za to zakonom određenim uvjetima.

Gospodarsko korištenje pomorskog dobra u obje zemlje obavlja se davanjem koncesije i sklapanjem ugovora o korištenju. Za to korištenje potrebno je platiti određenu naknadu. Svrha naknade je i naplata korištenja prirodnog resursa pomorskog dobra te njegovo održavanje i poboljšavanje.

Problem određivanja naknade prisutan je u obje zemlje. Talijanska praksa, koja je značajnije duža kada je u pitanju određivanje naknade, počiva na iskustvenim pretpostavkama, i kao takva nije jedinstvena, što omogućava i značajnija odstupanja njezine visine od slučaja do slučaja.

U hrvatskoj praksi ta se naknada također određuje na temelju proizvoljnih procjena davatelja koncesije. Sigurno se nastoji pronaći objektivni pristup, ali je to izuzetno složen i težak posao. Ipak su u tom smislu i ponuđeni odgovarajući modeli, a da do njihove primjene nikada nije došlo jer su vrlo složeni. Također je i postupak korištenja modela neizvediv do trenutka ustanovljavanja katastra pomorskog dobra, koji za sada ne postoji.

Kako se naknada u praksi tretira kao trošak poslovanja, to bi se u izračunavanju cijene usluga i ona iskazivala. Na taj način njezina cijena bila bi za navedeni iznos veća, pa bi se tako smanjivala konkurentna sposobnost korisnika koncesije. Daleko bi se objektivnije mogla obračunati davanja za korištenje pomorskog dobra izračunavanjem rente. Ona bi se obračunavala na temelju ostvarenog profita, a to znači na kalendarsku poslovnu godinu i ne bi se uračunavala u cijenu usluge. Visina rente određivala bi se temeljem ostvarene profitne stope u djelatnostima koje se koriste pomorskim dobrom te prosječne profitne stope ili kamatne stope na dugoročne depozite.

Obračun naknade osigurava davatelju koncesije redovite prihode neovisno o uspješnosti poslovanja koncesionara, dok obračunavanje rente ne! No, pretpostaviti je da će upravo konkurentna sposobnost bez obračuna naknade koja ulazi u troškove poslovanja, omogućiti koncesionaru ostvarivanje visokih profita, a time i rente koja će biti veća od pretpostavljene naknade.

Summary

MARITIME DOMAIN IN ITALIAN AND CROATIAN LAW **Economic Use**

Under the Italian law, maritime domain includes sea shore, beaches, ports, anchorages, lagoons, mouths of rivers having access to the sea, salty and fresh waters that are at least part of the year connected with the sea, channels that can be employed for public maritime purposes. Under the Croatian Law on Maritime Domain and Sea Ports, maritime domain includes internal maritime waters and territorial sea, their bottom and underground, as well as the part of land that is by its nature in general public use or has been declared as such together with all that is permanently linked with this part of land, on or under its surface. Maritime domain includes also: sea shore, ports, dykes, sandbars, rocks, reefs, beaches, mouths of rivers having access to the sea, channels connected with the sea and all organic and inorganic natural resources in the sea and under the sea.

Concessions on maritime domain in Italy are granted by the maritime authority. According to their time limit there are three types: concessions that last longer than fifteen years, concessions that last between four and fifteen years, and concessions shorter than four years.

Under the Croatian law, concessions on maritime domain are granted by executive council of a county for concessions up to twenty years, by the Government of the Republic of Croatia for concessions up to fifty years, while concessions for a longer period of time are granted by the Government of the Republic of Croatia with the consent of the Croatian Parliament.

Key words: *maritime domain, concession, economic use.*

Zusammenfassung

SEEHOHEITSGEBIET IN DER ITALIENISCHEN UND KROATISCHEN GESETZGEBUNG Wirtschaftliche Nutzung

Unter Seehoheitsgebiet versteht man in der italienischen Gesetzgebung Meeresküste, Strand, Ankerplätze, Lagunen, Flussmündungen mit dem Ausgang zum Meer, Süß- und Salzwasser, die zumindest einen Teil des Jahres mit dem Meer verbunden sind, Kanäle, die für die öffentliche Seefahrt benutzt werden können.

Nach dem kroatischen Gesetz zum Seehoheitsgebiet und Seehäfen, gehören zum Seehoheitsgebiet innere Meeresgewässer und das territoriale Meer, dessen Grund und unterirdischer Bereich sowie ein Teil des Festlandes, der seiner Natur nach für die allgemeine Benutzung bestimmt ist oder dafür erklärt wird sowie alles, was mit diesem Teil des Festlands auf seiner Oberfläche oder darunter dauerhaft verbunden ist. Unter Seehoheitsgebiet versteht man: Küste, Häfen, Dämme, Sandbänke, Felsen, Klippen, Strände, Flussmündungen ins Meer, Kanäle, die mit dem Meer verbunden sind, sowie lebende und tote Naturschätze.

In Italien wird die Konzession für das Seehoheitsgebiet von der Seemacht erteilt. Ihrer Gültigkeitsdauer nach werden sie in jene, die mehr als fünfzehn Jahre gelten und in Konzessionen für vier bis fünfzehn Jahre und Konzessionen bis zu vier Jahren aufgeteilt.

Gemäß der kroatischen Gesetzgebung werden die Konzessionen für die wirtschaftliche Nutzung des Seehoheitsgebiets für die Dauer bis höchstens zwanzig Jahren von einer Behörde der Županija erteilt, für die Dauer bis zu fünfzig Jahren von der Regierung der Republik Kroatien und für die Dauer von über fünfzig Jahren ebenfalls von der Regierung aber mit Zustimmung des kroatischen Parlaments.

Schlüsselwörter: Seehoheitsgebiet, Konzession, wirtschaftliche Nutzung.

Sommario

BENE MARITTIMO NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA E CROATA Aspetti economici

Sotto bene marittimo nella legislazione italiana ricadono la costa del mare, le spiagge, i porti, le rade, le lagune, le foci di fiumi con sbocco sul mare, le acque salate o dolci che sono almeno in parte dell'anno collegate con il mare, i canali che possono essere impiegati per usi marittimi pubblici.

Il Codice marittimo della Repubblica di Croazia definisce come bene marittimo: acque marittime interne, mari territoriali, loro fondo e sottosuolo marittimo così come la parte di terra che per sua stessa natura è di uso pubblico generale o è stata dichiarata tale insieme con tutto ciò che è permanentemente legato con questa parte di terra, sopra o sotto la sua superficie. Inoltre si considerano ancora bene marittimo: la costa marittima, i porti, i moli, gli argini e i banchi, le rocce, gli scogli, le bocche di fiumi che sfociano nel mare, i canali collegati con il mare, e tutte le risorse naturali organiche e inorganiche nel mare e nel sottosuolo marittimo.

In Italia la concessione sul bene marittimo è riconosciuta dall'autorità marittima. Secondo il loro limite temporale ci sono le tre tipologie di quelle che durano oltre quindici anni, le concessioni che durano tra quattro e quindici anni e le concessioni più brevi di quattro anni.

Nella legislazione croata il rilascio delle concessioni per bene marittimo è regolato dalla Giunta conteale per le concessioni sino ai venti anni, dal Governo della Repubblica di Croazia per quelle sino ai cinquanta anni, mentre per quelle di un periodo di tempo più lungo dal Governo della Repubblica di Croazia con l'assenso del Parlamento croato.

Parole chiave: *bene marittimo, concessione, uso economico.*

OZELENJIVANJE EKONOMIJE: EKOLOŠKI POREZI

Dr. sc. Andrija Crnković, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 504.03:336.2
330.831

Ur.: 28. listopada 2004.

Pr.: 4. svibnja 2005.

Pregledni znanstveni članak

Diljem svijeta, i ne samo u ekološkim krugovima, raste spoznaja da neoliberalna ekonomija nije kadra pronaći siguran put – k čovjeku. Njezin je vokabular izazovno nemaštovit, a razmrvljeno znanje lako može izmaknuti razumnim društvenim svrhama. Uznepredovala kriza smisla ljudske egzistencije sveudilj traži nove profile odvažnosti. Jeftino i nekažnjeno otimati od prirode – to je prošlo svršeno vrijeme. Autor dijeli optimizam onih koji smatraju da zelena porezna reforma može biti djelotvorno sredstvo obnove individualne i društvene discipline u borbi za sudjelovanje u budućnosti.

Ključne riječi: neoliberalizam, ekološki porezi, eko-efikasnost, održivi razvoj.

Uvod

Sad znamo da nije lako živjeti i preživjeti pod režimom ultraliberalnog kanibalizma. Tavorimo u podnožju nepokretnih kondicionala, u tupoglavo i rastrzano vrijeme koje naglašeno favorizira informaciju nauštrb vrline. Živimo u društvu nezajažljivog trošenja, u frivolnoj natjecateljskoj monokulturi u kojoj izbeumljeni ultraliberalni trkači (suviše dobri da bi mogli saznati pokraj čega su protrčali) posluju brzinom drugorazrednih misli, i gdje sve, baš sve, postaje predmetom bezobzirne trgovine i utrke za sve većim profitom – od zdravlja, preko škole i kulture, pa do samoga genoma i ljudskoga života.¹ Nedomišljeni

¹ Još odzvanjaju riječi mudrog Kierkegaarda, koji je upozorio da *poravnanje* nije od Boga, i da svaki čovjek mora poznavati trenutke u kojima dolazi u iskušenje da proplače nad tim djelom uništenja.

slogani, nasrtljivi modni diktati i druge lukrativne izmišljotine što nezaustavljivo pristižu iz medijasfere odveć lako odnose prevagu nad razboritim zauzimanjem za opće dobro. A takva ideologija, koja operira s lažnim cijenama i sumnjivim moralom, i koja dopušta sve što izgleda ekonomski ili politički opravdano, a zakonom nije izričito zabranjeno – pogubna je.² Koli za dušu pojedinca toli za snagu naroda.

Moderna su društva izgradila tehnički i institucionalni poredak u kojemu rizici i hazardi tvore sastavni i neuklonjivi dio društvenoga života. Potvrđujući svoju slobodu, više dosjetljivo negoli obzirno, *Homo oeconomicus industrialis* (istodobno, tvorac modernosti, i njezin najdinamičniji proizvod) umješno je izmaknuo “čudljivoj hraniteljici”³, obuzet silovitom željom da joj nametne vlastite prioritete, vrijednosti i svrhe. Na nesreću, u toj posvećenoj ekstazi neprestanog stvaranja i razaranja grubo su zanemarene šire socijalne i etičke dimenzije, što je uvelike suzilo humane proporcije života na savladanom planetu (bjesomučna eksploatacija prirode od čovjeka, i čovjeka od čovjeka). Uostalom, ta rogobatna napetost između slobode i ponovnog zapadanja u ropstvo ključna je značajka cjelokupnog moderniteta.⁴

Kritična masa ekoloških opasnosti iznijela je prirodu na zaravan političkog razmatranja i odlučivanja. Naime, sve učestaliji ekološki incidenti i prave katastrofe⁵ uspjeli su galvanizirati ekološku opoziciju i potaknuti proces njenog samoorganiziranja. Iz pretpolitičkog razumijevanja, ekologija⁶ ulazi u povla-

² “Čovjek zahvaćen željom da posjeduje i uživa, više nego da bude i da raste, konzumira pretjerano i neuredno zalihe zemlje i svog vlastitog života. U korijenu besmislena razaranja prirodnog okoliša počiva antropološka zabluda, na žalost vrlo raširena u naše doba. Čovjek koji otkriva svoju sposobnost da preobražava, i u izvjesnom smislu da stvara svijet svojim radom, zaboravlja da se to odvija uvijek na temelju prvog izvornog dara stvari od Boga. Čovjek misli da može samovoljno raspolagati zemljom podvrgavajući je bez pridržaja svojoj volji kao da ona ne bi imala vlastita oblika i prethodne namjene koju joj je Bog dao. Čovjek tu namjenu, istina, može razvijati, ali je ne smije izdati. Umjesto da vrši svoju ulogu Božjega suradnika u djelu stvaranja čovjek se stavlja na mjesto Boga te tako na kraju izaziva pobunu prirode koju više tiranizira nego njome vlada.” IVAN PAVAO II, *Centesimus Annus*, enciklika, (preveo: Vjekoslav Bajsić), Zagreb: Kršćanska sadašnjost, 1991., 45 – 46.

³ Priroda: okrepa čovječja i Božji dar; veličanstveni rezervoar dragocjenih resursa i korisnih analogija; prethodni i univerzalni uvjet gospodarske igre i našeg opstanka. Priroda stabilizira i podupire sav život u ekosferi, ushićuje nas i opušta – i svoje tajne rado otkriva onima koji su sposobni za “uzajamnu intimnost” (Barbara McClintock).

⁴ Tko god želi pojasniti sebi i drugima zašto je industrijalizam “filozofijski iskvaren, jalov i samoubilački nastojen” (Jonathan Porritt), jedva da postoji bolja knjiga od ove: SKOLIMOVSKI, Henryk, *Eco-Philosophy*, London: Marion Boyars, 1981.

⁵ Spomenimo tek one najpoznatije: *Torrey Canyon*, Seveso, Bhopal, *Amoco Cadiz*, Chernobyl.

⁶ Kao sinoptička, interdisciplinarna i difuzna znanost o uzajamnim odnosima i ovisnostima žive i nežive prirode, koju pokreće briga za očuvanje općih uvjeta života na Zemlji, ekologija nastoji privoljeti čovjeka biotehnološkog doba da trijezne glave i otvorena srca stupi u obnovljeni dijalog s prirodom, ovoga puta na posve ravnopravnoj (*deep ecology*) ili barem ravnopravnijoj (*shallow ecology*) osnovi. Sustavnim proučavanjem integrirajućih i koordinirajućih značajki života, mlada je znanost uvelike doprinijela širenju individualnih i zajedničkih autonomija u različitim sferama društvenoga života.

štenu sferu intenzivne političke komunikacije – i počinje sudjelovati u oblikovanju opće volje.⁷ Tromo, doduše, ali ne i bez otpora, oronula kartezijska paradigma⁸ povlači se pred novom – ekološkom paradigmatom.⁹ Zdrženim nastojanjima glave i srca utvrđen je novi cilj: *Stvaranje društva koje ne šteti okolišu*, a ne više: *Gospodarski rast pod svaku cijenu*.¹⁰

Istovremeno, mnogobrojni zahtjevi za ekološkim restrukturiranjem industrijskog društva bivaju sve glasniji. Posvuda se traži način kako negativne eksternalije uklopiti u konvencionalnu ekonomsku računicu.¹¹ Pod vrelim zapisima jedne obezbeđujuće tehničke dinamike dozrijeva uvjerenje da se prisvajanje zajedničkih dobara¹² mora objektivizirati putem tržišnih zakona i sustava cijena. Naime, za svaki potrošak (upotreba prirodnog okoliša) treba uredno ispostaviti račun (zahtjev za podmirenje štete) – jer, “nema besplatnog

⁷ Vidi BOURG, Dominique, “Droits de l’homme et écologie”, *Esprit*, 10, 1992., 80 – 94.; WEINBRENNER, Peter, *Budućnost ne dolazi sama od sebe – osiguravanje i oblikovanje budućnosti kao politička zadaća*, u: *Socijalna ekologija*, Vol. 2, No. 2, 1993., 307 – 314.

⁸ Sve do dospjeća postmodernog diskursa vladajuće navike duha modernog Zapada oblikovala je kartezijska paradigma. Ona je vrelu žudnju za spoznavanjem tajni neba i zemlje pretočila u revolucionarna znanstvena otkrića u astronomiji, fizici i matematici (uz koja se vežu imena Kopernika, Galilea, Descartesa, Bacona i Newtona), čime je istopila grimizni omotač aristotelovsko-ptolomejskih nebesa, uspostavivši iznova dinamičke principe svijeta. Njezine utemeljujuće značajke svima su dobro poznate: ognjičavo vjerovanje u znanstvenu metodu kao jedini ispravni pristup znanju; pogled na život kao konkurentsku borbu za goli opstanak (socijalni darvinizam); razumijevanje univerzuma kao mehaničkog sustava sastavljenog od elementarnih dijelova (i ljudskog tijela kao stroja); žilavo uvjerenje da se neograničeni materijalni napredak ostvaruje kroz gospodarski i tehnološki rast; misoginična ideja o tome da društvo u kojemu je žena podređena muškarcu odražava temeljni zakon prirode.

⁹ Prema Werneru Heisenbergu, pomak od dijelova prema cjelini središnji je aspekt ove konceptualne revolucije. Naime, od davnina je poznato da živa i neživa priroda čine nedjeljivu, mnogostruko povezanu i isprepletenu cjelinu. Budući da je kvantna fizika na uistinu dramatičan način pokazala da odvojeni protoelementi ne postoje – već samo obrasci u neraspletivoj mreži odnosa – valjalo je mišljenje preusmjeriti prema cjelini. Afirmirajući organsko jedinstvo čovjeka i prirode, nova je paradigma potaknula snažno inovativno vrtloženje koje je potkopalo stare nazore o birokratskoj nadmoći, i označilo pomak od birokratske prema inovativnoj kulturi. Utvrdivši neodvojivost stvari i vrijednosti, holistički je svjetonazor snažno naglasio etičku dimenziju ljudskog djelovanja.

¹⁰ Usp. HÖSLE, Vittorio, *Filozofija ekološke krize. Moskovska predavanja*, (prevela: Darija Domić), Zagreb: Matica Hrvatska, 1996., 87 – 111.

¹¹ “U skladu sa zakonom egoistična gospodarskog djelovanja troškovi se eksternaliziraju gdje god je to moguće, tj. prenose se na druge. To može biti država, vlastiti radnici, vlastito poduzeće, potrošači, sljedeće generacije – obično oni u kojih je otpor najmanji. Pravednost jednostavno nalaže da se ta eksternalizacija zaustavi: troškovi prouzročeni uništavanjem okoliša ne smiju se prebacivati na državu odnosno sljedeće generacije, valja ih natovariti onome tko ih je prouzročio. Cijene roba moraju govoriti istinu: moraju sadržavati troškove koji su nužni za ponovno uspostavljanje prirodnih životnih podloga oštećenih proizvodnjom roba.” HÖSLE, Vittorio, op. cit., 98.

¹² Ekonomisti zajednička dobra tretiraju kao dar prirode, a ne ograničeni resurs čije je iskorištavanje podvrgnuto zakonima ekonomske racionalnosti (zajednička dobra nemaju vlasnika, a ni cijene). Iako je njihova vrijednost/korisnost izvan svake sumnje, ekološko blagostanje nije kapitalizirano, tj. ne tretira se kao proizvodni čimbenik (izuzetak je zemlja, čija je cijena obračunata i iskazana zemljišnom rentom).

ručka" (IV. zakon ekologije).¹³ Idealu poduzetničke autonomije, na kojemu se temelji kapitalistički proizvodni sustav, očito je kompatibilna samo dosljedna primjena načela uzročnika: *tko uništava ili zagađuje okoliš, neka i plati za to.*

Ekonomski instinkti vs. imperativ opstanka

Sa svakim novim čađavim jutrom postaje jasnije da ekonomski etos modernog društva oštro proturječi ekološkim zahtjevima razvoja i opstanka.¹⁴ To, dakako, zvuči banalno, ali je ipak tako: omasovljena industrijska društva rasipno troše neobnovljive zalihe energije i druge strateške potrepštine (poglavito vrijeme, ali i korisno umijeće) o kojima potpuno ovise njihove ekonomije. Viktorijanski bi ekonomisti rekli da sasvim nerazborito uzimaju više od glavnice negoli od prinosa. Uostalom, dovoljno je svrnuti pogled na regulativne postulate koji nadahnjuju to eudemonističko sebenadmašivanje planetarnog samosvršnog gospodarstva:

- a) profit kao temeljna pobuda proizvodnje;
- b) tehnomanično usmjerenje prema dominaciji i neizdiferenciranom gospodarskom rastu (pakleni usud linearnog mišljenja);
- c) neutaživa pohlepa za materijalnim probitkom (s jarošću ispražnjena od čežnje za duhovnošću);
- d) napast prestiža i nadmoći u međusobnim odnosima (mračna konstanta političkog djelovanja i nepobitni dokaz naše moralne nerazvijenosti);
- e) izazovna odsutnost stvarnog htijenja da se spozna prava mjera i dublja međuovisnost svih stvari (najozbiljnija prijetnja našem opstanku i dobrobiti).

Uz takvu radno-proizvodnu logiku, koja zagovara idolatriju profita (čak i onda kad je posve očito da ta pogibeljna stranputica vodi samouništenju), uz tako siromašan doživljaj svijeta¹⁵ i posvemašnji zaborav prirode, budućnost ne može biti ništa drugo doli "vulgarna monolitna klada" (Ernst Bloch), iza koje se skriva ustrašeno lice čovječanstva.¹⁶ Ništa ne može obezazleniti grozomornu spoznaju da je "skidanje čari s prirode" (Max Weber) okončano nadmoću

¹³ Usp. COMMONER, Barry, *The Closing Circle: Confronting the Environmental Crisis*, London: Jonathan Cape, 1973., 33 – 48.

¹⁴ Vidi PRAVDIĆ, Velimir, *Perspektive održivog razvitka. Izbor između ekonomske i ekološke koncepcije*, u: *Ekonomija*, god. II, broj 2, Zagreb: RIFIN, 1996., 339 – 351.

¹⁵ Industrijalizam i ekologizam imaju posve različit doživljaj svijeta. Dok industrijalizam svijet doživljava kao *mehanički sustav i arenu zbivanja svekolike moći*, ekologizam u njemu prepoznaje *organsku cjelinu i veličanstven mozaik oblika*.

¹⁶ Neopisiv osjećaj diluvijalnog straha preplavio je um postmodernog Doriana Graya pred slikom njegove mezokozmičke duše: milijarda gladnih, i tri milijarde siromašnih i bosonogih u životnoj iznudici bez nade i milosrđa; nebrojene žrtve buncajućih intelektualaca zaljubljenih u nasilje leže razasute unaokolo; špekulantski kapital poput virtualne zvijeri lomi kičmu iznurenih gospodarstava; vonj moralnoga bankrota širi se *ad extremas lucernas*.

jalovog nihilizma (veliko Ništa), što se sad samoj racionalnosti upisuje u grijeh (rašireni skepticizam prema umu kao patologija modernog svijeta).¹⁷

Karl Polanyi zacijelo je bio u pravu kad je ustvrdio da je liberalna ekonomija pogrešno usmjeravala naše ideale.¹⁸ Opsjednutost sadašnjošću pokreće korporativni kapitalizam. Tu zapravo nema iole ozbiljnije raščlambe dalje budućnosti.¹⁹ Sudionici nesmiljene tržišne utakmice predviđaju buduća zbivanja na temelju internih modela stvarnosti. Štoviše, golema važnost društvene organizacije – u određivanju kompleksne prirode racionalnosti, (samo)interesa i motivacije – ostala je, nažalost, nepriznata. Treba li onda ikog čuditi što njegovi kratkonogi planeri, propagandisti i burzovni ekvilibristi uglavnom preklinju: *Omogućite nam uvid u sutrašnji dan, a vi slobodno zadržite sve drevne i buduće svjetove!* (Ralf V. Emerson).

Povrh svega, i oni koji su u trajnoj obvezi da nas izvještavaju o “našoj koži” grozničavo traže siguran zaklon od sudioništva u zajedničkoj odgovornosti. Umjesto da pravodobno isporuči svoj puni doprinos (duboke vizije, bespoštedne političke raščlambe, smjerodavne ideje) – politika se zaleđuje oko srži preparirane retorike.²⁰ Nešto se ipak može reći bez opasnosti od pogreške zbog naivnosti ili pretjerivanja. Danas, kad se prošlost udaljila, a budućnost strmoglavila, podanici apsolutne sadašnjosti sve skuplje plaćaju rastuće ne/blagostanje.

Srećom, ekologija se ne miri s postojećim. S punom sviješću o egzistencijalnom značaju biosfere, ekologija nam otkriva jednu drukčiju racionalnost, koja seže dalje od kratkovidne prakse bjesomučnog razaranja prirodnih podloga našeg zajedničkog opstanka.²¹ Dokraja privržena svojoj misiji uspostavljanja

¹⁷ “Kao posljedica krize racionalizma na posljertku se pojavio nihilizam. Kao filozofija ničega, on za ljude našega vremena ima neku izazovnu moć. Njegovi poklonici misle da je istraživanje zatvoreno u sebi samom, a da nije dana nikakva nada ili sposobnost da se dosegne cilj istine. Prema nihilističkom mišljenju egzistencija daje samo obilje osjetilnih i iskustvenih podataka, pri čemu glavnu ulogu ima ono što je prolazno. Iz nihilizma je proizašlo mišljenje kako ne treba držati nikakvu definitivnu obvezu jer je sve ionako nestalno i privremeno.” IVAN PAVAO II., *Fides et ratio*, enciklika, Zagreb: Kršćanska sadašnjost, 1999., 68 – 69.

¹⁸ Vidi POLANYI, Karl, *Velika preobrazba. Politički i ekonomski izvori našeg vremena*, (preveo: Luka Marković), Zagreb: Naklada Jesenski i Turk, 1999.

¹⁹ O problemu kratkog vremenskog obzora planiranja u kapitalizmu vidi THUROW, Lester, *Budućnost kapitalizma. Kako današnje gospodarske snage oblikuju sutrašnji svijet*, (preveo: Zvonimir Baletić), Zagreb: Mate, 1997.

²⁰ Iz tabora novoreformirane ljevice neprekidno pristižu ocvala upozorenja, da bi poduzetnički kapitalizam (preciznije: njegove razularene tržišne sile) trebalo ukrotiti, ograničiti ili sputati državnim intervencijama, kako bi ga učinilo obazrivo i socijalno osjetljivijim, dočim konzervativci iz svih stranaka nastoje iz zlatnih žila dokazati da trebamo više, a ne manje gospodarske slobode (od koje uostalom i ovisi sva vitalnost, i sav dinamizam proizvodnog sustava koji je ostvario planetarnu premoć).

²¹ U bitnim uvjetima svoga opstanka čovječanstvo je isto tako nedjeljivo kao što je nedjeljiva i biosfera. Globalni ekološki izazovi i problemi (iscrpljivanje ozonskog omotača, gubitak biološke raznolikosti, globalno zagrijavanje i klimatska nestabilnost) traže neodgodivu, djelotvornu i multilateralu usaglašenu političku akciju.

nove dinamičke ravnoteže između ekonomskih, društvenih i ekoloških odgovornosti, ona se odlučno suprotstavlja svim zatornicima životnoga tkanja.²² Ukazujući bez prestanka na mizeran položaj što ga priroda zauzima u poretku (neo)liberalne politekonomske ortodoksije, ekologija nastoji zaštititi vitalne interese budućnosti u sadašnjosti, za ljubav onih koji ne mogu zastupati svoje interese.²³

No, budimo stvarni, ozeleniti ekonomiju²⁴ u društvu koje se odlikuje "organiziranom neodgovornošću" (Ulrich Beck) može se mirne duše usporediti s pokušajem da se zrakoplovu promijeni motor u letu. U osnovi, cjelokupna problematika internalizacije ekoloških troškova može poslužiti kao dobra ilustracija opore sociološke zakonitosti koja glasi: *Svaka društvena organizacija spremno prihvaća marginalne korekcije, dok na zahtjeve za strukturnim reformama u pravilu reagira sumnjičavo i birokratski suzdržano*. Obuzdati neizdiferencirani gospodarski rast, demistificirati anarhičnu i sveugrožavajuću potrošnju, obesnažiti tehničke i političke monopole, preusmjeriti proizvodnju k prioritarnim potrebama – to je moguće provesti samo uz korjenite promjene postojećih konfiguracija gospodarske i političke moći.²⁵

Zelena porezna reforma

Zelena porezna reforma opravdano zauzima ponajistaknutije mjesto u arsenalu zelenih formacija. Njezin je smisao u tome da se uspostavi porezno opterećenje na uporabu ograničenih resursa i zagađivanje okoliša, uz istodobno uklanjanje poreznih opterećenja za poželjn(ij)e proizvode i proizvodne

²² Zeleni aktivizam uveo je u političku arenu cijeli niz konceptualnih novina: reflektivniji odnos prema riziku i budućnosti, diskurs globalnosti, etičku dimenziju odnošenja prema prirodi, holizam, održivi razvoj.

²³ Čovjek nije samo izdvojeno biće, koje, neprobojno za tuđi pogled, ustrajava u svojim egoističnim namjerama; naprotiv, on/ona je u stanju iskočiti iz uloge oholog i samoživog rasipnika, i razumnijim dijelom svoje duše poduprijeti sva ona nastojanja koja teže ozbiljenju spasonosne ideje bratstva među ljudima.

²⁴ Ozelenjivanje ekonomije zasniva se na: (a) eliminiranju potencijalno opasnih emisija i proizvodnih postupaka (u skladu s načelom predostrožnosti – *In dubio pro natura*.); (b) izdašnjoj uporabi obnovljivih izvora energije; (c) takvoj proizvodnoj orijentaciji koja ustrajava na kvaliteti i ekoeфикаsnosti (stroži standardi kvalitete, ubrzani razvoj tehnologija čiste proizvodnje, zeleni proizvodi i zelene investicije); (d) pouzdanom sustavu ranog uzbunjivanja uzduž radno-proizvodne linije (od inicijalne zamisli do realizacije proizvoda na tržištu); (e) kvalitetnom informiranju zainteresirane javnosti.

²⁵ "Novi model bogatstva, kojeg karakterizira niska zagađenost, niska potrošnja resursa i energije i nizak stupanj uništavanja zemljišta uz istu ili bolju kvalitetu života, ne izgleda uopće utopijski s tehničkog gledišta. Pitanje koje ostaje jest: može li to biti učinjeno na ekonomski opravdan način, uz postojeću međunarodnu konkurenciju, strukturalnu inerciju našeg sustava i uz razliku u troškovima između održive proizvodnje i proizvodnje koja uključuje ugrožavanje okoliša." WEIZSACKER, Ernst v., *Cijene trebaju pokazati ekološku istinu*, u: *Socijalna ekologija*, Vol. 1, No. 2, 1992., 236.

čimbenike. Kao i sve druge korisne inicijative, i zelena porezna reforma kreće od činjenica koje mogu vrijediti kao sigurne: (1) čist, zdrav i siguran okoliš važan je dio materijalnog životnog standarda svakog čovjeka; (2) tržišne cijene, same po sebi, ne pokazuju ekološku istinu; (3) osvjedočenim zagađivačima treba natovariti dio troškova liječenja zatrovane prirode.²⁶

Iako se u ovoj domeni snažno ispoljava manjak "smisla za moguće" (Robert Musil), danomice raste uvjerenje, da oštro suprotstavljeni interesi industrije i prirode mogu postati komplementarni uz brižljivo planiranje i ravnopravnu suradnju svih zainteresiranih strana. Ovdje je zapravo riječ o tome da se poželjno ekološko djelovanje učini i ekonomski rentabilnim. U ozbiljnim poslovnim i političkim krugovima globalni ekološki izazov sve se više prihvaća kao otvoren prostor novih mogućnosti za gospodarski rast i razvoj. Spoj strožih pravnih propisa, naraslih očekivanja informirane javnosti i sve oštrije konkurencije na tržištu sili gospodarske subjekte da pristanu uz logiku internalizacije ekoloških troškova. Po starom običaju, najveću dozu pribranosti i fleksibilnosti u nastalom metežu ispoljio je krupni biznis, potvrdivši tako Hölderlinovo pjesničko proroštvo, da tamo gdje je pogibelj (globalni rizici i hazardi), raste i ono spasonosno (novi izvori i mogućnosti zarade).²⁷ Ukratko, sve što je dobro za ugroženi okoliš, dobro je i za General Motors.²⁸

Tri su osnovna mehanizma poticanja promjena u smjeru internalizacije ekoloških troškova: propisi i kontrola, samoregulacija i ekonomski instrumenti.²⁹

Država, nesumnjivo najmoćnija politička institucija, najčešće preuzima brigu za zajednička dobra; ona centralizira sve akcije zaštite i očuvanja prirode (apeli, zabrane, proizvodne dozvole, procjene, sanacije, kazne, naknade, kompenzacije, subvencije, porezi, prostorni planovi, tehničke norme i standardi) unutar svog represivnog aparata. Međutim, sve to zahtijeva golema financijska naprezanja, katkada i preko granice izdržljivosti (u gospodarskom, političkom i moralnom smislu). Osim toga, koncept ekološkog keynesijanizma boluje od kroničnog manjka prijeko potrebne fleksibilnosti. Naime, iskustvo pokazuje da se

²⁶ Oporezivanje ne namiče samo novac u državnu blagajnu; ono također reflektira i cjelokupni sustav vrijednosti koje određeno društvo smatra poželjnim i funkcionalnim (pravednija raspodjela bogatstva, zaštita okoliša, djelotvorna javna uprava, mirno rješavanje teritorijalnih sporova, itsl.).

²⁷ Dakle, što se zbija događa kada gospodarstvo profitira od opasnosti koje je samo stvorilo:

- a) nastaju nove industrijske grane koje zapošljavaju milijune ljudi, i čine značajnu izveznu stavku nacionalnih ekonomija;
- b) i bankarski sektor uočava investicijski potencijal s istog naslova: banke i zeleni investicijski fondovi ulažu u zelene investicije (uz niži financijski rizik);
- c) stari profiteri i karijeristi sklapaju nova savezništva;
- d) ekologija postaje hit sa zajamčenim uspjehom.

²⁸ A što, pak, reći o onima koji, unatoč svemu, i dalje vjeruju da se suvremeno političko društvo ne može *istodobno* opredijeliti za vegetarijanstvo i kanibalizam, osim da su beznadno naivni.

²⁹ O tome vidi SCHMIDHEINY, Stephan & Poslovni savjet za održivi razvoj, *Novim smjerom. Globalni poslovni pristup razvoju i okolišu*, (prevela: Ljiljana Šćurić), Zagreb: Društvo za unaprijeđenje kvalitete življenja, 1995., 14 – 33.

administracija sporo prilagođava novim ciljevima i novoj podjeli nadležnosti, pa se blokiraju sve inicijative koje se ne mogu uklopiti u postojeće strukture odlučivanja.³⁰

U duhu svog liberalnog spontaniteta ("laissez faire, laissez passer"), osamostaljeni gospodarski subjekti s iskrenim nepovjerenjem gledaju na paučinstvu dobrohotnost pretile keynesijanske države, pače, oni tvrdokorno vjeruju, da je nametanje gotovih rješenja najsigurniji način da se ugrozi inovativni potencijal gospodarskog sustava. Pobornici neoklasičnih razvojnih strategija rado podcrtavaju činjenicu da ishitreni i beznadno neprecizni propisi što ih donosi država nisu samo ekonomski nedjelotvorni, oni su i najveći krivci za održavanje stanja kakvo je bilo do sada. Njihov je credo simonistički prostodušan: Novac, i ništa drugo doli novac, jedino je oskudno dobro kojim rješavamo sve probleme (što, dakako, uvelike zaoštava pitanje njegove najsvrsishodnije uporabe). Možda je preskupo biti odveć optimističan, ali je još skuplje biti pretjerano pesimističan.³¹

Od svih instrumenata ekološke politike koji su teorijski raspoloživi da bi se premostio jaz internalizacije, po svemu sudeći, najvažniji su oni ekonomski.³² Cijela je zamisao u tome da se izazove promjena cijena resursa, dobara i usluga na tržištu putem nekog oblika državne intervencije koja će utjecati na troškove proizvodnje i/ili potrošnje.³³ Budući da svi natjecatelji napeto oslušuju oscilacije tržišnog mehanizma, ne bez unosnog razloga, priželjkivane promjene u ponašanju ljudi mogu se ostvariti bez većih teškoća.³⁴ Adekvatna primjena

³⁰ "U svijetu u kojemu su poslovne organizacije okretne i hitro odgovaraju na promjene, vlade zaostaju. Naposljetku, izraz 'birokracija', s pratećim konotacijama birokratizma, smišljen je upravo u vezi s vladom. Vladu bi trebalo restrukturirati u skladu s ekološkim načelom 'od manjeg više', ne u tom smislu da se isporučena vrijednost smanjuje, nego poboljšava." GIDDENS, Anthony, *Treći put. Obnova socijaldemokracije*, (prevela: Mirjana Paić Jurinić), Zagreb: Politička kultura, 1999., 77.

³¹ Vidi SIMON, Julian, *The Ultimate Resource*, Princeton, NJ.: Princeton University Press, 1981.; LOMBORG, Bjørn, *The Skeptical Environmentalist: Measuring the Real State of the World*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

³² "Sve veće zanimanje za uporabu ekonomskih instrumenata izazivaju četiri potrebe: potreba za stalnim nagrađivanjem i poticanjem stalnih poboljšanja, potreba za djelotvornijim korištenjem tržišta za postizanje ekoloških ciljeva, potreba i države i poduzeća za nalaženjem ekonomičnijih rješenja pri postizanju tih ciljeva te potreba da se s kontrole zagađivanja prijeđe na njegovo sprečavanje." SCHMIDHEINY, Stephan & Poslovni savjet za održivi razvoj, op. cit., 21.

³³ "Nema neke jasne, općeprihvaćene definicije ekonomskog instrumenta, ali sve postojeće definicije obuhvaćaju uplitanje države u tržište preko mehanizama kao što su porezi i nameti na stvaranje nečistoća, dozvole za ispuštanje nečistoća kojima se može trgovati i kvote resursa, sustavi pologa-povrata (kao kod staklenih boca), obveznice kao nagrada za ekološku djelotvornost, stimulacije za uštedu resursa, diferencijalne cijene (kao kod benzina sa olovom i bez njega), posebne odredbe za amortizaciju te ukidanje subvencija i zapreka tržišnim aktivnostima." SCHMIDHEINY, Stephan & Poslovni savjet za održivi razvoj, op. cit., 22.

³⁴ "Da bi neki ekonomski instrument bio djelotvoran, on mora utjecati na čovjekovo ponašanje. To znači da se mora kretati prema razini praga troškova koja će zagađivače i potrošače prisiliti da promijene svoj izbor proizvodnih procesa odnosno proizvoda koje kupuju." SCHMIDHEINY, Stephan & Poslovni savjet za održivi razvoj, op. cit., 23.

ekonomskih instrumenata na dulji rok donosi nesumnjive prednosti: prvo, potiču se korisne inovacije (što vodi porastu produktivnosti rada i većoj kvaliteti outputa); drugo, ostvaruju se znatne uštede (zagađivačima se prepušta da odrede najprikladniji način postizanja utvrđenih standarda eko-zaštite, bez suvišnog administriranja); i, treće, pružaju se dodatni poticaji oblikovanju novih simbioza između odgovornog političkog vodstva, gospodarskog sektora i znanstvenog pogona (koje su, dakako, usklađene s temeljnim načelima ekološke politike: zagađivač plaća; plati za ono što uzimaš, a ne za ono što stvaraš; oporezuj prekomjernu potrošnju, a ne rad).

Otprije je poznato da se poreznom politikom, osim fiskalnih, mogu, i trebaju, ostvarivati i drugi poželjni ciljevi. Drastično pogoršanje uvjeta životnoga prostora na Zemlji, praćeno snažnim pritiskom obavještene javnosti, izbacilo je u prvi plan potrebu *ekologiziranja suvremenih poreznih sustava*. Iznimna sposobnost ljudi da donesu razumne odluke o vlastitoj budućnosti ponovno je stavljena na ozbiljnu kušnju. Jer, riječ je o izboru između zdrave ekonomske računice (sve što se može matematički precizno izračunati)³⁵ i neumoljivog zakona neželjenih posljedica (sve što se ne može predvidjeti, a kadšto niti zamisliti)³⁶. Zato što tržišne cijene, same po sebi, ne pokazuju ekološku istinu, zadaća je ekoloških poreza da iskažu stvarne troškove, odnosno punu cijenu proizvodne ili uslužne aktivnosti koja može imati štetne učinke po okoliš, a samim tim i po zdravlje i sigurnost ljudi. Zeleni porezi trebaju *per quod* obuhvatiti određene emisije (uglikovog dioksida, sumpornog dioksida, dušikovog oksida), komunalni otpad, nuklearnu energiju, benzin, fosilna goriva (za grijanje), određene kemikalije (kamdij, živa, klor), betoniranje tla, itsl.

Ovaj širokopojasni ekonomski instrument, velike snage usmjeravanja, najbolje rezultate postiže unutar ovih preporučenih vrijednosti:

1. (jasnoća³⁷): Ekološki ciljevi zelene porezne reforme moraju biti realni, uvjerljivi i precizno utvrđeni, a zainteresirana javnost mora biti pravodobno i iscrpno obaviještena.
2. (razboritost): Ekološke poreze treba uvoditi postupno, i uz primjerenu dozu opreza, bez imalo neznačajke nasilnosti. Pritom treba voditi računa o gospodarskim, ekološkim, demografskim, bioregionalnim, etnokulturnim, psihosocijalnim i subpolitičkim zadatostima i usmjerenjima. Naime, svaka loše odmjerena akcija, poduzeta nesmotreno, olako, ili s lošom namjerom,

³⁵ Nije tajna da za moderni senzibilitet nikakvo dokazivanje ne vrijedi koliko vrijedi broj. Danas, međutim, za apsolutiziranje matematičke metode i matematičke istine ima manje povoda no ikad. Naime, novija dostignuća kvantne fizike vraćaju matematiku na izvorište pitagorejske mistike. O novoj neprozirnosti svijeta možda ponajbolje svjedoči ovaj aforizam Alberta Einsteina: "U onoj mjeri u kojoj se zakoni matematike odnose na stvarnost, oni nisu sigurni, a u onoj mjeri u kojoj su sigurni, oni se ne odnose na stvarnost."

³⁶ Vidi MATUTINOVIĆ, Igor, Razvojna politika u Hrvatskoj: s gledišta održivog razvoja i bionomike, u: *Ekonomija*, god. II, broj 2, Zagreb: RIFIN, 1996., 289 – 306.

³⁷ U društvima modernizirane prevare, u kojima i "lašci lašce nazivaju lašcima" (Peter Sloterdijk), zahtjev za jasnoćom mora biti prvo uporište.

može prouzročiti vrlo ozbiljne probleme, u rasponu od gubitka stanovitih konkurentskih prednosti na integriranom svjetskom tržištu i gašenja radnih mjesta, pa sve do pada državne autoriteta.³⁸

3. (pravednost): Ekološki porezi moraju se kompenzirati poreznim olakšicama na drugim područjima, u skladu s načelom fiskalne neutralnosti³⁹, da se ne bi zagušila proizvodnja (kompatibilnost sa zdravim gospodarstvom uvijek je presudan kriterij u politici okoliša). Tamo gdje ekološki porezi djeluju regresivno, nužna je primjena kompenzacijskih mjera. Predvidive socijalne nepravde moguće je ublažiti tako da se poveća neoporezivi dio dohotka (egzistencijalni minimum) ili pak snize stope već uvedenih posrednih poreza (poreza na promet, poreza na dodanu vrijednost). U načelu, svaki sustav novčanog procjenjivanja koji nije korigiran fiskalnom redistribucijom i arbitražom konflikta djeluje samo u korist bogatih.
4. (jednostavnost): Ekološki porezi moraju biti jednostavni da ih financijski službenici mogu primijeniti bez teškoća.
5. (čvrstoća): Za opseg ostvarenih prihoda relevantna je i mogućnost porezne evazije.⁴⁰ Zato treba voditi računa da se obveza njihovog plaćanja ne može lako izbjeći.
6. (prilagodljivost): Važan element svake strategije eko-zaštite njezina je prilagodljivost, kako ukupnoj gospodarskoj dinamici, tako i tempu ekoloških promjena. Uvijek valja težiti tome da se priželjkivana snaga usmjeravanja postigne uz što manje štetne posljedice, kad god je to moguće. Dobrovoljno ograničavanje emisije ugljikovog dioksida prije uvođenja ekološkog poreza (Švicarska) i učinak "ekološkog signala" pri uvođenju poreza na energiju mogu poslužiti kao dobra ilustracija ove teze.
7. (vjerodostojnost): Utvrđivanje optimalne visine ekološkog poreza i prikladnog izbora poreznog obveznika osjetljivo je pitanje. Visina ekoloških poreza ne smije se utvrđivati arbitrarno ili pod lobističkim pritiscima. Uostalom, i sama procjena opravdanosti i mogućnosti uvođenja ekoloških poreza, kao i postupak utvrđivanja njihove optimalne visine, traži velika financijska naprezanja (uključen je velik broj javnih službenika, širok krug stručnjaka, predstavnici nevladinih organizacija i svenazočni lobisti različitih interesnih

³⁸ Koristeći svoje ustavom zajamčeno pravo na slobodu informacija, porezni obveznici često svojim vladama upućuju vrlo oštroumna pitanja, primjerice: Kako to da nam "malo povećanje poreza" odnese 200 dolara, a "veliko porezno rasterećenje" donese samo 30 centi?

³⁹ "Pri uvođenju ekološkog poreza mora se voditi računa o tome da se poštuje načelo fiskalne neutralnosti. Pod fiskalnom neutralnošću razumijeva se osiguranje postojeće razine poreznog opterećenja pri uvođenju novog poreza u sustav. To se načelo ostvaruje smanjenjem prihoda, tj. poreznog opterećenja neekoloških poreza (poreza na dohodak, poreza na dobit, i sl.), u mjeri u kojoj se porezno opterećenje povećava kao posljedica uvođenja novog poreza. Načelo fiskalne neutralnosti smatra se osnovnim načelom koje pri ekologizaciji poreznih sustava treba poštovati." LONČARIĆ-HORVAT, Olivera, Okoliš s poreznopravnog stajališta, u: LONČARIĆ-HORVAT, Olivera (et al.), *Osnove prava okoliša*, Zagreb: Organizator, 1997., 240 – 241.

⁴⁰ O tome vidi: JELČIĆ, Božidar, *Financijsko pravo i financijska znanost*, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb: Informator, 1998., 190 – 196.

- skupina), a kamoli svi oni troškovi održavanja glomaznog aparata porezne administracije (zaduženog za uvođenje, ubiranje i kontrolu).
8. (solidarnost): Neumivena je istina da se uspješna zelena porezna reforma ne može izvesti u jednoj jedinoj zemlji. Drugim riječima, mora postojati odgovarajući stupanj međunarodne usklađenosti. Štiteći svoje vlastito ekološko blagostanje, hiperindustrializirane zemlje uvode sve veći broj standarda, propisa i ekonomskih instrumenata za internaliziranje ekoloških troškova, a ubrzani transfer eksternih diseconomija iz zemalja s višim standardima očuvanja okoliša i jačom prisilom internalizacije ekoloških troškova u one s manjim stupnjem regulacije pothranjuje opravdanu bojazan da bi ekološki napredak mogao (p)ostati monopolom bogatih zemalja.⁴¹ Ne bi bilo ni pravedno ni ekonomski opravdano prisiljavati zemlje u razvoju da odmah snose pune troškove prilagodbe strogim međunarodnim ekološkim standardima u razdoblju kada su suočene s velikim socijalnim troškovima neoliberalne tranzicije.
 9. (svrsishodnost): Puna korist od uvođenja ekoloških poreza ostvarit će se tek onda kad se tako stečeni prihodi usmjere na konkretne projekte ekološkog istraživanja i razvoja (da tehnologija bude što pouzdanija, sigurnija i kvalitetnija).
 10. (odgovornost): Unatoč našem velikom pouzdanju u znanost⁴², konačna je odluka do same srži – politička.

Međutim, za postizanje optimalne djelotvornosti (bez koje nije moguć prijelaz s terapije na prevenciju u zaštiti okoliša) nužna je korjenita promjena na mikroekonomskoj razini. Drukčije kazano, prijeko je potrebno osnažiti potrebu poduzeća za novom samodefinicijom, ovoga puta u novom ekološkom okviru.⁴³ Siguran izlaz iz labirinta lažnih potreba i socijalnog ugnjetavanja nezamisliv je bez pouzdanih smjerokaza nove poslovne kulture koja potiče ekofikasnost. Udžbenički kazano, *eko-efikasnost* zasniva se na kudikamo strožem određenju odgovornosti gospodarskih subjekata za učinke svojih djelovanja: da u proizvod i/ili uslugu unesu što više dodane vrijednosti, trošeći pritom sve manje resursa i stvarajući sve manje otpada.⁴⁴ Uvođenje ekoloških inovacija (ekološka revizija, interno poduzetništvo), partnerstvo s umjerenim ekološkim

⁴¹ U skupini država koje su daleko odmakle u ekologizaciji svog poreznog sustava nalaze se Danska, Finska (prva je uvela porez na emisiju ugljikovog dioksida), Nizozemska, Norveška i Švedska. Ekološke poreze u nešto manjem opsegu primjenjuju i Austrija, Njemačka, Francuska, Belgija i Švicarska.

⁴² Od znanosti se radi fetiš, od nje se uopće previše zahtijeva i očekuje, puno više nego što znanost mirne duše i čiste savjesti može pružiti. O tome vidi GADAMER, Hans-Georg, *Nasljeđe Europe*, Zagreb: Matica Hrvatska, 1997.

⁴³ O tome vidi ELKINGTON, John, *The Green Capitalists: Industry's Search for Environmental Excellence*, London: Gollancz, 1987.

⁴⁴ Usp. MATUTINOVIĆ, Igor, *Ekološka efikasnost i poslovne strategije (projekt "Hrvatska i održivi razvoj")*, Zagreb: Društvo za unaprijeđenje kvalitete življenja, 2000.

grupama i lokalnim zajednicama, pojačani oprez pri odabiru dobavljača, djelotvorno iskorištavanje resursa⁴⁵ (recikliranje i suproizvodnja), uštede energije⁴⁶, pravodobno i kvalitetno informiranje potrošača – sve to doprinosi većoj eko-efikasnosti poduzeća.

I Hrvatska mora, poput ostalih tranzicijskih zemlja, stvoriti nužne institucionalne pretpostavke za uspješnu provedbu ekološke porezne reforme: mora osigurati političku i makroekonomsku stabilnost (ključne varijable povoljne investicijske klime), mora dosljedno štiti vladavinu prava⁴⁷, mora uspostaviti prikladne oblike tehnološke suradnje (osobito dugoročna partnerstva), mora osjetno povećati djelotvornost javnog i stručnog upravljanja raspoloživim resursima (sustavno uvođenje najsuvremenije informacijske tehnologije, kudikamo stroži standardi obrazovanja i stručne izobrazbe stanovništva). Ukratko, Hrvatska mora dopustiti da razigrano znanje, taj “najdemokratskiji izvor moći” (Alvin Toffler), blagotvorno natopi njezin ožegli i ispućali socijalni sklop.⁴⁸

Otužna razvojna pozicija hrvatskih poduzeća u sebi sadrži vjeran zapis svih nedaća koje su pogodile ovaj društveni prostor na izmaku drugog tisućljeća: svi užasi rata (izgubljeni životi, stravična razaranja, posvemašnja stagnacija), paklene magle zločina, groznica čistog identiteta (šovinizam i nacionalna netrpeljivost, malograđanski ostrakizam), retrofeudalni model pretvorbe i privatizacije (razbijanje socijalne kohezije), globalizacijska agenda (umrežene oligarhije, digitalna fraktura, deregulacija, monokultura). Izvještaj Svjetskog gospodarskog foruma⁴⁹ o globalnoj konkurentnosti za 2004. – 2005. potvrđuje sve veće zaostajanje hrvatskoga gospodarstva – od tranzicijskih zemalja iza Hrvatske nalaze se samo Makedonija, Srbija i Crna Gora, te Bosna i Herce-

⁴⁵ Tko ništa ne trati, taj ništa ne treba.

⁴⁶ “Najnapredniji novi proizvodni procesi čak obuhvaćaju koncepciju elektronskih zaliha – čuvanje proizvoda u digitalnom obliku tako da se oni mogu brzo i precizno proizvesti od metala ili plastike kad god distribucijska mreža osjeti potrebu za nekim tipom, stilom ili veličinom. Ušteda od ukidanja zaliha je golema i ilustrira konvergenciju trendova koja može preobraziti naše djelovanje na okoliš a da ne ošteti ono što smatramo našim standardom življenja.” GORE, Al, *Zemlja u ravnoteži. Ekologija i ljudski duh*, (prevela Ljiljana Šćurić), Zagreb: Mladost, 1994., 252.

⁴⁷ “Oblik vladavine u kojoj se vlast može provoditi isključivo u skladu s procedurama, načelima i ograničenjima sadržanima u zakonu, i u sklopu koje svaki građanin može dobiti zadovoljštinu od bilo kojega drugoga građanina, bez obzira na to koliko je ovaj moćan, te od samih državnih službenika, za svaki čin koji predstavlja povredu zakona.” SCRUTON, Roger, *Rječnik političke misli*, London: Macmillan, 1996., 489. Citirano u: THATCHER, Margaret, *Državničko umijeće. Strategije za svijet koji se mijenja*, (preveli: Andrea Kovačić i Damir Žugec), Zagreb: Školska knjiga, 2004., 360.

⁴⁸ “Ništa ne može biti gluplje od isključivanja neke pojave iz razmatranja samo zato što mi u nečem takvom ne umijemo sudjelovati”. U tim riječima Williama Jamesa krije se neiscrpna pouka u smislu razbuđivanja rasudne moći pojedinca i osnaživanja autorefleksivnosti cjelokupnog sustava. Samo duhovno i naukovno spremni pojedinci i ustanove mogu integrirati i razočaranje kao stvaralački impuls u trajnom nastojanju za obnovom i povećanjem individualnog i društvenog blagostanja i organskog jedinstva zajednice.

⁴⁹ Svjetski gospodarski forum je neovisna i neprofitna organizacija koja ima status konzultativne nevladine udruge unutar Ekonomskog i socijalnog vijeća Ujedinjenih naroda.

govina, dok su Rumunjska i Bugarska znatno ispred.⁵⁰ Neučinkovita javna uprava, tehnološka zaostalost, neodgovarajuće obrazovana radna snaga, korupcija i otežan pristup financijskim izvorima i dalje predstavljaju najozbiljnije prepreke porastu konkurentnosti hrvatskoga gospodarstva.

Zaključak

Glavinjajući po bespućima tehnički dovršenog svijeta, napokon uviđamo da ne možemo stupiti u emotivne odnose – do kojih nam je silno stalo – s apstraktnim i mehaničkim objektima. Kad je znanje roba, sućut je slabost, a neutješna praznina gnijezdi se u varljivom obilju. Kad je profit određujuća pobuda proizvodnje, egoizam je vladajuće načelo dnevne pragmatike, a (samo)ubilačka rezignacija jedina realnost oskrvnutog života.

Plaćanje pune cijene za iskorištavanje svih blagodati prirode ne može se izbjeći; može se jedino odgoditi – no, planetarno rasplamsavanje ekološke krize zorno nam pokazuje koliko strašne mogu biti posljedice daljnjeg zanemarivanja te obveze. Ekološki dug mora biti podmiren, a fiskalna politika i politika zaštite okoliša moraju se međusobno podupirati. Naposljetku ipak moramo prihvatiti činjenicu da se poželjni ciljevi ekološke politike mogu ostvariti samo uz dalekosežne promjene u strukturi suvremenih gospodarstva.⁵¹

Sada trebamo nove konfiguracije odvažnosti (ponajprije u politici) radi postizanja dugoročne održivosti vitalnih društvenih uređaja (na samooslanjajućoj osnovi) – i obnove povjerenja u širi smisao ljudskog obogaćenja.⁵² Potrošač našeg doba, taj infantilni *prodigus*, mora razmišljati o okolišu u neusporedivo širem okviru no što je to običavao činiti ranije – ne samo iz *tupoga kuta* ekonomske utilitarnosti, nego iz *pravoga kuta* prirode kao takve, u kojoj on/ona gospodarski, socijalno i moralno djeluje i preživljava.⁵³ Želimo li izbjeći

⁵⁰ "Finska najkonkurentnija, Hrvatska na 61. mjestu", *Slobodna Dalmacija*, 14. listopada, 2004, str. 11.

⁵¹ "Prema sustavnom će gledištu neka ekonomija, poput svih živih sustava, biti zdrava, ukoliko se nalazi u stanju dinamičke ravnoteže, koju karakteriziraju neprestane fluktuacije njezinih varijabla. Da bi se takav zdrav ekonomski sustav stvorio i održao, bitno je, da se sačuva ekološka fleksibilnost naše prirodne okoline, kao i da se stvori društvena fleksibilnost, koja je potrebna za prilagođavanje promjenama u okolini." CAPRA, Fritjof, *Vrijeme preokreta. Znanost, društvo i nastupajuća kultura*, (prevela: Lada Srzentić), Zagreb: Globus, 1986., 458.

⁵² "Uspostavljanje ravnoteže i fleksibilnosti u našoj ekonomiji, tehnologijama i društvenim ustanovama bit će moguće samo ako bude praćeno dubokom promjenom vrijednosti. Protivno uobičajenom vjerovanju, vrijednosni sustavi i etika nisu sporedni za znanost i tehnologiju, već čine njihovu osnovu i pokretnu silu. Stoga će pomak prema uravnoteženom društvenom i ekonomskom sustavu zahtijevati odgovarajući pomak vrijednosti – od samopotvrđivanja i natjecateljstva prema suradnji i socijalnoj pravdi, od ekspanzije prema očuvanju, od materijalnog bogaćenja prema unutrašnjem razvoju. Oni, koji su počeli raditi na tom pomaku, otkrili su, da on ne sputava, već, naprotiv, da oslobađa i obogaćuje." CAPRA, Fritjof, op. cit., 463.

⁵³ Vidi KALANJ, Rade, *Moderno društvo i izazovi razvoja*, Zagreb: Hrvatsko sociološko društvo, Zavod za sociologiju Filozofskog fakulteta u Zagrebu, 1994., 20 – 21.

zlu kob kralja Mide (skapao je zato što mu se obistinila želja da sve što dotakne pretvori u zlato), moramo kudikamo efikasnije i produktivnije *čuvati* blagodati prirode (kao miroljubivi domaćini), a nipošto ih prekomjerno *eksploatirati* (kao osioni i ratoborni osvajači).⁵⁴

Istom cilju služi i zelena porezna reforma. Dapače, možemo s velikom sigurnošću reći da udarac po džepu može navesti svakog od nas da spoznaju o ograničenosti prirodnih i društvenih resursa ugradimo u proces donošenja naših svakodnevnih odluka. U svakom slučaju, bez odgovarajuće transformacije naših životnih navika, vrijednosti i opredjeljenja neće biti moguće iznova uspostaviti narušenu sinergiju između neto ekonomskog blagostanja⁵⁵, društvene kohezije i političke slobode.⁵⁶ Tada će i novac doći u blagotvorni dodir s istinskim ljudskim potrebama.

Literatura

1. BOURG, Dominique, "Droits de l'homme et écologie", *Esprit*, 10, 1992., 80 – 94.,
2. CALDWELL, Lynton, The Coming Polity of Spaceship Earth, in: R. T. ROELOFS, J. N. CROWLEY, D. L. HARDESTY (eds.), *Environment and Society*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1974.
3. CAPRA, Fritjof, *Vrijeme preokreta. Znanost, društvo i nastupajuća kultura*, (prevela: Lada Srzentić), Zagreb: Globus, 1986.
4. COMMONER, Barry, *The Closing Circle: Confronting the Environmental Crisis*, London: Jonathan Cape, 1973.
5. ELKINGTON, John, *The Green Capitalists: Industry's Search for Environmental Excellence*, London: Gollancz, 1987.
6. GADAMER, Hans-Georg, *Nasljeđe Europe*, Zagreb: Matica Hrvatska, 1997.
7. GIDDENS, Anthony, *Treći put. Obnova socijaldemokracije*, (prevela: Mirjana Paić Jurinić), Zagreb: Politička kultura, 1999.
8. GORE, Al, *Zemlja u ravnoteži. Ekologija i ljudski duh*, (prevela: Ljiljana Šćurić), Zagreb: Mladost, 1994.
9. HÖSLE, Vittorio, *Filozofija ekološke krize. Moskovska predavanja*, (prevela: Darija Domić), Zagreb: Matica Hrvatska, 1996.
10. IVAN PAVAO II, *Centesimus Annus*, enciklika, (preveo: Vjekoslav Bajsić), Zagreb: Kršćanska sadašnjost, 1991.

⁵⁴ Nipošto nije lako razum naš svagdanji, rutinama osiguran od odviše solidarnih misli, uplesti u raspravu o tome.

⁵⁵ "Neto ekonomsko blagostanje (NEW) je prilagođena mjera ukupnog nacionalnog proizvoda koja uključuje samo one stavke potrošnje i investicija koje izravno doprinose ekonomskom blagostanju." SAMUELSON, Paul, NORDHAUS, William, *Ekonomija*, 14. izdanje, Zagreb: Mate, 1992., 430.

⁵⁶ "Suvremeni čovjek mora na neki način postati bolji nego što jest: to nije savjet utopijskog idealizma, to je savjet za preživljavanje." CALDWELL, Lynton, The Coming Polity of Spaceship Earth, in: R. T. ROELOFS, J. N. CROWLEY, D. L. HARDESTY (eds.), *Environment and Society*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1974., 262.

11. JELČIĆ, Božidar, *Financijsko pravo i financijska znanost*, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb: Informator, 1998.
12. KALANJ, Rade, *Moderno društvo i izazovi razvoja*, Zagreb: Hrvatsko sociološko društvo, Zavod za sociologiju Filozofskog fakulteta u Zagrebu, 1994.
13. LOMBORG, Bjørn, *The Skeptical Environmentalist: Measuring the Real State of the World*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
14. LONČARIĆ-HORVAT, Olivera, Okoliš s poreznopravnog stajališta, u: LONČARIĆ-HORVAT, Olivera (et al.), *Osnove prava okoliša*, Zagreb: Organizator, 1997., 227 – 262.
15. MATUTINOVIĆ, Igor, Razvojna politika u Hrvatskoj: s gledišta održivog razvoja i bionomike, u: *Ekonomija*, god. II, broj 2, Zagreb: RIFIN, 1996., 289 – 306.
16. MATUTINOVIĆ, Igor, *Ekološka efikasnost i poslovne strategije (projekt "Hrvatska i održivi razvoj")*, Zagreb: Društvo za unaprijeđenje kvalitete življenja, 2000.
17. POLANYI, Karl, *Velika preobrazba. Politički i ekonomski izvori našeg vremena*, (preveo: Luka Marković), Zagreb: Naklada Jesenski i Turk, 1999.
18. PRAVDIĆ, Velimir, Perspektive održivog razvitka. Izbor između ekonomske i ekološke koncepcije, u: *Ekonomija*, god. II, broj 2, Zagreb: RIFIN, 1996., 339 – 351.
19. SAMUELSON, Paul, NORDHAUS, William, *Ekonomija*, 14. izdanje, Zagreb: Mate, 1992.
20. SCHMIDHEINY, Stephan & Poslovni savjet za održivi razvoj, *Novim smjerom. Globalni poslovni pristup razvoju i okolišu*, (prevela: Ljiljana Šćurić), Zagreb: Društvo za unaprijeđenje kvalitete življenja, 1995.
21. SCRUTON, Roger, *Rječnik političke misli*, London: Macmillan, 1996.
22. SIMON, Julian, *The Ultimate Resource*, Princeton, NJ.: Princeton University Press, 1981.
23. SKOLIMÓVSKI, Henryk, *Eco-Philosophy*, London: Marion Boyars, 1981.
24. THATCHER, Margaret, *Državničko umijeće. Strategije za svijet koji se mijenja*, (preveli: Andrea Kovačić i Damir Žugec), Zagreb: Školska knjiga, 2004.
25. THUROW, Lester, *Budućnost kapitalizma. Kako današnje gospodarske snage oblikuju sutrašnji svijet*, (preveo: Zvonimir Baletić), Zagreb: Mate, 1997.
26. WEINBRENNER, Peter, Budućnost ne dolazi sama od sebe – osiguravanje i oblikovanje budućnosti kao politička zadaća, u: *Socijalna ekologija*, Vol. 2, No. 2, 1993., 307 – 314.
27. WEIZSACKER, Ernst v., Cijene trebaju pokazati ekološku istinu, u: *Socijalna ekologija*, Vol. 1, No. 2, 1992., 233 – 241.

Summary

GREENING THE ECONOMY: ECOLOGICAL TAXES

Throughout the world, and not only in ecological circles, there is a growing realization that neoliberal economy is not capable of finding a sure path towards man. Its vocabulary is defiantly unimaginative, while fragmented information can easily evade reasonable social aims. The well developed crisis of the meaning of human existence is constantly searching for new courageous profiles. Stealing from nature, unpunished and cheap approach – is long over. The author shares the optimism of those who consider that the green tax reform can be an effective means of renewing individual and social disciplines in the battle for participation in the future.

Key words: neoliberalism, ecological taxes, eco-efficiency, sustainable development.

Zusammenfassung

BEGRÜNUNG DER WIRTSCHAFT: ÖKO-STEUERN

Weltweit, und dies nicht nur in ökologistischen Kreisen, wächst die Erkenntnis, dass die neoliberale Wirtschaft nicht in der Lage ist einen sicheren Weg Richtung Mensch zu finden. Ihr Vokabular ist provokatorisch phantasielos, und das zerbröselte Wissen kann leicht vernünftigen gesellschaftlichen Zwecken entfliehen. Die fortgeschrittene Krise des Sinns der menschlichen Existenz sucht überall nach neuen Profilen des Mutes. Ungestraft und billig die Natur zu berauben – das ist vergangene Zeit. Der Autor teilt den Optimismus derjenigen, die denken, dass die grüne Steuerreform ein Mittel sein kann zur Erneuerung der individuellen und gesellschaftlichen Disziplin im Kampf an der Zukunft teilzunehmen.

Schlüsselwörter: Neoliberalismus, Öko-Steuern, Öko-Wirksamkeit, erhaltbare Entwicklung.

Sommario

RINVERDIMENTO DELL'ECONOMIA: IMPOSTE ECOLOGICHE

Per tutto il mondo, e non solo nei circoli ecologisti, esiste una crescente convinzione che l'economia neoliberale non è capace di trovare un percorso sicuro per l'umanità. Il suo vocabolario è di sfida senza immaginazione, mentre l'informazione frammentata può facilmente evadere gli scopi sociali ragionevoli. La ben sviluppata crisi del significato dell'esistenza umana è costantemente alla ricerca di nuovi coraggiosi profili. È finito il tempo dell'approccio costoso e impunito di saccheggio della natura. L'Autore condivide l'ottimismo di coloro che considerano che la riforma dell'imposta verde possa essere uno strumento effettivo di rinnovamento della disciplina individuale e sociale nella battaglia per la partecipazione al futuro.

Parole chiave: neoliberalismo, imposte ecologiche, eco-efficacia, sviluppo sostenibile.

UGOVOR O DAROVANJU NEKRETNINE DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA - POBIJANJE PAULIJANSKIM TUŽBAMA, NASLJEDNOPRAVNI I POREZNOPRAVNI ASPEKTI¹

Dr. sc. Ante Perkušić, sudac
Blanka Ivančić, sutkinja
Županijski sud u Splitu

UDK: 347.472
Ur.: 30. kolovoza 2005.
Pr.: 25. listopada 2005.
Pregledni znanstveni članak

U ovom radu pokušalo se na prikladan način, uz puno poštivanje kako znanstvenog pristupa tako i postojeće potrebe sudske prakse, prikazati regulativu novog Zakona o obveznim odnosima (NN 35/05.) na području ugovora o darovanju nekretnine, kao područja koje do sada uopće nije bilo regulirano pozitivnim pravom, nego su se primjenjivala odgovarajuća pravna pravila koja je sadržavao OGZ. Autori su pokušali prikazati značenje problema, povijesni razvitak i vrste ugovora, uključujući i ono što se često zanemaruje, a to je porezni vid nekog ugovora. Također su se bavili pitanjem tumačenja, koje je za besplatna raspolaganja uopće dosta specifično, te primjenom paulijanskih tužbi i nasljednopravnim institutom, collatio bonorum. Naznačeno je i teorijski i praktično jako intrigantno pitanje darovanja u korist poslovno nespособne osobe.

Ključne riječi: ugovor, darovanje, besplatno raspolaganje.

1. Uvod

U praksi je pravni promet bez naknade vrlo česta pojava, u prvom redu između bliskih srodnika, ali ni u kojem slučaju samo između njih. Radi se o besplatnim raspolaganjima unutar kojih (kao rodnog ili šireg pojma) ugovor o darovanju (sa svim svojim modalitetima) zauzima apsolutno najznačajnije

¹ Stvarnopravni aspekt ugovora o darovanju nekretnine, Ante Perkušić, Ugovor o darovanju nekretnine, u: Nekretnine kao objekti imovinskih prava, Narodne novine, Zagreb, lipanj 2005., str. 129.-149.

mjesto. U širem pojmu darovanja prema nizu kriterija (npr. prosječna vrijednost prometa, ograničenja za određene subjekte koji stječu²...) posebno i svakako najznačajnije³ mjesto ima ugovor o darovanju čiji je predmet nekretnina. Iako se radi o pravnom institutu koji svakako pozitivno djeluje na bliskost ugovornih strana, posebno i članova obitelji,⁴ to je istodobno i institut koji se izuzetno često zlorabi za oštećenje vjerovnika u najširem značenju toga pojma, od klasičnih vjerovnika preko nasljednika pa sve do države,⁵ što konačno može vrlo negativno djelovati po pravnu sigurnost i vladavinu prava kao temelje pravne države. To dovodi, odnosno može dovesti do spornosti *sui generis* cijelog instituta, makar je isti prihvaćen praktično u svim pravima svijeta.

Ovaj tekst se posebno bavi ugovorom o darovanju nekretnina, ali po naravi stvari to znači i bavljenje općim odredbama koje se odnose i na nekretnine i na pokretnine i na prava, naravno osim ako je u nekom dijelu posebno određeno drukčije. Neposredni povod i izravni predmet ovog teksta je Zakon o obveznim odnosima,⁶ koji stupa na snagu 1. siječnja 2006. (zato se radi o rješenju *de lege ferenda*⁷) i koji je propisao relativno dug *vacatio legis* koji bi trebao poslužiti da se svi oni koji će ga na bilo koji način primjenjivati što bolje upoznaju s njegovim rješenjima, ali i da se što prije ukaže na moguće loša rješenja, pored ostalog i tekstovima u stručnim i znanstvenim publikacijama, istupima na stručnim i znanstvenim skupovima. Za razumijevanje i kritički osvrt na ta rješenja *condicio sine qua non* svakako je temeljit uvid u sve ono što se događalo prije toga s tim pravnim institutom, kao i ono što se i sada događa u stranim pravima, posebno onima koja su nam bliska. Pri tome je u analizi vrlo značajan postupak tumačenja pravnih normi, koji je toliko bitan i toliko složen da neki vladanje istim čak smatraju ključnim za razlikovanje pravnika od nepravnika, stručnjaka od nestručnjaka.

U ovom tekstu pokušali smo prikazati i onaj do postojeće sudske prakse⁸ koji je, po našem sudu, prikladan za primjenu i nakon stupanja na snagu ZOO/05 jer

² Npr. za strance, za pripadnike određenih skupina u nekim pravnim sustavima (tzv. siromaški redovi u crkvenom pravu).

³ Prema broju, prema vrijednosti, prema učestalosti, prema socijalnom učinku ... (iako još uvijek nema pravog znanstvenog istraživanja na ovu temu, navedeno se može prihvatiti kao gotovo notorna činjenica).

⁴ Činjenica da su različiti uvjeti i učinci darovanja među bliskim srodnicima (prema zakonskom i općeprihvaćenom kriteriju bliskosti krvnih srodnika i nekih pravnih ili civilnih srodnika) od darovanja između osoba koje nisu bliske sigurno potiče dobre odnose unutar obitelji u najširem smislu toga pojma.

⁵ Npr. u smislu oštećenja proračuna neplaćanjem poreza i sl.

⁶ ZOO je objavljen u NN 35/2005. i stupa na snagu (osim u nekim dijelovima o kamatama gdje je *vacatio legis* duži za dvije godine) 1. siječnja 2006. (nastavno: ZOO/05.)

⁷ U užem smislu toga pojma, upitno je radi li se o nečem što bi spadalo u *de lege lata* ili u *de lege ferenda*, jer iako još nije u primjeni, ipak je već donesen i svima su poznate i dostupne sve njegove odredbe.

⁸ Jedan dio smo citirali, a upućujemo i na vrijedan izbor sudskih odluka objavljen u: Đ. Sessa, Ugovor o darovanju, Zakon o obveznim odnosima, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 155.-164. (17 rješidbi različitih sudova).

se radi o malo ili niti malo promijenjenim pravnim normama ili pak o sudskim odlukama koje se analogijom mogu koristiti i na pravno promijenjenu situaciju.

2. Pravna vrela

Kao i glede bilo kojeg drugog pravnog pitanja, i glede ugovora o darovanju temeljno pravno vrelo je svakako Ustav Republike Hrvatske.⁹ S obzirom na to da se radi o području ugovornog prava, pravno vrelo je i Zakon o obveznim odnosima,¹⁰ a s obzirom na to da je ugovor samo titulus (ali ne i modus) stjecanja knjižnih prava, pravno vrelo su i Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima¹¹ i Zakon o zemljišnim knjigama.¹² Značenje pravnog vrela ima i svaki drugi propis (kako zakonske, tako i podzakonske razine) koji se bilo izravno bilo neizravno bavi bilo pitanjima ugovora.

Pravni izvor su i međunarodni ugovori, međunarodni akti koji obvezuju Republiku Hrvatsku i za slučaj ispunjenja Ustavom utvrđenih uvjeta (ratificiranje i objava) imaju nadzakonsku snagu.¹³ Vrlo je značajno naglasiti ulogu pravne znanosti (koja djeluje snagom argumenta) kao (makar i neformalnog) izvora prava, poglavito u slučaju pitanja kao što je tumačenje u pravu,¹⁴ što je neka vrsta pravne stečevine uopće, dakle na neki način iznad neke konkretne pravne norme i iznad ograničenja koja predstavljaju granice država i regija. Potrebno je naglasiti i ulogu sudske prakse kao pravnog vrela, koja je utvrđivala i utvrđuje i dalje brojna pravila koja su daleko nadmašila značenje konkretnog slučaja u kojem su nastala. Pri tome treba naglasiti da sudska praksa, za razliku od pravne znanosti, djeluje i snagom argumenta i argumentom snage, s obzirom na to da viši sudovi neizravno nameću svoje pravne stavove nižima.¹⁵

⁹ Ustav Republike Hrvatske (NN 56/90., 135/97., 8/98. - pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. - pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. - pročišćeni tekst, 55/01. - dalje: Ustav).

¹⁰ Zakon o obveznim odnosima (NN 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99. i 88/01. - dalje ZOO/91). ZOO/91 je još uvijek na snazi i još dugo će se sudski sporovi rješavati po tom propisu koji ostaje na snazi za odnose nastale do 1. siječnja 2006. jer novi propis nema povratni učinak.

¹¹ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/96., 73/00., 114/01 - dalje: ZV).

¹² Zakon o zemljišnim knjigama (NN 91/96., 114/01., 100/04 - dalje: ZZK)

¹³ S jedne strane teško je (o)braniti tezu prema kojoj niži akt može suspendirati viši akt, a s druge strane, ako se to ne bi moglo, domaći bi pravni sustav praktično bio blokiran, što je nedopustivo. Znanosti očito predstoji aktivnost na teorijskom i praktičnom istraživanju ovog specifičnog pravnog rješenja.

¹⁴ Vidjeti o pravilima tumačenja u pravu: Nikola Visković, *Teorija države i prava*, Birotehnika, Zagreb, 2001., str. 243., Hrvoje Kačer, *Kako tumačiti pravne norme*, Informator, broj 5054-5055, od 14. i 17.8.2002., str. 8-9. (i tamo navedeni drugi izvori), posebno o pravilima za razrješavanje antinomija u: Norberto Bobbio, *(O kriterijima za razrješavanje antinomija)* Eseji iz teorije prava, Logos, Split, 1988., str. 123-135.

¹⁵ U hrvatskom pozitivnom pravu je to odnedavno i institucionalizirano u formi zakonske odredbe (čl. 30. st. 3. Zakona o sudovima - NN 3/94., 100/96., 115/97., 131/97., 129/00., 67/01., 5/02., 101/03., 117/03., 17/04. - dalje: ZS), što dovodi u pitanje odredbu Ustava prema kojoj sudovi sude prema Ustavu i zakonu, a nigdje nije propisano da sude prema sudskoj praksi.

Treba naglasiti da se granice između nekad jako udaljenih suprotstavljenih pravnih modela (s jedne strane onog kontinentalnoeuropskog pravnog kruga, kojem pripadamo i koji daje posebnu prednost unaprijed zadanim pisanim pravnim normama, i s druge onog anglosaksonskog temeljenog na sustavu presedana, na sustavu prioriteta sudske prakse) sve više smanjuju (sudska praksa postaje sve značajniji izvor prava u kontinentalnoeuropskom pravnom krugu, a zakonski akti sve češći u anglosaksonskom sustavu) i pitanje je je li stvarno isključena mogućnost potpunog "spajanja" u budućnosti (što se oduvijek mislilo i uzimalo kao notorno).

3. Povijesni razvitak instituta

Darovanje (*donatio*) je, kao pravni posao na temelju kojega se besplatno i dobrovoljno uvećava imovina obdarenika, a umanjuje imovina darovatelja,¹⁶ bilo poznato još u rimskom pravu. Međutim, za razliku od osnovnih ugovora obveznog prava (kupoprodaja, ostava, najam i dr.), darovanja nema među priznatim samostalnim poslovima sve do početka IV. stoljeća. Darovanje je moralo biti učinjeno s namjerom liberaliteta (*cum animo donandi*), bez ikakve pravne obveze. Moglo se sastojati u predaji određene tjelesne stvari, oprost duga, ustupanju nekog imovinskog prava i sl. Dok je u starijem rimskom pravu obećanje darovanja trebalo učiniti u obliku stipulacije (*stipulatio*), u kasnije doba bio je dovoljan i neformalni sporazum (*pactum donationis*). U Justinijanovu pravu za darovanja veće vrijednosti bila je potrebna *insinuatio*, tj. upisivanje tog pravnog posla u registre kod državnih tijela.¹⁷

S većim razlikama u normativi, ugovor o darovanju poznaju i suvremene kodifikacije (građanski zakonici) kontinentalnoeuropskog pravnog kruga.¹⁸ Vezu pravnog poretka u Hrvatskoj sa suvremenim slojem prava kontinentalnoeuropskog pravnog kruga (rimsko-germanske pravne obitelji), i to one podskupine koja se naziva srednjoeuropskim pravom, utemeljilo je uvođenje

¹⁶ A. Romac, Rječnik rimskog prava, Informator, Zagreb, 1975. god., str. 166., V. Radovčić, Razvitak i pravna problematika darovanja, Zagreb, 1979. (doktorska disertacija).

¹⁷ Vidjeti šire: A. Romac, Rimsko pravo, Zagreb, 1981., str. 207 – 358.

¹⁸ Austrijski građanski zakonik (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*) ovaj ugovor uređuje par. 938-956. Par. 938. ABGB darovanje određuje kao pogodbu kojom se kakva stvar daje drugome bez plaće. Njemački građanski zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) par. 516. st. 1. darovanje određuje kao namjenu kojom neko iz svoje imovine drugog obogaćuje, pod uvjetom da postoji suglasnost stranaka glede besplatnosti tog pravnog posla. Francuski građanski zakonik (*Code civil – Cc*) čl. 984. darovanje određuje kao akt kojim se darovatelj oslobađa odmah i neopozivo darovane stvari u korist obdarenika, koji je prihvaća. Talijanski građanski zakonik (*Codice civile – CCI*) darovanje regulira odredbama čl. 769. - 809. Slovenski Obligacijski zakonik (Uradni list Republike Slovenije, br. 83 od 25. 10. 2001.), darovanje regulira odredbama čl. 533. - 544. Vidjeti više o poslijerimskim građanskim zakoncima, sličnostima i razlikama u: V. Radovčić, op. cit., str. 217 i dalje.

austrijskog Općeg građanskog zakonika (ABGB/OGZ) u Hrvatsku.¹⁹ Ovaj Zakonik dosta je precizno regulirao darovanje u par. 938.-956. Do donošenja Zakona o nevažnosti pravnih propisa prije 6. travnja 1941.,²⁰ OGZ je bio zakonodavni izvor normi hrvatskog građanskog prava (ako izuzmemo ono područje koje je poslije I. svjetskog rata bilo priključeno Kraljevini Italiji, na kojem je dakle bio na snazi talijanski Codice civile), a od stupanja na snagu toga Zakona prestaje važiti kao zakon, ali se regulativa koja se odnosi na darovanje (zbog pravne praznine) i dalje primjenjuje kao pravna pravila. Kako ZOO/91²¹ nije regulirao pravnu ustanovu ugovora o darovanju, to je i Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima,²² odredbom čl. 27., glede darovanja uputio na daljnju primjenu pravnih pravila OGZ-a, a kakvo stanje će trajati sve do stupanja na snagu ZOO 2005. Duga primjena pravnih pravila OGZ-a glede darovanja ukorijenila je poimanje i čestu primjenu ovog instituta u praksi u skladu s pravilima toga Zakonika.²³ Pored ostalog (visoka kvaliteta zakonskih rješenja u prvom redu i s tim u svezi izostanak značajnijih problema u primjeni) i zbog navedenog je ZOO/05, glede darovanja, svojim odredbama u većem dijelu recipirao austrijsku normativu.

Generalno se može kazati da je povijesni razvitak doveo do podizanja kakvoće normative koja je dijelom usmjeravana i postojećom praksom, a stalno postoji trend pokušaja izbjegavanja negativnih učinaka, posebno mogućeg oštećenja vjerovnika putem ugovora o darovanju, glede čega se primjenjuju različite opće odredbe ZOO/91 (*pro futuro* ZOO/05), ali i posebne odredbe unutar drugih propisa.²⁴

4. Pojam i obilježja ugovora o darovanju

U pravnoj teoriji darovanje se najčešće definira kao ugovor kojim jedna strana (darovatelj) dobrovoljno i besplatno prepušta drugoj strani (obdareniku) imovinsku korist, a ova to prihvaća.²⁵ Unutar tih temeljnih odrednica različiti

¹⁹ N. Gavella, M. Alinčić, P. Klarić, K. Sajko, T. Tumbri, Z. Stipković, T. Josipović, I. Gliha, Hrvatsko građanskopravno uređenje i kontinentalnoeuropski pravni krug, u izdanju Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 1994., str. 10.

²⁰ Zakon o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. god., Sl.l. FNRJ br. 86/46.

²¹ Koji je preuzet iz bivše države koja ga je inače donijela još 1978. god. (stupio je na snagu 1.10.1978. god.).

²² Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, NN br. 53/91, od 8. listopada 1991.

²³ Darovanje u primjeni pravnih pravila OGZ-a vidjeti šire: V. Šeparović, Ugovor o darovanju, Naša zakonitost br. 9-10, str. 1162 – 1175.

²⁴ Npr. onih nasljednopravnih, stečajnih....

²⁵ M. Vedriš, P. Klarić, Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 1998., str. 485. Ovaj ugovor slično određuju i drugi autori: M. Vuković, Obvezno pravo, knjiga II, Zagreb, 1964., str. 248. "Ugovor o darovanju među živima (*donatio inter vivos*) je takav ugovor kojim netko daje ili obećava drugome besplatno i dobrovoljno određenu imovinsku vrijednost, a drugi to prima ili

autori su u svojim definicijama davali manju ili veću prednost pojedinim elementima, pri tome ne dirajući u suštinu. Osnovne odrednice ovakvih definicija sadržane su u odredbi čl. 479. ZOO/05 koja određuje da ugovor o darovanju nastaje²⁶ kad se darovatelj obveže prepustiti obdareniku bez protučinidbe stvar ili imovinsko pravo, a obdarenik to prihvati (st. 1.).²⁷ Darovanjem se također smatraju oprost i isplata duga uz dužnikovu suglasnost, ali ne i odricanje od nasljedstva, odricanje od prava prije nego je stečeno ili prava koje je sporno, ispunjenje neke moralne obveze i prenošenje na drugoga stvari ili prava s namjerom da ga se obveže na protučinidbu (st. 2. i 3.).²⁸ Za razliku od par. 938. i 939. OGZ-a,²⁹ ovom odredbom precizno je određeno što se smatra darovanjem, čime su otklonjene dvojbe koje je sudska praksa, po ovoj osnovi, imala u primjeni pravnih pravila.

Ovaj ugovor je u gotovo svim pravima imenovani (nominatni) ili tipični ugovor, što znači da mu se ustalio i sadržaj i pravnotehnički naziv,³⁰ pri čemu je posebno značajno da je relativno lako utvrditi posebne pravne norme (uključujući i one koje vrijede ako ih ugovorne strane ne isključuje) koje su za taj ugovor pravnorelevantne, što kod nekih neimenovanih ugovora zna uzrokovati značajne teškoće.³¹ Naravno, i ovdje vrijedi poznata maksima *falsa*

prihvaća.” - Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, 1990., str. 602., “Ugovor o darovanju među živima (*donatio inter vivos*) je takav ugovor kojim netko daje ili obećava drugome besplatno i dobrovoljno određenu imovinsku vrijednost, a drugi to prima ili prihvaća.” - Boris Vizner, *Građansko pravo – teorija i praksa*, 1962., str. 696., “Pogodba, kojom se kakva stvar daje komu bez plaće, zove se darovanje.” - § 938 OGZ. “Poklon biva, kad ko dobrovoljno drugome što da, ne istući niti primajući ikakve za to naplate.” - § 561 SGZ. “S darovnom pogodbom se jedna osoba (darovatelj) obveže na drugu osobu besplatno prenijeti vlasništvo ili drugo pravo ili na drukčiji način na teret svoje imovine obogatiti obdarenika, a obdarenik izjavi da se sa s tim slaže.” - čl. 533. *Obligacijski zakonik (OZ)*, Uradni list Republike Slovenije, br. 83 od 25. 10. 2001., “Ugovor o darovanju je ugovor kojim, slobodne volje, jedna strana obogaćuje drugu, raspoložujući u korist ove svojim pravom...” - art. 769 *Codice civile*.

²⁶ Klasičnija zakonska definicija bi bila ona koja bi (bez diranja u suštinu postojeće) npr. glasila “Ugovor o darovanju je ugovor kojim se jedna strana (darovatelj) obveže prepustiti drugoj strani (obdareniku) bez protučinidbe stvar ili imovinsko pravo, a druga strana (obdarenik) to prihvati”.

²⁷ Bitno je uočiti da bez prihvata nema ugovora uopće (pa ni ugovora o darovanju) jer je suglasnost volja temeljna pretpostavka nastanka ugovora kao dvostranog pravnog posla.

²⁸ To ne negira da bi i to bila besplatna raspolaganja, ali sprječava značenje ugovora o darovanju.

²⁹ Smatra se da je definicija francuskog zakonodavstva neprecizna jer označava darovanje kao akt, a ne ugovor, i ograničava se (strogo formalno gledano) samo na darovanje koje je realno i sastoji se od prijenosa vlasništva stvari, uz efektivnu predaju posjeda stvari. Smatra se i da je austrijska definicija siromašna po sadržaju jer se (iako jasno određuje da se radi o ugovoru) strogo formalno gledano odnosi samo na stvari (što je praksa proširila). Njemačko pravo je, koristeći postojeća iskustva, jasno postavilo da se radi o dvostranom pravnom poslu kojim netko iz svoje imovne obogaćuje drugog – problem može biti što se koriste različito tumačeni pojmovi namjene, obogaćenja i imovine – vidjeti više u: V. Radovčić, op. cit., str. 221-222.

³⁰ M. Vedriš, P. Klarić, op. cit., str. 104.

³¹ Vidjeti u: S. Perović, *Obligaciono pravo*, SL SFRJ, 1990., str. 193.

nominatio non nocet,³² jer nekada će se (iz različitih razloga³³) nazvati ugovorom o darovanju ugovor koji to stvarno nije, a nekad se stvarno postojeći ugovor o darovanju neće nazvati kao takav nego kao neki drugi ugovor.³⁴

Pored općih pretpostavki koje vrijede za sve ugovore i bez kojih ugovora i nema, za ugovor o darovanju treba naglasiti da je nužno postojanje (analogno ugovoru o kupoprodaji npr.) predmeta darovanja i suglasne volje (jer bez suglasja volja nema ni ugovora) da se ne traži protučinidba (*animus donandi*).³⁵

Po naravi stvari ugovor o darovanju je **jednostranoobvezujući** ugovor jer njegovim sklapanjem je samo jedna strana (darovatelj) opterećena obvezom.

Ugovor o darovanju je i **besplatni**³⁶ (**lukrativni**) ugovor, dakle ugovor u kojemu se za činidbu ne dobiva protučinidba. Ukoliko bi ipak postojala protučinidba, to (u prvom redu ovisno o odnosu vrijednosti) može dovesti u pitanje radi li se uopće o darovanju ili ne. I ovdje činjenica mogućeg postojanja naloga uz darovanje (što većina zakonodavaca izriječno dopušta) uzrokuje određene probleme jer se postavlja pitanje koja je to suštinska i stvarna razlika između protučinidbe i naloga. Izgleda prihvatljivim zaključiti da odlučujući kriterij treba tražiti u volji – što je ta volja bliža nekoj vrsti ugovora *do ut des*, to je bliži i zaključak da se uopće ne radi o darovanju³⁷.

Ugovor o darovanju je i **komutativni** ugovor, dakle ugovor glede kojega u pravilu nema neizvjesnosti, nego je sve unaprijed jasno (iznimno, elementi aleatornosti postoje ako se npr. daruje buduća žetva, mogući profit od nekog koncerta i sl.).

Ugovor o darovanju je u pravilu strogo **formalan** ugovor za koji se (u pravilu) zahtijeva pisani oblik (forma), a pod određenim uvjetima i forma javnobilježničkog akta ili potvrda odnosno solemnizacija, osim iznimno.

Ugovor o darovanju može biti bilo **realan ugovor** bilo **konsenzualan ugovor**, ovisno o tome nastaje li predajom ili pak suglasjem volja ugovornih strana.

Radi se i o ugovoru koji može biti **mortis causa** (kada je prijenos na obdarenika odgođen do poslije smrti darovatelja) ili **inter vivos** kada je ugovoren prijenos prije smrti darovatelja (u pravilu je to odmah po sklapanju ugovora, ali može se raditi o bilo kojem trenutku prije smrti darovatelja).

³² Falsa demonstratio non nocet, (Gaius – D.35,1,17,pr.). Netočan opis (ne škodi) ne čini tužbu ništavom. D. Stojčević – A. Romac, *Dicta et regule iuris*, Savremena administracija, 1984., str. 165., izreka br. 44 (navedeno je analogno primjenjivo na pravne poslove).

³³ Od klasičnog nenamjernog propusta do zlorabe.

³⁴ Ponekad će se samo navesti UGOVOR bez oznake o kojem ugovoru se radi.

³⁵ V. tako u: B. Vizner, *Gradansko pravo*, Rijeka, 1969., str. 1087 i dalje, S. Perović, op. cit., str. 611.

³⁶ Ukoliko bi bilo naknade, tada bi se moglo raditi samo o nekom drugom (naplatnom ili mješovitom) ugovoru.

³⁷ U praksi može biti jako teško utvrditi pravo stanje, posebno jer će *post festum* (dakle kada problem već nastane) ugovorne strane biti na suprotstavljenim pozicijama. Također treba dopustiti i da je i nalog barem u nekim elementima "obilježen" trgovinom, makar i *sui generis*.

Ugovor o darovanju može imati elemente i mikstnog ugovora u svakom onom slučaju u kojima ima i elemenata drugih ugovora, ali samo pod uvjetom da prevladavaju elementi ugovora o darovanju.

Ugovor o darovanju u smislu odredbi ZOO/05 ima sljedeća pravna obilježja:

- Darovanje je dvostrani pravni posao (ugovor) jer nastaje suglasnim očitovanjem volje dviju stranaka. Nema darovanja bez prihvata obdarenika.
- Radi se o besplatnom (lukrativnom) ugovoru. Kod ovog ugovora činidba (prepuštanje stvari ili imovinskog prava) nema protučinidbu. Tako se prema odredbi čl. 479. st. 3. ZOO/05 ne smatra darovanjem prenošenje na drugoga stvari ili prava s namjerom da ga se obveže na protučinidbu.
- Da bi se radilo o darovanju, i dalje mora postojati namjera darovanja – *animus donandi*. Dakle, namjera da se besplatno ovim pravnim poslom imovina darovatelja umanja, a imovina obdarenika povećava.
- Jednostranoobvezujući je ugovor jer je samo jedna strana opterećena obvezom. Iznimno kod darovanja s nametom obdarenik može biti obvezan da u korist darovatelja, treće osobe, u javnom ili vlastitom interesu izvrši određenu radnju ili se od nje uzdrži. Ali i u tom slučaju ne mijenja se karakter ugovora o darovanju kao besplatnog jednostranoobvezujućeg pravnog posla.
- Komutativni je ugovor, jer u načelu nema neizvjesnosti. Iznimno su elementi aleatornosti mogući kad su predmet darovanja buduće stvari, odnosno buduća imovina (čl. 480. st. 1.).
- Strogo je formalan ugovor. Naime, za razliku od par. 943.OGZ-a,³⁸ odredbom članka 482. ZOO/05, za valjanost ugovora o darovanju nekretnine zahtijeva se pisani oblik ugovora.³⁹ Ukoliko se radi o darovanju bez prave predaje stvari (dakle, kod kojeg je predaja stvari odgođena za buduće vrijeme), ugovor mora biti sklopljen u obliku javnobilježničkog akta ili ovjerovljene (solemnizirane) privatne isprave. Oblik javnobilježničkog akta za pravnu valjanost ugovora o darovanju bez predaje stvari u neposredan posjed obdarenika propisan je i odredbom čl. 53. st. 1. toč. 3. Zakona o javnom bilježništvu.⁴⁰ Dakle, ugovori o darovanju nekretnine koji su sklopljeni u pisanom obliku, a izvršena je prava predaja nekretnine, proizvode pravne učinke, iako nisu sklopljeni u obliku javnobilježničkog akta ili ovjerovljene (solemnizirane) privatne isprave. No, drugo je pitanje valjanosti ovog ugovora kao tabularne isprave u smislu ZZK, odnosno mogućnosti da se temeljem ovog ugovora stječu stvarna prava po pravilima ZV-a (o tome

³⁸ U smislu par. 943. OGZ-a pismeni oblik ugovora zahtijevao se samo u okolnostima kad je darovanje učinjeno bez prave predaje. U primjeni ove odredbe, sudska praksa je priznavala pravni učinak i ugovora o darovanju nekretnine, ako je ugovor bio realiziran, tj. ako je nekretnina bila predana u posjed.

³⁹ Kod darovanja pokretne stvari ne zahtijeva se pisani oblik ugovora. Međutim, ukoliko se radi o darovanju bez prave predaje, isto tako za valjanost ovog ugovora nužno je da bude sklopljen u obliku javnobilježničkog akta ili ovjerovljene (solemnizirane) privatne isprave.

⁴⁰ Zakon o javnom bilježništvu, NN br. 78/93 i 29/94. - dalje ZJB-a.

- vidjeti *infra ad 3.*). Isto tako, ugovor o darovanju koji se ima ispuniti tek poslije smrti darovatelja (darovanje za slučaj smrti), u smislu odredbe čl. 491. ZOO/05, mora biti sastavljen u obliku javnobilježničkog akta ili ovjerovljene (solemnizirane) isprave.
- Ugovor nastaje prihvatom ponude darovatelja od strane obdarenika (čl. 479. ZOO/05), pa se radi o konsenzualnom ugovoru. No, i dalje su otvorene mogućnosti u kojima ovaj ugovor zadržava elemente realnih ugovora (ugovor koji ne nastaje već s trenutkom prihvata ponude, već je potrebna predaja stvari). Tako ugovori o darovanju nekretnine koji su sklopljeni u pisanom obliku, a izvršena je prava predaja nekretnine, proizvode pravne učinke iako nisu sklopljeni u obliku javnobilježničkog akta ili ovjerovljene (solemnizirane) privatne isprave.
 - U praksi pravni učinak ugovora o darovanju najčešće nastupa još za života stranaka – *inter vivos*. No, kao i u primjeni par. 956. OGZ-a, i dalje je u smislu odredbe čl. 491. ZOO/05, moguće darovanje koje se ima ispuniti tek poslije smrti darovatelja (darovanje za slučaj smrti) – *mortis causa*.
 - Kod ispunjenja neke obveze, pa i moralne, ne radi se o darovanju. U tom smislu ne radi se o darovanju kod ispunjenja zastarjele tražbine, što nije darovanje. Naime, zastarom ne prestaje postojati dug, prestaje samo obveza ispunjenja.
 - Za tumačenje nejasnih odredbi ugovora o darovanju vrijede (i po ranijem odnosno sadašnjem propisu i po ZOO/05 posebne odredbe prema kojima se nejasne odredbe tumače u smislu koji je manje tegotan za dužnika – darovatelja⁴¹, što često ima jako veliko značenje.

5. Nekretnina kao predmet ugovora o darovanju

Predmet darovanja suglasno odredbi čl. 480. ZOO/05 mogu biti sadašnje i buduće stvari (pokretnina ili nekretnina),⁴² prenosiva imovinska prava (točnije, radi se o pravima na stvarima), te sadašnja i najviše polovina buduće imovine. Ukoliko to u ugovoru nije nedvojbeno određeno, objektom darovanja smatrat će se samo sadašnja imovina. Isto tako, ako je predmet darovanja samo buduća imovina, i to u ugovoru treba biti izrijekom navedeno. Povremena davanja na koje se darovatelj (osobno) obvezao prestaju smrću darovatelja, ako iz samog ugovora ne proizlazi što drugo.

U praksi može biti dvojbeno što to znači polovica buduće imovine, da li nešto *in concreto* pod uvjetom da vrijednosno ne prelazi polovicu imovine ili

⁴¹ Čl. 320. st. 2.

⁴² U smislu odredbe čl. 2. st. 1. i 2. ZV-a stvari su tjelesni dijelovi prirode, različiti od ljudi, koje služe ljudima za uporabu. Uzima se da su stvari i sve drugo što je zakonom s njima izjednačeno. Predmet prava vlasništva i drugih stvarnih prava može biti svaka pokretna (pokretnina) ili nepokretna stvar (nekretnina), osim onih koje nisu za to sposobne.

pak do polovice svakog pojedinog dijela imovine. Dodatno je pitanje po kojim pravilima procjenjivati vrijednost imovine odnosno dijela imovine. Izgleda nam da već i zahtjevi pravne sigurnosti nameću potrebu da se ne radi o nečem što će biti jasno tek u trenutku nečije smrti (što je sve do tada stekao) nego daleko prije, u vrijeme stjecanja i prijenosa na obdarenika te buduće imovine (iznimku bi mogao predstavljati slučaj u kojem se nečim darovanim kao buduća imovina dalje raspolaže pod uvjetom da prednik raspolagatelj – darovatelj stekne dovoljno da to bude unutar zakonskog ograničenja na polovicu). U odnosu na drugo pitanje, u nedostatku jasne odredbe, trebalo bi poći od toga da je *ratio legis* da nitko ne bude oštećen, što znači da se očuva realna vrijednost.⁴³

5.1. Nekretnina i njezine pripadnosti

Što predstavlja nekretninu kao predmet prava vlasništva te što su njene pripadnosti određuju odredbe ZV-a, a sukladno tom u stjecanju knjižnih prava na nekretninama odredbe ZZK. Nekretnine (*res immobilis*) su čestice zemljine površine, zajedno sa svime što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje, ako zakonom nije drukčije određeno (čl. 2. st. 3. ZV-a, čl. 2. st. 2. ZZK). Nekretnine se označavaju katastarskim oznakama zemljišta. Katastarska čestica je dio zemljine površine koji je u katastru zemljišta označen posebnim brojem i nazivom katastarske općine u kojoj leži (čl. 2. st. 1. ZZK) Pojedinačnu nekretninu čini zemljišna čestica, uključujući i sve što je s njom razmjerno trajno povezano na njezinoj površini ili ispod nje (načelo pravnog jedinstva nekretnine - *superficies solo cedit*); ali kad je više zemljišnih čestica upisano u zemljišnoj knjizi u isti zemljišnoknjižni uložak, one su pravno sjedinjene u jedno tijelo (zemljišnoknjižno tijelo), koje je kao takvo jedna nekretnina (čl. 9. st. 1. ZV-a, čl. 19. ZZK). Zakonom mogu neke vrste prava ili bilo što drugo biti izjednačeni sa stvarima, u kom slučaju se ubrajaju u pokretne stvari, a u nekretnine samo ako je spojeno s vlasništvom nepokretnih stvari, ili je njihov teret, ili je zakonom proglašeno nekretninom (čl. 2. st. 6. ZV-a). Kao samostalne nekretnine tretiraju se idealni dijelovi nekretnine (čl. 37. st. 3. ZV-a), dok je pravo građenja u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom (čl. 280. st. 2. ZV-a).⁴⁴

U smislu navedenog načela pravnog jedinstva nekretnine, pripadnosti nekretnine jesu: - sve ono što je s njom razmjerno trajno povezano na njezinoj površini ili ispod nje (čl. 2. st. 3. ZV-a, čl. 9. st. 1. ZV-a), - njezini plodovi

⁴³ Sve dok je na snazi čvrst tečaj domaće valute to i nije problem, ali se ipak treba prisjetiti i vremena inflacije južnoameričkog tipa koja nije bila baš tako davno.

⁴⁴ Vidjeti više o nekretnini u: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, Stvarno pravo, Informator, Zagreb, 1998., str. 65. i dalje.

dok nisu odvojeni (čl. 9. st. 2. ZV-a),⁴⁵ - njezin prirast (čl. 9. st. 3. ZV-a),⁴⁶ te pertinencije (čl. 5. st. 3., čl. 9. st. 6. ZV-a).⁴⁷

Od općeg pravila o pravnom jedinstvu nekretnine ZV pravi izuzetak za one zgrade i druge građevine koje su trajno povezane s tim zemljištem ako ih od njega pravno odvaja stvarno pravo koje svojega nositelja ovlašćuje da na tom tuđem zemljištu ima takvu zgradu ili drugu građevinu u svom vlasništvu, a što na odgovarajući način vrijedi i za zgrade i druge građevine koje od zemljišta ili od općega dobra pravno odvaja na zakonu osnovana koncesija takvog sadržaja (čl. 9. st. 4. ZV-a, čl. 3. st. 4. ZV-a)⁴⁸, te za zgrade i drugo što je sa zemljištem spojeno samo radi neke prolazne namjene (npr. kamp kućice, montažne barake, kiosci i dr.).

5.2. Ugovor o darovanju nekretnine kao pravni temelj stjecanja prava vlasništva na nekretnini

U smislu odredbe čl. 115. i 119. ZV-a, za stjecanje prava vlasništva na nekretnini na temelju pravnog posla (derivativno stjecanje),⁴⁹ uz sposobnost stjecatelja i sposobnost stvari, mora postojati valjani pravni posao upravljen na prijenos prava vlasništva s otuđivatelja, koji je vlasnik stvari, na stjecatelja (*titulus acquirendi*), te da je na zakonom određeni način prenesena vlast na toj stvari stjecatelju (*modus acquirendi*).

Kad je predmet stjecanje nekretnina, već ZV odredbom članka 115. st. 3. valjanost pravnog posla uvjetuje pisanim oblikom tog pravnog posla koji je naslov stjecanja. Pisani oblik ugovora o darovanju nekretnine kao pretpostavku

⁴⁵ Neodvojeni plodovi (čl. 9. st. 2. ZV-a): Trava, drveće, plodovi i sve uporabljive stvari koje zemlja rađa na svojoj površini dijelovi su te nekretnine sve dok se od zemlje ne odvoje. Vidjeti više o plodovima u: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 68. i dalje, M. Vedriš, P. Klarić, op. cit., str. 83. i dalje, B. Vizner, *Građansko pravo*, Rijeka, 1969., str. 177. i dalje.

⁴⁶ Prirast (čl. 9. st. 3. ZV-a): Što bude na površini zemlje, iznad ili ispod nje izgrađeno, a bude namijenjeno da tamo ostane, ili bude u nekretninu ugrađeno, njoj dograđeno, na njoj nadograđeno ili bilo kako drukčije s njom trajno spojeno, postaje time dio te nekretnine. Vidjeti više u: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 68. i dalje, M. Vedriš, P. Klarić, op. cit., str. 83.

⁴⁷ Pripadak – pertinencija (čl. 5. st. 3. ZV-a, čl. 9. st. 6. ZV-a): Prava koja postoje u korist neke nekretnine smatraju se pripadnošću te nekretnine (stvarne služnosti, odnosno stvarni tereti određeni u korist određene nekretnine). Isto tako ZV odredbom čl. 7. st. 4. i 5. postavio je dvije predmnjeve o tome da su određene pokretne (strojevi i slični uređaji, stoka za daljnju poljoprivrednu proizvodnju, poljoprivredni proizvodi, sjeme) namijenjene da trajno služe svrsi neke nekretnine. Može ih oboriti onaj koji dokaže suprotno. Vidjeti o pripatcima više u: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 63. i dalje, M. Vedriš, P. Klarić, op. cit., str. 81. i dalje.

⁴⁸ Stvarna prava koja svojim sadržajem dovode do izuzimanja načela pravnog jedinstva nekretnine i pravno razdvajaju zemljište od zgrada i drugih građevina koje su inače s njim čvrsto i trajno povezane su pravo građenja (čl. 280-296 ZV-a) i pravo stvarne služnosti (čl. 174 – 245 ZV-a).

⁴⁹ Što se odnosi i na ugovor o darovanju.

njegove valjanosti izričito zahtijeva i odredba čl. 482. st. 1. ZOO/05. No, ukoliko se radi o ugovoru o darovanju nekretnine bez prave predaje (čl. 482. st. 2. ZOO/05), ili o ugovoru o darovanju za slučaj smrti (čl. 491. ZOO/05), za valjanost tog ugovora nije dovoljan pisani oblik istog, već se traži da bude sastavljen u obliku javnobilježničkog akta ili ovjerovljene (solemnizirane) privatne isprave. U protivnom ugovor nema pravni učinak (čl. 290. st. 1. ZOO/05). Naime, s obzirom da se radi o darovanju (besplatnom pravnom poslu) te da se radi o prometu nekretnine, razlozi pravne sigurnosti, u ovom slučaju, ne upućuju na mogućnost osnaženja (konvalidacije) ugovora koji nisu sklopljeni u propisanom obliku u smislu odredbe čl. 294. ZOO/05. Načelno postoji mogućnost konverzije, sukladno općim pravilima.

Iz ugovora o darovanju nekretnine treba biti vidljivo da je volja ugovornih stranaka upravljena na prijenos vlasništva određene nekretnine s darovatelja na obdarenika, s namjerom darovanja – *animus donandi*. Darovatelj je, dakle, svjestan da nije obvezan ustupiti obdareniku u vlasništvo nekretninu, ali on to čini s namjerom darovanja. Bez te svijesti i namjere ne dolazi do valjanog zaključenja ugovora o darovanju. Takvi ugovori sklopljeni pod manama volje (čl. 279.-284. ZOO/059) bit će pobjoini i darovatelj će moći zahtijevati poništaj tog ugovora u smislu odredbi čl. 330.- 335. ZOO/05. Pri tome treba naglasiti da se ni darovanje ni *animus donandi* ne pretpostavljaju⁵⁰, pa će onaj tko tvrdi da je nešto darovanje, to trebati i dokazati.⁵¹ To nadalje znači i primjenu načela *falsa nominatio non nocet*. Pri tome nikako *animus donandi* ne treba i ne smije se poistovjećivati s kauzom, koja je kod darovanja stjecanje prava vlasništva ili nekog drugog imovinskog prava⁵².

Subjekti ugovora o darovanju (kao darovatelj i obdarenik) mogu biti fizičke i pravne osobe. Kako na strani darovatelja, tako i na strani obdarenika može biti jedna ili više osoba. Glede ugovora o darovanju ZOO/05 ne propisuje posebna, pa vrijede opća ograničenja. Postoji jedna dvojba glede onih koji nemaju poslovnu sposobnost i koja se i ne pojavljuje kod nekretnina kao predmeta ugovora, ali je ipak treba spomenuti jer je to nešto gdje se prilično sučeljavaju teorija i potrebe prakse. Radi se o nesposobnoj osobi kao obdareniku, što je strogo formalno nepostojeći ugovor⁵³ – međutim, postavlja se

⁵⁰ Ta namjera se nikada ne pretpostavlja, nego mora proizlaziti iz sadržaja ugovora ili skupa relevantnih okolnosti konkretnog slučaja.- v. tako u: S. Perović, Obligaciono pravo, SL SFRJ, 1990., str. 614.

⁵¹ Npr. ukoliko netko za dionice trgovačkog društva pred stečajem koje su gotovo bezvrijedne plati npr. 1.000.000,00 Kn znajući da su bezvrijedne, dosta je vjerojatno da bi to bilo darovanje. Makar se nigdje u ugovoru taj pojam ne navodi, ipak ima mogućnost dokazivati da je to bilo darovanje, što je posebno značajno npr. zbog mogućnosti opoziva darovanja (ukoliko uspije, darovanje bi bila razlika između vrijednosti i plaćenog iznosa).

⁵² V. tako u: M. Vedriš, P. Klarić, op. cit., str. 485., i u: B. Vizner, Građansko pravo, Rijeka, 1969., str. 1104. i dalje.

⁵³ Vidjeti u tom smislu u: B. Vizner, Građansko pravo, Rijeka, 1969., str. 1087., V. Šeparović, op. cit., str. 1167.

dvojba koga se stvarno takvim stavom štiti – poslovno nesposobnu osobu sigurno ne, nego onoga tko je darovatelj. Daljnja dvojba je zašto bi se tu osobu uopće posebno šttilo i zašto se ne bi primijenilo ono što s primjenjuje npr. kod kupoprodaje razmjerno bezvrijednih stvari na kiosku ili u trgovini, gdje djeca od četiri, pet godina kupuju, plaćaju i nitko ne dovodi u pitanje takve ugovore – je li stvarno kriterij male vrijednosti koji nigdje nije propisan dostatan za takve zaključke. Ako je ovakvo promišljanje teško teorijski braniti, to još uvijek nije zapreka za prihvaćanje rješenja u praksi, bilo tumačenjem pozitivnih propisa (teže) bilo novelom (lakše).⁵⁴ Sigurni smo da nije i ne smije biti isto ako se radi o pravnom poslu koji je samo korist za obdarenika i teretnog pravnog posla.

Da bi se na temelju ugovora o darovanju (*titulus acquirendi*) moglo prenijeti vlasništvo na obdarenika u smislu odredbe čl. 119. st. 1. ZV-a, potreban je upis obdarenikova vlasništva u zemljišnu knjigu /*modus acquirendi*/. Utoliko ugovor o darovanju sadržajem i oblikom mora odgovarati i pravilima zemljišnoknjižnog prava (čl. 120. st. 2. ZV-a), tj. kao tabularna ili zemljišnoknjižna isprava, treba zadovoljavati opće pretpostavke upisa i posebne pretpostavke za uknjižbu koje zahtjeva ZZK.

Opće pretpostavke valjanosti ugovora o darovanju kao tabularne isprave⁵⁵ određuje ZZK odredbama čl. 43. i 44. ZZK-a:

- Ugovor mora biti sastavljen u obliku propisanom za njegovu valjanost (čl. 43. st. 1. ZZK-a), dakle u obliku koji udovoljava uvjetima odredbe čl. 482. i 491. ZOO-a/05.
- Iz ugovora mora biti vidljiv pravni temelj stjecanja (čl. 43. st. 2. ZZK-a).
- Ugovor ne smije imati očitih nedostataka koje dovode u sumnju njegovu vjerodostojnost. Ukoliko se ugovor sastoji od više listova oni moraju biti tako spojeni da se ne može umetnuti ni jedan list (čl. 44. st. 1. ZZK-a).
- Darovatelj/i i obdarenik/ci moraju u ugovoru biti tako navedeni da ne postoji opasnost da ih se zamijeni s drugim osobama (čl. 44. st. 2. ZZK-a).
- U ugovoru moraju biti navedeni mjesto, dan, mjesec i godina gdje i kada je sastavljen (čl. 44. st. 2. ZZK-a)⁵⁶.

Ovim pretpostavkama ugovor o darovanju mora udovoljavati neovisno od činjenice je li isti sačinjen kao privatna isprava (ugovor o darovanju nekretnine s pravom predajom u smislu odredbe čl. 482. ZOO/05), ili javna isprava (u obliku javnobilježničkog akta ili ovjerovljene /solemnizirane/ privatne isprave).

⁵⁴ Vidjeti stav koji daje potporu našim promišljanjima iskazan u: S. Perović, op. cit., str. 611.

⁵⁵ To treba strogo razlikovati od valjanosti uopće, jer je moguće da nešto nije podobno za provedbu u zemljišnoj knjizi, a da je ipak pravno valjano.

⁵⁶ Ukoliko bi onaj čiji se potpis ovjerava ugovor potpisivao pred javnim bilježnikom, izgleda da bi to moglo otkloniti obvezu koja se odnosi na mjesto i vrijeme sastavljanja (moglo bi se zaključiti da je to mjesto u sjedištu ureda javnog bilježnika i vrijeme ovjere), jer se u suštini radi o identifikaciji toga pravnog posla.

Naime, javnim ispravama⁵⁷ u smislu odredbe čl. 3., te 59. ZJB smatraju se isprave sklopljene u obliku javnobilježničkog akta ili solemnizirane privatne isprave.

Posebne pretpostavke kojima ugovor o darovanju kao tabularna isprava treba udovoljavati za uknjižbu određuju odredbe čl. 52.- 54. ZZK:

- Na ugovoru o darovanju kao privatnoj ispravi kojim se zahtijeva uknjižba, treba biti ovjerovljena istinitost potpisa darovatelja u skladu s odredbom čl. 77. ZJB (čl. 52. ZZK), a ako je ugovor potpisan po opunomoćeniku tada njegov potpis treba biti ovjerovljen, a na punomoći potpis opunomoćitelja (čl. 53. ZZK).⁵⁸
- Ugovor treba sadržavati točnu oznaku zemljišta glede kojega se uknjižba zahtijeva (čl. 54. st. 1a. ZZK).
- Izričitu i bezuvjetnu izjavu darovatelja da pristaje na uknjižbu (*clausula intabulandi*) - čl. 54. st. 1b. ZZK. Ako je izjava dana uvjetno ili oročeno, što na ispravi treba biti izričito izjavljeno (čl. 54. st. 2. ZZK-a), temeljem takvog ugovora može se dopustiti predbilježba (čl. 56. st. 2. ZZK-a), koja se opet temeljem javne ili javnoovjerovljene isprave treba opravdati (čl. 61. ZZK-a).

Sud ne može dopustiti upis u zemljišne knjige na temelju ugovora o darovanju koji ne zadovoljava barem opće pretpostavke za upis (čl. 43. st. 1.). Za uknjižbu obdarenikova vlasništva, ugovor treba zadovoljavati i svim posebnim pretpostavkama za uknjižbu (čl. 52.). Ali, ako ugovor zadovoljava općim pretpostavkama tabularne isprave, a ne zadovoljava i sve posebne pretpostavke za uknjižbu dopustit će se predbilježba obdarenikova vlasništva u zemljišnu knjigu (čl. 56.).⁵⁹

Prijenos vlasništva na nekretnini zbiva se provedbom uknjižbe, odnosno predbilježbe obdarenikova vlasništva u zemljišne knjige, ali s učinkom *ex tunc*, tj. od kada je sudu bio podnesen prijedlog za uknjižbu, odnosno predbilježbu (čl. 120. st. 3. ZV-a).⁶⁰ Tim trenutkom obdarenik postaje vlasnik nekretnine sa svim njenim pripadnostima.

⁵⁷ Čl. 230. Zakona o parničnom postupku, NN br. 53/91., 91/92., 112/99. i 117/03. (dalje: ZPP).

⁵⁸ Ukoliko se radi o punomoći koja je izdana upravo za taj posao, tada kod uknjižbe nema vremenskog ograničenja u odnosu na nadnevak izdavanja. Međutim, generična punomoć ne smije u trenutku podnošenja prijedloga biti starija od jedne godine (čl. 53. st. 2. ZZK).

⁵⁹ Predbilježbom se knjižna prava stječu, prenose, ograničavaju ili prestaju samo pod uvjetom naknadnog opravdanja i u onom opsegu u kojem budu naknadno opravdana (čl. 30. st. 3. ZZK). Predbilježbom će tako biti stečeno predbilježeno pravo vlasništva pod suspenzivnim uvjetom naknadnog opravdanja te predbilježbe (čl. 121. st. 2. ZV-a). Ukoliko se predbilježba opravda njen učinak je *ex tunc*, tj. kad je podnesen prijedlog za upis (čl. 121. st. 4. ZV-a, čl. 60. ZZK). Sudska praksa dosta teško i izgleda nevoljko provodi načelo prema kojemu je manje sadržano u većem pa ako nema uvjeta za uknjižbu treba dopustiti predbilježbu i bez posebne molbe.

⁶⁰ Na nekretninama koje nisu upisane u zemljišne knjige vlasništvo se stječe polaganjem u sud ovjerovljene isprave sposobne za uknjižbu prava u zemljišnu knjigu, kojom dotadašnji vlasnik dopušta uknjižbu tuđega vlasništva, na što se na odgovarajući način primjenjuju pravila o stjecanju uknjižbom (čl. 120. st. 4. ZV-a).

6. Pravni učinci ugovora o darovanju nekretnine

Ugovorom o darovanju zasniva se obveznopravni odnos između darovatelja i obdarenika.⁶¹ Kako se radi o jednostranoobvezujućem ugovoru, nastaje obveza samo za darovatelja, koji ju je dužan ispuniti s pažnjom koja se u pravnom prometu zahtijeva za tu vrstu obveznog odnosa i odgovara za njeno ispunjenje sukladno općim pravilima obveznog prava (čl. 9. i 10. ZOO/05). Na temelju tog ugovora obdarenik je ovlašten od darovatelja zahtijevati ispunjenje obveze koja proizlazi iz tog ugovora (čl. 65. ZOO/05). Iznimno se ugovorom o darovanju s nametom može obvezati i obdarenika da u korist darovatelja, treće osobe, u javnom ili vlastitom interesu izvrši određenu radnju ili se od nje uzdrži. U tom slučaju, darovatelj, njegovi nasljednici, a ako je namet određen u javnom interesu i nadležno državno tijelo, moći će zahtijevati ispunjenje nameta.

Ugovor o darovanju nekretnine upravljen je na stjecanje prava vlasništva obdarenika nad nekretninom koja je bila predmet tog ugovora. Utoliko je darovatelj u obvezi, a obdarenik ima pravo zahtijevati prepuštanje nekretnine u vlasništvo obdarenika, te sukladno sadržaju tog ugovora predaju nekretnine u posjed obdarenika. Kod ugovora o darovanju nekretnine s pravom predajom (koji je sklopljen u pisanom obliku, kako to nalaže odredba čl. 482. st. 1. ZOO/05), izvršena je predaja nekretnine obdareniku s trenutkom sklapanja ugovora, a obdarenik je dalje ovlašten, temeljem tog ugovora, zahtijevati upis prava vlasništva na svoje ime u zemljišnim knjigama i tako nad tom nekretninom steći pravo vlasništva. Upis prava vlasništva na svoje ime ovlašten je zahtijevati i obdarenik iz ugovora o darovanju bez prave predaje (isto tako, pod pretpostavkom da proizvodi pravne učinke, tj. da je ugovor sklopljen u obliku javnobilježničkog akta ili solemnizirane privatne isprave kako to nalaže odredba čl. 482. st. 2. ZOO/05). Ovaj obdarenik je dodatno ovlašten zahtijevati i predaju nekretnine u posjed u okvirima sadržaja sklopljenog ugovora o darovanju.

Ukoliko je ugovor o darovanju nekretnine sačinjen u obliku kojeg propisuje odredba čl. 482. ZOO/05 (ne radi se o ništetnom pravnom poslu), ali nema osobine tabularne isprave potrebne za uknjižbu prava vlasništva, darovatelj nije ispunio obvezu koju je preuzeo tim ugovorom, pa je obdarenik ovlašten putem suda zahtijevati da mu darovatelj izda tabularnu ispravu sposobnu za zemljišno-knjižni prijenos vlasništva.

Može se dogoditi da darovatelj, kao vlasnik nekretnine, neovisno o sklopljenom ugovoru o darovanju, drugim pravnim poslom (pa i drugim darovanjem) te prema drugoj osobi /ili više njih/, preuzme obvezu prenošenja vlasništva iste nekretnine koja je bila predmet ugovora o darovanju (višestruko ugovaranje otuđenja). U tom slučaju vlasništvo nekretnine stječe ona osoba koja je u dobroj vjeri prva zatražila upis u zemljišne knjige (prvenstveni red upisa),

⁶¹ V. više o pravima obdarenika i obvezama darovatelja u: B. Vizner, *Građansko pravo*, Rijeka, 1969., str. 1094. i dalje.

ako su ispunjene i sve ostale pretpostavke za stjecanje vlasništva (čl. 125. st. 1. ZV-a).⁶² Prvenstveni red upisa u zemljišnu knjigu utvrđuje se prema trenutku u kojem je zemljišnoknjižnom sudu stigao prijedlog za upis, odnosno odluka drugog suda ili tijela kojim se određuje upis (čl. 45. ZZK). I kod slučaja višestrukog ugovaranja otuđenja, u određenim okolnostima od važnosti može biti činjenica je li ugovor sklopljen s pravom predajom ili bez prave predaje nekretnine u posjed obdarenika. Naime, brisanje upisa vlasništva osobe koja je prva zatražila upis u zemljišne knjige te uknjižbu u svoju korist može zahtijevati osoba kojoj je otudivatelj otuđio nekretninu i predao joj u samostalni posjed, ako dokaže da stjecatelj koji je prvi zatražio upis u zemljišne knjige nije postupao u dobroj vjeri jer je u trenutku kad je sklopio pravni posao s otudivateljem znao da je nekretnina drugomu već valjano otuđena i predana u samostalan posjed. Takav zahtjev za brisanje može se postaviti u roku od tri godine od upisa čije se brisanje zahtijeva (čl. 125. st. 2. ZV-a).

Darovanje je besplatni pravni posao, pa je isključena odgovornost darovatelja za materijalne i pravne nedostatke dara. Međutim, slično pravilu kojeg je sadržavao par. 945. OGZ-a,⁶³ prema odredbi čl. 483. st. 1. ZOO/05, ako je darovatelj namjerno prešutio nedostatak dara, dužan je obdareniku naknaditi štetu koja mu je nastala u uzročnoj vezi s tim materijalnim ili pravnim nedostatkom. Tako odgovornosti za štetu nema ako je darovatelj bio u zabludi glede vlasništva dara. No, darovatelj neće odgovarati ni za štetu koju pretrpi obdarenik koji je znajući da je stvar tuđa, prihvatio darovanje (čl. 483. st. 2. ZOO/05).

Ukoliko bi došlo do situacije u kojoj se prema vani nešto prikazuje kao ugovor o darovanju, a stvarno se radi o nečem drugom ili ugovora uopće nema ili je to neki drugi ugovor), treba primijeniti opća pravila o simuliranim i disimuliranim pravnim poslovima, uz punu zaštitu trećeg savjesnog stjecatelja.⁶⁴

7. Vrste ugovora

Uzimajući u obzir potrebe sudske prakse u primjeni pravnih pravila OGZ-a, te u cilju izdvajanja posebnosti pojedinih vrsta ugovora o darovanju, ZOO/05

⁶² Vidjeti P. Simonetti, *Rasprave iz stvarnog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2001., str. 65.-76., 88.-114.

⁶³ Prema par. 945 ABGB, ako je darovatelj znao da daruje tuđu stvar, a to je prešutio obdareniku, odgovara za nastalu štetu. Sukladno općim pravilima ovog Zakonika, odgovara i za zakašnjenje (par. 1333-1336), te za neispunjenje činidbe (par. 1295. ABGB). U njemačkom pravu odgovornost darovatelja ograničena je na namjeru i krajnju nepažnju (par. 521. BGB), a u kom slučaju je dužan obdareniku naknaditi nastalu štetu (par. 523. i 524 BGB-a). Francuski zakonik ne sadrži posebna pravila o odgovornosti darovatelja, pa primjenom općih pravila (čl. 1140. – 1155. CC) darovatelj odgovara obdareniku za neispunjenje tražbine, te za zakašnjenje u ispunjenju tražbine, dok ne odgovara za pravne i materijalne nedostatke darovane stvari.

⁶⁴ Vidjeti više o učincima u: V. Šeparović, op. cit., str. 1169. i dalje.

odredbom čl. 484. - 491. posebno regulira darovanje s nametom, nagradno darovanje, uzajamno darovanje, mješovito darovanje, te darovanje za slučaj smrti.⁶⁵

7.1. Darovanje s nametom

U dosadašnjoj praksi nije bio rijedak slučaj da darovatelj posebnim nalogom u ugovoru o darovanju obveže obdarenika da u korist darovatelja ili treće osobe izvrši određenu radnju ili se od nje uzdrži. Kako OGZ nije precizno regulirao takvu vrstu ugovora o darovanju, to se on tumačio sukladno općim pravilima obveznih odnosa o ugovoru u korist treće osobe.⁶⁶ ZOO/05, prihvaćajući potrebu prakse, odredbama čl. 484.- 487. precizno regulira darovanje s nametom (*donatio sub modo*). Tako se prema odredbi čl. 484. ZOO/05 uglavkom o nametu (nalogu) može obvezati obdarenika da u korist darovatelja, treće osobe, u javnom ili vlastitom interesu izvrši određenu radnju ili se od nje uzdrži. U ovom slučaju od obdarenika se zahtijeva određena protučinidba, ali to ne mijenja karakter ugovora o darovanju. Naime, ugovor o darovanju nastaje tek suglasnošću volja objiju stranaka, pa obdarenik prihvatom darovanja (prihvata *animus donandi*), prihvaća i namet kao uglavak tog ugovora. Isto tako obdarenik nije u obvezi ispuniti nalog ako su troškovi njegova ispunjenja veći od vrijednosti dara, a razlika se ne nadoknađuje. Pravo zahtijevati ispunjenje nameta prema obdareniku pripada samo darovatelju, odnosno njegovim nasljednicima, a tek iznimno, i to kad je namet određen u javnom interesu, tada ispunjenje nameta može zahtijevati i nadležno državno tijelo (čl. 485. st. 1. ZOO/05). Ispunjenje nameta može se zahtijevati od obdarenika samo pod pretpostavkom da je darovatelj ispunio svoju činidbu iz ugovora o darovanju (čl. 485. st. 2. ZOO/05). Utoliko, u okolnostima kada darovatelj nije predao nekretninu u posjed obdarenika, odnosno kada mu nije ispustio tabularnu ispravu sposobnu za upis prava vlasništva obdarenika nad tom nekretninom u zemljišne knjige, kako je to bio obvezan prema sklopljenom ugovoru o darovanju, niti darovatelj, odnosno njegovi nasljednici, niti nadležno državno tijelo (kad je namet određen u javnom interesu) neće moći zahtijevati ispunjenje nameta. Ispunjenje nameta neće se moći zahtijevati ni u slučaju kad je bez krivnje obdarenika njegovo ispunjenje postalo nemoguće poslije sklapanja ugovora o darovanju (čl. 485. st. 3. ZOO/05). Ako je obdarenik u obvezi ispuniti namet, a ne ispuni ga ni u naknadno ostavljenom primjerenom roku, darovatelj može raskinuti ugovor o darovanju i zahtijevati povrat nekretnine, osim kad je netko treći stekao pravo zahtijevati ispunjenje nameta (čl. 485. st. 4. ZOO/05).

⁶⁵ Vidjeti više o tim različitim podvrstama u: S. Perović, *Obligaciono pravo, SL SFRJ, 1990.*, str. 603.-608., M. Vedriš, P. Klarić, *op. cit.*, str. 486., i u: B. Vizner, *Građansko pravo, Rijeka, 1969.*, str. 1104. i dalje.

⁶⁶ Ugovor u korist trećeg: čl. 149. – 153. ZOO/91.

Obdarenik, shodno odredbi čl. 486. ZOO/05, ima pravo odbiti ispunjenje nameta ako vrijednost nekretnine (dara) ne pokriva troškove njegova ispunjenja, a razlika mu se ne naknađuje. Ovo mu pravo pripada i u slučaju kad je namet suprotan nekom prisilnom propisu, tj. kad se namet odnosi na protupravnu radnju. U naprijed navedenim okolnostima, dakle kada je obdarenik ovlašten odbiti ispunjenje nameta, on nije dužan vratiti dar, već dar zadržava. Od okolnosti u kojima je obdarenik ovlašten odbiti ispunjenje nameta iz čl. 486. ovog Zakona, valja razlikovati oslobođenje od obveze ispunjenja nameta kojeg regulira odredba čl. 487. ZOO/05. Naime, izvan slučaja kad je ispunjenje nameta u javnom interesu, obdarenik se može osloboditi obveze ispunjenja nameta povratom dara. Obdarenik će u ovom slučaju biti dužan vratiti dar u stanju u kojem se nalazi u trenutku kad se od njega zahtijeva ispunjenje nameta.

7.2. Nagradno darovanje

Regulativa nagradnog darovanja (*donatio remunerationis causa*) iz čl. 488. ZOO/05 u biti recipira par. 940. i par. 941. OGZ-a. Naime, darovanje se smatra i ono koje je učinjeno na ime nagrade, priznanja ili neke zasluge, osim ako je obdarenik otprije imao pravo zahtijevati nagradu. Ukoliko je obdarenik imao pravo na nagradu po osnovi ugovora ili zakona, u tom slučaju se neće raditi o darovanju, već o naplatnom pravnom poslu.

7.3. Uzajamno darovanje

Ako je ugovoreno da će obdarenik uzvratiti darom (uzajamno darovanje (*donatio reciproca*), darovanje postoji samo glede veće vrijednosti dara (čl. 489. ZOO/05).⁶⁷ U ovom slučaju ugovoreno je da će obdarenik uzvratiti darom, čime je darovanje uvjetovano uzvratnim darom, pa darovanje postoji samo glede razlike njihove vrijednosti. No, i glede veće vrijednosti dara postoji darovanje samo pod pretpostavkom da glede te razlike postoji namjera darovanja - *animus donandi*. Bez namjere darovanja ne bi se radilo o ugovoru o darovanju, pa bi se ugovor eventualno mogao pobijati zbog prekomjernog oštećenja (očiti nerazmjer činidaba) u smislu odredbe čl. 375. ZOO/05.

7.4. Mješovito darovanje

Ako u nekom naplatnom pravnom poslu vrijednost uzajamnih davanja nije jednaka, razlika u vrijednosti davanja smatra se darom ako je za to postojala namjera darovanja - *animus donandi* (čl.490. st. 1. ZOO/05). Mješovito darovanje (*negotium mixtum cum donatione*) tako, u dijelu u kojem postoji jednaka

⁶⁷ Slično su određivala pravna pravila par. 942. OGZ-a.

vrijednost uzajamnih davanja predstavlja naplatni pravni posao, dok se u dijelu razlike vrijednosti smatra darom, ali samo pod uvjetom da je u ugovoru jasno izražena namjera darovanja. Naime *animus donandi* se ne pretpostavlja, a da na nedvojbena način ne proizlazi iz pravnog posla. Je li u pojedinom slučaju za razliku vrijednosti uzajamnih davanja postoji namjera darovanja od važnosti je, kako zbog posebnih pravila u kojima se može opozvati darovanje, tako i zbog mogućnosti pobijanja naplatnog pravnog posla kod očitog nerazmjera činidaba u smislu odredbe čl. 375 ZOO/05. Utoliko je posebno regulirano da se pravni poslovi u kojima za razliku vrijednosti uzajamnih davanja postoji namjera darovanja, ne mogu pobijati zbog prekomjernog oštećenja (čl. 490. st. 2. ZOO/05).

Mješovito darovanje često se susreće u praksi. U primjeni pravnih pravila OGZ, mješovito darovanje najčešće je dolazilo do izražaja u ugovoru o dosmrtnom uzdržavanju, ugovoru o doživotnom uzdržavanju, ugovoru o prodaji, te ugovoru o zamjeni.

7.5. Darovanje za slučaj smrti

Darovanje za slučaj smrti (*donatio mortis causa*), kao posebna vrsta darovanja, u naše pravo uvedeno je primjenom par. 956. OGZ-a. Iako je sudska praksa izričito dopuštala ovaj pravni posao, ne izjednačavajući ga s ništetnim ugovorom o nasljeđivanju⁶⁸, njegova primjena u praksi bila je rijetka. Ovaj ugovor ispunjava se tek poslije smrti darovatelja, pa sukladno odredbi čl. 491. ZOO/05, mora biti sastavljen u obliku javnobilježničkog akta ili ovjerovljene (solemnizirane) privatne isprave. No, ovaj strogi oblik ugovora proizlazi već iz odredbe čl. 482. st. 2. ZOO/05 jer se radi o darovanju bez prave predaje stvari. Osim što se ispunjava tek poslije smrti darovatelja, pa se s tim u svezi traži stroži oblik ugovora, u svim ostalim odrednicama (suglasnost volja, namjera darovanja i dr.) ovaj ugovor tumači se shodno općim pretpostavkama za sklapanje ugovora o darovanju.

8. Odustanak od ugovora o darovanju

Darovanje je besplatan pravni posao, pa ZOO/05 odredbom čl. 492. dopušta da darovatelj u određenim okolnostima odustane od ugovora o darovanju. Darovatelj može, sve dok njegova obveza na ispunjenje ne dospije, odustati od ugovora o darovanju, pod pretpostavkom da se poslije sklapanja ugovora njegovo imovinsko stanje toliko pogoršalo da bi ispunjenje ugovora ugrozilo njegovo uzdržavanje, odnosno onemogućilo ispunjenje njegove obveze davanja

⁶⁸ Čl. 108. Zakona o nasljeđivanju, NN br. 52/71, 47/78 i 56/00. (dalje: ZN), čl. 102. Zakona o nasljeđivanju, NN br.48/03, 163/03 (dalje: ZN 03).

uzdržavanja. Dakle, ne može se odustati od ugovora o darovanju nekretnine u kojem je namjera darovanja za prepuštanje nekretnine u vlasništvo obdarenika dospjela s trenutkom sklapanja ugovora, već samo od darovanja u kojem je obveza za ispunjenje odgođena za buduće vrijeme. Tako je npr. darovatelj kod darovanja koje se ima ispuniti tek poslije njegove smrti, za svog života ovlašten odustati od ugovora o darovanju ako je poslije sklapanja ugovora osiromašio u takvoj mjeri da bi ispunjenje ugovora ugrozilo njegovo uzdržavanje, odnosno osoba koje je on dužan uzdržavati. Odustanak od darovanja moguć je od trenutka sklapanja ugovora do dospijeca ispunjenja koje je precizirano u tom ugovoru, pa su u svakom pojedinom slučaju relevantne okolnosti:

- je li darovatelj od ugovora odustao prije nego je dospjela njegova obveza na ispunjenje iz sklopljenog ugovora o darovanju te
- je li se imovinsko stanje darovatelja poslije sklapanja ugovora toliko pogoršalo da bi ispunjenje ugovora ugrozilo njegovo uzdržavanje, odnosno osoba koje je on dužan uzdržavati.

Ukoliko ove dvije pretpostavke nisu kumulativno ispunjene, odustanak nije moguć i darovatelj će biti u obvezi ispuniti obvezu koju je preuzeo ugovorom o darovanju.

9. Opoziv darovanja

Uzimajući u obzir posebnosti darovanja kao besplatnog pravnog posla, u kojem darovatelj nije bio u bilo kakvoj obvezi, pa ni moralnoj, sklopiti ugovor o darovanju s obdarenikom (u suprotnom se ne bi radilo o darovanju), ZOO/05 predviđa i precizno regulira okolnosti u kojima je moguće izvršiti opoziv darovanja. Opoziv darovanja i do sada su u našem pravu predviđala pravna pravila par. 946.-954. OGZ-a.⁶⁹ No, razlozi za opoziv odredbama čl. 493.-498. ZOO/05 suženi su u odnosu na razloge OGZ-a. U odnosu na odstupanja prema pravilima OGZ-a, valja reći da je u našem pravu učinak pravnih radnji dužnika na štetu vjerovnika (*actio Pauliana*) precizno reguliran odredbama čl. 66.-71. ZOO/05, dok je materija povrede nužnog dijela regulirana odredbama ZN 03

⁶⁹ OGZ/ABGB par. 946. postavlja opće pravilo da se ugovor o darovanju ne može opozvati. Ali isto tako predviđeni su izuzeci od tog pravila zbog naknadnog osiromašenja darovatelja (par. 947.), nezahvalnosti obdarenika (par. 948. i 949.), povrede obveze uzdržavanja (par. 950.), povrede nužnog dijela (par. 951. i 952.) ako je učinjeno na štetu vjerovnika (par. 953.) te naknadnog rođenja djece (par. 954.). Njemačko pravo kao pretpostavku opoziva darovanja zahtijeva grubu nezahvalnost obdarenika (par. 530. BGB). Prema ovom Zakoniku neispunjenje nameta (par. 527. BGB), osiromašenje darovatelja te nemogućnost uzdržavanja osoba koje je darovatelj dužan uzdržavati (par. 528. BGB) nisu razlozi za opoziv darovanja već predstavljaju osnov za opoziv po pravilima stjecanja bez osnove (par. 812.-822. BGB). U francuskom zakonodavstvu, u smislu odredbi čl. 953.-966. CC, ugovor o darovanju može se opozvati zbog neispunjenja nameta, nezahvalnosti obdarenika te naknadno rođene djece darovatelja.

(čl. 69.-88. ovog Zakona). Osim toga, sada je posebno uređen institut nadopune zbog povrede uzdržavanja (čl. 495. ZOO/05).

9.1. Opoziv zbog osiromašenja darovatelja

Darovatelj koji nakon ispunjenja ugovora o darovanju toliko osiromaši da više nema sredstava za svoje nužno uzdržavanje, a nema ni osobe koja ga je po zakonu dužna uzdržavati, može opozvati darovanje i od obdarenika zahtijevati povrat dara. Darovanje se može opozvati samo ako se dar ili njegova vrijednost još nalazi u imovini obdarenika, te ako se i obdarenik ne nalazi u oskudici glede svoga uzdržavanja i uzdržavanja osoba koje je po zakonu dužan uzdržavati (čl. 493. st. 1. i 2. ZOO/05)⁷⁰. Dakle, pravo na opoziv zbog osiromašenja darovatelja (*exceptio ob egestatem*) pripada darovatelju u kumulativno ispunjenim pretpostavkama:

- da je darovatelj nakon ispunjenja ugovora toliko osiromašio da više nema sredstava za svoje nužno uzdržavanje (osiromašenje u kojem darovatelj više nema sredstava za svoje nužno uzdržavanje valja cijiniti prema objektivnom kriteriju, dakle neovisno o standardu u kojem je darovatelj inače živio),
- da se darovatelj u oskudicu nije doveo namjerno ili grubom nemarnošću (čl. 493. st. 4. ZOO/05),
- da nema osobe koja bi darovatelja po zakonu bila dužna uzdržavati (*ratio legis* upućuje na primjenu ovog instituta i u okolnostima kada te osobe ima, ali nije u stanju pružati nužno uzdržavanje),
- da se dar ili njegova vrijednost još nalazi u imovini obdarenika te
- da se obdarenik ne nalazi u oskudici glede svog uzdržavanja i uzdržavanja osoba koje je po zakonu dužan uzdržavati.

I u okolnostima kada su kumulativno ispunjene navedene pretpostavke za opoziv zbog osiromašenja darovatelja, obdarenik neće biti dužan vratiti dar ukoliko osigura darovatelju sredstva koja mu nedostaju za uzdržavanje u granicama opravdanih potreba (čl. 493. st. 3. ZOO/05).

Darovanje se opoziva pisanom izjavom upućenom obdareniku, a potpis na izjavi mora biti ovjeren od strane javnog bilježnika (čl. 496 ZOO/05).

Opoziv darovanja nekretnine zbog osiromašenja darovatelja ograničeno je objektivnim rokom od deset godina, koji se računa od predaje dara (čl. 493. st. 4. ZOO/05)⁷¹.

⁷⁰ Opoziv zbog osiromašenja darovatelja slično je bio reguliran par. 947. OGZ-a, pa će u većem dijelu i dalje biti od koristi praksa koju su sudovi izgradili primjenom pravnih pravila.

⁷¹ Odredbom čl. 493. st. 4. ZOO/05 za pokretne stvari kao predmet darovanja, predviđen je poseban rok u kojem je moguće izvršiti opoziv (od pet godina računajući od predaje te pokretne stvari obdareniku).

“Nalazeći da nisu ostvarene pretpostavke za opoziv darovanja temeljem oskudice nižestupajnski sudovi su odbili tužbeni zahtjev i time pravilno primijenili materijalno pravo. Naime, prema pravnim pravilima građanskog prava (paragraf 947. OGZ) ako darovatelj naknadno toliko osiromaši da nema više sredstava za život, a nema nikog tko bi ga po zakonu bio dužan uzdržavati, može opozvati darovanje. U konkretnom slučaju tužiteljica je bila u oskudici i u vrijeme darovanja, a postoje osobe koje su po zakonu dužne je uzdržavati.” - VSRH Rev 559/1997-2 od 24. kolovoza 2000. god. (prema: web stranica VSRH).

“S obzirom na navedena utvrđenja, pravilno su nižestupajnski sudovi zaključili da nisu ostvareni uvjeti za raskid spornog darovnog ugovora, niti po osnovi pravnog pravila iz paragrafa 947. niti 948. OGZ-a, jer je potrebno da do osiromašenja darovatelja dođe nakon sklapanja ugovora, što u konkretnom predmetu nije slučaj. Premda tužitelj nije dokazao postojanje okolnosti iz pravnog pravila sadržanog u paragrafu 948. OGZ koji glasi: “Darovanje se može poreći, ako je obdarenik krivac kakove grube neharmonosti prema svom dobroćincu. Pod grubom neharmonošću razumijeva se takova pozljedna tijela ili uvreda u poštenju u slobodi ili imovini da se nasuprot uvredioca može postupati službeno, ili na zahtijevanje uvređenika po zakonu kaznenom.”. Valja ipak reći da u smislu navedene odredbe kumulativno moraju biti ispunjeni uvjeti da radnje daroprimca prema darodavcu moraju imati obilježje kaznenog djela te po svom značenju moraju razumno opravdavati opoziv darovanja, koji uvjeti u konkretnom slučaju također nisu ostvareni.” - VSRH Rev 1526/1998-2 od 04. travnja 2001. god. (prema: web stranica VSRH).

9.2. *Opoziv zbog nezahvalnosti*

Slično kako je to bilo postavljeno pravnim pravilima par. 948.-949. OGZ-a (opoziv zbog neharmonosti), prema odredbi čl. 494. ZOO/05 u našem je pravu i dalje moguće darovanje opozvati zbog nezahvalnosti (*exemptio ob ingratitudinem*). Darovatelj može opozvati darovanje zbog grube nezahvalnosti obdarenika. Gruba nezahvalnost podrazumijeva da je obdarenik učinio prema darovatelju ili nekom od članova njegove uže obitelji djelo kažnjivo po kaznenim propisima ili se teže ogriješio o zakonom utvrđene dužnosti prema darovatelju ili članu njegove uže obitelji (čl. 494. st. 1 i 2. ZOO/05). Ova odredba u bitnom recipira par. 948. OGZ-a, pa je u tumačenju pojma grube nezahvalnosti, kao i kod opoziva zbog osiromašenja, u većem dijelu primjenjiva sudska praksa nastala u primjeni pravnih pravila.

Pojam uže obitelji valja svakako tumačiti u okviru normative obiteljskog prava.⁷² No, kako u ovom dijelu nema precizne zakonske definicije, određenje

⁷² Obiteljski zakon, NN br. 116/03., 17/04. i 136/04. (dalje: OZ03)

članova uže obitelji valja tumačiti *in favorem* darovatelja. Isto tako Zakon ne postavlja ograničenja glede djela kažnjivog po kaznenom propisu, ali je nužno da je to djelo učinjeno prema darovatelju ili nekom od članova njegove uže obitelji. Nije dakle, nužna kaznena osuda, već se o tom kao o prethodnom pitanju može odlučivati u parničnom postupku.

Darovanje osim darovatelja zbog razloga nezahvalnosti mogu opozvati i njegovi nasljednici, ali samo u okolnostima da je obdarenik namjerno usmrtio darovatelja ili ga je spriječio da opozove darovanje (čl. 494. st. 3. ZOO/05). U ovom dijelu normativa izmijenjena je u odnosu na par. 949. OGZ-a, koji je nasljednicima za opoziv po ovoj osnovi davao jednaka prava kao i darovatelju.

I kad su ispunjene naprijed navedene pretpostavke, darovanje se neće moći opozvati zbog grube nezahvalnosti koju je darovatelj oprostio obdareniku (čl. 494. st. 4. ZOO/05).

Darovatelj se ne može unaprijed odreći od prava na opoziv darovanja zbog grube nezahvalnosti obdarenika, jer takvo odricanje, sukladno odredbi čl. 494. st. 5. ZOO/05, nema pravni učinak. Opoziva se pisanom izjavom upućenom obdareniku, a potpis na izjavi mora biti ovjeren od strane javnog bilježnika (čl. 496 ZOO/05). Pravo na opoziv darovanja prestaje istekom godine dana (prekluzivni rok), od dana kad je osoba koja ima pravo na opoziv saznala za razlog opoziva (čl. 497. ZOO/05).

“Naime, iz utvrđenja nižestupanjskih sudova proizlazi da tužitelj tužbom od 17.7.1996. god. traži da se raskine darovni ugovor od 3.4.1987. kojim je darovao tuženiku dio nekretnine u naravi stambene zgrade sagrađene na kčbr. 500 i upisane u Z.U. 1196 K.O. Slatina te da posljednjih desetak godina tužitelj ne živi u kući sa tuženikom, budući da je dobrovoljno iz nje otišao i živi s drugom ženom. S druge strane utvrđeno je da tuženik živi u zajedničkom domaćinstvu s majkom koja je teški duševni bolesnik i o kojoj vodi cjelokupnu brigu, a također plaća režijske troškove za kuću, od čega bi dio troškova trebao snositi tužitelj. Utvrđeno je također da tuženik ne brani tužitelju povratak u obiteljsku kuću, koje je tužitelj još uvijek suvlasnik u jednom djelu. Tvrdnju tužitelja da ga jednom prilikom tuženik dva puta, doduše blago, ošamario, tuženik je porekao, a i sam tužitelj saslušan kao stranka je iskazao da ga osim toga tuženik nikada nije vrijeđao, šamarao, niti se na sličan način ponašao prema njemu, da su njihovi uzajamni odnosi dobri, a razlog nezadovoljstva tužitelja je njegova supruga s kojom je u zavadi, a koja je nezadovoljna zbog toga što tužitelj “spava u kući druge žene.” Prema pravnim pravilima iz paragrafa 948. koje se primjenjuje u ovom sporu darovanje se može poreći ako je obdarenik krivac kakove grube neharnosti prema svom dobroćincu. Pod grubom neharnošću razumijeva se takova pozljava tijela ili uvreda u poštenju, u slobodi ili imovini da se nasuprot uvredioca može postupati službeno, ili na zahtijevanje uvređenika po zakonu kaznenom.” - VSRH Rev 1852/1997. od 6. prosinca 2000. god. (prema: web stranica VSRH).

9.3. Nadopuna zbog povrede dužnog uzdržavanja

Pravnim pravilom par. 950. OGZ-a bila je predviđena mogućnost opoziva darovanja radi oštećenja dužnoga uzdržavanja. Iako je institut pobijanja dužnikovih pravnih radnji precizno normiran odredbama čl. 66-71. ZOO/05, posebna regulativa ugovora o darovanju i dalje sadrži ovaj oblik opoziva, ali pod nazivom nadopune zbog povrede dužnog uzdržavanja.

Ako je darovatelj učinjenim darovanjem povrijedio svoju obvezu uzdržavanja prema trećim osobama, ta uzdržavana osoba snagom odredbe čl. 495. st. 1. ZOO/05 ima pravo zahtijevati od obdarenika da ovaj umjesto darovatelja plaća uzdržavanje tako da nadopuni ono što mu darovatelj, zbog učinjenog darovanja, nije više u stanju davati.

Ako je više obdarenika, redosljed je određen kao i u nasljednom pravu glede više darivanja kod zaštite nužnog dijela, pa je raniji obdarenik u obvezi samo ako prilozi kasnijih obdarenika nisu dovoljni za nadopunu uzdržavanja. Nadopuna se može zahtijevati i od obdarenikovih nasljednika, ako se dar ili njegova vrijednost nalaze u ostavini (čl. 495. st. 2. i 3. ZOO/05).

Obzirom da je i nadopuna zbog povrede dužnog uzdržavanja jedan oblik opoziva, i na njega se analogno primjenjuju odredbe o obliku opoziva te prestanku prava na opoziv darovanja iz čl. 496. i 497. ZOO/05.

9.4. Pravni učinci opoziva darovanja nekretnine

Ukoliko su ispunjene pretpostavke opoziva darovanja zbog osiromašenja darovatelja ili zbog grube nezahvalnosti obdarenika, obdarenik će biti dužan vratiti nekretninu koja je bila predmet darovanja, odnosno njenu vrijednost, a sve prema pravilima stjecanja bez osnove⁷³ (čl. 498. ZOO/05). U ovom slučaju radi se o stjecanju po osnovi koja je kasnije otpala (*condictio ob causam finitam*),⁷⁴ jer je činidba uslijedila temeljem valjane pravne osnove koja je kasnije otpala. Obdarenik je tako dužan vratiti nekretninu koja je bila predmet darovanja. Ukoliko je obdarenik temeljem ugovora o darovanju kao knjižne isprave, podnio zahtjev za uknjižbu prava vlasništva na svoje ime i tako stekao vlasništvo nad predmetnom nekretninom, dodatno će njegova obveza, pored vraćanja nekretnine, biti i ispuštanje isprave sposobne za uknjižbu prava vlasništva darovatelja, odnosno njegovih nasljednika, nad tom nekretninom. Kako je obdarenik nekretninu držao u posjedu temeljem ugovora o darovanju, koji je do izjavljenog opoziva predstavljao valjanu pravnu osnovu, to istog valja

⁷³ Stjecanje bez osnove regulirano je odredbama čl. 1111.-1120. ZOO/05.

⁷⁴ Čl. 1111. st. 3. ZOO/05: Obveza vraćanja, odnosno nadoknade vrijednosti nastaje i kad se nešto primi s obzirom na osnovu koja se nije ostvarila ili koja je kasnije otpala.

cijeniti poštenim stjecateljem.⁷⁵ Kao pošten stjecatelj obvezan je nekretninu vratiti u onom stanju u kakvom je bila u trenutku podnošenja zahtijeva, dakle i plodove (prirodne – npr. plodove voća i civilne – npr. zakupninu) i platiti zatezne kamate, od dana podnošenja zahtijeva. Različit je položaj obdarenika kao nepoštenog stjecatelja. U tom slučaju nekretninu bi trebao vratiti u stanju u kakvom je bila s trenutkom stjecanja. To znači da odgovara i za njezino pogoršanje i oštećenje, pa ukoliko se nekretnina ne može dovesti u to stanje, obdarenik bi uz povrat nekretnine bio obvezan i na novčanu naknadu.

Ukoliko vraćanje više nije moguće (nekretnina je prodana, zamijenjena i slično) obdarenik je dužan naknaditi vrijednost postignute koristi (čl. 1111. i čl. 1115 ZOO/05).

Obdarenik kao pošten stjecatelj, ima pravo na naknadu nužnih troškova (troškovi potrebni da bi se stvar sačuvala od propasti i oštećenja) te korisnih troškova (troškovi kojima je podignuta vrijednost nekretnine) koje je imao nad nekretninom, dok bi kao nepošten stjecatelj imao pravo samo na naknadu nužnih troškova (čl.1116. ZOO/05).

10. Uračunavanje darovane nekretnine u nasljednom pravu

U nasljednom pravu postoje neke posebne, specijalne odredbe koja se odnose na pravni status ugovora o darovanju (i) nekretnine, pa i tome treba posvetiti dio prostora. Vrlo konkretno, radi se o ugovorima o darovanju nekretnina i mogućnostima drugih nasljednika nakon smrti darovatelja.

Koliko god za života ostavitelja koji raspolaže bez postojanja uvjeta koji bi inače omogućili pobijanje raspolaganja⁷⁶ nasljednici nemaju pravih mogućnosti pobijati ugovor darovanju, to se (pod zakonskim pretpostavkama) u bitnom mijenja nakon otvaranja ostavine. Naime, svaki nasljednik koji smatra da je oštećen ima pravo tražiti tzv. uračunavanje (*collatio, collatio bonorum*⁷⁷) i time sebe dovesti u pravno i stvarno povoljniji položaj, položaj u kojemu mu je osiguran (barem) nužni nasljedni dio. Pri tome se dar uračunava prema stanju u vrijeme darovanja, a prema vrijednosti u času otvaranja nasljedstva.⁷⁸

⁷⁵ Obdarenik je pošten stjecatelj ako nije znao niti je prema okolnostima, uz pažnju prosječnog čovjeka, mogao znati za svoje neopravdano obogaćenje. Obdarenik je nepošten ako je znao ili prema okolnostima, rabeći pažnju prosječnog čovjeka, mogao znati da se neosnovano obogatio na račun darovatelja.

⁷⁶ Npr. poslovna sposobnost, oblik ugovora.

⁷⁷ Vidjeti više o institutu uračunavanja u: N. Gavella, Nasljedno pravo, Informator, Zagreb, 1986., str. 265., M. Kreč - Đ. Pavić, Komentar zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom, Narodne novine, Zagreb, 1964., str. 149 i dalje, J. Crnić – A. Končić, Zakon o nasljeđivanju, Organizator, Zagreb, 2003., str. 289. i dalje.

⁷⁸ V. čl. 95. ZN 03. Problem mogu biti ostavine kod kojih od otvaranja do samog ostavinskog postupka (ili barem onog dijela kada se uzme u obzir ta nekretnina) prođe mnogo vremena (školski primjer su nekretnine u Dubrovniku kod ostavine koja je otvorena 1991. god., a rješava se sada – vrijednosti su se udesetostručile i pravila uračunavanja koja tome nisu prilagođena praktično pogoduju zlorabu od strane obdarenika.

Primijenjeno na ugovor o darovanju nekretnine⁷⁹ to znači da će u izračunu onaj tko je tražio uračunavanje imati mnogo bolje izgleda nego npr. da se radi o automobilu.⁸⁰

Ponekad će se dogoditi da se ugovor o darovanju baš zbog želje za oštećenjem drugih nasljednika formalno sklapa kao teretni ugovor (najčešće onaj o uzdržavanju) i u tom slučaju primjenjuju se opća pravila o simuliranim pravnim poslovima, pri čemu naravno teret dokaza snosi onaj tko tvrdi da se stvarno radi o darovanju⁸¹ (čl. 285. ZOO/05, čl. 66. ZOO/91.).

11. Pobijanje ugovora o darovanju nekretnine paulijanskim tužbama

Pobijanje dužnikovih pravnih radnji sada je uređeno u čl. 66.-71. ZOO 2005. (ranije 280.-285 ZOO/91.). Treba naglasiti da se radi o mjeri koja služi zaštiti vjerovnika, što je u skladu s općom težnjom što veće i učinkovitije zaštite vjerovnika (koja, nažalost, često ostaje na razini deklaracije, daleko od stvarnog stanja) kao jednog od čimbenika sustava vladavine prava. *Ratio legis* je u odredbi čl. 65. prema kojoj je dužnik u obvezi u cijelosti ispuniti obvezu, za što odgovara cjelokupnom svojom imovinom. Ako je tako, tada je nužno vjerovnika zaštititi od dužnikovih raspolaganja (posebno i darovanja i uopće besplatnih raspolaganja) kojima bi bilo ugroženo ostvarivanje njegove tražbine. Radi se o razumnom kompromisu između želje da se ne ograničava nikoga (pa ni dužnika) u raspolaganju vlastitom imovinom (što bi bilo u suprotnosti s nekim osnovnim pravnim načelima, pa tako npr. i načelom slobode ugovaranja, slobode raspolaganja svojom imovinom, slobode izražavanja svoje slobode volje...) i želje da se ne dopusti nikome da svojim raspolaganjima dovede sebe u položaj u kojemu se vjerovnik ne može namiriti.

Za ugovor o darovanju od paulijanskih tužbi najbitnija je *actio quasi Pauliana* iz čl. 67. st. 3. ZOO/05. Ovom paulijanskom tužbom pobijaju se besplatna raspolaganja (znači i ugovor o darovanju) i ona koja su s njima izjednačena. Propisuje se neoboriva predmnjeva znanja za dužnika, i da to je li treća osoba nešto znala ili mogla znati uopće nije od pravnog značenja.

Ova tužba namijenjena je samo za besplatna raspolaganja⁸² kao vrlo ozbiljan i lako dokaziv slučaj izigravanja ili oštećenja vjerovnika. Besplatno raspolaganje

⁷⁹ A prema naravi stvari bitna je razlika između nekretnina i većeg dijela pokretnina koje vremenom jako gube vrijednost (ne sve, npr. umjetnička djela svakako ne).

⁸⁰ Gdje bi sukladno čl. 94. ZN 03 obdarenik vrlo često vratio dar u ostavinu (realna kolacija) i nasljeđivao kao da dara nije ni bilo.

⁸¹ Nekad će se ugovor o uzdržavanju putem konverzije smatrati ugovorom o darovanju (npr. kada je davatelj znao za skorou smrti druge strane).

⁸² Iako je npr. neki pravni posao formalno naplatan, on (u slučaju simulacije, ali i tzv. mikstnih poslova) može biti stvarno besplatan.

je ipak daleko širi pojam i obuhvaća, pored darovanja, i niz drugih besplatnih raspolaganja.⁸³

“Naime, odredbom iz čl. 280. st. 1. Zakona o obveznim odnosima “Narodne novine” br. 53/91., 73/91., 3/94., i 7/96. - dalje ZOO) propisano je da svaki vjerovnik čije je potraživanje dospjelo za isplatu i bez obzira na to kada je nastalo, može pobijati pravnu radnju svog dužnika koja je poduzeta na štetu vjerovnika. To znači da pravo pobijanja pripada svakom vjerovniku dospjelog potraživanja “i bez obzira kada je njegova tražbina nastala” što dalje znači i bez obzira da li je njegova tražbina vremenski nastala prije ili poslije po dužniku poduzete pravne radnje koja se tužbom pobija.

Odredbom pak iz čl. 281. st. 3. ZOO, propisano je da se kod besplatnih raspolaganja i sa njima izjednačenih pravnih radnji, smatra da je dužnik znao da poduzetim raspolaganjem nanosi štetu vjerovnicima i za pobijanje tih radnji ne zahtijeva se da je trećoj osobi to bilo poznato ili moglo biti poznato. Ovo pak znači da se kod besplatnih raspolaganja i s njim izjednačenih pravnim radnjama neoborivo pretpostavlja (*praesumptio iuris et de iure*) da je dužnik znao i morao znati, a isto tako i onaj u čiju korist je raspolaganje učinjeno, da se poduzetim raspolaganjem nanosi šteta vjerovnicima. Tako otpada svaka potreba svakog dokazivanja od strane vjerovnika da je u vrijeme besplatnog raspolaganja kod dužnika i tuženika kao besplatnog korisnika postojalo svjesno znanje odnosno skrivljeno neznanje da se poduzetim besplatnim raspolaganjem nanosi vjerovniku šteta.” - presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Gzz – 109/02 – 2 od 20. svibnja 2003. god. (prema: web stranica VSRH).

“Okolnost da je ugovor (o darovanju) sklopljen s trećima na štetu vjerovnika, nema za posljedicu ništavost već se takav ugovor može pobijati pod pretpostavkama i uz iznimke iz čl. 280. do 285. Zakona o obveznim odnosima (“Narodne novine” broj 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 112/99 – dalje: ZOO).” - VSRH Rev 1342/1998. (prema: web stranica VSRH)

12. Porezni vid ugovora o darovanju nekretnine

Promet odnosno prijenos prava temeljem ugovora o darovanju je često posebno pogodovan.⁸⁴ To pogodovanje vrlo rijetko vrijedi i generalno i bezuvjetno (što je i logično jer bi inače to, pored ostaloga, bio jak motiv za simuliranje prometa kojega stvarno nema), ali je zato često pravilo u odnosima između bliskih srodnika. Prema pozitivnim propisima prijenos odnosno stjecanje oslobođeno je plaćanja poreza na promet nekretnina bez naknade (što

⁸³ Npr. odreku od nasljedstva, odreku do tužbenog zahtijeva, odreku od prava na pobijanje nekog posla, derelikciju ili napuštanje, oprost duga...

⁸⁴ Unatoč ovoj načelnoj konstataciji za naše pravo svojstveno je da je već nekoliko puta pokušana zakonska promjena kojom bi i najbliži srodnici bili porezno obuhvaćeni. Do sada su ti pokušaji ostali bez uspjeha, što ne znači da će tako ostati i zauvijek.

je šire, ali obuhvaća i ugovor o darovanju) u čitavom niz slučajeva taksativno navedenih u čl. 13. Zakona o porezu na promet nekretnina⁸⁵ koji glasi⁸⁶:

Porez na promet nekretnina pri nasljeđivanju, darovanju i drugom stjecanju nekretnina bez naknade ne plaćaju:

1. bračni drug, potomci i preci te posvojenici umrlog ili darovatelja;
2. braća i sestre, njihovi potomci te zetovi i snahe ostavitelja ili darovatelja kada nasljeđuju ili primaju na dar poljoprivredno zemljište ako im je poljoprivreda osnovni izvor prihoda;
3. braća i sestre, njihovi potomci te zetovi i snahe ostavitelja ili darovatelja kada nasljeđuju ili primaju na dar nekretnine ako su sa ostaviteljem ili darovateljem živjeli u gospodarskoj zajednici u vrijeme izgradnje građevine, stjecanja druge nekretnine, ostaviteljeve smrti ili primitka dara. Gospodarskom zajednicom u smislu ovoga Zakona smatra se zajedničko stjecanje prihoda i imovine te raspolaganje приходima i imovinom koja se nasljeđuje ili daruje;
4. pravne i fizičke osobe kojima Republika Hrvatska ili jedinica lokalne samouprave i uprave daruje, odnosno daje nekretnine bez naknade radi odštete ili iz drugih razloga u svezi s Domovinskim ratom;
5. bivši bračni drugovi kada uređuju svoje imovinske odnose u svezi s rastavom braka.

Već i na prvi pogled je jasno da postojeće porezno uređenje omogućava⁸⁷ da ugovor o darovanju, osim što omogućava porezna oslobođenja koja treba podržati, (p)ostaje vrlo učinkovit pravni instrument mogućih manipulacija, što bi trebalo onemogućiti vrlo jasnim i jednostavnim mjerama. *De lege lata* je moguće neograničeno puta provoditi prijenos između istih subjekata bez ikakvog plaćanja porezne obveze, što apsolutno nema i ne može imati opravdanja,⁸⁸ vrlo je jednostavno (pa i simulacijom) udovoljiti zahtjevu da gospodarska zajednica postoji u vrijeme darovanja,⁸⁹ što nedopustivo izjednačava one kojima oslobođenje i pogodnosti treba i priznati, moguće i povećati, i one koji objektivno (uvijek) i subjektivno (često) zlorabe te pogodnosti.

Navedeno znači da se kod ugovora o darovanju nekretnina u našem pozitivnom pravu još uvijek ne koriste sve one brojne mogućnosti (s jedne strane poticajne za one koji pogodnosti zaslužuju i, s druge strane, na neki način represivne za one koji pogodnosti zlorabe) koje fiskalni aparat inače ima.

⁸⁵ Zakon o porezu na promet nekretnina (NN 69/97., 26/00., 153/02 – dalje: ZPPN).

⁸⁶ Citirati ćemo samo one dijelove koji nam izgledaju najbitniji, a izostavljene označiti sa ...

⁸⁷ Teško je tvrditi da i potiče, iako se ponekad teško oteti i tom utisku.

⁸⁸ Upravo zbog toga je npr. najčešće potpuno neučinkovit institut isključenja iz suvlasničke zajednice gdje isključeni jednostavnim darovanjem, npr. sinu, udovolji sudskoj odluci, da bi mu sin isti poklon uzvratilo ako želi već sljedećeg dana (da je taj prijenos barem kod drugog darovanja oporeziv, bilo bi vjerojatno drukčije).

⁸⁹ Bilo bi mnogo logičnije uvjetno oslobođenje ako ta zajednica bude trajala.

“Raskid ugovora ne može biti samostalan temelje nastanka porezne obveze plaćanja poreza na darovanje.” - UpSRH Us 11127/1997. (prema: web stranica VSRH)⁹⁰

Zaključak

Regulativa ZOO/05 pravne ustanove darovanja u većem dijelu recipira pravila OGZ-a. Ugovor o darovanju nekretnine nastaje kad se darovatelj obveže prepustiti obdareniku bez protučinidbe određenu nekretninu, a obdarenik to prihvati. Ugovor o darovanju nekretnine kod kojeg je izvršena prava predaja nekretnine obdareniku sklapa se u pisanom obliku. No, ukoliko se radi o ugovoru o darovanju nekretnine bez prave predaje, ili o ugovoru o darovanju za slučaj smrti, za valjanost tog ugovora nije dovoljan pisani oblik istog, već se traži da bude sastavljen u obliku javnobilježničkog akta ili ovjerovljene (solemnizirane) privatne isprave. U protivnom ugovor nema pravni učinak ni onda kada su stranke u cijelosti ili u pretežitom dijelu ispunile obveze koje iz njega nastaju. Naime, s obzirom da se radi o darovanju (besplatnom pravnom poslu), te da se radi o prometu nekretnine, razlozi pravne sigurnosti u ovom slučaju ne upućuju na mogućnost osnaženja (konvalidacije) takvog ugovora. Iz ugovora o darovanju nekretnine treba biti vidljivo da je volja ugovornih stranaka upravljena na prijenos vlasništva određene nekretnine s darovatelja na obdarenika, s namjerom darovanja – *animus donandi*. Darovatelj je, dakle, svjestan da nije obvezan ustupiti obdareniku u vlasništvo nekretninu, ali on to čini s namjerom darovanja. Bez te svijesti i namjere ne dolazi do valjanog zaključenja ugovora o darovanju. Takvi ugovori sklopljeni pod manama volje bit će pobojni i darovatelj će moći zahtijevati poništaj tog ugovora prema općim odredbama obveznog prava. Upravo u ugovoru izražena namjera darovanja određuje ovaj ugovor u odnosu na sadržaj drugih imenovanih i neimenovanih ugovora do kojih može doći dispozicijom stranaka.

Da bi se na temelju ugovora o darovanju nekretnine kao osnova (naslov/*titulus*) stjecanja moglo prenijeti vlasništvo na obdarenika, potreban je upis obdarenikova vlasništva u zemljišnu knjigu (način/*modus* stjecanja). Utoliko ugovor o darovanju osim općim pretpostavkama dvostranog pravnog posla, te posebnim odredbama o darovanju, sadržajem i oblikom mora odgovarati i pravilima zemljišnoknjižnog prava, tj. kao tabularna ili zemljišnoknjižna isprava. Ugovor o darovanju nekretnine upravljen je na stjecanje prava vlasništva obdarenika nad nekretninom koja je bila predmet tog ugovora. Utoliko je darovatelj u obvezi (a obdarenik ima pravo zahtijevati) prepustiti obdareniku u vlasništvo tu nekretninu, te shodno sadržaju tog ugovora predati je u posjed obdarenika.

⁹⁰ Vidjeti više presuda u: Upravni sud Republike Hrvatske, Zbornik odluka 1977.-2002., Narodne novine, Zagreb, 2002.

Ukoliko je ugovor o darovanju nekretnine sačinjen u obliku kojeg propisuje odredba čl. 482. ZOO/05 (ne radi se o ništetnom pravnom poslu), ali nema osobine tabularne isprave potrebne za uknjižbu prava vlasništva, darovatelj nije ispunio obvezu koju je preuzeo tim ugovorom, pa je obdarenik ovlašten putem suda zahtijevati da mu darovatelj izda tabularnu ispravu sposobnu za zemljišnoknjižni prijenos vlasništva. Prijenos vlasništva na nekretnini zbiva se provedbom uknjižbe, odnosno predbilježbe obdarenikova vlasništva u zemljišne knjige, ali s učinkom *ex tunc*, tj. od kada je sudu bio podnesen prijedlog za uknjižbu, odnosno predbilježbu.

Darovanje je besplatan pravni posao, pa je isključena odgovornost darovatelja za materijalne i pravne nedostatke dara. Međutim, ako je darovatelj namjerno prešutio nedostatak dara, bit će dužan obdareniku naknaditi štetu koja mu je nastala u uzročnoj vezi s tim materijalnim ili pravnim nedostatkom. Tako odgovornosti za štetu nema ako je darovatelj bio u zabludi glede vlasništva dara. No, darovatelj neće odgovarati ni za štetu koju pretrpi obdarenik koji je znajući da je stvar tuđa prihvatio darovanje.

U cilju izdvajanja posebnosti pojedinih vrsta ugovora o darovanju, te odgovarajući na dvojbe proizašle u primjeni pravnih pravila OGZ-a, ZOO/05 posebno regulira darovanje s nametom, nagradno darovanje, uzajamno darovanje, mješovito darovanje, te i dalje u našem pravu zadržava darovanje za slučaj smrti.

Uzimajući u obzir posebnosti darovanja kao besplatnog pravnog posla, u kojem darovatelj nije bio u bilo kakvoj obvezi, pa ni moralnoj, sklopiti ugovor o darovanju s obdarenikom (u suprotnom se ne bi radilo o darovanju), ZOO/05 predviđa i precizno regulira okolnosti u kojima je moguće odustati od ugovora o darovanju, te izvršiti opoziv darovanja. Odustanak od darovanja, uz ostale pretpostavke, moguć je sve dok obveza darovatelja ne dospije na ispunjenje. Razlozi za opoziv suženi su na osiromašenje darovatelja, grubu nezahvalnost obdarenika, a poseban vid opoziva je institut nadopune zbog povrede uzdržavanja. Pravni učinci opoziva ravnaju se prema pravilima stjecanja bez osnove.

Normativom ZOO/05 (kako posebnom koja se odnosi na darovanje, tako i općom), uz ZV kao glavni izvora našeg općeg stvarnopravnog uređenja, te ZZK kao izvor zemljišnoknjižnog prava, uglavnom je odgovoreno na dvojbe proizašle u primjeni pravnih pravila ugovora o darovanju nekretnine. No, u tumačenju pojedinih odredbi (posebno pravnih standarda; prave predaje, namjere darovanja, grube nezahvalnosti, osiromašenja i dr.) koje su ZOO/05 preuzete iz pravila OGZ-a, svakako je moguće i korisno krenuti od zauzetih stajališta sudske prakse u primjeni tih pravila. Zaključno, rješenje koje će biti u primjeni od 1. siječnja 2006. dobro je, ali još uvijek će praksa morati dati bitan doprinos tumačenjem tih pravnih normi, a ponegdje će možda problem bito toliko velik da će rješenje biti gotovo nemoguće bez novele propisa (npr. kod darovanja u korist poslovno potpuno nesposobne osobe, kod sprječavanja nekih zloraba putem ugovora o darovanju u slučaju oslobođenja od plaćanja poreza na promet nekretnina).

Summary

CONTRACT ON REAL ESTATE DONATION *DE LEGE LATA* AND *DE LEGE FERENDA* – CHALLENGING BY *ACTIO* *PAULIANA*, INHERITANCE AND TAX ISSUES

This article, using scientific approach and honoring actual needs of court practice, attempts to give an appropriate overview of legal norms contained in the new Law on Obligation (Official Gazette no. 35/05) related to contract on real estate donation as a subject-matter that until now has not be regulated by positive law, since the respective legal rules of the ABGB were applicable. The authors have tackled the following: meaning of the problem, historical development and types of contracts, including the usually neglected tax aspect of a certain contract. They also discussed the issue of interpretation, that bears special characteristics in relation to all the non-lucrative disposals, of the use of the so called *actio pauliana* and, finally, the issue of a legal institute known in inheritance law, the *collatio bonorum*. Both theoretically and practically very intriguing issue of donation in favor of persons without business capacity has been considered.

Key words: contract, donation, non-lucrative disposal.

Zusammenfassung

VERTRAG ÜBER DIE SCHENKUNG VON IMMOBILIEN *DE* *LEGE LATA* UND *DE LEGE FERENDA* – ANFECHTUNG MIT PAULINISCHER KLAGÉ, ERBRECHTLICHE UND STEUERRECHTLICHE ASPEKTE

In dieser Arbeit wird versucht, unter Berücksichtigung eines wissenschaftlichen Ansatzes und der gegenwärtigen Bedürfnisse der Gerichtspraxis, die Regulative des neuen Gesetzes über Schuldverhältnisse (NN 35/05) hinsichtlich des Vertrags über die Schenkung von Immobilien aufzuzeigen. Dieser Bereich wurde bisher überhaupt nicht durch positives Recht geregelt, sondern es wurden entsprechende Rechtsregeln aus dem ABGB angewandt. In der Arbeit haben die Autoren versucht, die Bedeutung des Problems, die geschichtliche Entwicklung und die Arten von Verträgen darzustellen einschließlich dem, was oft unbeachtet blieb, steuerlichen Aspekt eines Vertrages. Es wurde auch die Frage der Auslegung erörtert, die für eine kostenlose Verfügung allgemein sehr spezifisch ist, sowie die Anwendung der paulinischen Klage und des erbrechtlichen Instituts *collatio bonorum*. Es wurde auch die theoretisch und praktisch sehr interessante Frage einer Schenkung zu Nutzen einer geschäftsunfähigen Person angeschnitten.

Schlüsselwörter: Vertrag, Schenkung, kostenlose Verfügung.

Sommaro

**CONTRATTO SULLA DONAZIONE IMMOBILIARE
DE LEGE LATA E DE LEGE FERENDA –
IMPUGNAZIONE PER *ACTIO PAULIANA*,
ASPETTI GIURIDICI EREDITARI E TRIBUTARI**

In questo lavoro si cerca di fornire, utilizzando un approccio scientifico e onorando i bisogni attuali della pratica giurisprudenziale, un'appropriate rassegna delle norme giuridiche contenute nella nuova Legge sui rapporti obbligatori (Narodne Novine 35/2005) relative al contratto di donazione immobiliare come materia che sino ad ora non è stata regolata dal diritto positivo, poiché erano applicabili le rispettive norme giuridiche dell'ABGB. Gli Autori hanno affrontato il significato del problema, lo sviluppo storico e le tipologie di contratto, incluso l'abituamente trascurato aspetto tributario di tale contratto. Inoltre si è discussa la questione dell'interpretazione, che presenta caratteristiche particolari in relazione a tutte le disposizioni a titolo gratuito, dell'uso della cosiddetta *actio pauliana* e la questione di un istituto conosciuto nel diritto ereditario, la *collatio bonorum*. È considerata sia teoricamente che praticamente la questione della donazione in favore di persone senza capacità d'agire.

Parole chiave: contratto, donazione, disposizione a titolo gratuito.

MJEŠOVITI MEĐUNARODNI KAZNENI SUDOVI

Dr. sc. Marissabell Škorić, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 341.49:343.19
Ur.: 10. listopada 2005.
Pr.: 14. studenog 2005.
Pregledni znanstveni članak

U radu su razmatrane osnovne karakteristike mješovitih međunarodnih kaznenih sudova ustanovljenih u Istočnom Timoru, na Kosovu, u Sijera Leoneu, Kambodži i u Bosni i Hercegovini te izložene njihove prednosti i nedostaci. Prilikom osnivanja mješovitih međunarodnih kaznenih sudova jedan od primarnih ciljeva bio je u njih ugraditi najbolje elemente iz međunarodnog i domaćeg pravosudnog sustava. Unatoč tome i ovi sudovi suočeni su s preprekama koje valja otkloniti kako bi se osiguralo učinkovito procesuiranje ratnih zločina. One se, prije svega, odnose na pitanja retroaktivne primjene zakona, nedovoljnog iskustva u procesuiranju ratnih zločina, kako domaćih tako i međunarodnih sudaca, problem nedovoljnih financijskih sredstava, ali i druga pitanja na koja je u radu ukazano.

Da bi se u potpunosti ostvarili svi potencijali mješovitih međunarodnih kaznenih sudova nužno je da ti sudovi više prostora daju domaćim pravnim stručnjacima, da budu više povezani s domaćim stanovništvom i pomognu u izgradnji pravnog sustava u državama u kojima djeluju. Ukoliko se mješoviti međunarodni kazneni sudovi ugrade u domaće pravne sustave i usmjere dio svojih potencijala u reformu nacionalnog pravosuđa, mogli bi u budućnosti imati značajnu ulogu u ostvarivanju pravde i osigurati da se stane na kraj kulturi nekažnjavanja koja dominira u državama gdje su počinjeni najteži zločini.

Ključne riječi: *mješoviti međunarodni kazneni sudovi, Istočni Timor, Kosovo, Sijera Leone, Kambodža, Bosna i Hercegovina.*

I. Uvodne napomene

Jedna od najzanimljivijih novina u međunarodnom kaznenom pravu s kraja XX. stoljeća nastanak je nove generacije međunarodnih tijela koja se nazivaju mješovitim međunarodnim kaznenim sudovima.¹ Mješoviti međunarodni kazneni sudovi spoj su domaćeg i međunarodnog kaznenog pravosuđa i rezultat su potrebe da se odgovornost kažnjavanja počinitelja najtežih zločina podijeli između države u kojoj su zločini počinjeni i međunarodne zajednice. Nažalost, države u kojima su zločini počinjeni nisu sposobne same suočiti se sa zločinima. Istodobno, te države nisu imale dovoljno ni materijalnih ni ljudskih resursa, što je onemogućilo djelovanje njihovih nacionalnih sudova i stoga su se morale osloniti na vanjsku pomoć.² Pokušaj međunarodne zajednice da sama kazni odgovorne za zločine, iz iskustva s *ad hoc* tribunalima, pokazao se manjkavim. Financijski i drugi problemi natjerali su je da potraži nova rješenja. Rezultat tih nastojanja jesu mješoviti međunarodni kazneni sudovi ustanovljeni u Istočnom Timoru, na Kosovu, u Sijera Leoneu, Kambodži i u Bosni i Hercegovini.³

Mješovite međunarodne kaznene sudove u Istočnom Timoru i na Kosovu Ujedinjeni narodi su ustanovili nezavisno od odluka nacionalnih vlasti. S druge strane, sudovi u Sijera Leoneu i Kambodži rezultat su pregovora između UN i vlada tih država. Za zločine na prostoru Bosne i Hercegovine i Kosovu Vijeće sigurnosti ustanovilo je 1993. godine *ad hoc* Međunarodni kazneni sud

¹ U literaturi se još nazivaju internacionalizirani domaći kazneni sudovi (engl. *internationalized domestic tribunals*) ili sudovi hibridi (engl. *hybrid courts*). Prvu generaciju kaznenih tijela čine međunarodni vojni tribunali u Nürnbergu i Tokiju, drugu *ad hoc* tribunali i Međunarodni kazneni sud, a najnoviju, treću generaciju, čine mješoviti međunarodni kazneni sudovi.

² Na Kosovu i u Istočnom Timoru velik broj sudaca i tužitelja s dugogodišnjim iskustvom rada u pravosuđu napustio je svoja radna mjesta ostavljajući velike praznine koje je bilo nemoguće popuniti. Istodobno, prema indonežanskom pravu niti jedan Istočni Timoranin nije mogao biti imenovan na mjesto suca ili tužitelja. Posljedično, u toj državi nakon povlačenja Indonezije gotovo da nije bilo pravnik s iskustvom rada u pravosuđu. Slična situacija bila je i na Kosovu.

³ S obzirom na karakter iračkog Specijalnog suda za zločine počinjene u vrijeme režima Saddama Husseina u radu je izostavljena njegova analiza. Odlučujuću ulogu u ustanovljavanju Specijalnog suda imale su SAD. Bushova administracija odbila je pomoć međunarodnih organizacija, uključujući Ujedinjene narode, prilikom osnivanja Suda. Osim toga, u Statutu je propisana ovlast Specijalnog suda da izriče smrtne kazne, što je protivno međunarodnim ljudskim pravima i teško je očekivati da bi takav sud mogao dobiti širu međunarodnu podršku. (Statut Posebnog suda dostupan je na http://www.cpa-iraq.org/human_rights/Statute.htm). Leandro Despouy, posebni izvjestitelj UN-ova Povjerenstva za ljudska prava ističe da je legitimnost Specijalnog suda dovedena u pitanje jer je uspostavljen za vrijeme američke okupacije te da mogućnost izricanja smrtne kazne proturječi međunarodnim ljudskim pravima. Despouy je među nedostacima Suda naveo i činjenicu da može suditi samo Iračanima za zločine počinjene prije 1. svibnja 2003. kada je započela američka okupacija Iraka. Preporučio je da se Sud zamijeni neovisnim sudom koji bi uspostavili Ujedinjeni narodi poput onoga u Sierra Leoneu. UN News Service, October 10, 2005. Dostupno na <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=16155&Cr=terror&Cr1=>

za bivšu Jugoslaviju (u daljnjem tekstu: MKSJ) koji ima primarnu nadležnost nad progonom zločina počinjenih na tom području.⁴ Međutim, 2003. godine Vijeće sigurnosti jasno je izrazilo svoju namjeru o prestanku rada *ad hoc* tribunala te su razmatrane druge mogućnosti za kažnjavanjem počinitelja zločina.⁵ Od *ad hoc* tribunala zatraženo je da razmotre slučajeve kako bi mogli odlučiti koji će od njih biti dovršeni pred tribunalima, a koji se mogu ustupiti nacionalnom pravosuđu, a od država bivše Jugoslavije da poduzmu sve potrebne mjere kako bi uskladile svoja nacionalna zakonodavstva i stvorile preduvjete za ustupanje dijela optužnica haaškog tužiteljstva domaćem pravosuđu. Za razliku od Hrvatske te Srbije i Crne Gore gdje će slučajevi koje ustupi MKSJ rješavati nacionalni sudovi, u Bosni i Hercegovini osnovan je 2004. Odjel za ratne zločine pri Sudu Bosne i Hercegovine i Odjel za ratne zločine pri Tužiteljstvu Bosne i Hercegovine, koje sačinjavaju domaći i međunarodni suci i tužitelji. Pitanje suđenja na Kosovu riješeno je 2000. godine uspostavom mješovitih vijeća u čijem radu sudjeluju domaći i međunarodni suci.

S obzirom na dosadašnji razvoj mješovitih međunarodnih kaznenih sudova, njihove sveobuhvatne definicije još nema. Mješovite međunarodne kaznene sudove može se promatrati kao svaku instituciju između međunarodnog i nacionalnog suda. Oni mogu biti odvojeni od Ujedinjenih naroda, odnosno mogu biti rezultat sporazuma nekoliko država. Moguće je i da Vijeće sigurnosti ustanovi mješoviti međunarodni kazneni sud u državi gdje su zločini počinjeni, a bez sporazuma s nacionalnim vlastima. Usprkos nepostojanju jasne definicije možemo odrediti njihove glavne karakteristike. Za mješovite međunarodne kaznene sudove može se reći da pripadaju međunarodnim kaznenim tijelima. Jednako kao i u slučaju *ad hoc* tribunala i Međunarodnog kaznenog suda, njihovi su ciljevi sankcionirati ozbiljna kršenja međunarodnog prava, posebice međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava, koja su počinili pojedinci, odvraćati od daljnjeg kršenja prava i pomoći ponovnoj uspostavi vladavine prava u odnosnoj državi. Kao i pri osnivanju drugih međunarodnih kaznenih tijela, Ujedinjeni narodi imali su važnu ulogu u njihovu stvaranju. Konačno, kao i ostala međunarodna kaznena tijela, da bi mogli ostvariti svoj cilj, mješoviti međunarodni kazneni sudovi moraju se osloniti na međunarodnu suradnju i pomoć država i međunarodnih organizacija, iako je u slučaju tih sudova to dodatno složeno zbog njihova specifičnog pravnog statuta.

Unatoč tim sličnostima, mješoviti međunarodni kazneni sudovi imaju značajke koje ih razlikuju od međunarodnih kaznenih sudova. Oni su sastavljeni od međunarodnog i domaćeg osoblja (sudaca, tužitelja i drugog

⁴ Security Council Resolution 827 (1993). Uz Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju, Vijeće sigurnosti osnovalo je 1994. još jedan *ad hoc* tribunal, onaj za Ruandu.

⁵ Security Council Resolution 1503 (2003), Security Council Resolution 1534 (2004).

osoblja) i primjenjuju sjedinjeno međunarodno i domaće materijalno i postupovno pravo.⁶

Izlaganje o međunarodnim kaznenim sudovima raspoređeno je prema vremenu njihova osnivanja – Istočni Timor (2000.), Kosovo (2000.), Sijera Leone (2002.), Kambodža (2003.) i Bosna i Hercegovina (2004.) – iako su pregovori za ustanovljavanje nekih od sudova započeli znatno ranije.⁷ Za svaki od ovih sudova izložene su povijesne okolnosti njegova nastanka, njihova struktura i ukazano je na glavne probleme s kojima su suočeni. Problemi retroaktivne primjene zakona, složenosti postupka, nedostatnosti financijskih sredstava i neiskustva sudaca u procesuiranju ratnih zločina zajednički su, u većoj ili manjoj mjeri, svim navedenim sudovima.

II. Mješoviti međunarodni kazneni sudovi

2.1. Istočni Timor

U prosincu 1975. godine Indonezija je napala Istočni Timor, koji je ostao pod njezinom okupacijom pune 24 godine. Početkom 1999. godine indonezijski predsjednik Habibie najavio je referendum na kojem je stanovništvo Istočnog Timora trebalo izabrati između autonomije unutar Indonezije ili neovisnosti. Nakon što je za neovisnost glasovala velika većina građana Istočnog Timora, započelo je povlačenje indonezijskih snaga praćeno valom nasilja.⁸ U Istočnom Timoru uništena je civilna uprava i vladao je potpuni kaos. Ubrzo nakon toga Vijeće sigurnosti Ujedinjenih naroda donijelo je Rezoluciju 1272 ustanovljavajući prijelaznu upravu u Istočnom Timoru (*United Nation Transitional Administration in East Timor*, u daljnjem tekstu: UNTAET)⁹ kojoj je dan mandat da upravlja zemljom dok se ne uspostavi neovisnost.¹⁰ Jedna od glavnih zadaća

⁶ O ustanovljivanju i radu mješovitih međunarodnih kaznenih sudova detaljno vidjeti u: Romano, Cesare, P. R., Nollkaemper, André, Kleffner, Jann K. (eds.), *Internationalized criminal courts and tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford University Press, 2004. i Ambos, Kai; Othman, Mohamed (eds.), *New approaches in international criminal justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*, Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2003.

⁷ Linton navodi da je međunarodni mješoviti kazneni sud u Kambodži predstavljao model za sudove u Istočnom Timoru i Sijera Leoneu, iako su ovi sudovi ustanovljeni prije suda u Kambodži. Naime, pregovori između UN i Kambodže započeli su 2000. godine a sporazum je konačno postignut 2003. godine. U međuvremenu su ustanovljeni i započeli s radom sudovi u Istočnom Timoru i Sijera Leoneu. Linton, Suzannah, Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice, *Criminal Law Forum*, 12, 2001., str. 186.

⁸ Na referendumu, održanom 30. kolovoza 1999., 78,4% stanovnika izjasnilo se za neovisnost Istočnog Timora.

⁹ Vijeće sigurnosti osnovalo je UNTAET na temelju glave VII. Povelje UN. Vidi Security Council Resolution 1272 (1999.), 25 October 1999., UN Doc. S/Res/1272 (1999).

¹⁰ Neovisnost je konačno ostvarena 20. svibnja 2002.

UNTAET bila je privesti pravdi osobe odgovorne za nasilje koje se dogodilo tijekom referenduma o nezavisnosti.¹¹

Pravosudni sustav u Istočnom Timoru bio je potpuno uništen nakon povlačenja indonezijskih snaga. Tijekom okupacije su suci, tužitelji i drugo osoblje bili Indonežani. Nakon povlačenja gotovo da i nije bilo kvalificiranih pravnikâ s iskustvom u Istočnom Timoru.

a) Ustanovljavanje Posebnih vijeća za ozbiljne zločine

Za razliku od nekih drugih država gdje su rasprave i pregovori s demokratski izabranim vodstvom oko uspostavljanja posebnog suda za kažnjavanje počinitelja najtežih zločina trajali godinama,¹² do osnivanja takvog suda u Istočnom Timoru došlo je neposredno nakon što su UN uspostavili prijelaznu upravu u toj državi.¹³

Iako je bilo prijedloga da se osnuje zaseban tribunal za suđenje osobama odgovornim za zločine, Vijeće sigurnosti nije postupilo po tim preporukama.¹⁴ Umjesto toga UNTAET je Uredbom 2000/15 osnovao Posebna vijeća za ozbiljne zločine (engl. *Special Panels for Serious Crimes*)¹⁵ sastavljena od domaćih i međunarodnih sudaca za suđenje osobama osumnjičenim za počinjenje zločina u Istočnom Timoru.¹⁶ Posebnim vijećima dana je isključiva

¹¹ UN Doc. S/Res/1272 (1999), stavak 16.

¹² Primjerice, pregovori oko uspostavljanja mješovitog međunarodnog kaznenog suda u Kambodži koji su započeli 2000. okončani su tek 2003. godine. O tome vidi *supra*, poglavlje 2.4.

¹³ O okolnostima nastanka Posebnog vijeća za ozbiljne zločine vidi Linton, Suzannah, *Rising from the Ashes: The Creation of a Viable Criminal Justice System in East Timor*, *Melbourne University Law Review*, vol. 25., str. 126 – 133.

¹⁴ U siječnju 2000. godine Međunarodna istražna komisija izvjestila je Vijeće sigurnosti o potrebi ustanovljivanja međunarodnog tribunala za ljudska prava. Tribunal bi bio sastavljen od međunarodnih sudaca koje bi imenovali Ujedinjeni narodi, a poželjno je i sudjelovanje sudaca iz Istočnog Timora i Indonezije. Tribunal bi bio nadležan za ozbiljna kršenja temeljnih ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava koja su se dogodila u Istočnom Timoru od siječnja 1999. Vidi *United Nations Office of the Higher Commissioner for Human Rights: Report of the International Commission of Enquiry on East Timor to the Secretary General*, Januar 2000.

¹⁵ UNTAET Regulation 2000/15 of 6 June 2000 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences, UNTAET/REG/2000/15.

¹⁶ U međuvremenu, indonezijska Komisija za istragu povreda ljudskih prava u Istočnom Timoru (engl. *The Indonesian Commission of Inquiry into Human Rights Violations in East Timor*, KPP-HAM) provela je istragu i objavila izvješće u siječnju 2000. (*KPP HAM Report on the Investigation of Human Rights Violations in East Timor, 31 Januar 2000.*). Jedna od preporuka iz Izvješća bila je osnivanje tribunala koji bi razmatrao slučajeve kršenja ljudskih prava u Istočnom Timoru tijekom 1999. godine. Slijedeći to izvješće, Indonezijski parlament je usvojio Zakon broj 26/2000 i implementirao Rimski statut u svoje zakonodavstvo. U ožujku 2001. godine indonezijski predsjednik Wahid donio je Odluku 53/2001 dopuštajući ustanovljivanje *ad hoc* suda za suđenje u slučajevima ozbiljnog kršenja ljudskih prava koja su se dogodila u rujnu 1999. neposredno nakon referenduma u Istočnom Timoru. U kolovozu 2001. njegov nasljednik, predsjednik Megawati, donio je Odluku 96/2001. kojom je proširena vremenska nadležnost i na zločine koji su se dogodili u travnju 1999. *Ad hoc* tribunal, sa sjedištem u Jakarti, čine vijeća sastavljena od tri

nadležnost nad zločinima genocida, ratnim zločinima, zločinima protiv čovječnosti, ubojstvima, seksualnim zločinima i mučenjem koji su se dogodili u Istočnom Timoru u razdoblju od 1. siječnja do 25. listopada 1999., a pod određenim uvjetima i za zločine počinjene prije toga datuma.¹⁷

b) Organizacijska struktura Posebnih vijeća za ozbiljne zločine

Uredbom UNTAET 2000/11, donesenoj 6. ožujka 2000., uređeno je djelovanje i organizacija sudova u Istočnom Timoru.¹⁸ Okružni sud u Dili dobio je ovom reorganizacijom sudstva teritorijalnu nadležnost koja se protezala na području cijelog Istočnog Timora te isključivu nadležnost nad zločinima genocida, ratnih zločina, zločina protiv čovječnosti te zločina mučenja, ubojstva i seksualnih zločina. U okviru toga suda djelovalo je Posebno vijeće za ozbiljne zločine.

Proračun Ujedinjenih naroda bio je namijenjen ustanovljivanju dvaju posebnih vijeća. Svako od vijeća činila bi tri suca – dva međunarodna i jedan sudac iz Istočnog Timora. Žalbeno vijeće zajedničko je za Okružni sud u Dili i Posebna vijeća, s time da se žalbeno vijeće u slučajevima koja su u nadležnosti Posebnih vijeća sastoji od dva međunarodna suca i jednog iz Istočnog Timora. Suce je na početku imenovao Prijelazni upravitelj UN, a od neovisnosti imenuje ih Vrhovno sudsko vijeće (engl. *Supreme Council of the Judiciary*).

Osim Posebnih vijeća, pravosudni okvir UNTAET činili su još odjeli odgovorni za istragu i progon te za pružanje pravne pomoći. Za istragu i progon slučajeva iz nadležnosti Posebnih vijeća nadležan je poseban odjel (engl. *Serious Crimes Unit*). Odjel se sastoji od istražitelja, tužitelja, prevoditelja i drugog osoblja, od kojih je većina stekla iskustva radeći u *ad hoc* tribunalima za bivšu Jugoslaviju i Ruandu. Osoblje je pretežito bila međunarodno, no kako se približavao dan nezavisnosti Istočnog Timora, tako su se domaći istražitelji i tužitelji osposobljavali za preuzimanje slučajeva.¹⁹

Uredbom 2000/15²⁰ propisano je da međunarodne suce i tužitelje imenuje Prijelazni upravitelj u skladu s postojećom pravnom regulativom o imenovanju

indonezijska suca. Neki su profesionalni suci, a drugi znanstvenici. Za progon zločina pred tim tribunalom nadležan je jedan odjel unutar Ureda državnog odvjetnika Indonezije. Sylvia de Bertodano, Current Developments in Internationalized Courts, *Journal of International Criminal Justice*, 1/2003., str. 234 - 236.

¹⁷ UNTAET/REG/2000/15, dio 2. Od 1. siječnja do 25. listopada 1999. pokriveno je razdoblje između najave namjere Vlade Republike Indonezije da održi referendum o neovisnosti Istočnog Timora i ustanovljivanja UNTAET-a.

¹⁸ UNTAET Regulation 2000/11 of 6 March 2000 on the Organization of Courts in East Timor, UNTAET/REG/2000/11.

¹⁹ Burke – White, William, A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement, *Michigan Journal of International Law*, vol. 24, 1/2002., str. 65 - 66.

²⁰ UNTAET Regulation 2000/15 of 6 June 2000 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences, UNTAET/REG/2000/15.

međunarodnih sudaca i tužitelja.²¹ Prijave međunarodnih sudaca i tužitelja ispituje *Transitional Judicial Services Commission* (u daljnjem tekstu: TJSC), čije preporuke nemaju obvezujući učinak. Uredbom 2000/15 donekle je izmijenjen postupak imenovanja međunarodnih sudaca i tužitelja na način da TJSC prima i ispituje pojedinačne prijave i može provesti intervju sa svakim od kandidata. Unatoč ovako propisanom postupku imenovanja, sve međunarodne suce i tužitelje imenuje Prijelazni upravitelj na preporuku Ministarstva pravosuđa. Na taj način je u potpunosti zaobiden TJSC i dovedena u pitanje zakonitost i valjanost takvog imenovanja. To povlači za sobom i pitanje kakve posljedice mogu iz toga proizaći, posebice u pogledu osoba kojima su tako imenovani suci sudili.²²

c) Pitanja primjene materijalnog i postupovnog kaznenog prava

U skladu s Uredbom 2000/15 materijalno pravo koje primjenjuju Posebna vijeća pravo je koje je bilo na snazi u Istočnom Timoru prije 25. listopada 1999.,²³ osim ako je ono suprotno međunarodno priznatim standardima o ljudskim pravima.²⁴ To pravo nadopunjava se uredbama i direktivama UNTAET. Uz to, mogu se primijeniti priznata načela i pravila međunarodnog prava.

Uredbama UNTAET materijalno pravo koje primjenjuju Posebna vijeća za zločine genocida, ratne zločine i zločine protiv čovječnosti gotovo je u potpunosti preuzeto iz Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda. S obzirom na vremensku nadležnost Posebnog vijeća javilo se pitanje retroaktivne primjene materijalnog prava. U skladu s Uredbom 2000/15 vremenska nadležnost Posebnog vijeća proširena je i na zločine počinjene u Istočnom Timoru prije 25. listopada 1999. *only insofar as the law on which the serious criminal offences is based is consistent with section 3.1. of UNTAET Regulation No 1999/1 or any other UNTAET Regulation.*²⁵ Na taj način je nadležnost proširena na ozbiljne zločine koji su počinjeni od 1975. nadalje, što je potaklo pitanje poštivanja načela *nullum crimen nulla poena sine lege*. Pravo koje se primjenjuje mora biti ono koje je bilo na snazi u vrijeme počinjenja djela. U pogledu međunarodnih zločina koji su u nadležnosti Posebnog vijeća, ona moraju odražavati međunarodno običajno pravo koje je vrijedilo u vrijeme počinjenja zločina. Uredba 2000/15 uvelike se oslanja na Statut Međunarodnog

²¹ Dotadašnja pravna regulativa o imenovanju međunarodnih sudaca i tužitelja odnosi se na UNTAET Regulation 1999/3 of 3 December 1999 on the Establishment of a Transitional Judicial Service Commission, UNTAET/REG/1999/3 i UNTAET/REG/ 2000/11.

²² Linton, *op. cit.* (bilj. 7), str. 228.

²³ Za zločine ubojstva, seksualne zločine i mučenje, zbog nedostatka zakona Istočnog Timora, mjerodavan je indonezijski Kazneni zakonik.

²⁴ Regulation 1999/1 of 27 November 1999 on the Authority of the Transitional Administration in East Timor, UNTAET/REG/1991/1.

²⁵ Dio 3.1. propisuje da pravo Istočnog Timora mora biti u skladu s međunarodnim standardima.

kaznenog suda koji odražava sadašnji razvoj međunarodnog prava i oslanja se, kako na praksu *ad hoc* tribunala, tako i na sveobuhvatniju zaštitu ljudskih prava. Niz odredaba Rimskog statuta odražava sadašnji razvoj međunarodnog prava i predstavlja novosti u odnosu na pravo koje je postojalo 70-ih, 80-ih i 90-ih godina prošlog stoljeća. Međunarodnom kaznenom sudu neće se moći prigovoriti retroaktivna primjena prava jer je njegova nadležnost ograničena na zločine koji su se dogodili nakon stupanja na snagu Rimskog statuta, no to nije slučaj i s Posebnim vijećem.²⁶

Postupovno pravo UNTAET je regulirao Uredbom 2000/30 i njezinim kasnijim izmjenama i ono se većim dijelom oslanja na kontinentalnu pravnu tradiciju.²⁷ Iako se optuženicima izrijeckom jamči pravo na pravično suđenje,²⁸ u praksi su se događala ozbiljna kršenja njihovih prava.²⁹

d) Implementacija Uredbe 2000/15 kojom su osnovana Posebna vijeća za ozbiljne zločine

Već na početku rada Posebnih vijeća javile su se teškoće vezane uz potrebno osoblje i sredstva.³⁰ Najznačajniji nedostatak Posebnih vijeća bio je manjak sudaca, što je dovelo do toga da u jednom razdoblju Posebna vijeća nisu mogla raditi istodobno.³¹ Suci i tužitelji iz Istočnog Timora bili su bez iskustva, što je dodatno otežavalo situaciju. Problemi oko imenovanja sudaca i tužitelja,

²⁶ Opširno o tom problemu vidi Linton, *op. cit.* (bilj. 7), str. 219-222.

²⁷ UNTAET Regulation 2000/30 of 25 September 2000 on the Transnational Rules of Criminal Procedure i UNTAET Regulation 2001/25 of 14 September 2001 on the Amendment of UNTAET Regulation 2000/11 on the Organization of Courts in East Timor and UNTAET Regulation 2000/30 on the Transitional Rules of Criminal Procedure, UNTAET/REG/2001/25.

²⁸ UNTAET Regulation 2000/30 of 25 September 2000 on the Transnational Rules of Criminal Procedure, dio 2.

²⁹ Odlukom Posebnog vijeća u pritvoru je nezakonito držano 20 osoba. Njihovu žalbu usvojilo je Žalbeno vijeće potvrdivši nezakonitost pritvora. Vidi *Julio Fernandes and 19 others v. Prosecutor General*, Judgement of the Court of Appeal of East Timor, Case of Appeal No. 2. of 2001.

³⁰ Vidi Report of the Secretary General on the United Nations Transitional Administration in East Timor, 17 April 2002, S/2002/432. Na nemogućnost djelovanja Posebnog vijeća zbog nedostatka sredstava često su putem medija upozoravale i nevladine organizacije. UN Pledges More Resources to East Timor's Chief Investigator, *Agency France-Press* (Jakarta, Indonesia), 20 November 2000: *The UN chief investigator for serious crimes in East Timor has agreed not to resign after last minute pledges by the body's administrators to supply his unit with desperately needed resources ... Two-thirds of the 56 people arrested on suspicion of serious crimes in the province have been released because the Special Crimes Unit lacked the resources to continue their investigations.* East Timor's Non Government Organisations Forum u svom izvješću navodi: *The Serious Crimes Unit has only been allocated the resources to investigate a very small proportion of the alleged war crimes ...it is grossly understaffed, and lacking anything like sufficient basic necessities as interpreters, transport and computers.*

³¹ Tijekom 2002. situacija se značajno pogoršala. U listopadu 2001. u Dili je bilo ukupno pet međunarodnih sudaca – tri u Posebnim vijećima i dva u Žalbenom vijeću. Međutim do rujna sljedeće godine tri suca napustila su misiju, a posljedica toga bio je vrlo slab napredak u suđenjima i žalbenim postupcima tijekom 2002.

nedostatak materijalnih sredstava i spori postupci odrazili su se i na kvalitetu postupaka pred Posebnim vijećem, što je kod domaćeg stanovništva pobudilo sumnju u sposobnost UNTAET da izvede počinitelje pred lice pravde.

Osim toga, usvajajući niz odredaba Rimskog statuta UNTAET se obvezao primjenjivati složeni i iznimno skupi postupak koji, čini se, prelazi granice mogućnosti UNTAET i suočava ga s nizom poteškoća u pokušaju da izvede najodgovornije za zločine pred sud.³²

Istrage pred ovim sudom završene su, u skladu s Rezolucijom Vijeća sigurnosti 1543/2004., u studenom 2004. Istraženo je oko 800 slučajeva od čega je oko 400 zatvoreno zbog nedostatka dokaza. Suđenja su započela 2001. godine. Osuđena su 74 okrivljenika, 2 su oslobođena svih optužbi, a u tijeku je još 13 suđenja.³³

2.2. Kosovo

Nakon što je Kosovo 1989. godine, tijekom Miloševićeva režima, izgubilo autonomiju, napetosti na tom području tijekom 90-ih godine bivale su sve veće. U ljeto 1998. unutrašnji sukob između Oslobođilačke vojske Kosova i srpskih vlasti eskalirao je iz izoliranih incidenata nasilja u otvoreni oružani sukob. Nedugo nakon toga, u ožujku 1999. godine, snage NATO započele su bombardiranje Srbije. U lipnju 1999. godine potpisan je sporazum između Savezne Republike Jugoslavije i NATO te predviđeno povlačenje jugoslavenskih snaga s Kosova.

a) Imenovanje međunarodnih sudaca i tužitelja

Nakon povlačenja jugoslavenskih snaga, razvoj pravosudnog sustava na Kosovu u kojem je aktivno sudjelovala međunarodna zajednica možemo

³² Petition for International Tribunal on East Timor: "Investigations by the Serious Crimes Investigation Unit (SCIU) have been unacceptably slow. The SCIU initially concentrated on a select few cases and major atrocities, such as that committed at the Suai church compound on 6 September 1999 where dozens were murdered, have not been properly investigated. There are persistent reports that the SCIU's work is severely hampered by problems relating to a lack of resources, management conflicts, poor communications, the lack of clear policy guidelines, and reluctance to expose the systematic nature of the 1999 violence." Dostupno na <http://www.pcug.org.au/-wildwood/01maytribunalpetition.htm>. East Timor Still Awaits Justice One Year After IM Call for International Tribunal, ETAN Press Release (31 January 2001): "Both Indonesian and UN prosecutorial efforts have proven inadequate ... UN prosecutions in East Timor are fraught with procedural and other problems".

³³ Judicial System Monitoring Programme, Overview of the Court in East Timor in 2004, str. 12-13. Optužnice i presude Posebnih vijeća dostupne su na www.jsmp.minihub.org. Podaci o suđenju dostupni su na <http://www.jsmp.minihub.org/courtmonitoring/spsccaseinformation2004.htm>. O praksi Posebnih vijeća vidi Linton, Suzannah; Reiger, Caitlin, The Evolving Jurisprudence and Practice of East Timor's Special Panels for Serious Crimes on Admissions of Guilt, Duress and Superior Orders, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 4, 2001., str. 1 – 48.

podijeliti u tri faze. Prvo je razdoblje od lipnja 1999. do veljače 2000., tijekom kojeg je bila uspostavljena međunarodna uprava, a pravosuđe je bilo sastavljeno isključivo od domaćih sudaca i tužitelja. Drugo razdoblje bilo je ono od veljače 2000. godine, kad su imenovana prva dva međunarodna suca i tužitelja, pa do kraja iste godine. Treća, postojeća faza, započela je sredinom prosinca 2000. ustanovljivanjem posebnih vijeća u kojima većinu imaju međunarodni suci.³⁴ U nastavku su iznesena obilježja svakoga od tih stadija.

Rezolucija 1244 Vijeća sigurnosti stavila je Kosovo pod civilni nadzor Administrativne misije UN (engl. *UN Mission in Kosovo Interim Administration*, UNMIK).³⁵ Posebni izaslanik Glavnog tajnika UN, koji se nalazi na čelu UNMIK, imao je ovlast izdavati uredbе koje su se odnosile na donošenje i izmjenu prava te organizaciju sudstva. Uredbom od 25. srpnja 1999. posebni izaslanik Glavnog tajnika UN određen je kao jedina izvršna i zakonodavna vlast i dodijeljena mu je ovlast imenovanja sudaca. Iako je prvotni plan bio da međunarodni suci i tužitelj rade zajedno s kosovskim sucima i tužiteljima, to se nije ostvarilo. Pravosudni sustav na Kosovu činili su pretežito suci i tužitelji albanske nacionalnosti.

Krajem 1999. povećao se broj međunacionalnih sukoba i napada na manjinsko stanovništvo na Kosovu. Kako velik broj osumnjičenika nikad nije bio izveden pred sud, KFOR (međunarodna mirotvorna postrojba pod vodstvom NATO odgovorna za sigurnost u pokrajini) i UNMIK uočili su značajne razlike u načinu na koji se prema osumnjičenicima određuje pritvor.³⁶ Suci, kosovski Albanci, često su oslobađali bivše članove Oslobođilačke vojske Kosova, dok su istodobno osumnjičenicke srpske nacionalnosti zbog istih zločina zadržavali u pritvoru. Kao reakciju na te događaje, KFOR, koji je imao mandat osigurati sigurno okruženje, usvojio je praksu određivanja pritvora odvojenu od sudskog određivanja pritvora, nazvanu COMKFOR hold. U skladu s tom praksom, osumnjičenicima mogu biti zadržani u pritvoru koji odredi KFOR ako postoji opasnost za sigurnost.³⁷

³⁴ Valja naglasiti da za zločine koji su se desili tijekom sukoba na Kosovu primarnu nadležnost ima MKSJ. Međutim, tužitelj MKSJ nekoliko je puta izjavio da će Tribunal suditi samo onima koji su najodgovorniji za zločine. Do sad je pred MKSJ optuženo pet osoba za zločine počinjene na Kosovu u slučaju *Prosecutor v. Milošević and others*, IT-99-37-PT. Osim njih, u ožujku 2005. kosovski premijer Ramush Haradinaj (bio je jedan od regionalnih zapovjednika Oslobođilačke vojske Kosova) primio je optužnicu Haaškog suda. Na prvom pojavljivanju pred Haškim tribunalom Haradinaj je izjavio da se ne osjeća krivim ni po jednoj od 17 točaka optužnice za zločine protiv čovječnosti i 20 točaka za kršenje zakona i običaja rata. *Indictment, Prosecutor v. Haradinaj et al.*, IT-04-84, 25 February 2005.

³⁵ UN Doc. S/Res/1244 (1999) 10 June 1999.

³⁶ Prije podnošenja optužnice osoba je mogla biti u pritvoru maksimalno 6 mjeseci. Kako se radilo o složenim istragama, većina njih nije se mogla završiti u tom roku, pa su osumnjičenicima bili puštani na slobodu.

³⁷ Aktivisti za ljudska prava i niz drugih organizacija smatrali su ovakav pritvor kršenjem sudske nezavisnosti i kršenjem prava osoba protiv kojih je takav pritvor određen.

Početak 2000. bilo je jasno da pravosudni sustav na Kosovu ima znatne probleme. Neki od njih proizlazili su iz nedovoljna iskustva tužitelja i sudaca, a neki su se temeljili na pristranosti kosovskih Albanaca od kojih je sudstvo u većem dijelu bilo sastavljeno. Kako bi se problemi otklonili, posebni izaslanik Glavnog tajnika UN imenovao je jednog međunarodnog suca i jednog međunarodnog tužitelja na Okružnom sudu u Mitrovici. Uredba 2000/6 od 15. veljače 2000. omogućivala je imenovanje međunarodnih službenika u kosovsko sudstvo.³⁸ Prije toga nijedan međunarodni sudac ili tužitelj nije bio imenovan unutar nacionalnog pravosudnog sustava sa zadaćom da djeluje zajedno s domaćim sucima i tužiteljima primjenjujući pri tome postojeće pravo. Međunarodni suci i tužitelji inkorporirani su u postojeći sustav i imaju istu kaznenu nadležnost kao domaći suci i tužitelji.

Prvi međunarodni sudac i tužitelj imenovan je u Okružnom sudu u Mitrovici odnosno Uredu tužitelja. Ono što ih razlikuje od domaćih kolega jest to što je njihovo djelovanje ograničeno na jedan od pet Okružnih sudova, onaj u Mitrovici, zatim što su ograničeni samo na kaznene slučajeve te su ovlašteni izabrati slučajeve koje će procesuirati odnosno suditi. To posljednje znači da međunarodni suci i tužitelji mogu preuzeti istrage ili slučajeve koji su u tijeku od kosovskih sudaca i tužitelja.

Međunarodni suci i tužitelji biraju se kroz postupak UNMIK, pri čemu se uzimaju u obzir preporuke država ili međunarodnih organizacija kao što je Vijeće Europe. Imenuje ih posebni izaslanik Glavnog tajnika UN na razdoblje od 6 mjeseci uz mogućnost reizbora. Uredbom 2000/6 predviđeni su kriteriji za udaljšavanje iz službe međunarodnih sudaca i tužitelja.³⁹

Ubrzo se uvidjelo da Uredbom 2000/6 nisu riješeni problemi. Naime, ona nije dopuštala imenovanje međunarodnih sudaca i tužitelja u Prištini, gdje se događalo oko 35% zločina na Kosovu, ili u Prizrenu, Gnjilanu ili Peći. Jednako tako nije omogućivala imenovanje međunarodnih sudaca u Vrhovni sud Kosova.

U svibnju 2000. UNMIK donosi Uredbu 2000/34 kojom proširuje djelokrug djelovanja međunarodnih sudaca i tužitelja na svih pet okružnih sudova na Kosovu i na Vrhovni sud. Do kraja 2000. međunarodni suci imenovani su u

³⁸ UNMIK Regulation 2000/6 on the Appointment and Removal from Office of International Judges and International Prosecutors (izmijenjena Uredbom 2001/2 od 12. siječnja 2001). Tom su uredbom Ujedinjeni narodi, prvi put, uveli međunarodne suce i tužitelje u domaći kazneni sustav i omogućili im da rade zajedno s domaćim sucima i tužiteljima. Sustav međunarodnih sudaca i tužitelja uveden na Kosovu razlikuje se od ostalih mješovitih međunarodnih kaznenih sudova po svojoj proširenoj nadležnosti. Naime, međunarodni suci i tužitelji na Kosovu mogu preuzeti bilo koji kazneni slučaj, dok je u ostalim državama gdje su ustanovljeni mješoviti međunarodni kazneni sudovi njihova stvarna nadležnost ograničena na određene kategorije zločina. Jednako tako, vremenska nadležnost nije ograničena na određeno razdoblje, pa međunarodni suci i tužitelji mogu preuzeti i aktualne slučajeve.

³⁹ Do sada se to nije dogodilo, što je i razumljivo kad se ima u vidu da njihov mandat traje svega šest mjeseci. Praksa pokazuje da do sada jednom međunarodnom službeniku nije produžen mandat, nekoliko njih dobilo je produženje od tri mjeseca, a velik je broj dobrovoljno napustio Kosovo.

svakom od pet okružnih sudova i na Vrhovnom sudu, čineći tako ukupan broj od 10 međunarodnih sudaca. Do kraja 2000. godine bila su imenovana još dva međunarodna tužitelja, u Prištini i Prizrenu, čineći tako ukupan broj od tri međunarodna tužitelja.⁴⁰

Ipak, međunarodne suce ponovo su nadglasali kosovski suci u okružnim sudovima. To je rezultiralo neosnovanim presudama o krivnji protiv nekih srpskih optuženika i upitnim oslobađajućim presudama protiv nekih okrivljenika kosovskih Albanaca. Naime, zločine genocida ili ratne zločine prema člancima 141. i 142. Kaznenog zakona Savezne Republike Jugoslavije, kao i ubojstvo (članak 30. Kaznenog zakona Kosova), sudila su vijeća od po pet sudaca (dva profesionalna suca i tri suca porotnika). To znači da međunarodni suci ne mogu postići većinu, čak i ako su oba profesionalna suca međunarodni suci. Osim toga, bilo je malo vjerojatno da oba profesionalna suca budu međunarodni suci jer je jedan distrikt imao maksimalno dva međunarodna suca i njihova prethodna uloga istražnih sudaca onemogućivala im je daljnje sudjelovanje u postupku. Tako je tipično međunarodno vijeće bilo sastavljeno od jednog međunarodnog suca i četiriju kosovskih sudaca (jednog profesionalnog suca i tri suca porotnika).⁴¹ Rezultat toga bile su odluke koje su odražavale stav domaćih sudaca, koji je u većini slučajeva bio suprotan stajalištu međunarodnih sudaca. U konačnici se prisutnost međunarodnih sudaca dodatno koristila kao opravdanje za donesene odluke.

Kao odgovor na probleme međunarodnih sudaca koji su bili nadglasani prilikom donošenja odluka u sudskim vijećima, UNMIK je donio dvije značajne uredbe. Prva je bila 2000/64, donesena 15. prosinca 2000., kojom se osigurava kontrola međunarodnih sudaca prilikom glasovanja.⁴² Ta uredba ovlašćuje posebnog izaslanika Glavnog tajnika UN da na zahtjev tužitelja, obrane ili UNMIK Department of Justice odobri sudsko vijeće sastavljeno od tri profesionalna suca, od kojih su najmanje dva međunarodni suci (u daljnjem tekstu: vijeće 64) umjesto vijeća od pet sudaca od koji su dva profesionalna i tri suca porotnika, u slučajevima kada je to neophodno radi osiguranja neovisnosti i nepristranost sudstva i pravilnog provođenja pravde.⁴³ Posebni

⁴⁰ Tijekom 2003. godine na Kosovu je bilo 13 međunarodnih sudaca i 14 tužitelja koji su ponajprije radili na slučajevima ratnih zločina i međuetničkog nasilja te organiziranog kriminaliteta.

⁴¹ Imenovanje međunarodnih sudaca porotnika nije bilo dopušteno.

⁴² UNMIK Regulation 2000/64 of 15 December 2000 on Assignment of International Judges and Prosecutors and/or Change of Venue.

⁴³ UNMIK Regulation 2000/64, section 2. Ova uredba se primjenjuje 12 mjeseci od dana stupanja na snagu, s time da je predviđena mogućnost produljenja njezina važenja za daljnjih 12 mjeseci. Posljednje takvo produljenje bilo je 2004. godine kada je donesena Uredba 2004/54 koja važenje Uredbe 2000/64 produžuje do 15. prosinca 2005. godine. Vidi UNMIK Regulation 2003/36 of 14 December 2003 Amending UNMIK Regulation no. 2000/64, as amended, on Assignment of International Judges/Prosecutors and/or Change of Venue, UNMIK/REG/2003/36, UNMIK Regulation 2004/54 Amending UNMIK Regulation no. 2000/64, as amended, on Assignment of International Judges/Prosecutors and/or Change of Venue, UNMIK/REG/2004/54.

izaslanik Glavnog tajnika UN može na temelju rezolucije 2000/64 označiti neki slučaj kao poseban nakon čega UNMIK izabire, između svih međunarodnih sudaca i tužitelja, tri međunarodna suca koji će činiti vijeće i tužitelja.

Druga uredba, 2001/2, donesena je 12. siječnja 2001. i dopušta međunarodnim tužiteljima obnoviti postupak i predmet vratiti u stanje istrage nakon što je domaći tužitelj od istrage odustao, a da pri tome ne prolaze složen i dugotrajan postupak predviđen kosovskim pravom. Tom uredbom također se predviđa obveza domaćih tužitelja da o svojoj odluci o napuštanju slučaja obavijeste međunarodnog tužitelja iz tog okruga unutar 14 dana, ostavljajući mu vrijeme da traži obnovu postupka.⁴⁴

Te uredbe, koje su omogućile međunarodnu kontrolu prilikom donošenja odluka te ponovno otvaranje slučajeva koje su napustili domaći tužitelji, osporavalo je domaće pravosuđe kao nezakonite, neprikladne i kao stvaranje paralelnog sustava pravde. Iako su u vijeću 64 mogli sudjelovati i domaći suci, u nekim kontroverznim slučajevima ratnih zločina, organiziranog kriminaliteta ili terorizma oni su to odbijali. Ipak, većina vijeća 64 imala je dva međunarodna suca i jednog domaćeg suca.

b) Pitanja primjene materijalnog i postupovnog kaznenog prava

Jedna od zadaća UNMIK-a bila je donošenje uredbi kojima će se riješiti pitanje primjenjivog prava. Uredbom 1999/1 propisano je da će sudovi na Kosovu primjenjivati pravo koje je bilo na snazi prije 24. ožujka 1999. sve dok su njegove odredbe u skladu s međunarodno priznatim standardima o ljudskim pravima.⁴⁵ Međutim, zbog pritiska kosovske opozicije koja je to pravo držala simbolom srpske diskriminacije,⁴⁶ UNMIK je za manje od 5 mjeseci donio novu rezoluciju koja je kao mjerodavno pravo propisala pravo koje je bilo na snazi na Kosovu 1989., uključujući kosovski Kazneni zakon iz 1989. godine.⁴⁷ U skladu s Uredbom 1999/24 sudovi primjenjuju uredbe UNMIK i kosovski Kazneni zakon. U slučaju nedostatka odredaba u uredbama UNMIK i kosovskom Kaznenom zakonu primjenjuju se odgovarajuće odredbe Kaznenog

⁴⁴ Povod donošenja te uredbe bila je odluka Vrhovnog suda u slučaju Afrim Zeqiri. Vijeće tog suda sastavljeno od domaćih sudaca donijelo je odluku o oslobađanju Zeqirija, kojom je Vrhovni sud poništio odluku Okružnog suda (koju je donijelo "vijeće 64") kojom se dopuštalo ponovno otvaranje istrage protiv Zeqirija nakon što je domaći tužitelj odustao. Uredba 2001/2 omogućila je da se odluka Vrhovnog suda o sprječavanju ponovnog otvaranja istrage poništi.

⁴⁵ UNMIK Regulation 1999/1 of 25 July 1999 on the Authority of the Interim Administration in Kosovo, UNMIK/REG/1999/1.

⁴⁶ Miloševićeve režimske odluke iz 1989. ukinule su kosovsku autonomiju i uništile kosovsko zakonodavstvo. Uz to su uklonile većinu kosovskih Albanaca s vladajućih pozicija. Zbog toga su kosovski Albanci smatrali pravo iz 1989. kao posljednje "legitimno" kosovsko pravo, dok su pravo iz 1999. karakterizirali kao simbol srpske diskriminacije.

⁴⁷ UNMIK Regulation 1999/24 of 12 December 1999 on the Law Applicable in Kosovo, UNMIK/REG/1999/24.

zakona Savezne Republike Jugoslavije. Uz to, sudovi su dužni poštovati međunarodno priznate standarde o ljudskim pravima.⁴⁸

Uredbama 2003/25 i 2003/26 iz srpnja 2003. doneseni su privremeni Kazneni zakon i privremeni Zakon o kaznenom postupku Kosova, koji su stupili na snagu 6. travnja 2004. godine.⁴⁹ Stupanjem na snagu ovih zakona prestali su vrijediti kazneni propisi koji su se do tada primjenjivali na Kosovu. Novi zakoni usklađeni su s međunarodnim standardima o ljudskim pravima.

c) Implementacija Uredbe 2000/64 o imenovanju međunarodnih sudaca i tužitelja na Kosovu

Kao i ostali mješoviti međunarodni kazneni sudovi, i sud na Kosovu u kojem su sudjelovali domaći i međunarodni suci suočen je s nizom problema, posebice onih vezanih za osiguravanje materijalnih sredstava te osiguravanju stručnog osoblja. Postojeći pravosudni sustav na Kosovu i dalje ima velik broj neriješenih predmeta, nedostaju mu kako međunarodni, tako i domaći suci te stručno osposobljeno osoblje. Velik broj imenovanih međunarodnih sudaca stručnjaci su međunarodnog prava i nemaju dovoljno znanja iz područja kaznenog prava, što se pokazalo kao ozbiljan nedostatak. Strani suci ne poznaju kosovsko pravo koje trebaju primjenjivati a okolnost da dolaze iz različitih pravnih sustava, još više otežava njihov rad. Ovom još valja pridodati profesionalno neiskustvo domaćih sudaca i tužitelja kao dodatni otežavajući faktor u radu mješovitih sudskih vijeća.

Neovisnost međunarodnih sudaca jedna je od temeljnih pretpostavki za njihovo učinkovito djelovanje. Međutim, okolnost da se imenuju na razdoblje od samo 6 mjeseci, ozbiljno dovodi u pitanje njihovu neovisnost. Neke nevladine organizacije postavile su pitanje ograničava li tako kratko vrijeme imenovanja sudsku i tužiteljevu neovisnost i dopušta li izravnu kontrolu nad njima. Naime, kako bi bili ponovo izabrani, suci i tužitelji mogu djelovati u pravcu podržavanja stava koji u određenom slučaju favorizira posebni izaslanik Glavnog tajnika UN. Kao opravdanje tako kratkog mandata navodi se da je to uobičajeno vrijeme za personalne misije u okviru mirovnih operacija. Uz to, nisu propisani jasni kriteriji koji bi odredili slučajeve koji su u nadležnosti međunarodnih sudaca. Sposobnost međunarodnih kaznenih sudaca i tužitelja da preuzmu bilo koji kazneni slučaj, neovisno o tome koji je zločin počinjen, ima dobre i loše strane. S jedne je strane neograničena

⁴⁸ UNMIK Regulation 1999/24 of 12 December 1999 on the Law Applicable in Kosovo, UNMIK/REG/1999/24., UNMIK Regulation 2000/59 of 27 October 2000 Amending UNMIK Regulation no 1999/24 on the Law Applicable in Kosovo, UNMIK/REG/2000/59.

⁴⁹ UNMIK Regulation 2003/25 of 6 July 2003, Provisional Criminal Code of Kosovo, UNMIK/REG/2003/25 i UNMIK Regulation 2003/26 of 6 July 2003, Provisional Criminal Procedure Code of Kosovo, UNMIK/REG/2003/26.

fleksibilnost u odabiru slučajeva prednost jer omogućuje nepristranom međunarodnom vijeću da osigura pravdu u politički osjetljivim slučajevima. S druge strane takva je fleksibilnost osjetljiva na političke zloporabe i može biti kritizirana kao kršenje sudske neovisnosti jer ne osigurava transparentne kriterije za odabir slučajeva.

2.3. *Sijera Leone*

U Sijera Leoneu je 1991. godine izbio građanski rat između Vlade i pobunjenika okupljenih u organizaciji Revolucionarni ujedinjeni front (u daljnjem tekstu: RUF). Taj je rat 1996. rezultirao općim kaosom. Iako je 1999. potpisan mirovni sporazum između Vlade i snaga RUF, primirje nije dugo trajalo.⁵⁰ Sukobi između zaraćenih strana i dalje su se nastavili. U međuvremenu je RUF, potpomognut od Liberije, osvojio nalazišta dijamanta iz kojih se financirao. To je rezultiralo embargom na trgovinu dijamantima koju je Vijeće sigurnosti uvelo u lipnju 2000. te sankcijama protiv Liberije u svibnju sljedeće godine. Napad snaga RUF na pripadnike mirovnih snaga Ujedinjenih naroda učvrstio je odluku UN o poduzimanju odlučujućih akcija za smirivanje sukoba. Nakon tih događaja Vijeće sigurnosti istaknulo je potrebu osnivanja neovisnog suda za suđenje počiniteljima zločina i zatražilo od Glavnog tajnika da u pregovorima s Vladom Sijera Leonea postigne sporazum.⁵¹

Obje strane koje su sudjelovale u zločinima zagovarale su amnestiju, što nije naišlo na odobravanje međunarodne zajednice.⁵² Poseban izaslanik Glavnog tajnika izjavio je da Ujedinjeni narodi podrazumijevaju da se odredbe o amnestiji neće primjenjivati na zločin genocida, zločine protiv čovječnosti, ratne zločine i druga ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava.

a) Ustanovljavanje Specijalnog suda za Sijera Leone

Nakon godina nasilja i sukoba, Sijera Leone nije bila sposobna sama izgraditi pravosudni sustav za progon počinitelja zločina i primjenjivati ga u skladu s postojećim međunarodnim standardima. Pomoć međunarodne zajednice bila joj je prijeko potrebna kao bi osigurala pravičan kazneni postupak.

Glavni tajnik podnio je u listopadu 2000. Izvještaj o ustanovljivanju Specijalnog suda za Sijera Leone u kojem predlaže da se sud temelji na spora-

⁵⁰ Peace Agreement between the Government of Sierra Leone and the Revolutionary United Front of Sierra Leone, Lome, Togo, 18 May 1999, U.N. Doc. S/1999/777.

⁵¹ Security Council Resolution 1315 (2000) on the Situation in Sierra Leone, U.N. Doc. S/RES/1315 (2000), 14 August 2000.

⁵² Vijeće sigurnosti je i nizom rezolucija (Rezolucija 1270/1999., 1289/2000., 1313/2000., 1315/2000., 1317/2000., 1321/2000., 1346/2001.) nastojalo uspostaviti mir.

zumu između Ujedinjenih naroda i Vlade Sjijera Leonea.⁵³ U dodatku Izvještaja nalazi se prijedlog Nacrta sporazuma između UN i Vlade Sjijera Leonea i Nacrt statuta Specijalnog suda. Vijeće sigurnosti prihvatilo je većinu prijedloga, ali je predložilo i nekoliko izmjena u pogledu osobne nadležnosti i financiranja suda. Rezolucijom 1370 (2001.) Vijeće sigurnosti je pozvalo Vladu Sjijera Leonea da zajedno s Glavnim tajnikom i Visokim komesarom UN ubrza osnivanje specijalnog suda. Konačno, dogovoreno je da ustanovljavanje internacionaliziranog domaćeg kaznenog suda koji će biti pod zajedničkom upravom UN i Sjijera Leonea, a odvojen od pravosudnog sustava Sjijera Leonea. U siječnju 2002. godine u Freetownu je potpisan Sporazum i osnovan Specijalni sud koji je službeno počeo s radom 1. srpnja 2002.⁵⁴ Sjedište Suda je u Freetownu.⁵⁵

Prema članku 1. Statuta, Specijalni sud nadležan je suditi osobama koje su najodgovornije za počinjene zločina iz nadležnosti Suda nakon 30. studenog 1996. Stvarna nadležnost Suda proteže se na zločine protiv čovječnosti, povrede članka 3. Ženevskih konvencija i Dopunskog protokola II., druge ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava i određene teške zločine prema pravu Sjijera Leonea.⁵⁶ Statut predviđa da su Specijalni sud i nacionalni sudovi usporedo nadležni, s time da Specijalni sud ima primat nad nacionalnim sudovima.⁵⁷ S obzirom na to da je među počiniteljima zločina bio veoma velik broj djece, nadležnost Suda proteže se na sve osobe starije od 15 godina.⁵⁸

Trenutno je pred sudom Sjijera Leonea optuženo 11 osoba, uključujući i bivšeg liberijskog predsjednika Charlesa Ghankajya Taylora.⁵⁹

⁵³ Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, 4 October 2000, U.N.Doc. S/2000/915. Vlada Sjijera Leonea odugovlačila je s potpisivanjem Sporazuma, što je potaknulo brojna pitanja, između ostalog zašto Ujedinjeni narodi ne posegnu za mjerama koje im stoje na raspolaganju na temelju glave VII. Povelje. I nakon što je Sud osnovan, njegov predsjednik Geoffrey Robertson uputio je Vijeću sigurnosti zahtjev da Sudu da mandat prema glavi VII. i na taj način nametne obvezu državama da surađuju sa Sudom.

⁵⁴ Osnovni dokumenti su Sporazum između Ujedinjenih naroda i Vlade Sjijera Leonea o ustanovljivanju Specijalnog suda za Sjijera Leone, Statuta Suda i Pravilnik o postupku i dokazima. Statut Specijalnog suda sadržajno je sličan statutima ICTY i ICTR, a u člancima 19., 20. i 22. izričito se upućuje na praksu *ad hoc* sudova. Dokumenti su dostupni na <http://www.sc-sl.org/documents.html>

⁵⁵ Headquarters Agreement Between the Republic of Sierra Leone and the Special Court for Sierra Leone, Signed on 21 October 2003.

⁵⁶ Članci 2. - 5. Statuta Specijalnog suda.

⁵⁷ Članak 8. Statuta Specijalnog suda.

⁵⁸ Pobunjenici RUF-a otimali su djecu od 7-8 godina i koristili se njima kao vojnicima prisiljavajući ih da čine zločine.

⁵⁹ Predviđa se da će se postupak voditi protiv svega 30-ak optuženika koji su bili na vladajućim pozicijama i da će postupci biti završeni u tri godine. Proračun Suda za 2004./2005. godinu iznosi 25,8 milijuna \$. Za usporedbu, proračun ICTY za 2003. godinu je 109.000.000 \$, a ICTR 87.000.000 \$. Službena stranica Specijalnog suda za Sjijera Leone je www.sc-sl.org

b) Organizacijska struktura Specijalnog suda za Sjevernu Leone

Za razliku od internacionaliziranih domaćih kaznenih tijela u Kambodži i Istočnom Timoru, Specijalni sud za Sjevernu Leone ustanovljen je temeljem ugovora između UN i Vlade Sjeverne Leonea. Ovaj sud nije ugrađen u postojeći pravosudni sustav Sjeverne Leonea niti je ustanovljen kao tijelo UN.⁶⁰

Tijela predviđena Statutom su vijeća (sudsko i Žalbeno vijeće), Tužitelj i Tajništvo.⁶¹

U sudskom vijeću sjede tri suca od kojih dvojicu imenuje Glavni tajnik UN. Trećeg suca imenuje Vlada Sjeverne Leonea, što nužno ne znači da će on uvijek biti državljanin te države. Žalbeno vijeće sastoji se od pet sudaca, od kojih trojicu imenuje Glavni tajnik, a preostala dva suca Vlada Sjeverne Leonea. S obzirom da većinu sudaca u vijećima imenuje Glavni tajnik, može se reći da sud kontroliraju UN.

Tužitelja Specijalnog suda imenuje Glavni tajnik na vrijeme od tri godine, s time da može biti ponovo izabran.⁶² Zamjenika tužitelja imenuje Vlada Sjeverne Leonea uz konzultacije s UN. Tužitelj Specijalnog suda odgovoran je za istragu i progon osoba najodgovornijih za počinjene zločine iz nadležnosti Suda. Ured tužitelja ovlašten je ispitivati osumnjičenika, žrtve i svjedoke, prikupljati dokaze i provoditi istragu na mjestu događaja, pri čemu mu, ako je to prikladno, pomoć mogu pružiti vlasti Sjeverne Leonea. Tužitelj djeluje neovisno, kao zasebno tijelo Suda, pri čemu ne smije tražiti niti smije primati upute ni od jedne vlade ni drugog izvora. Tužitelj mora biti osoba visokih moralnih kvaliteta i posjedovati najveći stupanj stručnosti i iskustva u vođenju istrage i kaznenog postupka. Tužitelju u radu pomaže zamjenik i drugo osoblje. Pri njihovom izboru vodi se računa o njihovom dosadašnjem iskustvu u radu s maloljetnicima.⁶³

c) Pitanja primjene materijalnog i postupovnog kaznenog prava

Stvarnom nadležnosti Specijalnog suda obuhvaćeni su zločini međunarodnog humanitarnog prava koji su imali status zločina prema međunarodnom običajnom pravu u vrijeme kada su navodno počinjeni. Na taj način izbjegnuti su prigovori u svezi načelom *nullum crimen sine lege* i zabranom retroaktivne primjene zakona.⁶⁴ U Statutu, međutim, međunarodno običajno humanitarno pravo nije u cijelosti ugrađeno nego je prilagođeno sukobu i zločinima koji su

⁶⁰ Ovdje se radi o *treaty-based sui generis court of mixed jurisdiction and composition*. Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone (4 October 2000), U.N.Doc. S/2000/915, stavak 9.

⁶¹ Članak 12. Specijalnog suda.

⁶² Za prvog tužitelja Specijalnog suda imenovan je Amerikanac David M. Crane.

⁶³ Vlada Sjeverne Leonea imenovala je Desmonda de Silvu za zamjenika tužitelja. Osoblje Ureda tužitelja sastoji se od osoba iz Sjeverne Leonea i ostalog osoblja. Od ožujka 2003. 25% osoblja su Amerikanci, a 50% Afrikanci.

⁶⁴ Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone (4 October 2000), U.N.Doc. S/2000/915., stavak 12.

počinjeni u određenom razdoblju. Primjerice, Sud nije nadležan za zločin genocida jer nije bilo tvrdnji da je postojala namjera da se uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa, što je bitno obilježje zločina genocida. U nadležnost Suda uključene su povrede članka 3. Ženevskih konvencija i Dodatnog protokola II., ali ne i teška kršenja Ženevskih konvencija. Iz ovog se može zaključiti da su zločini počinjeni u Sijera Leoneu okarakterizirani kao unutrašnji sukobi i kao takvi ne predstavljaju teške povrede Ženevskih konvencija koje se odnose na međunarodne oružane sukobe. Međutim, takvo određenje je dvojbeno kada se uzme u obzir da su u sukobu sudjelovale i susjedne države, Liberia i Burkina Faso.

U nadležnosti Suda su i teški zločini prema pravu Sijera Leonea. Većina tih zločina mogla se podvesti pod zločine utvrđene međunarodnim pravom, no vjerojatno su zasebno izdvojeni zbog političkih razloga.⁶⁵

Vremenska nadležnost Suda nailazi na kritike utemeljene na činjenici da je građanski rat, u kojem je počinjen niz zločina, započeo još 1991.

Odredba kojom se nadležnost Specijalnog suda proteže na sve osobe starije od 15 godina jedna je od najkontroverznijih. Iako su se međunarodne organizacije suprotstavile proširivanju kaznene odgovornosti na osobe mlađe od 18 godina, Vlada Sijera Leonea bila je nepopustljiva u tom pogledu navodeći da su tzv. djeca vojnici imala značajnu ulogu u sukobima u Sijera Leoneu.⁶⁶

Na postupak pred Specijalnim sudom primjenjuju se *mutatis mutandis* odredbe Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog kaznenog tribunala za Ruandu koje su vrijedile u vrijeme osnivanja Specijalnog suda s time da suci Specijalnog suda mogu mijenjati i dopunjavati Pravila.⁶⁷

d) Neka pitanja implementacije Statuta Specijalnog suda

Vremenska nadležnost Specijalnog suda, od 30. studenog 1996., pokriva samo dio razdoblja sukoba koji su započeli još u svibnju 1991. U skladu s Izvješćem Glavnog tajnika tako određena vremenska nadležnost osigurava da najteži zločini koje su počinile obje strane u sukobu ulaze u nadležnost Specijalnog suda.⁶⁸ Ostaje otvorenim pitanje kako se misli stati na kraj kulturi

⁶⁵ Josipović, Ivo, Put do Rima: pregled pravnih i političkih okolnosti koje su doprinijele osnivanju Međunarodnog kaznenog suda, u: Josipović, I. et. al., *Stalni međunarodni kazneni sud*, str. 59.

⁶⁶ Radi zaštite ovih osoba tijekom postupka u Statutu su propisane određene mjere. Vidi članak 7.

⁶⁷ Članak 14. Statuta Specijalnog suda.

⁶⁸ Kao razlog za ovako ograničenu vremensku nadležnost Suda Glavni tajnik UN u svojem Izvješću navodi sljedeće razlog: (a) *the temporal jurisdiction should be reasonably limited in time so that the Prosecutor is not overburdened and the Court overloaded; (b) the beginning date should correspond to an event or a new phase in the conflict without necessarily having any political connotations; and (c) it should encompass the most serious crimes committed by persons of all political and military groups and in all geographical areas of the country. A temporal jurisdiction limited in any of these respects would rightly be perceived as a selective or discriminatory justice.* Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone (4 October 2000), U.N.Doc. S/2000/915., stavak 25.

nekažnjavanja i očuvati mir kada se istražuje samo jedan određeni period unutar sukoba koji je započeo nekoliko godina ranije. I naravno, ostaje pitanje pravde za žrtve koje su stradale u razdoblju od 1991. do 1996. godine. Nepotrebno je ograničavati nadležnost na ovakav način. Tužitelju je trebalo ostaviti rješavanje pitanja koje su osobe najodgovornije za zločine počinjene od 1991. i da u skladu s time poduzme progon. Ovako skraćena vremenska nadležnost može uzrokovati velike probleme tužitelju u postupku dokazivanja odgovornosti pojedinih osoba.⁶⁹

Veliko nezadovoljstvo izazvala je odredba koja propisuje da djeca vojnici između 15 i 18 godina mogu biti procesuirani pred Specijalnim sudom. Velik broj djece bio je otet i prisiljen sudjelovati u zločinima. Nedostaju posebni kriteriji koji bi razgraničili odgovornost djece vojnika od odgovornosti odraslih osoba. Neka od pitanja koja se nameću jesu kako djeca od 15 godina mogu znati razliku između nezakonite i zakonite naredbe njihovog pretpostavljenog i je li opravdano podrazumijevati da djeca znaju da civilno stanovništvo u oružanom sukobu nije neprijatelj i da se stoga ne smije napadati i ubijati. Jednake sumnje u ispravnost ovakvog rješenja javit će se i kod slučajeva kada su djeci vojnicima stavljeni na raspolaganje alkohol i droge koje su oni dobrovoljno konzumirali i nakon toga počinili zločine. Možemo li pravila koja se u tim i sličnim slučajevima primjenjuju na odrasle primijeniti i na djecu? S obzirom na nedostatno uređenje ovih pitanja u Statutu Specijalnog suda, opravdana je briga oko poštivanja prava maloljetnih osoba, počinitelja najtežih zločina, u postupku pred Sudom.

Članak 5. Statuta koji propisuje nadležnost Specijalnog suda za zločine prema pravu Sijera Leonea nepotreban je i sadrži nazadne pretpostavke u pogledu zločina seksualnog nasilja. Ta odredba propušta regulirati zločine koji su počinjeni prema dječacima tijekom oružanih sukoba u Sijera Leoneu. Jednako tako, propisuje da seksualno nasilje nad djevojčicama starijim od 14 godina nije ozbiljan zločin. Sadržaj ove odredbe pokazuje da ozbiljnost zločina ovisi o godinama žrtve, pa se zločin zlostavljanja djevojčice stare između 13 i 14 godina opisuje kao manje ozbiljan i za njega se propisuje puno blaža kazna nego li za zločin nasilja nad djevojčicama mlađim od 13 godina.⁷⁰

2.4. Kambodža

U Kambodži su tzv. Crveni Kmeri pod vodstvom Pol Pota u razdoblju od 17. travnja 1975. do 7. siječnja 1979. učinili brojne zločine i ubili oko 1.700.000 ljudi.⁷¹ Nakon što su ih vijetnamske snage pobijedile, Crveni Kmeri su nastavili

⁶⁹ Linton, *op. cit.* (bilj. 7), str. 238.

⁷⁰ Ove odredbe nisu nužno suprotne međunarodnim ljudskim pravima i predstavljaju pravo koje se primjenjivalo u Sijera Leoneu tijekom razdoblja koje je obuhvaćeno vremenskom nadležnošću Specijalnog suda. *Ibid.*, str. 240-241.

⁷¹ To je činilo oko 21% stanovništva Kambodže.

gerilsku borbu. Nakon više od dva desetljeća od okončanja krvavog režima Crvenih Kmera, postignut je Sporazum između UN i Vlade Kambodže, čime su dane naznake da bi počinitelji konačno mogli biti izvedeni pred sud.

a) *Osnivanje Izvanrednog vijeća*

Opća skupština UN zatražila je 1997. godine od Glavnog tajnika da istraži mogućnosti osnivanja posebne skupine stručnjaka sa zadatkom da procijene postojeće dokaze i mogućnost da se vođe Crvenih Kmera izvedu pred (nacionalni ili međunarodni) sud.⁷² Na temelju rezultata njihova rada Glavni tajnik je 1999. podnio izvješće Općoj skupštini i Vijeću sigurnosti u kojem preporučuje osnivanje međunarodnog tribunala za suđenje pripadnicima Crvenih Kmera.⁷³ Takvu mogućnost odbila je Vlada Kambodže prihvativši osnivanje posebnog vijeća unutar nacionalnih sudova u radu kojih bi, uz domaće, sudjelovali i strani suci, tužitelji i pravni stručnjaci.

Tijekom 2000. godine Ujedinjeni narodi i Kambodža stupili su u pregovore koji su trajali dvije i pol godine, do veljače 2002. kad je Glavni tajnik UN zaključio da pregovore ne može nastaviti.⁷⁴ Naime, iako je Vlada Kambodže prihvatila ideju o stvaranju posebnog nacionalnog suda, Nacrt zakona o suđenju za genocid koji je pripremila, ocijenio je Kofi Annan, glavni tajnik UN, u veljači 2000. neprihvatljivim i predložio promjenu 18 od 49 članaka. Između ostalog, zalagao se za isključenje amnestije, imenovanje neovisnog i nepristranog tužitelja, sastav suda u kojem bi strani suci imali većinu. Uz niz manevara koje je poduzela kambodžanska Vlada s ciljem odugovlačenja usvajanja Zakona, on je na kraju usvojen, s time da ni jedna primjedba UN nije usvojena, i 10. kolovoza 2001. stupio je na snagu.⁷⁵ Glavni tajnik UN zaključio je da Kambodža nije osnovala nezavisni sud koji bi bio sposoban progoniti zločine i UN se početkom 2002. povukao iz pregovora. U prosincu iste godine Opća skupština UN, potaknuta od Francuske i Japana i podržana od Kambodže i SAD-a,⁷⁶

⁷² General Assembly Resolution 52/135, A/RES/52/135, 12 December 1997.

⁷³ United Nations, AS, General Assembly, Security Council, A/53/850, S/1999/231, 16 March 1999.

⁷⁴ Kao razlog napuštanja pregovora izjavljeno je sljedeće: "(...) *the United Nations has come to the conclusion that the Extraordinary Chambers, as currently envisaged, would not guarantee the independence, impartiality and objectivity that a court established with the support of the United Nations must have.*" Statement by UN Legal Counsel Hans Corell at a press briefing at UN Headquarters in New York, 8 February 2002., dostupno na <http://www.un.org/News/dh/infocus/cambodia/corell-brief.htm>

⁷⁵ Law of Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, dostupno na <http://www.derechos.org/human-rights/seasia/doc/krlaw.html>

⁷⁶ U Kongresu SAD 1994. godine donesen je tzv. *Cambodian Genocide Justice Act*. U tom dokumentu zatražio se od predsjednika SAD i od drugih državnih institucija da poduzmu mjere radi osnivanja suda koji bi sudio počiniteljima genocida (nije postojala suglasnost je li ovdje riječ o genocidu kako ga definira Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju genocida jer su zločini počinjeni na političkoj, a ne na nacionalnoj osnovi). Osnovan je posebni Ured (engl. *Office of Cambodian Genocide Investigations*) sa zadaćom da prikupi relevantne podatke.

usvojila je rezoluciju, potičući Glavnog tajnika da ponovo razmotri mogućnost nastavka pregovora.⁷⁷ Kambodža i UN vratili su se pregovorima i, konačno, u ožujku 2003., postigli sporazum.⁷⁸ Sporazum predviđa stvaranje posebnog vijeća, kao dijela postojećeg sudskog sustava, sastavljenog od međunarodnih sudaca. Za provedbu sporazuma nužno je da ga Kambodža ratificira, što je i učinjeno u listopadu 2004. Međutim, da bi se Sporazum mogao primjenjivati, bila su potrebna odobrenja još nekih tijela, uključujući predsjednika Kambodže. Konačno u travnju 2005. godine Sporazum je stupio na snagu.⁷⁹

Sporazumom se regulira suradnja između Ujedinjenih naroda i Vlade Kambodže u provođenju suđenja osobama najodgovornijim za zločine počinjene u Kambodži u razdoblju od 17. travnja 1975. do 6. siječnja 1979. Sporazum je implementiran u pravo Kambodže kroz Zakon o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća.⁸⁰ Ustanovljeno je posebno vijeće, Izvanredno vijeće (engl. *Extraordinary Chambers*), kao dio nacionalnih sudova Kambodže.

Stvarna nadležnost Izvanrednog vijeća obuhvaća: 1. zločine propisane Kaznenim zakonom Kambodže iz 1956.: ubojstvo, mučenje i progon na vjerskoj osnovi, 2. genocid, 3. zločine protiv čovječnosti, 4. teška kršenja Ženevskih konvencija iz 1949., 5. kršenja odredbi Konvencije za zaštitu kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba od 14. svibnja 1954. i Konvencije o diplomatskim odnosima iz 1961.⁸¹ Vremenska nadležnost ograničena je na razdoblje od 17. travnja 1975. do 6. siječnja 1979., a osobna nadležnost proteže se na osobe najodgovornije za počinjenje zločina iz nadležnosti Vijeća.⁸²

b) Organizacijska struktura Izvanrednog vijeća

Prema Zakonu o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća ustanovljeni su Sudsko vijeće i Vijeće Vrhovnog suda u sastav kojih ulaze kambodžanski i strani (međunarodni) suci, s time da kambodžanski suci imaju većinu. Sudsko vijeće sastoji se od pet sudaca, tri kambodžanska i dva strana suca. Vijeće Vrhovnog

⁷⁷ General Assembly Resolution A/RES/57/228, 18 December 2002.

⁷⁸ Agreement Between The United Nations and The Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution Under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, dostupno na <http://www.cambodia.gov.kh/krt/pdfs/Agreement%20between%20UN%20and%20RGC.pdf>

⁷⁹ U skladu sa člankom 32. Sporazum stupa na snagu dan nakon što obje strane pismeno obavijeste jedna drugu da su ispunjene pravne pretpostavke za njegovo stupanje na snagu. Vlada Kambodže takvu je obavijest uputila UN 16. studenog 2004. Nakon toga UN je intenzivirao rad na osiguranju izvora financiranja Izvanrednog vijeća. Glavni tajnik UN, Kofi Annan konačno je 28. travnja 2005. poslao obavijest da su ispunjene pretpostavke za stupanje na snagu Sporazuma. Vidi <http://www.cambodia.gov.kh/krt/english/statments%20and%20letters.htm>

⁸⁰ Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea. Tekst sporazuma vidi na <http://www.cambodia.gov.kh/krt/english/statments%20and%20letters.htm>

⁸¹ Članci 2.-8. Zakona o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća.

⁸² Članak 1. Zakona o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća.

suda sastoji se od sedam sudaca od kojih su četiri kambodžanski suci.⁸³ Predsjednik Sudskog vijeća i predsjednik Vijeća Vrhovnog suda imenuju se iz reda kambodžanskih sudaca.

Odluke se u vijećima donose jednoglasno, a ako se jednoglasnost ne može postići, kvalificiranom većinom glasova. Za donošenje odluke u Sudskom vijeću potrebna su četiri glasa, dok je za donošenje odluke u Vijeću Vrhovnog suda potrebno pet glasova.⁸⁴ Na taj način osiguralo se da kambodžanski suci, iako imaju većinu u vijećima, ne mogu donijeti odluku bez glasa barem jednog međunarodnog suca.

Prema Zakonu o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća strane suce, jednako kao i domaće, u konačnici bira kambodžanski *Supreme Council of the Magistra*. Razlika između imenovanja domaćih i međunarodnih sudaca u tome je što se međunarodni suci imenuju sa spiska koju sastavlja Glavni tajnik UN. Zanimljivo je da Zakon o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća propisuje, pod određenim pretpostavkama, mogućnost da *Supreme Council of the Magistra* imenuje međunarodne suce na temelju preporuke vlada država članica UN. U konačnici, Zakonom je predviđena i mogućnost da međunarodne suce u cijelosti zamijene kambodžanski suci.⁸⁵ Suci se biraju na neodređeno vrijeme, dok traju postupci.⁸⁶

Za vođenje istrage odgovorni su istražni suci, jedan kambodžanski i jedan međunarodni. Ako se istražni suci ne slože o pitanju treba li započeti istragu, moraju nastaviti istragu, osim ako jedan od istražnih sudaca u roku od 30 dana ne postavi formalni zahtjev da se to pitanje riješi. Konačnu odluku o započinjanju istrage, protiv koje nema mogućnosti žalbe, donosi Predraspravno vijeće koje se sastoji od tri kambodžanska suca i dva međunarodna. Ako za započinjanje istrage glasuju četiri suca, istraga se odmah nastavlja. Ako se odluka da se ne započinje istraga ne može donijeti većinom od četiri glasa, istraga se također mora nastaviti.

Za provođenje progona odgovorni su tužitelji, jedan iz Kambodže i jedan strani tužitelj. Stranog tužitelja s popisa koji sastavlja Glavni tajnik UN, bira kambodžanski *Supreme Council of the Magistra* na vrijeme dok traje postupak. Tužitelji moraju biti osobe visokih moralnih kvaliteta i posjedovati najveći stupanj stručnosti i iskustva u vođenju istrage i kaznenog postupka. Tužitelji djeluje neovisno i ne smiju tražiti niti smiju primati upute ni od jedne vlade, ni drugog izvora.⁸⁷ U slučaju da se tužitelji ne slože oko pitanja provedbe progona, progon se mora nastaviti osim ako jedan od tužitelja ne postavi formalan zahtjev

⁸³ Članak 9. Zakona o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća.

⁸⁴ Članak 14. Zakona o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća.

⁸⁵ Sporazumom između Ujedinjenih naroda i Vlade Kambodže nije predviđena takva mogućnost. Usp. članak 3. Sporazuma i članak 46. Zakona o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća.

⁸⁶ Članak 12. stavak 2. Zakona o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća.

⁸⁷ Tužitelji djeluju u skladu s postojećim postupovnim pravilima koja su na snazi a pod određenim pretpostavkama mogu "seek guidance in procedural rules established at the international level". Vidi članak 20. stavak 1. Zakona o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća.

da se to pitanje riješi. Konačnu odluku, kao i u slučaju neslaganja istražnih sudaca o nastavku istrage, donosi Predraspravno vijeće.

Uz strane suce i tužitelje predviđeno je i imenovanje stranog osoblja u Tajništvu.⁸⁸

c) Pitanja primjene materijalnog i postupovnog kaznenog prava

U skladu s člankom 3. Zakona o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća, zločini ubojstva, mučenja i progon na vjerskoj osnovi predstavljaju kršenja Kaznenog zakona Kambodže iz 1956. godine. Ovdje se nameće pitanje zastare ovih kaznenih djela koja je prema važećim kambodžanskim zakonima iznosila dvadeset godina.⁸⁹

Članak 4. definira zločin genocida i izveden je iz članaka 2. i 3. Konvencije o genocidu, čija je Kambodža stranka od 1951. godine. Ovdje se postavilo pitanje da li se počinjeni zločini mogu definirati kao zločin genocida. Naime, genocid se određuje kao djelo učinjeno u namjeri da se u cijelosti ili djelomice uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa. Iako su tijekom režima Crvenih Kmera progonjene određene etničke skupine, glavni cilj Crvenih Kmera bili su Kambodžanci koji nisu dijelili njihove političke stavove. Iz ovog proizlazi da su Crveni Kmeri počinili zločine protiv čovječnosti, prije negoli genocid.

Određenje zločina protiv čovječnosti razlikuje se od njihova poimanja u suvremenom međunarodnom običajnom pravu. To nužno ne narušava načelo zakonitosti jer su zločini protiv čovječnosti uže definirani, što je *in favorem* optuženika jer dodatno ograničava uvjete progona.⁹⁰

U članku 6. definiraju se teška kršenja Ženevskih konvencija za čiju primjenu je neophodno postojanje međunarodnog oružanog sukoba između država stranaka Ženevskih konvencija. Crveni Kmeri bili su u sukobu sa svojim susjedima, Vijetnamom, Laosom i Tajlandom, koji su države stranke Ženevskih konvencija. Međutim, kako je već naglašeno, sukob Crvenih Kmera sa susjednim državama manjeg je opsega od zločina koje su počinili prema kambodžanskim neistomišljenicima. Da bi se ovi posljednji mogli odrediti kao teška kršenja Ženevskih konvencija, mora ih se definirati kao međunarodne sukobe.⁹¹

⁸⁸ Zamjenika tajnika imenuje Glavni tajnik UN. Članak 31. Zakona o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća.

⁸⁹ Grupa stručnjaka, iako je prepoznala zakonitost kaznenog progona na temelju domaćeg prava, naglasila je i probleme koji proizlaze iz oskudnosti izvora kaznenog prava Kambodže te čestih promjena pravnih režima u toj državi prije njezine nezavisnosti. Report of the Group of Experts for Cambodia Established Pursuant to General Assembly Resolution 52/135, 18 February 1999.

⁹⁰ Linton, *op. cit.* (bilj. 7), str. 194.

⁹¹ *Ibid.*, str. 195.

U nadležnosti Izvanrednog vijeća su i kršenja odredbi Konvencije za zaštitu kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba od 14. svibnja 1954. i Konvencije o diplomatskim odnosima iz 1961. Ovo je prvi put da se kršenja odredbi Konvencije za zaštitu kulturnih dobara progone na osnovi samog ugovora. Takvi zločini obično su definirani kao kršenje zakona i običaja ratovanja.⁹² Napadi na kulturne objekte tijekom međunarodnog sukoba mogu se također podvesti pod napade na zaštićene objekte i tada predstavljaju teška kršenja Ženevskih konvencija koja su u nadležnosti Izvanrednog vijeća.⁹³

Izvanredna vijeća primjenjuju postojeće kambodžansko kazneno postupovno pravo. To pravo ne daje dovoljnu zaštitu optuženicima u području pristupa dokazima, omogućavanja branitelja te prava na unakrsno ispitivanje svjedoka. Grupa stručnjaka nalazi da je kazneno postupovno pravo Kambodže konfuzno i da propisuje različita rješenja u pogledu istih pitanja.⁹⁴ Zakon o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća u članku 35. propisuje temeljna prava optuženika i pozivajući se na članak 14. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima donekle ublažava bojazan hoće li optuženici imati pravično suđenje.

d) Pitanja implementacije Zakona o ustanovljavanju Izvanrednog vijeća

Osigurati rad Izvanrednog vijeća u skladu s međunarodnim standardima bit će zacijelo težak zadatak. Kambodžanski pravosudni sustav prožet je korupcijom, a kontrola Izvanrednog vijeća od strane kambodžanske vlade može imati poguban utjecaj na njegov rad. Okolnost da se traži kvalificirana većina u donošenju odluka može donekle ublažiti bojazan oko nezavisnosti ovoga Vijeća, no ne može ga u potpunosti otkloniti. Kvalificiranom većinom donosit će se odluke u pogledu krivnje ili nevinosti optuženika, međutim običnom većinom glasova donosit će se sve ostale odluke. Na taj način kambodžanski suci mogu usmjeravati i kontrolirati postupak i stoga postoji očiti rizik da se neće moći prikupiti svi relevantni dokazi i stvoriti osnova za osuđujuće presude.

Ipak, iako postoji opravdana bojazan za djelotvornost tako osnovanog suda i nezavisnost Izvanrednog vijeća u kojem većinu imaju kambodžanski suci, sporazum nastao nakon pet godina pregovora i nakon 24 godine od prestanka vlasti Crvenih Kmera ipak daje nadu da će zločinci konačno biti izvedeni pred sud. Sporazum je naišao na mnoge kritike. Grupe za ljudska prava tvrde da mogućnost Vlade Kambodže da utječe na suce, predstavlja neprihvatljivu smetnju pravdi.⁹⁵ I sam Glavni tajnik u Izvještaju Općoj skupštini, procjenjujući

⁹² Vidi članak 3. Statuta MKSJ.

⁹³ Linton, *op. cit.* (bilj. 7), str. 196.

⁹⁴ Report of the Group of Experts for Cambodia Established Pursuant to General Assembly Resolution 52/135., stavak 125.

⁹⁵ Predsjednik nevladine humanitarne organizacije *Human Rights Watch*, Mike Jendrecejczyk, izjavio je da taj sporazum "represent the lowest standards yet for a tribunal with UN participation".

Sporazum, navodi da još uvijek postoji sumnja o kredibilitetu Izvanrednog vijeća. S druge strane, većina potencijalnih optuženika starija je od 70 godina i vrijeme da se ostvari pravda istječe.⁹⁶

2.5. *Bosna i Hercegovina*

Za razliku od sudova u Istočnom Timoru, Sijera Leoneu i Kambodži, koji su nastali kao posljedica nedostatka bilo kakvog međunarodnog mehanizma pravde, za zločine počinjene na prostoru Bosne i Hercegovine primarnu nadležnost ima MKSJ. Međutim, zbog nemogućnosti da taj tribunal sudi svim osobama odgovornim za zločine, u Bosni i Hercegovini osnovan je poseban odjel kojeg sačinjavaju međunarodni i domaći suci.

Sudovi u Bosni i Hercegovini počeli su procesuirati predmete ratnih zločina još u vrijeme sukoba u toj državi. Ipak, nestabilna politička situacija, odljev stručnih kadrova iz pravosuđa i odvjetništva te imenovanje novih kadrova na etničkim i političkim temeljima izazvali su nepovjerenje međunarodne zajednice. Zbog navedenih razloga uveden je postupak pod nazivom Pravila puta koji je omogućio da Haaški tribunal nadzire kaznene progone poduzete od nadležnih tijela BiH.⁹⁷ Nadležna tijela BiH morala su dostaviti svaki predmet Haaškom tribunalu koji bi zatim odobravao uhićenje i podizanje optužnice. Ured tužitelja MKSJ je nakon proučavanja predmeta donosio odluku o tome ima li dovoljno dokaza po međunarodnim standardima koji opravdavaju uhićenje ili podizanje optužnice protiv osumnjičenika.⁹⁸ Ukoliko je Tužiteljstvo smatralo da postoji osnovana sumnja da je određena osoba počinila zločin, kazneni postupak bi se proveo na razini sudova u entitetima.⁹⁹ S obzirom na planirani završetak rada MKSJ, Glavna tužiteljica je 27. kolovoza 2004. obavijestila Predsjedništvo BiH da od 1. listopada 2004. Haaško tužiteljstvo više neće biti u mogućnosti pregledavati predmete iz BiH i ta je obveza prenesena na

⁹⁶ U zatvoru se od 1999. nalaze samo dvojica vođa Crvenih Kmera: Ung Choeun i Kaing Guek Iev. Lider Crvenih Kmera umro je 1998.

⁹⁷ Pravila puta dodatak su Rimskom sporazumu potpisanom 18. veljače 1996. od strane predsjednika Republike Hrvatske, Bosne i Hercegovine i Savezne Republike Jugoslavije. Tekst sporazuma dostupan je na www.ohr.int/ohr-dept/hr-rol/thedept/war-crime-tr

⁹⁸ MKSJ je svaki od predmeta označavao s oznakama A do H. Najznačajnije su bile oznake A, B i C, koje su značile da postoji dovoljno dokaza protiv određene osobe, da nema dovoljno dokaza, odnosno da Haaški tribunal ne može odlučiti da li ima dovoljno dokaza i upućuje tijela vlasti BiH da prikupe dodatne dokaze i ponovo vrate predmet na odlučivanje Tribunalu. OSCE, Odjel ljudskih prava, Suđenje ratnih zločina na sudovima u Bosni i Hercegovini, Napredak i prepreke, ožujak 2005., str. 5.

⁹⁹ U Federaciji BiH sudbeni sustav se sastoji od 10 županijskih sudova i 28 općinskih sudova, dok se sustav u Republici Srpskoj sastoji od 5 okružnih sudova i 19 osnovnih sudova. Županijski sudovi, odnosno okružni sudovi i Sud Brčko Distrikta imali su stvarnu nadležnost suditi u prvom stupnju za ratne zločine, dok su u žalbenom postupku odlučivali vrhovni sudovi u entitetima i Apelacijski sud Brčko Distrikta.

Tužiteljstvo BiH.¹⁰⁰ Sada je Tužiteljstvo BiH nadležno za pregledavanje velikog broja predmeta koji su bili dostavljeni Uredu tužitelja MKSJ na kategorizaciju. S obzirom da se radi o velikom broju predmeta, Tužiteljstvo BiH je usvojilo Pravilnik o pregledu predmeta ratnih zločina kojim se uređuje pregled predmeta kako bi se odlučilo hoće li se nastaviti postupak ili ne i ako da, da li će se postupak provesti pred Sudom BiH ili pred sudovima u entitetima.¹⁰¹ Naime, Krivičnim zakonom i Zakonom o krivičnom postupku BiH od 1. ožujka 2003. godine stvarna nadležnost u predmetima ratnih zločina prenesena je s entiteta na državnu razinu, na Sud BiH, s time da je ostavljena mogućnost da taj sud prenese nadležnost na mjesno nadležni sud u entitetu.¹⁰²

a) Osnivanje Odjela za ratne zločine

Unutar Kaznenog odjela Suda BiH uspostavljen je Odjel za ratne zločine koji je nadležan postupati u predmetima ratnih zločina.¹⁰³ Uspostava Odjela za ratne zločine prvi put je predložena na sastanku Upravnog odbora Vijeća za provedbu mira 12. lipnja 2003. godine.¹⁰⁴ Tijekom 2003. i 2004. godine osnivanje Odjela za ratne zločine bilo je predmetom razgovora Haaškog tribunala i Ureda visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu (OHR).¹⁰⁵ Prema OHR-ovom Izvješću o napretku u implementaciji projekta za uspostavu Ureda tajništva (engl. *Project Implementation Plan Registry Progress Report*) od 20. listopada 2004.¹⁰⁶ Odjel za ratne zločine institucija je Bosne i Herce-

¹⁰⁰ Od 1996. godine Ured tužitelja MKSJ primio je spise protiv ukupno 5.789 osoba koje se sumnjiče za ratne zločine. Jedinica je do 29. rujna 2004. pregledala i kategorizirala predmete za ukupno 3.489 osoba i vratila ih na postupanje domaćim tijelima vlasti. Od predmeta koji su vraćeni u BiH, 846 je dobilo oznaku A, 2.346. B i 675 je dobilo oznaku C. OSCE, Suđenje ratnih zločina na sudovima u Bosni i Hercegovini, *op. cit.* (bilj. 98), str. 6.

¹⁰¹ Tužiteljstvo je usvojilo kriterije za ocjenjivanje osjetljivosti koji služe kao smjernice za određivanje koji će sud postupati u predmetu i sadržani su u dokumentu *Orijentacijski kriteriji za osjetljive predmete Pravila Puta*. Prema ovim kriterijima vrlo osjetljive predmete sudit će Sud BiH, dok osjetljivi predmeti mogu, prema diskrecijskoj ocjeni Glavnog tužitelja, biti vraćeni županijskim i okružnim sudovima.

¹⁰² Sve prijave protiv počinitelja ratnih zločina podnesene nakon 1. ožujka 2003. godine tužitelji u entitetima moraju podnijeti Državnom tužitelju BiH (čl. 215. stavak 3. ZKP-a BiH).

¹⁰³ Osim od Odjela za ratne zločine, Krivični odjel sastoji se još od Odjela za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju i Odjela za sva ostala krivična djela u nadležnosti Suda.

¹⁰⁴ Deklaracija Upravnog odbora Vijeća za provedbu mira od 12. lipnja 2003. Vijeće za provedbu mira je osnovano nakon Konferencije za provedbu mira u Londonu u prosincu 1995. Čini ga 55 država i međunarodnih organizacija koje vode postupak provedbe mira u BiH u skladu s odredbama Daytonskog mirovnog sporazuma.

¹⁰⁵ U skladu s odredbama Daytonskog mirovnog sporazuma Visoki predstavnik je u ime međunarodne zajednice zadužen nadgledati provedbu Mirovnog sporazuma u BiH. Visokog predstavnika predlaže Upravni odbor Vijeća za provedbu mira, a imenovanje potvrđuje Vijeće sigurnosti UN-a. <http://www.ohr.int/ohr-info/gen-info/#3>

¹⁰⁶ Dostupno na <http://www.ohr.int/ohr-dept/rule-of-law-pillar/pdf/wcc-project-plan-201004-eng.pdf>

govine koja djeluje u skladu s važećim zakonodavstvom BiH. Međutim, u prvoj fazi rada Odjel će sačinjavati i međunarodni suci i administracija. U Izvješću je predviđeno da Raspravno i Žalbeno vijeće budu sastavljeni od dva strana suca i jednog domaćeg suca. U kasnijem razdoblju sudbena tijela bila bi sastavljena pretežito od domaćih sudaca, a u konačnici, protekom razdoblja od 5 godina, sudbena tijela činili bi isključivo domaći suci. Jednako tako Odjel Tužiteljstva BiH imao bi međunarodne tužitelje koji bi svoja mjesta postupno prepuštali domaćim tužiteljima. Tajništvo će pružati nužnu tehničku podršku i obavljati administrativne poslove za Odjel za ratne zločine te za Odjel za ratne zločine pri Tužiteljstvu.

Da bi se moglo ostvariti sve predviđeno u Izvješću OHR-a, bilo je neophodno prethodno provesti reformu zakonodavstva Bosne i Hercegovine, što je i učinjeno tijekom 2004. godine donošenjem izmjena i dopuna zakona koje su omogućile formiranje posebnog Odjela za ratne zločine u okviru Suda BiH.¹⁰⁷

Odjel za ratne zločine nadležan je za tri vrste predmeta: 1. predmete ratnih zločina zaprimljenih nakon 1. ožujka 2003. kada smatra da oni zbog svoje osjetljivosti trebaju biti procesuirani na državnoj razini.¹⁰⁸ Ukoliko smatra da uvjet osjetljivosti nije ispunjen, predmete će ustupiti sudovima u entitetima;¹⁰⁹ 2. predmete koje mu uputi Ured tužitelja MKSJ u kojima optužnica još nije podignuta i 3. predmete koje mu uputi MKSJ sukladno pravilu 11.bis Pravilnika o postupku i dokazima u kojima je optužnica potvrđena pred tim tribunalom.¹¹⁰

b) Organizacijska struktura Odjela za ratne zločine

Sud Bosne i Hercegovine ima tri odjela – kazneni, upravni i žalbeni odjel. Kazneni odjel se nadalje dijeli na sljedeća tri odjela: Odjel I., za ratne zločine, Odjel II., za organizirani kriminal, gospodarski kriminal i korupciju te Odjel III., za sva ostala kaznena djela iz nadležnosti Suda.¹¹¹

¹⁰⁷ Krajem 2004. godine doneseno je ili izmijenjeno niz zakona. Vidi Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o Sudu BiH, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o tužiteljstvu BiH, Zakon o prijenu predmeta sa Haškog suda na Tužiteljstvo BiH i korištenje dokaza koje je prikupio Haški sud u postupcima na sudovima u BiH, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti ugroženih svjedoka i svjedoka pod prijetnjom, Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona BiH (Službene novine BiH, 61/04.).

¹⁰⁸ Prvi slučaj koji je ocijenjen kao *vrlo osjetljiv* i prepušten Odjelu za ratne zločine je slučaj *Šimšić*. Suđenje je započelo u rujnu 2005.

¹⁰⁹ Odjel za ratne zločine neće biti u mogućnost voditi postupke u svim predmetima ratnih zločina. Zbog velikog broja predmeta, i dalje će najveći broj biti procesuiran pred sudovima u entitetima – okružnim sudovima u Republici Srpskoj i županijskim sudovima u Federaciji BiH, odnosno Sudu Brčko Distrikta.

¹¹⁰ U rujnu 2005. godine Žalbeno vijeće MKSJ odbilo je žalbu Milovana Stankovića protiv njegova izručenja na suđenje pred Sudom BiH. Ovo je prvi predmet koji je MKSJ, u skladu s pravilom 11. bis Pravila o postupku i dokazima MKSJ, ustupio Sudu BiH.

¹¹¹ Članak 8. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik B i H, 61/2004.

U skladu s člankom 17. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sudu Bosne i Hercegovine u prijelaznom razdoblju će se u Odjel za ratne zločine imenovati međunarodni suci.¹¹² Prijelazno razdoblje ne može trajati duže od pet godina, što znači da do 2009. svi međunarodni suci moraju biti zamijenjeni domaćim sucima. Međunarodni suci ne smiju biti državljani BiH ni državljani neke od susjednih zemalja. Međunarodne suce imenuje Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu na vrijeme od dvije godine uz mogućnost reizbora. U sastav vijeća ulazi jedan domaći sudac, koji je ujedno i predsjednik vijeća i dva međunarodna suca.

Uz međunarodne suce, unutar posebnog Odjela za ratne zločine Tužiteljstva Bosne i Hercegovine imenovani su i međunarodni tužitelji.¹¹³

Osim međunarodnih sudaca predviđeno je i imenovanje međunarodnog tajnika na čelu Tajništva koji bi bio nadležan za upravljanje i pružanje usluga podrške Odjelu za ratne zločine.

c) Pitanja primjene materijalnog i postupovnog kaznenog prava

U poslijeratnom razdoblju usvojeni su novi kazneni zakoni u Federaciji Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i na razini države BiH. Međutim, na djela koja su počinjena tijekom rata primjenjuje se Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1977. godine, što je u skladu s načelom da se na počinitelja kaznenog djela primjenjuje onaj zakon koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja kaznenog djela, osim ako kasniji zakon nije povoljniji za počinitelja. Međutim, izmjenama i dopunama Krivičnog zakona BiH stvorene su pretpostavke za procesuiranje kaznenih djela ratnih zločina prema odredbama novog Krivičnog zakona BiH.¹¹⁴ Kompleksna zakonska rješenja u svezi s prijenosom nadležnosti u predmetima ratnih zločina na sudove i tužiteljstva u entitetima BiH mogu dovesti do situacije da će se primjenjivati Krivični zakon BiH donesen 2003. Naravno, ovdje se opravdanim postavlja pitanje retroaktivne primjene zakona.

Nejasno je da li će se na predmete ratnih zločina koji će se tek procesuirati primjenjivati Krivični zakon iz 1977. ili ovaj iz 2003. godine. Naime, izmjene i dopune Krivičnog zakona BiH propisuju da načelo zakonitosti i načelo da se primjenjuje kazneni zakon koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja kaznenog djela, osim ako kasniji zakon nije blaži za počinitelja, ne utječu na suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe za bilo koje činjenje ili nečinjenje, ako je to djelo

¹¹² Međunarodni suci mogu biti imenovani i u Odjelu za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o sudu Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, 61/2004.

¹¹³ Zakon o Tužilaštvu Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, 24/02., 3/03., 37/03., 42/03., 9/04., 35/04. i 61/06.

¹¹⁴ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, 36/03., 37/03., 21/04., 69/04.

u vrijeme izvršenja predstavljalo kazneno djelo prema općim načelima međunarodnog prava. Cilj je ovako formulirane odredbe omogućiti primjenu novog Krivičnog zakona BiH koji propisuje nove oblike kaznenog djela ratnog zločina, kao i nove oblike kaznene odgovornosti koji do tada nisu bili predviđeni zakonom, a priznati su međunarodnim pravom. Ovo pitanje razmatrat će se pred Sudom BiH jer će obrana zasigurno istaknuti pitanje retroaktivne primjene Krivičnog zakona iz 2003. godine.¹¹⁵

Federacija Bosne i Hercegovine i Republike Srpske usvojile su nove zakone o krivičnom postupku u 2003. godini pa se, ovisno o trenutku kada je potvrđena optužnica, neki predmeti ratnih zločina procesuiraju prema starom ZKP-u, a neki prema novom ZKP-u iz 2003.¹¹⁶ Između ova dva zakona postoje bitne razlike. Raniji zakon sadržavao je značajke inkvizitornog sustava u kojem je istražni sudac bio nadležan za istražni postupak, a uloga tužitelja i branitelja bila je, sukladno tome, manje izražena. Novi zakoni Federacije BiH i Republike Srpske sadrže niz karakteristika akuzatornog modela kaznenog postupka. Primjerice, ukinuta je funkcija istražnog suca, a istražne radnje obavlja policija i tužitelj, na glavnoj raspravi sudac više nema primarnu ulogu u ispitivanju svjedoka već je to prepušteno strankama.¹¹⁷

d) Teškoće u kaznenom progonu ratnih zločina u BiH

S obzirom da je Odjel za ratne zločine započeo s radom u listopadu 2005. godine, ne može se izvesti pouzdani zaključak u svezi s rezultatima njegova rada. Međutim, s obzirom da su se prije osnivanja ovog odjela procesuiranjem ratnih zločina bavili sudovi u entitetima, dio problema s kojima su se oni suočavali vjerojatno neće moći izbjeći niti Odjel za ratne zločine.

Uz pitanje retroaktivne primjene zakona, o čemu je bilo riječi u prethodnom poglavlju, dodatni problemi proizašli su iz postojanja dvaju relevantnih Zakona o krivičnom postupku. Iako je propisan kriterij iz kojeg jasno proizlazi koji će se zakon primijeniti na određeni predmet, postoje nejasnoće u pogledu prihvatljivosti ranije prikupljenih dokaza i općenito glede utjecaja novog ZKP-a na postupak. Odredbe novog ZKP-a u pogledu izvođenja dokaza na glavnoj raspravi znatno se razlikuju u odnosu na raniji ZKP, što je izazvalo rasprave o prihvatljivosti ranije pribavljenih dokaza. Teškoće se mogu očekivati i glede izjava koje su osumnjičenici dali tijekom istrage prema odredbama ranijeg ZKP-a. Postavlja se pitanje mogu li se te izjave koristiti kao dokaz u postupku. Novi ZKP ovo pitanje učinio je dodatno složenim jer u nekim odredbama izričito propisuje da se izjava dana u istrazi može koristiti kao dokaz, dok u

¹¹⁵ OSCE, Sudeње ratnih zločina na sudovima u Bosni i Hercegovini, *op. cit.* (bilj. 98), str. 12. i 20.

¹¹⁶ Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, 35/03., 37/03., 56/03., 78/04.

¹¹⁷ OSCE, Sudeње ratnih zločina na sudovima u Bosni i Hercegovini, *op. cit.* (bilj. 98), str. 12.

drugim odredbama to ne dopušta.¹¹⁸ Pitanje prihvatljivosti dokaza koje je pribavio Haaški tribunal riješeno je Zakonom o ustupanju predmeta od strane Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju Tužiteljstvu Bosne i Hercegovine i korištenju dokaza pribavljenih od strane Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju u postupcima pred sudovima BiH, koji je stupio na snagu u siječnju 2005. U skladu s odredbama ovog zakona, dokazi pribavljeni sukladno Statutu i Pravilniku o postupku i dokazima MKSJ mogu biti korišteni u postupku pred Sudom BiH.

Uz ove postoje i druge prepreke koje je nužno otkloniti kako bi se učinkovito procesuirali ratni zločini. Uočene su teškoće u pronalaženju i osiguranju nazočnosti svjedoka i optuženih na sudu te u pogledu učinkovite međudržavne suradnje. Velik problem predstavlja neodazivanje svjedoka pozivu suda i njihovo često "zaboravljanje" događaja.

Unatoč problemima koji su pratili postupke protiv počinitelja ratnih zločina, na županijskim i okružnim sudovima uspostava mješovitog Odjela za ratne zločine BiH trebala bi imati pozitivan utjecaj na daljnje procesuiranje ratnih zločina, kako na državnoj, tako i na razini entiteta.

III. Prednosti i nedostaci mješovitih međunarodnih kaznenih sudova

Jedan od glavnih ciljeva prilikom ustanovljavanja mješovitih međunarodnih kaznenih sudova bio je ugraditi u ta tijela najbolje elemente iz domaćeg i međunarodnog pravosudnog sustava, odnosno otkloniti nedostatke koji prate svaki od ovih sustava.

Postojeća međunarodna kaznena tijela pokazala su niz nedostataka. Tako, rad *ad hoc* tribunala za bivšu Jugoslaviju i Ruandu prate ogromni financijski troškovi koji su spriječili međunarodnu zajednicu da razmatraju mogućnost ustanovljavanja novih *ad hoc* sudišta.¹¹⁹ Kao alternativa *ad hoc* tribunalima može se razmatrati Međunarodni kazneni sud, ali samo djelomično. Međunarodni kazneni sud, iako teži da postane univerzalnim, to još nije. Pitanje je da li će ikada i postati kada se ima na umu da su među državama koje nisu ratificirale Rimski statut, primjerice, SAD i Kina. Osim toga, čak kada bi Međunarodni kazneni sud imao nadležnost nad svim počiniteljima zločinima, ne bi bio u mogućnosti suditi svima. Taj sud će se morati ograničiti samo na

¹¹⁸ *Ibid.*, str. 29.

¹¹⁹ Glavni tajnik UN u svojem izvješću naglasio je činjenicu da su *ad hoc* tribunali izrasli u ogromne institucije s više od 2000 zaposlenih i godišnjim proračunom koji čini više od 15% ukupnog proračuna Ujedinjenih naroda. Iako *ad hoc* tribunali sude u složenim pravnim slučajevima koji bi zahtijevali znatna materijalna sredstva u svakom pravnom sustavu te iako djelovanje tribunala ne možemo promatrati samo kroz pitanje troškova, konačna razlika između troškova i broja procesuiranih slučajeva čini se bitnim pitanjem. Report of the Secretary General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies, U.N. Doc. S/2004/616, August 3, 2004., stavak 42.

one koji su najodgovorniji za zločine. S druge strane, domaći pravni sustavi u državama u kojima su počinjeni zločini često su ili potpuno uništeni ili nelegitimni i korumpirani.

Kada se ima u vidu da su nacionalni sudovi u državama gdje su se zločini dogodili politizirani, a da međunarodni kazneni sudovi imaju ograničene resurse i da su nedovoljno upoznati s prilikama u pojedinoj državi, težnja da se istodobno osigura međunarodna pravda i prepuste suđenja nacionalnim sudovima mogla bi se ostvariti upravo kroz model mješovitih međunarodnih kaznenih sudova. Mješoviti međunarodni kazneni sudovi čine se dobrim rješenjem koje je izvan sustava nacionalnih sudova i postojećih međunarodnih kaznenih tijela, a istodobno osigurava progon i kažnjavanje pojedinaca odgovornih za zločine. Uz to, prednost mješovitih međunarodnih kaznenih sudova je i to što u osiguravanju sredstava za njihov rad u znatnoj mjeri sudjeluje i država u kojoj su zločini počinjeni.

Među najvažnijim prednostima mješovitih međunarodnih kaznenih sudova u odnosu na *ad hoc* tribunale i Međunarodni kazneni sud zasigurno je uključivanje domaćeg pravosuđa u suđenje pojedincima koji su počinili zločine. Najveće vrijednosti mješovitih međunarodnih kaznenih sudova nalaze se u njihovoj sposobnosti da se prilagode lokalnoj kulturi, jeziku i pravu te istodobno očuvaju temeljne vrijednosti međunarodnog kaznenog prava. Uvođenjem mješovitih međunarodnih kaznenih sudova mijenja se međunarodno i domaće pravo, osigurava privođenje pravdi počinitelja ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti u državama gdje su zločine počinili i daje poticaj razvoju domaćeg pravnog sustava. Međutim, njihove stvarne sposobnosti prilagodbe domaćoj stvarnosti u nastojanjima da bolje služe domaćem stanovništvu otvaraju mogućnost različitim pritiscima, a njihova fleksibilnost može biti tumačena kao nepostojanost i konfuzija. Uz to, kod mješovitih međunarodnih kaznenih sudova u odnosu na *ad hoc* tribunale veći je rizik da će biti izloženi pritiscima etničkih, vojnih ili političkih struktura države u kojoj djeluju.

Preveliki oslonac na međunarodnu strukturu može stvoriti jaz između suda i domaćeg stanovništva i prijeti opasnost da ono u sudu vidi jedino tvorevinu nametnutu od strane međunarodne zajednice. Mješoviti model međunarodnih kaznenih sudova obećavajući je model koji može prevladati neke urođene nedostatke i domaćih i međunarodnih sudova, ali ne može osigurati rješenje svih problema. Kao i svaka druga sudska institucija, i mješoviti međunarodni kazneni sudovi trebaju sredstva i mora im se osigurati neovisnost.

Jednako kao i nacionalni sudovi, i mješoviti međunarodni kazneni sudovi mogu biti izloženi prijetnjama i zastrašivanju. Suđenje najvišim državnim dužnosnicima odgovornim za zločine u državama u kojima oni još uvijek uživaju potporu može biti veoma opasno. Pitanje zaštite svjedoka od iznimne je važnosti. Svjedocima, jednako kao i domaćem i međunarodnom osoblju valja pružiti adekvatnu zaštitu.

U pogledu sudjelovanja domaćeg osoblja valja također biti na oprezu. Vjerojatne su situacije da vladajuće strukture odgovorne za zločine još uvijek

kontroliraju domaći pravosudni aparat. S druge strane, promjena postojećeg osoblja može dovesti na odgovorna mjesta u sudstvu i tužiteljstvu osobe s nedovoljno znanja i iskustva koje nisu sposobne voditi tako kompleksna suđenja kao što su ona za ratne zločine.

Konačno, u slučajevima kada je očito da postoje problemi zbog prevelikog političkog upliva na rad mješovitog međunarodnog kaznenog suda, valja predvidjeti mogućnost premještanja suđenja u neku drugu susjednu državu. Međutim, i u tom slučaju mješoviti međunarodni kazneni sud treba zadržati svoje glavne karakteristike – što je moguće veći broj domaćeg osoblja, suđenje na domaćem jeziku kao glavnom jeziku i uzimanje u obzir domaće prakse.

Znatnu pozornost valja obratiti i na izbor stranih sudaca i tužitelja. Na te funkcije valja imenovati stručnjake međunarodnog i kaznenog prava. Značajni problemi mogu proizaći i iz različitih pravnih sustava kojima pripadaju međunarodni i domaći suci, što može dovesti do pravne nesigurnosti i ozbiljno potkopati vjeru u međunarodno kazneno pravosuđe.

Usprkos opasnostima koje se kriju u integriranju nacionalnih elemenata u međunarodnu pravdu, prednosti ovakvog pristupa suđenju ratnim zločinima pretežu nad nedostacima. Ako mješoviti međunarodni kazneni sudovi budu raspolagali odgovarajućim resursima, ljudskim i materijalnim, i dio svojih nastojanja usmjere na reformu domaćeg pravosuđa, zacijelo će pridonijeti efikasnom sustavu međunarodne pravde i osigurati da počinitelji zločina odgovaraju za svoja (ne)djela.

IV. Zaključak

Mješoviti međunarodni kazneni sudovi imat će važnu ulogu u budućnosti progona međunarodnih zločina. Međunarodni kazneni sud predstavlja prvi međunarodni kazneni sud koji bi trebao biti univerzalan i nadležan za najteže zločine. Međutim, zbog odbijanja nekih država da ratificiraju Rimski statut, ovaj sud još uvijek nema univerzalnu sudbenost. Osim toga, načelo komplementarnosti sadržano u Rimskom statutu jasno odražava želju da se međunarodnim zločinima bave u prvom redu domaći sudovi u zemljama gdje su ti zločini počinjeni. Eventualno osnivanje posebnih *ad hoc* sudova ne čini se vjerojatnim. Iskustva dvaju postojećih tribunala koja prate veliki troškovi i dugotrajni postupci potaknula su inicijative za traženjem drugih oblika pravde koji se mogu postići na nacionalnoj razini. Mješoviti međunarodni kazneni sudovi ostaju jedna, prilično atraktivna, opcija za međunarodnu zajednicu. Ti sudovi omogućuju provođenje pravde puno efikasnije negoli većina nacionalnih pravosudnih sustava u državama gdje su se zločini dogodili, a njihovi su troškovi puno manji od troškova *ad hoc* tribunala. Međutim, ne smijemo zanemariti probleme s kojima su ovi sudovi suočeni. Probleme retroaktivne primjene materijalnog kaznenog prava, složenog postupka, neiskustva domaćih, ali i međunarodnih sudaca i tužitelja valja riješiti na odgovarajući način kako

se ne bi doveo u pitanje kredibilitet ovakvih sudova i doveo u sumnju njihov rad u javnosti. Valja naglasiti da su i mješovitim međunarodnim kaznenim sudovima potrebna znatna materijalna sredstva, kao i druga pomoć. I sudovi te vrste traže sustavno financiranje, kvalitetno osoblje i jasno izraženu političku podršku ako žele biti aktivan akter u ostvarivanju pravde na međunarodnoj razini.

Rasprava o mješovitim međunarodnim kaznenim sudovima ne može biti zaključena bez upućivanja na ključnu potrebu za izgradnjom kaznenog sustava u državama u kojima su zločini počinjeni. Moraju se učiniti krajnji naponi da se u pojedinim državama osiguraju uvjeti kako bi se njihovo pravosuđe moglo uspješno nositi s procesuiranjem počinitelja najtežih zločina. Državama valja pružiti koordiniranu i prikladnu međunarodnu pomoć u osiguravanju adekvatnih uvjeta rada, izobrazbi sudaca i tužitelja te stručnu pomoć u unapređivanju domaćeg zakonodavstva kako bi se osigurala učinkovita pravna sredstva u borbi protiv zločina.

Literatura i pravni izvori

Literatura

1. Romano, Cesare, P. R, Nollkaemper, Andre, Kleffner, Jann (eds.), Internationalized criminal courts and tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia, Oxford University Press, 2004.
2. Ambos, Kai, Othman, Mohamed (eds.), New approaches in international criminal justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia, Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2003.
3. Bertodano, de Sylvia, Current Developments in Internationalized Courts, Journal of International Criminal Justice, 1., 2003., str. 226 - 244.
4. Burke – White, William, A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement, Michigan Journal of International Law, vol. 24, 1., 2002., str. 1-101.
5. Josipović, Ivo, Krapac, Davor, Novoselec, Petar, Stalni međunarodni kazneni sud, Zagreb, 2001.
6. Linton, Suzannah, Reiger, Caitlin, The Evolving Jurisprudence and Practice of East Timor's Special Panels for Serious Crimes on Admissions of Guilt, Duress and Superior Orders, Yearbook of International Humanitarian Law, vol. 4, 2001., str. 1 – 48.
7. Linton, Suzannah, Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice, Criminal Law Forum, 12, 2001., str. 185-246.
8. Linton, Suzannah, Rising from the Ashes: The Creation of a Viable Criminal Justice System in East Timor, Melbourne University Law Review, vol. 25, 2001., str. 122-180.
9. Report of the Group of Experts for Cambodia Established Pursuant to General Assembly Resolution 52/135, 18 February 1999.
10. East Timor, Judicial System Monitoring Programme, dostupno na www.jsmp.minihub.org.
11. East Timor, Special Panels for Serious Crimes, Public Prosecutor v. Joni Marques and 9 others, case number 09/2000., Judgement 11 December 2001, dostupno na [http://www.jsmp.minihub.org/Reports/jsmpreports/Final%20Report%202004/court%20final%20report%202004\(e\).pdf](http://www.jsmp.minihub.org/Reports/jsmpreports/Final%20Report%202004/court%20final%20report%202004(e).pdf)

12. Judicial System Monitoring Programme, Overview of the Court in East Timor in 2004, dostupno na [http://www.jsmp.minihub.org/Reports/jsmpreports/Final%20Report%202004/court%20final%20report%202004\(e\).pdf](http://www.jsmp.minihub.org/Reports/jsmpreports/Final%20Report%202004/court%20final%20report%202004(e).pdf)
13. OSCE, Odjel ljudskih prava, Suđenje ratnih zločina na sudovima u Bosni i Hercegovini, Napredak i prepreke, ožujak 2005., dostupno na <http://www.oscebih.org/documents/1407-cro.pdf>
14. Project of International Courts and Tribunals, Hybrid Court, dostupno na <http://www.pict-pecti.org/courts/hybrid.html>
15. Report of the Secretary General on the United Nations Transitional Administration in East Timor, 17 April 2002, S/2002/432
16. Statement by UN Legal Counsel Hans Corell at a press briefing at UN Headquarters in New York, 8 February 2002., dostupno na <http://www.un.org/News/dh/infocus/cambodia/corell-brief.htm>
17. The Indonesian Commission of Inquiry into Human Rights Violations in East Timor, Report on the Investigation of Human Rights Violations in East Timor, 31 January 2000.
18. The Special Court for Sierra Leone, dostupno na <http://www.sc-sl.org/>
19. United Nations Office of the Higher Commissioner for Human Rights: Report of the International Commission of Enquiry on East Timor to the Secretary General, January 2000.
20. The Statute of the Iraqi Special Tribunal, dostupno na <http://www.cpa-iraq.org/humanrights/Statute.htm>
21. Counter-terror steps, violate human rights in UK, US, Iraq – UN expert, dostupno na <http://www0.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=16155&Cr=terror&Cr1=>
22. Peace Agreement Between the Government of Sierra Leone and the Revolutionary United Front of Sierra Leone, Lome, Togo, 18 May 1999, U.N. Doc. S/1999/777.

Pravni izvori

Istočni Timor

1. UN Doc. S/Res/1272 (1999), 25 October 1999.
2. UNTAET Regulation 1999/1 of 27 November 1999 on the Authority of the Transitional Administration in East Timor, UNTAET/REG/1999/1.
3. UNTAET Regulation 1999/3 of 3 December 1999 on the Establishment of a Transitional Judicial Service Commission, UNTAET/REG/1999/3.
4. UNTAET Regulation 2000/11 of 6 March 2000 on the Organization of Courts in East Timor, UNTAET/REG/2000/11.
5. UNTAET Regulation 2000/15 of 6 June 2000 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences, UNTAET/REG/2000/15.
6. UNTAET Regulation 2000/30 of 25 September 2000 on the Transitional Rules of Criminal Procedure, UNTAET/REG/2000/30.
7. UNTAET Regulation 2001/25 of 14 September 2001 on the Amendment of UNTAET Regulation 2000/11 on the Organization of Courts in East Timor and UNTAET Regulation 2000/30 on the Transitional Rules of Criminal Procedure, UNTAET/REG/2001/25.

Kosovo

1. UN Doc. S/Res/1244 (1999), 10 June 1999.
2. UNMIK Regulation 1999/1 of 25 July 1999 on the Authority of the Interim Administration in Kosovo, UNMIK/REG/1999/1.
3. UNMIK Regulation 1999/24 of 12 December 1999 on the Law Applicable in Kosovo, UNMIK/REG/1999/24.
4. UNMIK Regulation 2000/6 of 15 February on the Appointment and Removal from Office of International Judges and International Prosecutors, UNMIK/REG/2000/6.
5. UNMIK Regulation 2000/34 of 27 May 2000 Amending Reg. 2000/6, UNMIK/REG/2000/34.
6. UNMIK Regulation 2000/59 of 27 October 2000 Amending Reg. 1999/24, UNMIK/REG/2000/59.
7. UNMIK Regulation 2000/64 of 15 December 2000 on Assignment of International Judges and Prosecutors and /or Change of Venue, UNMIK/REG/2000/64.
8. UNMIK Regulation 2001/2 of 12 January 2001 Amending Reg. 2000/6, UNMIK/REG/2001/2.
9. UNMIK Regulation 2003/25 of 6 July 2003, Provisional Criminal Code of Kosovo, UNMIK/REG/2003/25.
10. UNMIK Regulation 2003/26 of 6 July 2003, Provisional Criminal Procedure Code of Kosovo, UNMIK/REG/2003/26.
11. UNMIK Regulation 2003/36 of 14 December 2003 Amending UNMIK Regulation no. 2000/64, as amended, on Assignment of International Judges/Prosecutors and/or Change of Venue, UNMIK/REG/2003/36,
12. UNMIK Regulation 2004/54 Amending UNMIK Regulation no. 2000/64, as amended, on Assignment of International Judges/Prosecutors and/or Change of Venue, UNMIK/REG/2004/54.

Kambodža

1. Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed during the period of Democratic Kampuchea, 6 June 2003.
2. Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, 6 June 2003.
3. General Assembly Resolution 52/135, A/RES/52/135, 12 December 1997.
4. United Nations, AS, General Assembly, Security Council, A/53/850, S/1999/231, 16 March 1999.
5. General Assembly Resolution A/RES/57/228, 18 December 2002.

Sijera Leone

1. Peace Agreement between the Government of Sierra Leone and the Revolutionary United Front of Sierra Leone, Lome, Togo, 18 May 1999, U.N. Doc. S/1999/777.
2. Security Council Resolution 1315 (2000) on the situation in Sierra Leone, U.N. Doc. S/RES/1315 (2000), 14 August 2000.

3. Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, Doc. S/2000/915, 4 October 2000.
4. Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone, 16 January 2002.
5. Statute of the Special Court, annexed to the Agreement, 16 January 2002.
6. Headquarters Agreement Between the Republic of Sierra Leone and the Special Court for Sierra Leone, 21 October 2003
7. Rules of Procedure and Evidence, Adopted on 16 January 2002, as amended on 7 March 2003, as amended on 1 August 2003, as amended on 30 October 2003, as amended on 14 March 2004, as amended on 29 May 2004, as amended 14 May 2005.

Bosna i Hercegovina

1. Daytonski mirovni sporazum, dostupno na http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_content_id=380
2. Deklaracija Upravnog odbora Vijeća za provedbu mira, 12. lipnja 2003.
3. Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, 29/00., 16/02., 24/02., 3/03., 37/03., 42/04., 4/04., 9/04., 35/04., 61/04.
4. Zakon o Tužilaštvu Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, 24/02., 3/03., 37/03., 42/03., 9/04., 35/04. i 61/06.
5. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, 36/03., 37/03., 21/04., 69/04.
6. Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, 35/03., 37/03., 56/03., 78/04.

Summary

MIXED INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS

This article discusses basic characteristics of mixed international criminal courts established in East Timor, Kosovo, Sierra Leone, Cambodia, and Bosnia and Herzegovina, pointing out their advantages and shortcomings. Combination of best elements from both international and domestic judicial system was one among essential goals of mixed international criminal courts. However, mixed international criminal courts face the same difficulties that need to be solved in order to enable efficient war crime persecution. These difficulties primarily include the issue of retroactive application of laws, insufficient experience in war crimes processing, both of national and international judges, problems connected to financial means and other issues discussed in the paper. In order to employ their potentials to the full, existing hybrid international criminal courts should make more use of domestic legal experts, be more connected with local population and help building legal system in the relevant country. If mixed international criminal courts were to become a part of domestic legal systems and were to direct a part of their potentials toward reform of national judicial systems, they could in future have significant role in realization of justice and put an end to the culture of non-sanctioning still dominant in the countries where the most horrific crimes had been committed.

Key words: *mixed international criminal courts, East Timor, Kosovo, Sierra Leone, Cambodia, Bosnia and Herzegovina.*

Zusammenfassung

INTERNATIONALISIERTE STRAFGERICHTE

In der Arbeit werden die Hauptcharakteristiken internationalisierter Strafgerichte, die im östlichen Timor, in Kosovo, in Siera Leone, Kambodscha und in Bosnien und Herzegowina eingerichtet wurden, analysiert sowie ihre Vor- und Nachteile betrachtet. Anlässlich der Gründung internationalisierter Gerichte war eines der primären Ziele, die besten Elemente der internationalen und lokalen Rechtsprechung in sie zu integrieren.

Dennoch müssen sich auch diese Gerichte mit Schwierigkeiten auseinandersetzen, die aus dem Wege geräumt werden müssen, um Kriegsverbrechen erfolgreich zu prozessieren. Es handelt sich dabei vor allem um die Fragen der retroaktiven Anwendung von Gesetzen, um fehlende Erfahrung sowohl der kroatischen als auch der internationalen Richter bei der Prozessführung gegen Kriegsverbrechen, sowie um das Problem unzureichender Finanzmittel und andere Fragen, die in der Arbeit aufgezeigt werden.

Um aber gänzlich alle ihre Potentiale zu realisieren, sollten die internationalisierten Gerichte den einheimischen juristischen Fachleuten mehr Raum geben, mehr mit der einheimischen Bevölkerung verbunden sein und beim Aufbau eines Rechtssystems in den Staaten, in denen sie wirken, Hilfe leisten. Insofern die internationalisierten Gerichte in die lokalen Rechtssysteme integriert werden und einen Teil ihres Potentials auf die Reform der nationalen Rechtsprechung ausrichten, könnten sie in Zukunft eine bedeutende Rolle bei der Verwirklichung von Gerechtigkeit spielen und der Kultur der Nichtbestrafung ein Ende machen, die in den Staaten dominiert, in denen die schwersten Verbrechen begangen wurden.

Schlüsselwörter: *internationalisierte Gerichte, Ost-Timor, Kosovo, Sierra Leone, Kambodscha, Bosnien und Herzegowina.*

Sommario

TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI MISTI

Nel lavoro si discutono le caratteristiche basilari dei tribunali penali internazionali misti insediati in Timor Est, Kosovo, Sierra Leone, Cambogia e Bosnia ed Erzegovina, illustrando i loro vantaggi e svantaggi. La combinazione dei migliori elementi del sistema giudiziario sia domestico che internazionale è stato uno degli obiettivi essenziali dei tribunali penali internazionali misti. Tuttavia i tribunali penali internazionali misti affrontano le stesse difficoltà che abbisognano di essere risolte negli altri per consentire un efficiente perseguimento dei crimini di guerra. Queste difficoltà riguardano primariamente la questione dell'applicazione retroattiva delle leggi, l'insufficiente esperienza nel processare crimini di guerra, dei giudici tanto nazionali quanto internazionali, i problemi connessi ai mezzi finanziari, e altre questioni discusse nel lavoro.

Per sfruttare appieno i loro potenziali, i tribunali penali internazionali ibridi esistenti dovrebbero fare maggiore utilizzo degli esperti giuridici domestici, essere maggiormente legati alla popolazione locale e aiutare la costruzione dei sistemi legali dei paesi in cui operano. Se i tribunali penali internazionali misti dovevano divenire una parte dei sistemi legali domestici e dovevano dirigere una parte del loro potenziale verso la riforma dei sistemi legali nazionali, essi potrebbero in futuro avere un ruolo significativo nella realizzazione della giustizia e porre fine alla cultura dell'impunità ancora dominante nei paesi dove sono stati commessi i crimini più orribili.

Parole chiave: *tribunali penali internazionali misti, Timor Est, Kosovo, Sierra Leone, Cambogia, Bosnia ed Erzegovina.*

PRIJEPORI O PRAVU NA POBAČAJ U REPUBLICI HRVATSKOJ

Mr. sc. Dalida Rittossa, znanstvena novakinja
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 173.4:342.7(497.5)
343.621(497.5)
Ur.: 23. veljače 2005.
Pr.: 24. listopada 2005.
Pregledni znanstveni članak

U znanstvenim radovima i javnom mnijenju ne postoje usuglašeni stavovi o prihvatljivosti prava na pobačaj, pravnim osnovama, granicama pravne zaštite i ograničenju toga prava. Upravo stoga, u radu se o pravu na pobačaj razmišlja kao o pitanju Ustavnog i Kaznenog prava. Analiziraju se odredbe Zakona o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece i predložena rješenja Nacrta prijedloga Zakona o prekidu trudnoće i Prijedloga Zakona o pobačaju. Preispitivanjem CEDAW konvencije i osnovnih ljudskih prava iz Ustava Republike Hrvatske, potvrđeno je da je pravo na pobačaj jedno od osnovnih ljudskih prava, tzv. reproduktivnih prava, koje proizlazi iz prava na privatnost, prava na samoodređenje i slobode savjesti i vjeroispovijesti. Komparativnom analizom odluka najviših državnih sudišta Federativne Republike Njemačke i SAD-a postavljene su granice ovog osnovnog ljudskog prava.

Ključne riječi: pravo na pobačaj, reproduktivna prava, Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece, CEDAW konvencija.

1. Aktualnost problematike pobačaja

Šezdesete su godine prošloga stoljeća obilježene širokim raspravama o slobodi čovjeka u okviru liberalističkih koncepcija, njegovoj autonomnosti spram zahtjeva države i samostalnosti da smišljeno odlučuje o vlastitome životu. U okviru ovakvih promišljanja započinje val ozakonjenja obavljanja pobačaja pa je tako do početka osamdesetih godina većina zemalja Europe i SAD-a

pravno regulirala pobačaj kao medicinski zahvat.¹ Pravna reguliranost ne podrazumijeva i apsolutnu dopuštenost obavljanja pobačaja. Naprotiv, doneseni su i pravno prihvaćeni kriteriji po kojima dopustivost obavljanja pobačaja ovisi o proteku vremena od začeća, a iskristalizirala su se i druga ograničenja vezana uz obavljanje pobačaja.² 1978. godine u Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji stupa na snagu Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece (nadalje Zakon o zdravstvenim mjerama)³ koji je i danas na snazi u Republici Hrvatskoj. Pa tako se izričaj "Tko protivno propisima o prekidu trudnoće...", iz dispozicije kaznenog djela protupravnog prekida trudnoće, kao blanketnog kaznenog djela, članka 97., stavak 1. Kaznenog zakona upravo odnosi na ovaj zakon.⁴

Proteklo je gotovo 30 godina od stupanja na snagu Zakona o zdravstvenim mjerama, a da nisu uslijedile njegove izmjene i dopune. Bilo bi ishitreno zaključiti da je visok stupanj održivosti ovakvog zakonskog rješenja ujedno i pokazatelj da se s takvim rješenjem slažu stručnjaci i javnost. Nakon demokratskih promjena početkom devedesetih godina u jeku socijalne, političke i etičke dinamike intenzivirale su se rasprave kojima se nastojalo ukazati na neprihvatljivost rješenja iz 1978. godine. Obrat na političkoj sceni lančanom je reakcijom potaknuo obrat u moralnom promišljanju društva pronoseći tradicionalna shvaćanja kao jedino poželjna i ispravna. Ratna ugroženost, izrazito loša natalitetna stopa u populacijskoj slici, promicanje katoličkih ideja - sve je to rezultiralo u naporima da se promijene liberalne odredbe o pravnoj dopuštenosti pobačaj u Hrvatskoj.⁵ Uslijedila su dva pokušaja izmjene

¹ Prekid trudnoće je svako izbacivanje ili odvajanje čovječjega ploda iz utrobe žene prije otpočetog prirodnoga procesa rađanja, ili, drugim riječima, prekid trudnoće svaki je zahvat u tijelo žene koji dovodi do neprirodnoga dovršetka trudnoće. Pobačaj ili abortus u užem smislu je izbacivanje ili odvajanje oplodjenog jajašca do 28 tjedna trudnoće. U širem smislu pobačajem se smatra prekid trudnoće kod ploda nesposobnog za život (kriterij sposobnosti za život ploda izvan majčine utrobe). Šeparović, Zvonimir: *Bioetika, pravo na život i medicina*, Vladavina prava, Zagreb, godina 1., no. 4.-5.-6., 1997., str. 44.

² Pa tako su prihvaćana ograničenja po kojima se pobačaj može obaviti samo u određenim slučajevima, pa tako na primjer u slučaju kada trudnoća ozbiljno ugrožava život i zdravlje trudne žene ili kada se radi o teškim malformacijama fetusa. Nadalje, pobačaj se mogao izvršiti jedino u specijaliziranoj medicinskoj ustanovi koja ima posebno odobrenje za vršenje pobačaja od strane ministarstva zdravstva ili drugog nadležnog državnog tijela. Jedno od ograničenja je i obvezatno savjetovanje trudne žene koje je prethodilo izvršenju pobačaja. O ovim i ostalim ograničenjima bit će govora u trećem poglavlju rada.

³ Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece, Narodne novine 18/78.

⁴ Članak 97., stavak 1. Kaznenog zakona, Narodne novine 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., Odluka Ustavnog suda broj: U-I-2566/2003, U-I-2892/2003 NN 190/03., NN 105/04.

⁵ Promicanje konvencionalnih shvaćanja i vrijednosti na socijalnoj i političkoj sceni dio je društvene zbilje koja nije karakteristična samo za Republiku Hrvatsku. Novi društveni val uskrsnutih religioznih uvjerenja i afirmacije konzervativizma u svim sferama društvenog života zahvatio je tranzicijskim vihorom Istočnu Europu i zemlje bivšeg Sovjetskog Saveza. Promiču se

postojećih zakonskih rješenja, 1995. i 1996. godine. Tako je 1995. godine posebna komisija Ministarstva zdravstva izradila Nacrt prijedloga Zakona o prekidu trudnoće.⁶ Nacrt nikada nije ušao u Saborsku proceduru, za razliku od Prijedloga Zakona o pobačaju, što ga podnosi Hrvatska stranka prava 1996. godine.⁷ Ovim se Prijedlogom Zakona nastojao zabraniti pobačaj, ali ne zato što se pravnom argumentacijom opravdala osnovanost restriktivnog pristupa pravu na pobačaj. Radilo se o očitom pokušaju političkog promidžbenog poteza u sklopu predizborne kampanje za predstavnike u Županijskom domu Sabora i lokalnu samoupravu. Iako je u svom reagiranju na spomenuti Prijedlog ministar zdravstva obavijestio Vladu kako je Ministarstvo zdravstva pripremlilo novu grupu zakona koja sveobuhvatno predlaže mjere smanjenja broja pobačaja, planiranja obitelji, umjetne oplodnje i sterilizacije,⁸ do današnjeg dana u javnosti nije predstavljen niti jedan drugi prijedlog zakona o pobačaju niti su predložene ikoje izmjene i dopune Zakona o zdravstvenim mjerama.

Odustanak od zakonodavnih izmjena i dopuna opet ne umanjuje aktualnost problematike pobačaja jer rasprave o ovoj temi ni danas ne nedostaju. O pobačaju mišljenje imaju svi, i stručnjaci i javnost. No u takvim se raspravama fragmentarno pristupa problematici pobačaja. Pobačaj nije samo moralno, religiozno ili filozofsko pitanje. To je i pravno pitanje iz područja Ustavnog i Kaznenog prava. Suprotstavljajući prava trudne žene pravima proizašlim iz intrizičke vrijednosti fetusa, u ovome se radu upravo stoga nastoji pravnom argumentacijom rasvijetliti problematika pobačaja. Zanima nas da li se sukladno postojećim zakonskim rješenjima u Republici Hrvatskoj može govoriti o pravu na pobačaj kao o jednom od osnovnih ljudskih prava žene. Je li ženino pravo da izvrši prekid trudnoće podignuto na ustavnu razinu i koje su granice takvog prava? Rješenja će se potražiti i u najvažnijim međunarodnim aktima o pravima čovjeka te judikaturi Europskog suda za ljudska prava. Da bi se ocijenila ustavnost Zakona o zdravstvenim mjerama, jer se o ovome još nisu oglasili ni Ustavni sud ni Vrhovni sud Republike Hrvatske, u radu će se komparativnom analizom ukazati na odluke najviših sudišta Federativne Republike Njemačke i SAD-a u kojima je o pravnoj definiciji prava na pobačaj i njegovome opsegu već postignut stav.

vrijednosti obitelji, tradicionalnog odnosa žene i muškarca kao nukleusa modernoga društva. Vidi tako: Walder, Rupert: *The anti-choice movement in Eastern Europe and Former Soviet Union, Choices*, volume 28, no. 2., 2000, Brisel, Belgija.

⁶ Nacrt prijedloga zakona o prekidu trudnoće, radni materijal komisije Ministarstva zdravstva Republike Hrvatske.

⁷ Prijedlog Zakona o pobačaju, Hrvatski sabor, klasa: 543-03/96-01/01, Urbroj: 62-96-746.

⁸ U svezi sa Đapićevim prijedlogom Zakona o zabrani pobačaja ministar je zdravstva sporni prijedlog ocijenio protivnim suvremenim europskim zakonodavstvima. Ministarstvo zdravstva, klasa: 011-01/96-01/119; urbroj: 534-01-96-02.

2. Zakonske odredbe o pravu na pobačaj u Republici Hrvatskoj

Pravo na pobačaj uređen Zakonom o zdravstvenim mjerama predstavljao je razradu načelne odredbe članka 191., Ustava SFRJ i članka 272. Ustava SR Hrvatske po kojima se priznaje pravo osobe da slobodno odlučuje o rađanju djece, što znači da slobodno odlučuje o vremenu i broju poroda.⁹ Radi se o osnovnome ljudskome pravu iz tzv. grupe reproduktivnih prava.¹⁰ Iz ovoga prava proizlaze određena prava i dužnosti građana koja se osim na pobačaj odnose i na sprečavanje neželjenog začeća i na medicinsku pomoć onima koji zbog zdravstvenih razloga ne mogu ostvariti želju za vlastitim potomstvom.¹¹ Pravo na slobodno odlučivanje o rađanju djece nije apsolutno jer sukladno ustavnim odredbama ono se ima ograničiti samo i jedino radi zaštite zdravlja osobe. Članak 16. Zakona o zdravstvenim mjerama tako poštujući navedeno zabranjuje izvršenje prekida trudnoće kada se utvrdi da bi se prekidom moglo teže narušiti zdravlje žene. Da je zaštita života i zdravlja trudne žene primarna vrijednost, potvrđuje i članak 25. po kome se prekid trudnoće ima izvršiti ili dovršiti bez obzira na uvjete i postupak propisan Zakonom ako prijeti neposredna opasnost za život ili zdravlje trudne žene ili ako je prekid trudnoće već započeo. Izričito priznanje ženina prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece i izričito proklamiranje zaštite njezina života i zdravlja ukazuju na stavove zakonodavca po kojima se o pravu na prekid trudnoće promišlja kao o neotuđivom pravu žene.

Prekid je trudnoće sukladno članku 15. medicinski zahvat koji se može izvesti do isteka deset tjedana od dana začeća, a nakon proteka ovoga roka samo po odobrenju komisije pod uvjetima i po postupku utvrđenim ovim Zakonom. Zakon izričito navodi da se radi o medicinskome zahvatu, čime je u potpunosti otklonjeno shvaćanje da je pobačaj jedna od kontracepcijskih metoda.¹²

⁹ Prvobitan predloženi naziv Zakona o zdravstvenim mjerama bio je "Zakon o zdravstvenim mjerama u planiranju porodice". Iako je ovaj naziv bio kraći i po mišljenju medicinskih stručnjaka prikladniji, od njega Komisija za društveni položaj žene i porodice kao predlagač zakona odustaje zbog razloga što je "pravo na slobodno odlučivanje o rađanju djece ono osnovno od čega se polazi i što se treba odraziti u nazivu zakona." kako bi se ukazalo na njegovu osnovnu svrhu – kroz odredbe zakona iskazati stavove zakonodavca o pravu na slobodno odlučivanje o rađanju djece. Stenografski zapisnici, Serija XIV, knjiga 42a i 42b, Sabor Socijalističke Republike Hrvatske, ožujak 1978.

¹⁰ Članak 191. Ustava SFRJ, Službeni list SFRJ 9/74., i članak 272. Ustava SR Hrvatske, Narodne novine 7/74., "Pravo je čovjeka da slobodno odlučuje o rađanju djece. To se pravo može ograničiti samo radi zaštite zdravlja."

¹¹ Zakon o zdravstvenim mjerama, članak 1., *supra* bilješka 3.

¹² U literaturi u kojoj se obrađuje problematika pobačaja često je mišljenje da je pobačaj samo jedan od kontracepcijskih načina kontrole rađanja. Vidi tako Cerjan-Letica, Gordana: Pobačaj između slobode i nužde, *Okrugli stol žene, Žena*, vol. 48., no. 1-2., str. 4.; Kurjak, Asim: Pobačaj između slobode i nužde, *Okrugli stol žene*, u istoj publikaciji, str. 6.; Ista je svrha korištenja kontracepcijskih sredstava i prekida trudnoće - slobodno planiranje obitelji, no kontracepcija je oblik medicinske pomoći koji sprečava neželjeno začeće, dok je kod izvršenja pobačaja do začeća već došlo. Da se radi o različitim medicinskim pojmovima, proizlazi i iz samoga Zakona, jer su ova dva pitanja zasebno regulirana u različitim glavama Zakona.

Da bi se izvršio prekid trudnoće, moraju biti ispunjeni određeni uvjeti i procedura iz Zakona. Ako samo jedan od uvjeta iz Zakona izostaje, radnja vršitelja pobačaja prelazi u inkriminiranu zonu kaznenog djela protupravnog prekida trudnoće. Prema članku 18. pobačaj se vrši na zahtjev trudne žene. Trudna je žena dakle nositelj prava na pobačaj i njezin je zahtjev osnovni uvjet da bi se pokrenuo postupak u svezi s izvršenjem pobačaja. Ako se radi o prekidu trudnoće do 10. tjedna od začeća, pobačaj se mora izvršiti, osim ako bi se njime moglo teže narušiti zdravlje trudne žene. U tom se slučaju, kao i kada se radi o prekidu trudnoće nakon 10. tjedna od začeća, žena upućuje na komisiju prvoga stupnja (stavak 20. Zakona o zdravstvenim mjerama).¹³ Sukladno članku 22. komisija prvoga stupnja može odobriti prekid trudnoće nakon desetog tjedna od začeća: 1) kada se na temelju medicinskih indikacija utvrdi da se na drugi način ne može spasiti život ili otkloniti narušenje zdravlja žene za vrijeme trudnoće, porođaja ili poslije porođaja, 2) kada se na temelju medicinskih indikacija i saznanja medicinske znanosti može očekivati da će se dijete roditi s teškim prirođenim tjelesnim ili duševnim manama, ili 3) kada je do začeća došlo u svezi s izvršenjem kaznenog djela silovanja, spolnog odnošaja s nemoćnom osobom, spolnog odnošaja zlouporabom položaja, spolnog odnošaja s djetetom ili rodoskvruću. Ako žena nije zadovoljna odlukom komisije prvoga stupnja, ona ima pravo prigovora komisiji drugoga stupnja u roku tri dana. Odluka komisije drugoga stupnja o zahtjevu za prekid trudnoće konačna je.¹⁴

Detaljno uređene indikacije iz članka 22. ukazuju da je pravo na pobačaj vremenski ograničeno. Ovo može biti osnovom za iznošenje stavova kako se ovo pravo ograničava zbog jačanja zaštite nerođenog fetusa od strane države. Protekom bi vremena od začeća slabilo pravo majke na pobačaj, a recipročno bi se to više uzimali u obzir razlozi za prihvaćanje potencijalnog razvoja fetusa u ljudsko biće. Stavovi zakonodavne komisije koja je predložila donošenje Zakona o zdravstvenim mjerama demantiraju navedeno. Vremenska granica od 10. tjedna od začeća medicinska je granica dopustivosti izvođenja pobačaja s obzirom na stupanj ugrožavanja zdravlja žene izvođenjem tog medicinskog zahvata. Smatralo se da od toga vremena rizik za zdravlje žene doseže takvu granicu da je nužno da posebna komisija na osnovi svoga stručnog znanja i mišljenja dopusti pobačaj, odnosno zahtjev za izvršenje pobačaja odbije. Gornja granica dopustivosti izvođenja pobačaja nije određena. Stav je Komisije da bi

¹³ Sukladno članku 35. Zakona o zdravstvenim mjerama komisiju prvoga stupnja koja odlučuje o zahtjevu za prekid trudnoće čine 2 liječnika, od kojih jedan mora biti ginekolog, te socijalni radnik ili medicinska sestra. Te osobe moraju biti u radnom odnosu u zdravstvenoj ustanovi u kojoj se vrši prekid trudnoće.

¹⁴ Sukladno članku 36. Zakona o zdravstvenim mjerama komisiju drugoga stupnja koja odlučuje povodom prigovora protiv odluke komisije prvoga stupnja čine dva liječnika ginekologa, liječnik specijalist odgovarajuće grane medicine obzirom na medicinske indikacije zbog kojih se odlučuje o dozvoli za prekid trudnoće, socijalni radnik i sudac kojeg na zahtjev ovlaštene zdravstvene ustanove odredi predsjednik općinskog suda na čijem se području ta zdravstvena ustanova nalazi.

tu granicu trebalo jako visoko odrediti zbog razloga jer se svim mjerama treba maksimalno udovoljiti ustavnom pravu žene da zbog razloga iz članka 22. prekine trudnoću. Osim toga, određivanje bi gornje granice djelovalo negativno jer bi se smanjila kritičnost i odgovornost pri odlučivanju o dozvoli prekida trudnoće, pa bi se do propisane granice olako dopuštao i izvršio prekid trudnoće. Sve navedeno u duhu je ustavne odredbe da se prokreativna prava smiju ograničavati samo onda kada postoji opasnost po zdravlje nositelja prava.

U slučaju da zahtjev za prekid trudnoće podnosi maloljetnica koja nije navršila 16 godina života, za pokretanje postupka za izvršenje pobačaja potreban je pristanak roditelja ili skrbnika uz suglasnost organa starateljstva, danas Centra za socijalnu skrb. Kada se radi o maloljetnici koja je navršila 16 godina života, takva suglasnost nije potrebna. U slučaju da se pobačajem može teže narušiti zdravlje maloljetnice starije od 16 godina ili ako se zahtijeva prekid trudnoće nakon 10. tjedna od začeća, maloljetnica se kao i punoljetna žena ima uputiti na komisiju prvoga stupnja. O njezinom će se upućivanju na komisiju obavijestiti roditelji odnosno skrbnik, osim ako je maloljetnica udata. Obavijestiti o upućivanju ujedno ne znači i zahtijevati pristanak roditelja. Naknadne prosvjedne radnje roditelja ne utječu na pravo maloljetnice na pobačaj. Maloljetnici se u ovome slučaju priznaje pravo na pobačaj samim time što joj se omogućava da podnese zahtjev za prekid trudnoće. Naknadnim obavještanjem njezinih roditelja ili skrbnika ograničava se njezino pravo na privatnost, ali ne nikako i pravo na pobačaj.¹⁵ Iznimno, pravo na privatnost maloljetnice starije od 16 godina neće biti ograničeno ako je maloljetnica sklopila brak.¹⁶ Iz ovakvih odredaba proizlazi da se pravo na pobačaj ima priznati trudnoj ženskoj osobi starijoj od 16 godina, pa i onda kada se radi o slučajevima pobačaja iz članka 20., iako je tada prekid trudnoće mnogo rizičniji, a s obzirom na potrebu ispunjenja posebnih indikacija, pravo na pobačaj suženije.

Priznavajući maloljetnici starijoj od 16 godina života pravo na pobačaj Zakon o zdravstvenim mjerama indirektno joj priznaje poslovnu sposobnost. Prema članku 120. Obiteljskog zakona poslovna se sposobnost osobi starijoj od 16 godina, a mlađoj od 18 priznaje u slučaju da je osoba sklopila brak ili postala roditelj. Navedena zakonska rješenja, iako u nesuglasju, nisu upitna s pozicije načela *lex specialis derogat legi generali*. No ovakve stavove treba nužno preispitati. Imajući na umu da se radi o osobama mlađim od 18 godina

¹⁵ U ovom je slučaju isključeno počinjenje kaznenog djela Neovlaštenog otkrivanja profesionalne tajne iz članka 132. Kaznenog zakona. Iako se radi o tajni, povjerljivoj i privatnoj odluci ženske osobe da izvrši pobačaj, koja se tiče medicinskog zahvata i koju je liječnik saznao u obavljanju svoga zvanja, izostaje element *neovlašteno* iz bića kaznenog djela. Izričitom odredbom Zakona o zdravstvenim mjerama liječnik je dužan obavijestiti roditelje ili skrbnike, iako u slučaju puštanja ove dužnosti Zakon ne propisuje sankcije.

¹⁶ Sukladno članku 26., stavak 2. Obiteljskog zakona u iznimnom će slučaju brak moći sklopiti osoba starija od 16 a mlađa od 18 godina ako sud u izvanparničnom postupku ustvrdi da je ta osoba mentalno i tjelesno zrela za brak i da za brak postoji opravdani razlog. Obiteljski zakon, Narodne novine 116/03., 17/04.

života, pravno gledano djeci, spram njih treba postupati u skladu s temeljnim načelom obiteljskoga prava – načelo u najboljem interesu djeteta. Načelo postupanja u najboljem interesu djeteta temeljno je načelo UN-ove Konvencije o pravima djeteta od 20. studenog 1989. godine.¹⁷ Ne samo da se zbog ovoga načela pojačava potreba roditelja i staratelja da skrb o maloljetnici, u ovakvim slučajevima jača i legitimni interes države da vodi brigu o toj mladoj osobi. Ta briga može biti direktna na način da se za pobačaj maloljetnice traži pristanak državnog tijela, pa tako Centra za socijalnu skrb ili suda, ili indirektna kada će se tražiti pristanak roditelja ili staratelja. U ovoj konkretnoj situaciji u direktnoj su suprotnosti interesi maloljetnice da samostalno odlučuje o pobačaju i interesi države da se postavljanjem zahtijeva za suglasnošću postupa u najboljem interesu maloljetnice. Prema odredbama Zakona o zdravstvenim mjerama ovaj je sukob riješen prevagom prava maloljetnice.

Izneseno zakonsko rješenje u skladu je s odredbom članka 12. Konvencije o pravima djeteta koja priznaje pravo djeteta na vlastito mišljenje.¹⁸ U članku stoji da su države stranke dužne osigurati djetetu sposobnom oblikovati svoje osobno mišljenje, pravo na slobodno izražavanje toga mišljenja o svim pitanjima koja se na njega odnose, a pitanje prekida trudnoće nesumnjivo je jedno od njih. Države imaju obvezu poštovati to mišljenje u skladu s dobi i zrelosti djeteta. Zakonodavac je, imajući na umu odredbe Zakona o zdravstvenim mjerama o prekidu trudnoće maloljetnice starije od 16 godina, ocijenio da su osobe te dobi dovoljno zrele da donesu odluku o intimnoj sferi svoga života, i time nije odstupio od odredbi Konvencije.

Krajnje liberalno postavljene odredbe Zakona o zdravstvenim mjerama potvrđuju da je ovaj zakon jedan od pravnih propisa iz općeg kataloga promoviranja socijalističkih ciljeva. U općoj se javnosti takav zakon nije doživio kao nužni uvjet integriteta i autonomije žene, već mogućnost za kontroliranje rađanja kako bi se žena oslobodila tradicionalne uloge kućanice i uključila u kontekst ekonomske proizvodnje. Tako se uloga obitelji kao ekonomske jedinice proizvodnog rada ne narušava većim brojem djece.¹⁹ Neprijepornost socijalističkog nasljeđa ovoga Zakona čestom je osnovom njegovog etiketiranja i zahtjevom za njegovim izmjenama i dopunama. Pri ovakvim zaključcima valja biti pojačano oprezan jer pitanje je da li su neka druga zakonska rješenja prihvatljiva i u skladu s osnovnim načelima Ustavnog prava. U narednom će se poglavlju stoga prikazati novi prijedlozi zakona o prekidu trudnoće i ukazati na probleme koje takva rješenja otvaraju s obzirom na njihovu usklađenost s Ustavom i međunarodnim dokumentima o osnovnim ljudskim pravima.

¹⁷ Republika Hrvatska stranka je Konvencije o pravima djeteta, od 6. listopada 1991., prema Odluci o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji. Tu je odluku donijela Vlada Republike Hrvatske 30. rujna 1993. godine, a odluka je objavljena u Narodnim novinama Međunarodni ugovori, 12/1993. Službeni tekst Konvencije o pravima djeteta objavljen je u Službenom listu SFRJ, 15/1990.

¹⁸ Članak 12., stavak 1. Konvencije o pravima djeteta, *ibidem*.

¹⁹ Cerjan-Letica, Gordana: Prijepor o pobačaju: (ne)mogućnost dijaloga pokreta Za izbor i Za život, Revija za sociologiju, Zagreb, vol. 28., no. 1-2., 1997., str. 10. i 11.

3. Novi prijedlozi zakona o prekidu trudnoće

3.1. Nacrt prijedloga Zakona o prekidu trudnoće Ministarstva zdravstva Republike Hrvatske iz 1995. godine

1995. godine posebna je komisija Ministarstva zdravstva RH izradila Nacrt prijedloga Zakona o prekidu trudnoće.²⁰ Nacrt nije stavljen u saborsku proceduru i do danas nije poznata njegova sudbina ni razlozi zašto se od Nacrta odustalo. U stavku 2. Nacrt definira pobačaj kao postupak kojim se namjerice prekida trudnoća, a provodi se u ovlaštenoj bolnici. Definicija je konciznija od one navedene u članku 15. Zakona o zdravstvenim mjerama. Izostavljeni su termini "medicinski zahvat" i vremenska dopustivost izvođenja prekida trudnoće. Time se umanjuje medicinska komponenta pobačaja, čime on gubi prizvuk neutralnosti i postaje u jednakoj mjeri etičko i pravno pitanje. Članak 4. ovo potvrđuje naglašavajući da prekid trudnoće nije način planiranja obitelji već je pitanje savjesti žene.²¹

Pobačaj se može izvršiti na zahtjev trudne žene do isteka desetog tjedna trudnoće nakon obveznog prethodnog stručnog savjetovanja. Stručno savjetovanje provode ovlaštene osobe koje djeluju u zdravstvu, socijalnoj skrbi ili vjerskim zajednicama: liječnici opće obiteljske medicine, liječnici školske medicine, socijalni radnici i djelatnici vjerskih zajednica koje imenuje nadležni ured županijskog poglavarstva.²² Nejasno je zašto za savjetnike nisu predviđeni liječnici ginekolozi. Bez dvojbe oni su kvalificiraniji davati savjete o pobačaju nego što su to liječnici opće obiteljske ili liječnici školske medicine.²³ Imajući u vidu da je odluka o pobačaju jedna iznimno teška i psihički zahtjevna odluka, na popis je savjetnika trebalo uključiti i psihologe. Savjetovanje vrši jedan od ponuđenih savjetnika kojeg odabire trudna žena. Savjetovanje se ima izvesti u roku od tri dana nakon podnošenja prijave za savjetovanje (članak 10., stavak 1.). Jednokratno je i individualno, a ako žena želi, može biti prisutan bračni ili izvanbračni drug. Savjetnik je dužan na human, jasan i primjeren način provesti savjetovanje i upoznati ženu s vrijednostima ljudskog života te s medicinskom, društvenom, socijalnom i pravnom pomoći materinstvu ako žena odluči zadržati trudnoću. Nakon savjetovanja žena sama donosi promišljenu i odgovornu odluku (članak 10. stavak 3.).

²⁰ Nacrt prijedloga Zakona o prekidu trudnoće, *supra* bilješka 6.

²¹ Pobačaj je između ostalog i moralno pitanje, no to nije takvo pitanje koje se jedino tiče savjesti žene. Moralnost se pobačaja ogleda i u stavovima o dobrobiti zajednice, o etičkoj prihvatljivosti ili neprihvatljivosti nekog čina, u filozofskim stavovima. Isticanjem da je pobačaj pitanje savjesti žene, nastoji se otežati ženina odluka da li da prekine trudnoću ili ne. Dvojbena je koliko je u tu svrhu opravdano proklamirati savjesnost posredstvom zakona.

²² Članak 9., stavak 1. i 2. Nacrta prijedloga Zakona o prekidu trudnoće, *supra* bilješka 6.

²³ Ovaj se nedostatak umanjuje odredbom članka 8. koji propisuje dužnost ginekologa koji će izvršiti prekid trudnoće da ženu obavijesti o načinima prekida trudnoće, komplikacijama i posljedicama zahvata. Druga je njegova dužnost uputiti ženu na obavezno stručno savjetovanje i dati joj obrazac za savjetovanje s popisom savjetnika.

S obzirom na jezični izričaj navedenog stavka proizlazi da je primarna svrha savjetovanja upoznati ženu s vrijednošću ljudskog života, dakle u skladu s poštivanjem te vrijednosti odvratiti je od činjenja pobačaja. Kako drugi dio stavka ima biti primijenjen tek u onim slučajevima kada je žena odlučila zadržati trudnoću, dakle nakon što je samostalno o tome donijela promišljenu i odgovornu odluku, ostaje nejasno kada će se žena obavijestiti o različitim vrstama pomoći materinstvu ako je savjetovanje jednokratno. Jasno je da je obavljanje savjetovanja zamišljeno na način da ono utječe i ne utječe na ženinu odluku, što je paradoksalno i neizvedivo. Ona sama treba odlučiti o prekidu trudnoće, a opet, savjetovanjem je treba od pobačaja odgovoriti. Na ženi nije da ona sama donese iznimno osobnu odluku jer ona mora donijeti "promišljenu i odgovornu" odluku. Diskutabilno je savjetovanje o vrijednosti ljudskog života pripadnika vjerske zajednice kada su vjerske zajednice odavna izrazile svoje negativne stavove o pobačaju. Razna su istraživanja dokazala da svaka odluka o pobačaju nosi određenu težinu i da je iznimno stresna za ženu, pa je upitno da li je humano podvrgavati ženu savjetovanjima čija je svrha odgovaranje, a ne pomoć ženi.²⁴ Neovisno o stručnosti savjetnika, savjetnici su za ženu strane osobe koje iznenada postaju sudionici iznimno privatne sfere njenog života. Savjetovanje time postaje nerazuman teret ženi da donese odluku i time povređuje njezino pravo da samostalno donosi vlastite odluke koje se tiču njezina samoodređenja i privatnosti.

Prekid trudnoće na zahtjev trudne žene može se učiniti do isteka desetog tjedna trudnoće. Ova je odredba jednaka odredbi članka 15., stavak 2. Zakona o zdravstvenim mjerama. Problematičnost ove odredbe jest u riječi može. U Zakonu o zdravstvenim mjerama termin "može" odnosio se na nužnost pokretanja postupka za odobrenje zahtjeva za prekid trudnoće pred posebnom stručnom komisijom i prije 10. tjedna trudnoće ako bi se pobačajem moglo teže narušiti zdravlje žene (članak 20. Zakona o zdravstvenim mjerama). Ovakva odredba u Nacrtu izostaje, pa je nejasno tko donosi i o čemu će ovisiti diskreciona odluka o izvršenju prekida trudnoće. Do isteka 24. tjedna trudnoće pobačaj se iznimno može izvršiti ako postoji jedna od indikacija iz članka 5., stavak 3. Nacrta (medicinska, genetična i pravno-etična indikacija).²⁵ Nakon 24. tjedna od početka trudnoće iznimno se pobačaj kao medicinski zahvat može izvršiti ako se utvrde anomalije ploda nespojive sa životom ili ako je život žene neposredno ugrožen trudnoćom (članak 5., stavak 4. Nacrta). Dopuštanjem

²⁴ Više o istraživanjima vidi u: Salajpal, Tereza i Salajpal-Dominiković, Brigita: Psihičke posljedice pobačaja, *Socijalna psihijatrija*, vol. 28, 2000., str. 91-100.

²⁵ Indikacije su identične onima iz Zakona o zdravstvenim mjerama, samo je njihov jezični izričaj prilagođen i upotpunjen sukladno novim medicinskim dostignućima. Pa tako medicinska indikacija postoji kada nastavak trudnoće teško ugrožava zdravlje i život žene. Prema genetičnoj se indikaciji na temelju saznanja medicinske znanosti i iskustva ili nalaza suvremenih antenatalnih pretraga može utvrditi da će se dijete roditi s teškim i neizlječivim tjelesnim ili duševnim oštećenjima. Sukladno pravno-etičkoj indikaciji, trudnoća je prouzročena počinjenjem kaznenih djela protiv dostojanstva osobe i morala (danas kaznenih djela protiv spolne slobode i ćudoređa).

pobačaja u slučaju izrazito teških malformacija fetusa prihvaća se eutanazija fetusa, čime se štiti pravo na dostojanstven i smislen život fetusa. O zahtjevu za prekid trudnoće na osnovi jedne od indikacija i o prekidu trudnoće nakon 24. tjedna odlučuje posebno povjerenstvo.²⁶

Pobačaj se vrši na zahtjev trudne žene, čime se ističe njezino pravo da odlučuje o nastavku trudnoće. Uz zahtjev za prekid trudnoće koji podnosi maloljetnica, nužan je i pristanak roditelja ili skrbnika uz suglasnost centra za socijalnu skrb. Pristanak roditelja zamjenjuje nedostatak poslovne sposobnosti maloljetnice.²⁷ Suglasnost centra za socijalnu skrb može se opravdati najboljim interesom maloljetnice, no ovakva je odredba u suprotnosti s pravom na privatnost maloljetnice. Odluka o prekidu trudnoće intimna je odluka i tiče se jedino trudne maloljetnice. Uključiti u odlučivanje o prekidu trudnoće treće osobe povređuje intimnost maloljetnice. Sukladno članku 7., stavak 1. ne zahtijeva se samo mišljenje centra o opravdanosti pobačaja već suglasnost, čime se neopravdano opterećuje prokreativno pravo maloljetnice. Kako bi se izbjegla konačnost veta roditelja i umanjila problematika upravo navedenog, u članku 7., stavak 2. Nacrta predvidjelo se da u slučaju da roditelj ili skrbnik ne daju pristanak, o zahtjevu će odlučiti nadležni centar za socijalnu skrb imajući u vidu interese maloljetnice. Država o interesima i boljitku maloljetne osobe može brinuti putem centra za socijalnu skrb ili suda, no njihove su funkcije bitno različite. Kako se pri odlučivanju o pobačaju radi prvenstveno o pravima trudne žene, u nadležnosti je suda da donosi takve odluke, pa je tom državnom tijelu trebalo dodijeliti u nadležnost da svojom odlukom može zamijeniti uskratu pristanka roditelja.

Novost s obzirom na Zakon o zdravstvenim mjerama jest odredba Nacrta iz članka 20. po kojoj se pravo na pobačaj ograničava prigovorom savjesti liječnika i drugih zdravstvenih djelatnika. Liječnici i drugi zdravstveni djelatnici koji sudjeluju u izvršenju pobačaja sukladno odredbama Nacrta ili koji su izjavili prigovor savjesti ne mogu snositi nikakve štetne posljedice. Da se pravo prigovora savjesti ne bi shvatilo osnovom ukidanja prava na pobačaj, u stavku 3., istoga članka izričito stoji da je ovlaštena bolnica dužna osigurati izvršenje prekida trudnoće. Prigovor je savjesti usko vezan uz religiozne i moralne stavove pojedinca. Ako je bolnica dužna izvoditi prekide trudnoće, ako se radi o državnoj instituciji financiranoj iz državnih sredstava, teško je opravdati pravo

²⁶ Sukladno članku 12. o prekidu trudnoće odlučuje povjerenstvo prvoga ili drugoga stupnja, koja se sastoje od tri člana od kojih 2 moraju biti ginekolozi. Povjerenstvo prvoga stupnja imenuje upravno vijeće bolnice na prijedlog bolničkog stručnog vijeća. Povjerenstvo drugoga stupnja imenuje nadležan ured županijskog poglavarstva.

²⁷ Zagovornici pristanka roditelja ili barem obavještenja roditelja da je maloljetnica podnijela zahtjev o prekidu trudnoće opravdavaju ovakav stav tvrdnjama da prava maloljetnika nisu jednaka pravima punoljetnih osoba. Razlozi su sljedeći: 1) maloljetnici nemaju sposobnost donošenja odluka u kritičnim situacijama, 2) ranjivi su, 3) potrebna im je posebna pomoć i savjeti koje im mogu dati roditelji i 4) dobiti maloljetnika je od posebne skrbi za državu. Drucker, Dan: *Abortion Decisions of the Supreme Court, McFarland & Company, 1990.*, str. 59.

na prigovor savjesti ako ono stoji na putu ostvarenja prava žene. Prihvatljivost prigovora savjesti jača ako bi se radilo o djelatniku bolnice koja se financira fondovima religioznih institucija.²⁸ Drugi čest način ograničenja prava na pobačaj jest odustajanje od financiranja izvođenja pobačaja. Pa tako u članku 21. Nacrta stoji da žena koja je podnijela zahtjev za prekid trudnoće snosi u cijelosti troškove prekida trudnoće, osim ako postoji medicinska, genetična ili pravno-etična indikacija. Ako se ograniči državno financiranje izvođenja pobačaja, pobačaj kao medicinski zahvat može postati dostupan samo određenom krugu žena. Iako ne postoji izričito priznanje prava na pobačaj samo određenim pripadnicama društva, financijskim se odredbama postiže upravo navedeno. Time dolazi do socijalne diskriminacije između siromašnijih i bogatijih žena.²⁹

3.2. *Prijedlog Zakona o pobačaju Hrvatske stranke prava iz 1996. godine*

Političke svrhe donošenja Prijedloga Zakona o pobačaju³⁰ Hrvatske stranke prava umanjuju važnost Prijedloga i bacaju sumnju na njegovu ustavnost. Koliko su u skladu odredbe Prijedloga s Ustavom, potvrdit će daljnja analiza. Prijedlog polazi od prava na život iz članka 21. Ustava Republike Hrvatske i ovo pravo tumači na način da je svakom živom biću zagarantirano pravo na život i da zaštita ovoga prava ne smije biti različita u periodu prije i nakon rođenja. U Prijedlogu se ne daje nikakvo obrazloženje ovakvog tumačenja prava na život osim postavki da 1) Ustav štiti majčinstvo, pa prema tome štiti i pravo nerođenog na život, i 2) socijalističko nasljeđe Zakona o zdravstvenim mjerama uzrokom je nepoštivanja prava na život nerođenoga. Sve navedeno ne objašnjava zašto je potrebno prihvatiti upravo ovakvo tumačenje značenja prava na život.

Prijedlog Zakona o pobačaju prihvaća indikacijski model, ali ga svodi na iznimke iznimaka. Tako se medicinska intervencija prekida trudnoće može izvesti bilo kada u slučaju životne opasnosti za majku (članak 2.). Iznimka od zabrane pobačaja iz stavka 1. također se predviđa u slučajevima eugeničke i pravno-etičke indikacije, ali samo do 10. tjedna trudnoće. U trećem stavku istog

²⁸ Prigovor savjesti ili *conscience clause*, odnosno *refusal clause* prihvaćena je u ustavnim odlukama njemačkog Ustavnog suda. Na problematiku ove odredbe ukazao je profesor Horton citirajući mišljenje ministra pravosuđa Bendera, pripadnika stranke Kršćanskih demokrata. Ministar je nastojao protumačiti prigovor savjesti na način da na njega imaju pravo i *Kreise* (okruzi) i *Gemeinden* (općine), te da sukladno tome mogu odustati od financiranja izvođenja pobačaja putem javnih fondova. K.C. Horton: German Federal Republic Abortion Law, *International Law and Comparative Law Quarterly*, vol 28., 1979., str. 288. i 289.

²⁹ Više o ovom problemu vidi u Levine, Phillip B., Trainor, Any B. i Zimmerman, David J.: *The Effect of Medicaid Abortion Funding Restrictions on Abortions, Pregnancies and Births*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, ožujak 1995., objavljeno na stranici interneta: <http://papers.nber.org/papers/w5066.pdf>, zadnji put posjećeno 29. ožujka 2005.

³⁰ Prijedlog zakona o pobačaju, *supra* bilješka 7.

članka stoji da se u navedenim slučajevima prekid trudnoće ne smatra pobačajem u smislu ovoga Zakona. Time se vremensko ograničenje indikacija i teret nad ženom da izvrši pobačaj nastojao prikriti, no prekid se trudnoće kao medicinski zahvat ne može drugačije nazvati no pobačajem.

Da bi se prekid trudnoće obavio, potrebno ja da trudna žena prođe postupak trudničkog savjetovanja. Svi koji sudjeluju u postupcima trudničkog savjetovanja i prekida trudnoće dužni su poštivati dostojanstvo žene trudnice. Termini *trudničkog savjetovanja* i *dostojanstvo žene trudnice*, a ne trudne žene ukazuju na primarnu ulogu žene da iznese trudnoću i nastojanje da se kroz savjetovanje žena u to uvjeri. Poštivanje dostojanstva osobe kao ustavnog prava ne može se ograničiti ženskoj osobi koja je trudna ili pretvoriti u dostojanstvo trudnice. Ustavna prava ne nestaju niti se mijenjaju trudnoćom.

Prijedlog Zakona o pobačaju sadrži identične odredbe u svezi s prekidom trudnoće maloljetnice, uz iznimku da se savjetovanju moraju podvrći i roditelji, i u svezi s prigovorom savjesti liječnika. Troškove pobačaja snosi Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje ako se prekid trudnoće izvrši zbog razloga zaštite života trudne žene. U slučaju eugeničke i pravno-etičke indikacije troškove snosi žena sama (članak 5., stavak 3. i 4.). Nadalje, broj se pobačaja nastoji smanjiti i na način da je ovakav medicinski zahvat dopušteno izvoditi samo u bolnicama, s posebnom dozvolom Ministarstva zdravstva.

Prijedlog zakona o pobačaju sadrži mnogobrojna ograničenja prava žene na pobačaj. Ograničenja su ekstenzivna i otežavaju ženinu slobodnu odluku o rađanju djece. Stoga teško da bi Prijedlog parlamentarnom procedurom bio prihvaćen u Saboru i izglasan kao zakon. Prijedlog nije utjecao na stručno i javno mnijenje, ali je ipak ostavio traga da se promišlja o promjenama Zakona o zdravstvenim mjerama. Kako bi se ustanovilo je li uistinu opravdano insistirati na promjenama, potrebno je ocijeniti ustavnost Zakona o zdravstvenim mjerama, Nacrta prijedloga Zakona o prekidu trudnoće i Prijedloga Zakona o pobačaju. U odredbama međunarodnih dokumenata o osnovnim ljudskim pravima i u Ustavu Republike Hrvatske potražiti ćemo prava na kojima se zasniva pravo žene na pobačaj i prava fetusa koja to pravo ograničavaju. Njihovim sukobljavanjem i balansiranjem doći ćemo do odgovora da li su prokreativa prava jedna od osnovnih ljudskih prava.

4. Prokreativna prava kao jedna od osnovnih ljudskih prava

4.1. Pravni izvori reproduktivnih prava

Donošenjem novog Ustava 1990. godine izostavljene su ustavne odredbe o reproduktivnim pravima iz članka 191., Ustava SFRJ i članka 272. Ustava SR Hrvatske. Stoga zagovornici izmjena i dopuna zakonskih odredbi o pobačaju tvrde da se prokreativna prava ne mogu više smatrati jednim od ustavnih prava jer ih Ustav na snazi ne sadrži. Izostavljanjem odredaba ne nestaje jedno pravo niti ono gubi poziciju osnovnog ljudskog prava ako je ono priznato od strane

Republike Hrvatske potpisivanjem i ratificiranjem međunarodnog dokumenta koje to pravo proklamira³¹ i ako se ono po svome sadržaju može pronaći u nekim drugim osnovnim ljudskim pravima i dalje prisutnim u Ustavu.³²

Republika je Hrvatska notifikacijom o sukcesiji 9. rujna 1992. godine postala strankom Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW), koja je usvojena 18. prosinca 1979. godine u Općoj skupštini Ujedinjenih Naroda.³³ Često nazivana poveljom ljudskih prava za žene, Konvencija je jedini međunarodni ugovor o ljudskim pravima koji potvrđuje reproduktivna prava žena i ciljano napada kulturu i tradiciju kao utjecajne sile po kojima se oblikuju pravila o spolovima i veze u obitelji.³⁴ Tako se u Preambuli navodi da "uloga žene u prokreaciji ne smije biti osnova za njezinu diskriminaciju." Da je veza između ženskih reproduktivnih prava i diskriminacije žena od izričite važnosti, potvrđuje i članak 5. u kome se zagovara "ispravno shvaćanje materinstva kao

³¹ Sukladno članku 140. Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine 41/01. (pročišćeni tekst), 51/01., međunarodni ugovori koji su sklopljeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona.

³² Ustav, kao najviši pravni akt u Republici Hrvatskoj, proklamira osnovna ljudska prava na jedan uopćen, generalan način. U III. su dijelu Ustava navedena ljudska prava i temeljne slobode a da nisu date definicije tih prava ili da je na drugi način pobliže određen njihov sadržaj. Tumačenjem tih odredbi ustanovit ćemo da li su reproduktivna prava jedna od osnovnih ljudskih prava.

³³ Konvencija je objavljena na internetskim stranicama Ujedinjenih naroda <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm>, zadnji put posjećeno 26. travnja 2005. Potvrđivanjem Fakultativnog protokola Konvencije usvojenog 6. listopada 1999. i njegovim stupanjem na snagu 7. lipnja 2001. godine, Republika je Hrvatska prihvatila nadležnost Odbora za ukidanje svih oblika diskriminacije žena da prima i razmatra podneske pojedinaca ili skupine pojedinaca, pod sudbenošću RH, koji tvrde da su žrtve povrede nekog od prava utvrđenih Konvencijom od strane RH. Zakon o potvrđivanju Fakultativnog protokola uz Konvenciju o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, Narodne novine, Međunarodni ugovori 3/2001.; Objava o stupanju na snagu Fakultativnog protokola uz Konvenciju o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, Narodne novine, Međunarodni ugovori 4/2001.; Uredba o prihvaćanju izmjene članka 20., stavka 1. Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW), Narodne novine, Međunarodni ugovori 15/2003.

³⁴ Konvencija pronalazi svoja osnovna polazišta za zaštitu žena od svih oblika diskriminacije u Povelji Ujedinjenih naroda koja potvrđuje vjeru u temeljna ljudska prava, u dostojanstvo i vrijednost ljudske osobe, te u jednaka prava muškaraca i žena (2. paragraf preambule Povelje UN-a, članak 55. stavak c, <http://www.un.org/aboutun/charter/>, zadnji put posjećeno 21. srpnja 2005.). Ona se zasniva i na odredbama Opće deklaracije o ljudskim pravima po kojima su sva ljudska bića po rođenju slobodna i ravnopravna u dostojanstvu i pravima i po kojima svatko ima pravo na sva prava i slobode utvrđene njome, bez ikakve razlike, uključujući razliku koja se temelji na spolu (članak 1., članak 2., Opće deklaracije o ljudskim pravima, <http://www.un.org/Overview/rights.html>, zadnji put posjećeno 21. srpnja 2005.). I drugi međunarodni instrumenti o ljudskim pravima također zabranjuju diskriminaciju na temelju spola. Pa tako na primjer: članak 2., stavak 1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm, zadnji put posjećeno 19. srpnja 2005.; članak 2., stavak 2., Međunarodnog pakta o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima, http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_cesr.htm, zadnji put posjećeno 19. srpnja 2005.; Deklaracija UN-a o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/21.htm>, zadnji put posjećeno 19. srpnja 2005.; članak 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, http://www.vlada.hr/Download/2003/02/28/europska_konvencija.htm, zadnji put posjećeno 23. srpnja 2005.

socijalne funkcije.” Isto se tako odredbe o zaštiti majčinstva i brige o djeci proklamiraju kao esencijalna prava inkorporirana u svim područjima Konvencije neovisno o tome da li se radi o pitanjima zapošljavanja, obiteljskog prava, zdravstvene zaštite ili obrazovanja. Konvencija također potvrđuje pravo žene da donosi odluke u svezi s planiranjem obitelji. Države članice dužne su uključiti savjete o planiranju obitelji u obrazovne procese (članak 10. h) i prilagoditi nacionalna zakonodavstva na način da se ženama garantiraju prava “da slobodno i odgovorno odluče o broju njihove djece, o vremenu kada će postati roditeljem te da imaju pristup informacijama, obrazovanju i sredstvima kako bi ostvarile ta prava.” (članak 16. e). Ako usporedimo ovu odredbu s odredbama članka 191., Ustava SFRJ i članka 272. Ustava SR Hrvatske, proizlazi da je članak 16. e Konvencije sadržajno konkretnija odredba koja točno definira od čega se pravo na slobodno odlučivanje o rađanju djece sastoji (pravo donošenja odluke o tome kada i koliko djece roditi, zabrana državi da zadire u te odluke te dužnost države da osigura pristup informacijama, obrazovanju i sredstvima kako bi se ostvarila odluka iz ovoga prava). Prihvaćanjem CEDAW Konvencije od strane Republike Hrvatske opovrgavaju se argumenti da se prokreativna prava ne mogu smatrati jednim od osnovnih ljudskih prava.

Imajući u vidu katalog osnovnih ljudskih prava iz glave III. Ustava o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, pravo na slobodno i odgovorno odlučivanje o rađanju djece u izravnom je odnosu s pravom na život iz članka 21. Ustava RH. Taj je članak kompromisno rješenje po kome svako ljudsko biće ima pravo na život i u kome se pravo na život osnažuje proklamacijom da u RH nema smrtne kazne.³⁵ Kompromisnost se rješenja ogleda u tome što ovakvom odredbom nije data osnova za konačno rješavanje prijepora oko pobačaja jer su obje strane, i protivnici i zagovornici ovoga prava pronašli elemente za neke druge buduće pregovaračke položaje. Nedvojbeno, pravo je na život apsolutno, neograničeno, hijerarhijski najviše temeljno ljudsko pravo, no prijepori ipak ostaju.³⁶

Spornost nastupa u onome trenutku kada se pokušava odrediti tko to sve ima pravo na život. Čovjek, građanin, novorođenče, sve što je rođeno od žene,³⁷

³⁵ Ne samo da je sukladno odredbama Kaznenog zakona usmrćenje drugoga ovisno o dodatnim okolnostima, jedno od kaznenih djela usmrćenja (čl. 90. ubojstvo, 91. teško ubojstvo, čl. 92. ubojstvo na mah, čl. 93. čedomorstvo, čl. 94. usmrćenje na zahtjev), pravo se na život štiti i ograničenjem državne represije kojom država reagira spram počinitelja najtežih kaznenih djela.

³⁶ Članak 21. Ustava, *supra* bilješka 31, prvi je članak kojim započinje glava III. Ustava o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Metodom sistematskog pozicioniranja zakonodavac također naglašava da je pravo na život u hijerarhiji ljudskih prava najviše pravo, iznad je i ispred svih drugih ljudskih prava u RH.

³⁷ Pa tako je profesor Frank zastupao tezu da je sve rođeno od žene ljudsko biće i da se štiti njegovo pravo na život. Frank, S.: *Kazneno pravo, posebni dio*, 1. svezak, Zagreb, 1934., str. 32. Za isto se zalaže i profesor Šeparović u: *Massa Carnis ili čovjek? Pravno medicinski aspekti otkrivanja nakaznih fetusa*, objavljeno u *Granicama rizika, etičkopravni pristupi medicini*, Zagreb-Beograd, 1987., str. 91.

Ljudsko biće imaju pravo na život, no da li u krug ovih adresata ulazi i fetus? Radi se o graničnome, rubnome slučaju za čije rješenje nije moguće pronaći konkretan odgovor ako se pri tumačenju članka 21. Ustava jedino primijeni gramatička metoda. Međunarodni pravni akti koji govore o pravu na život, zbog nomotehničke prirode svojih odredbi, ne razjašnjavaju ovu problematiku. Radi se o proklamiranju općih pravnih načela i temeljnih prava, pa sukladno tome te su odredbe općenite, apstraktne i neodređene. Članak 3. Opće deklaracije o pravima čovjeka tako navodi da *svatko ima pravo na život*.³⁸ Članak 2. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda gotovo istorječno definira ovo pravo, *pravo svakoga na život zaštićeno je zakonom*.³⁹ U članku 6. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima stoji da *nitko ne smije biti samovoljno lišen života*.⁴⁰ Termini ljudsko biće, svatko i nitko uzrokuju da pravo na život nije u potpunosti određeno, što umanjuje moć prava na život da služi kao osnova za opravdanje posebnih prava.⁴¹

O pravu se žene na pobačaj raspravlja preispitivanjem i drugih, različitih ustavnih prava. Pravo na pobačaj temelji se na principima slobode, konkretnije pravu žene na privatnost, pravu da samostalno donosi odluke i vrši individualne izbore, njezinoj autonomiji, slobodnom odlučivanju o vlastitu tijelu i načinu života, pravu na zaštitu zdravlja i života. Tako osnove prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece pronalazimo u pravu na privatnost iz članka 34., stavak 1. i 35. Ustava.⁴² Sukladno članku 34., stavak 1., dom je nepovrediv. Članak 35. svakome jamči poštovanje i pravnu zaštitu njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti. Sloboda savjesti i vjeroispovijesti iz članka 40. također se može uzeti kao osnova prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece. U Republici Hrvatskoj nedostaje sudska praksa o prirodi i granicama reproduktivnih prava. Najviša su sudišta Republike Njemačke, SAD-a i Europski sud za ljudska prava već odredili stavove o ovim osnovnim pravima. Komparativnom se analizom odluka stranih državnih sudišta stoga nastoji utvrditi pravna priroda reproduktivnih prava, njihova utemeljenost u Ustavu Republike Hrvatske i dopustivost njihova ograničenja.

³⁸ Opća deklaracija o ljudskim pravima, *supra* bilješka 34.

³⁹ Imperativne norme općeg međunarodnog prava, *ius cogens*, proklamiraju apsolutnost prava na život. No to opet ne znači da to pravo nije moguće ograničiti. U iznimnim slučajevima ograničenja su ipak moguća, pa tako u stavku 2. ECHR-a, *supra* bilješka 34, stoji da "nitko ne smije biti namjerno lišen života osim u izvršenju sudske presude na smrtnu kaznu za kaznena djela za koje je ta kazna predviđena zakonom." Protokolom 6. ECHR-a od 28.4.1983. godine jača afirmacija prava na život na način da se smrtna kazna ukida s time da se prihvaća predviđanje smrtno kazne za djela počinjena u vrijeme rata ili neposredne ratne opasnosti. Protokolom 13. ECHR-a od 3.5.2002. godine smrtna se kazna ukida u svim okolnostima.

⁴⁰ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, *supra* bilješka 34.

⁴¹ Matulović, Miomir: Ljudska prava, uvod u teoriju ljudskih prava, Biblioteka filozofskih istraživanja, Hrvatsko filozofsko društvo, Zagreb, 1996., str. 13.

⁴² Ustav Republike Hrvatske, *supra* bilješka 31.

4.2. *Komparativni prikaz pravne prirode reproduktivnih prava kroz odluke najviših stranih državnih sudišta*

Da bi se ustanovila pravna osnovanost i uvjeti pod kojima je dopušteno izvršiti pobačaj, sud u obzir mora uzeti prava trudne žene i prava fetusa. Interesi se trudne žene da izvrši pobačaj sukobljavaju s interesima fetusa da ne bude abortiran. Talijanski je ustavni sud razmatrajući ovaj sukob u svojoj odluci iz 1975. godine zaključio da je nemoguće dati načelni apsolutni prioritet interesima fetusa, a da se pri tome odbaci zaštita zdravlja već postojeće osobe. Žena već jest osoba, a embrio, odnosno fetus to će tek postati, pa zbog ovoga nema ekvivalentnosti u pravima, pa ni u pravu na zaštitu zdravlja.⁴³ Austrijski je ustavni sud zaključio slično razmatrajući problematiku prava na pobačaj 1974. godine naglasivši da načelo jednakog postupanja pri zaštiti prava i sloboda osoba ne obvezuje na davanje nerođenom bolje zakonske pozicije. Sukob interesa treba riješiti prevagom interesa trudne žene jer za razliku od trudne žene koja jest ljudsko biće, fetus u utrobi to još nije u punome smislu jer nema samostalnu sposobnost preživljavanja izvan ženine utrobe. U određenim razvojnim fazama na fetus se ne može primijeniti ustavno načelo jednakog postupanja.⁴⁴ U slučaju Vrhovnog suda SAD-a *Roe v. Wade* iz 1973. godine sudac Blackmun zaključuje da ustavne odredbe ne daju osnova da se fetus smatra osobom zato što fetus nema sposobnost da djeluje kao racionalno ljudsko biće, pa tako nema pravo glasovanja. Osoba je ta koja je odgovorna za svoje radnje i koja ima moralne obveze.⁴⁵ Izraženo mišljenje Vrhovnoga suda podlogom je takozvanog testa osobe, *the test of personhood*.⁴⁶

⁴³ Ustavni sud Italije nije odstupio od izraženih stajališta u odlukama o pobačaju koje su kasnije uslijedile. Vidi tako odluke Ustavnog suda no. 27/1975., no. 26/1981., no. 109/1981., no. 196/1987., no. 35/1997. Odluke su dostupne na Internet stranicama Ustavnog suda Italije: <http://www.cortecostituzionale.it/eng/attivitaacorte/pronunceemassime/pronunce/disclaimer.asp>, zadnji put posjećeno 22. svibnja 2005.

⁴⁴ Verfassungsgesichtshof 11.10.1974., Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgesichtshof (VfSIG) 7400 – Juristischer Blätter (JBl) 1975. Više o ovoj presudi vidi u Trybus, Peter: Die Entstehung der Fristenregelung in Österreich, Seminar aus Geschichte des Medizinrechts, Universität Wien, 2000/01, objavljeno na: http://www.juridicum.at/forschung/trybus/trybus_fristen.pdf, zadnji put posjećeno 7. svibnja, 2005., str. 24. Ustavni je sud Austrije razmatrao problematiku pobačaja i u presudama VfSIG 74 – JBl 1975, te VfSIG 310 – JBl 1977;

⁴⁵ *Roe v. Wade*, 420.U.S. 113 (1973), mišljene suda iznijeto od strane suca Blackmuna, [wysiwyg://147/http://caselaw.find...ase.pl?court=us&rol=410&invol=113](http://www.wysiwyg://147/http://caselaw.find...ase.pl?court=us&rol=410&invol=113), zadnji put posjećeno 10. siječnja 2005.

⁴⁶ Testu se osobe suprotstavlja Machteld Nijsten naglašavajući da ovaj ustavnopravni test izvrće čisti biološki kriterij fetusa kao zaštićenog ljudskog života. Imajući na umu činjenicu da je fetus začet od strane ljudskih roditelja, nema sumnje da se radi o ljudskome životu koji se mora štiti uvijek i od svih zadiranja, pa i od pobačaja. No ovome se može prigovoriti. Prihvaćanjem ideje da su svi ljudi nositelji istog genetičkog koda, rezultira u tome da se često riječ "ljudski" pogrešno tumači na način da se poistovjećuje moralno i genetičko poimanje ljudskosti. Svrha testa osobe jest naglasiti da su osobe te koje imaju posebne moralne statuse, a ne genske kreacije. Nijsten, Machteld: *Abortion and Constitutional Law, a Comparative European-American Study*, European University Institute, 1990., str. 71.

Prevagom pozicije žene nad pozicijom fetusa prijepori o dopustivosti pobačaja ne prestaju. Iako relevantni pravni dokumenti ne pretpostavljaju da je fetus fizička osoba, osoba u punome smislu s odgovarajućim pravima koja posjeduju odrasle osobe, država ne može zanemariti zaštitu fetusa i njegove interese. Opravdanost zaštite njegova prava na život leži u njegovom potencijalnom razvoju u punu osobu. Svako ljudsko biće, neovisno u kojoj se fazi razvitka nalazi, u sebi utjelovljuje intrinzičnu vrijednost ljudskog života, *the intrinsic value of human life*.⁴⁷ To je intrinzična vrijednost fetusa iz koje proizlaze interesi fetusa. Opseg zaštite i priznanje interesa fetusa ovise o vrsti prava trudne žene i dopustivosti države da ograniči ta prava u svrhu zaštite prava na život fetusa.

Vrhovni je sud SAD-a u *Roe*⁴⁸ odluci pravo na pobačaj žene opravdao njezinim pravom na privatnost. U stručnim se i javnim krugovima i dalje vode rasprave oko opravdanosti pobačaja zbog širokog značenja ovoga prava.⁴⁹ Privatnost se tako može shvatiti kao "pravo selektivnog otkrivanja informacija o samome sebi drugima", to jest "pravo svakoga da odluči kada, kako i do koje granice otkriti informacije iz privatne sfere života."⁵⁰ Na drugi se način privatnost može definirati kao "pravo da nas se ostavi same, da nas se prepusti samima sebi", *the right to be let alone*. Ovo je takozvani kriterij osame kojeg je donoseći mišljenje suda izrazio sudac Brennan u *Eisenstadt v. Baird*

⁴⁷ Iz intrinzične vrijednosti ljudskog života proizlazi moralna problematika prava na pobačaj. Kako se fetus ne smatra osobom, svjesnim bićem koje ima interese, tako sukladno ovim kriterijima pobačaj ne bi trebao biti moralno upitan. No upravo suprotno, intrinzična je vrijednost razlogom zbog kojeg se insistira na očuvanju nerođenog života. Prepoznajemo je u religioznom poimanju Božje kreativne snage, ljudskome dostojanstvu, feminističkim stavovima o odgovornosti žene da donosi kompleksne odluke s moralnim nezakvencama. Intrinzična je vrijednost jedna od Dworkinovih "osnovnih ustavnih prava nenumeriranih u ustavu" i jedna od "prava koja su prethodila zakonu" Thomsonove. Dworkin, Roland: *Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, 1996., str. 72.; Thomson, Jarvis, Judith: *The Realm of Rights*, Harvard University Press, 1992. str. 2-3.

⁴⁸ *Roe v. Wade*, *supra* bilješka 45.

⁴⁹ Pravo na pobačaj nije izravno navedeno u Ustavu SAD-a. Ustav je pisan na način koji omogućava široke interpretacije pa je tako prirodu prava na privatnost najbolje opisao sudac Douglas u presudi Vrhovnog suda *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965) "...posebne garancije u Povelji prava imaju polusjene, koje su stvorene odsjajem tih garancija, a to im pomaže da ožive i dobiju srž... Raznolike garancije stvaraju zone privatnosti..." / "specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance... Various guarantees create zones of privacy..." Tako je *due process* pravo iz 14. Amandmana Ustava ("niti će bilo koja država lišiti bilo koju osobu života, slobode ili vlasništva, bez postupka provedenog u skladu sa zakonom" / "nor shall any state deprive any person of life, liberty or property, without due process of law") postalo osnovom prava na privatnost. Osnove se ovoga prava mogu pronaći u 1. Amandmanu (*Stanley v. Georgia* 394 U.S. 557 (1969)), 4. i 5. Amandmanu (*Terry v. Ohio* 392 U.S. 1 (1968)), 9. Amandmanu ili u konceptu slobode iz 14. Amandmana (*Roe v. Wade*, *supra* bilješka 45). Sve su navedene presude objavljene na stranici interneta: http://supct.law.cornell.edu/supct/cases/name.htm#Case_Name-S, zadnji put posjećeno 21. svibnja 2005.

⁵⁰ Nijsten, *supra* bilješka 46.

slučaju.⁵¹ Nadalje, privatnost se može objasniti pomoću kriterija intimnosti, *the concept of intimacy*, po kojem svatko ima pravo da donosi vlastite odluke u sferi svoje osobne intime. Prema ovom kriteriju osoba će odlučivati o korištenju kontracepcijskih sredstava, odnosima u obitelji, djeci, obrazovanju ili o sklapanju braka. Kriterij intimnosti najpogodniji je kriterij za ocjenjivanje opravdanosti prava na pobačaj kao prava na privatnost. Neovisno o kojem se kriteriju prava na privatnost radi, esencijalno je za ovo pravo priznanje potrebe da se u određenim slučajevima isključe svi drugi, pa i država, od uplitanja u život nositelja prava. Privatna se sfera pojedinca sastoji od radnji koje nisu od interesa za druge. Upravo zbog ovog je razloga Vrhovni sud SAD-a raspravljajući o mogućim pravima oca nerođenog djeteta u više navrata naglasio da država ne može osnažiti takvo pravo jer njoj samoj nedostaje pravo da zamijeni ili ograniči odluku trudne žene koja se tiče njezine privatnosti.⁵²

Sukladno pravnoj praksi američkih sudova, pravo na privatnost jedno je od osnovnih ljudskih prava. Iako je fundamentalno, ono nije apsolutno. Da bi se to pravo ograničilo, država mora imati interes od posebnog značenja, *the compelling interest*. Dva su moguća takva interesa po presudi *Roe v. Wade*.⁵³ Prvi je interes, interes države da ograniči pravo na privatnost žene, i iz njega izvedeno pravo na pobačaj, kako bi se sačuvalo njezino zdravlje. Prema postavkama medicinske znanosti, do prvoga trimestra trudnoće pobačaj kao medicinski zahvat ne predstavlja takvu opasnost za zdravlje da bi se pravo na pobačaj trebalo ograničiti. Broj je smrtnih slučajeva pri izvršenju pobačaja manji no broj slučajeva pri porodu te stoga ne postoji poseban interes države da zaštiti zdravlje žene. Drugi je interes države zaštititi prenatalni život. Mišljenje je Vrhovnoga suda da postoji trenutak u gestaciji kada se prepoznaje potencijalni život fetusa i kada nije potrebno naglasiti da nitko nema neograničeno pravo da radi sa svojim tijelom što mu je drago.⁵⁴ To je trenutak vitalnosti fetusa, onaj moment kada je fetus postao sposobnim za "svrhovit" život izvan majčine maternice.⁵⁵ Država može ograničiti pobačaj sve do granice da ga i

⁵¹ Pa tako je mišljene suca Brennana da: "Ako pravo na privatnost bilo što znači, tada je to pravo pojedinca... da bude slobodan od upliva države u onim stvarima koje toliko fundamentalno utječu na osobu" / "If the right of privacy means anything, it is the right of the individual... to be free from governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person...", vidi tako mišljenje suda u *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), [wysiwyg://5/http://caselaw.findlaw.com/pl?court=US%26rol=405&invol=438](http://caselaw.findlaw.com/pl?court=US%26rol=405&invol=438), zadnji put posjećeno 10. siječnja 2005.

⁵² Vidi tako *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976); presude su objavljene na stranici interneta: http://supct.law.cornell.edu/supct/cases/name.htm#Case_Name-S, zadnji put posjećeno 17. srpnja 2005.

⁵³ *Roe v. Wade*, *supra* bilješka 45.

⁵⁴ Ovakav je stav Vrhovni sud izrazio već u slučaju *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905), presuda je dostupna na stranici interneta: http://biotech.law.lsu.edu/cases/vaccines/Jacobson_v_Massachusetts.htm, zadnji put posjećeno 17. svibnja 2005.

⁵⁵ Sloan, J., Irving, Law Governing Abortion, Contraception and Sterilization, Oceana Publications, 1988., str. 1.

zabrani, osim kada je prekid trudnoće nužan kako bi se sačuvao život i zdravlje trudne žene.

Kako bi riješio ustavnopravnu kontroverzu dopustivosti pobačaja, sud je balansirao *aktualnost* trudne žene i *potencijalnost* fetusa ne upuštajući se u raspravu oko trenutka početka života. Rezultat ovog ustavnog testa je takozvani *pristup trimestra*, po kojem u prvom trimestru država nema nikakav interes ograničiti pobačaj. U drugom trimestru država može slobodno donositi pravne propise o restrikcijama ovog medicinskog zahvata kako bi zaštitila život i zdravlje trudne žene, dok u zadnjem trimestru njeno je potpuno pravo i zabraniti pobačaj štiteći potencijalnost fetusa.⁵⁶

Od ovog se testa odustalo u odluci Vrhovnoga suda *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, iz 1992. godine.⁵⁷ Iako je mišljenje suda da se nije poništila presuda *Roe v. Wade*, novim je tumačenjem sud postavio nove ustavnopravne standarde shvaćanja prava na privatnost. Balansirajući pravo na privatnost trudne žene s potencijalnošću fetusa, sud je zaključio da je prethodna odluka podcijenila interese države u zaštiti prenatalnog života. Po mišljenju sutkinje O'Connor, od trenutka začeća postoji interes zaštite života i zdravlja trudne žene kao i interes zaštite potencijalnosti fetusa, i država više nije dužna dokazati svoj poseban interes kako bi regulirala prekid trudnoće. Poradi ovih se razloga odustalo od testa striktno skrutine, *the strict scrutiny test*. Pravna je opravdanost restrikcija pobačaja sada niža jer država treba zadovoljiti *undue burden test*, test neopravdanog tereta, kao standard ograničenja prava na privatnost. Sukladno tome, dopušteno je donositi pravne restrikcije u svezi s pobačajem sve dok one ne postanu substancijalne prepreke ženi da izvrši svoje pravo na pobačaj.⁵⁸

⁵⁶ Nedostatak testa trimestra leži u činjenici da je Vrhovni sud priznao pravo na pobačaj kao jedno od osnovnih prava iz kruga prava privatnosti, ali ga je učinio ovisnim o liječničkom mišljenju. Pobačaj je medicinski zahvat pa se ovakav nedostatak ne može izbjeći. Neke su države propisujući restrikcije vezane uz postupak izvršenja pobačaja nastojale ovo pravo žene na zaobilazan način ograničiti. Tako je po mišljenju Vrhovnog suda u *Doe v. Bolton* slučaju, 410. U.S. 179 (1973), država Georgia kompliciranim postupkom odobrenja pobačaja od strane 6 liječnika nepotrebno opteretila pravo na privatnost žene, što čini statut Georgie neustavnim. *Doe v. Bolton* slučaju, 410. U.S. 179 (1973), objavljeno na: http://www2.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0179_ZS.html, zadnji put posjećeno 23. srpnja 2005.

⁵⁷ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), *supra* bilješka 52.

⁵⁸ S pozicije ustavnog prava slučaj je *Casey*, *supra* bilješka 52, od posebnog interesa za tumačenje prava na privatnost. Sudovi su u anglosaksonskome pravnome sustavu pri kreiranju prava vezani doktrinom *stare decisis*. Novim poimanjem prava na privatnost kao jednim od ljudskih, ali ne osnovnih prava, odbacivanjem testa trimestra, napuštanjem striktno skrutine, proširivanjem interesa zaštite prenatalnog života Vrhovni je sud uistinu odbacio *Roe v. Wade* presudu (*supra* bilješka 45). Izborom republikanske sutkinje O'Connor tako se nešto i očekivalo. Utjecaj politike pri donošenju presuda protivan je ustavnom načelu *checks and balances* pa da bi se unaprijed obranio od ovakvih prigovora sud u presudi zauzima stav da bi protivno "...seriously weaken the Court's capacity to exercise the judicial power and to function as the Supreme Court of the Nation dedicated to the rule of law. The Court must restrain itself from accepting any kind

Odlukom Federalnog ustavnog suda Njemačke iz 1975. godine (39 BverfGE 1, 1975),⁵⁹ problematika se pobačaja razmatrala s drugačijih pozicija od onih zauzetih u odlukama Vrhovnog suda SAD-a.⁶⁰ Njemački je sud imao "otvorene ruke" da problem pobačaja poveže s pravom na privatnost polazeći od prava na slobodan razvoj osobnosti poznatijeg kao prava na samoodređenje (članak 2., stavak 1. Osnovnog zakona) i prava na nepovredivost dostojanstva (članak 1., stavak 1. Osnovnog zakona).⁶¹ Tako bi se izbjegla ustavna interpretacija pojma život. No suprotno, Ustavni se sud bavio pitanjem da li parlament ima ovlasti donositi zakone koji mogu ograničiti ili isključiti pravo na život iz članka 2., stavak 2. U svojoj raspravi sud je ustanovio da ovo pravo ima središnju poziciju u hijerarhijskom odnosu osnovnih prava. Pravo na život ima svatko, drugim riječima sve ljudske individue neovisno o fazi njihova razvoja. Ljudskom se individuum ima smatrati fetus od 14. dana od začeća.⁶² Iz ovoga proizlazi da Osnovni zakon štiti nerođeni život kao vrijednost samu za sebe, pa se sud nije morao upuštati u razmatranja je li fetus nositelj osobnih prava i sloboda. No ostalo je nejasno da li je individualno pravo na život zagaranirano fetusu ili se sam fetus štiti kao objektivna ustavna vrijednost.⁶³ Ono što je

of political pressure." Da bi osnažio svoj stav da je presuda *Roe* i dalje na snazi, sud razvija teoriju po kojoj postoji esencijalni i neesencijalni dio mišljenja suda. Po sutkinji O'Connor, odustajanjem od testa trimestra, odustalo se od nebitnog dijela mišljenja suda. Ovakav stav iznenađuje jer bilo bi to kao da je naš Vrhovni sud zauzeo stav da postoji bitni i nebitni dio izreke presude i da je okrivljenik vezan samo bitnim dijelom izreke.

⁵⁹ Više o odluci 39 BverfGE 1, 1975, vidi u Kommers, Donald P.: *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 2. izdanje, 1989., str. 336-349.

⁶⁰ U *Roe* odluci, *supra* bilješka 45, Vrhovni je sud pažljivo interpretirao činjenice kako bi izbjegao aplikaciju 14. Amandmana koji zabranjuje državi "da bilo koju osobu liši života... bez postupka uređenog u skladu sa zakonom." Donoseći mišljenje suda, sudac je Blackum izbjegao opisati fetus kao ljudsko biće i kao živog. Razmatralo se jest da li se fetus može smatrati osobom u ustavnopravnom smislu ili ne. Nedostatak ovakve rasprave jeste u tome što se zaboravlja da time što se reklo da fetus nije osoba nije ništa rečeno o pravnoj prirodi statusa fetusa. Izjavom da fetus nešto nije, nije objašnjeno što to on jest. Vrhovni sud nije odgovorio na ovo otvoreno pitanje ni u kasnijim odlukama u svezi pobačaja. Ostaje dakle slobodna mogućnost da se precedentni stav o pravu na pobačaj izražen u *Roe* i *Casey* odluci izmjeni.

⁶¹ Interpretacija se prava na privatnost njemačkog Ustavnog suda razlikuje od interpretacije toga prava američkog Vrhovnog suda. Pravo na samoodređenje je afirmativno pravo koje podrazumijeva slobodu pojedinca da djeluje i unutar takvog djelovanja da donosi odluke u granicama ustavnog ograničenja. "The right to be let alone" postavlja granice državi da se suzdrži od intruzija u osobni život pojedinca. Pojedinaac, dok primjenjuje svoje pravo, mora biti izdvojen, izoliran što je suprotno njemačkoj socijalnoj dimenziji prava na privatnost. Pojedinaac u društvu ulazi u bezbroj odnosa i samo će u takvim interakcijama moći razviti svoju osobnost.

⁶² Po mišljenju suda "...everyone as every human individual possessing life" includes the yet unborn human being. Otherwise, if we make any distinction to protect only human beings in certain stages of their development, "the security of human existence will be put generally in jeopardy".

⁶³ Važno je iskristalizirati stav o ovoj problematici jer o njoj ovisi stupanj zaštite života fetusa. Ako se fetus smatra zaštićenom ustavnom objektivnom vrijednosti, tada je bez ikoje sumnje stupanj ograničenja takve vrijednosti manji, a obveza države da je štiti većom. U drugom je slučaju fetus samo druga individua čija se prava i dužnosti mogu balansirati bez posebne zaštite države.

nesporno jest dužnost države da štiti nerođeni život zbog prava na život i prava na dostojanstvo fetusa.⁶⁴ Ona će nerođeni život štiti i na uštrb prava majke na samoodređenje jer pravo na samoodređenje nije apsolutno. Sukladno klauzuli ograničenja iz članka 2., stavak 2., to se pravo ima ograničiti radi zaštite prava drugih, ustavnog poretka ili moralnog zakona.⁶⁵ Za razliku od toga, pravo se na život može ograničiti, ali samo zakonom u iznimnim situacijama. Razina je ograničenja dakle manja, što i odgovara hijerarhijskoj poziciji ovih dvaju prava.

Imajući na umu navedeno, primjenom testa balansiranja pravo na život fetusa uz sve njegove posebne karakteristike nosi prevagu nad pravom majke da slobodno razvije svoju osobnost. No u iznimnim situacijama rezultat se ovoga testa neće primjenjivati. To su sukladno mišljenju suda posebne konfliktne situacije koje za ženu postavljaju velik teret, veći od onoga izazvanog stanjem trudnoće.⁶⁶ Bilo bi nerazumno zahtijevati od žene da žrtvuje svoje vlastite vrijednosti izvan razumnih očekivanja. Pa tako će pobačaj biti dopušten ako trudnoća ugrožava život žene ili predstavlja tešku prijetnju njenom zdravlju, u slučaju malformacije fetusa ili u slučaju trudnoće prouzrokovane kaznenim djelom ili incestom.⁶⁷ Imajući na umu vrhovnu vrijednost prava na život iznenađuje da je sud priznao i četvrtu indikaciju, tzv. socijalnu indikaciju žene i njezine obitelji koja “...can generate conflicts of such magnitude that, beyond the certain limit, the measure of the criminal law cannot force further sacrifice in favor of the unborn life.”⁶⁸ Drugim riječima, trudnoća mora predstavljati tako ozbiljan i nepodnošljiv teret da prijetnja kaznenim sankcijama ne bi odvrátila

⁶⁴ Ustavni je sud sustavno i dosljedno objasnio pravo na život fetusa, no izvođenje ustavnih prava fetusa na osnovi dostojanstva fetusa, manjkavo je. Sud je zanemario dvojaku ulogu države kod izvršenja obveze zaštite osnovnih ustavnih prava pojedinaca. Kod određenih prava država ima aktivnu ulogu. Ona mora stvoriti uvjete da bi se ustavno pravo pojedinca ostvarilo, npr. pravo glasa. Kod drugih prava, kao i kod prava na dostojanstvo, država se mora suspregnuti od zadiranja u to pravo. Zahtijeva se pasivna uloga države. No u ovom se slučaju državi pripisuje aktivna uloga.

⁶⁵ Will, Rosemarrie: German Unification and the Reform of Abortion Law, *Cardozo Woman's Law Review*, vol. 3, 1996., str. 409.

⁶⁶ Pa tako Ustavni sud u odluci 39 BverfGE 1, 1975, *supra* bilješka 59, navodi da “Postoje konfliktne situacije koje, općenito, ne dozvoljavaju oštre i jasne moralne prosudbe i u kojima se ne mogu donjeti valjane savjesne odluke. Takva je i odluka o prekidu trudnoće.” / “These are conflict situations that, in general, permit no clear-cut moral judgment and may not rank as worthy decisions of conscience in making the decision to abort a pregnancy.”

⁶⁷ Indikacije pod kojima je pobačaj dopušten rezultat su koncepta egzaktnosti, *the concept of exactability*. Sukladnom ovom konceptu nije moguće iznijeti argumente iz Osnovnoga zakona kojima bi se opravdala superiornost prava fetusa i zahtijevala ekstenzivna žrtva trudne žene.

⁶⁸ Gluck Mezey, Susan: *Civil Law and Common Law Traditions: Judicial Review and Legislative Supremacy in West Germany and Canada*, *International Law and Comparative Law Quarterly*, vol. 32., 1983., str. 698.

ženu od činjenja pobačaja.⁶⁹ Indikacijski model i test nerazumnog tereta potvrđen je i u drugoj odluci o pobačaju Ustavnoga suda, iz 1993. godine (88 BVerfGE 203, 1993).⁷⁰

Kako je indikacijski model kao ustavno rješenje problematike pobačaja u Njemačkoj naišao na kritike, Europskome je sudu za ljudska prava podnesena tužba zbog povrede prava iz članka 8. i članka 9. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁷¹ Europska je komisija prihvatila razmatranje navodnih povreda samo u odnosu na članak 8. Konvencije. Komisija se nije upuštala u dublju razradu problema pobačaja i povrede prava na privatnost. Zadržala se na pravnoj prirodi prava na privatnost. Pravo na privatnost nije apsolutno jer stavak 2. članka 8. dopušta ograničenja toga prava u skladu sa zakonom i ako je to 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. Time pravo na život iz stavka 2. Konvencije ima prevagu nad pravom na privatnost, pa ograničavajuće odredbe nacionalnog zakonodavstva Njemačke nisu u suprotnosti sa Konvencijom.

Problematičnost ovakvoga pravnog shvaćanja proizlazi iz prebrzog, površnog zaključivanja Komisije. Komisija je u svome mišljenju potvrdila da nacionalne odredbe ograničavaju pravo na privatnost žene, ali se nije upuštala u diskusiju po kojem se to razlogu takva ograničenja smatraju opravdanim sukladno razlozima iz stavka 2., članka 8. Reći da je pravo ograničeno i da su ograničenja moguća, ne objašnjava o kakvom se to ograničenju radi i je li to ograničenje u datom slučaju opravdano. Izostao je test balansiranja. Nije primijenjen ni test proporcionalnosti, *the proportionality test*, a kojeg je nužno primijeniti zbog potrebe dokazivanja da su ograničenja prava na privatnost "nužna u demokratskom društvu".⁷²

⁶⁹ Prema članku 218. Kaznenog zakona Njemačke, prekid je trudnoće kazneno djelo, no prema članku 218a, situacije iz indikativnog modela uz obvezatno savjetovanje predstavljaju uvjete obvezatnog oslobođenja od kazne. Pobačaj je i dalje protupravna radnja, te stoga ne postoji niža zaštita prenatalnog života od one izražene u Kaznenom zakonu. Strafgesetzbuch [StGB], članak 218. i članak 218a; Prijevod je Kaznenog zakona na engleskom jeziku dostupan na stranici: <http://www.asianlaws.org/cyberlaw/library/legislations/cc/germany.htm>, zadnji put posjećeno 10. rujna 2005.

⁷⁰ Odluka njemačkog Ustavnog suda od 28. svibnja, 1993. godine, 88 BVerfGE 203, 1993; Više o ovoj odluci vidi i u Walther, Susanne: *Thou shall not (but thou mayest): Abortion after the German Constitutional Court's 1993 Landmark Decision*, *German Yearbook of International Law*, vol. 36., Duncker & Humboldt, Berlin, 1993., str. 386-404.

⁷¹ *Bruggemann and Sheuten v. Federal Republic of Germany*, The Committee of Ministers decision, <http://www.dhcour.coe.fr/hudoc/ViewRoot.asp?Item=1&Action=Html&X=616100611&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>, zadnji put posjećeno 20. travnja 2005.

⁷² Da bi se ocijenila opravdanost ograničenja jednog od prava iz Konvencije, nužno je primijeniti test proporcionalnosti, *the proportionality test*, koji je jedan od osnovnih testova ustavnog prava. Europski sud za ljudska prava sukladno ovom testu provjerava 1) da li je uopće došlo do ograničenja prava iz Konvencije, 2) da li su ta ograničenja propisana zakonom, 3) da li ograničenja ispunjavaju opravdani interes i 4) da li su ograničenja nužna u demokratskom društvu.

Navedene spornosti nisu riješene u slučaju *Dublin Well Women Centre v. Ireland* kada je pitanje pobačaja podneseno po drugi put pred tijela Europske konvencije.⁷³ U ovom se slučaju Europski sud bavio ograničenjima prava na slobodu izražavanja iz članka 10. Konvencije, razmatrajući uskratru informacija kao indirektno sredstvo kojim se sprječava izvršenje pobačaja Irkinja u zemljama u kojima je takav medicinski zahvat dopušten. Sud je potvrdio odluku Europske komisije po kojoj je Irska povrijedila članak 10 Konvencije. Zagovornici su "pro choice" pokreta ovu presudu doživjeli kao poziv Irskoj da liberalizira odredbe o dopustivosti pobačaja.⁷⁴ Ovakvi su stavovi bili ishitreni jer odlukom je suda Irska dobila obvezu da promijeni svoje zakonodavstvo koje se ticalo slobode izražavanja, a ne uvjeta za izvođenje pobačaja. O dopustivosti izvođenja pobačaja nije ništa rečeno. Izostali su kriteriji po kojima bi članice Vijeća Europe morale urediti svoja zakonodavstva u svezi ovog pitanja.

O pravu na pobačaj u judikaturi Europskog suda za ljudska prava ne treba raspravljati u okviru slobode izražavanja već u okviru slobode vjeroispovijesti. Europski je sud za ljudska prava kao i njemački Ustavni sud u svojim odlukama postavio negativnu interpretaciju religioznih prava pojedinca.⁷⁵ Svaki pojedinac nema samo pravo da vjeruje, već je i njegova sloboda ne imati religiozna uvjerenja.⁷⁶ Ovime sloboda misli, savjesti i vjeroispovijesti postaje osnovnim ljudskim pravom ateista, skeptika, agnostika i svih onih pripadnika pluralističkog društva nezainteresiranih za religiozna uvjerenja. Drugim riječima, uvjerenje majke kao nevjernika da fetus nije ljudsko biće od začeca te da sukladno tome ona ima pravo na pobačaj, od jednake je težine i treba biti uzeto u obzir pri odlučivanju o pravu na pobačaj.

⁷³ *Dublin Well Women Centre v. Ireland*, 29. listopada 1992. (*Application no. 00014234/88 i no. 00014235/88*), presuda je objavljena na stranici interneta: <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=723155421&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>, zadnji put posjećeno 22. srpnja 2005.

⁷⁴ Sedmak, Mateja: *The Abortion Policy Making Process, the Historical Analysis and the European Community Regulations Impact*, Društvena istraživanja, Zagreb, god. 10. (2001.), br. 1-2. (51-52.), str. 289.

⁷⁵ Presuda Ustavnog suda Federativne Republike Njemačke 52 BverfGE 223 (1979), objavljena je na stranici interneta: <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv052223.html>, zadnji put posjećeno 22. srpnja 2005. Presude Europskog suda za ljudska prava *Kokkinakis v. Greece*, 25. svibnja 1993. (*Application no. 00014307/88*); *Buscarini and Others v. San Marino* [GC], 18. veljače 1999. (*Application no. 00024645/94*) i *Leyla Sahin v. Turkey*, 29. lipnja 2004. (*Application no. 44774/98*); Presude su Europskog suda za ljudska prava objavljene na Internet stranici: <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Language=en&Advanced=1>, zadnji put posjećeno 22. srpnja 2005.

⁷⁶ Jackson, Vicki C. i Tushnet, Mark V.: *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, listopad 1998., str. 1171-1176.

5. Zaključak

Problematika je pobačaja jedno kompleksno pitanje koje se može sagledati s pravne, moralne, religiozne i filozofske osnove. O ovome pitanju stavove imaju svi, i stručnjaci i javnost. No prečesto se zaboravlja da se moralni stavovi ne moraju i ne mogu u potpunosti preslikati i utisnuti u zakonske norme. S jedne strane moralne se dužnosti protežu izvan granica zakona, a s druge nisu sve zakonske odredbe utemeljene na moralnim dužnostima. Moralni se stavovi duboko razlikuju i mogu biti u sukobu. Tako je ponekad potrebno izabrati između najvišeg poštivanja prava na život i najvišeg prihvatanja autonomije žene da samostalno i slobodno donesi odluke iz intimne sfere privatnosti. Nadalje, pokazalo se da kada bi se i prihvatio krajnji moralni stav o nepovredivosti života ljudskoga bića, takvo zalaganje ne proizvodi moralne dužnosti u svim situacijama, npr. u situaciji kada žena nije odgovorna za nastanak trudnoće. Upravo stoga percepcija javnosti o pobačaju može biti uvelike različita od zakonskih odredaba koje ga reguliraju ili interpretacije tih odredbi. Imajući sve navedeno u vidu, osnovne moralne dužnosti ne mogu biti isključivom osnovom za pronalaženje pravnih normi. I zato je potrebno biti krajnje oprezan kod zalaganja za restriktivnije zakonsko reguliranje prava na pobačaj.

Komparativnom analizom ukazano je da je pobačaj u određenim slučajevima dopustiv i u pravnim sustavima u kojima je pravo na život najviše ustavno pravo koje se priznaje od 14 dana od dana začeća. Ti su slučajevi socijalnom indikacijom toliko prošireni da zabrana pobačaja postaje izuzetkom, a pravna dopustivost pravilom. Stoga o dopustivosti pobačaja treba razmišljati u terminima ustavnog prava. Primjenom ustavnih načela i testova u sagledavanju prava trudne žene i fetusa u radu pronašlo se pravno utemeljeno rješenje problematike pobačaja. Pravo na privatnost iz članka 34., stavak 1. i 35. te na slobodu savjesti i vjeroispovijesti iz članka 40. Ustava osnove su prava na slobodno i odgovorno odlučivanje o rađanju djece kao jednog od prokreativnih prava. Prokreativna su prava zagwarantirana odredbama CEDAW konvencije. To su jedna od osnovnih ljudskih prava, koja se mogu ograničiti samo u slučajevima zaštite zdravlja trudne žene. Država ni u kom drugom slučaju ne može uskratiti pravo na pobačaj trudnoj ženi jer bi takva ograničenja predstavljala nerazuman i neopravdan teret. Ako primarna svrha tereta nije u funkciji pomoći ženi, već otežavati odluke o pobačaju, time teret postaje nerazuman. Primjenom ovog ustavnog testa odredbe Nacrta prijedloga Zakona o prekidu trudnoće, o obvezatnom stručnom savjetovanju trudne žene, suglasnosti Centra za socijalnu skrb za izvođenje pobačaja maloljetnice, prigovoru savjesti liječnika u bolnicama financiranim iz državnih sredstava te većina odredbi Prijedloga Zakona o pobačaju predstavljaju takav teret.

Pokazalo se opravdanim zadržati većinu zakonskih odredaba o pobačaju iz Zakona o zdravstvenim mjerama. Indikacijski model iz Zakona u skladu je s testom nerazumnog tereta iz odluka njemačkog Ustavnog suda o pobačaju. 24.

je tjedan trudnoće onaj period u gestaciji koji odgovara početku drugog trimestra iz *Roe v. Wade* odluke, a u kojem se prepoznala intrizična vrijednost fetusa. Odredbe Zakona o zdravstvenim mjerama kojima se regulira dopustivost pobačaja maloljetnice potrebno je usuglasiti s odredbama Obiteljskog zakona i ustavnog načela postupanja u najboljem interesu djeteta. Čini se da je ovakav zaključak pronašao i zakonodavac odbivši raspravljati o Nacrtu prijedloga Zakona o prekidu trudnoće i Prijedlogu Zakona o pobačaju. Iako je javnost krajnje senzibilizirana kada se raspravlja o pobačaju, slobodni smo pretpostaviti da u skorije vrijeme neće doći do izmjena i dopuna Zakona o zdravstvenim mjerama. Ako bi se i pristupilo zakonskom noveliranju kojim bi se ograničilo pravo na pobačaj, zakonodavac takve mjere ne bi mogao opravdati a da se ne provedu dodatne mjere zaštite majčinstva i olakšavanja socijalnog položaja žene majke.

Summary*

ISSUES ON THE RIGHT ON ABORTION IN THE REPUBLIC OF CROATIA

There is no mutual understanding of acceptance of the right on abortion, legal basis, extent of protection and burdening of this right in academic and popular literature. Therefore, the right on abortion is presented in this article as Constitutional and Criminal legal issue. The Law on the Health Measures for the Exercising of the Right to Free Decision-Making about Giving Birth has been analyzed as well as proposed solutions of 1995 and 1996 abortion Bills. According to the provisions of CEDAW Convention and provisions on basic human rights of Croatian Constitution, the right on abortion is one of the basic human rights, so called procreative rights, originating from the right on privacy, right to self-determination and freedom of conscience and religious believes. Comparing the experiences of the highest judicial bodies in the Federal Republic of Germany and USA, the author defines borders of this basic human right.

Key words: *right on abortion, procreative rights, Law on the Health Measures for the Exercising of the Right to Free Decision-Making about Giving Birth, CEDAW Convention.*

* Translated by the Author.

Zusammenfassung

**STREIT ÜBER DAS RECHT AUF ABTREIBUNG IN DER
REPUBLIK KROATIEN**

In den wissenschaftlichen Publikationen und bei der öffentlichen Meinung gibt es keine einstimmigen Auffassungen über die Zulässigkeit des Rechts auf Abtreibung, Rechtsgrundlagen, Grenzen des Rechtsschutzes und die Einschränkung dieses Rechts. Aus diesem Grunde wird in dieser Arbeit das Recht auf Abtreibung als Frage des Verfassungs- und Strafrechts betrachtet. Es werden Bestimmungen des Gesetzes über medizinische Maßnahmen zur Realisierung des Rechts auf freie Entscheidung über das Gebären von Kindern und Vorschläge zum Entwurf eines Gesetzes zur Schwangerschaftsunterbrechung und des Vorschlags zum Gesetz über Abtreibung analysiert.

Durch die Überprüfung der CEDAW Konvention und die Grundlagen der Menschenrechte in der Verfassung der Republik Kroatien wird bestätigt, dass das Recht auf Abtreibung eines der Grundrechte des Menschen ist, der sog. reproduktiven Rechte, die sich aus dem Recht auf die Privatsphäre, dem Recht auf Selbstbestimmung und auf Gewissens- und Glaubensfreiheit ergeben. Durch eine komparative Analyse von Entscheidungen der höchsten Staatsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland und der USA werden die Grenzen dieses menschlichen Grundrechts aufgezeigt. In der Arbeit werden statistische Daten über die Ausführung der Abtreibung in der Republik Kroatien sowie Untersuchungen über die öffentliche Meinung zur Abtreibung besprochen.

Schlüsselwörter: *Recht auf Abtreibung, reproduktive Rechte, Gesetz über medizinische Maßnahmen zur Realisierung des Rechts auf freie Entscheidung über das Gebären von Kindern, CEDAW Konvention.*

Sommario

DISPUTE SUL DIRITTO DI ABORTO NELLA REPUBBLICA DI CROAZIA

Non esiste comune intesa sull'accettazione del diritto di aborto, le basi legali, i confini della tutela e l'onere di questo diritto nella letteratura accademica e nell'opinione pubblica. Perciò il diritto di aborto è presentato in questo articolo come una questione giuridica costituzionale e penale. È analizzata la Legge sulle misure sanitarie per l'esercizio del diritto alla libera decisione sulla generazione di figli, così come le soluzioni proposte dai Progetti sull'aborto del 1995 e 1996. Secondo le disposizioni della Convenzione CEDAW e le disposizioni sui diritti umani fondamentali della Costituzione della Repubblica di Croazia, il diritto all'aborto costituisce uno dei diritti umani fondamentali, cosiddetti diritti di procreazione, originati dal diritto alla riservatezza, dal diritto all'autodeterminazione e dalla libertà di coscienza e di credo religioso. Comparando le prassi dei maggiori organi giudiziari nella Repubblica Federale di Germania e negli Stati Uniti d'America, sono definiti i confini di questo diritto umano fondamentale. In questo articolo sono presentati altresì i dati statistici sull'interruzione di gravidanza nella Repubblica di Croazia e i risultati di indagini sugli atteggiamenti del pubblico nei confronti dell'aborto.

Parole chiave: *diritto di aborto, diritti di procreazione, Legge sulle misure sanitarie per l'esercizio del diritto alla libera decisione sulla generazione di figli, Convenzione CEDAW.*

BRUTO DOMAĆI PROIZVOD - ČIMBENIK RASTA DEPOZITA PRAVNIH OSOBA U HRVATSKIM BANKAMA

Dr. sc. Antun Jurman, redoviti profesor
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.722.32(497.5)
Ur.: 5. travnja 2005.
Pr.: 28. svibnja 2005.
Stručni članak

U radu je analizirana visina i dinamika financijskog potencijala, posebno depozita domaćih pravnih osoba - rezidenata, u hrvatskim bankama u razdoblju od 1993. do 2004. godine. Vidljivo je iz podataka da u 2004. godini depoziti rezidenata čine 60,6% ukupnih bankovnih izvora te da su u tome relativno stabilan, siguran, vrlo jeftin i značajan izvor depoziti pravnih osoba s udjelom od 35,1% u ukupnim depozitima, odnosno s udjelom od 21,3% u potencijalu banaka. Korelacijom je ispitana ovisnost depozita pravnih osoba i bruto domaćeg proizvoda i izračunati pokazatelji upućuju na njihovu vrlo jaku, gotovo funkcionalnu vezu, po smjeru pozitivnu, a po obliku linearnu. Mjerenjem elastičnosti izračunati su koeficijenti koji pokazuju na vrlo elastičan odnos depozita pravnih osoba i bruto domaćeg proizvoda. Temeljem rezultata istraživanja ukazano je na potrebu intenzivnijeg kreditnog praćenja tekućeg poslovanja i razvoja gospodarstva od strane banaka, što bi rezultiralo u prvom redu povećanjem bruto domaćeg proizvoda, a zatim i financijskog potencijala banaka, posebno depozita pravnih osoba, zarade banaka i drugim pozitivnim učincima u budućem razdoblju.

Ključne riječi: *banka, financijski potencijal, depoziti rezidenata, depoziti pravnih osoba, bruto domaći proizvod, korelacija, elastičnost.*

1. Uvod

Poslovne banke formiraju ukupne izvore prikupljanjem depozita od domaćih fizičkih i pravnih osoba, odnosno rezidenata, pribavljanjem inozemnih kredita i uzimanjem depozita od stranih banaka i drugih stranih osoba - nerezidenata,

izdavanjem dužničkih i vlasničkih vrijednosnih papira, kao i obračunom i terećenjem računa dobiti i gubitka raznih oblika rezervi sukladno odredbama Zakona o trgovačkim društvima,¹ Zakona o bankama² i odlukama dioničara banaka.

Depoziti domaćih pravnih osoba - rezidenata jesu obveze banaka prema trgovačkim društvima, obveze prema središnjoj i lokalnoj državi, obveze prema raznim financijskim i nefinancijskim institucijama kao i obveze prema neprivrednim i svim ostalim pravnim osobama u zemlji.

Depoziti domaćih pravnih osoba vrlo su značajan izvor unutar ukupnih bankovnih depozita i čine znatan dio financijskog potencijala hrvatskih banaka. Prikupljanjem depozita pravnih osoba banke povećavaju ukupne raspoložive izvore sredstava potrebne za kreditiranje tekućeg poslovanja i razvoj gospodarskih, ali i drugih subjekata koji ne raspolažu s dovoljno sredstava za financiranje svojih aktivnosti.

Osnovni, mada ne i jedini, izvor svih depozita, pa i depozita pravnih osoba, jest ostvareni bruto domaći proizvod (BDP) bez obzira što na njihovu visinu i strukturu djeluje i niz drugih čimbenika.

U ovom je radu: (1) prikazana visina i dinamika ukupnih bankovnih izvora i depozita domaćih pravnih osoba - rezidenata u razdoblju od 1993. do 2004. godine, (2) ukazano na značaj depozita pravnih osoba u financijskom potencijalu banaka, (3) analizirane su vrste, sektorska i valutna struktura depozita pravnih osoba, (4) ispitana je korelacija i elastičnost depozita pravnih osoba i BDP-a, (5) predložene su promjene poslovne politike banaka i naposljetku, (6) u zaključku rezimirani su rezultati istraživanja.

Dobiveni rezultati istraživanja mogu korisno poslužiti bankama prilikom utvrđivanja i provođenja njihove poslovne politike, posebno politike prikupljanja sredstava i politike plasmana.

2. Depoziti pravnih osoba u financijskom potencijalu banaka

Financijski potencijal banaka ili ukupne izvore sredstava čine vlastiti izvori banaka kao i prikupljeni depoziti i pribavljeni krediti od domaćih i stranih fizičkih i pravnih osoba u zemlji i iz inozemstva.

2.1. Visina i struktura ukupnih izvora sredstava

U tablici 1 prikazana je visina i struktura financijskog potencijala kao i kretanje osnovnih vrsta izvora sredstava hrvatskih banaka u zadnjih dvanaest godina, dok grafikon 1 sadrži prikaz udjela depozita pravnih osoba u potencijalu i u ukupnim depozitima banaka.

¹ Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine, broj 111/1993., 34/1999., 52/2000. i 118/2003.

² Zakon o bankama, Narodne novine, broj 84/2002.

Tablica 1. Visina i struktura ukupnih izvora (pasive) hrvatskih banaka u razdoblju od 1993. do 2004. godine

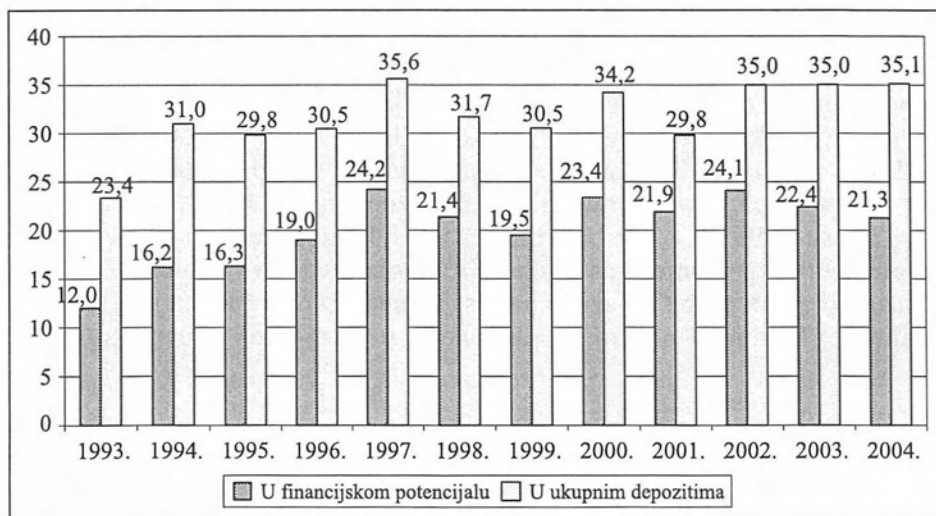
Na kraju razdoblja, u milijunima kuna i postocima

God.	Ukupni izvori banaka		Depoziti pravnih osoba		Depoziti stanovništva		Inozemna pasiva		Ostali izvori	
	Iznos	Struktura	Iznos	Udio	Iznos	Udio	Iznos	Udio	Iznos	Udio
1993.	47.332	100,0	5.686	12,0	18.650	39,4	12.066	25,5	10.930	23,1
1994.	54.620	100,0	8.854	16,2	19.707	36,1	13.135	24,0	12.924	23,7
1995.	62.054	100,0	10.093	16,3	23.722	38,2	15.150	24,4	13.098	21,1
1996.	67.483	100,0	12.852	19,0	29.305	43,4	12.467	18,5	12.859	19,1
1997.	85.309	100,0	20.674	24,2	37.353	43,8	13.807	16,2	13.475	15,8
1998.	93.326	100,0	19.959	21,4	42.999	46,1	16.177	17,3	14.191	15,2
1999.	93.252	100,0	18.175	19,5	41.343	44,3	17.170	18,4	16.564	17,8
2000.	109.949	100,0	25.747	23,4	49.472	45,0	17.810	16,2	16.920	15,4
2001.	142.606	100,0	31.164	21,9	73.302	51,4	21.858	15,3	16.282	11,4
2002.	165.622	100,0	39.884	24,1	74.113	44,7	35.024	21,1	16.601	10,1
2003.	195.278	100,0	43.694	22,4	81.019	41,5	49.932	25,6	20.633	10,5
2004.	225.546	100,0	48.020	21,3	88.670	39,3	61.164	27,1	27.692	12,3

Izvor: HNB, (2000.), Bilten, broj 55, str. 30. do 41.
 HNB, (2005.), Bilten, broj 103, str. 23. do 29.

Grafikon 1. Udio depozita pravnih osoba u financijskom potencijalu i u ukupnim depozitima banaka u razdoblju od 1993. do 2004. godine

U postocima



- **Financijski potencijal**, kojeg čine ukupni izvori sredstava banaka, povećan je od 47,3 mlrd. u 1993. na 225,5 mlrd. kuna u 2004. godini, dakle za gotovo 4,7 puta ili prosječno godišnje 15,3%.

- U strukturi ukupnih izvora najznačajniji su **depoziti stanovništva** koji su u promatranom razdoblju povećani od 18,7 mlrd. u 1993. na 88,7 mlrd. kuna u 2004. godini, također približno 4,7 puta ili prosječno godišnje 15,0%. Njihov udio u potencijalu banaka mijenjao se iz godine u godinu od minimalnih 36,1% u 1994. do maksimalnih 51,4% u 2001., da bi krajem 2004. godine bio 39,3%. Visina udjela ovisi prvenstveno o intenzitetu kretanja depozita pravnih osoba i politici korištenja kredita banaka u inozemstvu, ali i o ostalim razlozima kao što su ugled, stabilnost i povjerenje banaka, politička situacija i slično.

Udio depozita stanovništva iznimno je povećan krajem 2001. godine na 51,4% ukupnih izvora, što je posljedica uplate tezaurirane strane valute, najviše njemačkih maraka, hrvatskih građana radi uvođenja eura kao zajedničke valute u zemljama Europske unije.

Drugi je izvor po značaju **inozemna pasiva**, pretežito depoziti i krediti stranih banaka, i ona čini krajem 2004. godine preko četvrtine ukupnih izvora (27,1%). Bez obzira na dobar ugled i kreditnu sposobnost domaćih banaka, u idućim se godinama ne može računati na značajnije povećanje tih izvora, jer je sveukupni vanjski dug Republike Hrvatske³ apsolutno i relativno visok i njegovo daljnje povećanje treba biti usklađeno s povećanjem BDP-a, izvoza roba i usluga i ostalih relevantnih ekonomskih veličina. Svaki drugačiji pristup koji bi bio u smjeru daljnjeg nekontroliranog zaduživanja u inozemstvu narušio bi kreditni rejting Republike Hrvatske i s vremenom bi mogao ugroziti deviznu likvidnost zemlje.

Depoziti domaćih pravnih osoba - rezidenata treća su vrsta sredstava čiji se udio u ukupnim izvorima povećava iz godine u godinu (grafikon 1), premda neravnomjerno, od 12,0% u 1993. na 21,3% u 2004. godini. Takvo povećanje udjela posljedica je gotovo kontinuiranog apsolutnog rasta depozita od 5,7 mlrd. u 1993. na 48,0 mlrd. u 2004. godini. Iznimno, u 1998. i 1999. godini depoziti pravnih osoba ostvaruju pad zbog otvaranja stečajnog postupka nad više hrvatskih banaka. Dio depozita trgovačkih društava ostao je blokiran u tim bankama, a podaci o bankama u stečaju isključeni su iz monetarne statistike. Bez obzira na to, depoziti pravnih osoba u razdoblju od 1993. do 2004. godine povećani su približno 8;4 puta ili prosječno 21,4% godišnje, što je znatno brže od prosječnog godišnjeg rasta ukupnih izvora sredstava banaka. Brži rast depozita pravnih osoba u odnosu na rast ukupnih izvora banaka posljedica je velike nelikvidnosti i visoke zaduženosti poduzeća te vrlo niske razine

³ Krajem mjeseca prosinca 2004. godine vanjski dug Republike Hrvatske je 30,2 mlrd. USD i iznosi preko 80% BDP-a kao i gotovo 160% izvoza roba i usluga. (Prema: Hrvatska narodna banka (HNB), (2005), Bilten, broj 103, str. 54.).

gospodarskih aktivnosti u 1993. godini, kao i intenzivnog rasta poslovanja poduzeća i drugih pravnih osoba u narednim godinama.

Ostale izvore ili ostalu pasivu čine manjim dijelom neraspoređeni računi pasive umanjeni za neraspoređene račune aktive, a najviše kapitalski računi koji obuhvaćaju dionički kapital, dobit ili gubitak prethodnih i tekuće godine, zadržanu dobit (gubitak), zakonske pričuve, statutarne i ostale kapitalne pričuve, posebne rezerve za neidentificirane gubitke i sl. Visina ostale pasive povećana je od 10,9 mlrd. u 1993. na 27,7 mlrd. kuna u 2004. godini, dakle za 2,5 puta ili prosječno godišnje 8,8%. Gotovo dvostruko sporiji rast ostale pasive u odnosu na ukupne izvore rezultirao je smanjenjem udjela te vrste izvora u financijskom potencijalu banaka od visokih 23,1% u 1993. na 12,3% u 2004. godini.

U narednim godinama može se očekivati sporiji rast inozaduženja banaka, odnosno njihove inozemne pasive, sporiji rast kapitalskih računa banaka, daljnje povećanje depozita stanovništva, mada nešto manje nego do sada, te intenzivniji rast depozita pravnih osoba radi povećanja opsega gospodarskih aktivnosti u Hrvatskoj.

2.2. Visina i struktura depozita pravnih osoba

Radi ocjene važnosti depozita domaćih pravnih osoba u ukupnim izvorima banaka kao i procjene mogućnosti njihovog daljnjeg rasta potrebno je analizirati obilježja pojedine vrste depozita, strukturu depozita po institucionalnim sektorima kao i valutnu strukturu depozita pravnih osoba.

2.2.1. Depoziti pravnih osoba prema vrstama

Banke prikupljaju razne vrste depozita pravnih osoba. Neki od njih imaju obilježja depozita po viđenju, s kojima njihovi vlasnici neograničeno raspolaze, drugi od njih oročeni su ili ograničeni i s njima se raspolaze sukladno odredbama ugovora sklopljenog između banke i vlasnika depozita. U tablici 2 i u grafikonu 2 prikazana je visina i struktura depozita po vrstama.

Tablica 2. Visina i struktura depozita pravnih osoba u hrvatskim bankama prema vrstama depozita u razdoblju od 1993. do 2004. godine

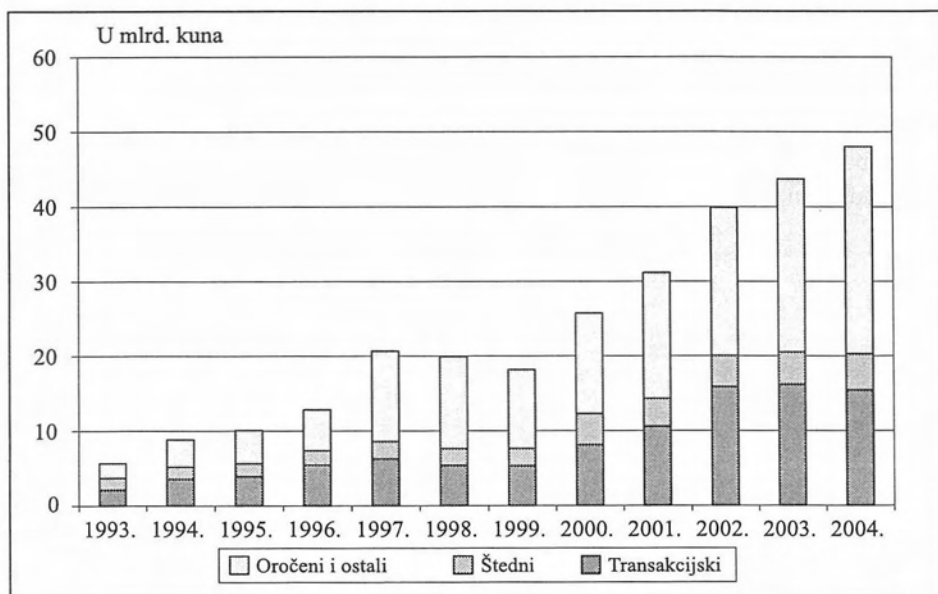
Na kraju razdoblja, u milijunima kuna i postocima

God.	Ukupni depoziti		Transakcijski depoziti		Štedni depoziti		Oročeni i ograničeni depoziti		Refinancirani i ostali krediti	
	Iznos	Struktura	Iznos	Udio	Iznos	Udio	Iznos	Udio	Iznos	Udio
1993.	5.686	100,0	2.112	37,1	1.626	28,6	1.535	27,0	413	7,3
1994.	8.854	100,0	3.575	40,4	1.650	18,6	2.762	31,2	867	9,8
1995.	10.093	100,0	3.972	39,4	1.688	16,7	3.271	32,4	1.162	11,5
1996.	12.852	100,0	5.472	42,6	1.930	15,0	4.106	31,9	1.344	10,5
1997.	20.674	100,0	6.306	30,5	2.299	11,1	5.519	26,7	6.550	31,7
1998.	19.959	100,0	5.404	27,1	2.255	11,3	5.322	26,7	6.978	34,9
1999.	18.175	100,0	5.320	29,3	2.310	12,7	5.242	28,8	5.303	29,2
2000.	25.747	100,0	8.120	31,5	4.175	16,2	8.604	33,4	4.846	18,9
2001.	31.164	100,0	10.557	33,9	3.760	12,1	12.336	39,6	4.511	14,4
2002.	39.884	100,0	15.888	39,8	4.163	10,4	15.744	39,5	4.089	10,3
2003.	43.694	100,0	16.185	37,0	4.319	9,9	19.083	43,7	4.107	9,4
2004.	48.020	100,0	15.458	32,2	4.833	10,1	22.400	46,6	5.329	11,1

Izvor: HNB, (2000.), Bilten, broj 55, str. 30. do 41.

HNB, (2005.), Bilten, broj 103, str. 23. do 29.

Grafikon 2. Visina depozita pravnih osoba u bankama u razdoblju od 1993. do 2004. godine prema vrstama



Transakcijske depozite čini depozitni novac pravnih osoba kao zbroj novčanih sredstava na žiro-računima umanjeno za novčana sredstva u platnom prometu (odnosno za čekove u blagajnama banaka i čekove poslane na naplatu). Transakcijski depoziti pravnih osoba povećani su od 2,1 mlrd. u 1993. na 15,5 mlrd. kuna u 2004. godini, dakle preko 7,3 puta i njihov udio u ukupnim depozitima kreće se od minimalnih 27,1% u 1998. do maksimalnih 42,6% u 1996. godini, odnosno prosječno 35%.

Budući da transakcijskim depozitima pravne osobe raspolažu neograničeno, i to u najvećoj mjeri za obavljanje svakodnevnog platnog prometa, banke na tu vrstu depozita plaćaju minimalnu kamatu.⁴ Razina tih sredstava na pojedinim žiro-računima vrlo je promjenjiva, dakle sredstva osciliraju, ali promatrano u cjelini ona su najjeftiniji izvor bankama kojeg one koriste, po odbitku obvezne pričuve i pričuva likvidnosti, prvenstveno za ulaganja u kratkoročne plasmane i tako ostvaruju dobru zaradu.⁵

Štedni depoziti pravnih osoba su najvećim dijelom (gotovo 92%) devizni računski trgovačkih društava i ostalih pravnih osoba, a samo neznatno (približno 8%) kunski depoziti po viđenju. Stanje štednih depozita povećano je od 1,6 mlrd. u 1993. na 4,8 mlrd. kuna u 2004. godini, dakle za približno 3 puta, ali je radi sporijeg rasta njihov udio u ukupnim depozitima pravnih osoba smanjen od 28,6% u 1993. na 10,1% u 2004. godini. Na tu vrstu depozita banke plaćaju minimalnu kamatu jer su to sredstva po svojim obilježjima vrlo slična transakcijskim depozitima. Štedni depoziti u kunama bankama su izvor za ulaganja u kratkoročne kredite i kratkoročne vrijednosne papire, a devizni štedni uložci, odnosno sredstva na deviznim računima pravnih osoba, najvećim dijelom za obavljanje platnog prometa s inozemstvom.

Kategoriju **oročeni i ograničeni depoziti** čine uglavnom (preko 91%) oročeni kunski i devizni depoziti i depoziti s otkaznim rokom, a neznatno (približno 9%) ograničeni depoziti. Oročeni depoziti pravnih osoba u najvećoj su mjeri izvor za odobravanje dugoročnih kredita banaka. Ograničeni depoziti koriste se u bankama najviše kao pokrića u obavljanju platnog prometa prema inozemstvu, primjerice pokrića po akreditivima, ili kao pokrića za izdane garancije, odobrene kredite i druge bankovne poslove. Oročeni i ograničeni depoziti povećani su od 1,5 mlrd. u 1993. na 22,4 mlrd. kuna u 2004. godini, dakle 15 puta, i njihov je udio u ukupnim depozitima pravnih osoba povećan od 27,0% u 1993. na 46,6% u 2004. godini.

U kategoriju depozita središnje države prema metodologiji HNB-a uključeni su osim depozitnih sredstava i **kunski krediti primljeni od središnje države te refinancirani devizni krediti**. Udio tih kredita bio je u 1993. godini 7,3%,

⁴ U prosincu 2004. godine prosječna kamatna stopa koju su banke obračunavale na transakcijske depozite bila je 0,73% (Prema: HNB, (2005.), Bilten, broj 103, str. 38.).

⁵ Kamatna stopa na sredstva obvezne pričuve izdvojena kod HNB-a bila je u prosincu 2004. godine 1,25%, a prosječna kamatna stopa na kunske kratkoročne kredite trgovačkim društvima 8,33%. (Prema HNB, (2005.), Bilten, broj 103, str. 33. i 36.).

da bi se uključivanjem refinanciranih kredita u 1977. godini povećao na 31,7%, a u 1998. godini na 34,9%. U narednom razdoblju taj se udio postupno smanjuje i u 2004. godini iznosi 11,1% ukupnih depozita pravnih osoba.

U idućim godinama može se očekivati blagi rast transakcijskih depozita, nešto brži rast štednih depozita, ali i veće povećanje oročenih depozita pravnih osoba.

2.2.2. Depoziti pravnih osoba prema institucionalnim sektorima

U tablici 3 prikazana je visina i dinamika kretanja, a u grafikonu 3 struktura depozita pravnih osoba s obzirom na pripadnost sredstava deponiranih kod banaka.

Tablica 3. Visina i struktura depozita pravnih osoba u hrvatskim bankama u razdoblju od 1993. do 2004. godine prema institucionalnim sektorima

Na kraju razdoblja, u milijunima kuna i postocima

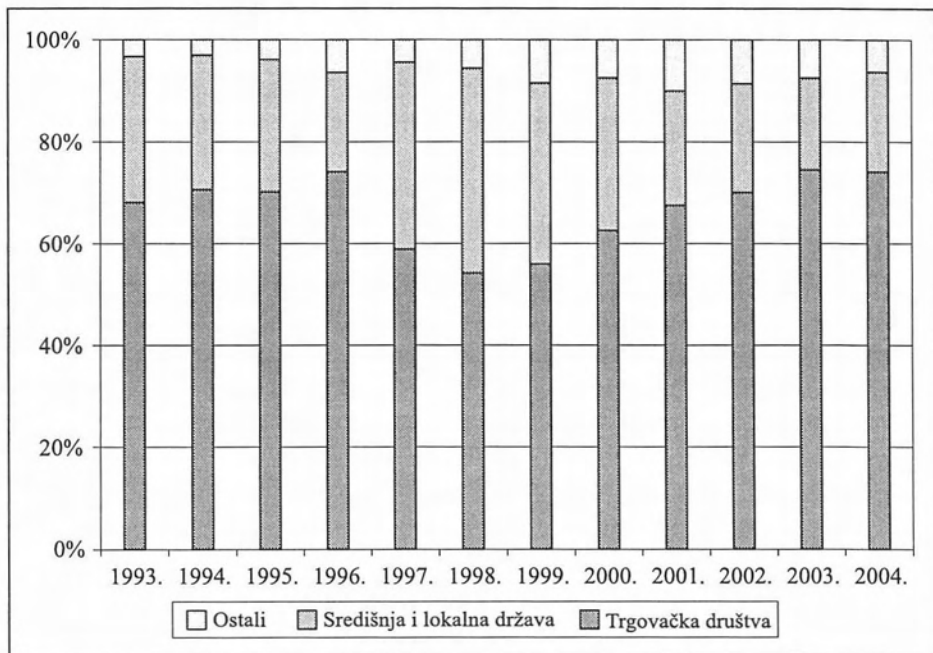
God.	Ukupni depoziti		Trgovačka društva		Središnja država		Lokalna država		Ostali sektori	
	Iznos	Struktura	Iznos	Udio	Iznos	Udio	Iznos	Udio	Iznos	Udio
1993.	5.686	100,0	3.875	68,1	1.438	25,3	188	3,3	185	3,3
1994.	8.854	100,0	6.190	69,9	1.675	18,9	636	7,2	353	3,0
1995.	10.093	100,0	7.084	70,2	2.026	20,1	583	5,8	400	3,9
1996.	12.852	100,0	9.520	74,1	1.721	13,4	784	6,1	827	6,4
1997.	20.674	100,0	12.183	58,9	6.875	33,3	699	3,4	917	4,4
1998.	19.959	100,0	10.812	54,2	7.298	36,6	719	3,6	1.130	5,6
1999.	18.175	100,0	10.181	56,0	5.829	32,1	612	3,4	1.553	8,5
2000.	25.747	100,0	16.116	62,6	6.730	26,1	967	3,8	1.934	7,5
2001.	31.164	100,0	21.022	67,5	5.635	18,1	1.381	4,4	3.126	10,0
2002.	39.884	100,0	27.911	70,0	6.095	15,3	2.430	6,1	3.448	8,6
2003.	43.694	100,0	32.544	74,5	5.283	12,1	2.591	5,9	3.276	7,5
2004.	48.020	100,0	35.581	74,1	6.822	14,2	2.592	5,4	3.025	6,3

Izvor: HNB, (2000.), Bilten, broj 55, str. 30. do 41.

HNB, (2005.), Bilten, broj 103, str. 23. do 29.

Grafikon 3. Struktura depozita pravnih osoba prema institucionalnim sektorima u razdoblju od 1993. do 2004. godine

U postocima



Iz podataka u tablici 3 i grafikona 3 može se zapaziti da su u strukturi depozita pravnih osoba najznačajniji depoziti trgovačkih društava, znatno manji udio imaju depoziti središnje i lokalne države kao i depoziti ostalih pravnih osoba.

Depoziti trgovačkih društava povećani su od 3,9 mlrd. u 1993. na 35,6 mlrd. kuna u 2004. godini, dakle gotovo 9,2 puta, odnosno povećavali su se po prosječnoj stopi od 22,3% godišnje. Njihov udio u ukupnim depozitima pravnih osoba kretao se od minimalnih 54,2% u 1998. do maksimalnih 74,5% u 2003. godini, da bi krajem 2004. godine bili 74,1% ukupnih depozita pravnih osoba.

Depoziti središnje države, odnosno obveze banaka prema središnjoj državi, imaju znatne promjene u visini i udjelu u ukupnim depozitima pravnih osoba zavisno o uključivanju kunskih kredita središnje države i refinanciranih deviznih kredita. Bez obzira na to, ukupne obveze banaka prema središnjoj državi u promatranom razdoblju povećane su od minimalnih 1,4 mlrd. u 1993. na maksimalnih 7,3 mlrd. kuna u 1998., da bi krajem 2004. godine bile na razini 6,8 mlrd. kuna, što čini 14,2% ukupnih depozita pravnih osoba.

Depoziti lokalne države, uglavnom općina i županija, povećavaju se iz godine u godinu dosta ravnomjerno, od 0,2 mlrd. u 1993. do 2,6 mlrd. kuna u

2004. godini. Apsolutni rast od gotovo 14 puta utjecao je i na povećanje udjela u ukupnim depozitima pravnih osoba od 3,3% u 1993. na 5,4% u 2004. godini.

Depoziti ostalih pravnih osoba ostvaruju također rast, iako neravnomjeran, od 0,2 mlrd. u 1993. na 3,0 mlrd. kuna u 2004. godini, što je imalo za posljedicu i povećanje udjela u ukupnim depozitima od 3,3% u 1993. na 6,3% u 2004. godini.

U narednim godinama može se očekivati daljnji rast depozita pravnih osoba, pogotovo depozita trgovačkih društava čiji bi udio u ukupnim depozitima mogao biti preko 75%.

2.2.3. Valutna struktura depozita pravnih osoba

Banke prikupljaju **kunske i devizne depozite**. Kunski depoziti su u najvećoj mjeri izvor za financiranje kredita u kunama i otkup vrijednosnih papira, dok se devizna sredstva najviše koriste za odobravanje deviznih kredita, kupovinu inozemnih vrijednosnih papira, podmirivanje kreditno-garantnih obveza prema inozemstvu, plaćanja u međunarodnom platnom prometu, za konverziju u kune ili se mogu držati kao depoziti po viđenju ili oročeni depoziti na deviznim računima kod domaćih i inozemnih banaka. Da li će pojedina banka dati prednost prikupljanju kunskih ili deviznih depozita, ovisi o njezinoj poslovnoj politici. Međutim, važno je naglasiti da su banke dužne održavati kunsku i deviznu likvidnost, obračunavati i izdvajati obveznu pričuvu,⁶ ali i podržavati devizne obveze s minimalno 32% deviznih potraživanja.⁷

U tablici 4 i grafikonu 4 prikazana je visina i valutna struktura depozita pravnih osoba.

Tablica 4. Valutna struktura depozita pravnih osoba u razdoblju od 1993. do 2004. godine

Stanje na kraju razdoblja, u milijunima kuna i postocima

Godina	Ukupno	Kunski depoziti	Devizni depoziti	Struktura depozita	
				Kunski	Devizni
1993.	5.686	3.475	2.211	61,1	38,9
1994.	8.854	6.100	2.754	68,9	31,1
1995.	10.093	6.852	3.241	67,9	32,1
1996.	12.852	8.726	4.126	67,9	32,1
1997.	20.674	11.356	9.318	54,9	45,1

⁶ Prema Odluci o obveznoj pričuvi, Narodne novine, broj 203/2003. i 145/2004. banke su dužne obračunavati obveznu pričuvu po stopi od 18% na prikupljene depozite i pribavljene kredite i druga sredstva u domaćoj i stranim valutama.

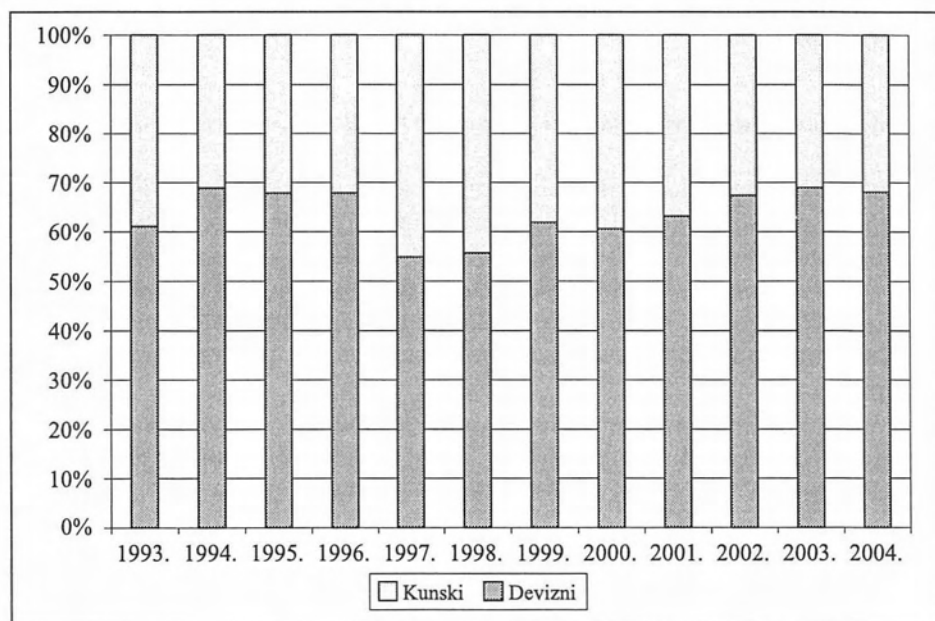
⁷ Odluka o minimalnim potrebnim deviznim potraživanjima, Narodne novine, broj 81/2004., 140/2004. i 22/2005.

1998.	19.959	11.120	8.839	55,7	44,3
1999.	18.175	11.255	6.920	61,9	38,1
2000.	25.747	15.604	10.143	60,6	39,4
2001.	31.164	19.691	11.473	63,2	36,8
2002.	39.884	26.896	12.988	67,4	32,6
2003.	43.694	30.164	13.530	69,0	31,0
2004.	48.020	32.680	15.340	68,1	31,9

Izvor: HNB, (2000.), Bilten, broj 55, str. 30. do 41.
 HNB, (2005.), Bilten, broj 103, str. 23. do 29.

Grafikon 4. Valutna struktura depozita pravnih osoba u razdoblju od 1993. do 2004. godine

U postocima



Podaci u tablici 4 i grafikonu 4 ukazuju da su u promatranom razdoblju kunski depoziti pravnih osoba povećani za 9,4 puta, a devizni depoziti za 6,9 puta. Razlika u tempu rasta imala je za posljedicu promjenu strukture depozita. Tako su u 1993. godini kunski depoziti imali udjel od 61,1%, a devizni 38,9%, da bi u 2004. godini kunski depoziti bili već 68,1%, a devizni 31,9% od ukupnih depozita pravnih osoba. Brže povećanje kunskih depozita proizlazi iz spoznaje pravnih osoba da je držanje sredstava u stranim valutama

podložno valutnom riziku⁸ kao i da u uvjetima niskih stopa inflacije nema potrebe konvertirati kunski sredstva u devizna da bi se očuvala njihova realna vrijednost.⁹

Pretpostaviti je, da će se u narednim godinama, pod pretpostavkom zadržavanja niskih godišnjih stopa inflacije u Hrvatskoj, blago povećavati udjel kunskih, a smanjivati udjel deviznih depozita pravnih osoba.

3. Depoziti pravnih osoba i bruto domaći proizvod

Bruto domaći proizvod (BDP) iskazuje tržišnu vrijednost svih proizvedenih dobara i usluga rezidentnih jedinica, tj. zbroj dodanih vrijednosti po djelatnostima uz uključivanje u obračun usluga financijskog posredovanja kao i poreza na proizvode minus subvencija na proizvode.¹⁰ Budući da je ostvareni BDP u osnovi izvorište opće, zajedničke, investicijske i individualne potrošnje, ali i novčanih depozita pravnih osoba, koja se u najvećoj mjeri iskazuje visinom transakcijskih, štednih, oročenih i ograničenih depozita u bankama, u radu je ispitana korelacija i elastičnost depozita pravnih osoba prema BDP-u.

3.1. Korelacija depozita pravnih osoba i bruto domaćeg proizvoda

Statističkom metodom korelacije ispituje se zavisnost dviju ili više varijabli po smjeru, obliku i jakosti.¹¹ U radu se polazi od pretpostavke da su depoziti pravnih osoba zavisna varijabla (Y), a BDP nezavisna varijabla (X). U ispitivanju su korišteni podaci iskazani po tekućim cijenama u razdoblju od 1994. do 2003. godine jer je u tom razdoblju inflacija minimalna, pa su podaci u hrvatskim kunama objektivniji pokazatelj nego podaci u američkim dolarima.

U tablici 5 prikazano je izračunavanje jednadžbi regresije, koeficijenta korelacije i koeficijenta determinacije, a u grafikonu 5 prikazan je dijagram rasipanja parova vrijednosti BDP-a i depozita pravnih osoba.

⁸ Tako je primjerice tečaj američkog dolara prema hrvatskoj kuni smanjen u 2002. u odnosu na 2001. godinu za 14,48%, u 2003. godini za 14,38%, a u 2004. ponovno za 7,87%. (Prema: HNB, (2005.), Bilten, broj 103, str. 51.)

⁹ U 1992. godini stopa inflacije ostvarena na godišnjoj razini bila je 1.586%, a u 1993. godini nešto niža i to 1.150%. Nakon uvođenja i primjene antiinflacijskog programa u mjesecu listopadu 1993. godine inflacija je obuzdana. U 1994. godini ostvarena je deflacija od 3%, a u razdoblju od 1995. do 2003. godine prosječna stopa inflacije je 3,7%. Maksimalna inflacija od 5,7% ostvarena je u 1998. godini. (Prema: HNB, (2000.), Bilten, broj 55 i HNB, (2005.), Bilten, broj 103.)

¹⁰ Državni zavod za statistiku, (2003.), Statistički ljetopis 2003., str. 191.

¹¹ Usporedi: Šošić, I., Serdar, V., (2002.), Uvod u statistiku, Školska knjiga, Zagreb; Čaval, J., (1992.), Statistika u privrednim i društvenim istraživanjima, Sveučilište u Rijeci, Rijeka.

Tablica 5. Izračunavanje korelacije depozita pravnih osoba i bruto domaćeg proizvoda Hrvatske u razdoblju od 1994. do 2004. godine.

U milijardama kuna

Godina	Bruto domaći proizvod X	Depoziti pravnih osoba Y	X ²	Y ²	XY
1	2	3	4	5	6
1994.	87,4	8,9	7.638,76	79,21	777,86
1995.	98,4	10,1	9.682,56	102,01	993,84
1996.	108,0	12,9	11.664,00	166,41	1393,20
1997.	123,8	20,7	15.326,44	428,49	2.562,66
1998.	137,6	20,0	18.933,76	400,00	2.752,00
1999.	141,2	18,2	19.937,44	331,24	2.569,84
2000.	152,5	25,7	23.256,25	660,49	3.919,25
2001.	165,6	31,2	27.423,36	973,44	5.166,72
2002.	179,4	39,9	32.184,36	1.592,01	7.158,06
2003.	193,1	43,7	37.287,61	1.909,69	8.438,47
2004.	207,1	48,0	42.890,41	2.304,00	9.940,80
Ukupno	1.594,1	279,3	246.224,95	8.946,99	45.672,70

Izvor: Državni zavod za statistiku, (2003.), *Statistički ljetopis Hrvatske 2003.*, str. 195.
 Državni zavod za statistiku, (2004.), *Mjesečno statističko izvješće, broj 8*, str. 100.
 HNB, (2000.), *Bilten, broj 55*, str. 30. do 41.
 HNB, (2005.), *Bilten, broj 103*, str. 23. do 29.

$$\bar{X} = \frac{\sum X}{N} = \frac{1.594,1}{11} = 144,9$$

$$\bar{Y} = \frac{\sum Y}{N} = \frac{279,3}{11} = 25,39$$

Računanje Y_c:

$$b = \frac{\sum XY - \bar{X} \sum Y}{\sum X^2 - \bar{X} \sum X}$$

$$b = \frac{45.672,70 - 144,9 \times 279,3}{246.224,95 - 144,9 \times 1.594,1}$$

$$b = 0,34$$

Računanje X_c:

$$b' = \frac{\sum XY - \bar{Y} \sum X}{\sum Y^2 - \bar{Y} \sum Y}$$

$$b' = \frac{45.672,70 - 25,39 \times 1.594,1}{8.946,99 - 25,39 \times 279,3}$$

$$b' = 2,80$$

$$a = \bar{Y} - b\bar{X}$$

$$a = 25,39 - 0,34 \times 144,9 = -23,88$$

$$Y_c = -23,88 + 0,34 X$$

$$a' = \bar{X} - b'\bar{Y}$$

$$a' = 144,9 - 2,80 \times 25,39 = 73,81$$

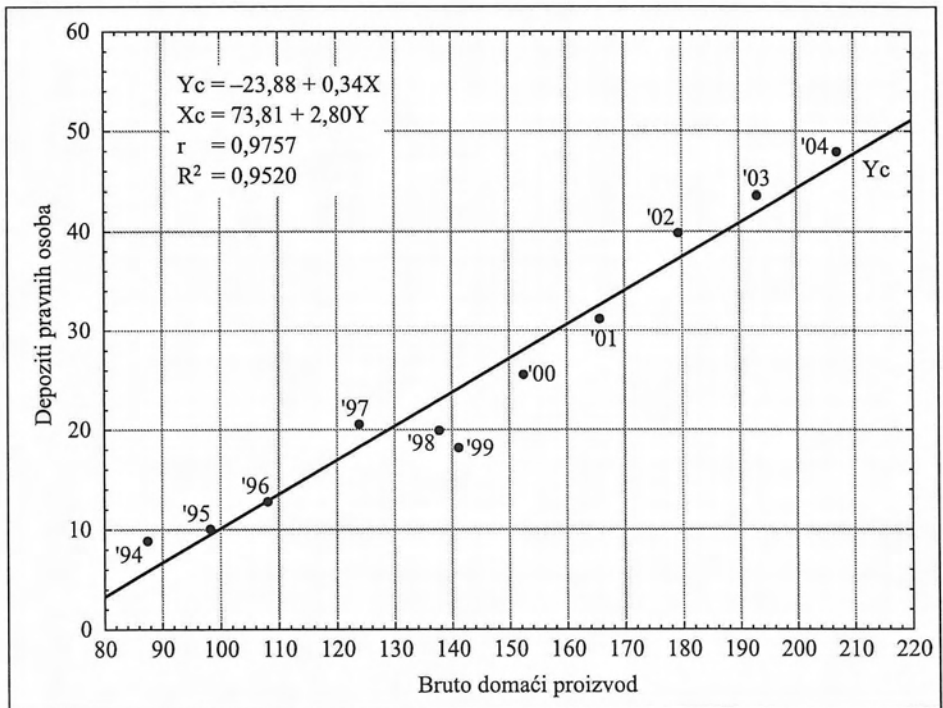
$$X_c = 73,81 + 2,80 Y$$

$$\text{Koeficijent korelacije: } r = \sqrt{b \times b'} = \sqrt{0,34 \times 2,80} = 0,9757$$

$$\text{Koeficijent determinacije (R}^2\text{): } r = \sqrt{R^2} \quad R^2 = 0,9520$$

Grafikon 5. Bruto domaći proizvod i depoziti pravnih osoba u hrvatskim bankama u razdoblju od 1994. do 2004. godine

u milijardama kuna



Na osnovi izračunatih pokazatelja kao i dijagrama rasipanja može se zaključiti:

- **prvo**, da je koeficijent korelacije visok ($r = 0,9757$), što znači da je veza između depozita pravnih osoba i BDP-a vrlo jaka, gotovo funkcionalna;

- **drugo**, da je veza između dviju pojava po obliku **linearna**, a po smjeru **pozitivna**, pa će porast BDP-a linearno djelovati na povećanje depozita pravnih osoba;
- **treće**, da je koeficijent determinacije visok ($R^2 = 0,9520$), a to znači da izračunate jednadžbe regresije vrlo dobro, preko 95% reprezentiraju kretanje pojava te da se rezultati istraživanja mogu upotrijebiti u praksi;
- **četvrto**, da se s pravom može pretpostaviti da će u idućem razdoblju porast BDP-a za primjerice 1.000 mil. kuna djelovati tako, da se može očekivati povećanje depozita pravnih osoba za približno 316 mil. kuna ($Y_c = -23,88 + 0,34 \times 1.000 = 316,12$)

3.2. *Elastičnost depozita pravnih osoba prema bruto domaćem proizvodu*

Pod elastičnošću razumijeva se sposobnost ekonomske veličine da reagira, više ili manje intenzivno, na promjenu neke druge veličine, koja je s njom u odnosu međuzavisnosti.¹² U najopćenitijem smislu elastičnost se može prikazati relacijom:

$$E_{y,x} = \frac{\text{Relativna promjena pojave Y}}{\text{Relativna promjena pojave X}}$$

Koeficijent elastičnosti $E_{y,x}$ pokazuje za koliko će se postotnih poena promijeniti ovisna pojava Y ako se nezavisna pojava X promijeni za jedan posto. Ukoliko je koeficijent elastičnosti pozitivan, riječ je o pozitivnoj elastičnosti dviju varijabli, što znači da rast prve pojave djeluje na rast druge pojave, a ukoliko je koeficijent negativan, između dviju pojava negativna je elastičnost, pa rastu jedne varijable odgovara smanjenje druge varijable. Koeficijent veći od jedan ukazuje na elastičnost veze između pojava, a koeficijent manji od jedan znači neelastičnost pojava.

Elastičnost se može vrlo jednostavno izračunati pomoću verižnih indeksa¹³ kako bi se utvrdilo kako jedna pojava reagira na promjenu druge u određenom vremenskom razdoblju (tablica 6).

¹² Martić, Lj., (1975.), Matematičke metode za ekonomske analize, Narodne novine, Zagreb.

¹³ Ova metoda služi za približno izračunavanje elastičnosti između dviju pojava.

Tablica 6. Bruto domaći proizvod i depoziti pravnih osoba u razdoblju od 1994. do 2004. godine

U milijunima kuna

Godina	Bruto domaći proizvod		Depoziti pravnih osoba		Koeficijenti elastičnosti
	Iznos u mln.	Verižni indeksi	Iznos u mln.	Verižni indeksi	
1	2	3	4	5	6
1994.	87.441	-	8.854	-	-
1995.	98.382	112,5	10.093	114,0	1,01
1996.	107.981	109,8	12.852	127,3	1,16
1997.	123.811	114,7	20.674	166,9	1,46
1998.	137.604	111,1	19.959	96,5	-0,88
1999.	141.579	102,9	18.175	91,1	-0,89
2000.	152.519	107,7	25.747	141,7	1,32
2001.	165.640	108,6	31.164	121,0	1,11
2002.	179.390	108,3	39.884	128,0	1,18
2003.	193.067	107,6	43.694	109,6	1,02
2004.	207.082	107,3	48.020	109,9	1,02

Izvor: Državni zavod za statistiku, (2003.), *Statistički ljetopis Hrvatske 2003.*, str. 195.
Državni zavod za statistiku, (2004.), *Mjesečno statističko izvješće, broj 8*, str. 100.
HNB, (2000.), *Bilten, broj 55*, str. 30. do 41.
HNB, (2005.), *Bilten, broj 103*, str. 23. do 29.

Izračunate vrijednosti koeficijenata elastičnosti ukazuju:

- da su u većem broju godina koeficijenti veći od jedan, što znači da je promjena visine depozita pravnih osoba elastična prema promjeni ostvarenog BDP-a, odnosno da je relativni rast depozita pravnih osoba bio veći od relativnog rasta BDP-a;
- da su koeficijenti manji od jedan i negativni u 1988. i 1999. godini, kada je došlo do pada depozita pravnih osoba, pa to znači da su u toj godini depoziti pravnih osoba reagirali neelastično i negativno prema promjeni BDP-a, a razlozi takvog kretanja objašnjeni su ranije.

Koeficijenti elastičnosti depozita pravnih osoba prema BDP-u mogu se izračunati korištenjem veličina dobivenih iz jednadžbe linearne regresije: ($Y_c = a + bx$) pomoću sljedeće relacije:

$$E_{y,x} = \frac{b x}{b x + a}$$

Uvrštavanjem vrijednosti BDP-a (varijabla X) za pojedinu godinu izračunavaju se koeficijenti elastičnosti depozita pravnih osoba (varijabla Y) za tu godinu, a uvrštenjem prosječne vrijednosti neovisne pojave X dobiva se prosječni koeficijent elastičnosti za cjelokupno vrijeme ispitivanja, što je za razdoblje od 1994. do 2004. godine, a prema jednadžbi iz tablice 5:

$$E_{y,x} = \frac{0,34 \times 144,9}{0,34 \times 144,9 + (-23,88)} = 1,850$$

Prosječni koeficijent elastičnosti depozita pravnih osoba prema BDP-u u promatranom razdoblju pozitivan je i iznosi 1,850, a to znači:

- da je porast depozita pravnih osoba elastično i pozitivno reagirao na povećanje BDP-a te
- da je prosječni rast BDP-a za 1% prouzročio prosječno povećanje depozita pravnih osoba za približno 1,850%.

3.3. Primjena rezultata istraživanja

Rezultati istraživanja za proteklo desetogodišnje razdoblje koji ukazuju (1) na pozitivnu, linearnu i vrlo usku korelaciju između depozita pravnih osoba i ostvarenog BDP-a kao i (2) na pozitivnu i dosta jaku elastičnost depozita pravnih osoba prema BDP-u snažan su argument hrvatskim bankama u prilog potrebi promjene politike plasmana.

Prvo, unazad nekoliko godina banke su se snažno orijentirale na kreditiranje stanovništva, a “zapostavile” gospodarstvo što pokazuje i smanjenje udjela kredita trgovačkim društvima u ukupnim kreditima od 53,4% u 2000. na 41,4% u 2004. godini.¹⁴

Drugo, banke su na taj način uredno održavale likvidnost, jer je poznato da su građani, u pravilu, u otplati kredita uredniji nego gospodarski subjekti. Isto tako banke su ostvarile izvrsne poslovne rezultate¹⁵ i poboljšale kvalitetu svoje aktive.¹⁶

Treće, u nedostatku domaćih izvora, prvenstveno depozita rezidenata, banke su se snažno orijentirale na zaduživanje u inozemstvu. Vanjski dug banaka povećan je od 2,1 mlrd. USD u 2000. na 10,2 mlrd. USD u 2004. godini što je već 33,7% od ukupnog vanjskog duga Hrvatske koji je krajem 2004. godine dosegao razinu od 30,2 mlrd. USD.¹⁷

¹⁴ HNB, (2005.), Bilten, broj 103, str. 64.

¹⁵ Dobit nakon oporezivanja prema prosječnom stanju dioničkog kapitala bila je u 2004. godini 31,3%, a prema ukupnom kapitalu 16,6%. (Izračunato iz podataka: HNB, (2005.), Godišnje izvješće za 2004. godinu, Zagreb, str. 117. i 120.)

¹⁶ Udio potpuno nadoknadivih plasmana u ukupnim plasmanima povećan je od 90,5% u 2000. na 96,5% u 2004. godini. (Prema: HNB, (2005.), Godišnje izvješće za 2004. godinu, Zagreb, str. 119.)

¹⁷ HNB, (2005.), Bilten, broj 103, str. 53.

Četvrto, radi bržeg rasta BDP-a banke bi trebala promijeniti politiku plasmana na način da bitno uspore daljnji rast kredita stanovništvu i da raspoložive domaće i inozemne izvore maksimalno usmjere za financiranje tekuće proizvodnje i razvoja gospodarskih subjekata, prvenstveno poduzeća čija je proizvodnja usmjerena izvozu roba i usluga.

Peto, intenzivnije kreditiranje gospodarstva i korištenje maksimalnih učinaka multiplikacije kredita i depozita¹⁸ rezultiralo bi bržim rastom BDP-a i povećanjem financijskog potencijala banaka radi intenzivnijeg rasta depozita pravnih osoba, kao i još boljim financijskim rezultatom banaka. To se može ilustrirati primjerom.

Pretpostavlja se da hrvatske banke prikupe inicijalni iznos depozita u visini 10 mlrd. kuna s rokom povrata jednokratno nakon pet godina uz godišnju kamatnu stopu od 4,65%. Banke će od prikupljenih 10 mlrd. kuna izdvojiti obveznu pričuvu po stopi od 18% (1,8 mlrd.) i rezervu likvidnosti, primjerice po stopi od 2% (0,2 mlrd.), a preostalih 8,0 mlrd. sredstava uložile bi u kreditne plasmane svojim klijentima – deponentima koji se u poslovanju maksimalno pridržavaju poslovne politike banaka usmjerene učinkovitoj multiplikaciji kredita i depozita.

Od plasiranih 8 mlrd. kuna kreditnih sredstava pretpostavlja se da bi približno 30% sredstava (2,4 mlrd. kuna) bio odljev u gotovinu, plaćanje poreza, doprinosa, carina i drugih isplata koje bi značile odljev sredstava iz depozitnog sustava banaka, a 70% sredstava ili 5,6 mlrd. bilo bi zadržano u depozitnom sustavu banaka i poslužilo bi za daljnje odobravanje kredita, odnosno multiplikaciju kredita i depozita.

Ako je obvezna pričuva 18% ($r_1 = 0,18$), rezerva likvidnosti 2% ($r_2 = 0,02$) i ako se 30% sredstava od odobrenih kredita odlijeva, a 70% sredstava zadržava u depozitnom sustavu ($h = 0,70$), banke bi nakon završenog procesa multiplikacije kredita i depozita temeljem inicijalnog priljeva od 10,0 mlrd. kuna kreirale dodatne depozite i odobrile nove kredite.

Depozitni multiplikator:

$$Md = \frac{1}{1 - (1 - 0,18 - 0,02) \times 0,70} = 2,2727$$

- Inicijalni priljev – inicijalni depozit 10,0000 mlrd.
- Kreirani dodatni depoziti $10,0 \times 1,2727 = 12,7270$ mlrd.

¹⁸ Jurman, A., (1996.), Multiplikacija kredita i depozita kao temeljni činitelj jačanja financijskog potencijala banaka, Zbornik radova Ekonomskog fakulteta u Rijeci, Vol. 14, Sv. 2, Ekonomski fakultet Rijeka.

Kreditni multiplikator:

$$Mk = Md \times (1 - 0,18 - 0,02) = 2,2727 \times 0,80 = 1,8182$$

- Ukupno odobreni krediti $10,0 \times 1,8182 = 18,1820$ mlrd.
- Izdvojena obvezna pričuva..... $(10,0 + 12,727) \times 18\% = 4,0909$ mlrd.
- Ukupne rezerve likvidnosti $(10,0 + 12,727) \times 2\% = 0,4545$ mlrd.
- Ukupno izdvojena sredstva van depozitnog sustava banaka $18,1820 \times 30\% = 5,4546$ mlrd.

Pod pretpostavkom da banke naplaćuju 8,33% kamate na dane kratkoročne kredite i primaju 1,25% na izdvojenu obveznu pričuvu, te plaćaju 4,65% kamate na inicijalna sredstva - dugoročne depozite i 0,73% na depozite po viđenju na žiro-računima svojih deponenata, a to su upravo bile prosječne kamatne stope u hrvatskim bankama u prosincu 2004. godine, tada bi **učinci na račun dobiti i gubitka izračunati na godišnjoj razini** bili:

Prihodi:

- kamate na kredite $18,1820 \times 8,33\% = 1,5146$ mlrd.
- kamate na obveznu pričuvu $4,0909 \times 1,25\% = \underline{0,0511}$ mlrd.
1,5657 mlrd.

Rashodi:

- kamate na inicijalne depozite..... $10,0000 \times 4,65\% = 0,4650$ mlrd.
- kamate na kreirane (dodatne) depozite po viđenju..... $12,7270 \times 0,73\% = \underline{0,0929}$ mlrd.
0,5579 mlrd.

Pozitivna razlika 1,0078 mlrd.

Pozitivna je razlika - zarada samo na razlici kamatnih prihoda i rashoda, 1,0078 mlrd. kuna računajući na godišnjoj razini i za razdoblje od jedne godine i nju bi trebalo uvećati za razne naknade koje banke naplaćuju na odobrene kredite, primjerice za obradu kreditnog zahtjeva, za evidentiranje plasmana itd.

Bez obzira što se može raspravljati o visini primijenjenih kamatnih stopa na prikupljene depozite, odobrene kredite i kreirane depozite, o brzini multiplikacije kao i sposobnosti da gospodarstvo preuzme takve kreditne obveze i provodi poslovnu politiku banaka usmjerenu prema učinkovitoj multiplikaciji, nedvojbeno je da već obračun na razini jedne godine ukazuje na pozitivne učinke koje bi ulaganja pribavljenih i prikupljenih dodatnih sredstava u kreditne plasmane gospodarskim subjektima prouzročila na povećanje financijskog potencijala, posebno depozita pravnih osoba, na povećanje kreditnog potencijala banaka i njihov račun dobiti i gubitka, ali i na sveukupno gospodarstvo.

4. Zaključak

Prvo, financijski potencijal hrvatskih banaka kojeg čine vlastita sredstva te prikupljeni depoziti i pribavljeni krediti od domaćih i stranih fizičkih i pravnih osoba u zemlji i u inozemstvu dosegao je u 2004. godini visinu od 225,5 mlrd. kuna. Najveći udio u potencijalu i to 60,6% čine depoziti rezidenata, a to su domaće fizičke i pravne osobe, inozemna pasiva je 27,1%, dok su vlastiti i ostali izvori približno 12,3% ukupnih izvora.

Drugo, u 2004. godini udio depozita pravnih osoba u ukupnim depozitima je 35,1%, a u financijskom potencijalu 21,3%, što pokazuje da su depoziti pravnih osoba stabilan, siguran, jeftin i značajan izvor sredstava banaka koji se iz godine u godinu povećava.

Treće, rezultati istraživanja ukazuju da postoji po smjeru pozitivna, po obliku linearna i po jakosti vrlo uska veza između depozita pravnih osoba i ostvarenog BDP-a u proteklom razdoblju, kao i da promjene depozita pravnih osoba elastično reagiraju na promjene BDP-a.

Četvrto, budući da je BDP u osnovi glavno izvorište formiranja depozita pravnih osoba, banke bi trebale promijeniti dosadašnju kreditnu politiku. Kreditiranje stanovništva kao najznačajnije trebalo bi bitno usporiti, a snažno povećati financijsko praćenje tekućeg poslovanja i razvoja gospodarskih subjekata, u najvećoj mjeri poduzeća koja proizvode robu i usluge za domaće, ali i za inozemno tržište.

Peto, intenzivnije kreditno praćenje gospodarstva rezultiralo bi snažnijim povećanjem BDP-a i financijskog potencijala banaka, prvenstveno depozita trgovačkih društava i drugih pravnih osoba, ali i povećanjem zarade banaka u budućem razdoblju.

Literatura

1. Babić, M., (1975.), Uvod u kvantitativne metode ekonomske analize, Narodne novine, Zagreb
2. Babić, M., (1995.) Makroekonomija, Mate d.o.o., Zagreb
3. Chiang, A. C., (1994.), Osnovne metode matematičke ekonomije, Mate d.o.o., Zagreb
4. Čaval, J., (1992.), Statistika u privrednim i društvenim istraživanjima, Sveučilište u Rijeci, Rijeka
5. Jurman, A., (1996.), Multiplikacija kredita i depozita kao temeljni činitelj jačanja financijskog potencijala banaka, Zbornik radova Ekonomskog fakulteta u Rijeci, Vol. 14, Sv. 2, Ekonomski fakultet Rijeka
6. Martić, Lj., (1975.), Matematičke metode za ekonomske analize, Narodne novine, Zagreb
7. Miller, R., VanHoose, D., (1997.), Moderni novac i bankarstvo, Mate d.o.o., Zagreb
8. Samuelson, P.A., Nordhaus, W., (1992.), Ekonomija, Mate d.o.o., Zagreb
9. Šošić, I., Serdar, V., (2002.), Uvod u statistiku, Školska knjiga, Zagreb
10. Državni zavod za statistiku, (2003.), Statistički ljetopis 2003., Zagreb

11. Državni zavod za statistiku, (2004.), Mjesečno statističko izvješće, broj 8, Zagreb
12. Hrvatska narodna banka, (2002.), Godišnje izvješće za 2001. godinu, Zagreb
13. Hrvatska narodna banka, (2005.), Godišnje izvješće za 2004. godinu, Zagreb
14. Hrvatska narodna banka, (2000.), Bilten, broj 55
15. Hrvatska narodna banka, (2005.), Bilten, broj 103
16. Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine, broj 111/1993., 34/1999., 52/2000. i 118/2003.
17. Zakon o bankama, Narodne novine, broj 84/2002.
18. Odluka o obveznoj pričuvu, Narodne novine, broj 203/2003. i 145/2004.
19. Odluka o minimalnim potrebnim deviznim potraživanjima, Narodne novine, broj 81/2004., 140/2004. i 22/2005.

Summary

GROSS DOMESTIC PRODUCT – FACTOR OF RAISE OF LEGAL PERSONS' DEPOSIT IN CROATIAN BANKS

This article presents analysis of extent and dynamics of financial potential, especially in relation to deposits of domestic legal persons – residents, in Croatian banks from 1993 to 2004. Data reveal that in 2004 deposits of residents formed 60.6% of total bank sources, and that deposits of legal persons are relatively stable, safe, very cheap and significant source forming 35.1% of total deposits and 21.3% of bank potential. Inter-relation between deposits of legal persons and gross domestic product has been tested by correlation. Resulting indicators point to very strong, almost functional relation, positive in direction, linear in shape. Resulting coefficients of elasticity demonstrate very elastic relation between deposits of legal persons and gross domestic product. Results of this research showed need for intensification of bank crediting directed toward current transactions and development of economy that would, in turn and primarily, increase gross domestic product, and consequently, increase financial potential of bank, especially in legal persons' deposits, bank profits and would have other positive effects in future.

Key words: *bank, financial potential, deposit of residents, deposits of legal persons, gross domestic product, correlation, elasticity.*

Zusammenfassung

**BRUTTONATIONALEINKOMMEN – WACHSTUMSFAKTOR
DER DEPOSITEN JURISTISCHER PERSONEN IN
KROATISCHEN BANKEN**

In der Arbeit wird die Höhe und Dynamik des Finanzpotentials, besonders der Depositen nationaler juristischer Personen – Rezidenten, in kroatischen Banken in der Zeit von 1993 bis 2004 analysiert. Aus den Daten von 2004 ist ersichtlich, dass die Depositen der Rezidenten 60,6% der gesamten Quellen der Banken ausmachen und dabei eine relativ stabile, sichere, sehr preiswerte und wichtige Quelle der Depositen juristischer Personen mit einem Anteil von 35,1% der gesamten Depositen sind bzw. einem Anteil von 21,3% des Bankpotentials. Durch Korrelation wurde die Abhängigkeit der Depositen juristischer Personen und des Bruttonationaleinkommens untersucht, und die errechneten Indikatoren weisen auf ihre sehr starke, geradezu funktionale, der Richtung nach positive und der Form nach lineare Verbindung hin. Hinsichtlich der Elastizität wurden Koeffizienten errechnet, die eine sehr elastische Beziehung zwischen den Depositen juristischer Personen und dem Bruttonationaleinkommen zeigen. Auf Grund der Untersuchungsergebnisse wurde auf die Notwendigkeit einer intensiveren Kreditverfolgung der laufenden Geschäfte und Entwicklung der Wirtschaft seitens der Banken hingewiesen, was in erster Linie eine Vergrößerung des Bruttonationaleinkommens und danach auch des Finanzpotentials der Banken, besonders der Depositen juristischer Personen, des Gewinns der Banken und anderer positiver Effekte in künftigen Zeiten ergeben würde.

Schlüsselwörter: Bank, Finanzpotential, Depositen von Rezidenten, Depositen juristischer Personen, Bruttonationaleinkommen, Korrelation, Elastizität.

Sommario

PRODOTTO INTERNO LORDO – FATTORI DI CRESCITA DEI DEPOSITI DELLE PERSONE GIURIDICHE NELLE BANCHE CROATE

Nel lavoro si analizzano la grandezza e la dinamica del potenziale finanziario, particolarmente in relazione ai depositi di persone giuridiche domestiche-residenti, nelle banche croate dal 1993 al 2004. I dati rivelano che nel 2004 i depositi di residenti hanno formato il 60,6% del totale delle risorse delle banche, e che i depositi delle persone giuridiche sono relativamente stabili, sicuri, molto costosi e fonte significativa formando il 35,1% del totale dei depositi e il 21,3% del potenziale bancario. L'interrelazione tra depositi delle persone giuridiche e prodotto interno lordo è stata testata attraverso le correlazioni. Gli indicatori risultanti evidenziano una relazione molto forte, quasi funzionale, positiva nella direzione, lineare nella forma. I coefficienti di elasticità risultanti dimostrano una relazione molto elastica tra i depositi delle persone giuridiche e il prodotto interno lordo. I risultati di questa ricerca hanno mostrato il bisogno di un'intensificazione del credito bancario diretto verso le transazioni correnti e lo sviluppo dell'economia, che accrescerebbero a loro volta e in via primaria il prodotto interno lordo, e conseguentemente aumenterebbero il potenziale finanziario bancario, particolarmente i depositi delle persone giuridiche, i profitti bancari e avrebbero altri effetti positivi in futuro.

***Parole chiave:** banca, potenziale finanziario, depositi dei residenti, depositi delle persone giuridiche, prodotto interno lordo, correlazione, elasticità.*

INSTITUCIONALNA POTPORA IZVOZU KAPITALNIH OBJEKATA

Dr. sc. Davor Bukša, dipl. ing. el.
Hrvatska elektroprivreda, d.d.
Zadar

UDK: 339.727.24
Ur.: 10. studenog 2004.
Pr.: 15. veljače 2005.
Stručni članak

Uspješnost izvoza kapitalnih objekata dobar je pokazatelj sposobnosti neke zemlje da stupi u zahtjevne oblike ekonomske razmjene s inozemstvom. Bitni su uvjeti za uspješnu realizaciju izvoza tog vrlo složenog izvoznog proizvoda financijska, promocijska i informacijska potpora kakvu u razvijenim zemljama već godinama provode njihove specijalizirane institucije. Upoznavanje i analiza oblika, nositelja i dosega takve potpore u odabranim razvijenim zemljama omogućuje i Hrvatskoj da svom izvozu, osobito kapitalnih objekata, osigura optimalnu potporu u skladu s najboljim danas poznatim rješenjima u svijetu.

Ključne riječi: *ekonomski aspekt, potpora izvozu, institucije, modeli i sustavi, izvozni krediti i garancije, osiguranje izvoza, promoviranje i informiranje izvoznika, exim banke i HBOR, izvozna orijentacija, razvoj, Hrvatska.*

1. Uvod

U Hrvatskoj još uvijek nema dovoljno znanja, iskustva i domaće literature iz područja krediranja, osiguranja, promocije i informiranja sudionika izvoza kapitalnih objekata, pa je zato dobro došao svaki doprinos ovom značajnom segmentu međunarodnih ekonomskih odnosa o kojem u svijetu postoje zanimljiva iskustva.

Kompleksnost i dugotrajnost financijski i intelektualno vrlo vrijednog izvoza roba, usluga, znanja i tehnologije, koji se u paketu realizira izgradnjom u inozemstvu (izvozom) kapitalnih objekata¹, nameće i Hrvatskoj potrebu

¹ Senečić. J. Ekonomsko-tehnička suradnja s inozemstvom, Mikrorad, Zagreb, 1993., str. 56, 62-69, 115-117.

organiziranja institucionalne potpore takvom izvozu, čiji je naj snažniji **ekonomski aspekt** tema ovog članka.

Iz primjera različitih sustava i subjekata potpore vlastitom izvozu navedenih u ovom članku vidljivi su načini na koji se u odabranim razvijenim zemljama jača vlastita konkurentna sposobnost na tržištu investicijskih radova u svijetu. U razvijenim zemljama vlastiti izvoz sustavno pomažu države i specijalizirane institucije² koje mu pružaju **financijsku podršku (kreditiraju** svoje izvozne programe i njihove inozemne uvoznike, **daju garancije** izvoznicima i **osiguravaju** im izvozni posao), **promoviraju** u svijetu svoje izvozne programe i izvoznike, te **servisiraju informacijama** važnim za izvoz domaće izvoznike i potencijalne strane uvoznike³.

Ukazujući na razliku između svjetskog i hrvatskog sustava potpore izvozu i na njegovu nedovoljnu kvalitetu i kvantitetu u RH želi se postići bolja i sveobuhvatnija potpora domaćoj proizvodnji i izvozu, osobito u segmentu nekad u nas respektabilnog izvoza kapitalnih dobara. Na taj se način podiže sposobnost hrvatskog gospodarstva za kvalitetniji prodor na svjetsko tržište investicijske izgradnje i u svijetu promovira njegova zrelost.

2. Značajke izvoznog kreditiranja i financiranja izvoznih kredita

Na svjetskom tržištu investicijskih radova krediti i kreditni uvjeti su sve važniji elementi ponude i konkurentne sposobnosti izvoznika, a njihova relativna važnost kod kupaca raste u odnosu na cijene i tehnološke karakteristike kapitalnih objekata. Zato je izvozno kreditiranje snažan, poticajan i učinkovit instrument u izvozu kapitalnih objekata, osobito u slabije razvijene zemlje⁴.

Zbog nedovoljne financijske snage i motivirnosti izvoznika kapitalnih objekata i poslovnih banaka koje ih prate, izvoz kapitalnih objekata najčešće se odvija uz državnu potporu dugoročnom kreditiranju i osiguranju izvoznih poslova, premda ima slučajeva da taj izvoz dugoročno kreditiraju i neke velike banke, te neki konzorciji banaka i izvoznih tvrtki. U zemljama koje sustavno brinu o vlastitom izvozu najbolje uvjete potpore izvozu kapitalnih objekata nude **exim banke** (engl. Export-Import Bank, Ex-Im Bank) koje plasiraju svoje specifične **supplier i buyer credite** zainteresiranim subjektima, obično putem poslovnih banaka⁵. Dok svojim supplier kreditima exim banke na duži rok

² Knight, M.-Ball, J. *The Guide to Export Finance*, Prentice-Hall, London, 1990. Knight, M. i dr. *The Guide to Export Finance 1988*, Euromoney Publication Plc., London, 1988., str. 145-154.

³ Kvalitetu i aplikacijsku vrijednost ovakve potpore vlastitom izvozu potvrđuju i respektabilna iskustva sa svjetskog tržišta investicijske izgradnje koja su u brojnim osobnim kontaktima tijekom intervjua vođenih krajem prošlog desetljeća autoru iznijeli relevantni sugovornici iz INGRE i Montmontaže.

⁴ Vežjak, D. *Međunarodni marketing*, Savremena administracija, Beograd, 1989., str. 139, 148.

⁵ Razumijevanje specifičnosti ovih kredita i izvora iz kojih se financiraju, te exim banaka i zemalja-izvoznika (zemlje OECD) omogućuje i Hrvatskoj da u potpori svom izvozu primijeni odgovarajuća svjetska znanja i iskustva.

financijski jačaju izvoznike i pod povoljnim uvjetima ih osposobljavaju za pripremu i realizaciju konkretnog izvoza, svojim buyer kreditima financijski osposobljavaju inozemne uvoznike za kupovinu točno određenog dobra iz zemlje koja ih kreditira.

Supplier krediti su za kreditora povoljniji nego buyer krediti jer su izloženi manjem riziku od mogućnosti nevraćanja ili neuredne otplate anuiteta, što je posljedica činjenice da su vjerovnik i dužnik (izvoznik) međusobno bliži i bolje se poznaju.

Konkurentnost izvoza realiziranog uz supplier kredite manja je nego uz buyer kredite jer izvoznik uvećava osnovnu cijenu izvoznog posla za iznos svojih kreditnih troškova i ostalih davanja koja se na njih nadograđuju u nizu do formiranja konačne ugovorne cijene izvoznog posla, a takvu cijenu na koncu plaća kupac.

Buyer kredit olakšava poslovanje uvozniku i jača tržišnu konkurentnost izvozniku kojem omogućuje da brže i bez većih problema naplati avans i isporučena dobra od poslovne banke koja na izdvojenom (engl. escrow) računu sigurno ima sredstva iz buyer kredita.

Buyer krediti oslobađaju izvoznika od kreditnih troškova ili rizika u poslovanju zbog neopravdanih prigovora kojima često pribjegavaju uvoznici da bi blokirali plaćanje svojih obveza.

Privilegiju dodjele poslovno poticajnijih buyer kredita imaju razvijene zemlje s većom akumulacijom raspoloživog kapitala.

Mogućnost financiranja i refinanciranja izvoznih kredita važan je čimbenik kreditne sposobnosti vlastitog izvoza jer kreditorima izvoza kapitalnih objekata jača kreditnu sposobnost.

Prikupljanje sredstava za financiranje izvoznih kredita moguće je u osnovi iz dva izvora, domaćih i inozemnih. Državni sektor obično koristi financijska sredstva iz vlastite akumulacije kapitala (budžet, fondovi) i ona prikupljena na financijskom tržištu. Nedržavni sektor koristi sredstva svojih osnivača i/ili udružena sredstva zainteresiranog gospodarstva. Osiguravajuće institucije koriste neiskorištene premije osiguranja i dugoročna sredstva socijalnog osiguranja. Na financijskom tržištu zainteresirani subjekti pribavljaju potrebna sredstva kroz kredite⁶ i poslovne operacije (prodaja, eskont, reeskont) s prenosivim vrijednosnim papirima (obveznice, mjenice). Kao emitenti obveznica se na tržištu vrijednosnica obično pojavljuju vlade zemalja, te poznate velike međunarodne tvrtke kad su one krajnji korisnici tih sredstava.

Refinanciranje izvoznih kredita moguće je na osnovi reeskonta mjenica, relombarda obveznica i teretnica, factoringa i forfeitinga, ali uz uvjet da valute

⁶ Uvjeti za dobivanje ovih kredita precizno se određuju. Npr., da bi od Svjetske banke (IBRD) i International Development Association (IDA) dobili kredit za nabavu roba, izvođenje radova i ugovaranje "ključ u ruke" izgradnje kapitalnih objekata, korisnici su obvezni poštovati stroge procedure i postupke međunarodnog natječaja za izgradnju kapitalnih objekata, te ugovorne uvjete i metode nabave ("Guidelines Procurement under IBRD Loans and IDA Credits"). Ove je "Smjernice" 1997. godine ugovorno prihvatila i Vlada RH.

ugovaranja i plaćanja imaju odgovarajući bonitet. U državama bez tradicije u složenom financijskom poslovanju i bez razvijenog financijskog tržišta ovi krediti mogu se refinancirati putem centralne banke, a u državama s razvijenim financijskim tržištem putem exim banke. U oba slučaja država određuje uvjete i vrstu kredita koji se mogu refinancirati, i time izravno usmjerava kreditiranje izvoza i razvoj svog gospodarstva.

Exim bankama je za uspješno funkcioniranje potreban kapital i učinkovita zaštita od izloženosti velikim financijskim rizicima. Zato one obično funkcioniraju kao državne agencije kojima država pomaže u zakonskom, financijskom, organizacijskom i kadrovskom osposobljavanju.

Da bi na zahtjevnom svjetskom tržištu investicijskih radova kvalitetno ispunila svoju ulogu, exim banka treba biti što prije uključena u izvozni posao. Osobito je važno donošenje ispravne odluke o kreditiranju izvoza konkretnog kapitalnog objekta, za što treba prikupiti što više vjerodostojnih informacija, ozbiljno analizirati iznos i rizičnost plasmana, mogućnosti osiguranja izvoznog posla i izvoznika, ugovorne uvjete izvoznog posla i kredita, bonitet banke i njenih ranije izdatih garancija itd.

Budući da se radi o velikim kreditnim sredstvima i velikom riziku kreditiranja, u exim banci nastoje teret kreditiranja i osiguranja izvoza ravnomjerno rasporediti (disperzirati) na što više sudionika izvoznog posla, a to su general contractor i njegovi subcontractori, te uključene poslovne banke i osiguravatelji.

Iako je privatni kapital za kreditiranje izvoza po svojoj strukturi danas još uvijek većinski, zbog internacionalizacije kretanja i prikupljanja taj kapital poprima javno-privatni karakter, a to jača utjecaj izvoznika i njihovih zemalja (razvijene zemlje iz OECD) na uvoznike i njihove zemlje (zemlje u razvoju).

Da bi se zaštitile i da izbjegnju međusobno konkuriranje, zemlje OECD dogovorile su neke zajedničke principe kreditiranja izvoza za pojedine grupe zemalja (npr. usklađivanje kamatnih stopa u odnosu na iznose i rokove). Takvi dogovori, u biti, o oligopolističkoj strategiji nastupa zemalja-izvoznika na svjetskom tržištu bitno otežavaju položaj i razvoj zemalja-uvoznika.

3. Potpora izvozu u razvijenim zemljama i u Hrvatskoj

Kao posljedicu razlika među zemljama u financijskoj snazi i u izgrađenosti njihovih institucija, danas u svijetu imamo različite nacionalne sustave potpore vlastitom izvozu. Ipak i među tim različitim sustavima postoji dosta sličnosti.

Dugoročnijim **kreditiranjem izvoza i davanjem garancija izvoznicima** danas se u svijetu bave brojne institucije⁷ koje su ili posebne državne agencije, ili dijelovi državnog aparata ili javno-privatna udruženja, a osnivači i vlasnici su im ili država, ili privatni sektor ili mješoviti državno-privatni sektor. Vlastiti

⁷ Internetska stranica Export Credit Agencies (ECAs)

izvoz u nekim zemljama kreditiraju exim banke, a u nekim poslovne banke koje kod centralne ili exim banke svoje zemlje imaju mogućnost reeskonta i refinanciranja svojih potraživanja, što im omogućuje da korisnicima svojih kreditnih plasmana naplaćuju bitno niže kreditne troškove od onih na financijskom tržištu.

Relativno slabi pojedinačni izvozni subjekti i njihove poslovne banke ne mogu se uspješno braniti od svih rizika kojima su izloženi u međunarodnom poslovanju tijekom izvoza kapitalnih objekata, pa u mnogim zemljama većinu **osiguranja od izvoznih rizika** preuzima država putem exim banke, a manji dio preuzimaju posebna državna, poludržavna i druga osiguravajuća društva i agencije.

Razvoj ovakvog sustava osiguranja potaknut je namjerom da se smanji izloženost izvoznika rizicima i mogućim gubicima, osobito zbog neisplate potraživanja iz inozemstva, jer se pokazalo nedovoljnim osiguranje koje izvoznici pružaju redoviti instrumenti osiguranja plaćanja. Budući da akreditivi, garancije i mjenice relativno dobro pokrivaju samo grupu komercijalnih rizika, mnoge su zemlje razradile sustav osiguranja i od nekomercijalnih rizika, osobito od političkih rizika kojima su izloženi njeni izvoznici.

Neke zemlje svojim izvoznicima pokrivaju i specijalno tretirane vrste rizika koji su rezultat promjenljivih uvjeta trgovine, te odnosa ponude i potražnje na međunarodnom robnom i financijskom tržištu. Na taj način države potiču i unapređuju izvoz roba i usluga, a svojim izvoznicima na svjetskom tržištu omogućuju postizanje konkurentnih uvjeta u izvozu kapitalnih dobara.

Koristeći se svim dostupnim sredstvima i diplomacijom mnoge zemlje **promoviraju** svoje izvoznike i njihove izvozne programe, a zajedno s exim bankama izvoznike **servisiraju informacijama** koje su im važne za izvoz (npr. o međunarodnom financiranju i kreditiranju izvoza, o uvoznim i izvoznim režimima, o kreditnim uzancama i rizicima, o gospodarskim, financijskim i deviznim sustavima, o jamstvima, o stanju nekih djelatnosti važnih za izvoznike itd.).

Konkretna iskustva uspješnih inozemnih sustava izvoznog financiranja iz odabranih razvijenih zemalja⁸ navedena u nastavku ovog članka mogu Hrvatskoj poslužiti kao primjer kakvu institucionalnu potporu vlastitom izvozu treba uspostaviti u RH, osobito u izvozu kapitalnih objekata.

Sjedinjene Američke Države

Službena agencija za izvozno kreditiranje u SAD je The Export-Import Bank of the United States⁹. US Exim Bank financijski podupire izvoz dobara i usluga iz SAD-a tako da ga kreditira, osigurava i servisirava garancijama. Njenu poslovnu aktivnost financira pretežno javni sektor, ali uz sve značajniji udio privatnog kapitala.

⁸ Knight, M.-Ball, J., op. cit., i Knight, M. i dr., op. cit., str. 1-144.

⁹ Internetska stranica The Export-Import Bank of the United States i ostalih institucija spomenutih u tekstu ovog podnaslova.

Od osnutka 1945. godine do danas US Ex-Im Bank je s više od 400 milijardi USD pomogla izvoz iz SAD-a, prvenstveno u zemlje u razvoju, čime je bitno doprinijela jačanju ekonomije SAD.

Djelatnost ove banke pokriva prazninu u izvoznom sektoru gospodarstva za čije popunjavanje nije osobito zainteresiran privatni bankarski i osigurateljski sektor. Tako danas US Exim Bank:

- kreditira izvoznike iz SAD uz povoljniju kamatnu stopu u odnosu na tržišnu koju u tom trenutku imaju poslovne banke;
- kreditira inozemne kupce dobara iz SAD-a s rokom otplate i do 20 godina i kamatnom stopom koja je niža od prosječne tržišne, uz obvezu kupca da dostavi garanciju centralne banke svoje zemlje;
- jamči naplatu potraživanja svojim izvoznicima, uvjetujući im da moraju unaprijed naplatiti 10% svojih potraživanja, a ostatak pokriti promissory notom ili drugom kvalitetnom obligacijom;
- osigurava izvoznicima iz SAD potraživanja od komercijalnog i političkog rizika po kreditima s rokom plaćanja do 5 godina.

US Congress izravno kontrolira i financijski ograničava aktivnosti US Ex-Im Bank, određujući maksimalni iznos dostupibilnih sredstava za svaku fiskalnu godinu, koja počinje 1. listopada.

Da bi povećala udio kapitala iz privatnog sektora i time osnažila djelatnost srednjoročnog i dugoročnog kreditiranja izvoza dobara iz SAD-a, US Ex-Im Bank je zajedno s Bankers' Association for Finance and Trade (BAFT) utemeljila Private Export Funding Corporation (PEFCO), koji je vlasništvo 57 najvećih američkih banaka i izvoznika. PEFCO djeluje na komercijalnom principu, a njegovi krediti za izvozne poslove moraju biti zaštićeni od neplaćanja odgovarajućim garancijama ili policama osiguranja US Exim banke.

Izvozne poslove u SAD-u osiguravaju US Ex-Im Bank i 53 značajna američka osiguratelja udruženi 1961. godine u Foreign Credit Insurance Association (FCIA), te Coface North America i Euler Hermes ACI. Danas FCIA prodaje i servisira svoje police osiguranja od komercijalnih i političkih rizika izvoznih poslova, pokrivajući do 90% (iznimno do 95%) nastale štete.

Informacijske i promocijske usluge izvoznicima u SAD pružaju US Ex-Im Bank, neke američke komercijalne banke, diplomacija, neki specijalizirani uredi i International Trade Administration (ITA) koja je agencija U.S. Department of Commerce.

Japan

Japanski izvoz kreditira Export-Import Bank of Japan¹⁰, neke poslovne banke i Japan Bank for International Cooperation (JBIC). Osnovana 1950. godine po uzoru na australsku Export Finance and Insurance Corporation (EFIC), Japan

¹⁰ Internetske stranice The Export-Import Bank of Japan i ostalih institucija spomenutih u tekstu ovog podnaslova.

Ex-Im Bank službena je državna agencija koja po svijetu ima svoje brojne ekspoziture.

Za djelatnost ove exim banke država je osigurala nužna financijska sredstva koja ona može povećati uzimajući zajmove od japanskih financijskih ustanova i od inozemnih investitora. Na svoje srednjoročne i dugoročne kredite ova exim banka obračunava kamatu od 4-7% godišnje, a po potrebi kreditorima japanskog izvoza pristaje refinancirati i do 70% vrijednosti plasiranih kredita.

Od 1930. godine japanske izvozne poslove osigurava Export-Import Insurance Division (EID). Financijski pomognut od države, EID je 1950. godine postao specijalni fond za osiguranje izvoznih poslova unutar Ministry of International Trade and Industry (MITI), a japanska vlada je putem EID/MITI postala njihov krajnji i najveći osiguravatelj. The Nippon Export and Investment Insurance (NEXI), kako je nakon 2001. godine nazvan EID/MITI, raspolaže s kapitalom od 175 milijarde USD i pokriva veliki dio rizika koji se komercijalno ne isplate osigurati (npr. opće osiguranje izvoza i prihoda od izvoza, osiguranje izvoznika od neplaćanja i deviznog rizika), refundira od 70-90% štete, te jamči uvoznicima iz inozemstva isplatu ugovorenih izvedbenih garancija japanskih izvoznika.

MITI je aktivan sudionik međuvladinih pregovora, pa je prvi u poziciji uspostaviti poslovni kontakt s inozemnom stranom i pružiti svojim izvoznicima aktualne i kvalitetne informacije. MITI je danas velika pomoć i nezaobilazni čimbenik japanskim izvoznicima.

Njemačka

Njemački je sustav kreditiranja izvoza učinkovit, s prilično liberalnim organizacijama, ustanovama i programima. U srednjoročno i dugoročno kreditiranje njemačkog izvoza uključene su savezne pokrajine, poslovne i združene banke, te štedionice i forfeteri.

Osnovan 1952. godine, AKA Ausfuhrkredit-GmbH¹¹ konzorcij je od 25 njemačkih banaka koji kreditira njemački izvoz. AKA banka raspolaže s kapitalom od 137 milijarde eura, čiji je veći dio privatni kapital. U kreditiranju njemačkog izvoza AKA banka sudjeluje sa 70% sredstava, a 30% pribavlja reeskontom mjenica kod njemačke centralne banke. Krediti AKA banke dopunskog su karaktera jer uvjetuju da u kreditnoj konstrukciji sudjeluju izvoznik i njegova poslovna banka minimalno s 10-15%, ili inozemni kupac minimalno s 15% traženih sredstava. Procjenjuje se da AKA banka danas kreditira oko 50% njemačkog izvoza kapitalnih dobara.

Nastala 1961. godine iz Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), u Njemačkoj danas djeluje KfW Bankengruppe koja je s kapitalom od oko 314 milijardi eura među 10 najvećih njemačkih banaka. Osim investicijske izgradnje njemačkog

¹¹ Internetske stranice AKA Ausfuhrkredit-GmbH i ostalih institucija spomenutih u tekstu ovog podnaslova.

gospodarstva, KfW Bankengruppe s oko 85% sredstava kreditira vlastiti izvoz, jamac je vlastitog izvoza i promotor svoje zemlje u svijetu, osobito zbog pomoći koju pruža razvoju i reformama zemalja u razvoju i zaštiti okoliša. Budući da je u vlasničkoj strukturi 80% državna banka a 20% banka saveznih pokrajina, KfW Bankengruppe uglavnom provodi državnu ekonomsku politiku.

Programom svojih garancija država jako pomaže poslovanje svojih izvoznika¹², pa tako npr. supplier kredite pokriva 85%-95% (ovisno o dužini kreditiranja, vrsti rizika i kupcu), a buyer kredite 95%-100%.

Euler Hermes Kreditversicherungs-AG svojim osiguranjem od komercijalnih i političkih rizika pokriva samo dio potreba osiguranja njemačkog izvoznog poslovanja. Dio tih potreba svojim osiguranjem od komercijalnih rizika u razvijenijim zemljama EU pokrivaju dvije privatne osiguravajuće institucije (sjedišta u Kölnu i Mainzu), koje posluju na profitnoj osnovi i nisu pod vladinim utjecajem.

Francuska

Banque Française du Commerce Extérieur (BFCE)¹³ francuska je agencija u vlasništvu države koja kreditira službeni izvoz uz povlaštenu kamatnu stopu, koordinira djelatnost izvoznika i države, te klijentima daje garancije za preuzete izvozne kredite. Potrebna financijska sredstva BFCE pribavlja prodajom vrijednosnica i pozajmicama iz državnog proračuna i od osiguravatelja.

Uz BFCE, kreditiranje na duži rok obnašaju i neke komercijalne banke koje može subvencionirati BFCE tako da im refinancira dugoročne kredite. Srednjoročne kredite im obično refinancira francuska centralna banka u iznosu od 70-90% kreditnih plasmana.

Francuskim izvoznicima BFCE pruža i niz usluga u svezi s izvozom, kao npr. upoznaje vanjskotrgovinska poduzeća s inozemnom regulativom, trgovinskim uzancama i poslovnom praksom, pribavlja im tražene informacije, pruža tehničku pomoć i razne financijske usluge, investira u razvoj vanjske trgovine, pomaže međunarodnu promociju, osposobljava izvoznike za pružanje inozemnim uvoznicima raznih usluga pri izvođenju njihovih projekata itd.

Compaigne Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur (COFACE) je francuska službena agencija za osiguranje izvoznih poslova¹⁴. Ova kompanija osnovana je 1946. godine i u vlasništvu je javnog sektora.

¹² Internetska stranica Official Export Guarantee Scheme of the Federal Republic of Germany.

¹³ Internetske stranice Banque Française du Commerce Extérieur (BFCE) i Compaigne Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur (COFACE)

¹⁴ U Francuskoj je sjedište grupe Euler Hermes S.A. Paris, najvećeg svjetskog specijaliste na području kreditnog osiguranja, čija su trgovačka društva u mnogim zemljama, kao što su to i u slučaju COFACE.

Krajem 2003. godine raspolagala je kapitalom od 12,2 milijarde eura. Svojim uslugama pokriva rizike investiranja, rasta troškova, promjene deviznog tečaja, garancija i promidžbe, te rizike poslovanja prije i poslije isporuke roba i usluga.

Kad je kupac javni sektor, COFACE osigurava supplier kredite do 90% iznosa od političkog rizika i rizika nepovoljne arbitražne odluke prije isporuke dobara, i od političkog i komercijalnog rizika poslije isporuke dobara, te buyer kredite do 95% iznosa od političkog i komercijalnog rizika poslije isporuke dobara.

Kad je kupac privatni sektor, COFACE osigurava supplier kredite do 90% iznosa od političkog rizika prije i poslije isporuke dobara i do 85% iznosa od komercijalnog rizika, te buyer kredite do 95% iznosa od političkog i komercijalnog rizika poslije isporuke dobara.

COFACE ima po svijetu ekspoziture u 57 zemalja, a urede u 92 zemlje. Prema Fitch Ratings COFACE ima AA rejting, a prema Moody's Aa3.

Velika Britanija

U V. Britaniji je Export Credits Guarantee Department (ECGD)¹⁵ službena državna agencija za izvozno kreditiranje. ECGD ima više od 80 godina iskustva u potpori izvoznicima, izvoznim projektima, bankama i kupcima. ECGD je odgovorna Ministarstvu trgovine i industrije koje joj precizno određuje razinu financijske odgovornosti, pa zato ne sudjeluje u izvoznim projektima više od maksimalno određenog rizika za pojedine grupe zemalja. Uz nepreuzimanje većih rizika kreditiranja i jamstava za kreditne obveze izvoznika, ECGD karakterizira i relativno mali profit.

Kreditiranje izvoza se u V. Britaniji provodi prema službenom državnom FREF programu (Fixed Rate Export Finance scheme). Poslovnim bankama koje kreditiraju dugoročne projekte u zemljama u razvoju FREF program omogućuje da refundiraju razliku sredstava između njihove poticajne nepromjenljive kamatne stope na izvozne kredite i one koja se na slobodnom tržištu realno može postići, te da refinanciraju do 30% izvoznih kredita u visini dospjelih anuiteta a neovisno o visini kredita.

Na području osiguranja izvoznog kreditiranja je u V. Britaniji vodeća kompanija Euler Hermes UK. Dio je Allianz Group s više od 85 godina iskustva. Svojim izvoznicima i njihovim izvoznim programima Euler Hermes UK pokriva komercijalne i političke rizike.

¹⁵ Internetske stranice Export Credits Guarantee Department (ECGD) i Euler Hermes UK

Švicarska

Iako se Švicarska konfederacija izravno ne miješa u kreditiranje vlastitog izvoza, svojim financijskim sredstvima participira u mješovitim kreditima i do 50%, kombinirajući izvozno kreditiranje i pomoć određenoj zemlji.

Srednjoročno i dugoročno kreditiranje izvoza kapitalnih objekata preuzeo je konzorcij švicarskih kantonalnih poslovnih banaka koje prikupljaju sredstva prodajom emitiranih obveznica, uz fiksnu zaradu i dospijeće od 3-8 godina. Na svoje izvozne kredite ovaj konzorcij debitoru naplaćuje za 1,75-2,25% veću kamatu od one koju konzorcij isplaćuje na prodane obveznice, a za neotplaćeni dio kredita naplaćuje 0,25% komitentske provizije.

S obzirom da na švicarskom financijskom tržištu ima dovoljno kapitala, domaće poslovne banke uglavnom ne koriste mogućnost reeskonta kreditno angažiranih sredstava kod svoje centralne banke, a značajan dio vlastitog izvoza kreditiraju buyer kreditima.

Švicarske poslovne banke pomažu vlastiti izvoz na način da:

- izvoznicima kreditiraju izvoz roba i usluga raznim kreditima, te im posreduju u akreditivnom poslovanju i u platnom prometu;
- izvoznicima uz diskont otkupljuju mjenice i financijski im premošćuju vrijeme čekanja isplate avansa od uvoznika;
- ponekad se bave forfeitiranjem; itd.

Švicarska centralna banka određuje svakoj poslovnoj banci posebno eskontni kontingent za kreditiranje izvoza.

Od 1958. godine uspostavljena je službena državna The Swiss Export Risk Guarantee scheme¹⁶, tzv. ERG program pomoći izvoznicima u poslovanju s politički i ekonomski nestabilnim zemljama. Prema ovom programu se za izvezena dobra švicarskog porijekla izvoznicima pokriva politički, transferni i komercijalni rizik od 70 do 90%, a od 1985. godine ne pokriva se i devizni rizik. Ovim se ERG programom pokriva skromnih od 3-11% ukupnog švicarskog izvoza, koji čini velikih cca 33% švicarskog BDP-a.

Austrija

Izvoz u Austriji kreditiraju institucije koje su u svijetu cijenjene zbog svoje ekspeditivnosti i fleksibilnosti.

Oesterreichische Kontrollbank AG (OeKB)¹⁷ je austrijska centralna financijska i informativna institucija izvoznog sektora gospodarstva. OeKB plasira izvozne kredite putem udruženja domicilnih poslovnih banaka uz kamatnu stopu od oko 6,25%, koja je djelomično fiksna a djelomično promjenljiva, a podmiruje se kvartalno.

¹⁶ Internetska stranica The Swiss Export Risk Guarantee scheme (ERG)

¹⁷ Internetske stranice Oesterreichische Kontrollbank AG (OeKB) i OeKB Versicherung AG

Kratkoročne izvozne kredite i refinanciranje prethodno osiguranih supplier kredita izvoznicima odobravaju dvije institucije u državnom vlasništvu. Prva je Austrijski izvozni fond, koji pomaže manjim izvoznicima, a druga je Austrijska nacionalna banka, koja pomaže većim izvoznicima.

U vlasništvu OeKB je OeKB Versicherung AG koja kratkoročne izvozne poslove osigurava brzo i povoljno. Njenim statutom određena je gornja razina osiguranja i garancija, čiji visoki nivo realizacije ukazuje na njenu dinamičnu poslovnu aktivnost. Problem mogućih gubitaka u osiguranju rješava se u Austriji smanjenjem broja polica osiguranja i nivoa osiguranja koje se preuzima, a ne porastom premija osiguranja, kao što rade neke slične agencije iz inozemstva.

Izrael

Vlastiti se izvoz u Izraelu temelji na supplier kreditima koje izvoznicima plasiraju komercijalne banke i centralna državna banka kroz sustav poslovnih banaka. U Izraelu se izvozni poslovi kreditiraju iz državnih fondova na rok od 3-5 godina, uz minimalnu moguću kamatnu stopu.

Osiguranje svojih izvoznika od komercijalnih i političkih rizika provodi Israel Foreign Trade Risks Insurance Company Ltd. (IFTRIC)¹⁸, koja ima monopolistički status, u državnom je vlasništvu i u sastavu je Ministarstva trgovine i industrije. Ministarstvo financija financijski podupire IFTRIC i određuje joj godišnji nivo financijske odgovornosti koji može preuzeti. Svojim osiguranjem IFTRIC pokriva rizike dugoročnih izvoznih poslova i rizike klijenata oko naplate vlastitih potraživanja iz inozemstva. Ukupni maksimalni iznos pokriva komercijalnih i političkih rizika iznosi 80%, a premije osiguranja variraju s obzirom na uvjete plaćanja i rizičnost zemlje-uvoznika.

Uz policu kratkoročnog osiguranja ukupnog prometa, IFTRIC nudi i sustav bankarskih i ostalih garancija. Među njima su sljedeće:

- garancija od devalvacije vlastite nacionalne valute (shekel), kojom se izvoznicima jamči pokriće gubitka nastalog radi pada realne vrijednosti shekela, uz primjenu indeksa 5 ino-valuta;
- garancija od političkih rizika, kojom se jamči naknada štete na izraelskoj imovini u inozemstvu nastaloj u slučaju konfiskacije, eksproprijacije i nacionalizacije, te nemogućnosti retransfera iz inozemstva ostvarene zarade u stranoj valuti;
- surety bond jamstvo kojim pruža podršku izvozu izraelske sofisticirane opreme koja je proizvod izraelskog know-how.

Prihodi koje ostvaruje IFTRIC ukazuju na implementaciju tržišnog principa u poslovanje te kompanije.

¹⁸ Internetska stranica Israel Foreign Trade Risks Insurance Company Ltd. (IFTRIC)

Hrvatska

RH je prihvatila međunarodna pravila o financiranju i osiguranju izvoza i svoju državnu potporu izvoznim poslovima uskladila je prema Sporazumu OECD¹⁹ i principima Bernske unije²⁰.

Da bi unaprijedio hrvatsko gospodarstvo i njegov izvoz, Sabor RH je 13. 12. 1995. godine (NN br. 108/95.) transformirao Hrvatsku kreditnu banku za obnovu (HKBO), osnovanu 1992. godine, u Hrvatsku banku za obnovu i razvitak (**HBOR**) i obvezao RH da HBOR-u osigura osnivački kapital od 3,7 milijarde kuna (oko 0,5 milijarde eura). Tada je HBOR preuzeo djelatnost financiranja i osiguranja izvoza.

Kreditni programi HBOR-a za poticanje izvoza dobara iz RH su Program kreditiranja pripreme roba za izvoz i izvoza roba, Program kreditiranja izvoza kapitalnih dobara kreditiranjem banaka/kupca u inozemstvu i Program kreditiranja dobavljača. Njihovi uvjeti ovise o godini donošenja, programu, vrijednosti i duljini izvoznog posla, bonitetu poslovne banke, rizičnosti države²¹, pismenom uvjerenju HGK o vrijednosti učešća dobara hrvatskog porijekla, ..., a krediti iz ovih programa odobravaju se temeljem zaključenog ugovora o izvozu.

Izvozno kreditiranje koje na rok duži od 2 godine vrši država treba se u RH odvijati prema prihvaćenim međunarodnim pravilima:

- krediti se otplaćuju prije ili na datum početka njihove otplate, a otplaćuje se minimalno 15% u gotovini;
- najmanja kamatna stopa za kredite s državnom potporom je CIRRR²²;
- datum početka otplate kredita ovisi o vrsti robe;
- maksimalni rokovi kredita se određuju prema zemlji uvoza²³.

Programi osiguranja izvoza kojim HBOR potiče izvoz dobara iz RH obuhvaćaju osiguranje naplate za izravne isporuke roba i usluga u inozemstvo, osiguranje izvoznih kredita, osiguranje šteta tijekom proizvodnje, te osiguranje od političkih rizika ulaganja u inozemstvo. Ovi programi omogućuju osiguranje izvoznih poslova od komercijalnih i političkih rizika, te od valutnih rizika i od

¹⁹ OECD Consensus je sporazum iz 1978. godine koji su potpisale 23 države i time prihvatile njegove osnovne principe: lojalnost konkurencije između izvoznika, ograničenje minimalnih kamatnih stopa u financiranju izvoznih poslova i ograničenje minimalnih premijskih stopa.

²⁰ Berne Union Agreement predstavlja međunarodno udruženje državnih i privatnih agencija za kreditiranje i osiguranje u više od 40 zemalja, čiji su osnovni principi u međunarodnoj razmjeni: održavanja zdrave poslovne klime i discipline u rokovima kreditiranja na kratki rok.

²¹ Po rizičnosti poslovanja HBOR redovito grupira države u 7 kategorija rizičnosti, od 1-7, od najmanje rizičnih do onih najrizičnijih zemalja u kategoriji 7 koje se ne osiguravaju.

²² Commercial Interest Reference Rate (CIRRR) je komercijalna referentna kamatna stopa koja važi od 15. u mjesecu do 14. u sljedećem mjesecu. Za 14 valuta OECD publicira CIRRR u The Arrangement on Guidelines for Officially Supported Export Credits.

²³ Rokovi otplate kredita koje je odredio HBOR su za bogate zemlje-uvoznike do 5 godina (mogu se produžiti na 8,5 godina), a za siromašne zemlje-uvoznike do 10 godina (za hidro i termoelektrane iznimno do 12 godina).

rizika tijekom proizvodnje i prije isporuke. Police osiguranja se osiguranicima isplaćuju iz namjenskog jamstvenog fonda HBOR-a.

Police osiguranja po ovim programima odobravaju se ovisno o sadržaju ugovora o izvozu, kategoriji države-uvoznika prema političkom riziku, posjedovanju uvjerenja HGK o hrvatskom porijeklu robe itd. Budući da iza ovih polica osiguranja koje se izdaju u ime i za račun RH stoji Ministarstvo financija RH, one su prvorazredni instrumenti osiguranja naplate potraživanja i dobra osnova za dobivanje povoljnih bankarskih kredita izvoznicima, osobito izvoznicima kapitalnih objekata, tj. inženjering tvrtkama i njihovoj proizvodnoj bazi (proizvođači opreme i postrojenja, građevinari i montažeri). Prve police osiguranja odobrene su 1999. godine.

Programi kojima HBOR potiče izvoz kapitalnih dobara iz RH omogućuju kreditiranje cijelog izvoznog ciklusa (pripremu i izvoz dobara, te graditeljske, montažerske i druge usluge u inozemstvu) i osiguranje od najčešćih rizika kojima su izloženi izvoznici. Svojim programima kreditiranja i osiguranja koji se odnose na izvoz kapitalnih dobara HBOR je odredio sljedeće okvirne uvjete:

- strani udio²⁴ ne smije prelaziti 40% vrijednosti posla;
- lokalni troškovi ne smiju prelaziti iznos gotovinske uplate kupca za avans i uplate po privremenim situacijama;
- krediti na rok duži od 2 godine otplaćuju se tako da 1. ratu otplate čini najmanje 15% avansa, a ostatak se otplaćuje u jednakim 6 mjesečnim ratama;
- banci/kupcu kreditira se do 85% vrijednosti ugovora o izvozu;
- na kredite s državnim potporom plaća se za 0,2% uvećani CIRR;
- osigurati se mogu supplier i buyer krediti, te faze proizvodnje;
- na HBOR se asignira Polica osiguranja.

Polovicom 2004. godine HBOR je objavio svoje **Godišnje izvješće 2003.** u kojem su, između ostalog, navedeni i podaci da, npr.:

- vlastiti kapital Banke (osnivački kapital, zadržana dobit, dobit tekuće godine) iznosi 4.099,271 milijuna kuna, a garancijski fond Banke iznosi 8,101 milijuna kuna;
- bruto kreditni portfelj banke iznosi 10.609,5 milijuna kuna;
- krediti odobreni izvozu iznose 670 milijuna kuna²⁵ ili 17,28% od ukupno odobrenih kredita (u 2002. godini iznosili su 40,01%);
- kamatne stope se kreću od 2-7%;
- garancije odobrene za avanse, garantne rokove, akreditive i kredite iznose 1.912 milijuna kuna;
- izvoz je osiguran s oko 380 milijuna kuna (prema 2002. godini to je porast od 81%), od čega su dugoročni poslovi izvoza osigurani s nešto manje od 210 milijuna kuna;

²⁴ Strani udio čine lokalni troškovi nastali u zemlji kupca i troškovi nastali u trećim zemljama.

²⁵ Ova kreditna sredstva usmjerena su uglavnom prema poticanju izvoza brodova, strojeva i kombajna.

– ostvarena je dobit u iznosu od 166,8 milijuna kuna, a sredstva će se prenijeti u pričuve Banke i reinvestirati u novi poslovni ciklus.

Od nedavno HBOR servisira svoje klijente savjetodavnim uslugama u pregovorima oko naplate potraživanja te u analizi boniteta kupca i rizika zemlje. U cilju otvaranja novih tržišta svojim izvoznicima HBOR surađuje s više inozemnih izvoznih banaka i izvozno kreditnih agencija.

U 2003. godini kreditni rejting HBOR-a je prema Moody's iznosio Baa3, a prema Standard&Poor's BBB.

4. Položaj Hrvatske u potpori izvozu kapitalnih objekata

Do kraja listopada 2004. godine inozemni dug RH povećao se za 3,8 milijarde USD i iznosio je 27,4 milijarde USD ili 77,8% procijenjenog BDP za 2004. godinu. Iako je pred kraj 2004. godine u RH registriran veći rast izvoza od uvoza, što je dovelo do usporavanja rasta inozemne zaduženosti s 9,3% na 3% i do povećane pokrivenosti uvoza izvozom sa 44,2% na 48,2%, ipak su ovi rezultati hrvatskog gospodarstva zabrinjavajući. Izlaz iz ovakve loše gospodarske situacije koju RH ima u međunarodnoj ekonomskoj razmjeni treba tražiti u jačanju konkurentnosti i boljoj organiziranosti gospodarstva, te u njegovom ubrzanom rastu i razvoju, čemu sigurno doprinosi veći izvoz, osobito tehnološki složenijih dobara i vlastitog know-how.

Iako se u RH stvara stimulirajući zakonski i makroekonomski okvir, u RH treba što prije osposobiti izvozno orijentirano gospodarstvo i odgovarajuću institucionalnu potporu izvoznoj djelatnosti i izvoznicima, osobito zbog očekivanog ulaska RH u EU.

Mada deklarirana poslovna politika HBOR-a (i RH) izvoz smatra pred-uvjetom rasta i razvoja hrvatskog gospodarstva, HBOR još uvijek nije u potpunosti fokusiran na izvoz. Razlog leži u činjenici da je HBOR nastao iz HKBO-a, pa je naslijedio i dio djelatnosti koje nisu u direktnoj svezi s izvozom (kreditiranje zapošljavanja, razvitka gospodarskih djelatnosti i poduzetništva, te obnove i razvitka infrastrukture). Zato je potrebno HBOR postupno oslobađati tih djelatnosti kako bi, s rastom i razvojem izvoznog potencijala gospodarstva RH, povećavao i svoju efikasnost.

Iako je svoje izvozne kredite do pred kraj 2004. godine HBOR povećao 465%, te premda za poticanje izvoza kapitalnih objekata HBOR nudi u svijetu uobičajene uvjete, prema izvozu kapitalnih objekata nije bilo poticaja. Najvažniji i osnovni razlog za to je loše stanje gospodarstva RH i njegova izvozna nekonkurentnost, a to je posljedica devastirane proizvodne i tehnološke infrastrukture nekad najvećih proizvođača i montažera procesnih postrojenja i opreme, te oslabljenih građevinara i inženjering tvrtki. Direktna su posljedica toga neuspjeli pokušaji naših izvoznika da izađu na tržište investicijskih radova u svijetu, mada im je za natječajne postupke na koje su se javljali HBOR uredno izdavao pisma namjere.

Jasno je da je ovom izvoznom segmentu gospodarstva RH potrebna sustavna pomoć države, pa za njegovu revitalizaciju Vlada RH treba pronaći i primijeniti optimalna rješenja. To tim više što ovaj izvozni segment gospodarstva muče osnovni problemi hrvatskog gospodarstva (opća nekonkurentnost i rasprodano bankarstvo), ali i problem nedovoljno jake i organizirane državne razvojne banke (HBOR). Dok je za rješavanje problema opće nekonkurentnosti hrvatskog gospodarstva Vlade RH ponudila provedbu nedavno usuglašenih **“55 preporuka za poboljšanje konkurentnosti Hrvatske”**, za rasprodano bankarstvo u RH zna se da je to praktički nepovratan proces. Činjenica je da barem za sada ove banke u stranom vlasništvu u RH više potiču uvoz nego investiranje u gospodarstvo i izvoz, što dovodi do slabljenja izvoza iz RH, rasta vanjsko-trgovinskog deficita RH i skromne pokrivenosti uvoza izvozom niti od 50%.

Budući da se u poticanju izvoza HBOR ne može osloniti na bankarski i osiguravateljski sektor u RH i budući da je zbog recesije, velikog broja stečajeva i problema u poslovanju i vrlo uglednih tvrtki u mnogim zemljama povećana financijska izloženost HBOR-a mogućim gubicima, osobito u posljednje vrijeme prema Njemačkoj, dobro bi rješenje za rastuće hrvatsko gospodarstvo bilo financijski i organizacijski ojačati HBOR koji bi takav mogao još bolje pratiti rastući izvoz iz RH. Financijsko bi se HBOR mogao ojačati ujedinjavanjem s bankama koje su još u državnom vlasništvu (Hrvatska poštanska banka, Croatia banka i FINA transformirana u banku), te s još nekim domicilnim bankama čiji bi većinski paket dionica otkupila država.

HBOR treba osposobiti za preuzimanje savjetodavne i informativne ulogu u servisiranju relevantnim informacijama nositelja našeg izvoza i potencijalnih stranih uvoznika, te za promoviranje u svijetu svojih izvoznih programa i izvoznika. Osposobljavanje HBOR-a za takvu djelatnost i marketinšku potporu prvenstveno ovisi o stručnoj ekipiranosti i financijskoj snazi HBOR-a, razvoju i stručnoj ekipiranosti “gospodarske diplomacije” RH i o suradnji s HGK.

5. Zaključak

Izvoz kapitalnih objekata iz RH od države zahtijeva snažniju sustavnu potporu revitalizaciji gospodarskih subjekata koji su nekad bili nositelji izvoza kapitalnih objekata i veći doprinos organiziranju, informiranju i promociji izvoza i njegovih subjekata.

Jačanje ekonomskog aspekta institucionalne potpore izvozu kapitalnih objekata zahtijeva bolju osposobljenost i organizaciju djelatnosti HBOR-a, u kojoj se treba fokusirati na izvoz, na kompletiranje palete usluga svojim korisnicima i na kvalitetu svojih zaposlenika.

Koristeći se primjenljivim znanjima i iskustvima razvijenih zemalja, HBOR se treba osposobiti da svojim korisnicima omogući bolju financijsku, promocijsku i informacijsku podršku, a uvjet za to je financijsko jačanje i marketinško osposobljavanje HBOR-a, te izvozno orijentirana državna ekonomska politika i praksa u RH.

Literatura

1. Axinn, C.N. i dr. Export marketing: International perspectives, JAI Press, London & Greenwich (Conn.), 1994.
2. Cavusgil, S. T. i dr. Advances in international marketing, JAI Press, London & Greenwich (Conn.), 1990.
3. Export Credit Financing System in OECD Member and Non-member Countries, OECD, 1995.
4. Jović, M. Međunarodni marketing, Savremena administracija, Beograd, 1990.
5. Knight, M.-Ball, J. The Guide to Export Finance, Prentice-Hall, London, 1990.
6. Knight, M. i dr. The Guide to Export Finance 1988, Euromoney Publication Plc., London, 1988.
7. Nonaka, I.-Johansson, J.K. Japanese Export Marketing: Structures, Strategies, Counter-strategies, Pergamon Press, Oxford, 1990.
8. Senečić. J. Ekonomsko-tehnička suradnja s inozemstvom, Mikrorad, Zagreb, 1993.
9. Vežjak, D. Međunarodni marketing, Savremena administracija, Beograd, 1989.
10. Internetske stranice institucija i programa spomenutih u ovom tekstu (najnovije dostupne informacije i podaci)

Summary

INSTITUTIONAL SUPPORT OF CAPITAL OBJECTS EXPORT

Successfulness in export of capital objects is a good indication of a country's capability to engage in demanding forms of international economic relations. Essential condition for successful export of this very complex product is financial, promotional and informational support that has been for years provided by specialized institutions in developed countries. Recognition and analysis of forms, holders and extents of such support in selected developed countries enables the Republic of Croatia to develop, particularly in relation to export of capital objects, an optimal support in accordance with the best comparative solutions.

Key words: *economic aspect, support of export, institutions, models and systems, export loans and securities, successful export, export promotion and information, EXIM banks and Croatian Bank for Reconstruction and Development, export orientation, development, Croatia.*

Zusammenfassung

INSTITUTIONELLE UNTERSTÜTZUNG DES EXPORTS VON KAPITALOBJEKTEN

Der Erfolg beim Export von Kapitalobjekten ist ein guter Indikator für die Fähigkeit eines Landes anspruchsvolle Formen des Wirtschaftsaustauschs mit dem Ausland zu ergreifen. Wichtige Bedingungen für eine erfolgreiche Realisierung des Exports eines so komplexen Exportprodukts ist finanzielle, promotive und informatische Unterstützung wie sie in entwickelten Ländern schon Jahre lang von ihren spezialisierten Institutionen geboten wird. Kennenlernen und Analyse von Form, Träger und Umfang solcher Unterstützung ermöglicht auch Kroatien in seinem Export, besonders von Kapitalobjekten, in Übereinstimmung mit den heute international bekannten Lösungen optimale Unterstützung zu sichern.

Schlüsselwörter: *ökonomischer Aspekt, Unterstützung des Exports, Institutionen, Modelle und Systeme, Exportkredite und Garantien, Versicherung des Exports, Promotion und Information des Exporteurs, Eximbanken und HBOR, Exportorientierung, Entwicklung, Kroatien.*

Sommario

SOSTEGNO ISTITUZIONALE ALL'ESPORTAZIONE DI CAPITALI

Il successo nell'esportazione di capitali è un buon indicatore della capacità di un paese di impegnarsi nel chiedere forme di relazioni economiche internazionali. La condizione essenziale per la positiva realizzazione dell'esportazione di questo prodotto molto complesso è il sostegno finanziario, promozionale e informativo che per anni è stato fornito nei paesi sviluppati da istituzioni specializzate. Il riconoscimento e l'analisi di forme, portatori ed estensioni di tale sostegno in paesi sviluppati selezionati consente alla Repubblica di Croazia di assicurare alla sua esportazione, particolarmente di capitali, un sostegno ottimale secondo le migliori soluzioni oggi nel mondo.

Parole chiave: *aspetto economico, sostegno all'esportazione, istituzioni, modelli e sistemi, crediti e garanzie dell'esportazione, assicurazione dell'esportazione, promozione e informazione dell'esportazione, banche export-import e Banca croata per la ricostruzione e lo sviluppo, orientamento dell'esportazione, sviluppo, Croazia.*

STATUS OF WOMEN AND TREATMENT OF GENDER-SPECIFIC VIOLENCE IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Ivana Radačić, LL.M., M. Phil.
London

UDK: 341.322.341.492.2
343.541:341.492.2
Ur.: 22. travnja 2005.
Pr.: 25. listopada 2005.
Stručni članak

Položaj žena i tretman rodno-specifičnog nasilja u međunarodnom humanitarnom i međunarodnom kaznenom pravu

Članak analizira poziciju žena i međunarodno-pravnu regulaciju rodno-specifičnog ratnog nasilja, osobito seksualnog nasilja koje je najčešća manifestacija rodno-specifičnog nasilja, u okviru međunarodnog kaznenog i humanitarnog prava kroz povijest.¹ Članak prvo ukratko opisuje pravnu regulaciju ratnog seksualnog nasilja prije uspostave dvaju ad hoc sudova - Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) i Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu (MKSR). Nakon toga, članak analizira ad hoc sudove u odnosu na tretman nasilja nad ženama i rodnu osviještenost. Članak na kraju analizira novoosnovani stalni Međunarodni kazneni sud (MKS) iz rodne perspektive, razmatrajući u kojoj mjeri rodna osjetljivost njegovih pravnih instrumenata predstavlja rekonceptualizaciju granica međunarodnog kaznenog prava. Članak završava razmatranjem položaja žena unutar današnjih granica međunarodnog kaznenog prava.

Ključne riječi: *rod, seksualno nasilje, međunarodno kazneno pravo, međunarodno humanitarno pravo, Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju, Međunarodni kazneni sud za Ruandu, Međunarodni kazneni sud.*

¹ Termin "rod" odnosi se na društveno konstruirane razlike između spolova, koje rezultiraju neravnopravnim odnosima između žena i muškaraca. Termin "spol" odnosi se na biološke razlike između žena i muškaraca. Rodno-specifično nasilje je nasilje usmjereno na žene i muškarce na osnovi spola i/ili društveno konstruiranih rodnih uloga (katkad je rodna pripadnost povezana i s drugim identitetskim odrednicama, kao što su etnička i religijska pripadnost, kao uzrok nasilja). Seksualno nasilje najčešći je izraz rodno-specifičnog nasilja nad ženama. Određeni oblici seksualnog nasilja, kao npr. prisilna trudnoća, usmjereni su samo na žene.

I. Introduction

War is omnipresent from the very beginning of the human history,² sexual violence is omnipresent in every war,³ and women⁴ are omnipresent as victims of such violence in every war.⁵ Women are raped and sexually assaulted in all forms of armed conflicts by men from all sides for all sorts of reasons. Women are raped in both international and internal conflict, regardless of the cause of conflict; by enemy, friendly forces and peacekeepers; by civilians, military and government officials. Wartime sexual violence is committed both out of and under control; systematically and randomly; with or without specific military or political purpose, as a consequence, spoil and weapon of war.

The common element of all wartime sexual violence is the exercise of power by men over women's sexual and physical integrity. As Chinkin notes, 'rape in war is not merely a matter of chance...nor is it a matter of sex...it is rather a question of power and control.'⁶ In addition, common to all wartime sexual violence are its terrifying effects on victims, exaggerated by stigmatisation of victims by their (patriarchal) communities, and the fact that until recently the perpetrators had mostly gone unpunished.

This paper will analyse the position of women and treatment of gender-specific violence – in particular sexual violence as the most frequent manifestation of gender crimes –⁷ within international criminal law. It will start by describing briefly the substantive law and enforcement mechanisms in relation to wartime sexual violence before the establishment of the *ad hoc* tribunals. It

² See R. Gabriel, *The Culture of War: Intervention and Early Development* (Westport, CT, Greenwood Press, 1990).

³ While sexual violence in the former Yugoslavia and Rwanda received unprecedented attention by the international community, sexual violence has been part of every armed conflict. For references, see K. D. Askin, *War Crimes against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunal* (The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1997) at 1, fn. 3

⁴ The term 'women' is not intended to exclude female children and infants who are also victims of sexual assault.

⁵ While both women and men can be and are sexually assaulted, the sexual violence is predominately committed against women (by men). In addition, women suffer particular after-effects of sexual violence that are not shared by men, such as pregnancy, inability to reproduce etc. It is important to stress that women are also subject to same kind of wartime violence as men: murder, physical and mental abuse, mistreatment etc.

⁶ C. Chinkin, 'Rape and Sexual Abuse of Women in International Law,' 5(3) *European Journal of International Law* (1994) 326, 326.

⁷ The notion of gender captures the ascribed, social nature of distinctions between women and men, which result in unequal power relations. Sex refers to biological differences between women and men.

Gender-specific violence is violence targeted on women and men because of their sex and/or socially constructed gender roles (sometimes gender is either depended or intersected with other factors, such as ethnicity, religious identity, political affiliation etc). Sexual violence is the most frequent manifestation of gender-specific violence. While most sexual violence can be committed against both women and men, some forms of sexual violence, such as enforced pregnancy, can be committed only against women.

will then discuss gender sensitive laws and jurisprudence of two *ad hoc* tribunals – the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (the ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (the ICTR) – assessing their contributions to the advancement of the status of women in international criminal law. The paper will lastly analyse the treatment of sexual violence and gender issues by the International Criminal Court (the ICC), assessing to which extent its laws represent any re-conceptualisation of the boundaries of international criminal law. It will conclude with an assessment of the current boundaries of the international criminal law and position of women within them.

II. Treatment of gender-specific sexual violence in international law prior to the creation of the ad hoc tribunals

A. Some citations as a way of introduction

“Man should be trained for war and women for the recreation of the warrior.”
Dr. Goebbels, Axis Leader, Europe-WWII⁸

“Can't you understand it if a soldier who has crossed thousands of kilometres through blood and fire has fun with a women or takes a trifle?”
Joseph Stalin, Allied Leader, Europe-WWII⁹

“Rape by a conqueror is compelling evidence of the conquered's status of masculine impotence... Rape by a conquering soldier destroys all remaining illusions of power and property for men of the defeated side. The body of a raped woman becomes a ceremonial battlefield, a parade ground for the victor's trooping of the colors. The act that is played out upon her is a message passed between men-vivid proof of victory for one and loss and defeat for other.”
Susan Brownmiller¹⁰

B. Substantive law

Even though wartime rape by soldiers has been prohibited by the laws of war for centuries,¹¹ before the 1990's sexual violence against women has been

⁸ Cited in S. Brownmiller, *Against Our Will, Men, Women and Rape* (New York, Bantam Books, 1975).

⁹ Cited in C. Ryan, *The Last Battle* (New York, Touchstone, 1966).

¹⁰ S. Brownmiller, *Against Our Will, Men, Women and Rape* (New York, The Ballantine Publishing Group, 1975) at 38.

¹¹ See T. Meron, 'Rape as a Crime under International Humanitarian Law', 87 *American Journal of International Law* (1993) 424.

mostly invisible or trivialised.¹² As shown by the above citations, sexual violence was seen as an inevitable consequence of war – the necessary award for the fighting men – and an important tactic of war – means of humiliating enemy men.

During the Middle Ages rape was treated as an offence against man – attack on his property. Wartime sexual violence was often encouraged and rarely prosecuted.¹³ Gradually, the property conception of rape was transformed, and rape started to be seen as an attack on honour. However, woman was still invisible in the legal definitions; it was family and man's honours that were protected.¹⁴ Thus, for example, the IV Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land in Article 46 proclaimed 'family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice must be respected.'¹⁵ This provision was thought to implicitly cover rape, as an attack on family honour, even though it was rarely interpreted as such in practice.¹⁶

Rape was for the first time explicitly prohibited by an international instrument in the 1949 IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, and after that in the two Optional Protocols to the Geneva Conventions – Protocol (I) Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts and Protocol (II) Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts of 1977.¹⁷

Geneva Convention IV has one article on rape, in which it states: 'Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, forced prostitution, or any form of indecent attack.'¹⁸ This provi-

¹² *Supra* note 2.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ R. Copelon, 'Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law', 46 *McGill Law Journal* (2000) 217.

¹⁵ Article 46 reads: 'Family honors and rights, individual lives and private property, as well as religious convictions and liberty, must be respected. Private property cannot be confiscated.' Convention Concerning the Laws and Customs of War on Land (Hague, IV), signed at the Hague, on 18 October 1907, 3 *Martens Nouveau Recueil* 461.

¹⁶ *Supra* note 10.

¹⁷ Conventions signed at Geneva on 12 August 1949 consist of following: the Convention (I) for the Amelioration of the Condition of Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, including Annex I, (75 UNTS 31); the Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of the Armed Forces at Sea, (75 UNTS 85); the Convention (III) Relative to the Treatment of the Prisoners of War, including Annexes I-V, (75 UNTS 135); and the Convention (IV) Relative to the Protection of the Civilian Persons in Time of War, including Annexes I-III, (75 UNTS 287). With the goal of modernizing, strengthening and clarifying humanitarian law, on 8 June 1977 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (1125 UNTS 3) and Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the protection of Victims of Non-International Armed Conflict were adopted (1125 UNTS 609).

¹⁸ Convention (IV) Relative to the Protection of the Civilian Persons in Time of War, including Annexes I-III, 75 UNTS 287. The provision 'protects' only women against rape and sexual violence, which is inadequate, as rape can be and is committed against men as well.

sion is almost identically reiterated in Article 76 of the Additional Protocol I.¹⁹ Protocol I contains another provision on sexual violence which, unlike article 76, explicitly prohibits sexual violence.²⁰ However, the provision treats sexual crimes as 'outrages upon personal dignity' rather than 'violence to life.'²¹ Protocol II has almost identical provision.²²

Geneva Convention IV and Additional Protocols define sexual violence as attack on honour, dignity and decency (although this time women's honour, rather than men's), rather than as attack on physical and sexual integrity. This language can be seen as reflecting the attitude of the international community about women and sexual violence at that time. Honour, decency and dignity are represented as important virtues of women which need to be especially protected (which can be seen as implying the responsibility of women for their protection), and which devaluation through sexual violence results in devaluation of women and her worth as well, and carry with it the shame and stigmatisation.

In addition, provisions of Article 27 of IV Geneva Convention and of article 76(1) of Additional Protocol I do not impose a blanket prohibition of sexual violence against women. Rather, they impose a duty on the states to protect women – who are seen as weak and helpless – against the attacks on their honour. Such attitude negates women equality with men, displaces the source of the problem from subordination of women to their 'natural weakness,' and represents the state as a well-minded protector of women, rather than as structure that tolerates (or even encourages) their subordination.

Finally, provisions on sexual violence of the Geneva Convention IV and Additional Protocols are not incorporated in Article 3 common to the Geneva

¹⁹ Paragraph 1 of Article 76 reads: 'Women shall be the *object* [emphasis added] of special respect and shall be protected in particular against rape, forced prostitution and any other form of indecent assault.'

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 1125 UNTS 3.

²⁰ Article 75(2)(b): 'The following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever, whether committed by civilian or by military agents:

- a) Violence to life, health and physical or mental well-being, in particular...
- b) Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, enforced prostitution and any form of indecent assault.' *Supra* note 15.

²¹ *Ibid.*

²² Article 4-Fundamental Guarantees: 'Without prejudice to the generality of the foregoing, the following acts against the persons referred to in paragraph I are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever:

- (a) Violence to the life, health and physical or mental well-being of persons, in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation or any form of corporal punishment...
- (e) Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault.' Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the protection of Victims of Non-International Armed Conflict, 1125 UNTS 609.

Conventions²³ and are not part of grave breach provisions.²⁴ Even though sexual violence can be read (and was read in that manner by the ICTY and ICTR jurisprudence) into some of the grave breaches provisions, like 'torture or inhuman treatment, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health,' etc., this differentiation between sexual crimes on the one hand, and other violent crimes, on the other, implies a different evaluation of the seriousness and harmfulness of the crimes predominantly committed against women and crimes predominantly committed against men, and arguably a different evaluation of the worth of women and men's lives.

Three remaining Geneva Conventions do not deal with sexual violence specifically. A few references about women are found in I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, and the III Convention Relative to the Treatment of the Prisoners of War. The Convention I only prescribes that women shall be treated with due regard to their sex, and the Convention II prescribes certain procedures to be followed in respect to women prisoners of war.²⁵ Finally, the Additional Protocol I, in Article 76, deals with the treatment of pregnant women and mothers having dependent infants who are arrested, detained or interned for reasons related to the armed conflict. It mandates urgency in dealing with their cases and prohibits the execution of death penalty against such women.²⁶ While these provisions protecting pregnant women and mothers with dependant children are not

²³ Common Article 3 of the Geneva Conventions prescribe the minimum standard of protection of victims applicable in the internal armed conflict. It has become part of a customary international law and is considered applicable in both international and internal armed conflicts.

²⁴ Grave breaches of the Geneva Convention are amongst the most egregious violations of international humanitarian law, entitling any state to punish these breaches on the basis of the universal jurisdiction (all state parties have jurisdiction to either prosecute or extradite perpetrators of grave breaches regardless of where the crime is committed). The grave breaches are listed in Article 50 of the First Geneva Convention, Article 51 of the Second Geneva Convention, Article 130 of the Third Geneva Convention, and Article 147 of the Fourth Geneva Convention. Grave breaches are also included in Additional Protocol I, Article 11(4) and Article 85, but are not mentioned in Additional Protocol II.

²⁵ Article 12 of the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field prescribes: 'Women shall be treated with all consideration due to their sex.'

Article 97 of the Geneva Convention Relative to the Prisoners of War prescribes: '...Women prisoners of war undergoing disciplinary punishment shall be confined in separate quarters from male prisoners of war and shall be under the immediate supervision of women.'

²⁶ Article 76-Protection of Women:

'2. Pregnant women and mothers having dependent infants who are arrested, detained or interned for reasons related to the armed conflict, shall have their cases considered with the utmost priority.

3. To the maximum extent feasible, the Parties to the conflict shall endeavour to avoid the pronouncement of the death penalty on pregnant women or mothers having dependent infants, for an offence related to the armed conflict. The death penalty for such offences shall not be executed on such women.' Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 199 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts.

objectionable, but rather necessary, concern with the protection of women's lives only (or mostly) when they are pregnant or when childrearing shows that women's lives are properly valued only when concerned with reproductive functions.

C. Enforcement

Prior to the establishment of the two *ad hoc* tribunals, the ICTY and the ICTR, sexual violence was largely tolerated and rarely prosecuted by military tribunals. The precedent for international prosecution of sexual violence was established in 1474 trial of Peter von Hagenbach.²⁷ Despite this precedent, the Nuremberg trial did not deal with sexual crimes.²⁸ Gender-specific sexual crimes were neither included directly within the Nuremberg Charter,²⁹ nor prosecuted under its flexible language, despite their heinous nature, widespread occurrence and abundant documentation.³⁰ Sexual violence was not included within the Tokyo Charter either.³¹ Rape was, however, included in the list of the crimes charged in the indictment, under the headings: 'inhuman treatment, ill-treatment and failure to respect family honour and rights,'³² and sexual violence was included in the IMTFE trial testimony and transcripts. However, there was little reference to sexual slavery, which was committed on an enormous scale by the Japanese.³³

²⁷ Trial of Peter von Hagenbach is the first recorded international trial. Von Hagenbach was tried before a tribunal of 28 judges from the allied states of the Holy Roman Empire for having instituted a reign of terror in the town of Braisach. He was convicted of, *inter alia*, rapes committed by his troops. However, the charges against him were 'that he had instituted terror without first declaring war. If he had declared war, his acts would be proper.' If the war had been declared, 'the rape of women in the case of cities which had refused to surrender when surrender had been demanded' would have been legal. See K.D. Askin, *War Crimes against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals*, at 29.

²⁸ Copelon see the possible reason for this omission in the fact that Allied powers also committed numerous rapes, and connects this failure to prosecute sexual crimes to the privatisation of sexual violence in patriarchal cultures. See *supra* note 13, at 222-3.

²⁹ Charter of the International Military Tribunal, Annexed to the London Agreement (Agreement for the Prosecution and Punishment of War Criminals of the European Axis, London) of 8 August 1945, 5 UNTS 251.

³⁰ This non-inclusion of sexual violence in the Charter or indictments supports the argument for explicit inclusion of sexual crimes in the legal documents, and in this respect the Rome Statute of the International Criminal Court represents a significant step forward.

³¹ Charter of the International Military Tribunal for the Far East, proclaimed at Tokyo, 19 January 1946 and amended on 26 April 1946, TIAS 1589.

³² Documents of the Tokyo Trial are reproduced in R. Pritchard and S. Zaide (eds), *The Tokyo War Crimes Trial: Complete Transcripts of the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East* (London, Taylor and Francis, 1981).

³³ *Ibid.* *Supra* note 2.

Sexual violence was also tried before the U.S. Military Commission trials in the Far East.³⁴ Rape was also included as a crime against humanity in Council Control Law 10, which was basis for the prosecution of war criminal in the Allies' zones of occupation.³⁵ This precedent was followed by the two *ad hoc* tribunals.

Even though not completely invisible, sexual violence was not appropriately redressed in the post World War II (WWII) trials. Despite the wide-spread occurrence and extensive documentation of sexual violence, sexual crimes were not listed in the tribunal's Charters, even though the Charter contained some novel crimes. When prosecuted, sexual crimes were given secondary attention. Post-WWII trials had significant influence on the development of human rights and humanitarian laws, and neglecting sexual violence in these trials resulted in neglecting these problems in the development of human rights and humanitarian laws (as shown in the previous section in relation to humanitarian law).

It took nearly 50 years after the WWII had finished before attention would be devoted to remedying violence against women, whether committed in international or internal armed conflict.³⁶ The change in the treatment of sexual violence became possible only once women started gaining access to the positions of power, which then slowly started being reflected in national and international laws.³⁷

III. Treatment of sexual violence and gender sensitiveness of the ad hoc tribunals

A. Some citations as a way of introduction - Rape as a weapon of war

This is ethnic rape as an official policy of war in a genocidal campaign for political control. That means not only a policy of the pleasure of male power

³⁴ The trial of General Tomoyuki Yamashita has been of the greatest interest. Yamashita was found guilty on the basis of command responsibility for, *inter alia*, crimes of rape. The Yamashita Case, or the 'Decision of the United States Military Commission at Manila, December 7, 1945,' is reproduced in L. Friedman (ed.), *The Law of War: A Documentary History* (Westport, CT, Greenwood Publishing Group, 1972) at 1596.

³⁵ Allied Control Council Law No. 10 *Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Humanity*, Official Gazette of the Control Council for Germany, No.3 (Berlin, 31 January 1946).

³⁶ As shown in previous section, the Geneva Conventions and Additional Protocols, which were enacted as a response to the horrific crimes of the WWII, did not properly deal with gender-specific sexual violence.

³⁷ While women made significant legal and political advances in the 20th century, these advances are still woefully inadequate. The progress has been the slowest in the areas such as domestic and sexual violence, areas that have egregiously been considered as private issues, remaining outside the boundaries of international law. Thus, outside the area of international criminal law, there have only been a handful of instruments dealing with violence against women. The most important instruments are: General Recommendation No.19 (1992) of the Committee

unleashed...not only a policy to defile, torture, humiliate, degrade, and demoralize the other side... and not only a policy of men posturing to gain advantage and ground over other men. It is specifically rape under orders. This is not rape out of control. It is rape under control. It is also rape unto death, rape as massacre, rape to kill and to make the victims wish they were dead. It is rape as an instrument of forced exile, rape to make you leave your home and never want to go back. It is rape to be seen and heard and watched and told to others: rape as spectacle. It is rape to drive a wedge through a community, to shatter a society, to destroy a people. It is rape as genocide.

Catherine MacKinnon.³⁸

As above citation show, sexual violence was such an important weapon of war in the conflicts of the former Yugoslavia and Rwanda – method of ethnic cleansing and genocide – that it could not have been simply ignored or discounted as a normal consequence of war,³⁹ even though sexual violence in Rwanda was not initially given much attention.⁴⁰ While the Statutes of the *ad hoc* tribunals had limited reference to sexual violence and were not very progressive, the tribunals eventually developed a pretty progressive jurisprudence on sexual violence, which treats sexual crimes as egregious form of violence, and recognizes that they could constitute any of the crimes for which the tribunals have jurisprudence. Apparently, significant role in securing that sexual crimes are properly prosecuted has been played by women staff members of the tribunals (as well as some men, in particular Richard Goldstone), and feminist scholars and activists.⁴¹

on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, General Assembly Declaration on the Elimination of Violence Against Women, 1993 (GA Res. 48/104) and Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women, 1994, reproduce in 33 *International Legal Materials* (1994) 1535.

³⁸ C. MacKinnon, 'Rape, Genocide and Women's Human Rights,' 17 *Harvard Women's Law Journal* (1994) 5.

³⁹ Arguably, rape in these conflicts drew broad attention more because it was a genocidal or ethnic attack than because it was an attack on women, which not by itself problematic, but may have regressive consequences. Copelon warns, 'this politicisation of rape – and its characterization as a "weapon of war" – contributed to the force of condemnation of rape... But, like all arguments that deflect attention from the essential need to recognize women as subjects, it had a potentially regressive aspect in suggesting that this use of rape was qualitatively different from traditional use of women as booty.' *Supra* note 13, at 223.

⁴⁰ Rape was essentially invisible in media and other reports on Rwandan conflict until 9 months after the genocidal campaign, when a Belgian doctor publicized that women were presenting themselves in unusual number to bear the children of rape. Even then, it was not officially documented. That was left to the initiatives of two NGOs, African Rights and Women's Project of Human Rights Watch. *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

B. *Women's participation in the tribunals*

Women serve in various high-level capacities in the two tribunals. This represents a significant advance over women's traditionally minimized role and status in international bodies, including in prior war crimes tribunals.⁴² Their role in securing that sexual violence is given proper attention has been significant. The Legal Advisor on Gender within the Prosecution department has been instrumental in securing prosecution of crimes against women,⁴³ and women judges of the two tribunals have been sensitive to the need to hear evidence of sexual crimes and to the problems of harassment and intimidation of victims and witnesses of such crimes.

For example, Judge Pillay had played a critical role in securing inclusion of the allegations of rape and sexual assault in the *Akayesu* case.⁴⁴ The evidence of sexual violence in this case did not emerge until she persisted in questioning witnesses about it. Similarly, female judges of the ICTY played a critical role in securing visibility of sexual violence before the ICTY. For example, under the tutelage of Judge McDonald and Judge Odio-Benito,⁴⁵ the ICTY adopted, as part of initial Rules of Procedure and Evidence, Rule 96 – Evidence in Cases of Sexual Assault – aimed at preventing harassment and discrimination of victims and witness of sexual assault.

Women's NGOs also played a crucial role in securing gender-sensitiveness of the tribunals by participation as *amices curiae* in the tribunals' proceedings and by vigilantly monitoring their work.⁴⁶ On the other hand, the former prosecutor of the ICTR (the current prosecutor of the ICTY), Carla Del Ponte, was heavily criticized by women's NGOs for neglecting the prosecution of gender crimes before the ICTR.⁴⁷

⁴² However, the fair representation of sexes is not mandated in the Statute. Although Secretary-General recommended in his 1993 Report (U.N. Doc. S/25704) the employment of qualified women as staff, the only reference in the Statutes to the fair representation of both sexes is found in relation to the appointment of the *ad litem* judges (Article 13 *ter* of the ICTY Statute and Article 12 *ter* of the ICTR Statute). The reference to the employment of qualified women is found in the Rule 34(B) of the Rules of Procedure and Evidence of both tribunals with the respect to appointment to the Victims and Witnesses Section. Documents are available at www.un.org/icty and www.icttr.org.

⁴³ The position was instituted in 1995 by then Chief Prosecutor Richard Goldstone. Patricia Visseurs-Seller was first appointed to the position.

⁴⁴ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Trial Chamber Judgement, 2 September 1998.

⁴⁵ Judge Gabrielle Kirk McDonald (US) and Judge Elizabeth Odio-Benito (Costa Rica) were the first female judges of the ICTY.

⁴⁶ *Supra* note 13.

⁴⁷ See, Coalition for Women's Human Rights in Conflict Situations, *Letter to Prosecutor Carla Del Ponte, International Criminal Tribunal for Rwanda*, Montreal, March 12, 2003, available at <http://www.ichrdd.ca/frame2.iphtml?langue=0>.

C. *Jurisdictional provisions and jurisprudence on sexual violence*

In relation to sexual violence, the ICTY Statute explicitly mentions only rape and places it under 'crimes against humanity' provision.⁴⁸ No other form of sexual violence is explicitly mentioned and rape is not listed as a war crime or any other crime for which the tribunal has jurisdiction.⁴⁹ The ICTR Statute also lists rape as crime against humanity.⁵⁰ In addition, it lists 'rape, enforced prostitution and any form of indecent assault' as violations of Article 3 Common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II (Article 5), under the heading 'outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment.'⁵¹

While this could have meant that rape would be only charged as a crime against humanity – when it reaches the onerous elements of crimes against humanity,⁵² or (and) before ICTR Statute as war crime in form of outrage upon personal dignity; sexual violence was charged and tried under other

⁴⁸ Article 5-Crimes against humanity

'The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population:

(g) rape.'

See the ICTY Statute available at <http://www.un.org/icty/legaldoc/index.htm>.

⁴⁹ The ICTY has jurisdiction over grave breaches of the Geneva Conventions of 1949 (Article 2 of the Statute); violations of laws or customs of war (Article 3), genocide (Article 4) and crimes against humanity (Article 5). See the ICTY Statute available at <http://www.un.org/icty/legaldoc/index.htm>.

⁵⁰ The ICTR has jurisdiction over genocide (Article 2 of the Statute), crimes against humanity (article 3) and violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II (Article 5). The relevant part of Article 3 reads: The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds: g) rape. See the ICTR Statute available at <http://www.ict.org/ENGLISH/basicdocs/statute.html>.

⁵¹ Article 4 reads:

'The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8 June 1977. These violations shall include, but shall not be limited to:

(a) Violence to life, health and physical or mental well-being of persons, in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation or any form of corporal punishment;

(e) Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault.'

⁵² Unlike war crimes, crimes against humanity require that crime be committed on either widespread or systematic basis (conditions which are often difficult to establish in the case of sexual violence). For the discussion of the elements of crime see Human Rights Watch, *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: Topical Digests of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, available at <http://hrw.org/reports/2004/ij/>.

jurisdictional headings as well, on its own and as constituent part of other crimes.⁵³

i) Sexual violence as war crime

Sexual violence was charged as a war crime before both the tribunals. Before the ICTY sexual violence was charged both as a grave breach of the Geneva Conventions, (separately and as a form of torture, inhuman treatment and wilfully causing great suffering or serious injury to body or health) and violations of laws and customs of war (separately and as torture, cruel treatment, and outrages upon personal dignity – humiliating and degrading treatment). Of particular significance is conceptualisation of rape and other forms of sexual violence as torture by the two tribunals.⁵⁴ *Kunarac* Appeal Chamber Judgment is particularly progressive; it recognizes that rape always satisfies the element of ‘severe pain or suffering,’⁵⁵ and deletes the element that requires the involvement of official from the definition of torture.⁵⁶

ii) Sexual violence as genocide

Both tribunals recognize that sexual violence can constitute genocidal acts. *Krstić* Trial Chamber Judgment⁵⁷ recognized that sexual violence can constitute the ‘inflicting serious bodily injury’ genocidal act, and *Karadžić*

⁵³ Initially, there was some reluctance to afford sexual crimes seriousness they deserve. Thus, in the first papers filed by the ICTY prosecution-the motion for deferral of the *Tadić* prosecution from the German court to the ICTY-the responsible prosecutors filled an affidavit that treated rape of women in Omarska as a background matter, while focusing on the beatings of male prisoners. When *Amicus Curriae* Brief was submitted by R. Copelon, F. Gaer and J. Green, Judge Ms. Odio-Benito questioned the lack of sexual violence charges and the sexual violence was eventually included in the indictment. *Supra* note 13 at 229.

⁵⁴ See for example *Prosecutor v. Mucić et al.*, IT-96-21, Trial Chamber Judgement, 16 November, 1998, para. 494-495. See also *Prosecuto v. Kvočka et al.*, IT-98-3-I, Trial Chamber Judgment, 2 November 2001, para. 145, and *Prosecutor v. Akayesu* ICTR-96-4, Trial Chamber Judgment, 2 September 1998, paras. 597 and 687.

⁵⁵ The defendant argued that severe mental or physical suffering of a victim of rape has to be established in each case, and that in case of his victims severe suffering could not be established. *Prosecutor v. Kunarac, Kovač and Vuković*, IT-96-23 and IT-96-23/I, Appeal Chamber Judgment, 12 June 2002, para 150.

⁵⁶ *Prosecutor v. Kunarac, Kovač and Voković*, Appeals Chamber Judgment, 12 June 2002, para. 149-151: ‘[S]ome acts establish *per se* the suffering of those upon whom they were inflicted. Rape is... such an act.... Sexual violence necessarily gives rise to severe pain or suffering, whether physical or mental, and in this way justifies its characterisation as an act of torture. Severe pain or suffering, as required by the definition of the crime of torture, can thus be said to be established once rape has been proved, since the act of rape necessarily implies such pain or suffering.’

⁵⁷ *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33, Trial Chamber Judgment, 2 August 2001, para. 513: ‘[I]nhuman treatment, torture, rape, sexual abuse and deportation are among the acts which may cause serious bodily or mental injury.’

and *Mladić* Rule 61 decision saw sexual assaults as a method of ethnic cleansing.⁵⁸

The most important decisions on sexual assault as instrument of genocide were delivered by the ICTR. *Akayesu* Trial Chamber Judgment represented a landmark; it was the first international conviction for genocide, and it included sexual violence as constitutive acts of genocide.⁵⁹ Sexual violence was seen as constituting genocidal acts by other ICTR decisions as well, such as *Prosecutor v. Kayishema* and *Ruzindana*.⁶⁰

iii) *Sexual violence as crime against humanity*

Sexual violence was also charged as crime against humanity (rape, enslavement, torture, other inhumane acts). *Kunarac* Appeal Chamber Judgment saw sex, prostitution and human trafficking as indications of enslavement, and ruled that lack of consent was not an element of crime.⁶¹ *Kunarac* judgment also re-defined rape; it excluded elements of force and resistance from its definition.⁶² Objective elements of rape were defined in *Furundžija* Trial Chamber Judgment as: “the sexual penetration, however slight: of (a) the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; by coercion or force or threat of force against the victim or a third person.”⁶³ *Kunarac* deleted the requirement of force and resistance, believing that such approach was too restrictive. It re-defined rape as “sexual penetration, [which] occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim’s free will, assessed in the context of the surrounding circumstances.”⁶⁴

The ICTR initially took a different approach – it preferred wide definition to a ‘mechanical description’ of rape. In *Akayesu*, Trial Chamber defined rape

⁵⁸ *Prosecutor v. Karadžić and Mladić* IT-95-5-R61 and IT-95-18-R61, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61, 11 July 1996, para 64.

⁵⁹ *Prosecutor v. Akayesu*, Trial Chamber Judgment, 2 September 1998, para. 731: ‘These rapes resulted in physical and psychological destruction of Tutsi women, their families and their communities. Sexual violence was an integral part of the process of destruction, specifically targeting Tutsi women and specifically contributing to their destruction and to the destruction of the Tutsi group as a whole.’

⁶⁰ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-I, Trial Chamber Judgment, 21 May 1999, paras. 115-116. *Rutaganda*, ICTR-96-3, Trial Chamber Judgment, 6 December 6, 1999, para. 51.

⁶¹ *Prosecutor v. Kunarac, Kovač and Vuković*, Appeals Chamber Judgment, 12 June 2002, para. 120: The ‘lack of resistance or the absence of a clear and constant lack of consent during the entire time of the detention’ cannot be interpreted as a sign of consent. Lack of consent is not an element of the crime of enslavement.’

⁶² *Ibid* at 127-132.

⁶³ *Prosecutor v. Furundžija* IT-95-17, Trial Chamber Judgment, 10/12/1998, para 185.

⁶⁴ *Supra* note 60, para 127.

widely as 'a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive.'⁶⁵ *Musema* Trial Chamber Judgment added, 'variations on the acts of rape may include acts which involve the insertions of objects and/or the use of bodily orifices not considered to be intrinsically sexual.'⁶⁶ However, *Semanza* Trial Chamber Judgment adopted *Kunarac* Appeal Chamber's definition.⁶⁷ *Akayesu* also gave a wide definition of sexual violence: 'Sexual violence is not limited to physical invasion of the human body and may include acts which do not involve penetration or even physical contact.'⁶⁸

D. Rules of Procedure and Evidence

Equally important as the substantive laws in prosecuting gender-specific crimes are the procedural and evidentiary rules, which *inter alia* provide for the treatment of victims and witnesses of such violence.⁶⁹ The tribunals can only achieve their goals of rectifying injustice and contributing to peace and reconciliation if they render justice to individual victims and contribute to their healing. To achieve this, it is necessary to provide victims with a voice, secure them compensation, and give them support and protection they need.

The two tribunals recognize the victim only as an auxiliary to its processes – they do not provide victims with the right to participate in the proceedings in their own right, and do not secure compensation for the victims.⁷⁰ And this lack of restorative elements is, in my opinion, their most significant limitation. The tribunals do, however, recognize the need for the protection of victims and witnesses and for minimizing the trauma of testifying, especially in cases of

⁶⁵ In relation to the element of coercion, Trial Chamber held, '[C]oercive circumstances need not be evidenced by a show of physical force. Threats, intimidation, extortion and other forms of duress which prey on fear or desperation may constitute coercion, and coercion may be inherent in certain circumstances.' *Prosecutor v. Akayesu* ICTR-96-4, Trial Chamber Judgment, 2 September 1998, para. 596-598, 686-688.

⁶⁶ *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13, Trial Chamber Judgment, 27 January 2000, para. 220-221, 226.

⁶⁷ *Prosecutor v. Semanza*, ICTR-97-20, Trial Chamber Judgment, 15 May 2003, para. 344-345.

⁶⁸ *Prosecutor v. Akayesu* ICTR-96-4, Trial Chamber Judgment, 2 September 1998, para. 688.

⁶⁹ See for example, J. Green, R. Copelon, P. Cotter and B. Stephens, 'Affecting the Rules for the Prosecution of Rape and Other Gender-Based Violence Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Feminist Proposal and Critique,' *5 Hasting Women's Law Journal* (1994) 171.

⁷⁰ In certain circumstance the tribunals can order return of the property or the proceeds acquired by criminal conduct to the rightful owner. See Article 24(3) of the ICTY Statute and 23(3) of the ICTR Statute. See also Rule 105 of the ICTY Rules and 105 of the Rule ICTR Rules. The tribunals can also transmit their judgments to the relevant national authorities for the purposes of compensation proceedings. See Rule 106 of the ICTY Rules and Rule 106 of the ICTR Rules.

sexual violence.⁷¹ In cases of sexual assault, victims face not only possible retaliation by the perpetrators, but also stigmatisation and rejection by their communities. In addition, testifying in cases of sexual assault is a stressful and traumatic experience. Therefore, for the successful prosecution of sexual violence witness protection and minimization of court-related trauma is essential.

This is acknowledged in the Statutes of the ICTY and the ICTR and a number of rules of the Rules of Procedure and Evidence of the tribunals. In addition, Victim and Witness Units were created within Registries of both tribunals for facilitating the task of protecting victims and witnesses and for providing them support.⁷²

The measures of protection are mainly limited to the protection of witnesses during proceedings, and this is another of its limitations. Measures can be categorized as those aimed at protecting anonymity of victims and witnesses (non-disclosure of identity);⁷³ those aimed at protecting their confidentiality (measures to prevent disclosure to the public or media of the identity or whereabouts of the victim, closed sessions); and those aimed at preventing further traumatization of victims and witnesses (appropriate measures to facilitate the testimony of vulnerable victims such as closed circuit TV).⁷⁴ Some rules of evidence are also aimed at preventing harassment of the victims and witnesses, and there is a specific evidentiary rule in the cases of sexual violence, aimed at remedying historic problems that victims of sexual violence encounter in testifying before the courts.⁷⁵

IV. The International Criminal Court and Gender Issues

The ICC Statute (the Rome Statute) is the first international treaty to explicitly recognize a wide range of acts of sexual and gender violence as among

⁷¹ Article 23(3) of the ICTY Statute and 23(3) of the ICTR Statute reads: 'In addition to imprisonment, the Trial Chambers may order the return of any property and proceeds acquired by criminal conduct, including by means of duress, to their rightful owners.' This is detailed in Rule 105 of the Rules of the Procedure and Evidence of the ICTY and Rule 105 of the ICTR Rules of Procedure and Evidence.

⁷² The establishment of the Unit is provided in ICTY Rule 34 and ICTR Rule 34.

⁷³ The question whether to allow anonymous witness to testify before the tribunal was discussed in *Tadić, Delalić and Blaškić*. Only in *Tadić* case the Trial Chamber granted complete anonymity for a witness during a trial. See *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, *Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Measures for Victims and Witnesses*, 10 August 1995; *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-T, *Decision on the application of the Prosecutor dated 17 October 1996 requesting protective measures for victims and witnesses*, 5 November 1996; *Prosecutor v. Delalić et al*, IT-96-21-T, *Decision on the Motion by the Prosecutor for protective measures for the protection of witness pseudonymed "B" through "M,"* 28 April 1997.

⁷⁴ See Rule 69 of the ICTY Rules and the ICTR Rules, and Rule 75 of the ICTY Rules and the ICTR Rules.

⁷⁵ See Rule 75(c) of the ICTY Rules and ICTR Rules; and Rule 96 of the ICTY Rules and ICTR Rules.

the most serious crimes under international law. It is also one of the only two treaties establishing international courts to require fair representation of both sexes in the court's organs.⁷⁶ Finally, the Court is the first international criminal tribunal to provide for the participation of victims in its proceedings and for compensation to the victims. These characteristics make the ICC the historic achievement.

There are three types of gender-specific provisions in the ICC Statute: the provisions explicitly recognizing a broad spectrum of gender and sexual violence; procedural provisions for the proper investigation and prosecution of gender-specific violence; and structural provisions ensuring the participation of women and experts in violence against women in various organs of the Court.⁷⁷

A. Gender-sensitive provisions of substantive law

The first category of gender-sensitive provisions is found in Part 2 of the Rome Statute dealing with the definitions of crimes within the Court's jurisdiction.⁷⁸ Gender-specific sexual crimes are listed in a separate paragraph under crimes against humanity and war crimes (both, under subheading of war crimes applicable in international armed conflict, and under subheading of war crimes applicable in internal conflict). The enumerated crimes are: rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization and other forms of sexual violence of comparable gravity.⁷⁹ They are defined in detail in the Elements of Crimes. Explicitly enlisting these crimes among the most serious crimes under international law represents a significant step forward in treatment of gender-specific violence. Sexual slavery and forced pregnancy are for the first time explicitly criminalized under the Rome Statute.

In addition to specific sexual crimes provisions, a gender component is present in definition of persecution and enslavement (both crimes against humanity), which is another great achievement of the Rome Conference.⁸⁰ The definition of persecution includes gender as one of the prohibited grounds for the first time in history, finally acknowledging the seriousness and prevalence of gender-based persecution. Definition of enslavement incorporates a reference to trafficking of women and children.

⁷⁶ The other is Protocol to the African Charter of Human and People's Rights on the Establishment of the African Court of Human and People's Rights, 1998. OFU Foc. AU/LEG/MIN/AFRCHR/PROT.1/ Rev. 2

⁷⁷ Statute of the ICC, (U.N. Doc. A/CONF.183/9, 1998), Elements of Crimes (PCNICC/2000/1/Add.2, 2000) and Rules of Procedure and Evidence (PCNICC/2000/1/Add.1, 2000) are available at www.icc-cpi.int

⁷⁸ The Court has jurisdiction over genocide, crimes against humanity and war crimes. See ICC Statute.

⁷⁹ See article 7(g) and 8(b)(xxii) and 8(e)(vi) of the ICC Statute.

⁸⁰ Article 7(1)(h) and 7(2)(c) of the Statute.

Other important gender-sensitive provision is found in Article 21(3) which deals with sources of law that Court may apply. Article provides that the application and interpretation of law must be consistent with internationally recognized human rights and must be without any adverse distinction on founded on gender, among other grounds.⁸¹ This provides a constitutional-type guarantee of rights to all participants in the Court's proceedings. Gender is defined in Article 7(3) 'as refer[ring] to two sexes, male and female, in the context of society.'

B. Gender sensitive procedural provisions

The second category of gender-sensitive provisions is found in Parts 5 and 6 of the ICC Statute, which deal with investigation, prosecution and trial phases, and in Chapters 2-5 of the Rules of Procedure and Evidence. These provisions are concerned with evidence, victims and witness protection, their participation in the proceedings and their reparation. The Statute and the Rules of Procedure and Evidence prescribe a comprehensive system of victims and witness protection, and this is another positive characteristic of the Court.

Many provisions of the Statute mandate organs of the Court to respect the interests of the victims and witnesses, taking account of their personal characteristics and nature of the crime, in exercising their duties. Articles 68 and 73 are the most important articles in respect to victims and witnesses. Article 68 provides for their protection and for their participation in the proceedings,⁸² and Article 73 provides for compensation.

With respect to the protection of victims and witnesses, article 68 in the first paragraph states that protection relates to safety, physical and mental well-being, dignity and privacy of the victims and witnesses, and in the second paragraph gives the examples of the protective measures – conducting part of the proceedings *in camera* or the use of electronic or other special means.⁸³ With respect to victims' participation in the proceedings, Article 68(3) states the general rule on permitting the victims to presents their views whenever their interests are in question.

These provisions are detailed in the third part of the Fourth Chapter of the Rules of Procedure and Evidence. The measures of protection are placed in two

⁸¹ This provision will allow judges to refer to international human rights instruments that afford protection to women, such as CEDAW, the Vienna Declaration and Programme of action, and the Beijing Declaration and Platform of Action, when interpreting the Statute. It also rules out any reference to national laws that are inconsistent with international human rights standards.

⁸² The legal foundation of the rights of victims to participate in the proceedings is found in Article 6(b) of the UN Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crimes and Abuse of Powers.

⁸³ Article prescribes that such measures, having regard to all circumstances, shall be implemented in the case of a victim of sexual violence or a child who is a victim or a witness, unless otherwise ordered by the court. See Article 68(2) of the Statute.

categories in respect to which different procedures are prescribed: protective measures (aimed at the protection of identity and whereabouts of the victims and witnesses from the public and media)⁸⁴ and special measures (aimed at facilitating the testimony of the testimony of vulnerable victims and witnesses).⁸⁵ With regard to victims' participation, Rules 89-93 prescribe the application procedure, ways of participation, legal representation of victims,⁸⁶ notification of victims etc.

In relation to reparation, Article 75 states that Court may order reparation, including restitution, rehabilitation and compensation, to the victims, directly against the perpetrator or through the Trust Fund, and gives basic guidelines on the procedure. This provision is regulated in Rules 94-99 of the Rules of Procedure and Evidence. To facilitate its tasks in relation to victims and witnesses, the Court established Victims Trust Fund, the Victim and Witnesses Unit and Victims' Participation and Reparation Unit.

The provisions on participation of victims in the proceedings and their reparation represents a historic achievement. The Court made a significant progress in moving from purely retributive justice to new dimensions of restorative justice, which may play an important role in healing of victims and restoration of conflict communities.

C. *Gender-sensitive structural provisions*

The last category of gender provisions is found in the structural provisions, which mandate the employment of women and experts on issues of gender and sexual violence within the Court's organs. Article 36 which deals with qualification, nomination and election of judges in paragraph 8(a) requests the State Parties to take into account the need for a 'fair representation of female and male judges' in selection of judges, in addition to the need for 'the representation of the principal legal systems of the world and equitable geographical representation.' Article also, in paragraph 8(b), requests the State Parties to take account of the need of including judges with legal expertise on specific issues, including the issues of violence against women and children. These provisions are applicable *mutatis mutandis* in the employment of staff in the Registry and the Office of the Prosecutor.⁸⁷ In addition, the Statute in

⁸⁴ Rule 87 of the Rules of Procedure and Evidence. It seems that complete anonymity of a witness during trial is not allowed. See Article 68(5) of the Statute.

⁸⁵ Rule 88 of the Rules of Procedure and Evidence.

⁸⁶ Where there are a number of victims, the Chamber may, for the purposes of ensuring the effectiveness of the proceedings, request the victims or particular groups of victims, if necessary with the assistance of the Registry, to choose a common legal representative or representatives. The victims lacking necessary means to do so may be helped financially by the Registry. See Rule 90 of the Rules of Procedure and Evidence.

⁸⁷ Article 44(2) of the Statute.

Article 42(9) prescribes the appointment of advisers with legal expertise in specific areas, including sexual and gender violence. Finally, Article 43(6) prescribes the employment of experts in trauma, including trauma related to sexual violence, in the Victim and Witnesses Unit.

In addition to the African Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Establishment of the African Court of Human and People's Rights,⁸⁸ the ICC Statute is the only legal instrument creating a Court which requires fair representation of sexes in the organs of the Court, and the only one requiring the employment of experts in gender and sexual violence. As such, the Court represents a significant step forward.

On the other hand, term 'fair representation' represents a step back from the commonly accepted term of 'gender balance' found in the Beijing Platform for Action and other UN documents.⁸⁹ Moreover, it is a weaker term than the requirement of 'equitable geographical representation.' Still, the election of 7 women out of 18 judges of the ICC represents a significant development.⁹⁰

V. Conclusion: Are women finally within the boundaries of international law? If so, is this a success?

Prior to the establishment of the two *ad hoc* tribunals, women and their traumatising war experiences have mostly been invisible in international criminal law. With the establishment of the two tribunals, and in particular with the creation of the ICC, the boundaries of international criminal law have started to open for women. However, the boundaries have been open to the extent that doesn't challenge too much the existing social relations between the sexes.

Women are recognized in international criminal law primarily as victims (who did not have a right to participate in their own right in the proceedings until the establishment of the ICC). Women's potential as agents of change and participants in the creation and re-conceptualization of international criminal law is recognized to a very limited extent, and only in the provisions of the ICC Statute that mandate representation of women in the Court's organs. Even as victims, women are recognized only to a limited extent; as victims of the most serious forms of systematic wartime sexual violence. Neither opportunistic wartime sexual violence against women nor violence and subordination of women in the peacetime are recognized in the jurisprudence or laws of

⁸⁸ *Supra* note 74.

⁸⁹ Beijing Declaration and Platform for Action, U.N. Doc. A/CONF. 177/20 (1995).

⁹⁰ Female judges are: Elizabeth Odio Benito (Costa Rica), Maureen Harding Clark (Ireland), Fatoumata Dembele Diarra (Mali), Sylvia Steiner (Brazil), Navanethem Pillay (South Africa), Akua Kuenyehia (Ghana), Anita Usacka (Latvia).

international criminal law,⁹¹ which shows that subordination of women still remains accepted or at least tolerated.

All this show that by opening its borders to women, international criminal law hasn't been transformed to a system that reflects and values equally the experiences, values and contributions of both sexes. As Chesterman notes, women victimising war experiences are '[n]ecessarily translated into the masculine discourse of law and into the masculine discourse of *order through law*.'⁹² This is not surprising, as law to a great extent reflects current social norms and values.

However, as Chesterman concludes, "Absent a reconceptualization of masculinity and femininity in war, and of the ways in which such constructions affirm and legitimate 'normal domestic' relations, efforts to open up the discourse of international criminal law to women's experiences in war will be piecemeal and threatened by tokenism."⁹³ Even though law alone is not an omnipotent agent of such reconceptualization, and is inter-dependent with social progress on other levels, law does represent a significant instrument of change that can influence creation of new social values and norms. In the same manner, jurisprudence of the two tribunals and the ICC laws and regulations, despite stated critiques and limitations (and a need to act on all social levels) represent an important step toward such a reconceptualization.

⁹¹ Arab and Muslim states in particular were against inclusion in the Rome Statute of any of the crimes that could include some peace-time practices of subordination and discrimination against women. However, the Statute includes persecution on the bases of gender and this provision could be used potentially to challenge some existing practices of subordination of women.

⁹² Simone Chesterman, 'Never Again...An Again: Law, Order and Gender of War Crimes in Bosnia and Above,' 22 *Yale Journal of International Law* (1997) 229, at 333.

⁹³ *Ibid* at 340.

Summary

STATUS OF WOMEN AND TREATMENT OF GENDER-SPECIFIC VIOLENCE IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

This paper analyses the position of women and treatment of gender-specific violence (in particular sexual violence as the most frequent manifestation of gender crimes) within international criminal law. It starts by describing briefly the substantive law and enforcement mechanisms in relation to wartime sexual violence before the establishment of the *ad hoc* tribunals (the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda). It then discusses gender sensitive laws and jurisprudence of two *ad hoc* tribunals, assessing their contributions to the advancement of the status of women in international criminal law. The paper lastly analyses the treatment of sexual violence and gender issues by the International Criminal Court assessing to which extent its laws represent any re-conceptualisation of the boundaries of international criminal law. It concludes with an assessment of the current boundaries of the international criminal law and position of women within them.

Key words: *gender, sexual violence, international criminal law, international humanitarian law, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, International Criminal Tribunal for Rwanda, International Criminal Court.*

Zusammenfassung

STATUS DER FRAU UND BEHANDLUNG GESCHLECHTSSPEZIFISCHER GEWALT IM INTERNATIONALEN HUMANITÄREN RECHT UND IM INTERNATIONALEN STRAFRECHT

Der Artikel analysiert im Rahmen des internationalen (und humanitären) Rechts die Stellung der Frau und die völkerrechtliche Regelung geschlechtsspezifischer Gewalt im Krieg, besonders sexueller Gewalttaten, (in der sich geschlechtsspezifische Gewalt am häufigsten manifestiert) im Verlaufe der Geschichte. Im Artikel wird kurz die rechtliche Regelung der sexuellen Gewalt im Krieg vor der Einrichtung zweier *ad hoc* Gerichte - des Internationalen Strafgerichts für das ehemalige Jugoslawien (MKSJ) und des Internationalen Strafgerichts für Ruanda (MKSJR) analysiert. Danach werden die *ad hoc* Gerichte hinsichtlich ihrer Behandlung der Gewalttaten an Frauen und ihrer

Geschlechterbewusstheit betrachtet. Anschließend wird der neu gegründete Internationale Gerichtshof (MKS) aus der Geschlechterperspektive analysiert, indem festgestellt wird in welchem Maße die Geschlechterbewusstheit seiner Rechtsinstrumente eine Rekonzeptualisierung der Grenzen des internationalen Strafrechts bedeutet. Der Artikel endet mit der Betrachtung der Stellung der Frau innerhalb der heutigen Grenzen des internationalen Strafrechts.

Schlüsselwörter: *Geschlecht, sexueller Gewalt, internationale Strafrecht, internationale humanitäre Recht, Internationale Strafgericht für ehemalige Jugoslawien, Internationale Strafgericht für Ruanda, Internationale Gerichtshof.*

Sommario

POSIZIONE DELLE DONNE E TRATTAMENTO DELLA VIOLENZA DI GENERE NEL DIRITTO UMANITARIO INTERNAZIONALE E PENALE INTERNAZIONALE

L'articolo analizza la posizione delle donne e la regolazione della violenza bellica di genere, in particolare la violenza sessuale come la più frequente manifestazione di violenza di genere, attraverso la storia nel diritto penale e umanitario internazionale. L'articolo inizia con la breve descrizione del diritto regolativo della violenza sessuale bellica prima della costituzione dei due tribunali *ad hoc* – il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia (TPIJ) e il Tribunale penale internazionale per il Rwanda (TPIR). Dopo ciò l'articolo analizza le norme e la giurisprudenza sensibile al genere dei due tribunali *ad hoc* per i contributi al miglioramento del trattamento delle donne nel diritto penale internazionale. L'articolo analizza infine i nuovi lineamenti della Corte penale internazionale permanente (CPI) nella prospettiva di genere, valutando in che misura le sue norme rappresentano la riconcettualizzazione dei confini del diritto penale internazionale. L'articolo chiude con la valutazione della posizione delle donne all'interno dei confini attuali del diritto penale internazionale.

Parole chiave: *genere, violenza sessuale, diritto penale internazionale, diritto umanitario internazionale, Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, Tribunale penale internazionale per il Rwanda, Corte penale internazionale.*

KAZALIŠNA DJELA KAO AUTORSKA DJELA

Dragan Zlatović, dipl. iur.
Ravnatelj Šibenskog kazališta
Šibenik

UDK: 347.786
Ur.: 20. rujna 2005.
Pr.: 30. studenog 2005.
Stručni članak

Rad je posvećen razmatranju nekih od kategorija autorskih djela, i to onih djela koja možemo skupno nazvati kazališna autorska djela. Riječ je o dramskim i dramsko-glazbenim djelima, odnosno koreografskim i pantomimskim djelima. Ova djela povezuje način njihova priopćavanja javnosti. Usporednopravni prikaz rješenja u drugim nacionalnim zakonodavstvima daje sliku stanja na ovom području, koja je posebice specifična i različita kad je u pitanju zakonsko uređenje koreografskih djela. Nadalje se u radu ispituje stanje u našem autorskom pravu nakon donošenja novog hrvatskog Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima iz 2003. godine. Zaključno se doktrinarno izvodi pojam kazališnih autorskih djela, uz raščlambu srodnih, ali istodobno heterogenih kategorija autorskih djela. Pod kazališnim djelima smatraju se, dakle, ona autorska djela koja su namijenjena scenskom prikazivanju posredstvom jednog ili više umjetnika izvođača.

Ključne riječi: *dramsko djelo, dramsko-glazbeno djelo, koreografsko djelo, pantomimsko djelo, kazališno djelo, autorsko djelo, autorsko pravo.*

1. Uvod

U ovom radu razmatraju se dramska i dramsko-glazbena odnosno koreografska i pantomimska djela u okviru autorskih scenskih kazališnih djela (njem. *Bühnenwerk*), kako ih uređuje novi hrvatski Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima (Narodne novine, br. 167/03., u daljnjem tekstu: ZAPSP), kao i međunarodna i inozemna rješenja na ovom području.

Iako se radi o srodnim djelima, ipak su ona u svojoj biti različita. Jedini zajednički nazivnik ovim kategorijama djela jest to što je način njihovog priopćavanja javnosti kazališno odnosno scensko predstavljanje.¹ Pojam kazališna autorska djela nije u načelu zakonski pojam, njega ne nalazimo ni u međunarodnim konvencijama s područja autorskog prava ni u modernim nacionalnim zakonskim tekstovima. Dakle, ne radi se o posebnoj kategoriji autorskih djela, nego o doktrinarnom pojmu² koji obuhvaća srodne, ali istodobno heterogene kategorije autorskih djela. Tako je dramsko djelo u načelu književno djelo (npr. Brešanov "Hamlet u selu Mrduša Donja"), dramsko-glazbeno djelo spoj je književnog djela (libreto) i glazbenog djela, dok su koreografska i pantomimska djela autorska djela kojih je sredstvo izražavanja intelektualnog sadržaja tjelesni pokret u prostoru.³

Pod kazališnim djelima smatraju se, dakle, ona autorska djela koja su namijenjena scenskom izvođenju (prikazivanju) posredstvom jednog ili više umjetnika izvođača.⁴ Radnja kazališnog djela izvodi se neposredno pred publikom, na sceni, na kazališnoj pozornici.⁵ U kazališnom djelu sredstvo izražavanja različito je: riječ, govor, glazba, lutka, pokret i igra, samostalno ili u kombinaciji.

2. Autorsko djelo prema novom hrvatskom zakonodavstvu

Preduvjet za zaštitu autorskog prava stvaranje je samostalne, nepromjenjive, jedinstvene osobne tvorevine. Iako naš ZAPSP ne izriče to načelo, ipak u zakonskom smislu djelima se mogu nazivati samo osobne intelektualne (duhovne) tvorevine.⁶

¹ Ulmer, E., *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin, 1980., str. 143.; Kurz, H., *Praxishandbuch Theaterrrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 1999., str. 516.

² Tako ova djela podvodi pod pojam kazališnih djela Spaić, V., *Teorija autorskog prava i autorsko pravo u SFRJ*, Pravni fakultet Zagreb & JAA, Zagreb, Beograd, Čakovec, 1983., str. 44., odnosno Zlatović, D., *Kazališna autorska djela*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2003., god III., br. 2., str. 30.- 34.

³ Marković, S.M., *Autorsko pravo i srodna prava*, Službeni glasnik, Beograd, 1999., str. 132.

⁴ Tako i određenje američkog autorskog prava u definiciji dramskog djela na www.copyright.gov/register/performing.html.

⁵ Jasno, ovdje podrazumijevamo kazalište i kazališnu pozornicu u širem smislu riječi. Naime, ne podrazumijevamo isključivo pod tim scenu u kazališnoj zgradi, nego sve one scene (zatvorene – npr. kazališne pozornice u užem smislu riječi, prigodni scenski prostori u zatvorenim objektima; scene na otvorenom – npr. fortifikacijski objekti u službi kazališne izvedbe, ambijenti i sl.) na kojima se odvija kazališni čin.

⁶ O novoj monističkoj koncepciji autorskog prava kod nas i njenim refleksijama na poziciju autora i autorskog djela detaljnije kod Henneberg, I., *Utjecaj teorija o pravnoj naravi autorskog prava na zakonodavstva o autorskom pravu s posebnim osvrtom na hrvatsko zakonodavstvo*, u *Zbornik Hrvatskog društva za autorsko pravo*, Zagreb, 2004., vol. 5, str. 8.

Kao svojstvene intelektualne tvorevine mogu se promatrati samo ona djela koja zbog svog sadržaja ili oblika ili zbog povezanosti sadržaja i oblika predstavljaju nešto novo i jedinstveno.

Predmet su autorskog prava umjetnička djela, a to su – prema članku 5. ZAPSP-a⁷ – originalne intelektualne tvorevine koje imaju individualan karakter (*svojstvene duhovne tvorevine*)⁸, i to na području književnog, znanstvenog i umjetničkog područja.

Proizvod ljudskog duha je *svojstven* ili *individualan* ako je nastao uslijed stvaralačke duhovne djelatnosti, te ako njegova jedinstvenost po kojoj se razlikuje od ostalih djela proizlazi iz osobnosti stvaratelja.

Upotrebom pojma *intelektualnosti* ili *duhovnosti* nastoji se istaknuti kako predmet zaštite autorskog prava nije ono materijalno (npr. izrađen predmet ili mnoštvo predmeta), već duhovno oblikovanje koje se krije iza toga.

Pod pojmom *tvorevina* ili *stvaralaštvo* podrazumijeva se rezultat oblikovanja određenog prikazanog sadržaja, s time da taj rezultat mora biti razvidan u pojavnom vanjskom svijetu. Ali zakonodavac izričito navodi da na to da li određeno djelo ima karakter autorskog djela ne utječe način i oblik izražavanja, vrsta ili namjena ako ZAPSP-om nije drukčije određeno.

Djela dakle moraju biti originalna, a međusobno se moraju razlikovati po autorskim pravima (što znači da moraju biti individualna, tj. vlastita); te nadalje moraju biti objektivno ocijenjena kao umjetnost te smisleno pojmljiva.

Po članku 1. ZAPSP-a, za zaštitu autorskih prava potreban je sljedeći preduvjet: određeno djelo mora biti iz područja književnosti, znanosti ili umjetnosti, odnosno drugih područja stvaralaštva. Članak 5. stavak 1. istog zakona određuje kakvo i koje djelo može biti autorski zaštićeno. U članku 5. stavak 2. alineje 1 – 11. ZAPSP-a navode se najvažnije vrste djela. Ovo nabranje međutim nije iscrpno, tako da i tvorevine koje nisu spomenute u toj odredbi potpadaju pod pojam “autorskog djela” ukoliko ispunjavaju preduvjete navedene u članku 1. i 5. stavak 1. ZAPSP-a.⁹

Predmet autorskog prava može biti svako autorsko djelo osim onoga koje to ne može biti po svojoj naravi, kao i onog za koje je po odredbama ZAPSP-a određeno da ne može biti predmetom autorskog prava.

⁷ Gliha, I., Zakon o autorskom i srodnim pravima – zbirka propisa, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 4.

⁸ Profesor Henneberg navodi da je u našem ranijem Zakonu o autorskom pravu (Narodne novine, br. proć. 9/99., 76/99., 127/99. i 67/01, dalje: ZAP) bio izostavljen ispred izraza “tvorevina” riječi “svojstvena duhovna” jer da već sama navedena područja (književna, znanstvena, umjetnička – op.aut.) dovoljno upućuju na to da se radi o duhovnoj tvorevini. Cit. po Henneberg, Autorsko pravo, Informator, Zagreb, 1996., str. 58.

⁹ Slično i u austrijskom pravu, samo što se autorskim djelima po paragrafu 2. stavak 2. austrijskog Zakona o autorskom pravu nazivaju samo one tvorevine koje predstavljaju osobno duhovno stvaralaštvo. Ovaj dio navedenoga zakona nije baš precizno formuliran, što je dovelo do toga da još nije pronađena jedinstvena definicija pojedinih preduvjeta za zaštitu autorskih prava. Vidi kod Schanda, Character- und Personality-Merchandising in Oesterreich, OeBI 1998, 323, str. 2.

3. Dramska i dramsko-glazbena autorska djela

3.1. Općenito o dramskim i dramsko-glazbenim djelima

U čl. 5. st. 2. alineja 3. ZAPSP-a, među zakonom nabrojenim autorskim djelima, nailazimo i na dramska i dramsko – glazbena djela. Navedena djela je nužno ovdje raspraviti zbog njihove, kako stvarne scenske, tako i normativne povezanosti s koreografskim djelima.

Dramska djela (engl. *dramatic work*, franc. *oeuvres dramatiques*, njem. *dramatische Werke*, tal. *opere drammatiche*) definiraju se kao književna djela stvorena za scensko prikazivanje određene dramske radnje (akcije).¹⁰ Dakle, radi se o naročitom obliku govornih književnih djela, čiji je predmet postavljanje na scenu neke radnje.¹¹

Dramska – glazbena djela (engl. *dramatic – musical works*, franc. *oeuvres dramatico-musicales*, njem. *dramatische-musikalische Werke*, tal. *opere drammatico-musicali*) su glazbena djela s riječima, stvorena za scensko prikazivanje određene dramske radnje (akcije) s glazbenom izvedbom.¹²

Dramskim djelima smatraju se osnovne vrste - drama, tragedija, komedija, ali i igrokazi, monodrame i dr.

Dramom (engl. *drama*, franc. *drame*, njem. *Schauspiel*, *Drama*, tal. *drama*) se označava kako velika skupina književnih djela (tzv. dramska književnost), tako i jedna dramska vrsta unutar dramske književnosti koja se tada razlikuje od tragedije i komedije. Drama je noviji i sve češći opći naziv za književno djelo namijenjeno scenskom izvođenju u kazalištu, s glumcima i pred nazočnim gledateljima. Postoji i određenje ovog pojma *stricto sensu* pod kojim tada podrazumijevamo književni tekst pisan u dijalozima, koji je ozbiljnog sadržaja i prikazan je u govornim sukobima osoba. Općenito je to naziv za dramsko pjesništvo, odnosno dramski tekst podijeljen po ulogama, čija se radnja temelji na sukobu.¹³ Dakle, radi se o scenskoj vrsti u kojoj se predložak predstavi scenski ostvaruje govorom. Tragedija (engl. *tragedy*, franc. *tragédie*, tal. *tragedia*, njem. *Trauerspiel*, *Tragödie*) je dramsko djelo s konfliktima, ozbiljnog sadržaja i snažnih strasti, u kojima sukob glavnog lika kao nositelja ideje ili načela i njegove okoline, društva ili suprotnih strana završava, uglavnom, smrću ili propašću glavnog junaka. Komedijom (engl. *comedy*, franc. *comédie*, tal. *commedia*, njem. *Komödie*, *Lustspiel*) se naziva dramsko djelo veselog sadržaja. Dramsko se u komediji ogleda u neskladu što ga uzrokuju želje i ponašanja pojedinaca ili društva i sposobnosti, odnosno mogućnosti da se te želje ostvare,

¹⁰ Cit. po Henneberg, I., Vrste autorskih djela i njihova autorskoppravna zaštita, Informator, br. 4077, od 3. 4. 1993., Male stranice, str. 2.

¹¹ Usp. Spaić, V., Teorija autorskog prava i autorsko pravo u SFRJ, Pravni fakultet u Zagrebu i RO Jugoslavenska autorska agencija Beograd, Zagreb – Beograd – Čakovec 1983., str. 45.

¹² Tako i Henneberg, I., Autorsko pravo, Informator, Zagreb, 2001., str. 94.

¹³ Pavis, P., Pojmovnik teatra, ADU – CDU - Antibarbarus, Zagreb, 2004., str. 65.

pa je takav nesklad uzrok komičnih situacija. Tragikomedija (engl. *tragic-comedy*, franc. *tragi-comédie*, tal. *tragicommedia*, njem. *Tragikomödie*) naziv je za suvremeno dramsko djelo u kojem se isprepleću ozbiljni i potresni elementi sa smiješnima, dakle koje ima ozbiljan zaplet sa završetkom koji je sretan i radostan. Igrokaz je općeniti naziv za scensko djelo, a njime se ipak najčešće naziva drama iz pučkog života vezana uz neke narodne običaje, ali i ona političko-satiričke odnosno sentimentalno-patetične tematike, koja može imati glazbeno-pjevane umetke. Melodrama označava dramsko djelo u kojem glazba djelomice ili u cjelini prati govoreni dio teksta, odnosno plesne točke.¹⁴

Dramsko djelo napisano za jednog izvođača naziva se monodrama. Postoje stajališta da je kazališno djelo isključivo ono u čiju su izvedbu uključene najmanje dvije osobe - izvođača, pa da se monodrama ne smatra kazališnim djelom.¹⁵ Ipak, smatramo da broj osoba koje su navedene u dramskom tekstu, odnosno koje sudjeluju u scenskoj izvedbi djela, nije bitan kada se ima u vidu određenje dramskog djela, te se i monodrame imaju smatrati dramskim djelom, a pravo javne izvedbe ostvaruje se kao "veliko pravo".¹⁶

Postavlja se pitanje kako se tretira posebna scenska glazba koja je skladana za pojedinu kazališnu predstavu i ne čini sastavnicu samog izvornog dramskog djela. Ovakva glazba smatra se posebnim glazbenim djelom, čija se javna izvedba ostvaruje individualno kao tzv. "veliko pravo".¹⁷

Dramsko-glazbenim djelima smatraju se opere, operete, glazbene drame, mjuzikli i dr.

Opera (engl. *opera*, franc. *opera*, tal. *opera*, njem. *Oper*) je oznaka za glazbenu dramu, u kojoj se gotovo sav tekst pjeva.¹⁸ Dakle, radi se o scenskoj vrsti u kojoj je dramski tekst pjevan i u cijelosti prožet glazbenom pratnjom. U operi je težište na glazbenoj i pjevanoj stani, međutim dramski tekst (libreto) nije sporedan, što više, takav tekst, izgrađen u izrazitoj dijaloškoj formi, ima umjetničku vrijednost. Opereta (engl. *operetta*, *comic opera*, franc. *opérette*, tal. *operetta*, njem. *Operette*) ili mala opera scensko je djelo vedrog raspoloženja u kojemu glazba prati tekst, ali ima i govornih dijelova bez glazbene pratnje. Radi se o veselom kazališnom komadu u kojem se tekst djelomično govori, a djelomično pjeva. Mjuzikl je glazbeno-scensko djelo koje se temelji na izražajnim sredstvima drame, operete i baleta. To je glazbenoscenska vrsta američkog podrijetla temeljena na europskim isku-

¹⁴ Detaljnije u Solar, M., Teorija književnosti, Školska knjiga, Zagreb, 1980., str. 177-194.; Hribar – Ožegović, M., Kazališni glosarij, Globus, Zagreb, 1984., str. 34.; Taritaš, M., Rječnik književne interpretacije, Matica Hrvatska Pakrac, Zagreb, 1993., str. 53.; Čubelić, T., Književni leksikon, Zagreb, 1972., str. 116.; Škavić, Đ., Hrvatsko kazališno nazivlje, Hrvatski centar ITI – UNESCO, Zagreb, 1999., str. 96.

¹⁵ Tako Spačić, V., *op.cit.*, str. 45.

¹⁶ Tako Henneberg, I., *op.cit.*, str. 95.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Raeburn, M., Povijest opere, Golden marketing, Zagreb, 2002., str. 6.

stvima operete, pretežito suvremena sadržaja i modernih glazbenih te plesnih obilježja.¹⁹ Neka dramsko – glazbena djela (scenski oratorij, scenska kantata i sl.), ukoliko se izvode nescenski, gube to svoje određenje i tada se smatraju glazbenim djelima. Pravo objavljivanja i pravo scenskog izvođenja dramsko-glazbenog djela kao zajedničkog djela koautorima pripadaju kao odvojena prava.

Ista argumentacija koju smo rabili kod određenja monodrame kao dramskog djela vrijedi i za kuplet kao dramsko-glazbeno djelo, gdje pjeva samo jedna osoba.²⁰

Međutim, iako su prvenstveno namijenjena scenskom prikazivanju, kazališna djela mogu se izvoditi i nescenski, no i tada se smatraju scenskim djelima.²¹ Također, nalazimo i djela koja su stvorena jednako za scensko prikazivanje i za nescenske izvedbe, pa se u slučaju scenskog prikazivanja tretiraju kao dramsko-glazbena djela, odnosno u slučaju nescenske izvedbe kao glazbena djela.²²

3.2. *Dramska i dramsko-glazbena djela u našem, međunarodnom i komparativnom pravu*

S obzirom na svoje karakteristike ova se djela, uz koreografska i pantomimska djela, još nazivaju i scenskim ili kazališnim djelima, i to kako u pravnoj doktrini,²³ tako eksplicitno i u nekim inozemnim zakonima s područja autorskog prava.²⁴

Naše zakonsko rješenje prati ono koje sadrže većina poredbenih izvora, gdje se dramska i dramsko-glazbena djela navode kao posebna vrsta autorskih djela, s obzirom da se radi o autorskim djelima koja su namijenjena scenskoj izvedbi jednog ili više umjetnika – izvođača.²⁵ Komparativnom analizom inozemnih

¹⁹ Detaljnije u Hribar – Ožegović, M., *op. cit.*, str. 64.; te Škavić Đ., *op. cit.*, str. 122.

²⁰ Suprotno stajalište u starijoj pravnoj teoriji zastupao je u Spaić, V., *op.cit.*, str. 45.

²¹ Prof. Henneberg navodi takav slučaj kada se dramsko djelo emitira putem radija, te kada se pravo javne izvedbe ostvaruje individualno kao tzv. "veliko pravo". Vidi Henneberg, I., *op. cit.*, str. 95.

²² Isti autor navodi slučaj djela Carla Orffa "Carmina burana", premijerno izvedene 8.6.1937. u frankfurtskoj Staatsoperi. Ovo djelo svrstava se po glazbenim povjesničarima u kategoriju scenskih kantata. Vidi Raeburn, M., *op.cit.*, str. 192.

²³ Usp. Henneberg, I., *op. cit.*, str. 94.; Besarović, V., *Pravo industrijske svojine i autorsko pravo*, NIO Poslovna politika, Beograd, 1984., str. 227.; Marković, S. M., *Autorsko pravo i srodna prava*, Službeni glasnik, Beograd, 1999., str. 131.

²⁴ Tako o kazališnim djelima kao autorskim djelima u čl. 3. toč. 3. čileanskog Law No. 17. 336 on Copyright, as amended up to February 22, 1990., u čl. 2. st. 1. češkog Law No. 35 of March 25, 1965, on Literary, Scientific and Artistic Works, as last amended by Law No. 86 of March 14, 1996., u čl. 2. st. 1. grčkog Law No. 2121/1993 as last amended by No. 2435 of August 2, 1996. Svi ovi zakoni, kao i ostali koje navodimo u ovom radu, izuzev onih uz koje je naznačen poseban izvor, dostupni su na internetskoj stranici www.unesco.org/culture/copy/copyright.

zakonskih tekstova s područja autorskog prava možemo uočiti i ona rješenja po kojima ova djela nisu izdvojena u posebnu vrstu autorskih djela, nego su obuhvaćena određenjem književnih djela za dramska djela odnosno glazbenih djela za dramsko-glazbena djela.²⁶

Ipak, kako je već navedeno neka rijetka zakonodavstva eksplicitno navode kazališna ili scenska djela kao zakonsku kategoriju.²⁷

Bernska konvencija za zaštitu književnih i umjetničkih djela iz 1886. godine, s posljednjom novelom od 28. rujna 1979. godine, predviđa zaštitu prava autora književnih i umjetničkih djela (engl. literary and artistic works) u zemljama koje su članice Konvencije. Pojam "književna i umjetnička djela" uključuje svaku tvorevinu na književnom, znanstvenom i umjetničkom polju, neovisno o načinu ili formi njihove ekspresije. Takvo izražavanje podrazumijeva, među ostalima, i dramska djela i dramsko-glazbena djela.²⁸

Naš ZAPSP također ne sadrži u egzemplifikativnom navođenju osobitih autorskih djela kazališna djela kao posebnu kategoriju. U čl. 2. st. 2. ZAPSP-a

²⁵ Tako primjerice u čl. 7. st. 1. toč. III brazilskog Law No. 9610 of February 19, 1998 on Copyright and Neighbouring Rights; čl. 1. st. 1. ranijeg danskog Act on Copyright 1995; čl. L. 112-2. toč. 3. francuskog Law on the Intellectual Property, No. 92-597 of July 1, 1992, posljednji put noveliranog 2003.; čl. 2. st. 1. toč. 1. i 2. talijanskog Law for the Protection of Copyright and Neighbouring Rights, No. 633 of April 22, 1941, as last amended by Decree Law No. 68, April 9, 2003. vidi kod Gaudenzi A.S., *Il Nuovo Diritto D'autore*, Maggioli Editore, Rimini, 2002., str. 28.; čl. 7. st. 1. ruskog Law on Copyright and Neighbouring Rights No 5315, July 9, 1993, izmijenjenog 1995.; te čl. 2. st. 1. Bernske konvencije za zaštitu književnih i umjetničkih djela, vidi kod Gliha: *op.cit.*, str. 189. Slovenski Copyright and Related Rights Act of March 30, 1995. u čl. 5. st. 2. toč. 4. navedenim djelima pridodaje i lutkarska djela. Detaljnije o kazališnim djelima u slovenskom autorskom pravu kod Trampuž, M., *Avtorsko pravo*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 2000., str. 98.

²⁶ Vidi npr. odredbu čl. 2. st. 1. toč. 1. i 2. njemačkog Law on Copyright and Neighbouring Rights of September 9, 1965, as last amended by the Law of 2002.; čl. 2. st. 1. toč. 1. austrijskog Copyright Law; odnosno čl. 1. st. 2. a švicarskog Federal Law on Copyright and Neighbouring Rights of October 9, 1992, as amended by the Law of December 16, 1994.

²⁷ Tako norveški Act No 2 of May, 12, 1961, last amended of July 1, 2001., u čl. 1. st. 2. toč. 3. među autorskim djelima navodi i djela za scensku izvedbu. Sličnu odredbu ima i bugarski Law on Copyright and Neighbouring Rights of 1993., mod. 1994., 1999., 2000. & 2002., u čl. 3. st. toč. 3. gdje se među ostalima autorskim djelima smatraju i djela izvedbenih umjetnosti kao što su dramska, dramsko-glazbena, pantomimska i koreografska djela. Austrijski zakon sa zadnjom novelom iz 2003. u čl. 2. navodi da se književnim djelima smatraju i scenska djela. Posebnu situaciju nalazimo u Zakonu o autorskom i srodnim pravima Srbije i Crne Gore (Sl.l. SCG, 61/04.) gdje se među autorskim djelima nabrajaju i dramska i dramsko-glazbena djela, ali, što je posebno interesantno, u čl. 2. st. 2. toč. 10. i kazališna režija kao zasebna kategorija autorskih djela. Ovo je rezultanta stajališta srpske autorske doktrine po kojoj se autorsko djelo sastoji u samoj kazališnoj, opernoj, baletnoj i pantomimskoj predstavi. Vidi za ta stajališta kod Marković, S.M., *op.cit.*, str. 132. Za stajališta koja odriču kazališnoj režiji status autorskog djela, kao i redatelju kazališne predstave status autora, detaljnije kod Zlatović, D., *Kazališni redatelj i režija u smislu doktrine, legislative i prakse autorskog prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 40 (71.-72.), 2003., str. 371.-411.

²⁸ Usp. Tritton, G., *Intellectual Property in Europe*, sec.ed., Sweet & Maxwell, London, 2002., str. 307 - 308.

u toč. 3. navode se dramska i dramsko-glazbena djela, dok se u toč. 4. navode koreografska i pantomimska djela.

Za dramska djela ne traži se neki dodatni preduvjet zaštite u smislu registracije. Ipak kod dramskih djela u cilju sprječavanja ili zaustavljanja povreda nečijih autorskih prava poželjno je da su djela objavljena, odnosno ako nisu objavljena, da su dostavljena po nastanku kolektivnim zastupnicima odnosno strukovnim udrugama koje skrbe za zaštitu statusa književnika i autora.²⁹

3.3. *Neka pravna i teatrološka pitanja u svezi s dramskim djelima*

Utvrđili smo da su dramska djela posebna kategorija autorskih djela u većini zakonodavstava i međunarodnih dokumenata s područja autorskog prava.

Dakle, autorskopravna zaštita pruža se dramskom djelu, a ne kazališnoj predstavi. Iako je dramski tekst nedovršeni scenarij koji čeka uprizorenje i koji smisao dobiva tek u predstavi, predstava kao režijska vizualizacija teksta nije primarna. Dramski tekst je ipak primaran, pa nije stoga čudno da se upravo autora dramskog teksta posebno zaštićuje autorskim pravom, kao i samo njegovo djelo, dok se predstava podvodi pod prikazivanje odnosno izvedbu i podliježe zaštiti u sklopu srodnih izvođačkih prava.³⁰

Posebno treba istaknuti da suvremeno kazalište ne koristi samo književnu vrstu drame kao dramski tekst. Suvremena je tendencija dramskog pisma da se s punim pravom poseže za bilo kojim tekstom radi eventualnog njegovog uprizorenja. Tako kao podloga kazališne predstave mogu poslužiti i druge književne vrste (pjesme, novele, romani i sl.), ali i neki drugi tekstovi koji mogu potpadati pod sasvim drugu kategoriju autorskih djela (primjerice privatna pisma, dnevnici i slični privatni zapisi koji su objavljeni u obliku književnog djela, te nadalje autorski novinski radovi i sl.). Također, danas se, primjerice, uprizorenje telefonskog imenika više ne smatra hirom ili neostvarenom zamisli,³¹ a očito je da se ne radi o dramskom djelu niti ijednom drugom autorskom djelu. Nekad je postojala i dramska vrsta – drama za čitanje (engl. *closet drama*, franc. *Theater dans un fauteuil*, njem. *Lesedrama*), koja u svojoj izvornoj zamisli nije bila predodređena za prikazivanje, nego samo za čitanje zbog otežanosti inscenacije (dužina teksta, velik broj likova, česte izmjene dekora i sl.), ali danas i ona može poslužiti kao predložak za kazališnu predstavu.³²

To ne znači da se i ta druga djela, bilo da imaju status određene kategorije autorskih djela ili ne, samim tim što su poslužila kao tekstualna podloga za kazališnu inscenaciju, imaju smatrati dramskim djelima.

²⁹ Primjerice kod nas Hrvatska autorska agencija odnosno Društvo hrvatskih književnika.

³⁰ Detaljnije kod Gliha, I., Pravo umjetnika izvođača u hrvatskom zakonodavstvu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 22, 2001., 1, str. 155-180.

³¹ Pavis, P., *op. cit.*, str. 65.

³² Među ova djela svrstavaju se Mussetova "Predstava u naslonjaču", Shelleyev "Oslobođeni Prometej", Byronov "Manfred" i dr.

Dakle, u smislu autorskog prava posebno mjesto zauzimaju dramsko djelo i njegov autor. Ipak, uvijek nije bilo tako. Status dramskog djela, a samim time pogotovo i autora – dramatičara, mijenjao se kroz stoljeća, od proizvođača teksta po narudžbi do osobe s gotovo prenatraglašenim statusom u evoluciji kazališne umjetnosti. Danas je dramatičar kao autor dramskog teksta za autorsko pravo temeljna zaštićena kategorija osoba u svezi s inscenacijom njegovog djela, a u teatrološkom smislu glavna, temeljna i prva karika u produkcijskom lancu koji dramski tekst “istanjuje” odnosno obogaćuje kroz režiju, glumačku igru, konkretnu scensku igru i recepciju publike.³³

Moramo apostrofirati i pravnu situaciju tzv. “kućnog pisca” ili “kućnog autora”, odnosno dramatičara koji je u radnom odnosu u određenoj kazališnoj instituciji, te kojem u opisu poslova stoji i stvaranje dramskih djela za repertoarno izvođenje u tom kazalištu. Dakle, radi se o autoru koji je svojim umjetničkim djelovanjem vezan za određeno kazalište, i to u načelu temeljem ugovora o radu.³⁴ Autorsko djelo stvoreno u radnom odnosu prema čl. 75. ZAPSP-a, označava djelo koje je za vrijeme trajanja radnog odnosa kod određenog poslodavca stvorio autor – zaposlenik izvršavajući svoje obveze ili po uputama toga poslodavca. Odnosi u pogledu autorskog djela stvorenog u radnom odnosu uređuju se ZAPSP-om, ugovorom o radu ili drugim aktom kojim se uređuje radni odnos. Ako se u izvršavanju obveza iz radnog odnosa stvaraju autorska djela, ugovorom o radu određuje se, između ostalog, stječe li poslodavac pravo na iskorištavanje autorskog djela, te posebice, ako ga stječe, opseg i trajanje prava iskorištavanja autorskog djela. Ako ZAPSP-om, ugovorom o radu ili drugim aktom kojim se uređuje radni odnos nije drukčije određeno, autorsko pravo na autorskom djelu zadržava autor bez ograničenja.³⁵ U praksi autor dramskog djela u načelu zadržava autorsko pravo na ovom djelu, ali obično mu se ne isplaćuju tantijeme za iskorištavanje odnosno prikazivanje djela u izvedbi matičnog kazališta.

4. Autorsko pravo i koreografska i pantomimska djela

4.1. Određenje koreografskih i pantomimskih djela

Izvedbena praksa danas briše granice između govornog kazališta, pjevanja, mime, plesnog kazališta, plesa, itd. Ali sagledavajući zaštitu autorskih prava u svezi s ovim djelima, nužno se je držati terminologije zakona i međunarodnih

³³ *Ibid.*, str. 66.

³⁴ Isti termin može se rabiti i za autora koji je vezan za određeno kazalište i ugovorom o dugoročnoj suradnji a ne ugovorom o radu, dakle čija se dramska djela izvode prvenstveno u nekom određenom kazalištu. Međutim, kod toga je situacija sasvim drukčija i ne potpada pod posebne autorskopravne odredbe.

³⁵ Von Lewinski, S., *Autorska djela stvorena u radnom odnosu*, Zbornik Hrvatskog društva za autorsko pravo, Zagreb, 2004., vol. 5., str. 116.-117.

konvencija, bez obzira što ona često nije usklađena s modernom teatrološkom terminologijom. Ipak je nužno odrediti temeljne pojmove, kako s aspekta autorskog prava, tako i s teatrološkog aspekta, kako bi se u praksi pronašla najbolja rješenja za faktičku zaštitu autorskih i srodnih prava u svezi s kazališnim djelima.

U odsutnosti definicija ovih djela u pravnim propisima značenje koreografskih djela (engl. *choreographic works*, franc. *oeuvres chorégraphique*, njem. *choreographische Werke*, tal. *opere coreografiche*) mora se izvesti iz uobičajene uporabe. Kod definicije plesa mora se ekstenzivno uzeti u obzir promišljanja plesnih teoretičara, povjesničara i filozofa.³⁶

Sukladno *Webster's Ninth New Collegiate Dictionary*, koreografija ima grčku etimologiju i potječe od riječi *choreia* (plesanje) i *graphie* (pisanje); definira se kao "umjetnost postavljanja plesa ili izvedbe te detaljnog bilježenja koraka pojedinih plesova". Koreografija je ujedno i pisana zabilježba plesanja koja, prema revidiranom trećem izdanju *The Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* iz 1984., "znači skakati, poskakivati, pocupkivati ili kliziti odmjerenim koracima i ritmičkim pokretima tijela, obično uz glazbenu pratnju", te kao takva ne treba nužno sadržavati dramsku radnju. *The American Heritage Dictionary* iz 1976. određuje koreografiju kao 1. umjetnost stvaranja i aranžiranja baleta ili plesa, 2. umjetnost i tehniku plesnog pisma, 3. plesnu umjetnost. Kako navedena točka 2. navedenog rječničkog značenja sugerira značenje tehnike i postupka a točka 3. izvođačku vještinu, samo točka 1. preostaje kao značenje u kontekstu autorstva. Nadalje, u *The Concise Oxford Dictionary of Ballet* zaključuje se da se "koreografija danas koristi radi opisa umjetnosti stvaranja plesa ili baleta".³⁷ Svakodnevnim rječnikom, koreografija se općenito shvaća kao umjetnost plesa.

Kad se pokušava izvesti definicija polazeći od tehničkog pristupa, koreografiju se može opisati kao plesne korake spojene radi izvođenja, ili kao umjetnost skladanja plesa, odnosno kao aranžman ili organiziranu misao u vremenu i prostoru koja ljudska tijela koristi kao kreativne jedinice.

Pronalazimo i nešto klasičniji pristup, za koji se čak smatra da se ne odnosi samo na balet. Koreograf klasičnoga baleta na raspolaganju ima specifičan rječnik pokreta. Poput glazbenih nota, ovi istovjetni koraci mogu se spojiti u beskonačan broj kombinacija. Propisani koraci također se mogu mijenjati, kao kod suvremenog baleta i modernoga plesa, ili se ponavljati u različitim smjerovima, ili ih mogu izvoditi različiti plesači. Drugim riječima, isti će korak u plesu različito izgledati ovisno o tome koji korak dolazi prije i nakon njega;

³⁶ Sparshott, F., *Off the Ground: First Steps to a Philosophical Consideration of the Dance*, Princeton University Press, Princeton, 1988, part II, Theory: On Dance; Cohen, S.J., *Ples kao kazališna umjetnost*, Cekade, Zagreb, 1992., str. 15.

³⁷ Koegler, H., *The Concise Oxford Dictionary of Ballet*, Oxford University Press, New York, 1977., str. 118.

ovisno o smjeru ili tempu kojime se izvodi; o tome da li se izvodi tijekom okreta ili poskoka; o tome što se istovremeno izvodi ostatkom tijela; te o broju plesača koji ga istovremeno izvode. Ukratko, ono što koreografiju čini zanimljivom, a ne repetitivnom i dosadnom, jest kombinacija koraka.³⁸

Pravna doktrina rijetko je preciznije definirala ova djela.³⁹ Među tim pravnim određenjima nailazimo na ono po kojemu je "koreografija kompozicija i aranžman plesnih pokreta i struktura, dok je ples statički i kinetički slijed tjelesnih pokreta koji su u određenoj ritmičkoj i prostornoj vezi", te koreografija, kako bi bila autorskopravno zaštićena, ne treba pričati priču."⁴⁰ Nadalje, definiciju ovih djela ne nalazimo niti u pravnim dokumentima, bilo da se radi o međunarodnim aktima odnosno nacionalnim zakonima.⁴¹

Među ovim djelima za potrebe ove rasprave izdvajamo balet kao neprijeporno scensko kazališno djelo i pantomimu. Baletom nazivamo umjetnički ples u kojem se uz glazbenu pratnju pokretima ljudskog tijela i mimikom tumači dramska radnja, misli i osjećanja. Pantomimom nazivamo predstavu u kojoj glumac misli i osjeća izražava pomoću pokreta tijela i gesta kao vanjskih pokreta tijela i lica. Baletni sadržaj i dramska radnja pantomime, s opisom radnje, daju se u scenariju.⁴² Pod koreografskim djelom, dakle, razumijevamo balete, razne plesove, žive slike⁴³ i sl., a pod pantomimskim djelima prikazivanje djela u kojima izvođači djeluju isključivo tjelesnim kretanjem i mimikom.⁴⁴ Ovo razlikovanje posljedak je opće prihvaćene terminologije Bernske konvencije.

Pregledom nekih autorskih zakonodavstava uočavamo da se uz koreografska djela štite i djela mime⁴⁵ (engl. *works of mime*) odnosno pantomimska djela⁴⁶ (engl. *pantomimes*, franc. *pantomimes*, njem. *pantomimische Werke*, *Maerchenrevue*, *Zauberstueck*, tal. *opere pantomimiche*) ili "zabavne točke u nijemjoj predstavi" (engl. *entertainments in dumb show*). Iako različiti zakono-

³⁸ Kerner, M., *Barefoot to Balanchine – How to Watch Dance*, New York, Doubleday, 1991., str. 132-133.

³⁹ Tako se u američkim The House and Senate Reports navodi da se radi o pojmu koji je među nekoliko takvih s poprilično određenim značenjem (*fairly settled meanings*) i da nije nužno specificirati da koreografska djela ne uključuju korake društvenog plesa (*social dance steps*) i jednostavne rutinske korake (*simple routines*). S. Rep. No. 473, 94th Cong., 1 st Sess. 52 (1975); H.R.Rep. No. 1476, 94th Cong., 2nd Sess. 53-54 (1976).

⁴⁰ Copyright Law Reporter, New York, CCH, 1991., 625.

⁴¹ Carrière, L., *Choreography and Copyright – Some Comments on Choreographic Works As Newly Defined in the Copyright Act*, www.robic.com/publications/105.htm, str. 4.

⁴² Cit. po Škavić, Đ., *Hrvatsko kazališno nazivlje*, Hrvatski centar ITI-UNESCO, Zagreb, 1999., str. 98. i 124. O suvremenoj plesnoj umjetnosti detaljnije kod Cohen, S.J.: *Ples kao kazališna umjetnost*, CEKADE, Zagreb, 1992., str. 172.-182.

⁴³ Pod živom slikom – tablo (franc. *tableau vivant*, engl. *tableau vivant*, njem. *lebendes Bild*, španj. *cuadro viviente*) podrazumijevamo uprizorenje jednog ili više nepomičnih glumaca odnosno izvođača "okamenjenih" u nekoj ekspresivnoj pozi koja podsjeća na kip ili umjetničku sliku.

⁴⁴ Šuman, J., *Komentar Zakona o zaštiti autorskog prava i međunarodnih propisa*, Beograd, 1935., str. 57.

⁴⁵ Tako primjerice u Irskoj, Ujedinjenom Kraljevstvu, Kanadi, Zambiji i Brazilu.

⁴⁶ Tako primjerice u Hrvatskoj, Sloveniji, SAD-u, Španjolskoj, Norveškoj, Rusiji i Njemačkoj.

davci rabe bilo jedan ili drugi pojam, a neki i treći pojam,⁴⁷ držimo da zakonska rješenja pod ovim pojmovima podrazumijevaju istu vrstu djela, iako rabe različite pojmove s teatrološkog gledišta.

Naime, kazališnim rječnikom ne bi se mogao staviti znak jednakosti između ovih pojmova. Štoviše, danas se obično razlikuju ta dva pojma, koja se različito i vrednuju.⁴⁸ Tako se pod mimom (prema grč. *mimos*, oponašanje, franc. *mime*, engl. *mime*, njem. *Mimenspiel*, *Mime*, španj. *mimo*) podrazumijeva umjetnost tjelesnog pokreta, dok je pantomima (prema grč. *pantomimes*, koji sve oponaša, franc. *pantomime*, engl. *pantomime*, njem. *Pantomime*, španj. *pantomima*) oponašanje neke verbalne priče koja se pripovijeda gestama u svrhu objašnjavanja. Mima teži plesu, dakle, tjelesnom izražavanju oslobođenom svakog figurativnog sadržaja.⁴⁹ Pantomima nastoji biti smjerena u oponašanju tipova i društvenih situacija.⁵⁰ Danas se, dakle, pantomima više ne služi govorom kao u svojim historijskim pojavnim oblicima (npr. pantomima u starom Rimu i *Commedia dell'arte*), već je to predstava sastavljena samo od izvođačevih gesti.⁵¹ Pantomima je autonomna umjetnost, ali i sastavni dio gotovo svake kazališne predstave, a osobito onih koje u najvećoj mjeri izlažu igru glumaca i olakšavaju stvaranje scenskih igara i živih slika.⁵²

S obzirom da za pantomimsko djelo nije dana nikakva nova definicija, može se ustvrditi da je u odnosu na nju zadržan uvjet implicitne radnje. Ipak, može se postaviti pitanje da li za pantomimu još uvijek postoji uvjet te radnje (sadržaja), s obzirom da je granica između pantomime i novodefinirane koreografije ponekad tanka. U pantomimska djela potpadaju ona koja se izvode isključivo tjelesnim pokretima i gestama.⁵³

Pitanje da li društvene plesove i jednostavne plesne točke treba tretirati kao koreografska djela, ostavlja se otvorenim za sudbeno utvrđivanje.

⁴⁷ Primjerice u Australiji, Italiji i Francuskoj.

⁴⁸ Pavis, P., *Pojmovnik teatra*, ADU Zagreb – CDU Zagreb – Izdanja Antibarbarus Zagreb, 2004., str. 222.

⁴⁹ *Ibid.* Pavis daje četiri tipa mime – mimodramu (koja gradi cijelu jednu priču nizom gestualnih epizoda), plesnu mimu (koja rabi stiliziranu, apstraktnu i pročišćenu gestu, poput baleta, izvodi se u pratnji glazbe i često ju je teško razlikovati od plesa), čistu mimu (koja se podudara s gestom koja ne oponaša neku situaciju, koja je apstraktna i ogoljena) te tjelesnu mimu (*mime corporel*, izvođenje dramske umjetnosti isključivo tijelom). Sve ovo upućuje na vrlo tanke linije razlikovanja između dramskih oblika i mime, pa nije čudno da se u jednom dijelu zakonodavstava koreografija i pantomima spominju uz dramska djela, odnosno obuhvaćene su dramskim djelima.

⁵⁰ Američko pravo definira pantomimu na način da je ova, za razliku od koreografije, umjetnost oponašanja (imitiranja) ili igranja određenih situacija, likova ili drugih događanja. Vidi na službenim stranicama The Copyright Officea-a USA www.copyright.gov

⁵¹ Pod gestama (lat. *gestus*, stav, pokret tijela) se smatraju pokreti tijela, najčešće voljni i pod kontrolom izvođača.

⁵² *Ibid.*, str. 254.

⁵³ Neki autori ova djela svrstavaju među kazališna djela, odnosno zaključuju da se radi o "nijemim kazališnim djelima". Vidi kod Spaić, V., *Teorija autorskog prava i autorsko pravo u SFRJ*, Pravni fakultet u Zagrebu & RO JAA Beograd, Čakovec, 1983., str. 46.

U Sjedinjenim Američkim Državama koraci društvenih plesova i jednostavne plesne točke nisu uključeni u koreografska djela. Slično je i u našem autorskom pravu.

Činjenica je da klasični pokreti u baletu ili suvremenom plesu, poput arabeske, assembléa, cabriola, entrechata, glissade, jetéa, piruete ili sissonne, odnosno glissade ili pas de bourrée,⁵⁴ nisu sami za sebe autorskopravno zaštićeni. Ipak, ovi su pokreti komponente većine koreografija i originalna kombinacija ovih pokreta može sačinjavati zaštićeno koreografsko djelo. Nema jasnog opravdanja za takav elitistički pristup. Originalnu kombinaciju plesnih koraka u tzv. "društvenome plesu" također bi trebalo biti moguće zaštititi kao koreografsko djelo, ovisno o slučaju.

4.2. Autorskopravni status koreografije u međunarodnopravnim izvorima autorskog prava

Dok u nekim zakonodavstvima nisu izdvojena, nego su obuhvaćena dramskim i dramsko-glazbenim djelima ili navedena uz ta djela,⁵⁵ ili uopće nisu eksplicitno navedena⁵⁶, u većini zakonodavstava⁵⁷ kao i u Bernskoj

⁵⁴ "Pas de bourrée" je serija brzih, putujućih koraka koji se izvode sur les pointes (plesanjem na prstima) tako brzo da nije moguće razabrati razdvajanje plesačevih nogu. "Glissade" je putujući korak koji se izvodi klizanjem radne noge s pete pozicije na otvorenu poziciju, dok joj se druga noga pridružuje.

⁵⁵ Tako za prvu situaciju u paragrafu 3. britanskog Copyright, Design and Patent Act, iz 1988. godine: "dramatic works include a work of dance or mime", odnosno za drugu situaciju u čl. 10. st.1.c. španjolskog Law No. 22/1987, of November 11, 1987, on Intellectual Property, as last amended by law No. 93/1999, of December 30, 1999., te čl. 1., st. 2., toč. 8. poljskog Law of February 4, 1994, on Copyright and Neighbouring Rights, u Barta, J. – Markiewicz, R., Prawo autorskie, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa, 1999., str. 15. O dramskom djelu u britanskom pravu, koji izraz uključuje i djela plesa i mimike, detaljnije kod Cornish W.R., Intellectual Property, third edition, Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 336.

⁵⁶ Tako u čl. 1. st. 1. toč. 3. švedskog Acta on Copyright in Literary and Artistic Works, Law No. 729, of December 30, 1960, as last amended by Law No. 1274, of December 7, 1995., gdje su navedena samo "musical and dramatical work", ali koja implicite uključuju i koreografska i pantomimska djela. Identično rješenje sadrži i čl. 1. st.1. danskog Act on Copyright iz 1995.

⁵⁷ Tako u čl. 5. st. 2. toč. 4. slovenskog Copyright and Related Rights Acta of March 30, 1995.; čl.1., st.2.a švicarskog Federal Law on Copyright and Neighbouring Rights of October 9, 1992, as amended by the Law of December 16, 1994. ("works of dance or mime"), u čl. L. 112-2. toč. 4. francuskog Law on the Intellectual Property Code, No. 92-597 of July 1, 1992, as last amended by Law No. 97-283 of March 27, 1997., gdje se navode i cirkuska djela, te u čl. 7. st. 1. ruskog Law on Copyright and Neighbouring Rights. Slično i u američkom autorskom pravu. Američki Copyright Act nije štitio koreografiju do amandmana iz 1976. (17 U.S.C. s 102a.4). Prije 1976. Ured za zaštitu autorskih prava (Copyright Office) štitio je samo koreografiju, koja je imala neku priču, kao u slučaju baleta "Romeo i Julija". Usp. Singer B.A., In Search of Adequate Protection for Choreographic Works: Legislative and Judicial Alternatives vs. the Custom of the Dance Community, 38 U. Miami l. Rev. 287, 298 & n.46,(1984). Američki sudovi su pružali zaštitu tim plesovima, jer su zadovoljavali predmetnu kategoriju "dramskih ili dramsko-glazbenih kompozicija." Iako amandman iz 1976 omogućava zaštitu koreografije, točno utvrđivanje

konvenciji⁵⁸ izdvojena su u posebnu vrstu autorskih djela.

Bernska konvencija o zaštiti književnih i umjetničkih djela donesena je 1886. godine i od tada predstavlja temeljni i najvažniji izvor međunarodne zaštite autorskog prava.⁵⁹ Jedno od osnovnih načela koje ova Konvencija predviđa zaštita je autora i njihovih djela bez formalnosti koje eventualno predviđa zakonodavstvo zemlje u kojoj se traži autorskoppravna zaštita, sve to uz jamčenje tzv. minimalnih prava. Konvencija je revidirana ukupno šest puta i to u Berlinu 1908., u Bernu 1914., u Rimu 1928., u Bruxellesu 1948., u Stockholmu 1967. i u Parizu 1971. godine. Bernska konvencija smatra se važnim međunarodnim pravnim dokumentom na području autorskog prava u okrilju zemalja Europske unije.⁶⁰

Za ovu raspravu značajno je upozoriti na berlinsku reviziju od 13. studenoga 1908. godine. Tako stavak 1. članka 2. Berlinske revizije Bernske konvencije (1908.) u bitnome dijelu glasi kako slijedi: "Izraz "književna i umjetnička djela" obuhvaćat će svaku produkciju na literarnom, znanstvenom ili umjetničkom području, bez obzira na način ili oblik njenog izražavanja, poput (...) dramskih ili dramsko-glazbenih djela, **koreografskih djela i zabavnih točaka u nijemim predstavama, čiji je oblik izvedbe utvrđen u pisanom obliku ili na neki drugi način (...).**"⁶¹

Dakle, po tekstu te revizije za priznavanje ovih djela kao autorskih bilo je nužno da ista djela budu fiksirana u pisanom obliku ili na neki drugi način. Ovakav tekst Konvencije zadržale su i revizije iz Berna, Rima i Bruxellesa. Na konferenciji u Stockholmu 1967. zaključeno je da se ovaj uvjet briše, jer se s načelnog gledišta smatralo anomalijom da se za vrstu djela postavlja kao uvjet zaštite da budu fiksirana na materijalnu podlogu, dok se za neke druge vrste djela takav uvjet ne postavlja.⁶²

zaštićenih djela nije sasvim jasno, jer predmetna kategorija "djela pantomime i koreografije" nije definirana. Interno izvješće Kongresa iznosi da "djela koreografije ne uključuju društvene plesne korake i jednostavne rutine." Postoje dva zaključka koja se mogu izvući iz toga. Po jednom se zaključuje da se isključivanjem jednostavnih rutina željelo staviti izvan zaštite "čisto scensko kretanje." Usp. Wallis, L.E., Comment, *The Different Art: Choreography and Copyright*, 33 UCLA L. Rev. 1442, 1453, (1986). Drugi zaključak je da koraci moraju imati minimalnu razinu težine da bi imali pravo na autorsku zaštitu. Ured za zaštitu autorskih prava prihvatio je ovaj drugi zaključak i utvrdio normativ minimalne razine težine. Ured za zaštitu autorskih prava definira koreografiju kao "kompoziciju i aranžman plesnih pokreta i obrazaca... koji su obično popraćeni glazbom." Sada američki sudovi moraju ustanoviti jasan normativ za potrebnu razinu težine pokreta, kao u sporu *Horgan v. MacMillan*, 789 F.2d 157 (2d Cir. 1986).

⁵⁸ Vidi čl. 2. Bernske konvencije za zaštitu književnih i umjetničkih djela, kod Gliha, I., *Autorsko pravo*, Informator, Zagreb, 2000., str. 189.

⁵⁹ Besarović, V., Žarković, B., *Intelektualna svojina, knjiga druga – Međunarodni ugovori*, Dosije, Beograd, 1999., str. 448.

⁶⁰ Tritton, G. (red.), *Intellectual Property in Europe*, second edition, Sweet & Maxwell, London, 2002., str. 308.

⁶¹ Podvučeni dio dodan je Berlinskom revizijom iz 1908.

⁶² Henneberg, I., *Uživanje zaštite prema Stockholmskom aktu Bernske konvencije*, Simpozij o pitanjima što ih je otvorila konferencija u Stockholmu o intelektualnom vlasništvu 1967., Institut za međunarodno pravo i međunarodne odnose, Zagrebački velesajam, Zagreb, 1969., str. 25.

Ipak, prijedlog u tom smislu naišao je na protivljenje nekih delegacija. One su ovaj poseban uvjet za priznavanje zaštite koreografskim i pantomimskim djelima opravdavale potrebom razlikovanja onoga što je stvorio autor i onoga što prikazuje izvođač.⁶³ Nadalje, postavljalo se i praktično pitanje uživa li autorskopravnu zaštitu koreografsko ili pantomimsko djelo koje je samo emitirano putem televizije, a nije ni na kakav način fiksirano.

Stockholmska revizija prihvatila je kompromisno rješenje između suprotstavljenih stajališta. Iz Bernske konvencije brisan je uvjet konvencijske zaštite fiksiranja na materijalnu podlogu u pogledu koreografskih i pantomimskih djela, međutim, ipak je ostavljeno na dispoziciju nacionalnim zakonodavstvima da taj uvjet propišu za pojedinačne, ili za više ili čak za sve kategorije zaštićenih djela. Na taj način otvorena je mogućnost da uvjet fiksiranja na materijalnu podlogu postane uvjet zaštite i za druge vrste djela, što je ekstenzivnije odstupanje od opće odredbe prema kojoj zaštitu uživaju književna, znanstvena i umjetnička djela bez obzira na način i oblik izražavanja. Prepuštanjem nacionalnim zakonodavstvima da odlučuju o propisivanju ovog uvjeta zaštite reducira se jednoobraznost konvencijske zaštite.⁶⁴

S obzirom da je u Stockholmskom aktu općenito prevladala tendencija univerzalnosti Bernske unije nad tendencijom unifikacije zaštite, ovakva odredba o fiksiranju djela na materijalnu podlogu kao uvjet zaštite odgovara novoj tendenciji u sustavu Bernske unije.

Sljedeće revizije Bernske konvencije nisu mijenale ovakav pristup, pa današnji tekst Konvencije u svom stavku 1. članka 2. određuje da "izraz "književna i umjetnička djela" obuhvaća sve tvorevine iz književnog, znanstvenog i umjetničkog područja, bez obzira na način i oblik njihova izražavanja, kao što su (.....) dramska ili dramsko-glazbena djela; koreografska i pantomimska djela; (...)." Prema stavku 2. istog članka ostavljeno je, međutim, zakonodavstvima zemalja iz Bernske unije da propišu da će književna i umjetnička djela, ili pak jedna ili više kategorija između njih, biti zaštićena samo ako su fiksirana na materijalnoj podlozi.⁶⁵

Vrlo važan akt međunarodnog prava intelektualnog vlasništva je svakako Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva (TRIPS) iz 1994.⁶⁶ Danas predstavlja najznačajniji međunarodni ugovor koji se odnosi na cjelokupnu materiju intelektualnog vlasništva – industrijsko vlasništvo i autorsko i srodna prava. U članku 9. TRIPS-a predviđena je obveza država

⁶³ Matthyssens, *Oeuvres protegees, champ d'application, duree*, RIDA 1967/68, LIV-LV, str.203.

⁶⁴ Henneberg, I., *Uživanje zaštite prema Stockholmskom aktu Bernske konvencije*, Simpozij o pitanjima što ih je otvorila konferencija u Stockholmu o intelektualnom vlasništvu 1967., Institut za međunarodno pravo i međunarodne odnose, Zagrebački velesajam, Zagreb, 1969., str. 25.

⁶⁵ Vidi pročišćeni tekst Bernske konvencije kod Gliha, I., *Autorsko pravo – zbirka propisa*, Informator, Zagreb, 2000., str. 189. i 191.

⁶⁶ *Ibid.*, str. 387.

članica da se pridržavaju odredaba Bernske konvencije, a obveza se odnosi na članke 1. – 21. Aneksa Pariškog akta Bernske konvencije. Glede autorskih prava, TRIPS također propisuje kako zaštita obuhvaća izražaje, a ne ideje, postupke, metode rada kao takve. Ovo je svakako interesantno i za ovu raspravu s obzirom da se određeni plesni postupci i metode, kao i same koreografske ideje ne mogu štititi i prema odredbama ovog akta, što s obzirom na harmonizacijske procese nužno znači da će ovakve odredbe sadržavati i pretežit broj zemalja, a posebice zemlje članice.

Sličan odnos prema Bernskoj konvenciji predviđa i Ugovor o autorskom pravu (WIPO Copyright Treaty - WCT) Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo iz 1996. Tako je člankom 3. WCT-a predviđeno da će ugovorne stranke primjenjivati *mutatis mutandis* odredbe članaka 2. do 6. Bernske konvencije u pogledu zaštite predviđene WCT-om.⁶⁷

Iako je Bernska konvencija okupila velik broj zemalja članica, ona nije uspjela stvoriti sustav univerzalne pravne zaštite autora i njihovih djela, koji bi bio prihvaćen u cijelom svijetu. Tako anglo-američke zemlje nisu potpisale Bernsku konvenciju zbog specifičnosti svojih pravnih sustava, koji bi u slučaju pristupa ovoj Konvenciji zahtijevali temeljnu reviziju nacionalnih propisa o autorskom pravu. S intencijom uključivanja većeg kruga zemalja u okviru UNESCO-a inicirano je stvaranje novog konvencijskog sustava, što je rezultiralo donošenjem Univerzalne konvencije o autorskom pravu u Ženevi 1952., koja je izmijenjena u Parizu 1971.⁶⁸

Pod utjecajem američkog prava Univerzalna konvencija predviđa ispunjenje određenih formalnosti kako bi se spriječilo neovlašteno iskorištavanje djela od strane drugih osoba i označilo registrirano autorsko pravo. Strani autori – državljani zemalja članica Univerzalne konvencije, obvezni su ispuniti formalnosti koje predviđaju nacionalni propisi zemlje gdje se traži autorsko-pravna zaštita ukoliko prvi put objavljuju svoje djelo u toj zemlji. Ukoliko je djelo već objavljeno u inozemstvu, zemlje u kojima se traži ispunjenje formalnosti dužne su smatrati kako su te formalnosti ispunjene. Ovo je nužno naznačiti upravo radi činjenice što još brojne zemlje predviđaju uvjet formalnosti pri priznanju autorskopravne zaštite koreografskim i pantomimskim djelima za koje se obično traži da su fiksirana na neku materijalnu podlogu. Tim više, što u odnosu na eksplicitnu i široku definiciju književnih i umjetničkih djela iz Bernske konvencije Univerzalna konvencija je pri određenju koja se djela osobito smatraju autorskim djelima dosta rezervirana i, usudili bismo se kazati, staromodna. Naime, u članku I. Univerzalne konvencije određuje se da se zaštita odnosi “na književna, znanstvena i umjetnička djela, kao što su pisana djela, glazbena, dramska i kinematografska djela, slike, rezbarije i kiparski radovi.”

⁶⁷ *Ibid.*, str. 463.

⁶⁸ *Ibid.*, str. 265. i dalje.

Dakle, Univerzalna konvencija eksplicitno ne spominje koreografska i pantomimska djela kao autorska djela. Očito je da su ova djela podvedena sukladno tradicijama anglo-američkog autorskog prava pod dramska djela.

Iako se radi o dva temeljna međunarodnopravna akta s područja autorskog prava, nužno je naznačiti još neke pravne propise međunarodnog karaktera koji se reflektiraju na autorska djela koja su predmet ove rasprave, kao i na pripadajuća prava umjetnika izvođača.

Tako Međunarodna konvencija za zaštitu umjetnika izvođača, proizvođača fonograma i organizacija za radiodifuziju, ili tzv. Rimska konvencija u članku 3. određuje da se umjetnicima izvođačima smatraju, između ostalih, i plesači.⁶⁹ Slično, Ugovor o izvedbama i fonogramima (WIPO Performances and Phonograms Treaty – WPPT) Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo, Ženeva 1996. g., u članku 2. kad određuje koga smatra pod umjetnicima izvođačima, između ostalih, navodi i plesače i druge osobe koje pokretima izvode umjetnička djela, ali i izražaje folklore.⁷⁰

4.3. Pregled rješenja u poredbenom pravu

4.3.1. Komparativni prikaz autorskopravnih zakonodavstava

U poredbenom autorskom pravu kada su u pitanju koreografska i pantomimska djela, možemo utvrditi četiri pristupa odnosno zakonska rješenja:

1. ova djela uopće nisu u zakonu eksplicitno navedena;
2. ova djela eksplicitno su uključena, odnosno obuhvaćena dramskim i dramsko-glazbenim djelima;
3. ova djela nisu izdvojena u posebnu kategoriju, nego su izričito navedena uz dramska i dramsko-glazbena djela, te tvore jednu kategoriju;
4. ova djela izdvojena su u posebnu kategoriju (vrstu) autorskih djela.

Uz ova četiri osnovna pristupa moramo ukazati i na dva potpristupa, koje možemo naći uz zakonska rješenja gore naznačena pod točkama 3. i 4. Naime, kad u zakonima određenih zemalja nailazimo na eksplicitno navođenje ovih djela kao autorskih djela, bilo uz druga djela ili izdvojena u posebnu kategoriju, određeni zakoni ne traže dodatne uvjete za priznavanje zaštite, dok neki zakoni izričito navode da ta djela moraju biti fiksirana na određeni medij, bilo u pisanoj formi ili na drugi način.

U prvu grupu rješenja gdje su koreografska i pantomimska djela uključena u dramska i dramsko-glazbena djela spadaju ona rješenja primjerice sadržana u autorskim zakonodavstvima Ujedinjenog Kraljevstva, Republike Irske, Kanade, Australije, Norveške, Malezije i Zambije.

⁶⁹ *Ibid.*, str. 323. i dalje.

⁷⁰ *Ibid.*, str. 485.

Obično se rabi sintagma da dramska djela obuhvaćaju i koreografska i pantomimska djela odnosno djela mime. Izraz “obuhvaća” općenito se primjenjuje u stipulacijama u kojima se daje tumačenje, a kako bi se proširilo značenje riječi ili izraza koji se pojavljuju u tekstu zakona. U slučajevima kada se primjenjuju ove riječi ili izrazi, oni se moraju tumačiti tako da podrazumijevaju ne samo one predmete koje označavaju sukladno svome prirodnome značenju, nego i one za koje je određenjem u kojemu se daje tumačenje utvrđeno da će obuhvatiti. Utvrđeno je da kada se u zakonu primjenjuje riječ “obuhvaćajući” ili “obuhvaća”, radije nego riječ “znači”, tada se ne pretpostavlja da je definicija potpuna ili iscrpna te tako ne dolazi do isključivanja prirodnoga značenja riječi.

Stoga, od kada je uvedena riječju “obuhvaća”, definiciju “dramskog” odnosno “koreografskoga djela” treba tumačiti kao ilustrativnu ili opsežnu, a ne kao potpuno i iscrpno nabranje.

Kad analiziramo razvoj autorskog prava u Ujedinjenom Kraljevstvu, koje je utjecalo na niz zemalja ovog pravnog kruga, vidimo da je i ono bilo podložno promjenama tijekom vremena u kontekstu materije koja je predmet ove rasprave.⁷¹

Prema Copyright Act iz 1911., odnosno čl. 35. st. 1., pojam “dramsko djelo” obuhvaća svako djelo za recitaciju, **koreografsko djelo** ili zabavne točke u nijemoj predstavi, čiji su scenski aranžmani ili oblik izvedbe utvrđeni u pisanom obliku ili na neki drugi način, te svaku kinematografsku produkciju gdje aranžman ili oblik glume, ili kombinacija prikazanih događaja djelu daju originalan karakter. Korekcija ove zakonske definicije data je u sljedećoj britanskoj reformi autorskog prava iz 1956., gdje se u čl. 48. st. 1. Copyright Act navodi da “dramsko djelo” obuhvaća **koreografsko djelo** ili zabavne točke u nijemoj predstavi ukoliko su svedene na tekst u obliku u kojemu se djelo ili zabavne točke imaju izvesti, ali ne obuhvaća kinematografski film koji je različit od knjige snimanja ili scenarija za kinematografski film.⁷² I konačno važeći Copyright, Design and Patents Act, iz 1988., u članku 3. st.1. utvrđuje da “dramsko djelo” obuhvaća plesno djelo ili djelo mime.⁷³ Dakle, zakon ne definira dramsko djelo već se kaže da ono uključuje djela plesa i mimike.⁷⁴ Sudovi ovu zaštitu proširuju odlukama prema kojima “dramsko” podrazumijeva elemente izvedbe odnosno predstave praćene radnjom.⁷⁵ S obzirom na važnost precedentnog prava u pravnom sustavu Ujedinjenog Kraljevstva valja navesti i odluku u predmetu *Massine v. De Basil* u kojoj se navodi “(...) da se balet

⁷¹ Cornish, W.R., *op.cit.*, str. 336-337.

⁷² Skone James, Copinger and Skone James on the Law of Copyright, 12th edition, London, Sweet & Maxwell, 1980., str. 161-168.

⁷³ Christie, A. & Gare, S., Blackstone's Statute on Intellectual Property, 7th Edition, Oxford University Press, New York, 2004., str. 27.

⁷⁴ Hart, T. – Fazzani, L., Intellectual Property Law, second edition, Palgrave, Hampshire & New York, 2000., str. 145.

⁷⁵ Vidi odluku u predmetu *Norowzian v. Arks Ltd.* (No.2) (2000) FSR 363.

sastoji od nekoliko elemenata – glazbe, priče ili libreta, koreografije ili zabilježbe plesa, scenografije i kostima.”⁷⁶ Prema tome, “dramsko djelo” obvezno traži određeni oblik radnje, bilo da se radi o glumi, plesu ili mimici.⁷⁷

Slična rješenja britanskom sadrže i još neka zakonodavstva. Tako je koreografija zaštićena kao koreografska predstava odnosno kao subkategorija dramskog djela prema čl. 10. st.1. australskog Copyright Act iz 1968. Isto se odnosi i na djela pantomime. Da bi uživalo zaštitu, koreografsko djelo mora biti originalno i mora biti izraženo u materijalnoj formi, odnosno mora biti dokumentirano ili snimljeno na određeni način.⁷⁸ Irski Copyright and Related Rights Act, iz 2000., u čl. 17. st. 2. toč.a štiti originalna literarna, dramska, glazbena ili umjetnička djela, s tim da u čl. 2. određuje da dramska djela uključuju koreografska ili djela mime.⁷⁹ Kanadski Copyright Act (Chapter C-42, R.S.1985.) definira u čl. 2. koreografsko djelo kao djelo koje uključuje djelo koreografije, bilo da sadrži ili ne dramsku radnju. Također, da bi koreografsko djelo koje je podkategorija dramskog djela bilo zaštićeno, mora biti fiksirano u pisanoj formi ili na drugi način.⁸⁰ Nadalje i norveški zakon utvrđuje da su zaštićena, između ostalih, i djela za scensko izvođenje, dramska i glazbena kao što su i koreografije i pantomime, kao i radio igre.⁸¹ I na drugim kontinentima gdje je britanski utjecaj bio izražen kroz povijest nailazimo na slična rješenja. Tako malezijski Copyright Act No. 332, iz 1987., među autorskim djelima navodi i literarna djela koja uključuju koreografiju i pantomimu, dok zambijski Copyright and Performances Rights Act iz 1994. određuje da dramska djela sadrže i djela plesa i mimike kada su fiksirana u pisanom obliku ili su drukčije notirana, odnosno u audiovizualnom djelu.

“Dramsko djelo” obuhvaća svako djelo namijenjeno recitaciji, **koreografsko djelo** ili zabavne točke u nijemoj predstavi, čiji su scenski aranžmani ili oblik izvedbe utvrđeni u pisanom obliku ili na neki drugi način, ali ne obuhvaća kinematografski film”, navodi u čl. 2. toč. h indijskog Copyright Act iz 1957. godine. Copyright Act Južnoafričke Republike, iz 1978., u čl. 1. također određuje da “dramsko djelo obuhvaća koreografsko djelo ili zabavne točke u nijemoj predstavi, ukoliko su svedene na materijalni oblik u kojemu se djelo ili zabavne točke imaju izvesti, ali ne obuhvaća kinematografski film koji je različit od knjige snimanja ili scenarija za kinematografski film”.

Čitav niz zemalja u svojim zakonodavstvima o autorskom i srodnim pravima koreografska i pantomimska djela ne izdvaja u posebnu kategoriju, nego ih navodi uz neka druga djela u jednoj kategoriji. Tako novi Zakon o autorskom

⁷⁶ *Massine v. De Basil* (1937), 81 S.J. 670.

⁷⁷ Marett, P., *Intellectual Property Law*, Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 29.

⁷⁸ Giles, K., *Shall We Dance: dancing and copyright law*, ART+law, March 2005.

⁷⁹ Ovaj i drugi recentni zakoni o autorskim pravima dostupan je na internetskim stranicama www.unesco.org/culture/copyright.

⁸⁰ Carrière, L., *op.cit.*, str. 1.

⁸¹ Vidi čl. 1. st. 2. toč. 3. norveškog Copyright Act-a No.2. of May 12, 1961, last amended by the law of July 1, 2001.

i srodnim pravima Srbije i Crne Gore u čl. 2. st. 2. toč. 3. određuje da se posebice štite i dramska, dramsko-muzička, koreografska i pantomimska djela, kao i djela koja potječu iz folkloru.⁸² Sličnu odrebu sadrži i španjolski Intellectual Property Law od 12. lipnja 1996. kada u čl. 10. st. 1. toč. c) među kategorijama autorskih djela navodi i onu koju čine dramska i dramsko-glazbena djela, koreografije, pantomime i uopće kazališna (scenska, teatarska) djela. Posebno zanimljivu odrebu sadrži i novelirani austrijski Copyright Act iz 2003. kada u čl. 2. st. 2. uz scenska djela kao djela tjelesnog pokreta (Körperbewegungen) navodi i koreografska i pantomimska djela, a uz dramska djela vezuje koreografska djela i poljski zakon.⁸³

Neka autorska zakonodavstva uopće eksplicitno ne navode koreografska i pantomimska djela kao autorska djela za koja je osobito zajamčena zaštita. Međutim, obično se u zakonima o autorskom pravu samo primjerice navode najkarakterističnija djela koja se smatraju autorskim djelima, ostavljajući uz ta taksativno nabrojena djela i zakonsku mogućnost da takvu zaštitu uživaju i druga djela koja ispunjavaju preduvjete propisane zakonom, odnosno osim onih koja to ne mogu biti po svojoj naravi ili su izričito isključeni od zaštite u skladu sa zakonom. Stoga i ovakva zakonska rješenja, koja ne navode koreografska djela kao autorska djela, ne možemo tumačiti na način da isključuju zaštitu ovih djela u smislu autorskog prava, Štoviše, držimo da se ovi zakoni mogu tumačiti na način da su ili koreografska djela implicitno uključena u dramska djela ili im se generalnom klauzulom osigurava zaštita. Ovakva rješenja nailazimo, primjerice, u pravima Belgije, Danske, Finske, Švedske i Kenije, koja obično navode dramska i dramsko-glazbena djela kao autorska djela.⁸⁴

I konačno, brojne države u svojim autorskopравnim zakonima navode koreografska i pantomimska djela kao posebnu kategoriju djela kojima zakon jamči osobito autorsku zaštitu. Tako njemački Gesetz über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), od 1. siječnja 1966., s novelom iz 2002., u čl. 2. st. 1. toč. 3., među autorskim djelima posebno navodi pantomimska djela odnosno djela plesne umjetnosti.⁸⁵ I rusko autorsko pravo sadrži pristup po kojemu su koreografska i pantomimska djela izdvojena u posebnu kategoriju i za njihovu zaštitu ne traže se dodatni uvjeti notiranja ili

⁸² Zakon je objavljen u "Službenom listu Srbije i Crne Gore", br. 61/04.

⁸³ Barta, J. (red.), *Pravo autorskie, System Prawa Prywatnego*, Tom 13, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych Pan, Warszawa, 2003., 23.

⁸⁴ Vidi belgijski Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins, od 30. lipnja 1994., s izmjenama i dopunama iz 1995. i 1998.; čl. 1. danskog Consolidated Act on Copyright, No. 164., iz 2003.; čl. 1. finskog The Copyright Act, No. 404., od 8. srpnja 1961. s izmjenom iz 1998., te čl. 22. st. 1. kenijskog Copyright Act iz 2001.

⁸⁵ "Literarna, znanstvena i umjetnička djela zaštićena temeljem ovoga Zakona, posebice: (...)3. pantomimičarska djela, uključujući koreografska djela (...)" O rješenjima njemačkog autorskog prava detaljnije kod Harke, D., *Urheberrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln – Berlin – Bonn – München, 1997.; Kurz, H., *Praxishandbuch Theaterrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 1999., str. 517.; Nordemann, W., *Das neue Urhebervertragsrecht, zur Reform 2002*, Verlag C.H. Beck, München, 2002.

fiksiranja.⁸⁶ I važeći slovenski Zakon o autorskim i srodnim pravima⁸⁷ u čl. 5. st. 2. toč. 5. sadrži isto rješenje, kao i Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima u Bosni i Hercegovini (čl. 6. st. 2. toč. e).⁸⁸

Već smo naveli da isto rješenje poznaje i pravo SAD-a,⁸⁹ uz poštivanje neobveznog sustava registracije,⁹⁰ ali tek po reformi iz 1976., koja je stupila na snagu 1. siječnja 1978., prije koje je slično britanskom pravu koreografija uživala zaštitu pod kategorijom dramskih i dramsko-glazbenih djela.⁹¹ Smatramo kako je važno ukazati na neke precedente iz američke sudske prakse na ovom području. Jedan od najvažnijih slučajeva je svakako spor *Horgan v. MacMillan*, koji predstavlja važnu vodilju u pravnom aspektiranju povreda autorskog prava na području koreografije.⁹² Nadalje, sudska praksa očitovala

⁸⁶ Vidi čl. 7. st. 1. toč. 3. ruskog Kodeksa No. 5351 od 9. srpnja 1993. modificiranog 19. srpnja 1995.

⁸⁷ Zakon je objavljen u Službenom glasniku Republike Slovenije br. 21/95, 9/01, 30/01 i 43/04.

⁸⁸ Zakon je objavljen u PS BiH br. 43/02 i na www.basmp.gov.ba/iv/zakona.htm.

⁸⁹ Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code, June, 2003., par. 102.a) toč. 4.:

“(a) Autorskopravna zaštita postoji, sukladno ovome naslovu, kod originalnih autorskih djela kojima je dan čvrst oblik na bilo kojem opipljivom izričajnom mediju, koji je sada poznat ili kasnije razvijen, a temeljem kojega je djela moguće opažati, reproducirati ili prenositi na neki drugi način, bilo izravno ili pomoću uređaja ili mehanizma. Autorska djela obuhvaćaju sljedeće kategorije: (...) (4) pantomime i koreografska djela; (...)”.

Za teorijsku misao vidi Kibbee, B., Copyright Protection for Choreography, Arts & The Law 1, 1976.; McMahon, C., Choreography and Copyrihgt, 1978, 3, Arts & The Law 1.

⁹⁰ Naime, po američkom autorskom pravu da bi bile zaštićene pantomime i koreografije ne moraju sadržavati priču ili biti prethodno prikazane pred publikom. U načelu, registracija autorskog prava u sustavu copyright-a je pravna formalnost s namjerom da se dobije javno utvrđenje temeljnih činjenica određenog autorskog prava. Ipak, registracija nije uvjet za autorskopravnu zaštitu. Iako registracija nije pretpostavka za zaštitu, autorsko pravo SAD-a predviđa nekoliko poticaja i prednosti radi upućivanja autora na registraciju svog prava. Vidi za postupak registracije autorskog prava u SAD-u na www.copyright.gov/register/performing.html.

⁹¹ Detaljnije kod Van Camp, J., Copyright of Choreographic Works, 1994-95 Entertainment, Publishing and the Arts Handbook, ed. By Breimer – Thorne – Viera, New York, 1994, str. 59-92.; Fisher, K.A., The Copyright in Choreographic Works: A Tehcnical Analysis of the Copyright Act of 1976, 1984, 31 ASCAP Copyright law Symposium, 145.

⁹² U sporu *Horgan v. MacMillan*, Barbara Horgan, kao izvršni nasljednik George Balanchinea, pokrenula je sudski postupak protiv MacMillan publishers radi povrede autorskog prava glede Balanchineovog “Nutmacker-a”. Horgan je u postupku tražila donošenje privremene mjere radi zabrane izdavanja knjige koju je nakladnik namjeravao izdati, a koja je sadržavala fotografije iz Balanchineovog “Nutmacker-a”. The U.S. District Court odbio je donošenje mjere iz razloga što fotografije po stajalištu suda ne vrijedaju pravo koreografije. B. Horgan se žalila na ovu odluku i to na the U.S. Court of Appeal for the Second Circuit. The Appeal Court u svojoj je odluci zaključio da je niži sud zauzeo krivo stajalište u slučaju predmetne povrede, poništio prvostupanjsku sudsku odluku i vratio slučaj nižem sudu na ponovni postupak, zahtijevajući da niži sud koristi pravilne parametre kod prosudbe radi li se o povredi autorskih koreografskih prava. U toj fazi, stranke su postigle izvansudsku nagodbu. Usprkos tome, odluka višeg suda, koja predstavlja *case of first impression* omogućava da se utvrđenja koja sadrži u obrazloženju koriste i kod ocjene drugih slučajeva. The District Court je utvrdio da je koreografija “tijek koraka” u plesu. MacMillan publishers dokazivali su u ovom slučaju “da središnja temeljna karakteristika koreografije je kretanje”. Iako se viši sud nije složio sa stajalištem nižeg suda oko standarda

se kako se “ čini da je glavni dio i čar predstave prikazivanje žena u novoj odjeći ili razodjenutih, ili, pak, žena tijekom dojmljive glume ili tijekom radnje. Prikazivanje žena, u baletu ili tableaux (slikama), ili čak dok ‘okolo slobodno leže’ u takvome raju, ne predstavlja dramsku kompoziciju i nema pravo na koristi autorskopravne zaštite.”⁹³ Nadalje, u drugom slučaju u *case law* zaključeno je da “je za takvu kompoziciju (djelo) neophodno da priča nekakvu priču. Zaplet može biti jednostavan. Može biti samo pripovijedanje ili prikazivanje jedne aktivnosti; ali mora ponavljati ili oponašati neku radnju ili govor, emociju, strast ili lik, stvarne ili imaginarne. A, kada je to slučaj, ideje izražene na takav način jesu ono što postaje podložno autorskoj zaštiti. Ispitivanje tužiteljevog plesa, u obliku u kakvome je prijavljen za autorskopravnu zaštitu, pokazuje da je kraj za kakvime se tragalo i koji je ostvaren bio samo izmišljena serija gracioznih pokreta, spojenih s privlačnim aranžmanom draperija, svjetala i sjena, a koja nije ispričala nikakvu priču, nije prikazala nikakav lik, niti oslikala bilo kakvu emociju. Čisto mehanički pokreti kojima se na pozornici ostvaruju određeni efekti nisu predmet autorskopravne zaštite, a u slučaju kada ne izražavaju nikakvu ideju, i čiji aranžman izmišlja dramsku kompoziciju. Oni aranžmani koji su ovdje opisani i izvedeni gledatelju svakako prenose, i osmišljeni su da prenesu, nikakvu drugu ideju do poezije pokreta koju pristala žena prikazuje na izuzetno graciozan način. Ovakva ideja može biti ugodna, ali teško se može nazvati dramskom.”⁹⁴

Da bi bilo podobno za zaštitu, djelo mora biti fiksirano na bilo koji opipljiv medij izražavanja sada poznatom ili kasnije izumljenom i razvijenom, s kojeg ono može biti percipirano, reproducirano, ili na drugi način ostvarena komunikacija s djelom, bilo izravno ili uz pomoć aparature ili sredstva.⁹⁵ Dvije kopije ovog fiksiranja moraju biti deponirane u Uredu za autorska prava (the Copyright Office) kada se autorsko pravo registrira.

I neka velika europska zakonodavstva sadrže ovakvo rješenje, ali uz uvjet fiksiranja na materijalnu podlogu. Tako talijanski talijanski zakon br. 633 o zaštiti autorskih i srodnih prava, iz 1941., s posljednjom izmjenom br. 68 od 9. travnja 2003., u čl. 2. st. 1. toč. 3. regulira da se autorskim djelom smatraju i koreografska djela i djela pantomime forma kojih je fiksirana u pisanom obliku

povrede prava, ipak se nije protivio stajalištima da “tijek pokreta” ili “kretanje” predstavljaju osnovne odrednice koreografskih djela. Naime, tu viši sud raspravljajući slučaj prema ranijem američkom zakonodavstvu utvrđuje da “koreografija nije navedena u ranijem zakonu i može se jedino registrirati slijedeći regulativu tog zakona i to kao vrsta dramske kompozicije. Ples je bio zaštićen samo ako postoji priča (libreto), ili ako je razvijao ili budio odnosno karakterizirao neki osjećaj, i na bilo koji drugi način prenio dramsku koncepciju ili ideju.... Prava koreografa na njegovom djelu nisu bila jasno definirana, budući da su mogućnosti utvrđenja koreografije na opipljivoj formi postale dostupne tek s recentnim medijima odnosno djelomično radi otpora prihvatanja apstraktnog nedoslovnog plesa kao općeg priznatog oblika umjetničkog izraza.....” Vidi slučaj *Horgan v. MacMillan*, (1986), 789 F.2d 157 (CA2).

⁹³ Vidi presudu u sporu *Martinetti v. Maguire* (1867), 16 F. 161 (C.C.Cal.), p.162.

⁹⁴ Vidi *case law* u slučaju *Fuller v. Bemis* (1892), 50 Fed. 926 (C.C.S.D.N.Y.)

⁹⁵ 17 U.S.C. 102 (a).

ili na drugi način.⁹⁶ Također, kad je sastavnica izvedbe uz koreografiju i glazba, ovaj zakon sadrži posebne odredbe u čl. 33. i 34. gdje osigurava autoru glazbe u plesnoj i baletnoj predstavi pravo na naknadu za iskorištavanje djela u jednakom iznosu kao i drugog suradnika. Francusko pravo među ova djela, uz koreografiju i pantomimu, još ubraja i cirkuske radnje i djela,⁹⁷ vezujući zaštitu uz fiksiranje ovih djela na pisanu ili drugu materijalnu podlogu.⁹⁸

I zemlje u razvoju,⁹⁹ pa tako i na afričkom tlu, preuzimaju ova rješenja priklanjajući se tako stajalištima Bernske konvencije.¹⁰⁰ Primjerice, Copyright and Neighbouring Act iz 1999. Savezne republike Tanzanije u čl. 5. st. 2. toč. e. izdvaja ova djela u zasebnu kategoriju, ali i u nastavku zakonskog teksta pruža znatnu zaštitu svojoj plesnoj tradiciji i baštini kao i djelima izvedenim iz te tradicije.

Današnja zakonodavna situacija, promatrana kroz komparativnu analizu dostupnih zakona o autorskom pravu, rezultanta je dugog legislativnog povijesnog razvitka, odnosno bila je ovisna o društvenim shvaćanjima plesa i njegovom mjestu među scenskim umjetnostima, kao i o međunarodnopravnim rješenjima koja su također kroz 20. stoljeće dobivala moderne konture koje su prenesene u pojedina nacionalna zakonska određenja. Ipak, ne može se još govoriti o jednoobraznom pristupu.¹⁰¹ Štoviše, različiti pristupi i dalje ukazuju na distinkciju u normativnim promišljanjima ove problematike, iako se sve više uočava tendencija izdvajanja ovih djela u posebnu kategoriju autorskih djela u zakonskim tekstovima mnogih zemalja, na što su najviše utjecala rješenja iz Bernske konvencije te afirmacija plesne umjetnosti kao specifične umjetničke vrste.

⁹⁶ Gaudenzi, A.S., *Il Nuovo Diritto d'Autore*, Maggioli Editore, 2001., str. 28.

⁹⁷ Vidi čl. L 112-2 st.1. toč.6. francuskog Kodeksa intelektualnog vlasništva, od 1994., s posljednjim izmjenama iz 2003.

⁹⁸ Za francusku sudsku praksu citiramo sentencu: "Uzimajući u obzir da se zaštita može tražiti samo kada autor podastre dokaz o postojanju svog djela koji upućuje na realitet djela odnosno na postojanje originalne kreacije. Pri tome je nužno voditi računa o čl. 2. Bernske konvencije koja traži fiksiranje mizanscena, bilo pismeno ili putem fotografije, crteža i dr. Kako Poggi to nije učinio, a kako se radi o djelu koje je atemporalno, nestalno i vezano isključivo za tjelesne pokrete, to je bilo nužno osigurati fiksaciju tako da posjeduje odgovarajući dokaz". Vidi slučaj Poggi v. Éditions Salabert, (1958), 20 R.I.D.A 94 (C.A. Paris). Važno je ukazati na sudske definicije pojmova u francuskoj pravnoj praksi kako slijedi: "Ako je ples umjetnost pokreta, odnosno u isto vrijeme plastična i dinamična umjetnost odnosno njihova kombinacija, i kao takav ne proizvodi samo estetski izražaj već komunicira i prenosi ideju ili emociju, već se distancira i od argumenata baleta.... Koreograf adaptira, scenski realizira, transponira, prenosi u ritmičke figure i pokrete, u geste, izraze, mimiku, cjelinu likova koji se ogledaju u estetskom prijenosu djela u ples." Vidi slučaj Eudes v. Cocteau, (1960), 31 R.I.D.A. 83 (C.A. Paris).

⁹⁹ Za stanje prava intelektualnog vlasništva u ovim zemljama detaljnije kod Yambusic, E.S., *Trade-Based Approaches to the Protection of Intellectual Property*, Oceana Publication, Inc., New York – London – Rome, 1992., str. 7.

¹⁰⁰ O važnosti autorskog prava u suvremenim globalnim gospodarskim uvjetima detaljnije kod Idris, K., *Intelektualna svojina – moćno sredstvo ekonomskog rasta*, Zavod za intelektualnu svojinu & BalkanKult, Beograd, 2003., 157.

¹⁰¹ Lipszyc, D., *Copyright & Neighbouring Rights*, UNESCO, 1999., str. 5.

4.3.2. Utvrđivanje (fiksiranje na medij)

4.3.2.1. Uvjet opipljive forme

Kako bi bilo moguće određena zakonska rješenja u nekim zemljama primijeniti na koreografsko djelo, to djelo prvo treba biti fiksirano na nekoj vrsti opipljivog izričajnog medija, primjerice na materijalnom nositelju.¹⁰² Česta su zakonska rješenja da se zaštita pruža i obuhvaća koreografsko djelo čiji je scenski aranžman ili oblik izvedbe utvrđen u pisanom obliku ili na neki drugi način. Stoga je potrebno ovdje se osvrnuti i na modalitete fiksiranja, jer neovisno da li je to zakonski preduvjet zaštite koreografije u sklopu autorskog prava ili se takav preduvjet ne traži, ali fiksiranje može poslužiti pri rješavanju prijepora kao dokazno sredstvo.

Prvi uvjet, onaj utvrđivanja u opipljivom obliku, predstavlja problem u zaštiti koreografije, s obzirom da pokret nije podložan fiksiranju poput ostalih umjetničkih formi. Konačan proizvod jednoga koreografa prolazan je, i traje samo onoliko koliko i izvedba plesača. Glazba ima sličan problem, ali je bilježenje plesa, ipak, mnogo teže od bilježenja glazbe, stoga što se plesači kreću i u prostoru i u vremenu.¹⁰³

Dakle, koreografija koja je izvedena, ali nije fiksirana na mediju, neće imati pravo na autorskopravnu zaštitu temeljem zakona određenih zemalja koje fiksiranje drže kao preduvjet zaštite ovih djela. Kod zemalja koje takav preduvjet ne predviđaju, koreografsko djelo uživa zaštitu po javnoj izvedbi tog djela. Međutim, koreografija nestaje odmah po izvedbi. Koreografsko djelo koje se prenosi na tradicionalan način, tj. usmeno, privremenog je oblika, s obzirom da o njemu nakon izvedbe nema nikakve bilješke. Privremeno je stoga što nije zabilježeno (fiksirano).¹⁰⁴

Očuvanjem određenog plesa, tako što će učenik ili učitelj jednostavno zapamtiti njegove pokrete i strukture, neće se ispuniti uvjet fiksiranja, kao ni izvođenjem djela u javnosti.

Sama koreografija treba biti svedena na neku opipljivu formu, a ne njena tema ili priča, ukoliko uopće postoje.

4.3.2.2. Sredstva fiksiranja (utvrđivanja)

Tekst Bernske konvencije u svom današnjem izdanju, uključujući zadnju izmjenu od 28. rujna 1979., kada govori o fiksiranju, ostavlja zakonodavstvima

¹⁰² Čak se pojam koreografija rabi i za označavanje sustava znakova kojima se bilježe plesni pokreti i likovi (plesna notacija, postava baleta). Vidi u Hrvatskom enciklopedijskom rječniku, Jutarnji list & Novi Liber, Zagreb, 2004., knjiga 5., str. 205.

¹⁰³ Cook, M., *Moving to a New Beat: Copyright Protection for Choreographies Works*, 1977, 24 *UCLA Law Review*, str. 1294.

¹⁰⁴ Taubman, J., *Choreography under Copyright Revision: The Square Peg in the Round Hole Unpegged*, 1980, 10 *Performing Arts Review*, str. 241.

zemalja članica da propišu kako će određena autorska djela biti zaštićena samo ako su fiksirana na materijalnu podlogu.

Zakonodavstva koja su uredila ovaj uvjet zaštite obično traže da se djelo fiksira u pisanoj formi ili na drugi odgovarajući način. Može se reći da te stipulacije potječu od prvoga stavka članka 2. Berlinske revizije Bernske konvencije (1908.), odnosno znače da pojašnjenje ili svođenje koreografije na opipljivu formu treba biti u **pisanom ili nekom drugom obliku**. Ipak, treba imati na umu da su riječi “ili u nekom drugom obliku”, u gore spomenutom članku 2., umetnute radi postizanja kompromisa između njemačkog i talijanskog stajališta, i zadatak im je bio osigurati najširi mogući manevarski prostor po pitanju načina fiksiranja na medij.

Pod izrazom “pisano” uključuju se riječi koje su otisnute, napisane na pisaćem stroju, naslikane, ugravirane/uklesane, litografirane, fotografirane ili prikazane ili reproducirane na bilo koji način na koji se riječi mogu prikazati ili reproducirati u vidljivom obliku.

Fiksiranje može poprimiti mnoge oblike, poput slikovnih ili pripovjedačkih opisa, filmova ili video vrpce, fotografija, holograma, kompjuterskih animacija i videografije te pisanih zabilježki.

Može se primijeniti i posebno simboličko bilježenje, a kako bi se zabilježila i fiksirala koreografija, tj. kako bi se pokreti sveli na simbole.

4.3.2.3. Sustavi notiranja (bilježenja)

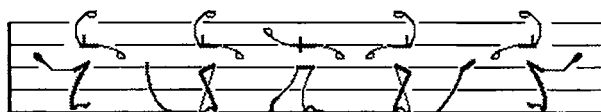
Bilježenje plesa pisanjem na papiru ima dugu povijest. Prvotno je jednostavno opisivanje koreografije svakodnevnim jezikom predstavljalo najbolje raspoloživo sredstvo za bilježenje. Uskoro su umjetnici počeli davati naslove često korištenim sekvencama pokreta, poput “*ronde de jambe*”, te su se ovi naslovi počeli primjenjivati u pisanim opisima kao oblik plesne stenografije. Od ovih su se ranih početaka razvili moderni sustavi bilježenja.

Prvi vizualni pokušaj opisivanja plesa jest Thoinot-Arbeauova *Orchésographie* (1588.) gdje su zapisani opisi položaja i koraka bili popraćeni crtežima i njihovim nazivima. Slijedila je *Chorégraphie ou l'art d'écrire la danse par caractères, figures et signes démonstratifs* (1700.) Raoula Feuilleta, gdje se može naći prava stenografija plesnih koraka koja je, ipak, obuhvaćala samo rad nogu, te Magnyjevi *Principes de Chorégraphie* (1765.) koji predstavljaju cjelovit rječnik plesova i plesnih koraka. Nakon toga, Arthur Saint-Leon izdao je svoju *Sténochorégraphie ou l'art d'écrire promptement la danse* (1852.) čiji je *Sténochorégraphie* sustav kombinirao štapićaste figure s glazbenim crtovljem radi pojašnjenja, kao što je to bio slučaj i s *Grammar of the Art of Dancing* (Gramatikom umjetnosti plesa) (1887.) Alberta Zorna.¹⁰⁵

Svi ovi sustavi više su se ili manje temeljili na glazbenom crtovlju ili varijaciji istog, dok su tada korištene bilješke sa štapićastim figurama nosile

¹⁰⁵ Bourgat, M., *Technique de la danse*, 8th ed., Paris, P.U.F., 1986., str. 65-66.

svoje nedostatke. Crteži se obično izrađuju s gledišta publike, tako da plesač koji ih iščitava treba zamijeniti desnu i lijevu stranu; crteži ne mogu prikazati treću dimenziju; te više daju opis pozicija nego pokreta. Ipak, od Stepanova *L'alphabet des mouvements du corps humain* (1892.), sustava koji se temeljio na anatomskoj strukturi ljudskoga tijela,¹⁰⁶ bilježenje plesa evoluiralo je prema točnijim sustavima pisanoga bilježenja pokreta plesača, a na način kako ih sada nalazimo, primjerice, u Labanovoj Labanotation (1928.),¹⁰⁷ Beneshovoj Choreology (1956.),¹⁰⁸ u sustavu Sutton Dance Writing (1972.),¹⁰⁹ te u sustavu Eskhol-Wachman Movement Notation (1958).¹¹⁰



Sutton Dance Writing

*preuzeto s www.dancewriting.org

Još i danas se označavanjem plesova na papiru bilježe plesni pokreti na način sličan bilježenju glazbenih nota na crtovlju; također, plesač, kao objektivna manifestacija djela, ostaje slobodan interpretirati djelo na način kako želi.

Neki sustavi notiranja primjenjuju crteže stenografskog tipa na glazbenom crtovlju (Sutton) ili analizu pokreta stupnjevanjem lukova, konusa ili okretaja na vodoravnom crtovlju (Eskhol-Wachman). Jednom kada je zabilježen, notirani produkt lako se reproducira u ispisanom ili fotokopiranom obliku, te stoga pruža mogućnost distribucije i rekonstruiranja od strane drugih.

Ipak, dva sustava notiranja dominiraju područjem pisanih zabilježbi: Labanotation (Labanov sustav znakova) i Beneshov sustav znakova.

Najčešće korišteni oblik bilježenja jest Labanotation. Labanotation uključuje crtovlje koje je okomito podijeljeno središnjom linijom kako bi se predočile dvije strane tijela. Crtovlje je nadalje podijeljeno na dva do dvanaest okomitih stupaca. Složeni simboli u ovim stupcima predstavljaju položaje svih dijelova tijela na određenoj točki u vremenu i prostoru. Središnja linija predstavlja kralješnicu, dok desna i lijeva linija odgovaraju desnoj i lijevoj strani tijela. Crtovlje, koje se čita od dna prema vrhu, sadrži simbole koji izražavaju određene pokrete. Dužina ovih simbola označava duljinu vremena dodijeljenu tome pokretu.¹¹¹

¹⁰⁶ Gorsky, A., *Two Essays on Stepanov Dance Notation*, New York, Cord, 1978, str. 53.

¹⁰⁷ Laban, R., *Laban's Principles of Dance and Movement Notation*, Boston, Play's, 1975.

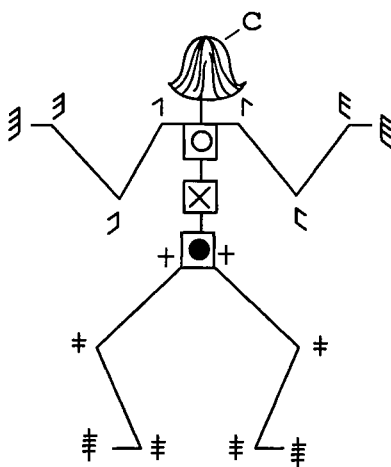
¹⁰⁸ Benesh, R. et al., *An Introduction to Benesh Movement Notation – dance*, New York, Dance Horizons, 1969.

¹⁰⁹ Sutton, V., *Sutton Dance Writing*, na www.dancewriting.org.

¹¹⁰ Vidi na www.movementnotation.com.

¹¹¹ Hutchison, A., *Labanotation: the System of analysing and recording Movement*, 3rd ed., New York, Theatre Arts Books, 1977., str. 124-125.

Kada je koreografija predočena na materijalnoj podlozi, sustavi notiranja izraženi kao književno djelo uživaju posebnu zaštitu, isto kao i fiksiranje na filmu ili videozapisu koje je zaštićeno kao kinematografsko djelo. Dakle, materijalni oblici notiranja odnosno fiksiranja koreografskih djela mogu biti sami za sebe posebna autorska djela.



*Simboli za označavanje dijelova tijela prema sustavu Labanotation
preuzeto s www.whc.net/bhsdance/html/labnotation.html

4.3.2.4. Vizualno bilježenje

Filmovi, fotografije i videovrpce također su sredstvo bilježenja koreografskih djela i udovoljavaju zakonskome uvjetu fiksiranja na medij. Ovaj materijalni nosač može biti zaštićen i kao kinematografsko djelo.

Vrijedi upozoriti da je film ili video zapis svakog elementa jedne, ali samo jedne izvedbe, uključujući interpretaciju konkretnih umjetnika plesača. Rezultat je djelo detaljizirano daleko više nego u ijednom pisanom obliku notiranja, ali rezultira i problemima. Takav oblik fiksiranja je ipak samo zapis, a ne sama interpretacija i kompozicija djela, i to od jedne određene izvedbe i ovisna je i limitirana sudjelovanjem individualiziranih plesača, može čak biti i adaptirana izvedba i odstupati radikalno od koreografske zamisli i namjere. Kako se može dogoditi da se koriste različiti oblici fiksiranja za jedno djelo, nije nezamisliva situacija u kojoj postoji znatna razlika između vizualne snimke i pisanog zapisa, a djelo je fiksirano u obje forme. Također, film se ne može smatrati pouzdanim zapisom u izvedbi djela koje uključuje velik broj izvođača koji fizički ne mogu svi u isto vrijeme stati u isti kadar, odnosno mogu biti vizualno "pokriveni" tijelima drugih izvođača i ostaje mogućnost da pokreti nekih od njih uopće ne budu snimljeni i prepoznatljivi. Očito da plesnim stručnjacima ostaje nezahvalna i značajna uloga prosuditelja u prijepornim pitanjima kada dođe do kolizije sadržaja između različitih formi materijalnih podloga za isto djelo.

Neki autori smatraju da i film izrađen za kućnu uporabu ili u kućnoj radinosti, tj. neprofesionalni ili amaterski uradak (tzv. home movie-type film), može biti prihvatljiv.¹¹² Također ima i mišljenja da detaljna verbalna deskripcija djela može biti prihvatljiv način bilježenja kao i notacija, ako se djelo može rekonstruirati preko tog opisa.¹¹³

Izbor medija za fiksiranje može imati značajnu vrijednost u postupcima, posebice onim sudskim, radi sprječavanja povreda koreografskog djela.

4.4. Koreografija u hrvatskom autorskom pravu

4.4.1. Prikaz zakonskih rješenja u našem autorskom pravu

Od donošenja Zakona o autorskom pravu, iz 1929.,¹¹⁴ koreografsko djelo nije uključeno u definiciju "dramskoga djela", već predstavlja samostalnu, odnosno jednu od osam glavnih kategorija intelektualnih djela zaštićenih ovim zakonom. Dakle, rješenje iz Berlinske revizije Bernske konvencije iz 1908. prihvaćeno je u autorsko zakonodavstvo koje je vrijedilo u Hrvatskoj od 1929. do 2003., odnosno do donošenja sadašnjeg ZAPSP-a.

Naime, koreografska i pantomimska djela, ali uz uvjet da je njihovo predstavljanje izvršeno pismeno ili na drugi način, priznata su kao posebna kategorija autorskih djela i u Zakonu o autorskom pravu iz 1957.¹¹⁵ te u Zakonu o autorskom pravu iz 1978. (dalje: ZAP).¹¹⁶

Dakle, na našim prostorima postojanje autorskopravne zaštite u koreografskome djelu nikad nije bilo uvjetovano vezanošću s "dramom". Može se reći kako koreografija kod nas nije bila "pukom pokćerkom drame".¹¹⁷

U čl. 3. st. 2. toč. 4. ZAP-a među nabrojenim autorskim djelima navodila su se i koreografska i pantomimska djela čije je predstavljanje utvrđeno u pisanom obliku. Radi se o autorskim djelima koja su izražena tjelesnim pokretom, mimikom i gestama u prostoru.

U hrvatskom autorskom pravu ova djela izdvojena su i ranijim propisima u posebnu kategoriju, što se obrazlaže time da ona obuhvaćaju i djela plesnih

¹¹² Overton, Th., *Unraveling the Choreographer's Copyright Dilemma*, 1982, 49 *Tennessee Law Review*, str. 594., cit. prema van Camp, J., *op.cit.*, str. 65.

¹¹³ Taubman, J., *Choreography Under Copyright Revision*, 1980, 10 *Performing Arts Review*, str. 219.

¹¹⁴ Šuman, J., *Zakonski propisi iz autorskog prava, Zakoni Kraljevine Jugoslavije*, knjiga XII., Zagreb, 1930., str. 21.

¹¹⁵ Vuković, M., *Pravila građanskih zakonika*, Zagreb, 1961., str. 334.

¹¹⁶ Feldman, B. – Vukmir, M., *Zakon o autorskom pravu*, Leges, Zagreb, 1994., str. 74., Gliha, I., *Autorsko pravo – zbirka propisa*, Informator, Zagreb, 2000., str. 30.

¹¹⁷ Međutim i u onim zemljama gdje je koreografija bila implicirana u pojmu dramskog djela, prema pravilu tumačenja *noscitur a sociis* (riječi je potrebno iščitavati u njihovom kontekstu), značenje riječi može se utvrditi ili dodatno provjeriti temeljem njene veze s drugim riječima, što se odnosilo na pojmove koreografije u svezi s pojmom drame.

revija i folklornih plesova i obrada koja se ne mogu podvesti pod kazališna djela. Međutim, glavna i najpoznatija koreografska djela jesu balet te suvremeni scenski ples, dok su takva pantomimska djela žive slike, pantomime i dr., te se može zaključiti da pripadaju tzv. scenskim djelima, jer im je, kao i dramskim i dramsko-glazbenim djelima, zajedničko što je način njihovog priopćavanja scensko predstavljanje.¹¹⁸

Naš raniji ZAP, slično kao i rješenja iz francuskog,¹¹⁹ brazilskog,¹²⁰ čileanskog¹²¹ i talijanskog¹²² zakonodavstva, tražio je i dodatni uvjet kod priznavanja ovih djela kao autorskih djela, i to tako da je njihovo predstavljanje utvrđeno u pisanom obliku ili na neki drugi način.¹²³

Već smo ukazali da Bernska konvencija ne sadrži ovakav uvjet nakon njezine revizije u Stockholmu 14. srpnja 1967. godine, ali se u čl. 2. st. 2. iste konvencije ostavlja mogućnost da zemlje članice svojim zakonodavstvima predvide da se ova vrsta djela štiti samo ako su fiksirana na materijalnoj podlozi. Ova mogućnost nije vezana samo za koreografska i pantomimska djela, nego se može odnositi i na druga djela, pa tako i na dramska i dramsko-glazbena djela.

Novi ZAPSP iz 2003. u cijelosti prihvaća recentnu koncepciju Bernske konvencije, te izričito ne traži fiksiranje djela kao uvjet priznavanja zaštite koreografskim djelima.

Da li se definicija "koreografskoga djela" koja ne traži preduvjet fiksiranja djela na materijalnu podlogu (čl. 5. st. 2. toč. 4. ZAPSP-a) odnosi samo na koreografije napravljene nakon stupanja na snagu ovog zakona, odnosno 30. listopada 2003., ili se odnosi i na koreografije osmišljene prije toga datuma?

Ova definicija zasigurno ne izražava retroaktivno djelovanje, s obzirom da nije naznačeno kako ona mijenja zakon od vremena koje prethodi njenom donošenju. Ovo, međutim, ne znači da se ova definicija ne može tumačiti tako da retrospektivno pridružuje nove posljedice djelima stvorenima prije njenog donošenja. Tako i djela koja su stvorena prije 30. listopada 2003. ne trebaju više biti fiksirana ili na drugi način predstavljena. Retroaktivne odredbe mijenjaju zakon kakav je bio; dok retrospektivne odredbe mijenjaju zakon kakav bi inače bio, a s obzirom na događaj koji se prethodno dogodio. Činjenica ipak jest da ne postoje prijelazne odredbe koje bi posebno navodile da se ova nova

¹¹⁸ Ulmer, E., *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin, 1980., str. 143.

¹¹⁹ Vidi čl. L. 112-2. toč. 4. francuskog Law on the Intellectual Property Code, No. 92-597 of July 1, 1992, as last amended by Law No. 97-283 of March 27, 1997.

¹²⁰ Vidi čl. 7., st. 1., toč. IV. brazilskog Law No. 9610 of February 19, 1998, on Copyright and Neighbouring Rights: "choreographic and mimed works whose stage performance is set down in writing or otherwise".

¹²¹ Vidi čl. 3. st. 1. toč. 3. čileanskog Law No. 17.336 on Copyright as amended up to February 22, 1990.

¹²² Vidi čl. 2. st. 1. toč. 3. talijanskog Law for the Protection of Copyright and Neighbouring Rights, No. 633 of April 22, 1941, as last amended by Decree Law no. 154. of May 26, 1997.: "choreographic works and works of dumb show, the form of which is fixed in writing or otherwise".

¹²³ Henneberg tako navodi Labanovo plesno pismo, opise, crteže, slike, snimke i dr. kao modalitete fiksiranja. Cit. po Henneberg I., *op.cit.*, str. 96.

definicija primjenjuje u odnosu na koreografije koje su napravljene prije stupanja na snagu ZAPSP-a, pa uz tumačenja pravne doktrine nužno će biti sačekati i vidjeti i eventualne sudske rješidbe.

4.4.2. Originalnost djela kao pretpostavka zaštite

Prema čl. 5. st.1. ZAPSP-a za pojam autorskog djela bitno je sljedeće: da se radi o originalnoj intelektualnoj tvorevini, da je ta tvorevina s književnog, znanstvenog ili umjetničkog područja, da je individualnog karaktera i da je na neki način izražena.¹²⁴

Dakle, ZAPS određuje da autorsko djelo, između ostaloga, mora biti originalno djelo stvaralaštva kako bi bilo podesno za zaštitu. Klasični test originalnosti za sva autorska djela nije novost, nego kada je produkcija rezultat neovisnog samostalnog pristupa i rada. Jednostavno stoga što je koreograf inficiran djelima prethodnika, bilo iz područja plesa ili iz drugih umjetničkih područja, te se teško može postići dovoljna originalnost za autorsku zaštitu. Koreografskom djelu može nedostajati dovoljno originalnosti ako su kretanja toliko jednostavna ili tako stereotipna da nemaju dovoljno elemenata kako bi predstavljalo kreativno autorstvo.

Pojam "originalnosti" može biti određen elementima mnogih tipičnih plesnih izvedbi:

- a) osnovni koraci, od kojih se ustanovio ili ponovno kreirao vokabular plesnih pokreta, koji su
- b) kombinirani u skevencama od nekoliko pokreta ili koraka;
- c) za jednog ili više plesača;
- d) u plesnom prostoru;
- e) uz dodatak glazbe;
- f) s namjerom da ispriča priču i/ili komunicira ili izražava ljudska uzbuđenja i emocije;
- g) uz pomoć mime, kostima, scenografije i scenske rasvjete.¹²⁵

Jasno, djelo ne mora ispunjavati sve ove elemente da bi se okvalificiralo kao koreografsko djelo. Ovi elementi prisutni su u mnogim djelima i predstavljaju jedan od pristupa u analizi što "originalnost" mora značiti u ovom kontekstu. U nastavku osvrnut ćemo se ukratko na svaki od navedenih elemenata.

Izdvojeni koraci od određenog vokabulara pokreta očito nisu originalni. Novostvoreni koraci, izolirani od neke određene sekvence, mogu biti originalni, ali vjerojatno nepodesni za zaštitu, jer bi predstavljali ideju, sustav ili metodu

¹²⁴ Tako i Tomić, T., Prava likovnih umjetnika po propisima novog ZAPSP, Zbornik Hrvatskog društva za autorsko pravo, 2004., vol. 5., str. 147.

¹²⁵ Detaljnije za američka gledišta kod Van Camp, J., *op.cit.*, str. 61.-62.

djelovanja koji su isključeni od zaštite. Vokabular baleta i suvremenog plesa ipak predstavljaju temeljne pokrete koje može bilo tko koristiti i inkorporirati u originalno koreografsko djelo. Koraci društvenog plesa (*social dance steps*), koraci folklora ili tradicijskog plesa, te individualni baletni koraci su za koreografa poput riječi za pisca književnog djela, i kao takvi ne mogu biti zaštićeni autorskim pravom.

Nadalje, čini se mogućim da kombinacija plesnih koraka može biti originalna, upravo onako kao što može biti kombinacija riječi. Neovisno je su li ili nisu elementi originalni, kombinacija tih elemenata može biti još nevidena i predstavljati određenu novost na tom području. Kombinacija plesnih koraka doima se analognom određenoj distinktivnoj melodiji u glazbi. Ipak, mnoge kombinacije očito pripadaju općem dobru, tako da skeptici sumnjaju da postoji ijedna kombinacija koja bi sadržavala predviđene uvjete originalnosti.

Koreografija za više od jedne osobe također predstavlja moguću originalnost. Primjerice, ansambl može izvesti istu kombinaciju koraka, ali u različito vrijeme, kako bi stvorio dojmljiv i izvoran vizualni primjer plesnog kretanja. Analiza dizajna pokreta pri tome neće biti fokusirana samo na jednog izvođača izoliranog od grupe, kao što se ni kod simfonijskog glazbenog djela pažnja ne usredotočuje samo na jedan instrument u određenom trenutku.

Izbor scenskog prostora može biti originalan i integralni dio djela. Ako koreografsko djelo uključuje oblikovanje kretanja, izbor mjesta za to kretanje treba biti dio tog oblikovanja. Primjerice, uporaba rampi postavljenih iznad gledališta ili stepenice koje vode sa scene u gledalište mogu predstavljati izvoran element u oblikovanju djela. Međutim, puka uporaba scene za sebe vjerojatno će biti isključena od zaštite u smislu što bi predstavljala samo postupak.

Glazba korištena kao dodatak (pratnja) plesnog kretanja podesna je za zaštitu pod drugom kategorijom djela, a ne pod koreografskim djelom. Međutim, izbor određene glazbene pratnje za određenu kombinaciju koraka može doprinijeti originalnosti koreografskog oblikovanja. Naime, koreografska djela obično se i izvode uz neku glazbenu podlogu, bilo da je skladana za to koreografsko djelo ili se koreografija radila na već postojeće glazbeno djelo. Kako su baletne izvedbe gotovo redovito popraćene glazbom, bilo ranije skladanom ili novostvorenom posebno za određeni balet, postavilo se pitanje radi li se ovdje o djelu koautorstva, odnosno jesu li djelo glazbe za balet odnosno djelo koreografije odvojena, posebno zaštićena djela. Naša ranija judikatura priklonila se stanovištu o djeljivosti i posebnosti ovih djela, pozivajući se pri tome na zakonsku stipulaciju u kojoj su glazbena djela odnosno koreografska djela regulirana kao zasebne kategorije autorskih djela. Koreografija baletnih djela je autorsko djelo, ali nije nedjeljiva cjelina s glazbom i scenarijem baleta, pa za razliku od glazbene kompozicije, može postojati više koreografa istog baleta.¹²⁶

¹²⁶ Vidi presudu VSH, Gž-3834/70, od 2. ožujka 1972. Za suprotno mišljenje vidi Spaić, *op.cit.*, str. 46.

Kostimi, scenografija i scenska rasvjeta mogu biti pogodni za zaštitu kao posebne kategorije djela, primjerice kao likovna, grafička ili skulpturalna djela. Kao i izbor glazbe, izbor određenih kostima radi korištenja za određene plesne pokrete mogu biti novina, ali jasno, ne mogu biti dio koreografskog djela u smislu oblikovanja kretanja. Također ni radnja plesne priče odnosno emocije izražene djelom obično neće udovoljiti traženjima pretpostavke originalnosti djela, jer zbog odsutnosti riječi dramski elementi u plesu su isključeni od zaštite.

4.4.3. *Ekspresija djela u odnosu na ideju*

Drugo pitanje koje proizlazi iz novog hrvatskog ZAPSP-a ogleda se u potrebi distinkcije između ekspresije (izražaja) djela i ideje u kategoriji koreografskog djela.

Zaštita je prema čl. 8. st. 1. ZAPSP-a određena za izražaje, a isključena je za ideje, postupke, metode rada, proces, sustav, koncept, načela ili otkriće. Kao takvi isključeni su od zaštite svi elementi standardnog plesnog vokabulara, kao što su primjerice plié ili pirouette. Manje je razumljivo za trivijalno poimanje autorstva, ali gotovo sigurno da su također isključeni od autorskopravne zaštite novoizmišljeni, odnosno novonastali koraci, neovisno o njihovoj umjetničkoj razini, kvaliteti i izvanrednosti,¹²⁷ odnosno novi plesni vokabulari.¹²⁸ Oni su isključeni zbog istih razloga zbog kojih će nova atonalna glazbena ljestvica ili novi glazbeni žanr biti isključeni od zaštite.

Stoga je primarno ovdje utvrditi razliku između novog koraka isključenog od zaštite, i originalne kombinacije koraka, moguće podesne za zaštitu kao dijela cjelovitog koreografskog djela. Plesni teoretičari i historičari igrat će glavnu ulogu u pronalaženju odgovora u svezi s navedenim razlikovanjem.

4.4.4. *Granični slučajevi*

Imajući na umu liberalne definicije koreografije, moglo bi se ustvrditi da, ovisno o uvjetima originalnosti i fiksiranja na medij, ništa ne bi smjelo spriječiti kvalificiranje gimnastičkih ili akrobatskih točaka kao koreografskih djela.¹²⁹

Međutim, smisao sporta odnosno akrobatike nije u osnovi da izražava misli i emocije, već da stimulira tjelesnu snagu i snalažljivost čovjeka i demonstrira njegove fizičke mogućnosti. Stoga se ne bi gimnastičke i akrobatske točke moglo kvalificirati kao koreografska djela.¹³⁰ Sekvence sportske igre ili sporta nisu koreografsko djelo zbog toga što, za razliku od plesa, sportski događaj je

¹²⁷ Primjerice "the split tour jete" slavnog Mikhaila Baryshnikova ili "kick-jete" Maye Plisetskaye.

¹²⁸ Primjerice poznati vokabular koreografkinje Marthe Graham, na www.marthagrahamdance.org

¹²⁹ Tako Carrière, L., *op.cit.*, str. 9.

¹³⁰ Tako Marković, S.M., *Autorsko pravo i srodna prava*, Službeni glasnik, Beograd, 1999., str. 132.

pretežito slijed slučajnih serija događaja. Nepredvidivost radnji kod sportskih događaja nesukladna je s konceptom koreografije.

Ipak, to ne znači da i na području sporta nisu moguća autorska djela. Kao primjeri kada se određenim kombinacijama pokreta na području sporta može priznati karakter autorskog djela mogu poslužiti umjetničko klizanje, revije na ledu i umjetničko (sinhronizirano) plivanje.¹³¹

Dakle, možemo zaključiti da je uvriježen stav kako sportski događaji, osim izuzetno, i artizmi, te dresure životinja, pa makar one bile okvalificirane i kao umjetničke, ne mogu uživati zaštitu kao autorska djela. Također, ni igre mimike živih glumaca koji izgovaraju i dramski tekst ne smatraju se kao posebno zaštićena djela.¹³² U sudskoj praksi ostavljeno je otvoreno pitanje je li happening autorsko djelo.¹³³

4.4.5. *Ostala pitanja u svezi s autorskopравnom pozicijom koreografskih djela*

U Republici Hrvatskoj autorskopравna zaštita koreografskog djela kao autorskog djela egzistira automatski, te nije potrebno registrirati to djelo kod nekog državnog organa kako bi se postigla autorskopравna zaštita.

Dakle, da bi određeno koreografsko djelo uživalo zaštitu kao autorsko djelo, uz ispunjavanje preduvjeta koji se traže da određeno djelo bude autorsko, treba biti objavljeno odnosno predstavljeno javnosti.

U onim pravnim sustavima gdje se prema nacionalnim zakonodavstvima zaštita ne proteže na koreografska djela koja nisu svedena na opipljivu formu, što je rijetko slučaj, barem tijekom kreativnog procesa,¹³⁴ s obzirom da u ovoj fazi koreografsko djelo još nije fiksirano, ono neće moći koristiti autorskopравnu zaštitu, a kako bi se spriječilo neovlašteno prisvajanje koreografije.

¹³¹ Vidi za njemačku sudsku praksu odluke Saveznog suda Njemačke od 18.3.1960. u predmetima "Eisrevue I" (GRUR 1960, str. 605) i "Eisrevue II" (GRUR 1960, str. 606), u kojima je priznat karakter autorskog djela revijama na ledu. Ovaj stav zastupa i Spaic, V., *op.cit.*, str. 46.

¹³² Kurz, H., *Praxishandbuch Theaterrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 1999., str. 517.

¹³³ Za njemačku praksu vidi stav u odluci BGH GRUR 1985, str. 529 – Happening. Cit. prema Trampuž, M., *Avtorsko pravo*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 2000., str. 99. Inače, pod happeningom podrazumijeva se oblik kazališnog djelovanja koji se ne služi unaprijed utvrđenim tekstom ili programom (eventualno scenarijem ili uputama), a donosi ono što se naizmjence nazivalo događajem, akcijom, procedurom, pokretom, performansom, odnosno aktivnost koju predlažu i izvode umjetnici i sudionici, oslanjajući se na slučaj, neočekivanost i neizvjesnost, a da ne žele oponašati neku izvanjsku radnju, ispričati neku priču, proizvesti značenje, služeći se svim mogućim umjetnostima i tehnikama, kao i stvarnim okruženjem. Cit. prema Pavis, P., *op.cit.*, str. 125.

¹³⁴ Takav kreativni postupak obično uključuje sinergiju koreografa i plesača. Koreograf skupinu plesača, uglavnom, poziva na probu nakon što je formulirao ideje za ples, uključujući svaku radnju koju je potrebno uključiti u djelo. Koreograf je velik broj plesnih koraka vjerojatno zamislio i prije nego se doista susreo sa plesačima, ali se velik dio kreativnog rada razvija i korištenjem plesača. Plesači izvode te korake na način kako ih upućuje koreograf, a koreograf mijenja pokrete kako bi oblikovao raspoloženje ili ideju djela. Plesačima se ne daju note iz kojih bi mogli čitati svoje korake.

Ipak i sustavima koji za priznavanje autorskog karaktera koreografskom djelu ne traži preduvjet fiksiranja djela na materijalnu podlogu, kao što je slučaj kod našeg ZAPSP-a, stupanj fiksiranja na medij, koji ne mora nužno biti precizan, može imati ipak bitnu važnost kada se razmatra sa stajališta utvrđivanja povrede koja uključuje fingiranu imitaciju.

Dakle, s obzirom na koreografska djela, autorskoppravna zaštita nije vezana uz samu temu, nego više uz njenu izvedbu, ono što je zaštićeno više je ili manje kombinacija koraka. Ipak, činjenica je da izvođenje ovih koraka može uvelike varirati od jednog plesača do drugog, sukladno njihovoj vlastitoj interpretaciji. Zbog tog razloga koraci mogu biti prilično slični, dok njihovo izražavanje od strane plesača može biti toliko različito da je koreografiju koja oponaša moguće doživjeti kao različitu od one koja se oponaša. Međutim, temeljem ZAPSP-a izvedba djela nije ono što je zaštićeno ako autorsko djelo, nego upravo samo djelo. Kod pitanja da li će posebni aranžmani pokreta predstavljati neovlaštenu javnu izvedbu koreografskoga djela ili njegovog znatnog dijela, pridržavat će se istih pravila koja vrijede za ostala zaštićena djela.

Fiksiranje na medij, uz bilježenje izričitih detalja, korisno je prilikom dokazivanja da je kršitelj "kopirao" iz originalnog djela, za razliku od osobnog stvaranja djela. Nevjerojatna sličnost specifičnih pokreta i detalja umanjuje mogućnost da su dva koreografa neovisno stvorila te pokrete.

Povreda koreografskoga djela nije ograničena na njeno neovlašteno izvođenje u javnosti; do povrede može doći i adaptacijom koreografskog djela, kao i slikovnom reprodukcijom (crtanje skica, fotografiranje prizora, snimanje ili video-snimanje) ili telekomunikacijskim prenošenjem istog. Tako je naša sudska praksa zauzela stajalište da okolnosti što tuženik nije znao da je tužitelj autor koreografije i muzike, ne isključuje pravo tužitelja da zahtijeva zaštitu autorskih prava i naknadu štete, a vezano je upravo za slučaj kad je do povrede došlo vizualnom reprodukcijom djela.¹³⁵

¹³⁵ "Iz pismene dokumentacije u spisu proizlazi da je tužitelj autor koreografije i muzike "P.plesova", od kojih je jedan prikazan u filmu tuženika. Ovu činjenicu ne osporava ni tuženik, navodeći da nije znao da je tužitelj autor koreografije i muzike što, međutim, ne isključuje pravo tužitelja da u smislu čl. 97. ZAP-a zahtijeva zaštitu svojih prava i naknadu štete koja mu je nanesena povredom autorskih imovinskih i moralnih prava. U smislu čl. 33. t. 1. navedenog zakona, autor ima isključivo pravo da daje dozvolu, među ostalim, za emitiranje svog djela zvukom i slikom, a kako je u postupku nedvojbeno utvrđeno da to svoje pravo nije prenio na treće osobe, pa niti na ansambl N.N., to nisu ispunjene pretpostavke iz čl. 12. st. 1. ZAP-a te pored tužitelja kao autora u spornom slučaju nema drugog nositelja autorskog prava. Neosnovano je stoga pozivanje tuženika da nije znao tko je nositelj autorskog prava, jer tuženik kao organizacija koja se bavi snimanjem filmova, u čijoj realizaciji sudjeluje niz autora (scenarij, muzika, koreografija, scenografija itd.) očito nije bio osoba koja ne poznaje propise iz oblasti o autorskim pravima. Stoga je bio dužan primijeniti i odredbu čl. 39. st. 1. ZAP-a iz koje proizlazi da autori književnih, muzičkih i znanstvenih djela imaju isključivo pravo da daju dozvolu za kinematografsko prilagođavanje ili reproduciranje tih djela, kao i za promet tako prilagođenih i reproduciranih djela. Kako je, dakle, tuženik postupio protivno izričitim zakonskim propisima, očito je da je povrijedio autorska imovinska prava tužitelja, pa je dosljedno tome dužan tužitelju nadoknaditi štetu koja mu je odatle proizašla." Cit. odluka VPSH, Pž-1794/81, od 6.4.1982., PSP 31/86, odl. 153.

Moralna prava koreografa, kao autora koreografskoga djela, mogu biti povrijeđena ukoliko on nije povezan s djelom kao autor. Može se pojaviti zanimljivo pitanje o osnovi i prirodi pravne zaštite koja je na raspolaganju koreografu kada se njegovo ime veže uz koreografiju s kojom on nije povezan, čak niti neznatno (kao u slučaju adaptacije koja se znatno udaljila od originala), ili kada se njegovo ime povezuje s neovlaštenom ili nepotpunom verzijom njegovog originalnog djela.

Moralno pravo koreografa, kao autora koreografskoga djela, može biti povrijeđeno ukoliko je djelo izmijenjeno ili se povezuje s proizvodom ili uslugom, a na štetu autorove časti ili ugleda.

5. O djelima folkloru i tradicijskom plesu u hrvatskom autorskom pravu

Naš zakonodavac za ova djela rabi pojam “narodne književne i umjetničke tvorevine” u čl. 8. st. 3. ZAPSP-a.

Međutim, za razliku od ranijih rješenja, naše novo autorsko pravo utvrđuje da narodne književne i umjetničke tvorevine u izvornom obliku nisu predmetom autorskog prava. Kako se, dakle, ne radi o samostalnim autorskim djelima, ni zbirke narodnih i umjetničkih djela, neovisno o njihovoj originalnosti i umjetničkoj i kulturološkoj vrijednosti, ne predstavljaju zaštićene kategorije djela, analogijom iz čl. 7. st. 1. ZAPSP-a. Naime, ZAPSP u citiranoj odredbi utvrđuje da su zbirke isključivo samostalnih autorskih djela zaštićene kao takve, ako ispunjavaju uvjete glede originalnosti, osobnosti i izvornosti. Sličan zaključak odnosio bi se i na djela prerade izvornih narodnih književnih i umjetničkih tvorevina, koja prema stipulaciji čl. 6. st. 1. ZAPSP-a ne bi uživala zaštitu, jer se traži kod djela prerade da se radi o preradama autorskog djela koje predstavljaju individualne originalne intelektualne tvorevine. Čini nam se, *de lege ferenda*, da je zakonodavac ovdje ipak trebao priznati zaštitu originalnim adaptacijama i zbirkama narodnih tvorevina.

Pravo iskorištavanja narodne kulturne baštine nije ograničeno, dakle, svi ju mogu koristiti kao opće dobro i nitko nema na njoj isključivo pravo.¹³⁶ Ipak, za njihovo priopćavanje javnosti plaća se naknada kao za priopćavanje javnosti zaštićenih autorskih djela. Naknada je prihod državnog proračuna i koristi se za unaprjeđenje odgovarajućeg stvaralaštva s odgovarajućeg područja. Prema tome, kako se za kazališne i druge scenske inscenacije koriste i djela iz tzv. narodne baštine, producenti će biti obvezni plaćati odgovarajuću naknadu za korištenje tih djela u svrhu javne izvedbe.

Raniji naši propisi sadržavali su bitno drukčija rješenja u svezi s ovim djelima. U ZAP-u iz 1978., uz koreografska i pantomimska djela u istoj

¹³⁶ VTS RH, Pž-3243/96, od 23.9.1997., Zbornik odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994. – 2004., broj 9, odl. 159, str. 119.

kategoriji bila su uključena i djela koja potječu iz folklor.¹³⁷ Kod toga, za razliku od koreografskih i pantomimskih djela, kod djela iz folklor nije se tražio dodatni uvjet zaštite u vidu potrebe da ta djela budu fiksirana u pisanom ili nekom drugom obliku. Radilo se o nejasnoj odredbi, jer se postavljalo pitanje odnosi li se ova zakonska sintagma na izvorna ili obrađena djela. Neki autori tumačili su ovu odredbu na način da se odnosi samo na plesni folklor.¹³⁸ Zbirke djela koja potječu iz folklor također su po odredbi čl. 4. ZAP-a iz 1978. uživale autorskopravnu zaštitu kao takvu. Uporaba narodnih književnih i umjetničkih tvorevina radi književne, umjetničke ili znanstvene obrade bila je prema odredbi čl. 6. ZAP-a iz 1978. slobodna,¹³⁹ ali sukladno odredbi čl. 50. ZAP-a iz 1978. iskorištavanje tih djela u svrhu javnog prikazivanja, odnosno izvedbe, nije bilo oslobođeno plaćanja naknade. Prerade djela koja potječu iz folklor uživala su zaštitu prema čl. 5. ZAP-a iz 1978.

Raniji Zakon o autorskom pravu, iz 1957. godine, nije propisivao uživanje autorskopravne zaštite za narodne i umjetničke tvorevine, ali su bile zaštićene kao takve zbirke narodnih i umjetničkih djela koje su s obzirom na izbor, način izlaganja i raspored građe predstavljale samostalne duhovne tvorevine.¹⁴⁰ Osobe koje su koristile ta djela slobodna za uporabu radi književnog, umjetničkog ili znanstvenog obrađivanja bile su dužne označiti porijeklo djela, odnosno nisu smjele te tvorevine sakatiti i vrijeđati, odnosno koristiti ih na nedostojan način. Narodnim tvorevinama nije priznavao zaštitu ni Zakon o zaštiti autorskog prava iz 1929. godine.¹⁴¹

Ni Bernska konvencija ne uključuje folklorna djela među djela koja nabraja u čl. 2. st. 1. Tijekom Stockholmske konferencije, iz 1967. radi revizije Bernske konvencije predložila je indijska delegacija da se među taksativno navedena autorska djela po Bernskoj konvenciji uvrste i djela folklor. Time se izrazio interes zemalja u razvoju za zaštitu svojega folklor koji se sve više počeo iskorištavati u svijetu, posebice u vidu tzv. *world music*, odnosno njegovog korištenja u različitim priredbama i radiodifuziji.¹⁴² Međutim, takav prijedlog

¹³⁷ Vidi čl. 3. st.2. alineja 4. ZAP-a iz 1978.

¹³⁸ Tako Henneberg, I., *Autorsko pravo*, Informator, Zagreb, 2001., str. 97.

¹³⁹ Vidi presudu VTS RH, I Pž-2986/94-2, od 7.2.1995., kod Gliha, I., *Autorsko pravo*, sudska praksa, Prilog lista Informator, br. 24., Inforator br. 4450-4451, od 30.10. i 2.11.1996., odl. br. 33., str. 8.

¹⁴⁰ Spaić, V., *op.cit.*, str. 42.

¹⁴¹ Izdavač bajki ili narodnih pjesama nema autorskog prava na bajci ili na narodnoj pjesmi, samo zbirka, ukoliko pokaže naročitu individualnu formu, uživa zaštitu. Drugačije je bilo kad autor sakupljeni materijal samostalno prerađuje, jer u tom slučaju stječe na ovom djelu pravo autora. Vidi Šuman, J., *Zakon o zaštiti autorskog prava i međunarodnih propisa*, Beograd, 1935., str. 47. *Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima u Bosni i Hercegovini*, iz 2002. g., u čl. 14. st. 3. određuje da je osoba koja je stvorila umjetničko ili književno djelo uporabom narodnih književnih ili umjetničkih duhovnih tvorevina, autor tog djela.

¹⁴² Izostanak očekivane zaštite na međunarodnoj razini, izazvao je potrebu da neke zemlje svoju folkloru baštinu zaštite nacionalnim propisima. Tako je Tanzanija u svom Copyright and Neighbouring Act iz 1999. g. izričito u čl. 2. st. 2. predvidjela zaštitu folklor kao autorskog

nije prihvaćen, odnosno stalo se na stajalište kako se ne radi o posebnoj kategoriji djela. Prema tada zauzetom stavu radi se o djelima koja nisu izdana i kojima je autor nepoznat, pa se pitanje njihove zaštite treba riješiti u okviru odredaba o presumpciji autorstva i zastupanju nepoznatog autora.¹⁴³

6. Prerade kazališnih autorskih djela

Čest je slučaj da se autor prigodom stvaranja novog autorskog djela "naslanja" na već poznato autorsko djelo, bilo da ga ono inspirira kao motiv ili da ranije djelo stvaralački varira pretvarajući ga u novo djelo.

Pod adaptacijom¹⁴⁴ (franc. *adaptation*, engl. *adaptation*, njem. *Bühnenbearbeitung*, *Adaptation*, *Adaption*, španj. *adaptación*) u teatrološkom smislu riječi podrazumijevamo preinaku nekog djela njegovim premještanjem iz roda u kojem je napisano u drugi rod (primjerice, romana u kazališno djelo kada se roman pretače u dijaloge koji se često razlikuju od izvornih, te prije svega u scenske radnje koje se koriste svim sredstvima kazališnog predstavljanja – gestom, slikom, glazbom i sl.).

Još uži je pojam dramatizacija (franc. *dramatization*, engl. *dramatization*, njem. *Dramatisierung*), odnosno prilagodba nekog epskog ili pjesničkog teksta i njegovo pretvaranje u dramski tekst ili građu za uprizorenje. Posebno je pojavno izražena dramska adaptacija romana, po uzoru na film i televiziju.¹⁴⁵ Danas se u okviru djelovanja dramaturga u suvremenom teatru odvijaju "zahvati" u izvorni dramski tekst ili pak u drugi književni predložak, pa se često gubi veza s temeljnim djelom. Međutim, ovdje još jednom moramo *explicite* upozoriti kako se za ovakve zahvate mora tražiti prethodno odobrenje autora u skladu s odredbom čl. 31. u svezi s čl. 6. st. 3. i 18. ZAPSP-a.

Prerade autorskih djela kod nas su uređene u čl. 6. ZAPSP-a, te se određuju kao samostalna auorska djela. Pri tome, slijedeći stipulaciju čl. 2. st. 3. Bernske konvencije, naš zakonodavac ne daje zakonsku definiciju ovog

djela, dok se to konkretizira u čl. 24. gdje se određuje da zaštitu uživa i izražaj folkloru kao što su narodne pjesme, instrumentalna folklorna glazba, narodni plesovi, igre i umjetničke forme rituala. Sličnu zaštitu predviđa i kenijski Copyright Act iz 2001. kad u čl. 22. st. 1. određuje da se pod folklorom podrazumijevaju, između ostalog, tradicijski narodni plesovi i folklorne igre. Ne predviđaju zaštitu folkloru samo zemlje tzv. trećeg svijeta, već odredbe o tome sadrže i zakoni europskih država. Tako Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima Bugarske iz 1993., s novelama iz 1994., 1999, 2000. i 2002., u čl. 3. st. 2. navodi da predmetom zaštite mogu biti i adaptacije folkloru odnosno aranžmani folkloru.

¹⁴³ Detaljnije o tim stajalištima kod Henneberg, I., Uživanje zaštite prema Stockholmskom aktu Bernske konvencije, Simpozij o pitanjima što ih je otvorila konferencija u Stockholmu o intelektualnom vlasništvu 1967., Institut za međunarodno pravo i međunarodne odnose, Zagrebački velesajam, Zagreb, 1969., str. 28.; vidi čl. 15. st. 4a i b. Bernske konvencije.

¹⁴⁴ Pavis, P. *op.cit.*, str. 21.

¹⁴⁵ Adaptiraju se djela koja su sama po sebi izrazito dramska, kao Gideoa adaptacija Kafkinog "Procesa" ili Copeova prerada "Braće Karamazov",

instituta, nego se zadovoljava nabranjem najčešćih načina odnosno djela prerade.

Određenje prerade autorskih djela daje naša autorskoppravna doktrina kada se kaže da se radi o autorskim djelima izvedenim iz već postojećih autorskih djela na stvarateljski dopušten način izmjenom sredstava izražavanja.¹⁴⁶

Dakle, radi se o autorskom djelu koje ima izvorište u drugom, ranije nastalom autorskom djelu, iz kojeg izvire, iz kojeg je derivirano, u kojem se utemeljuje, ali koje predstavlja originalnu intelektualnu tvorevinu, zasebnu i različitu od prerađenog autorskog djela. Ipak, u novom djelu moraju biti sadržane prepoznatljive, originalne i specifične karakteristike prerađenog autorskog djela.¹⁴⁷ Ukoliko ranije djelo nije autorsko djelo, novo djelo koje se izvodi iz tog djela ne predstavlja djelo prerade u smislu autorskog prava. Djela koja su rezultanta samo tehničkih intervencija na postojećem autorskom djelu (npr. skraćivanja, transkripcije, transpozicije, brisanja pojedinih dijelova drame radi lakšeg izvođenja djela, reprodukcije u drugoj tehnici i dr.) ne smatraju se djelom prerade.¹⁴⁸

ZAPSP kao djela prerade, primjera radi, navodi prijevode¹⁴⁹, prilagodbe, glazbene obrade, ostavljajući mogućnost i drugih pojava oblika prerade.

Posebno je važno ukazati na autorsko stvaralaštvo kazališnog prevođenja. Naime, u kazalištu fenomen prevođenja za pozornicu u mnogočemu nadilazi onaj prilično ograničeni fenomen međujezičnog prevođenja određenog teksta. Stoga prevoditelj za scenu mora ostvariti posebnu stvaralačku sinergiju istodobno se prigodom prijevoda savjetujući s teoretičarima prevođenja i književnosti, ranijim prevoditeljima istog djela, redateljem predstave i glumcima te sve to uklopiti u svoj kreativan originalni intelektualni čin. Kod toga treba napraviti distinkciju između prijevoda i prilagodbe, odnosno adaptacije, jer dok adaptirati znači *de facto* napisati novi dramski komad, prevoditi znači transkribirati cijeli dramski komad prema njegovom redoslijedu, bez ikakva

¹⁴⁶ Cit. po Henneberg I., *Autorsko pravo*, Informator, Zagreb, 2001., str. 109.

¹⁴⁷ Adaptacijom se također označava i rad dramaturga na tekstu za scensko izvođenje. Kod ovoga se najčešće ne radi o transferu djela iz jednog roda u drugo, nego o zahvatima na tekstu gdje su dopušteni svi mogući zahvati na tekstu, jasno uz suglasje autora (iako su najradikalniji zahvati upravo na djelima onih autora koji su odavno umrli i gdje je trajanje autorske zaštite isteklo, odnosno koja djela su postala na neki način dio opće kulturne baštine, primjerice Shakespearov "Hamlet"). Ovdje se događa i kraćenje, preustrojavanje priče, stilsko "omekšavanje", smanjenje broja likova ili mjesta radnje, dramsko sažimanje koje se usredotočava na nekoliko ključnih momenata drame, umetanje tekstova, montaža i kolaž stranih elemenata, modifikacija zaključka, modifikacija fabule u odnosu na diskurs režije i sl. Za razliku od prijevoda ili aktualizacije, prerada uživa veliku slobodu, te ona ne preže od modificiranja smisla, kao ni od potpune promjene smisla izvornog djela (primjerice brehtovske adaptacije Shakespearea, Molierea, Sofokla). Tako i Pavis, P. *op.cit.*, str. 21.

¹⁴⁸ Tako i Henneberg I., *op.cit.*, str. 109. te Marković, S. M., *op.cit.*, str. 138.

¹⁴⁹ Novo čitanje klasika je prerada djela isto kao i postupak prevođenja teksta sa stranog jezika na način da ga se prilagodi kulturnom i leksičkom kontekstu jezika adaptacije, jer se radi o različitim vidovima čina stvaralaštva. Prema Pavis, P., *op.cit.*, str. 21.

dodavanja, kraćenja, zamjene prizora, preoblikovanja likova i promjene replika. Ipak, ovo razlikovanje ne odriče stvaralački karakter prevođenju.

Česte su pojave u suvremenoj kazališnoj umjetnosti prilagodbe (adaptacije) postojećih autorskih djela, pri čemu se autorsko djelo jedne vrste pretvara u autorsko djelo druge vrste.¹⁵⁰ *Exempli gratia*, radi se o slučaju prerade i kod prijenosa književnog djela, filma ili opere u kazališno ili koreografsko djelo, koje postaje pogodno za scensko predstavljanje.

Kod autorskog djela nastalog preradom već postojećeg djela nailazimo u načelu na autorskopравни odnos više osoba. Kako to proizlazi iz odredbi čl. 6. st. 1. i 3. ZAP-a, prerada autorskog djela zaštićena je kao i izvorno djelo, što ne utječe na prava autora izvornog autorskog djela. Kako autor u skladu s odredbama čl. 18. i 31. ZASP-a ima isključivo pravo prerade autorskog djela, to isti mora dopustiti preradu svog djela, odnosno prerađivač tog djela mora od autora zatražiti odobrenje za preradu autorskog djela. Time je preuzeta odredba čl. 12. Bernske konvencije po kojoj autori književnih ili umjetničkih djela uživaju isključivo pravo da daju odobrenje za adaptacije, aranžmane i druge prerade svojih djela. Stoga autor ima pravo na naknadu štete od osobe koja je bez njegovoga odobrenja preradila i iskorištavala djela i time povrijedila njegovo autorsko pravo.¹⁵¹

Dakle, u slučaju prerade autorskog djela imamo autora novog djela i autora izvornog djela, ukoliko ovom drugom još traju autorska imovinska prava, koji *nota bene* mora dati dopuštenje za preradu svog djela. U suprotnom radilo bi se o zloporabi, te tako nastalo djelo na štetu autora ranijeg djela ne uživa zaštitu. Primjerice, autori čije je književno djelo poslužilo kao osnova za scenarij TV-drame imaju pravo na autorskopравnu zaštitu, ako korisnici nisu s autorima sklopili ugovor o pravu prikazivanja odnosno izvođenja TV-drame odnosno autori nisu dali dopuštenje radi prerade i objave djela.¹⁵² Za neovlaštenu preradu autorskog djela autoru odgovaraju prerađivač te nakladnik kad se radi o preradi književnog djela koje se kao takovo izdaje u nakladi određenog nakladnika, odnosno prikazivač (primjerice kazalište) kad se neovlašteno prerađeno djelo javno izvodi odnosno scenski ili na drugi način prikazuje.¹⁵³ Za odgovornost u svezi s povredom autorskog prava u tom slučaju dovoljno je i postojanje nepažnje izdavača odnosno prikazivača.

Ako se prerađuje izvorno djelo u odnosu na koje su autorska imovinska prava prestala, autorsko pravo postoji samo glede djela prerade.

¹⁵⁰ Tako i Henneberg, I., *Vrste autorskih djela i njihova autorskopравna zaštita*, Male stranice, Informator br. 4077, od 3. travnja 1993., str. 11.

¹⁵¹ Vidi presudu VSH, Gž-3974/73, od 11.9.1974., Pregled sudske prakse Naše zakonitosti PSP NZ7/75, odl.179.

¹⁵² Vidi presudu VPSH, Pr-1643/85, od 10.6.1986., Informator, br. 3478, od 8.7.1987.

¹⁵³ Vidi presudu VTS RH, Pž-1184/98, od 10.11.1998., Zbornik odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994. – 2004., broj 9, odl. 168, str. 125.

Summary

THEATER PIECE AS A WORK OF AUTHORSHIP

This article considers certain categories of works of authorship that might be classified as theater works of authorship. The group includes drama and drama-musical pieces, works of choreography and pantomime. The common denominator of these works is a manner in which they are presented to public. A comparative overview of other national legal orders enables a clear view to adopted solutions related to the subject-matter, pointing out specific and different characteristics of legal provisions on works of choreography. Furthermore, an analysis of the Croatian copyright law after the new 2003 Law on Copyright and Other Related Rights is given. In conclusion, the author offers a theoretical definition of theater works of authorship with an analysis of related but also heterogeneous categories of works of authorship. Theater works of authorship, thus, include only those works of authorship that are intended for theater (scene) "publication" presented through performance of one or more artists-performers.

Key words: drama, drama-musical piece, work of choreography, pantomime, theater work of authorship, work of authorship, copyright.

Zusammenfassung

WERKE IM THEATER UND URHEBERRECHT

Die Arbeit beschäftigt sich mit einigen der Kategorien von Werken, die dem Urheberrecht unterliegen und zwar jenen Werken, die insgesamt mit dem Theater verbunden sind. Es handelt sich um Dramen und Musikdramen bzw. Choreografien und Pantomimen. Was diese Werke miteinander verbindet ist die Art ihrer Mitteilung an die Öffentlichkeit. Die vergleichende Darstellung von Bestimmungen in anderen nationalen Legislaturen gibt ein Bild von der Situation auf diesem Gebiet, das besonders spezifisch und unterschiedlich ist, wenn es sich um die gesetzliche Regulierung choreografischer Werke handelt. Des Weiteren wird in der Arbeit die Situation in unserem Urheberrecht nach der Verabschiedung des neuen Gesetzes zu Urheberrecht und verwandten Rechten aus dem Jahre 2003 untersucht. Abschließend wird theoretisch der Begriff von Werken im Theater, die dem Urheberrecht unterliegen ausgelegt, wobei die verwandten aber gleichzeitig heterogenen Kategorien dieser Werke analysiert werden. Unter Werken im Theater versteht man also diejenigen Werke, die durch die Vermittlung eines oder mehrerer Künstler zur szenischen Aufführung bestimmt sind.

Schlüsselwörter: Drama, Musikdrama, Choreografie, Pantomime, Werk im Theater, Werk eines Autors, Urheberrecht.

Sommario

OPERE TEATRALI COME OPERE D'AUTORE

Il lavoro considera determinate categorie di opere d'autore che possono essere classificate come opere d'autore teatrali. La voce include le opere drammatiche e drammatico-musicali, le opere coreografiche e pantomimiche. Il comune denominatore di queste opere è il modo in cui esse sono presentate al pubblico. La rassegna comparata di altre legislazioni nazionali consente una chiara visione delle soluzioni adottate in materia, con le caratteristiche specifiche e differenti date alle questioni giuridiche sulle opere coreografiche. Inoltre è fornita l'analisi del nostro diritto d'autore dopo la nuova Legge sul diritto d'autore e i diritti affini del 2003. In conclusione si offre la definizione dottrinale di opera d'autore teatrale, con l'analisi delle categorie affini ma anche eterogenee di opere d'autore. Così le opere d'autore teatrali includono solo quelle opere d'autore che sono destinate alla riproduzione scenografica attraverso la rappresentazione di uno o più artisti.

Parole chiave: *opera drammatica, opera drammatico-musicale, opera coreografica, opera pantomimica, opera teatrale, opera d'autore, diritto d'autore.*

II. Prikazi (Surveys, Besprechungen, Recensionen)

**Miodrag N. Simović, Krivično procesno pravo,
Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, 2005. (format 17x24; str. 474)**

1. Krivično procesno pravo je novo djelo autora prof. dr. sc. Miodraga N. Simovića, redovitog profesora Pravnog fakulteta u Banja Luci i Bihaću i potpredsjednika Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

Knjiga je objavljena nakon udžbenika Krivičnog procesnog prava, koje je autor na raznim sveučilištima objavio 1997., 1998. i 2001. godine, te nedavno objavljenog Praktičnog komentara Zakona o krivičnom postupku, kojega je autor pripremio zajedno sa suradnicima.

2. Posebno značenje ove knjige je u tome što je iznimnim trudom autora objavljen sveučilišni udžbenik nakon svega dvije godine po okončanju krupnih, korjenitih reformskih zahvata u sustav odredaba kaznenog postupka Bosne i Hercegovine. Već ta okolnost upućuje da se radi o iznimno značajnom izvoru koji je jednako relevantan za upoznavanje vrlo složenih odnosa u sustavu cjelokupnog kaznenog prava Bosne i Hercegovine, kao što su i komentari i zbirke propisa objavljeni u istom vremenskom razdoblju.

To je svakako postignuće za koje zasluge pripadaju i nakladniku Pravnom fakultetu Univerziteta u Bihaću.

3. Imajući u vidu da je kazneni (i uopće pravni) sustav Bosne i Hercegovine jedan od najsloženijih (i najoriginalnijih) aktualnih europskih pravnih sustava, obilježen posebnostima bez presedana u novijoj pravnoj povijesti, Simovićev udžbenik privlači dodatnu i posebnu pozornost, a

zahvaljujući svojoj visokoj kvaliteti postaje nezaobilazni izvor ozbiljnih poredbenih istraživanja. To je razlog i povod za predmetni prikaz.

4. Krivično procesno pravo je koncipirano kao udžbenik općeg dijela kaznenog postupovnog prava. Knjiga obuhvaća uvod i opći dio kaznenog postupovnog prava, dakle, razmatranje osnovnih pojmova i općih ustanova (institucija) kaznenog postupka.

Posebni dio kaznenog postupka, njegov tijek te materiju posebnih (nepravih kaznenih) postupaka autor namjerava obraditi u drugoj knjizi. Uz osnovni je tekst predgovor autora, kazalo pojmova i popis literature.

5. Sustav na kojemu se temelje izlaganja autora organiziran je s iznimno visokim stupnjem dosljednosti, jasnoće i preglednosti. To je doista logično dosljedno povezana cjelina osnovnog didaktičkog izvora materije prema suvremenim standardnim sadržajima nastavnog predmeta kazneno postupovno pravo na europskim fakultetima. Sadržajno usporediva s bilo kojim kvalitetnim udžbenikom odgovarajuće materije na europskim sveučilištima.

U odnosu na redosljed i sustavnu razdiobu gradiva valja imati u vidu da je autor u kategoriziranju i razravanju postupovnih radnji općenito, blizak stajalištima Tihomira Vasiljevića u njegovu (u drugoj jugoslavenskoj državi jedinom cjelovitom) sustavu kaznenog postupovnog prava. To je, nema sumnje, provjeren,

jednostavan i lako pregledan sustav, vrlo prikladan za potrebe studenata.

Okolnost da se autor oslanja na tradicionalno poimanje i sustavno organiziranje kaznenog postupka, nipošto nije nedostatak, nego za udžbenički izvor značajna prednost. Takvim je sustavnim odabirom i redosljedom izlaganja autor obuhvatio osnovne pojmove kaznenog postupka i kaznenog postupovnog prava, a što je jednako važno i prikladno, dimenzionirao njihovo razmatranje. Ujedno je stvorena vrlo solidna osnova za prikaz dinamike kaznenog postupka u drugoj knjizi.

Usmjerenost na iznošenje osnovnih spoznaja nije spriječila autora da na mnogim mjestima ponudi polazišta za daljnja produbljena znanstvena istraživanja i smjerokaze rješavanja praktičnih dvojbi. To je posebno značajno u onim dijelovima u kojima se obrađuju nove postupovne ustanove i rješenja. Na njih je autor upozorio već u predgovoru.

Gradivo koje izlaže, Simović najprije razvrstava u uvod (str. 21 do 57), zatim u Opći dio. Dinamiku kaznenog postupka i prikaz njegovih oblika te razmatranje posebnih postupka, kao što je već spomenuto, autor predviđa za drugu knjigu.

6. Uvod sadrži izlaganje o pojmu kaznenog postupka, ciljevima, predmetu i diobi kaznenog postupovnog prava, njegovim izvorima te prostornom, vremenskom i osobnom važenju.

U Općem dijelu prvi odjeljak je posvećen razmatranju subjekata (str. 58 do 173), drugi predmetu kaznenog postupka (str. 174 do 200) a treći odjeljak (str. 201 do 470) postupovnim radnjama.

Dio posvećen radnjama kao i onaj koji se bavi subjektima kaznenog postupka u knjizi su postavljeni na osnovi detaljne, stupnjevite razdiobe, koja studentu pruža lako i pouzdano polazište za ovladavanje vrlo složenim pitanjima teorije kaznenog postupka.

Glede sustavnog mjesta nekih radnji moguće je raspravljati s autorom (npr. suočenje i rekonstrukcija razvrstane su u mjere osiguranja postupovnih radnji, a ne među dokazne radnje, ali to nipošto nije nedostatak knjige, već naprotiv mogući povod i mjesto za znanstveno sučeljavanje sa stajalištima autora koja su i za takvu potrebu valjano argumentirana).

Jasnoća izlaganja je posebno uočljiva u složenoj materiji dokazivanja koju je autor izložio na vrlo pregledan način, polazeći od temeljnih pojmova, njihova razvrstavanja i minuciozne analize pojedinih radnji dokazivanja, što pruža mnogo više od sadržaja neophodnog za potrebe studenta dodiplomskog studija, ali upravo takvom cjelovitošću omogućuje lakše svladavanje potrebnih znanja.

7. Tekst udžbenika je prema nakani autora prije svega usmjeren potrebama i razini znanja onih koji se uvode u materiju kaznenog postupka. O toj okolnosti očito se vrlo disciplinirano vodilo računa. Naime, Simovićev tekst odlikuje visoka akribija, jasan izričaj, terminološka dosljednost i jednostavnost.

Izlaganje svih tema sustavno je poredano, postupno i ekonomično. I u daleko pretežnom dijelu cjelovito! U knjizi se mogu pronaći iznimno rijetki propusti u sustavnom smislu.

Tako npr. autor nije posvetio posebnu jedinicu u tekstu povijesnim

modelima kaznenih postupaka već je to razmotrio jako sažeto u okviru postupovnih načela. U prikazu najnovijeg razvoja kaznenog postupovnog prava u njegovoj međunarodnoj komponenti autor je ostao u tradicionalnim okvirima pregleda izvora međunarodne kaznenopravne pomoći.

Nadalje, izostavljen je, makar sumarni, osvrt na krupne tranzicijske promjene sustava kaznenih postupaka zemalja bivšeg socijalizma – najopsežnijih u povijesti suvremenih društava. To utoliko više začuđuje jer je u recentnim međunarodnim projektima komparativnih istraživanja kaznenih postupaka (točnije tranzicije sustava kaznenih postupaka) profesor Simović uspješno sudjelovao vrlo vrijednim radovima.

8. Metodološki aparat razmatrane knjige udovoljava najvišim standardima sveučilišnog udžbenika. Poveznice u tekstu stupnjevane su na one ključne, koje su integrirane u samo izlaganje, te one metodologijske i eksplikativne, koje nalaze svoje prikladno mjesto u velikom broju bilježaka.

9. Dvije komponente teksta osim već spomenutih, zaslužuju posebnu pozornost. Najprije, na mnogim mjestima gdje je to bilo svrhovito, autor upućuje na rješidbe Europskoga suda i ustavnih, odnosno kaznenih sudova. Posebno je značajno što se

pozivanje i upućivanje autora na praksu ne svodi na “ornamentiku” uz glavni tekst, nego je ono u funkciji pojašnjenja, argumentiranja ili upućivanja na druga stajališta, dakle cjelovitosti osnovnog izlaganja, dobro prostudirano i prikladno integrirano, stoga dragocjen, udžbeniku pridružen sadržaj.

Nove ustanove i ustroj kaznenog postupka u Bosni i Hercegovini autor izlaže s odgovarajućim usmjeravanjem čitatelja na novosti u aktualnom zakonodavstvu, uz osvrt na komparativna rješenja naznačujući otvorena pitanja i ključne razlike prema ranijem stanju.

10. Knjiga Krivično procesno pravo je, prema svemu rečenom, prije svega visokovrijedan udžbenik, ali i znatno više od toga, u dijelu materije koji razmatra, pregledan i pouzdan izvor aktualnog kaznenog postupovnog prava Bosne i Hercegovine. Autor i nakladnik su njime na vrlo visokoj razini ispunili obveze prema svojim studentima. Uz to knjiga pruža čitatelju s većim zahtjevima dragocjen sadržaj za buduće komparativne studije. Za svakog istraživača suvremenog europskog kaznenog postupovnog prava knjiga profesora Simovića bi trebala biti nezaobilazni izvor.

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić

Božidar Latković, La Bula Áurea de 1242. – Gradec, Origen Medieval de Zagreb; Zlatna Bula iz 1242. – Gradec – srednjovjekovno porijeklo Zagreba, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zavod za kaznene znanosti Mošćenice Pravnog fakulteta u Rijeci, Adamić, Rijeka, 2005., str. 143

Često nailazimo na brojne opravdane kritike kako saznanja o Hrvatskoj, njezinoj kulturnoj baštini, književnoj, likovnoj ili glazbenoj umjetnosti nisu uopće, a kamoli dovoljno kvalitetno predstavljene međunarodnoj (znanstvenoj) razini. I dok se sporadično, manje ili više uspješno, ponešto i prevede, radi se uglavnom o prijevodu nekog klasika hrvatske kulturne baštine, koji možda i nije dovoljno smješten u ukupnost tendencija razvitka hrvatske povijesti i kulture ili sustava hrvatske znanosti. A rijetkost je pronaći neku studiju pisanu bilingvalno, koja je istodobno namijenjena hrvatskom i međunarodnom znanstvenom čitalaštvu. Kada se već tako nešto i pojavi, tada smo dosta kritični prema nekim pogledima ili ocjenama. Stoga je od posebne zanimljivosti pojava djela koje negira ove naše uvodne primjedbe, a predstavlja jedno od stupova hrvatske srednjovjekovne pravne baštine, a posebno temeljno vrelo proučavanja srednjovjekovne povijesti današnje hrvatske prijestolnice, Zlatnu bulu, što ju je hrvatski (i ugarski) kralj Bela IV. darovao srednjovjekovnom Gradecu. Tim je aktom jedno od središta srednjovjekovne Slavonije uvršteno u red kraljevskih slobodnih gradova, kroz čiju se je lokalnu gradsku autonomiju ispoljavala specifičnost i samobitnost hrvatskog srednjovjekovnog prava. Na tom pothvatu zahvaljujemo dr. Božidaru Latkoviću, uglednom argentinskom

znanstveniku hrvatskog podrijetla, s osobitim interesom za hrvatsku državnopravnu baštinu propitivanja hrvatskog identiteta, s naglaskom na političko-institucionalne demokratske aspekte u njezinoj nacionalnoj povijesti. On se tako svrstava u plejadu nezaobilaznih istraživača zagrebačke srednjovjekovne pravne baštine, među kojima vodeće mjesto, bez dvojbe, zauzimaju prof. dr. Magdalena Apostolova – Maršavelski i akademik Lujo Margetić. Ovo recentno djelo suvremene hrvatske historiografije napisano je na španjolskom i hrvatskom jeziku, što omogućuje predstavljanje ne samo Zlatne bule, već i ukupne hrvatske srednjovjekovne povijesti znanstvenim krugovima u Španjolskoj, ali i hispanolatioameričkim zemaljama.

Autor u uvodnim naslovima predstavlja povijest Hrvata, od vremena njihova dolaska i etnogeneze do vremena obzorja novoga vijeka. Periodizacija slijedi uobičajenu strukturu hrvatske nacionalne, pa i državno-pravne povijesti. Posebno je zanimljiva činjenica kako je autor uspio vrlo sažeto prikazati izuzetno složene procese hrvatske političke i državno-pravne povijesti, a istodobno ostati vrlo precizan u smislu da svaku činjenicu temelji na relevantnom i provjerenom povijesnom izvoru, ili stavu nekog od uglednih hrvatskih povjesničara (Dabinović, Margetić i dr.), čak uspijeva predstaviti i razli-

čitost znanstvenih pogleda. Ponovno želimo naglasiti, kako je ovaj sažet pregled hrvatske političke i pravne povijesti izuzetno koristan zbog promocije hrvatskog srednjovjekovlja i stajališta hrvatskih pravnih medijevalista s ciljem njihova vrednovanja u međunarodnim znanstvenim krugovima i općeg upoznavanja ovih pitanja stare hrvatske povijesti. Treba dodati, kako Latkovićeve analiza, unatoč svojoj sažetosti, sadrži i vrlo precizne pravne razradbe (primjerice o očuvanju hrvatske državnosti, o mađarskom nazivlju hrvatske države, o nedosljednosti i proturječnosti u nekim povijesno-pravnim vrelima, i sl.). Sve to upućuje na zaključak kako je ova sažeta studija uspjela dati jasan i znanstveno vrlo prihvatljiv povijesni okvir vremena i pravnih trendova u kojima je smještena Zlatna bula. U taj okvir autor smješta i temeljne povijesne odrednice razvitka Gradeca, promatrajući njegov razvitak s općepovijesnog, društvenog i pravnopovijesnog motrišta.

Raščlambu Zlatne bule Latković započinje analizom njezinog vanjskog izgleda, sagledavajući je u kontekstu tipičnog formalnog sadržaja srednjovjekovne isprave. Oslanjajući se na opsežan opus akademika Luje Margetića, Latković u nastavku propituje mjesto koje Zlatna bula ima u europskom i jugoistočnoeuropskom kontekstu, poglavito što se tiče mogućih utjecaja na pravo Gradeca drugih bula, bliskih po vremenskom nastanku (primjerice povlastice Beča iz 1221., ili Pešti 1244.). Pravna analiza Bule data je prema uobičajenom metodološkom modelu. Latković ponajprije analizira statusnopravna pitanja, s naglaskom na pravni položaj

stranaca u Gradecu, upućujući i na normativne oznake odnosa kralja i građana. Baš je u analizi tog pitanja bitno uočiti specifičnost uređenja Gradeca kao kraljevskog slobodnog grada. Slijedi prikaz kaznenopravnog sustava, kroz osvrt na značajnija kaznena djela, sustav kazni, ali je dat i osvrt na neke specifičnosti prava Gradeca (npr. institut "Homagium"). Tu su i kraća objašnjenja o sudskom postupku te nasljednom pravu. Možemo izdvojiti institut dvoboja, kao vida dokaznog sredstva u srednjem vijeku, koji Zlatnu bulu bitno razlikuje od sličnih primjera svojega vremena.

Knjiga sadrži i prijevod Zlatne bule na španjolski i hrvatski jezik, držeći se najprihvatljivijih latinističkih tumačenja izvornika. Dat je i latinski izvornik. Moramo posebno pohvaliti i vizualni izgled knjige, koja u svojim privitcima sadrži nekoliko povijesnih zemljovida te slika koje se ne odnose samo na vrijeme hrvatskog XIII. stoljeća. Ovo je posebno bitno za predstavljanje hrvatske nacionalne povijesti stranoj znanstvenoj javnosti.

Hrvatska nacionalna znanost nije samo vezana za domaće znanstveno-istraživačke ili kulturne institucije. Do sada su još domaćim znanstvenicima gotovo nepoznati veliki razmjeri istraživačkih napora Hrvata ili njihovih potomaka na svim kontinentima. Nužno je stoga u vremenu kada hrvatska ne samo pravna i povijesna znanost otvara nove vizije, temeljene na europskim uzorima, jačati međusobni interes i suradnju svih krugova hrvatske znanosti, kako u Domovini, tako i u iseljeništvu. Ova knjiga najbolji je pokazatelj takvih mogućnosti.

Mr. sc. Budislav Vukas, ml.

III. Fakultetska kronika
(Faculty Chronicle, Fakultätschronik, Cronaca della Facoltà)

Posjeti Fakultetu

Prof. dr. sc. Pavo Barišić, pomoćnik ministra znanosti, obrazovanja i športa, održao je 16. prosinca 2004. predavanje o temi *Filozofija pravednosti*.

Novi doktori znanosti

Mr. sc. Marissabell Škorić obranila je 4. srpnja 2005. na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, pred povjerenstvom u sastavu: prof. dr. sc. Davor Krapac, predsjednik povjerenstva, prof. dr. sc. Ivo Josipović, mentor i član povjerenstva, i prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, član povjerenstva, doktorsku disertaciju s naslovom *Tužitelj pred međunarodnim kaznenim sudovima*.

Mr. sc. Dario Đerđa obranio je doktorsku disertaciju pod nazivom *Upravno-pravni aspekti koncesija* 15. srpnja 2005. godine na Pravnom fakultetu u Splitu, pred komisijom u sastavu prof. dr. sc. Dragan Medvedović (predsjednik), prof. dr. sc. Damir Aviani (mentor) i prof. dr. sc. Onesin Cvitan.

Novi magistri znanosti

Znanstvena novakinja Katerina Dulčić obranila je 15. listopada 2004. na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci magistarski rad s naslovom *Elektronička forma pravnog posla*, pred povjerenstvom u sastavu prof. dr. sc. Aldo Radolović, predsjednik povjerenstva, prof. dr. sc. Petar Simonetti, mentor, i Silvija Petrić, član povjerenstva.

Znanstvena novakinja Dalida Rittossa stekla je 13. siječnja 2005. godine akademski stupanj magistra društvenih znanosti iz područja prava priznanjem potpune istovrijednosti diplome magistra pravnih znanosti u komparativnom ustavnom pravu, stečene 22. lipnja 2000. nakon završenog studija na Srednjoeuropskom sveučilištu u Budimpešti, Mađarska, s domaćom diplomom o završenom poslijediplomskom znanstvenom studiju pravnih znanosti upravno-političkog smjera na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

Sudjelovanje na domaćim i međunarodnim znanstvenim skupovima

Znanstvena novakinja Katerina Dulčić sudjelovala je referatom *Lawyer's Perspective on Digital Signatures in Europe* na 6th Carnet Users Conference, *New Frontiers, New Technologies For New Needs*, održanoj 27.-29. rujna 2004. u Zagrebu.

Mr. sc. Budislav Vukas, ml., sudjelovao je referatom *Europska zajednica i Konfederacija o Jugoslaviji u vremenu početaka internacionalizacije jugosla-*

venske krize – posljednji pokušaj spašavanja jugoslavenske zajednice, održanom na II. kongresu hrvatskih povjesničara: Hrvatska i Europa – integracije u povijesti – sekcija pravna povijest (Hrvatski državnopravni i pravni sustav i europsko okruženje), Pula, 29. rujna – 3. listopada 2004.

Doc. dr. sc. Anamari Petranović sudjelovala je na skupu *Latinitas in Europa - Latinitet u Europi s posebnim osvrtom na hrvatski identitet nekad i danas*, održanom u Rijeci, od 20.-23. listopada 2004.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur sudjelovao je izlaganjem *Uređivanje zaštite na radu* na skupu održanom u Umagu, od 15. do 18. listopada 2004. u organizaciji Veleučilišta u Rijeci. O istoj temi izlagao je na savjetovanju, u organizaciji Visoke škole sigurnosti iz Zagreba, u Puli, 16. i 17. listopada 2004. Na VIII. Međunarodnom simpoziju *Gospodarenje otpadom* izložio je referat *Postupak u propisima o otpadu*, Zagreb, 17.-19. studenog 2004.

Doc. dr. sc. Dorotea Ćorić sudjelovala je izlaganjem *Liability for Marine Pollution* na međunarodnom skupu *Port Management and Logistics Conference*, održanom u Portorožu, od 25.- 26. listopada 2004.

Prof. dr. sc. Velinka Grozdanić sudjelovala je referatom *Kaznena politika općinskih sudova na području Županijskog suda u Rijeci* na XVII. Savjetovanju Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu održanom u Opatiji u studenom 2004. g. Izlaganjem o temi *Kazna zatvora za ovisnice prevencija i/ili represija* sudjelovala je na međunarodnom kolokviju u Ljubljani 17. studenog 2004. g.

Na međunarodnom znanstvenom skupu *200-ta obljetnica Code Civila (1804-2004.)*, održanom 26. i 27. studenoga 2004. u organizaciji Pravnog fakulteta u Rijeci, mr. sc. Dionis Jurić i Budislav Vukas, ml. sudjelovali su referatom *Nastanak Code Civila i njegov utjecaj na pravne sustave drugih država*. Znanstvena novakinja Antonija Zubović podnijela je referat *Od rimske emptio-venditio preko ugovora o prodaji Code Civila do elektroničke prodaje* (koautorstvo s prof. dr. sc. Dragutinom Ledićem).

Prof. dr. sc. Vesna Tomljenović sudjelovala je referatom *Arbitražno rješavanje potrošačkih sporova*, a doc. dr. sc. Eduard Kunštek referatom *Učinci pravorijeka* na međunarodnom znanstvenom skupu *XII. hrvatski arbitražni dani* u Zagrebu, od 2. do 3. prosinca 2004.

Znanstvena novakinja Iva Tuhtan-Grbić izlagala je 17. prosinca 2004. o temi *Analiza prijelaznih i završnih odredbi Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama glede stvarnih prava na pomorskom dobru* na Savjetovanju o pomorskom dobru i morskim lukama, u organizaciji Hrvatskog društva za pomorsko pravo.

Doc. dr. sc. Anamari Petranović sudjelovala je kao prodekanica za nastavu na nekoliko skupova o provedbi Bolonjske deklaracije: na skupu *Towards*

Creating the Bologna Curricula”- Meeting of Law Faculties, na Univerzitetu u Ljubljani, 13.-15. siječnja 2005.; na *ELFA Annual General Meeting and Conference: Sharing experience of legal education in Europe*, održanom u Grazu, 18. – 19. veljače 2005. te na skupu *Bolonjska deklaracija kot izziv - The Bologna Declaration as a Challenge*, na Univerzitetu u Mariboru, 15. – 17. rujna 2005.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur izlagao je na skupu *Radni odnosi*, u organizaciji Inženjerskog biroa, u Zagrebu, 23. veljače 2005. Na *Susretu pravnika Hrvatskog saveza udruga pravnika u gospodarstvu*, održanom od 18. do 20. svibnja 2005. u Opatiji, sudjelovao je priopćenjem.

Mr. sc. Sanja Barić sudjelovala je u veljači 2005. izlaganjem *Pravo na besplatnu pravnu pomoć u Republici Hrvatskoj i nevladine organizacije na II. europskom forumu o pravu na pristup pravosuđu*, Budimpešta, Mađarska.

Mr. sc. Dario Đerđa izlagao je o temi *Koncesije na pomorskom dobru* na znanstvenom skupu *Pomorsko dobro u fokusu znanosti i pragme*, održanom u Rijeci 17. ožujka 2005. Na Jedanaestom savjetovanju pravnika 2005. godine *Vlasništvo – obveze – postupak* (Poreč, 7. – 9. travnja 2005.) sudjelovao je referatom *Određivanje naknade za izvlaštenu nekretninu*.

Prof. dr. sc. Velinka Grozdanić sudjelovala je kao ekspert u projektu Europske unije *Frauenstrafvollzug* izvještajem o ženskim zatvorima i zatvorenicama u Republici Hrvatskoj na skupu *Women's Imprisonment in Europe - Current Situation, Demand Analysis and Best Practices*, održanom 15. i 16. travnja 2005. u Barceloni.

Mr. sc. Budislav Vukas, ml., sudjelovao je izlaganjem *Diplomatski prijepori o Istri 1945. godine* u radu Okruglog stola *Beli – Brseč – Mošćenička Draga povodom iskrcavanja – 60. obljetnica*. Skup je održan u Mošćeničkoj Dragi 24. travnja 2005., u organizaciji Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci i Čakavskog sabora Općine Mošćenička Draga.

Prof. dr. sc. Vesna Tomljenović sudjelovala je izlaganjem *Implementation of Legal Measures for Protection of Regional Marine Environment: Role of Maritime Jurisdiction* na završnoj međunarodnoj konferenciji *Norwegian Cooperation Programme with South East Europe Research and Higher Education* održanoj u Oslu od 24. do 25. svibnja 2005. Na znanstveno - stručnom savjetovanju *Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava*, održanom od 30. svibnja do 1. lipnja 2005. na Brijunima, sudjelovala je izlaganjem *Odredbe Pomorskog zakonika o mjerodavnom pravu i nadležnosti sudova RH*. Na istom savjetovanju doc. dr. sc. Dorotea Ćorić izlagala je o temi *Novi Pomorski zakonik - Uvodne napomene*.

Prof. dr. sc. Nada Bodiřoga-Vukobrat podnijela je referat *Šttnja o mobbingu - strah od stigmatizacije* te prezentirala rezultate istraživanja o mobbingu na tribini *Mobbing*, u organizaciji Odjela za zdravstvo Primorsko-goranske

županije, u Rijeci, 8. ožujka. Na regionalnom simpoziju *New Insolvency Law*, održanom u Ohridu od 29. svibnja do 5. lipnja 2005. u organizaciji njemačkog GTZ-a, sudjelovala je referatom *Osiguranje potraživanja radnika za slučaj insolventnosti poslodavca u svjetlu Smjernice 2002/74/EZ*, a na prvom hrvatskom interdisciplinarnom simpoziju *Mobbing*, održanom u Opatiji, 16-18. lipnja 2005., referatom *Mobbing - pravni aspekti*.

Prof. dr. sc. Vesna Tomljenović sudjelovala je referatom *Hrvatski brodari i zastave pogodnosti: Hoće li fiskalne mjere usvojene novim Pomorskim zakonikom biti učinkovite?* na seminaru međunarodnog projekta *Implementation of Legal Measures for Protection of Regional Marine Environment: Role of Maritime Jurisdiction*, održanom 29. lipnja 2005. u Opatiji.

Prof. dr. sc. Nada Bodiřoga-Vukobrat i mr. sc. Katerina Dulčić sudjelovale su referatom *Zaštita osobnih podataka u europskome i hrvatskome pravu* na trećem znanstveno-stručnom savjetovanju *Aktualnosti građanskog i trgovačkog prava*, održanom na Pravnom fakultetu u Splitu, 30. lipnja i 1. srpnja 2005.

Mr. sc. Dalida Rittossa sudjelovala je izlaganjem *Taking Right on Abortion in Croatia Seriously: One of the Basic Constitutional Rights or a Rudiment of Reproductive Rights?* na međunarodnom znanstvenom skupu *Final Conference of the Network for European Women's Rights*, u Birminghamu, University of Birmingham, Velika Britanija, 30. lipnja i 1. srpnja 2005.

Prof. dr. sc. Vesna Tomljenović sudjelovala je u Zagrebu od 8. do 9. rujna 2005. referatom *State of Play in Croatia* na međunarodnom znanstvenom skupu *Seminar on the Acquis in the field of Civil Law co-operation*.

Mr. sc. Budislav Vukas, ml. izlagao je u Pazinu, 30. rujna 2005. o temi *Državopravni položaj Istre nakon Drugog svjetskog rata* (u koautorstvu s doc. dr. sc. Željkom Bartulovićem), na *31. znanstveno-stručnom skupu Pazinski memorijal*. Tema skupa bila je *Istra u prvom desetljeću nakon Drugog svjetskog rata*. Znanstveni skup organizirala je Katedra Čakavskog sabora za povijest Istre, Pazin.

Mr. sc. Ivana Kunda sudjelovala je referatom *Haška konvencija o pravu mjerodavnom za određena prava u pogledu vrijednosnih papira koje drže posrednici* na međunarodnoj konferenciji *Državljanstvo i međunarodno privatno pravo/Haške konvencije*, održanoj 6. listopada 2005. u Beogradu (SiCG).

Nastavnici Fakulteta kao gostujući predavači

Prof. dr. sc. Velinka Grozdanić održala je u ožujku 2005. g. kao gost profesor na Filozofskom fakultetu u Rijeci studentima psihologije, u okviru kolegija *Forenzička klinička psihologija*, ciklus predavanja o temi *Zakonska regulativa forenzičke kliničke psihologije*.

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić održao je u svibnju 2005. na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Bologni (Italija), u okviru *Corso integrativo di Diritto e Procedura Penale Comparati*, predavanje o temi *Allargamento dell'Unione Europea e questione penale: Croazia e Turchia*. Na Fakultetu kriminalističkih nauka Univerziteta u Sarajevu (BiH), u okviru Postdiplomskog studija iz kaznenog/krivičnog prava, predavao je u dva navrata: u svibnju 2005. o temi *Kazneni sustavi zemalja članica zajednice nezavisnih država*, a u listopadu 2005. o temi *Europska kaznenopravna/krivičnopravna suradnja*.

Mr. sc. Sanja Barić boravila je kao gostujući predavač iz predmeta *Comparative Law* na *Vermont Law School*, Vermont, SAD, u rujnu i listopadu 2005.

Stručno usavršavanje u zemlji i inozemstvu

Znanstvena novakinja Emilia Čikara polazila je u 2004./2005. godini poslijediplomski magistarski studij *Europske integracije* pri Europa-Institutu Sveučilišta u Saarbrückenu (Njemačka).

Mr. sc. Ivana Kunda pohađala je *Munich Intellectual Property Law Summer Program*, u organizaciji *George Washington University* (Washington D.C., SAD), na *Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht* (München, Njemačka), od 4. do 30. srpnja 2005.

Znanstvena novakinja Antonija Zubović sudjelovala je na *21. godišnjoj konferenciji Europske udruge za pravo i ekonomiju (21st Annual Conference of European Association of Law and Economics)* u organizaciji Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, od 23. do 25. rujna 2004.

Mr. sc. Budislav Vukas, ml., od 12. veljače do 26. veljače 2005. boravio je na Sveučilištu u Genovi – Dipartimento delle ricerche europee, u sklopu usavršavanja iz povijesti europskih integracija. Boravak je realiziran u sklopu programa TEMPUS Europske unije.

Članstvo u radnim skupinama za izradu zakona

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić član je radne skupine za izradu Zakona o kaznenom postupku.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur član je Odbora za zakonodavstvo Hrvatskog sabora.

Prof. dr. sc. Vesna Tomljenović članica je radnih skupina za izradu nekoliko zakona: Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći (pri Ministarstvu pravosuđa), Zakona o hrvatskim državnim nagradama za znanost (pri Ministarstvu znanosti, obrazovanja i športa) te Pomorskog zakonika (pri Ministarstvu mora, turizma, prometa i razvitka). Voditeljica je radne skupine za poglavlje pregovora 28.

Zaštita potrošača i zdravlja u okviru pristupnih pregovora Republike Hrvatske s Europskom unijom.

Prof. dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat članica je radne skupine za pripremu pregovora za poglavlje *Pravne stečevine EU – Socijalna politika i zapošljavanje*.

Doc. dr. sc. Dorotea Ćorić sudjelovala je kao član radne grupe u izradi novog Pomorskog zakonika.

Dr. sc. Sanja Barić od lipnja 2004. stručna je članica Pododbora za ljudska prava Odbora za ljudska prava i prava nacionalnih manjina Hrvatskog sabora te od rujna 2004. članica Proširene radne skupine za izradu Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći.

Znanstvena novakinja Iva Tuhtan-Grgić članica je radne skupine za izmjene i dopune Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama.

Savjetovanja i seminari u organizaciji Fakulteta

Pravni fakultet u Rijeci organizirao je u suradnji s Veleposlanstvom Republike Francuske u Republici Hrvatskoj međunarodni znanstveni skup *200-ta obljetnica Code Civila (1804.-2004.)*, održan 26. i 27. studenoga 2004. na Pravnom fakultetu. Sudionici skupa bili su ugledni pravници i znanstvenici iz Hrvatske i inozemstva.

Institut za europsko pravo i poredbeno zakonodavstvo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci bio je organizator međunarodnog znanstvenog skupa *Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu: Izazovi međunarodnog tržišta roba i kapitala*, održanog u Opatiji 3. - 4. veljače 2005. Voditeljice skupa bile su prof. dr. sc. Vesna Tomljenović i prof. dr. sc. Edita Čulinović Herc. Izlaganja sa skupa bit će objavljena u posebnoj monografiji.

U Poreču je od 7. do 9. travnja 2005. održano jedanaesto savjetovanje *Vlasništvo – obveze – postupak*, u organizaciji Pravnog fakulteta u Rijeci. Voditelj Savjetovanja bio je prof. dr. sc. Petar Simonetti, a radovi su objavljeni u Zborniku Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 26 br. 1 (2005.).

Program Tempus

Institut za Europsko pravo i poredbeno zakonodavstvo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci organizirao je, u okviru *Tempus programa*, tečajeve iz područja europskog prava i europskih integracija. Voditeljica tečajeva bila je prof. dr. sc. Vesna Tomljenović, koordinatorica *Tempus programa*, sa suradnicima. U razdoblju od 23. svibnja do 1. lipnja 2005. održan je treći po redu *Opći tečaj*. Slijedio je niz *Specijalističkih tečajeva*: 24. siječnja - 2. veljače 2005.

o temi *Sloboda kretanja radnika u EU (državljeni EU i trećih država): Radnopravni i socijalnopravni status*; 7.-15. ožujka 2005. o temi *Europsko građansko pravo s posebnim osvrtom na zaštitu potrošača*; 19.-27. svibnja 2005. o temi *Vanjska trgovina EU*; 22. - 28. listopada 2005. o temi *Pravo tržišnog natjecanja i državne potpore u EU*.

Iz Biblioteke...

Tijekom 2004. i 2005. godine Knjižnica Pravnog fakulteta u Rijeci usmjerila je djelovanje na što veće uključivanje u nove informacijske tijekove, modernizaciju dijelova knjižničnog poslovanja, nabavu baza podataka te na jaču suradnju i povezivanje s drugim fakultetskim knjižnicama. Tako je od 1. srpnja 2004. do 1. listopada 2005. za Knjižnicu nabavljeno 1323 svezaka knjiga (579 domaće i 484 strane) te 1025 novih svezaka periodike (506 domaće i 519 strane). Fond se proširio i s neknjižnom građom, nabavljeno je 40 CD-Romova.

Tijekom 2004. i 2005. godine obrađeno je putem *Crolista* (računalnog programa za vođenje knjižnice) 3949 jedinica knjižnične građe. Daljnji plan teče u smjeru katalogizacije cjelokupne knjižnične građe, kako bi se omogućila još veća dostupnost i ažurnost u pronalaženju svakog naslova putem *on line kataloga*.

U suradnji s informatičkom službom dodane su nove mrežne stranice knjižnice koje su omogućile korisnicima lakši pristup informacijama. Novine obuhvaćaju mogućnost pregleda domaćih i stranih nakladnika vezanih uz pravnu literaturu, pretraživanje mrežnih stranica tekuće periodike, bilten prinova novih izdanja pristiglih u Knjižnicu i informacijsko referalnu službu *Pitajte knjižničara*.

Ministarstvo znanosti, obrazovanja i športa omogućilo je putem pristupa novim bazama *EBSCO*, *ELSEVIER*, *Wiley*, *HeinOnline*, *Sage*, *Oxford University Press*, *Blackwell Synergy*, *Cambridge* i *Springer*, pretraživanje punog teksta članaka u brojnim elektroničkim časopisima iz područja prava. Tijekom 2004. godine, ostvarena je kupnja pravne baze podataka *Westlaw* kao i besplatan jednomjesečni pristup bazi *Lexis Nexis*. Organizirano je predstavljanje baze *Westlaw* na Pravnom fakultetu u suradnjom s *Thomson Sweet and Maxwell Group*. Prezentaciju je vodio gospodin Nick Mole, predstavnik baze.

Knjižnica oblikuje svoje daljnje planove u želji i nastojanju za unaprjeđivanje knjižnične djelatnosti, koja će omogućiti slobodan pristup informacijama krajnjim korisnicima uz pomoć različitih izvora znanja i tehnologije.

Studentske aktivnosti

Međunarodno natjecanje *Philip C. Jessup Moot Court Competition*

I ove su godine, četvrti put zaredom studenti Pravnog fakulteta u Rijeci sudjelovali na prestižnom studentskom natjecanju iz međunarodnog prava *Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition* kao jedini predstavnici Hrvatske. U konkurenciji od preko 500 timova (po čemu je ovo najmasovnije studentsko natjecanje na svijetu), od čega je 100 timova sudjelovalo na međunarodnom finalu u Washingtonu, tim našeg fakulteta osvojio je 46. mjesto, nastavivši kontinuitet solidnih nastupa.

Natjecanje se sastoji od podnošenja tzv. Memorial for the Applicant i Memorial for the Respondent (gdje se koncizno ističu interpretacije obiju strana na polju činjenica i prava u hipotetskom slučaju) te usmene obrane teza pred simuliranim vijećem Međunarodnog suda (ICJ). Pripreme traju šest mjeseci (od zaprimanja slučaja početkom rujna do sudjelovanja na međunarodnom finalu krajem ožujka).

Tim su sačinjavale: Antonia Grgurev, Brankica Lukanić, Elena Vukotić, Gordana Rakovac i Morana Batoš, dok su usmeno branili teze na govorničkim rundama Antonia Grgurev, Brankica Lukanić i Gordana Rakovac. Treneri tima bili su: Petra Perišić i Leo Matić, a mentor projekta je i ove godine bila prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić.

Međunarodno natjecanje u trgovačkoj arbitraži *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*

Studenti Pravnog fakulteta u Rijeci Branimir Čolić, Vedran Ljubanović, Jelena Kević, Ivana Manovelo, Maša Marochini i Ivana Sunko sudjelovali su na *Twelfth Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, održanom od 19. do 24. travnja 2005. u Beču. Pod vodstvom mentorica, prof. dr. sc. Vesne Tomljenović, prof. dr. sc. Edite Čulinović – Herc i mr. sc. Ivane Kunda, postigli su izuzetan uspjeh osvojivši u konkurenciji 151 tima iz 46 zemalja drugo mjesto za pisani podnesak za tuženog (*Werner Melis Award best memorandum for Respondent*). Kao tim plasirali su se u grupu finalista. Studentice Maša Marochini i Iva Sunko osvojile su nagradu *Martin Domke Award best oralist honorable mention* za najbolje govornike.

UPUTE AUTORIMA

Časopis objavljuje radove koji se recenziraju i one koji ne podliježu recenzentskom postupku. Recenzirani radovi kategoriziraju se u ove kategorije:

- * izvorni (originalni) znanstveni članak - original scientific paper
- * prethodno priopćenje - preliminary communication
- * pregledni znanstveni članak - review
- * izlaganje (referat) sa znanstvenog skupa - conference paper
- * stručni članak - professional paper

Izvorni znanstveni članak sadrži dosad još neobjavljene rezultate izvornih istraživanja. Prethodno priopćenje sadrži nove rezultate znanstvenih istraživanja, koji zahtijevaju brzo objavljivanje. Pregledni znanstveni članak mora biti originalan, sažet i kritički prikaz jednog područja ili njegova dijela u kojem autor i sam aktivno sudjeluje. Mora biti istaknuta uloga autorova izvornog doprinosa u tom području s obzirom na već publicirane radove, kao i pregled tih radova. Izlaganje sa znanstvenog skupa, prethodno referirano na takvom skupu, mora biti objavljeno u obliku cjelovitog članka, i to samo ako nije prije toga objavljeno u zborniku skupa. Stručni članak sadrži korisne prijedloge iz određene struke i ne mora sadržavati izvorna istraživanja.

Odluku o kategorizaciji pojedinog rada donosi uredništvo na temelju prijedloga dva recenzenta.

Rad će se objaviti jedino temeljem pozitivnih recenzija.

Prihvatanje kategoriziranih članaka za objavljivanje obvezuje autora da isti članak ne smije objaviti na drugomu mjestu bez dopuštenja uredništva časopisa ako je ono članak prihvatilo, a i tad uz podatak o tome gdje je prvi put članak objavljen. Kategorija članka navodi se u zaglavlju članka i u sadržaju sveska. Ostali se prilozi koje časopis objavljuje, ne kategoriziraju.

Radovi predloženi za objavljivanje moraju zadovoljiti sljedeće:

1. Rukopis ne smije biti već objavljen ili u tom cilju upućen drugom časopisu;
2. Naslov mora biti koncizan i istovremeno informativan;
3. U lijevom kutu naslovne stranice rukopisa treba stajati ime i prezime autora te naziv i adresa ustanove u kojoj radi;
4. Uz rukopis je potrebno priložiti objašnjenje o značenju upotrijebljenih kratica i simbola;
5. Tablice moraju biti pregledno i korektno priređene, te uredno opisane (broj, naslov, legenda);
6. Bilješke se posebno prilažu rukopisu;
7. Izvorni znanstveni radovi, prethodna priopćenja, pregledni znanstveni članci i stručni članci moraju biti opremljeni zaključkom i sažetkom koji ne treba prelaziti 250 riječi i ključnim riječima (2-3 riječi). Sažetkom se na skraćeni način predstavlja sadržaj članka. U sažetku pisanom u trećem licu ukratko se naznačuju rezultati istraživanja prezentirani u članku;
8. Opseg rukopisa koji podliježe kategorizaciji, ograničen je, u pravilu, do 1,5 autorska arka. Šesnaest kartica čini jedan autorski arak (30.000 znakova);
9. Radovi se dostavljaju u tri primjerka, od kojih jedan mora biti original. Uz rad treba priložiti i disketu s naznakom programa u kojem je rad pisan;
10. Rad koji ne odgovara uputama vratit će se autoru.

INFORMATION FOR CONTRIBUTORS

This journal publishes papers subject to review as well as those which are not subject to review. The papers subject to review are categorised as follows:

- * original scientific paper
- * preliminary communication
- * review article
- * conference paper
- * professional paper

An original scientific paper contains yet unpublished results of original research. A preliminary communication contains new research results which demand prompt publication. A review article ought to be an original, concise and critical review of a certain field or its segment in which the author herself actively participates. There must be emphasised the author's original contribution to the field with regard to the works already published. There must also be provided a list of those works. A conference paper, i.e. a written form of a presentation submitted at a conference, must be published as a complete paper, provided that it has not been published as part of the collected papers of the conference. A professional paper contains useful suggestions concerning a certain field and need not involve original research.

The category to be assigned to a certain paper is within the sole discretion of the Editorial Board, which will base its decision on the proposals by two reviewers.

The journal will publish only those papers which received a positive review.

Upon acceptance of her paper for publication by this journal the author undertakes not to cause the paper to be published elsewhere without the permission of the Editorial Board. Should the Editorial Board grant the permission, a repeated publication should contain a notice as to where the paper was originally published.

The category of a paper shall be indicated in the head of the paper and in the journal's table of contents.

Other contributions published by the journal are not subject to categorisation.

Any written work submitted for publication in this journal must satisfy the following conditions:

1. The manuscript should not have been already published or under consideration by another journal.
2. The title should be both concise and informative.
3. The author's name and surname, as well as her employment address should be indicated in the left hand side of the title page.
4. The manuscript should be accompanied by an explanation as to the meaning of the abbreviations and symbols used.
5. Tables must be drawn clearly and correctly, and must be accompanied by appropriate explanations.
6. Notes should be numbered in sequential order, as cited in the text, and should be enclosed on a separate sheet.
7. Original scientific papers, preliminary communications, review articles and professional papers, should be accompanied by a conclusion, summary and key words (2-3 words). A summary should provide a short outline of the contents of a paper. It should be written in the third person singular and should not exceed 250 words in length.
8. The manuscript should be double-spaced and should not exceed 8.000 words, approximately 24 pages in length.
9. A contribution ought to be submitted in three copies, one of which must be the original. The written manuscript must be accompanied by a floppy disk with the indication of the word processor used.
10. Manuscripts which do not comply with the above conditions shall be returned to their authors.

HINWEISE FÜR DIE AUTOREN

Die Zeitschrift veröffentlicht Arbeiten, die rezensiert werden und solche, die keine Rezension erfordern. Die rezensierten Arbeiten werden folgendermaßen kategorisiert:

- * wissenschaftlicher Originalbeitrag
- * vorläufige Mitteilung
- * Übersichtsartikel
- * Referat auf einer wissenschaftlichen Tagung
- * fachlicher Beitrag

Der wissenschaftliche Originalbeitrag enthält bisher unveröffentlichte Resultate originaler Untersuchungen. Die vorläufige Mitteilung enthält neue Resultate wissenschaftlicher Untersuchungen, die eine schnelle Veröffentlichung erfordern. Ein Übersichtsartikel muß eine originale, kurzgefaßte und kritische Darstellung eines Gebiets oder Teilgebiets sein, mit dem sich der Autor selbst aktiv auseinandersetzt. Es muß die Bedeutung des originalen Beitrags des Autors auf diesem Gebiet hinsichtlich schon veröffentlichter Arbeiten hervorgehoben werden. Ein Referat, das auf einer wissenschaftlichen Tagung gehalten wurde, muß in Form eines vollständigen Aufsatzes veröffentlicht werden und zwar nur dann, wenn es vorher noch nicht veröffentlicht worden ist. Der fachliche Beitrag enthält nützliche Vorschläge aus einem bestimmten Fach und muß keine originalen Untersuchungen enthalten.

Die Entscheidung über die Kategorisierung der einzelnen Arbeit fällt die Redaktion auf Vorschlag zweier Rezensenten.

Eine Arbeit wird nur aufgrund einer positiven Rezension veröffentlicht.

Die Annahme des kategorisierten Aufsatzes zur Veröffentlichung verpflichtet den Autor, denselben Aufsatz an keinem anderen Ort ohne Zustimmung der Redaktion zu veröffentlichen, und wenn diese zustimmt, dann mit dem Hinweis auf den Ort der Erstveröffentlichung. Die Kategorie des Aufsatzes wird in seiner Überschrift und im Inhaltsverzeichnis des Heftes angeführt. Die anderen Beiträge, die in der Zeitschrift veröffentlicht werden, werden nicht kategorisiert.

Arbeiten, die zur Veröffentlichung vorgeschlagen werden, müssen folgende Bedingungen erfüllen:

1. Das Manuskript darf noch nicht veröffentlicht oder zu diesem Zweck einer anderen Zeitschrift eingereicht sein.
2. Die Überschrift muß konzis und gleichzeitig informativ sein.
3. In der linken oberen Ecke der Titelseite des Manuskriptes müssen Vorname und Name des Autors angeführt werden sowie Bezeichnung und Adresse seiner Arbeitsstelle.
4. Dem Manuskript muß eine Erklärung der benutzten Abkürzungen und Symbole beigefügt sein.
5. Tabellen müssen übersichtlich und korrekt gegliedert sein (Nummer, Titel, Legende).
6. Anmerkungen werden dem Manuskript besonders beigefügt.
7. Wissenschaftliche Originalbeiträge, vorläufige Mitteilungen, Übersichtsartikel und fachliche Beiträge müssen eine Schlußbetrachtung, eine Zusammenfassung die 250 Wörter nicht übersteigen darf, und Schlüsselwörter (2-3 Schlüsselwörter) haben. In der Zusammenfassung wird kurz der Inhalt des Artikels dargelegt bzw. werden kurz die Ergebnisse der Untersuchung, die in der Arbeit präsentiert werden, aufgezeigt.
8. Der Umfang der Manuskripte, die der Kategorisierung unterliegen, ist begrenzt und zwar bis zu 24 Seiten (30 000 Zeichen).
9. Arbeiten werden in dreifache Ausführung eingereicht, von denen eine das Original sein muß. Der Arbeit ist die Diskette mit der Bezeichnung des Textprozessors beizulegen.
10. Eine Arbeit, die den Hinweisen nicht entspricht, wird dem Autor zurückgegeben.

INFORMAZIONI PER GLI AUTORI

Questa rivista pubblica saggi soggetti a recensione così come quelli che non sono soggetti a recensione. I saggi soggetti a recensione sono classificati nelle seguenti categorie:

- * articolo scientifico originale
- * comunicazione preliminare
- * articolo di rassegna
- * relazione seminariale
- * articolo specialistico

L'articolo scientifico originale contiene i risultati di una ricerca originale non ancora pubblicati. La comunicazione preliminare contiene i risultati di una ricerca nuova che richiede una sollecita pubblicazione. L'articolo di rassegna dovrebbe essere un'originale, concisa e critica rassegna di una determinata materia o settore al quale l'autore partecipa attivamente; dovrebbe essere enfatizzato il contributo originale dell'autore alla materia in relazione alla quale sono già stati pubblicati lavori; dovrebbe altresì essere fornita una lista di tali lavori. La relazione seminariale, cioè lo scritto relativo ad una presentazione ad un incontro scientifico, deve essere pubblicato come saggio completo, purché non sia stato pubblicato come parte della pubblicazione degli atti dell'incontro scientifico. L'articolo specialistico contiene utili proposte relative ad una determinata materia e non bisogna contenga una ricerca originale.

La categoria da assegnare ad un determinato saggio è ad esclusiva discrezione del Comitato di redazione, che fonderà la propria decisione sulle proposte di due recensori.

All'accettazione del suo saggio per la pubblicazione nella presente rivista l'autore si impegna a far sì che il saggio non sia pubblicato in altro luogo senza il permesso del Comitato di redazione. Se il Comitato di redazione dovesse accordare il permesso, la nuova pubblicazione deve contenere l'informazione di dove il saggio è stato originariamente pubblicato.

La categoria di un saggio deve essere indicata nell'intestazione del saggio e nell'indice sommario della rivista.

Gli altri contributi pubblicati dalla rivista non sono soggetti a classificazione.

Ciascun lavoro scritto presentato per la pubblicazione nella presente rivista deve soddisfare le seguenti condizioni:

1. Il manoscritto non deve essere stato precedentemente pubblicato o essere presentato per l'accettazione da parte di un'altra rivista;
2. Il titolo deve essere conciso e informativo insieme;
3. Il nome e il cognome dell'autore, così come la sua posizione professionale, devono essere indicati nel lato sinistro della pagina di intitolazione;
4. Il manoscritto deve essere accompagnato da una spiegazione del significato delle abbreviazioni e dei simboli utilizzati;
5. Le tabelle devono essere elaborate chiaramente e correttamente, e devono essere accompagnate da appropriate spiegazioni;
6. Le note devono essere numerate in ordine sequenziale, come citate nel testo, e devono essere incluse in un foglio separato;
7. Gli articoli scientifici originali, le comunicazioni preliminari, gli articoli di rassegna e gli articoli specialistici dovrebbero essere accompagnati dalla conclusione, il sommario (massimo 250 parole) e le parole chiave (2-3 parole). Il sommario deve prevedere una breve descrizione dei contenuti del saggio. Esso deve essere scritto in terza persona e indicare i risultati presentati nel saggio;
8. Il manoscritto deve essere con doppia interlinea e non deve superare le 8.000 parole per circa 24 pagine;
9. Il contributo deve essere presentato in tre copie, una delle quali deve essere originale. Il manoscritto deve essere accompagnato da un floppy disk con l'indicazione del programma di scrittura utilizzato;
10. I manoscritti che non si attengono alle suddette condizioni sono restituiti ai loro autori.

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

Iz sadržaja *Zbornika Vol. 26 br. 1 (2005)*

Prilozi za Savjetovanje: "Vlasništvo - obveze - postupak" (Poreč, 7. - 9. travnja 2005.)

Mihajlo Dika, "Prethodno pitanje" u parničnom postupku; *Petar Simonetti*, Stvarnopravni učinci pretvorbe društvenih poduzeća; *Silvija Petrić*, Građanskopravna odgovornost zdravstvenih djelatnika; *Jozo Čizmić*, Povrat u prijašnje stanje u hrvatskom parničnom postupku; *Edita Čulinović-Herc*, Zaštita potrošača kod pojedinih bankovnih ugovora - usklađenost s europskim pravom; *Meliha Povlakić*, Zemljišni dug u usporednom pravu; *Jasnica Garašić*, Europska Uredba o insolventijskim postupcima; *Marko Bevanda*, Ugovor između liječnika i pacijenta; *Vlado Belaj*, Stjecanje imovine (vlasništva) u bračnoj i izvanbračnoj zajednici; *Olga Jelčić*, Ostvarenje prava na namirenje tražbine osigurane hipotekom i fiducijarnim vlasništvom na nekretnini; *Dragutin Ledić*, O nekima praktičnim i teorijskim dvojbama i problemima prilagodbe hrvatskoga prava europskomu pravu društava, *Zvonimir Slakoper*, Promijenjene okolnosti danas i u Nacrtu Zakona o obveznim odnosima; *Nada Bodiroga-Vukobrat*, Osiguranje potraživanja radnika za slučaj insolventnosti poslodavca u europskome pravu u svjetlu Smjernice 80/987/EEZ i Smjernice 2002/74/EZ, s osvrtom na rješenja u hrvatskom pravu; *Dario Đerđa*, Određivanje naknade za izvlaštenu nekretninu; *Marinko Đ. Učur*, Radno zakonodavstvo Republike Hrvatske i *acquis communautaire*; *Jasna Brežanski*, Zakon o zakupu i prodaji poslovnog prostora - primjena u praksi; *Dragan Zlatović*, Zaštita tvrtke u hrvatskom pravu - s posebnim osvrtom na kolizijska pravila za slučaj sukoba tvrtke i žiga.

AKCIJSKA PRODAJA ZBORNIKA!



Naručujem/o ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

• po jedinstvenoj cijeni od **25,00 kn**:

- Vol. 20 br. 2 (1999.): _____ primjeraka
- Vol. 21 br. 1 (2000.): _____ primjeraka
- Vol. 21 br. 2 (2000.): _____ primjeraka
- Vol. 22 br. 1 (2001.): _____ primjeraka
- Vol. 22 br. 2 (2001.): _____ primjeraka
- Supplement br. 1 (2001.): _____ primjeraka
- Vol. 23 br. 1 (2002.): rasprodan
- Vol. 23 br. 2 (2002.): _____ primjeraka
- Supplement br. 2 (2002.): _____ primjeraka
- Vol. 24 br. 1 (2003.): _____ primjeraka
- Vol. 24 br. 2 (2003.): _____ primjeraka
- Supplement br. 3 (2003.): _____ primjeraka

• po cijeni od **50,00 kn**:

- Vol. 25 br. 1 (2004.): _____ primjeraka
- Vol. 25 br. 2 (2004.): _____ primjeraka

• po cijeni od **90,00 kn**:

- Vol. 26 br. 2 (2005.): _____ primjeraka

• po cijeni od **110,00 kn**:

- Vol. 26 br. 1 (2005.): _____ primjeraka

Ime i prezime/ Poduzeće/ Ustanova:

Sjedište, adresa, telefon, fax:

MB / JMBG _____

U _____, _____ godine

MP

Potpis:

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci
br. 2402006-1100110025 poziv na broj 050-50

Molimo da kopiju uplatnice i priložni obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka

Tel.: 051/359-500, fax 051/675-113

e-mail: skriptarnica@pravri.hr

BIBLIOTEKA PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

Urednik: Prof. dr. sc. Miomir Matulović

Biblioteka je Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena 1995. godine. Glavni je cilj Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručnu djelatnost, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja prava i države općenito te hrvatskog prava i države napose.

Biblioteku čine nizovi: udžbenici, monografije, godišnja predavanja, zbornici sa znanstvenih skupova, komentari, prijevodi strane pravne literature i priručnici.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

UDŽBENICI:

- Berislav Pavišić, Duško Modly i suradnici, *Kriminalistika. (Uvod, Kompendij silogističke kriminalistike, Bibliografija), 1995. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić, *Kriminalistika. 1. Uvod, 1997. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 50,00 kn)*
- Lujo Margetić, *Opća povijest prava i države, 1998. (rasprodano)*
- Lujo Margetić, Mile Boras, *Rimsko pravo, 1998. (unutarnja cijena: 150,00 kn; vanjska cijena: 175,00 kn)*
- V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo, 2000. (unutarnja cijena: 250,00; vanjska cijena: 450,00 kn)*
- Vinko Hlača, *Hrvatsko prometno pravo i međunarodne konvencije, 2000. (rasprodano)*
- Vinko Hlača, *Hrvatsko pomorsko pravo. Izabrani radovi, 2001. (unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 300,00 kn)*
- Dragutin Ledić, *Pravo društava i trgovačko pravo, 2002. (unutarnja cijena: 110,00 kn; vanjska cijena: 220,00 kn)*
- V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima, 2002. (unutarnja cijena: 165,00; vanjska cijena: 200,00 kn)*
- Matthias Herdegen, *Europsko pravo, 2003. (unutarnja cijena: 150,00 kn; vanjska cijena: 170,00 kn)*
- Milovan Jovanović, *POLIS-OIKOS-NOMOS, Ekonomski zakoni, 2004. (unutarnja cijena: 200,00 kn; vanjska cijena 250,00 kn)*

MONOGRAFIJE:

- Robert Blažević, *Politički poretci i legitimitet, 1995. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 50,00 kn)*
- Lujo Margetić, *Istra i Kvarner. Izbor studija, 1996. (unutarnja cijena: 30,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Marinko Đ. Učur, *Pomorsko radno pravo, 1997. (unutarnja cijena: 50,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Vesna Tomljenović, *Pomorsko međunarodno privatno pravo. Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava, 1998. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Edita Čulinović-Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, 1998. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Boris Banovac, *Društvena pripadnost, identitet, teritorij, 1998. (rasprodano)*
- Lujo Margetić, *Rimsko pravo. Izabrane studije, 1999. (unutarnja cijena: 20,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Milovan Jovanović, *Kapitalizam iznutra, 1999. (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 100,00 kn)*

- Lujó Margetić, *Hrvatska i crkva u srednjem vijeku, 2000. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 100,00 kn)*
- Petar Simonetti, *Rasprave iz stvarnog prava, 2001. (rasprodano)*
- Vesna Crnić-Grotić, *Pravo međunarodnih ugovora, 2002. (unutarnja cijena: 120,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Eduard Kunštek, *Arbitražna nadležnost ICSID (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), 2002. (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 130,00 kn)*
- Petar Simonetti, *Denacionalizacija, 2004. (unutarnja cijena: 200,00 kn; vanjska cijena: 250,00 kn)*
- Petar Šarčević, *Essays in Private International Law and Comparative Law, 2004. (unutarnja cijena: 250,00 kn; vanjska cijena: 280,00 kn)*

GODIŠNJA PREDAVANJA:

- Lujó Margetić, *Rimsko pravo kao europski pravni fenomen i hrvatska pravna povijest, 1997. (rasprodano)*

ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:

- Vinko Hlača (priredio), *Pomorsko dobro i koncesije, 1995. (rasprodano)*
- Vinko Hlača (priredio), *Pomorsko dobro. Društveni aspekti upotrebe i korištenja, 1996. (rasprodano)*
- Velinka Grozdanić, Alenka Šelih, *Žene i kazna zatvora, 2001. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 128,00 kn)*
- Susan Šarčević, *Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union, 2001. (unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 128,00 kn)*

KOMENTARI:

- Željko Horvatić, Milan Batinica, Ante Škorić, Borislav Blažević, Ivica Crnić i Petar Veić, *Komentar Zakona o prekršajima, 1996. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić i Velinka Grozdanić, *Komentar Osnovnoga krivičnog zakona Republike Hrvatske, 1996. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o sigurnosti prometa na cestama, 1995. (rasprodano)*
- Vinko Hlača i Gordan Stanković, *Pravo zaštite morskog okoliša. Priručnik odabranih propisa, 1997. (rasprodano)*

PRIJEVODI:

- Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi, 1998. (besplatno izdanje)*
- R.L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje, 1999. (besplatno izdanje)*
- T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice, 1999. (besplatno izdanje - nema na zalih)*
- T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice, 2004. (unutarnja cijena: 250,00 kn; vanjska cijena: 300,00 kn - meki uvez)*

PRIRUČNICI:

- Miomir Matulović, Berislav Pavišić, *Dokumenti Vijeća Europe, 2001. (unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)*

Nakladnik **PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI**

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel./fax: 051/359-500

Dekanat tel.: 051/359-600 fax: 051/675-113

e-mail: skriptarnica@pravri.hr

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

MB/JMBG _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

br. 2402006-1100110025 poziv na broj 050-50

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

**BIBLIOTEKA
ZAVODA ZA KAZNENE ZNANOSTI MOŠĆENICE**

www.pravri.hr/zavodi/zkzm

e-mail: zkzm@pravri.hr

Zavod za kaznene znanosti Mošćenice bavi se, u suradnji s više inozemnih fakulteta i znanstvenih ustanova te drugih tijela, istraživanjem u području kaznenih znanosti, pripremanjem znanstvenih skupova i seminara, te nakladničkom djelatnošću.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

- Berislav Pavišić, Gaetano Insolera, *Hrvatsko-talijanski rječnik kaznenoga prava – Dizionario croato-italiano di diritto penale – Dizionario italiano-croato di diritto penale – Talijansko-hrvatski rječnik kaznenoga prava*, Rijeka, 1997. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 60,00 kn)
- Berislav Pavišić, Duško Modly i suradnici, *Kriminalistika*, 2. izd., Rijeka, 1999. (rasprodano)
- Berislav Pavišić, Petar Veić, *Komentar Kaznenoga zakona*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, 1999. (rasprodano)
- Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o kaznenom postupku s prilogima*, Rijeka, 2000. (rasprodano)
- Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o kaznenom postupku s prilogima*, 2. izd., Knj. 1, 2001. (rasprodano)
- *Kazneni zakon, redakcijski pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, priredio: Berislav Pavišić, Rijeka, 2001. (rasprodano)
- *Kazneni zakon, redakcijski pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, priredio: Berislav Pavišić, Rijeka, 2. izd., 2001. (rasprodano)
- *Ley penal croata, coordinacion de Davide Bertaccini*, Berislav Pavišić, Máximo Sozzo, Rijeka, 2001. (rasprodano)
- *Kazneni zakoni*, priredio: Berislav Pavišić, Rijeka, 2001. (rasprodano)
- *Zakon o kaznenom postupku, redakcijski pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, 1. izd., 2002. (rasprodano)
- *Zakon o kaznenom postupku, redakcijski pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, 2. izd., 2002. (rasprodano)
- Berislav Pavišić, *Komentar Zakona o kaznenom postupku s prilogima*, 3. izd., 2002. (rasprodano)
- Batinica, Markov, *Zakon o prekršajima*, 1. izdanje, Rijeka, 2002. (rasprodano)
- *Talijanski kazneni postupak, redakcija: Berislav Pavišić, predgovor: Gaetano Insolera, uvod: Glauco Giostra*, Rijeka, 2002. (unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)
- Batinica, Markov, *Zakon o prekršajima*, 2. izdanje, Rijeka, 2002. (rasprodano)
- *Zakon o kaznenom postupku, redakcijski i pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, 3. izdanje, 2003. (rasprodano)
- Berislav Pavišić, *Transition of criminal procedure systems, Vol. II.*, 2004. (unutarnja cijena: 110,00 kn; vanjska cijena: 225,00 kn)
- Đorđe Milović, *Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta*, 2005. (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 180,00 kn)
- *Codigo procesal penal Modelo para Iberoamerica – Zakonik o kaznenom postupku Model za Iberijsku Ameriku – Codice processuale penale Modello per l'Iberoamerica*, koordinacija: Berislav Pavišić, uvod: Julio B. J. Maier, prijevod: Davide Bertaccini, Ivana Barbara Blažević, Eduard Kunštek, Berislav Pavišić, poredbeni pregled: Vanina Ferreccio, 2005. (unutarnja cijena: 55,00 kn, vanjska cijena: 55,00 EUR)

Nakladnik **PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI**

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel./fax: 051/359-500

Dekanat tel.: 051/359-600 fax: 051/675-113

e-mail: skriptarnica@pravri.hr

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

MB/JMBG _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

br. 2402006 -1100110025 poziv na broj 050-50

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

*Recenzenti u 2005. godini za Vol. 26. br. 1 i 2
(prema abecednom redu)*

- Dr. sc. Magdalena Apostolova-Maršavelski
– Zagreb
- Dr. sc. Ilija Babić – Beograd/SCG
- Dr. sc. Jakša Barbić – Zagreb
- Mr. sc. Marko Baretić – Zagreb
- Dr. sc. Sanja Barić - Rijeka
- Dr. sc. Dragan Bolanča – Split
- Dr. sc. Rudolf Capar - Rijeka
- Dr. sc. Ante Carić – Split
- Dr. sc. Antun Cvitanić - Split
- Dr. sc. Dorotea Ćorić - Zagreb
- Dr. sc. Mihajlo Dika – Zagreb
- Dr. sc. Velimir Filipović - Zagreb
- Dr. sc. Igor Gliha - Zagreb
- Dr. sc. Peter Grilc – Ljubljana/SLO
- Dr. sc. Velinka Grozdanić – Rijeka
- Dr. sc. Vinko Hlača - Rijeka
- Dr. sc. Dubravka Hrabar - Zagreb
- Dr. sc. Šime Ivanjko – Maribor/SLO
- Dr. sc. Arsen Janevski – Skopje/M
- Dr. sc. Barbara Jelčić - Zagreb
- Dr. sc. Tatjana Josipović – Zagreb
- Mr. sc. Dionis Jurić - Rijeka
- Dr. sc. Polonca Končar – Ljubljana/SLO
- Dr. sc. Davor Krapac - Zagreb
- Dr. sc. Slavica Krneta – Sarajevo/BiH
- Dr. sc. Eduard Kunštek – Rijeka
- Dr. sc. Anita Kurtović – Split
- Dr. sc. Olivera Lončarić-Horvat – Zagreb
- Dr. sc. Dragan Medvedović – Zagreb
- Dr. sc. Mía Mikić – Zagreb
- Dr. sc. Deša Mlikotin - Tomić – Zagreb
- Dr. sc. Mladen Montana - Rijeka
- Dr. sc. Franc Pernek – Maribor/SLO
- Dr. sc. Siniša Petrović – Zagreb
- Dr. sc. Željko Potočnjak – Zagreb
- Dr. sc. Aldo Radolović – Rijeka
- Dr. sc. Petar Simonetti – Rijeka
- Dr. sc. Alenka Šelih – Ljubljana/SLO
- Dr. sc. Goran Tomašević - Split
- Dr. sc. Vesna Tomljenović - Rijeka
- Dr. sc. Miloš Trifković – Sarajevo/BiH
- Dr. sc. Ksenija Turković – Zagreb
- Dr. sc. Alan Uzelac – Zagreb
- Dr. sc. Maja Vehovec - Rijeka
- Dr. sc. Nenad Zakošek - Zagreb
- Dr. sc. Stjepan Zdunić – Zagreb

Vol. 26 br. 2 (2005)

I. Članci: *Lujo Margetić*, Pravni aspekti Rižanskog placita • *Velinka Grozdanić*, *Ute Karlavaris Bremer*, Kazna zatvora za ovisnice – represija i/ili prevencija? • *Ljiljana Mikšaj-Todorović*, *Ksenija Butorac*, Ispitivanje razlika u strukturi obitelji maloljetnih delinkvenata u Republici Hrvatskoj u prijeratnom i poslijeratnom razdoblju • *Bariša Gašpar*, Identifikacija i sistematizacija temeljnih čimbenika u ekološkoj degradaciji prirode i ljudskog okoliša • *Ivana Kunda*, *Jasmina Mutabžija*, Odgovornost prodavatelja za pravo ili potraživanje trećih osoba s osnove intelektualnog vlasništva prema Bečkoj konvenciji o međunarodnoj prodaji robe • *Aleksandra Maganić*, Zemljišnoknjižni službenici prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama • *Douwe Korff*, The Gibraltar Shooting Case: An Analysis of the European Court of Human Rights Judgment in the Case of *McCann & Others v. the United Kingdom* • *Milovan Jovanović*, Pomorsko dobro u talijanskom i hrvatskom zakonodavstvu – Gospodarski aspekti • *Andrija Crnković*, Ozelenjivanje ekonomije: ekološki porezi • *Ante Perkušić*, *Blanka Ivančić*, Ugovor o darovanju nekretnine *de lege lata* i *de lege ferenda* – pobijanje paulijanskim tužbama, nasljednopravni i poreznopravni aspekti • *Marissabell Škorić*, Mješoviti međunarodni kazneni sudovi • *Dalida Rittossa*, Prijepori o pravu na pobačaj u Republici Hrvatskoj • *Antun Jurman*, Bruto domaći proizvod – čimbenik rasta depozita pravnih osoba u hrvatskim bankama • *Davor Bukša*, Institucionalna potpora izvozu kapitalnih objekata • *Ivana Radačić*, Status of Women and Treatment of Gender-Specific Violence in International Humanitarian and International Criminal Law • *Dragan Zlatović*, Kazališna djela kao autorska djela

II. Prikazi

III. Fakultetska kronika