

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNİK  
PRAVNOG  
FAKULTETA  
SVEUČILIŠTA  
U RIJECI

VOLUMEN 25

BROJ 2

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 25,  
Br. 2, str. XII+623-1074, Rijeka, 2004.

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 Simonetti, prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, prof. dr. sc. Dragutin Ledić, doc. dr. sc. Robert Blažević, 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), mr. 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. (051) 675-113

**e-mail:** zbornik@pravri.hr

**www:** http://law.pravri.hr

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 500 primjeraka

**Priprema i tisak/Layout & Print:** Liniavera, 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 i tehnologije Republike Hrvatske.

ISSN 1330-349X

**ZBORNIK**  
PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 25

BROJ 2

RIJEKA, 2004.





## SADRŽAJ

## I. Članci:

*Lujo Margetić,*Iločka pravna knjiga - važan dokument naše pravne povijesti  
(izvorni znanstveni članak) ..... 623*Antun Jurman,*

Rizik likvidnosti u poslovnoj banci (izvorni znanstveni članak) ..... 633

*Ivan Padjen,*Diskrecija, sudovanje i granice prava: Pouke Fullerovog "Problema  
kivnog doušnika" (izvorni znanstveni članak) ..... 655*Ljiljana Mikšaj-Todorović, Mladen Singer,*Ponašajna obilježja mladih delinkvenata u Republici Hrvatskoj u  
prijeratnom i poslijeratnom razdoblju (izvorni znanstveni članak) ..... 693*Aleksandar Štulhofer, Teo Matković, James Elias,*Pornografija i seksualno zadovoljstvo: postoje li veze? (izvorni  
znanstveni članak) ..... 707*Vesna Crnić-Grotić,*Zajednička ribarska politika EU i treće zemlje: primjer Norveške  
(izvorni znanstveni članak) ..... 721*Edita Čulinović-Herc,*Zlouporebe na tržištu vrijednosnih papira - nova europska smjernica  
i Zakon o tržištu vrijednosnih papira (izvorni znanstveni članak) ..... 749*Mirela Šarac,**Actio exercitoria* (izvorni znanstveni članak) ..... 783*Nataša Žunić Kovačević,*Europski sud pravde i njegova uloga u reformama sustava  
neposrednog oporezivanja (izvorni znanstveni članak) ..... 809*Željko Potočnjak,*Pravo na sud, pristup sudu i suđenje u razumnom roku u slučaju  
intervencije zakonodavca u sudske postupke u tijeku  
(prethodno priopćenje) ..... 823*Boris Banovac,*

Kolektivni identiteti i "nove" periferije (prethodno priopćenje) ..... 855

<i>Željko Boneta,</i> Konfesionalna i religijska identifikacija u Gorskom kotaru, Istri i Lici (prethodno priopćenje) .....	877
<i>Leo Cvitanović,</i> Sustav propisivanja kazne zatvora u Kaznenom zakonu i Kaznenom zakoniku ( <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i> ) (pregledni znanstveni članak) .....	891
<i>Davorin Rudolf, ml.,</i> Slobodno i zatvoreno more: Grotius i Selden (pregledni znanstveni članak) .....	921
<i>Sanja Barić,</i> Pravna pomoć i neprofitne organizacije u RH - s posebnim osvrtom na iskustva RI-Centra i Klinike Pravnog fakulteta u Rijeci (pregledni znanstveni članak) .....	935
<i>Sandra Laleta,</i> Odgovornost posloprimca za štetu uzrokovanu poslodavcu na radu i u vezi s radom prema njemačkom pravu (pregledni znanstveni članak) .....	957
<i>Katarina Zajc,</i> Main Features of Recent Corporate Governance Theories and Tendencies in Transition Economies (stručni članak) .....	999
<i>Ivana Radačić,</i> United States Opposition to the International Criminal Court (stručni članak) .....	1023
 <b>II. Prikazi:</b>	
<i>Dalibor Čepulo,</i> Prava građana i moderne institucije - europska i hrvatska pravna tradicija (Budislav Vukas, ml.) .....	1051
 <b>III. Fakultetska kronika</b> .....	1057

## TABLE OF CONTENTS

### **I. Articles:**

<i>Lujo Margetić,</i> Ilok's Legal Book - An Important Document of Our Legal History .....	623
<i>Antun Jurman,</i> Liquidity Risk in Business Banks .....	633
<i>Ivan Padjen,</i> Discretion, Adjudication and Limits of Law: The Moral of Fuller's "Problem of the Grudge Informer" .....	655
<i>Ljiljana Mikšaj-Todorović, Mladen Singer,</i> Behavioral Characteristics of Young Delinquents in the Republic of Croatia Before and After the War .....	693
<i>Aleksandar Štulhofer, Teo Matković, James Elias,</i> Pornography and Sexual Pleasure: Is There a Connection? .....	707
<i>Vesna Crnić-Grotić,</i> EU Common Fishery Policy and Third Countries: Example of Norway .....	721
<i>Edita Čulinović-Herc,</i> Abusive Transactions on Securities Market - New EU Directive on Market Abuse and Croatian Law on Securities Market .....	749
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Actio exercitoria</i> .....	783
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> European Court of Justice and Its Role in Reforms of Direct Taxation Systems .....	809
<i>Željko Potočnjak,</i> Right to Court, Right to Access to Court and Right to Trial in a Reasonable Time in Case of Legislative Intervention into Pending Court Proceedings .....	823
<i>Boris Banovac,</i> Collective Identities and "New" Peripheries .....	855
<i>Željko Boneta,</i> Confessional and Religious Identification in Gorski kotar, Istria and Lika .....	877

---

<i>Leo Cvitanović,</i> Imprisonment as a Sanction in Criminal Act and Criminal Code ( <i>de lege lata</i> and <i>de lege ferenda</i> ) .....	891
<i>Davorin Rudolf, ml.,</i> The Freedom of the Seas and Closed Seas: Grotius and Selden .....	921
<i>Sanja Barić,</i> Legal Aid and Non-profit Organizations in Croatia - with a Special View to Experiences of the Ri-Center and Legal Clinics of the Law Faculty in Rijeka .....	935
<i>Sandra Laleta,</i> Liability of Employee for Damages to Employer Caused During Work and in Relation to Work in German Law .....	957
<i>Katarina Zajc,</i> Main Features of Recent Corporate Governance Theories and Tendencies in Transition Economies .....	999
<i>Ivana Radačić,</i> United States Opposition to the International Criminal Court .....	1023
<b>II. Surveys</b> .....	1051
<b>III. Faculty Chronicle</b> .....	1057

## INHALT

**I. Aufsätze:**

<i>Lujo Margetić,</i> Das Rechtsbuch von Ilok - ein wichtiges Dokument unserer Rechtsgeschichte .....	623
<i>Antun Jurman,</i> Liquiditätsrisiko in der Geschäftsbank .....	633
<i>Ivan Padjen,</i> Diskretion, Rechtsprechung und Grenzen des Rechts: Lehre aus Fullers "Problem des bösen Verleumders" .....	655
<i>Ljiljana Mikšaj-Todorović, Mladen Singer,</i> Verhaltensmerkmale junger Delinquenten zur Vor- und Nachkriegszeit in der Republik Kroatien .....	693
<i>Aleksandar Štulhofer, Teo Matković, James Elias,</i> Pornographie und sexuelle Befriedigung: besteht eine Verbindung? .....	707
<i>Vesna Crnić-Grotić,</i> Gemeinsame Fischerei-Politik der EU und dritter Länder: Beispiel Norwegen .....	721
<i>Edita Čulinović-Herc,</i> Missbrauchstransaktionen auf dem Kapitalmarkt - neue EU Direktive zu Marktmissbrauch und kroatisches Kapitalmarktrecht .....	749
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Actio exercitoria</i> .....	783
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> Der Europäischer Gerichtshof und seine Rolle bei den Reformen des Systems der unmittelbaren Besteuerung .....	809
<i>Željko Potočnjak,</i> Das Recht auf Gericht, Zutritt zum Gericht und Gerichtsverhandlung innerhalb vernünftiger Frist im Falle der Intervention des Gesetzgebers in laufende Gerichtsverfahren .....	823
<i>Boris Banovac,</i> Kollektive Identitäten und "neue" Peripherien .....	855

<i>Željko Boneta,</i> Konfessionelle und religiöse Identifikation in Gorski kotar, Istrien und Lika .....	877
<i>Leo Cvitanović,</i> Das System der Anordnung von Freiheitsstrafe im Strafgesetz und Strafgesetzbuch ( <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i> ) .....	891
<i>Davorin Rudolf, ml.,</i> Offenes und geschlossenes Meer: Grotius und Selden .....	921
<i>Sanja Barić,</i> Rechtshilfe und Nonprofit Organisationen in der Republik Kroatien - Erfahrungen des RI-CENTARS und der Klinik der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Rijeka .....	935
<i>Sandra Laleta,</i> Haftung des Arbeitnehmers für den Schaden, der dem Arbeitgeber durch oder gelegentlich der Arbeitsleistung entstanden ist, nach deutschem Recht .....	957
<i>Katarina Zajc,</i> Hauptmerkmale zeitgenössischer Theorien und Tendenzen bei Körperschaftlicher Führung in Transitionsökonomien .....	999
<i>Ivana Radačić,</i> Opposition der USA gegenüber dem Internationalen Strafgerichtshof ....	1023
<b>II. Besprechungen</b> .....	1051
<b>III. Fakultätschronik</b> .....	1057

## INDICE

**I. Articoli:**

<i>Lujo Margetić,</i> Libro giuridico di Ilok - un documento importante della nostra storia giuridica .....	623
<i>Antun Jurman,</i> Rischio di liquidità nelle banche di affari .....	633
<i>Ivan Padjen,</i> Discrezionalità, giudizio e limiti del diritto: l'insegnamento de "Il problema dell'informatore rancoroso" di Fuller .....	655
<i>Ljiljana Mikšaj-Todorović, Mladen Singer,</i> Caratteristiche comportamentali di delinquenti minorenni nella Repubblica di Croazia prima e dopo la guerra .....	693
<i>Aleksandar Štulhofer, Teo Matković, James Elias,</i> Pornografia e soddisfazione sessuale: esiste una connessione? .....	707
<i>Vesna Crnić-Grotić,</i> Politica comune della pesca dell'Unione Europea e paesi terzi: esempio della Norvegia .....	721
<i>Edita Čulinović-Herc,</i> Abusi nel mercato dei titoli - la nuova direttiva europea e la Legge sul mercato dei titoli .....	749
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Actio exercitoria</i> .....	783
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> Corte di giustizia europea e il suo ruolo nelle riforme dei sistemi di tassazione diretta .....	809
<i>Željko Potočnjak,</i> Diritto al tribunale, all'accesso al tribunale e al giudizio in un tempo ragionevole nel caso di intervento del legislatore in processo giudiziale in corso .....	823
<i>Boris Banovac,</i> Identità collettive e "nuove" periferie .....	855

---

<i>Željko Boneta,</i> Identificazione confessionale e religiosa in Gorski Kotar, Istra e Lika .....	877
<i>Leo Cvitanović,</i> Sistema di regolamentazione della pena della carcerazione nella Legge penale e nel Codice penale ( <i>de lege lata e de lege ferenda</i> ) .....	891
<i>Davorin Rudolf, ml.,</i> Mare libero e chiuso: Grotius e Selden .....	921
<i>Sanja Barić,</i> Assistenza legale e organizzazioni non lucrative nella Repubblica di Croazia - con uno sguardo particolare alle esperienze del Centro-RI e delle Cliniche della Facoltà di giurisprudenza in Rijeka .....	935
<i>Sandra Laleta,</i> Responsabilità del prestatore d'opera per danno causato sul lavoro e in connessione con il lavoro al datore di lavoro nel diritto tedesco .....	957
<i>Katarina Zajc,</i> Principali caratteristiche delle recenti teorie e tendenze sull'amministrazione societaria nelle economie in transizione .....	999
<i>Ivana Radačić,</i> Opposizione degli Stati Uniti d'America al Tribunale penale internazionale .....	1023
<b>II. Recensioni</b> .....	1051
<b>III. Cronaca della Facoltà</b> .....	1057



## **I. Članci (Articles, Aufsätze, Articoli)**



## ILOČKA PРАВNA KNJIGA - VAŽAN DOKUMENT NAŠE PРАВNE POVIJESTI

Akademik Lujo Margetić  
Rijeka

UDK: 34(094)(497.5)"15"  
94(094)(497.5)"15"  
Ur.: 15. ožujka 2004.  
Pr.: 19. travnja 2004.  
Izvorni znanstveni članak

*Autor spominje autore koji su se u novije vrijeme bavili Iločkom pravnom knjigom iz početka 16. stoljeća, što ju je 1938. god. objavio A. Schmidt, ali koja je dosad bila zanemarena od pravnih povjesnika. Autor je 1994. god. objavio razmjerno opširnu analizu pravnih ustanova te knjige, a nakon njega su se njome bavili Zdravčević, Petranović i Petrak. Iznose se ukratko njihova stajališta i s njima diskutira.*

*U radu se naglašava važnost usporednog proučavanja ugarskog prava u užem smislu te riječi i ugarsko-hrvatskog prava koje je bilo na snazi na području srednjovjekovne Slavonije, tj. području od Sutle do Požeške kotline. Razlike su velike, ali dosad nedovoljno proučavane. Isto su tako nedovoljno istražene sličnosti i razlike pravnih sustava tzv. tavernikalnih gradova, među kojima je bio i Zagreb.*

**Ključne riječi:** *Iločka pravna knjiga, hrvatsko pravo, ugarsko-hrvatsko pravo.*

### I.

1. U zadnjem desetljeću XX. stoljeća naši su pravni povjesničari obratili pažnju na Iločku pravnu knjigu, koju je Schmidt objavio još 1938. g.,<sup>1</sup> a dosad zanemarenu u hrvatskoj historiografiji.

<sup>1</sup> A. SCHMIDT, Statut grada Iloka iz 1525., Monumenta historico-juridica Slavorum Meridionalium, vol. XII., Zagreb, 1938. Naziv je pogriješan. U XVI. i ranijim stoljećima na području Slavonije - i uopće na cjelokupnom ugarskom pravnom području - nisu postojali statuti, za razliku od primorskih krajeva, Istre, Hrvatskog primorja i Dalmacije. U skladu s time u Iločkoj pravnoj knjizi nigdje se ne navodi naziv "statut", a u potvrdi toga pravnog dokumenta

Proučavanje strogo pravnog sadržaja Iločke pravne knjige otvorio je potpisani autor.<sup>2</sup>

U tom se radu ističe bitna razlika između općeg ugarskog i slavonskog prava s jedne i tavernikalnog prava s druge strane u shvaćanju vlasništva na zemljišne posjede. Na to se nastavljaju analize imovinskih odnosa u obitelji i nasljednog prava. Pri tome je osnovna ideja vodilja Iločke pravne knjige definiranje pojma obiteljske imovine, kao i način njezine diobe između roditelja i djece, i, što je za današnjeg istraživača naše prošlosti od posebnog interesa, problem prava žene, koja je u Iločkoj pravnoj knjizi u znatnoj mjeri zaštićena.

Velika je pažnja posvećena vlasničkim odnosima i vlasništvu, pojmu služnosti u smislu rimskog i modernog prava i analizi neobičnog pravnog instituta *responsum*, pod kojim se krije založno pravo. Radi se o stvarnopravnoj garanciji koja se pojavljuje i u pravu zagrebačkog Gradeca, doduše pod drugim imenom. Čudi da je taj termin Iločke pravne knjige jedinstven i da ga ne nalazimo u tom smislu ni u jednom drugom srednjovjekovnom vrelu. Ako usporedimo tekst tavernikalnog prava u Iločkoj pravnoj knjizi s odgovarajućim tekstovima u Kovachichevoj zbirci, zapažamo da toga naziva ni u njima nema. Evo usporedbe: Iločka pravna knjiga II.12 : *Si quis civium domos seu vineas aut alias hereditates, responsum videlicet immobiles venderet* itd. Oba odgovarajuća teksta po Kovachichu glase: *si quis civium domum seu vineas aut alias haereditates, videlicet immobiles* itd. - dakle bez responza.

Od obveznopravnih odnosa analizirana je, uz ostalo, *accomodacio*. Pod tim nazivom Iločka pravna knjiga razumijeva zajam s ručnim zalogom, zalaganje isprava, zalog odjeće i posudbu. Iz detaljne analize glave V. 17. proizlazi da je predaja isprave dovoljna za prijenos posjeda, u čemu se vidi stanovita analogija s Justinijanovim i mletačkim pravom. Od ostalih analiza vrijedi istaći probleme prava prvokupa, zanimljivu obročnu kupoprodaju, neobičnu upotrebu pojmova *terminus* i *condicio* i specifično srednjovjekovno poimanje prodaje pokretnina s karakterističnom proširenom primjenom načela *Hand wahre Hand*.

Valja spomenuti i analize kaznenopravnih odredaba Iločke pravne knjige, osobito dolusa (*dolus preconceptus, dolosissimus animus, maligno ductus spiritu*) i djela počinjenih *ex rancore aut litigio* i djela *ex inopinato casu*.

To je mali isječak iz bogate analize, koja se nedvojbeno može proširiti i probiti analizom primjene u praksi tavernikalnog prava u ugarskim gradovima, a vrijedilo bi nastaviti s istraživanjima koliko je tavernikalno pravo utjecalo na evoluciju prava u zagrebačkom Gradecu i ostalim zapadnoslavonskim gradovima s privilegijima.

---

kralj Ludovik naglašava da je riječ o *liber legalis*. O tom detaljnije vidi L. MARGETIĆ, Iločka pravna knjiga (tzv. Iločki statut), Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 44, br. 1-2, 1994., 94.

<sup>2</sup> MARGETIĆ, n. dj., 100-116.

Nažalost, strogo pravne analize nakon spomenutog rada jedva da je bilo, izuzev priloga A. Petranović i, možda, donekle, Petraka.

2. Zdravčević je 1998. god<sup>3</sup> u svom radu o iločkom založnom pravu naglasio da osim njega o tom pitanju nije dosad nitko pisao. Taj institut sadrži elemente rimskog prava i nekih srednjovjekovnih prava te je ujedno vrhunac dostignuća njegove obrade do kraja prve četvrtine XVI. stoljeća. Zdravčević analizira odredbe glava 17, 15 i 23 pete knjige i uspoređuje iločko založno pravo s praksom u zagrebačkom Gradecu.

U analizi glave 17 Zdravčević ističe da se u terminima *residuitatem* i *supereminentem summam* mogu prepoznati elementi rimskog založnog prava, dok je s druge strane pravo prvokupa bližnjih, rođaka i susjeda inovacija srednjovjekovne jurisprudencije. Za osiguranje duga daje dužnik "gradske isprave, čijom je snagom po nasljednom pravu kuća u njegovom posjedu".<sup>4</sup> Riječ je, tumači Zdravčević, "o vlasničkom i posjedovnom listu".<sup>5</sup> Ako dužnik nije vratio dug, daje mu se ponovljeni primjereni rok, založenu kuću procjenjuju stručnjaci pa je "poslije osobne procjene" prodaje dužnik, ili, ako to propusti, uvodi se vjerovnik u vlasništvo i posjed založene kuće. On vraća dužniku eventualni višak vrijednosti kuće.

Po Zdravčeviću je "evidentno da predmet zaloga po glavi 15. mogu biti pokretne i nepokretne stvari".<sup>6</sup> On ujedno pretpostavlja da je i za taj zalog postojalo rođačko pravo prvokupa.

Veći dio svoga rada<sup>7</sup> posvetio je Zdravčević usporedbi prakse založnog prava zagrebačkog Gradeca s odredbama "Iločkog statuta". Po njemu založno pravo u Gradecu pokazuje manje razvijeni oblik (tj. vjerovnik ima samo pravo siliti dužnika na vraćanje duga), dok je u Iloku već prihvaćena prodaja zaloga s vraćanjem eventualnog viška (*superfluum*). U Gradecu - sve po Zdravčeviću<sup>8</sup> - dužnik čak nikada ne gubi pravo da isplativši dug dođe do zaloga jer je vjerovnik stekao samo pravo na trajan posjed (*ad perpetuo possidendam*), premda je mogao inpignoriranom nekretninom raspolagati *inter vivos* i *mortis causa*.

3. Petranović<sup>9</sup> je obradila nekoliko pitanja povezanosti rimskoga prava s ustanovama obveznog prava "Iločkog statuta".

A. Petranović se osvrće na karakteristike zaloga, koji se u "Iločkom statutu" bazira na ideji znaka da je ugovor pravovaljano sklopljen. Kako je "Iločkim

---

<sup>3</sup> A. ZDRAVČEVIĆ, Oko založnog prava po Iločkom statutu iz 1525. god., Pravni vjesnik, god. 14, br. 1-4, Osijek, 1998., 103-112. Kao što je vidljivo, Zdravčević je nepotrebno zadržao pogriješan naziv "statut". U tome ga za čudo slijede i neki drugi pravni povjesničari.

<sup>4</sup> ZDRAVČEVIĆ, n. dj., 104-105.

<sup>5</sup> ISTO, 1205.

<sup>6</sup> ISTO, 105.

<sup>7</sup> ISTO, 107-111.

<sup>8</sup> ISTO, 111.

<sup>9</sup> A. PETRANOVIĆ, Značajke rimskog sustava u obvezama ex contractu Statuta grada Iloka, Iločki statut 1525. godine i Iločko srednjovjekovlje (Znanstveni skup Osijek-Ilok, 11.-13. listopada 2000.), Zagreb-Osijek, 2002., 65-74.

statutom" predviđena mogućnost otkupa zaloge od rođaka odnosno susjeda bez navođenja vremenskog ograničenja, proizlazilo bi po Petranović da u Iloku nema prijenosa vlasništva i da se prema tome radi o primjeni srednjovjekovnog poimanja vlasništva.

Pri analizi ugovora o zajmu Petranović ističe da je u rimskom pravu postojalo odvojeno stipuliranje kamata i da je umjesno pretpostaviti to isto i za "Iločki statut".

Petranović proučava i ostavu, davanje stvari "*ad conservandum*", u čemu vidi elemente kasnoklasične i postklasične inačice ugovora definiranog kao *depositum irregulare* uz dodatnu analizu, po kojoj bi se (inače neobično) spominjanje nekretnine kao predmeta depozita u V. 20 i V. 21 trebalo usporediti s rimskom postklasičnom i Justinijanovom konstrukcijom inominatnih kontrakata. Petranović dokazuje da se u ostavi "Iločkog statuta" daje prednost onoj ugovornoj strani koja od ugovora ima koristi, pa se tako u slučaju davanja na čuvanje "nekretnina" po V. 21 bez ikakva dokaza tuženoga štiti tako da on priseže pred sucem "da od stvari tužitelja u svoju korist niti je imao niti što ima", pri čemu se citira odgovarajući tekst (prisega *super eo, que de rebus actoris, in sui facultatem non habuisset nec haberet*).

4. Petrak se također osvrnuo na "Iločki statut" u povodu proučavanja romanističkih utjecaja, osobito Bartolusa de Saxoferrato, na shvaćanje pravedne cijene u Iloku. Taj veliki komentator iznio je stajalište da najtočniju procjenu mogu izvršiti stručnjaci pojedine struke. Petrak oprezno dodaje da ne treba isključiti mogućnost da je to shvaćanje izvršilo određeni utjecaj na sastavljачe odredbe o ovršnom postupku po "Iločkom statutu", po kojoj procjenu vrijednosti trebaju obaviti *virī probi, fidedigni homines concives* ili *honesti cives*.<sup>10</sup>

## II.

Vrijedi pokušati ponuditi nekoliko zapažanja što se odnose na radove pod I. Primjedbe će se svesti samo na nekoliko pitanja.

1. Zdravčević nije s dovoljno pozornosti proučio analize problematike zaloge u Iločkoj pravnoj knjizi u našem radu iz 1994. Zbog toga nije uzeo u obzir da je njezin tekst sam po sebi proturječan (npr. u V. 20: *pecunia seu aliae res (...)* *immobiles* (!). U analizi odredbe V. 17 Zdravčević piše o zalaganju kuća koje su "po nasljednom pravu" u nečijem posjedu, ali *hereditates* Iločke pravne knjige su sve nekretnine, dakle i one koje su stečene od zalagatelja, a ne samo one koje je stekao nasljedstvom.

<sup>10</sup> M. PETRAK, *Iustum pretium* u Werbözyjevom Tripartitu i u Iločkom statutu. Prilog raspravi o utjecaju rimske pravne tradicije na ugarsko-hrvatsko pravo, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 52, br. 3-4, 2002., 759-785.

Zdravčević je veći dio svog rada posvetio usporedbi tavernikalnog prava s praksom zagrebačkog Gradeca. Po njegovu mišljenju gradečko založno pravo pokazuje manje razvijeni oblik<sup>11</sup> premda i ono ima "svoje načelo i izvor u rimskom pravu".<sup>12</sup> Ne ulazeći u ostale mnogobrojne probleme koje takva interpretacija založnog prava zagrebačkog Gradeca izaziva, bit će dovoljno napomenuti da je osnovna ideja ugarskoga založnog prava prema Verböczyju i ugarskoj pravnoj praksi ista ona koju u njemačkom (i austrijskom) pravu nebrojeno puta susrećemo, a koja je plod srednjovjekovne konstrukcije založnog prava kao profinjenog instrumenta kreditno-novčanih transakcija: založni vjerovnik osigurava založnom dužniku korištenje novčanih sredstava, a za uzvrat ubire plodove založene nekretnine, koji u suštini predstavljaju kamate na uloženi kapital. Ako je npr. riječ o založenim kmetskim selištima, vjerovnik ubire podavanja, koja su često višestruko viša od "pravih" kamata (ukoliko su na nekom pravnom području uopće dopuštena, što često nije bio slučaj), pa vjerovnik nema nikakva razloga požurivati povrat zajma i vraćanje založene nekretnine. Pri tome su, kao što je poznato, nastajali vrlo složeni i suptilni pravni odnosi pa se o nekoj primitivnosti takvog založnog prava ne može govoriti. Sasvim nešto drugo su "tekući" založnopravni odnosi, do kojih dolazi "normalnim" zalaganjem, u kojima je vjerovnik vrlo zainteresiran da se založni odnos što prije razriješi i potraživanje podmiri.

Zdravčevićeve analize nisu uspjele.

Osim toga, ni Zdravčevići prijedlozi prevođenja nisu uvijek uspjeli. Premda su terminološka pitanja od sekundarne važnosti ako nema dvojbe o sadržaju pojedinog termina, ipak se u nekim slučajevima ne bi trebalo olako prelaziti preko njih.

Tako Zdravčević prevodi *judex pecuniarum* odnosno *judex minor* kao "sudac blagajnik", što može izazvati pogrešno shvaćanje uloge tog suca kao dužnosnika koji ima, uz ostalo, neka blagajničko-financijska zaduženja. Ali, radi se o sucu za imovinskopravne sporove o kojima je riječ u petoj knjizi. On je *minor* u odnosu na "pravog" suca.

Još je manje prihvatljivo identificiranje pojmova "privilegij" i "statut". Zdravčević sadržaj tog po njemu identičnog pojma naziva "privilegij (statut)" odnosno "privilegij-statut", čime se odvaja od u europskoj pravnoj literaturi opće prihvaćenog razlikovanja sadržaja tih dvaju termina. Autor bi trebao proanalizirati postavke talijanske, francuske, njemačke, ugarske itd. literature i dokazati njihovu neodrživost. U protivnome postoji opasnost da svaki znanstvenik stvara vlastitu terminologiju. To nije prihvatljivo ni u jednoj znanstvenoj disciplini pa ni u pravnopovijesnoj.

<sup>11</sup> ZDRAVČEVIĆ, n. dj., 111.

<sup>12</sup> ISTO, 108.

2. U svojoj analizi gl. V. 21 Iločke pravne knjige Petranović<sup>13</sup> je uzela za temelj riječi teksta po kojima se tuženi čisti prisegom *super eo, que de rebus actoris, in sui facultatem non habuisset nec haberet*, i prevela to: "da od stvari tužitelja u svoju korist nije je imao niti što ima". Tekst Iločke pravne knjige nije jasan. Petranović je *facultas* prevela s "korist", obrazlažući da je riječ o *locatio conductio* s pogodbom o korištenju stvari i ubiranju plodova koje *conductor* ustupa kao naknadu - *merces*. Međutim, najstariji sačuvani tekst tavernikalnog prava propisuje da tuženi priseže *super eo quod de rebus actoris in facultate sua non habuisset nec haberet*.<sup>14</sup> Dakle, ako tužitelj nema nikakvih dokaza da je pokretninu predao tuženome, ovaj se oslobađa na osnovi puke prisege (tj. ne traže se pomagači prisege) da stvari tužitelja nije imao niti ima u svojem posjedu. Time tekst tavernikalnog prava postaje gramatički, logički i pravno transparentan: tužitelj tvrdi da je predao neke svoje stvari tuženome u depozit, ali za to nema nikakvih dokaza; tavernikalno pravo zadovoljava se time što od tuženoga zahtijeva njegovu prisegu da od tužitelja nije primio pokretnine na čuvanje, pa tužitelj neće uspjeti sa svojim zahtjevom. Sve je to, u pogledu procesualnog i materijalnog civilnog prava, strogo u skladu sa srednjovjekovnim civilnim pravom. Ukratko, ne radi se o *locatio conductio* s pogodbom o korištenju stvari, nego o tuženikovoju obrani da uopće nije došlo do depozita.

3. Petrak<sup>15</sup> je mišljenja da ne treba isključiti mogućnost da je misao Bartolusa de Saxoferrato po kojoj najtočniju procjenu vrijednosti neke stvari mogu izvršiti stručnjaci za pojedinu vrstu stvari, mogla izvršiti određeni utjecaj na sastavljache odredbe Iločke pravne knjige V. 17 po kojoj će procjenu kamene kuće izvršiti majstori kamenari, a procjenu drvene kuće tesarski majstori.

Neka, doduše samo teorijska, mogućnost određenog utjecaja misli velikog komentatora na ovaj segment tavernikalnog prava postoji, ali je neusporedivo vjerojatnije da se ideja o korištenju stručne ekspertize pri procjeni neke stvari nudi svakom razumnom čovjeku, poznavao on djela i misli spomenutog velikog komentatora ili ne. U pravu zagrebačkog Gradeca o pravičnoj procjeni pri pravu prvokupa, u sačuvanom golemom izvornom materijalu, uopće nema vijesti koja bi upućivala na procjenu prodavanih nekretnina od stručnjaka ili od vjerodostojnih osoba.

### III.

Pri proučavanju pravnog sustava tavernikalnog prava prema Iločkoj pravnoj knjizi nameće se nekoliko osnovnih pitanja koja proizlaze iz prethodnih analiza.

Kao prvo, smisao pojedine norme Iločke pravne knjige treba interpretirati uzimajući u obzir i druge rukopise tavernikalnog prava, osobito one najstarije,

<sup>13</sup> PETRANOVIĆ, n. dj., 70-71.

<sup>14</sup> KOVACHICH, n. dj., 114 (gl. XXIV).

<sup>15</sup> PETRAK, n. dj., 782-783.



koje je objavio Kovachich. Važno je istaknuti da se pri interpretaciji ne možemo posve oslanjati na tekstove koje je objavio Kovachich, jer su i oni, na žalost, samo kasniji prijepisi, tako da nerijetko imamo pred sobom dva (ili više) nepouzdana teksta, od kojih ni jednom od njih ne možemo u cijelosti vjerovati bez oprezne analize. Čini se da će u budućem radu biti prijeko potrebno provjeriti ispravnost Schmidtova čitanja, npr. u odnosu na očito sumnjive sintagme kao npr. "novac i ostale nekretnine" (??). Možda je već sam izvorni tekst nemarno napisan, a možda je riječ o Schmidtovom lošem čitanju. Kao primjer analize teksta, koju bi ubuduće trebalo slijediti, mogla bi biti analiza teksta IV. 2 Iločke pravne knjige obavljena u našem radu iz 1994.<sup>16</sup> na osnovi usporedbe s dva teksta sačuvana po Kovachichu.<sup>17</sup> Bilo bi korisno prodiskutirati samu tu analizu i njezine rezultate, ali ona je dobar putokaz za interpretativne pokušaje drugih odredaba.

Druga se misao odnosi na primjenu tavernikalnog prava u praksi, sačuvanog u Iločkoj pravnoj knjizi (i drugim njegovim tekstovima). Pravni sustav ugarskih gradova, na koje se odnosi tavernikalno pravo (Buda, Pest itd.), evoluirao je od XIV. stoljeća dalje na isti razmjerno burni način kao i pravni sustav zagrebačkog Gradeca. Analiza odredaba Zlatne bule iz 1242. samo je jedan (i to manji!) od elemenata analize beskrajno bogatoga i bujnoga pravnog života zagrebačkog Gradeca. Posve bi bila neutemeljena napomena da nešto slično nedostaje za Iločku pravnu knjigu, uz obrazloženje da je Ilok ubrzo nakon njezina donošenja pao pod tursku vlast. Pravni sustav i pojedine norme popisane u Iločkoj pravnoj knjizi imale su svoju stoljetnu primjenu u ugarskim gradovima pa se analizom te dokumentacije može uspješno ostvariti uvid u realni život toga fascinantnog dokumenta ne samo ugarske, nego i naše pravne povijesti. Neuspjeh takvog rada najbolje se ogleda na nedavnim primjerima beživotnih analiza odredaba gradečke Zlatne bule, koje su se osobito uobičajile u povodu proslava godišnjice toga dokumenta zagrebačke prošlosti. Takvo "komentiranje" odredaba Zlatne bule ima, bez obzira na često bujni eventualni znanstveni aparat, isključivo publicističko značenje.

Treća (ali ne i po svom značenju treća) okolnost na koju treba u budućem radu na Iločkoj pravnoj knjizi naročito pripaziti jest problem uspoređivanja njezina sadržaja s rimskim pravom. Pri tome je nužno držati se usporedbe sa srednjovjekovnim rimskom pravom ostvarenim u djelima komentatora. Rimsko je pravo utjecalo na pravo Iločke pravne knjige samo onako i u onolikoj mjeri kako i koliko je recipirano od komentatora. Svaka je druga usporedba promašena, tim više što su s jedne strane komentatori prvenstveno bili usmjereni na rješavanje problematike srednjovjekovne prakse i njoj davali samo izvanjski, formalni "plašt" pozivanja na Justinijanovo rimsko pravo i što se, s druge strane, ugarsko-hrvatsko pravo razvijalo na osnovi evolucije vlastitih institucija, tako da je i

<sup>16</sup> MARGETIĆ, n. dj., 98-100.

<sup>17</sup> KOVACHICH, n. dj., 99-100.

preuzimanje komentatorskih rješenja u ugarsko-hrvatskom pravu samo još jedan "plašt" za formalnu, tehničku obradu vlastitih problema.

Od bezbrojnih primjera upotrebe rimskog "plašta" kod komentatora daje se ovdje kao primjer način kako je Bartolus "opravdavao" uvođenje notarskog zastupanja.<sup>18</sup> On je za temelj uzeo odredbu u Digestama, po kojoj odsutnog štićenika u davanju stipulacije zastupa rob (*servus*); a ako ga nema, treba mu ga kupiti (*emendus ei servus est*); ako nema dovoljno sredstava za kupnju roba, koristit će se stipulacija državnog roba (*servum publicum apud praetorem stipulari debere*). Bartolus je, po svom stvaralačkom običaju kreiranja novih ideja, na osnovi ove odredbe dao *actio utilis* (!) štićeniku - *ex stipulatione notarii!* Pri tome se poslužio ovom pravnom (?) logikom: ako državni rob može zastupati štićenika, nema razloga da se to ne dopusti javnom notarju, jer je on javni službenik (u ime cara ili pape), s time da u takvoj situaciji notar po Bartolusu mora izričito izjaviti: *promittis mihi notario tamquam publicae personae* jer u protivnome notarevo zastupanje nije pravovaljano. U drugim je pravnim situacijama intervencija komentatora u stvaranju novih ideja još složenija. Tako npr. srednjovjekovna dosjeloost jedva da ima neke veze s klasičnom i Justinijanovom *usucapio*: ona je iz kanonskog prava prihvaćena u opće pravo.

Iločka pravna knjiga vrlo je dragocjeni dokument naše pravne povijesti, koji bi trebalo proučavati u okviru ostalih srednjovjekovnih pravnih sustava, računajući pri tome također i srednjovjekovno rimsko pravo prema shvaćanjima komentatora (konsilijatora). U tom smjeru nakon našeg rada iz 1994. god. nije u nas zapažen nikakav napredak, što istinski začuđuje, jer je pravna analiza pravnih ustanova Iločke pravne knjige jedan od preduvjeta daljnjeg napretka naše historiografije. Ni najmanje ne dvojimo da će naši pravni povjesnici iskoristiti ovu rijetku priliku da u svom budućem radu iskažu prema Iločkoj pravnoj knjizi onu ljubav i poticaj koje ona doista zaslužuje.

### Summary

## ILOK'S LEGAL BOOK - AN IMPORTANT DOCUMENT OF OUR LEGAL HISTORY

The author mentions authors that have recently analyzed the Ilok's Legal book, originated in the 16th century and published in 1938 by A. Schmidt, which was until now disregarded by legal historians. The author has published a relatively wide analysis of legal institutions from the Book, and afterwards Zdravčević, Petranović and Petrak have tackled the issue. This article presents a short overview of their opinions and offers a discussion with them.

<sup>18</sup> BARTOLUS DE SAXOFERRATO, Opera Omnia, Venetiis, 1590., ad D. 46, 6, 2.

The article emphasizes importance of comparative study of Hungarian law in its narrow meaning as well as of Hungarian-Croatian law in force on the territory of Medieval Slavonia, i.e., territory between river Sutla and Požega valley. Differences are considerable but have been insufficiently studied. Similarly, similarities and differences among legal systems of so called tavernical towns, including Zagreb, have been insufficiently studied.

**Key words:** *Ilok's Legal book, Croatian law, Croatian-Hungarian law.*

#### Zusammenfassung

### DAS RECHTSBUCH VON ILOK - EIN WICHTIGES DOKUMENT UNSERER RECHTSGESCHICHTE

Der Autor erwähnt Autoren, die sich in neuerer Zeit mit dem Rechtsbuch von Ilok aus dem Anfang des 16. Jahrhunderts beschäftigt haben. Das Buch wurde 1938 von A. Schmidt veröffentlicht und wurde bis jetzt von den Rechtsgeschichtlern nicht beachtet. 1994 hat der Autor eine verhältnismäßig ausführliche Analyse der Rechtsinstitute dieses Buches veröffentlicht, und nach ihm haben sich Zdravčević, Petranović und Petrak damit beschäftigt. Ihre Standpunkte werden kurz angeführt und diskutiert.

In der Arbeit wird die Wichtigkeit einer vergleichenden Untersuchung des ungarischen Rechts und im engeren Sinne des Wortes auch ungarisch-kroatischen Rechts betont, das im Gebiet des mittelalterlichen Slawoniens d.h. des Gebiets von Sutla bis Požeška kotlina in Kraft war. Die Unterschiede sind groß, doch bisher ungenügend erforscht. Ebenso unzureichend wurden die Ähnlichkeiten und Unterschiede der Rechtssysteme der sogenannten Tavernikal-Städte untersucht, unter denen auch Zagreb war.

**Schlüsselwörter:** *Rechtsbuch von Ilok, kroatisches Recht, kroatisch-ungarisches Recht.*

#### Sommario

### LIBRO GIURIDICO DI ILOK - UN DOCUMENTO IMPORTANTE DELLA NOSTRA STORIA GIURIDICA

L'autore si riferisce agli autori che hanno analizzato recentemente il Libro giuridico di Ilok creato nel XVI secolo, che è stato pubblicato nell'anno 1938 da A. Schmidt, ma che sino ad oggi è stato trascurato dagli storici giuridici. L'autore ha pubblicato una relativamente ampia analisi delle istituzioni legali nel Libro, e dopo hanno affrontato la questione Zdravčević, Petranović e Petrak. Si avanza una breve esposizione delle loro opinioni e si dibatte con loro.

Nel lavoro si enfatizza l'importanza dello studio comparativo del diritto ungherese nel suo significato specifico così come del diritto ungherese-croato in vigore nel territorio della Slavonija medioevale, cioè il territorio dal fiume Sutla alla valle Požega. Le differenze sono grandi, ma non sono state studiate sufficientemente. Analogamente, sono state insufficientemente esaminate le somiglianze e le diversità tra i sistemi giuridici delle cosiddette città tavernicali, inclusa Zagreb.

**Parole chiave:** *Libro giuridico di Ilok, diritto croato, diritto croato-ungherese.*

## RIZIK LIKVIDNOSTI U POSLOVNOJ BANCII

Dr. sc. Antun Jurman, redoviti profesor  
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.717  
Ur.: 15. srpnja 2003.  
Pr.: 6. srpnja 2004.  
Izvorni znanstveni članak

*Autor u radu definira pojam likvidnosti, ukazuje na značaj održavanja likvidnosti u poslovanju banke, obrađuje vrste likvidnosti kao i osnovne čimbenike koji najčešće uzrokuju nelikvidnost. Budući da nelikvidnost može dovesti banku prvo u zonu insolventnosti, a kasnije i u likvidaciju, izuzetno je važno poznavati indikatore i načine mjerenja likvidnosti. U bankovnoj praksi nema propisanih i općeprihvaćenih pokazatelja, pa autor koristi dvanaest indikatora u analizi likvidnosti bankovnog sustava Hrvatske u razdoblju od 1998. do 2002. godine, potvrđujući tako njihovu prikladnost za upotrebu.*

**Ključne riječi:** *banka, likvidnost, rizik likvidnosti, čimbenici nelikvidnosti, indikatori likvidnosti.*

### 1. Uvod

Banka je financijska organizacija osnovana kao dioničko društvo koje, obavljajući depozitne, kreditne i druge bankovne poslove na načelima likvidnosti, sigurnosti i rentabilnosti, treba ostvarivati dobitak. Svoje poslovanje banka temelji na vlastitim izvorima, koje čine dionički kapital i razni oblici rezervi, kao i na tuđim sredstvima, prikupljenim i pribavljenim od domaćih i stranih fizičkih i pravnih osoba. Tuđa sredstva imaju rok dospijeća i banka ih mora staviti na raspolaganje vlasnicima prema ugovorenim rokovima. Tako prikupljena i pribavljena sredstva, po odbitku obvezne pričuve i rezervi likvidnosti, banka ulaže u kreditne i nekreditne plasmane. Iz toga proizlazi da je banka posrednik koji mobilizira slobodna novčana sredstva onih subjekata koji ih imaju, ali im nisu potrebna, i posuđuje onim subjektima koji sredstva trebaju, ali ih momentalno nemaju. Za nesmetano odvijanje tog procesa banka mora raspolagati likvidnim sredstvima u domaćoj i stranim valutama na računima odnosno u blagajni.

Poslovna banka obavlja domaći platni promet i platni promet s inozemstvom. Ukoliko je banka nelikvidna, njezini deponenti ne mogu raspolagati svojim sredstvima na računima niti mogu obavljati plaćanja prema inozemstvu. Nastupa svojevrsna blokada cirkulacije novčanih sredstava u zemlji i prema inozemstvu i

zastoj u odvijanju procesa društvene reprodukcije. Negativna je posljedica takve situacije stvaranje nepovjerenja u banku, podizanje depozita, tezauracija domaće i strane valute kod stanovništva, zadržavanje deviznih priljeva u inozemstvu, smanjenje financijskog potencijala banke, kao i sve teže odvijanje proizvodnje, razmjene, raspodjele i potrošnje.

Budući da nelikvidnost banke ima značajne posljedice na njezino poslovanje i na poslovanje klijenata, i to kako onih koji su sredstva uložili u banku, tako i onih koji koriste kredite i razne usluge, potreba da banka bude u svakom momentu likvidna nije nešto posebno i novo, već nešto normalno i uobičajeno i, kako kaže Cates, "likvidnost je uvijek primarna, bez nje banka ne otvara vrata, a s njom banka može imati vremena za rješavanje i najvećih problema".<sup>1</sup>

U ovom radu obrađeni su (1) pojam i značaj likvidnosti, (2) osnovni čimbenici, odnosno razlozi koji najčešće uzrokuju nelikvidnost te (3) različiti pokazatelji i načini mjerenja likvidnosti banke. Poznavanje čimbenika koji uzrokuju nelikvidnost i mjerenje likvidnosti podloga su za utvrđivanje strategije upravljanja rizikom likvidnosti banke.

## 2. Pojam i značaj likvidnosti

Pojedini autori likvidnost definiraju na različite načine. Tako, primjerice, Babić<sup>2</sup> kaže "da je likvidnost sposobnost poduzeća da na vrijeme izvršava sve svoje obveze plaćanja", odnosno "likvidnost postoji kada poduzeće ima mogućnost da ostvaruje stalnu harmoniju između rokova u kojima pretvara svoju materijalnu aktivu u sredstva plaćanja i rokova u kojima će dospijevati njegove obveze plaćanja". Strani autori, kao primjerice Block i Hirt<sup>3</sup> pojam likvidnosti tumače kao "zamjenjivost kratkoročne imovine u gotovinu", a Black, Champion i Brown<sup>4</sup> pod likvidnošću podrazumijevaju "mogućnost pretvaranja tekuće aktive u gotovinu" i ukazuju da je "pojam likvidnosti mnogo širi od mogućnosti udovoljavanja tekućim obvezama plaćanja".

Bazelski komitet za bankovnu superviziju<sup>5</sup> u svom radu o nadgledavanju likvidnosti navodi da je likvidnost, ili sposobnost da se financiraju povećanja u aktivni i podmiruju obveze kada dođu na naplatu, bitna za održavanje na životu bilo koje bankovne organizacije. Stoga je upravljanje likvidnošću među najvažnijim aktivnostima kojima upravljaju banke. Važnost likvidnosti nadmašuje pojedinačnu banku, budući da manjak likvidnosti u jednoj instituciji može imati sustavne posljedice.

<sup>1</sup> Cates, D., (1990.), Liquidity Lessons for the 1990s, Bank Management, broj 4, str. 20 - 24.

<sup>2</sup> Babić, Š., (1971.), Uvod u ekonomiku poduzeća, Školska knjiga, Zagreb, str. 131.

<sup>3</sup> Block, S.B., Hirt, G.A., (1978.), Foundations of Financial Management, Richard D. Irwin, Inc., str. 491.

<sup>4</sup> Black, H.A., Champion, J.E., Brown, R.S., (1967.), Accounting in Business Decisions, Theory, Method and Use, Prentice - Hall, Inc, New Jersey.

<sup>5</sup> Basel Committee on Banking Supervision, (2000.), Sound Practices for Managing Liquidity on Banking Organisations, Basel, str. 1.

Člankom 79. Zakona o bankama<sup>6</sup> utvrđena je obveza upravljanja imovinom i obvezama tako da je banka sposobna ispuniti sve svoje dospjele obveze. U tom smislu banka treba planirati očekivane novčane odljeve i dostatne novčane priljeve za njihovo pokriće, kontinuirano pratiti likvidnost te donositi odgovarajuće mjere za sprječavanje ili otklanjanje uzroka nelikvidnosti.

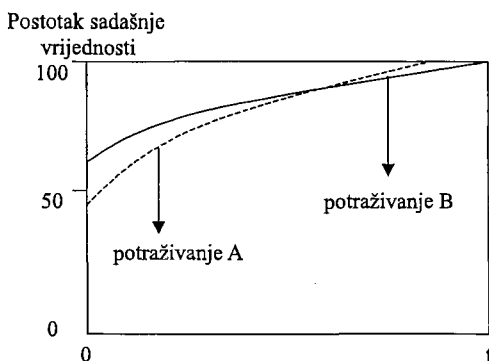
Iz navedenih definicija likvidnosti proizlazi da je rizik likvidnosti vjerojatnost da banka raspoloživim novčanim sredstvima neće biti u stanju podmiriti dospjele obveze prema svojim vjerovnicima (pasiva), kao i obveze po odobrenim kreditima, izdatim jamstvima, garancijama, avalima itd. (aktiva). Međutim, likvidnost banke treba u praksi shvatiti ne samo kao sposobnost podmiranja dospjelih obveza, odnosno sposobnost financiranja povećanja aktive, već kao temeljno načelo bankovnog poslovanja. U tom smislu treba razlikovati:

- a) likvidnost pojedinog potraživanja
- b) likvidnost aktive i
- c) likvidnost ukupnog poslovanja banke.

#### a) Likvidnost pojedinog potraživanja

Imovinu banke čini njezina aktiva, koja se sastoji manjim dijelom iz realne imovine (zgrada, oprema, informatička rješenja i sl.), a pretežitim dijelom iz raznovrsnih kratkoročnih i dugoročnih potraživanja u domaćoj i stranim valutama. Likvidnost je obilježje nekog potraživanja da se ono u kratkom roku unovči, i to bez značajnijeg gubitka. Pri ocjeni likvidnosti pojedinog potraživanja treba voditi računa o tri elementa: (1) o vjerojatnosti da se potraživanje u kratkom roku može stvarno pretvoriti u novac, (2) o vjerojatnosti da se pri toj transakciji može postići odgovarajuća cijena i (3) o vjerojatnosti da se u određenom razdoblju navedene dvije vjerojatnosti neće promijeniti<sup>7</sup>. Kretanje sadašnje vrijednosti pojedinog potraživanja prikazano je u grafikonu 1.

Grafikon 1- Stupanj sadašnje vrijednosti potraživanja banke



<sup>6</sup> Zakon o bankama, Narodne novine, broj 84/2002.

<sup>7</sup> Prema: Mc Kean, M.H. (1951.), Liquidity and a National Balance Sheet, Readings in Monetary Theory, Homewood, Illinois.

Iz grafikona 1 proizlazi da svako potraživanje banke ima neki stupanj likvidnosti koji se kreće u rasponu od 0 do 1 i zavisi o vremenu u kojem će se pretvoriti u novac. Novčana sredstva imaju koeficijent likvidnosti 1, dok nelikvidna imovina, primjerice realna dobra (zgrade, oprema itd.), ima koeficijent likvidnosti znatno manji od 1, a ponekad se koeficijent približava vrijednosti 0. Praksa banaka ukazuje da likvidnost pojedinog potraživanja zavisi o kvaliteti dužnika, prinosu kojeg takav financijski instrument nosi, ali i o funkcioniranju tržišta na kojem se dugovi i potraživanja mogu kupovati i prodavati.

### **b) Likvidnost aktive**

Likvidnost aktive može se definirati kao proces nesmetanog pretvaranja novčanih sredstava u kreditne i nekreditne plasmane i, obratno, pretvaranja potraživanja banke po svim osnovama (glavnica, kamate, naknade itd.) i u svim pojavnim oblicima (kredit, vrijednosni papir, ček, mjenica itd.) u novčana sredstva ugovorenom odnosno planiranom dinamikom. Ulaganje novčanih sredstava u raznovrsne kreditne i nekreditne plasmane odnosno druga potraživanja i ponovna naplata i pretvaranje u novčana sredstva treba kontinuirano teći u skladu s planiranim tokom.

Likvidnost ukupnih potraživanja shvaćena kao sposobnost pretvaranja u novac jednaka je zbroju likvidnosti pojedinih potraživanja. Budući da je stupanj likvidnosti pojedinih potraživanja različit, ukupnu likvidnost aktive čini "distribucija vjerojatnosti pretvaranja u novac bez značajnijih gubitaka pojedinih dijelova imovine, ponderiranih iznosima odgovarajućih dijelova imovine."<sup>8</sup>

Pod pretpostavkom da se aktiva banke sastoji od gotovine, kredita, vrijednosnih papira i realne imovine u tablici 1 prikazano je izračunavanje indeksa likvidnosti ukupne aktive.

Tablica 1- Izračunavanje indeksa likvidnosti aktive

Opis	Vrijednost imovine	Tržišna cijena	Vjerojatnost prodaje	Kol. 2 x Kol. 3	Kol. 3
0	1	2	3	4	
1. Gotovina	100	100	1,00		100,0
2. Krediti	400	380	0,90		342,0
3. Vrijednosni papiri	300	270	0,95		256,5
4. Realna imovina	200	170	0,80		136,0
Ukupno	1.000	920			834,5

Knjigovodstvena vrijednost aktive banke je 1.000 novčanih jedinica i banka očekuje da će u cijelosti naplatiti potraživanja u ugovorenim rokovima. U slučaju poteškoća u održavanju likvidnosti banka će potraživanja unovčiti po sadašnjoj ili diskontiranoj vrijednosti (kolona 2). Pod pretpostavkom da je tržište perfektno, indeks likvidnosti bio bi omjer između tržišne i knjigovodstvene vrijednosti:

<sup>8</sup> Hicks, J.R., (1962.), Liquidity, The Economic Journal XIII.



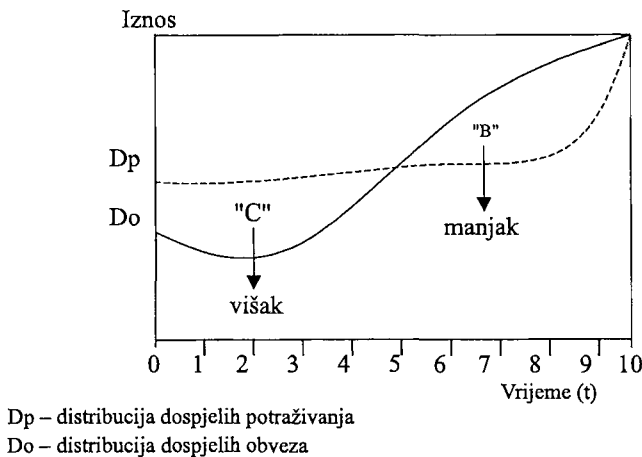
$920 : 1000 = 0,92$ . Međutim, potražnja za pojedinim dijelovima imovine različita je, što znači da se u izračunavanje treba uključiti i vjerojatnost da će se imovina banke i prodati, pa je indeks likvidnosti ispravnije izračunati kao:  $834,5 : 1000 = 0,8345$ .

Indeks likvidnosti aktive kreće se od 0 do 1 i zapravo pokazuje izračunavanje "štete" ili gubitka koji bi banka pretrpjela ako bi bila prisiljena unovčiti svoju aktivu prije ugovorenih rokova dospijea. U ovom primjeru to bi bilo:  $(1 - 0,8345) \times 100 = 16,55\%$ .

### c) Likvidnost ukupnog poslovanja banke

Kao što se potraživanja banke pretvaraju u novac u odgovarajućoj kombinaciji vjerojatnosti, tako se i obveze banke izvršavaju u ugovorenim rokovima prema dospijecu, a za sredstva po viđenju može se izračunati vjerojatnost da će vlasnici zatražiti njihovu isplatu. Likvidnost banke u tom smislu<sup>9</sup> može se definirati kao količinu novčanih sredstava utvrđenu tako da se u promatranom razdoblju izračuna razlika između distribucije dospjelih potraživanja i distribucije dospjelih obveza banke - grafikon 2.

Grafikon 2 - Likvidnost banke kao razlika dospjelih potraživanja i dospjelih obveza



U grafikonu 2 je krivuljom "Dp" prikazan kumulativan iznos dospjelih potraživanja, a krivuljom "Do" kumulativan iznos dospjelih obveza u određenom vremenu "t". "L" je iznos kojim banka treba raspolagati na kraju razdoblja "t" da bi podmirila svoje dospjele obveze. U razdoblju  $0 < t < 5$  likvidna (novčana) sredstva veća su od dospjelih obveza (površina C), dok su u razdoblju  $5 < t < 10$  dospjele obveze veće od dospjelih potraživanja i banka ulazi u zonu nelikvidnosti. Površina B pokazuje odstupanje likvidnosti ispod potreba.

Grafikon 2 daje sliku likvidnosti i nelikvidnosti banke u određenom razdoblju i ukazuje u koje vrijeme banka može viškove novčanih sredstava plasirati, a

<sup>9</sup> Prema: Newlyn, W.T., (1962.), Theory of Money, Oxford, str. 120.

kada i za koje vrijeme treba pribaviti kratkoročna sredstva za likvidnost radi saniranja problema nelikvidnosti.

Prema tome, likvidnost banke treba promatrati ne samo u statičkom, već i u dinamičkom smislu, a stvaranje potrebnih novčanih sredstava ne samo pretvaranjem potraživanja u novčana sredstva unutar aktive, već cjelokupnim poslovanjem banke i klijenata koji putem nje obavljaju svoje poslovanje.

### *3. Čimbenici koji najčešće uzrokuju nelikvidnost banke*

Banka manjim dijelom posluje vlastitim sredstvima, a pretežito tuđim izvorima<sup>10</sup>. Tuđi izvori imaju svoju cijenu - pasivnu kamatu koju banka treba nadoknaditi iz aktivne kamate obračunate na sredstva uložena u kreditne i nekreditne plasmane. Naplata uložениh sredstava i obračunate kamate u ugovorenim rokovima presudna je za uredno poslovanje, odnosno za održavanje likvidnosti banke. Međutim, u praksi se pojavljuje mnoštvo problema, poteškoća i otežavajućih okolnosti koje remete ovo temeljno načelo poslovanja i mogu uzrokovati nelikvidnost, odnosno u konačnici nesolventnost<sup>11</sup> koja banku dovodi u bankrot.

**Prvo**, banka prikuplja depozite po viđenju raspoložive neograničeno u svakom momentu i oročene depozite koje je banka dužna staviti deponentima na raspolaganje zajedno s kamatom u ugovorenim rokovima. Isto tako, banka koristi razne kratkoročne i dugoročne kredite u zemlji i inozemstvu i vraća ih zajedno s kamatom u ugovorenim rokovima. Promatrajući stvarno ponašanje deponenata može se zapaziti da se većina oročenih depozita obnavlja, a manji dio podiže i da su u masi oročeni depoziti vrlo stabilni.

Bez obzira što hrvatske banke, u pravilu, ugovaraju nenamjenska oročenja s maksimalnim rokom do tri godine, oročeni depoziti su dobra podloga za odobravanje dugoročnih kredita s rokom povrata pet, deset i više godina.

Sredstva po viđenju, primjerice na kunskoj štednji i tekućim računima građana, žiro računima građana i pravnih osoba iz dana se u dan mijenjaju i njihovo je kretanje podložno sezonskim oscilacijama unutar godine, ali i unutar mjeseca. Bez obzira na oscilacije, može se primijetiti dugoročni trend rasta, što upućuje na zaključak da se jedan dio takvih sredstava može dugoročno plasirati, drugi dio kratkoročno uložiti u vrijednosne papire ili kreditne pozajmice klijentima ili putem tržišta novca, a treći dio držati u likvidnom obliku. Dakle, u stabilnim gospodarskim uvjetima i u redovnim okolnostima banka će prikupljena i pribavljena sredstva uložiti u plasmane sa znatno dužim rokovima nego što su ugovoreni rokovi prikupljenih depozita, što znači da banka obavlja ročnu transformaciju sredstava.

Ukoliko dođe do bilo kakvog poremećaja i dio deponenata zatraži povrat svojih depozita, banka ih ne može isplatiti naplatom plasmana, budući da su ti plasmani

<sup>10</sup> Udio vlastitih izvora, koje čini kapital, dobitak tekuće godine i razni oblici rezervi, u ukupnoj pasivi hrvatskih banaka krajem 2002. godine je 9,8%.

<sup>11</sup> Nesolventnost ili insolventnost je nemogućnost banke da unovčenom imovinom (aktivom) podmiri sve svoje obveze prema deponentima i drugim vjerovnicima. U tom slučaju banku treba dokapitalizirati do potrebne razine ili likvidirati.

dati na duže rokove. Dakle, pretjerana ročna transformacija kratkoročnih sredstava u nestabilnim uvjetima može uzrokovati nelikvidnost banke.

**Drugo**, ulaganje sredstava iz prikupljenih depozita u vlasničke uloge ili u stalna sredstva, primjerice zgrade, oprema, informatička rješenja i sl., znači ulaganje u nelikvidnu imovinu koju nije moguće u kratkom roku unovčiti i takva praksa može uzrokovati nelikvidnost banke.

**Treće**, ulaganje sredstava u kreditne i nekreditne plasmane klijentima koji nisu u stanju uredno podmirivati dospjele obveze, bilo radi iznenadnih promjena na tržištu, bilo radi loše procjene njihovog boniteta i kreditne sposobnosti prilikom odobravanja plasmana, ili radi nekog trećeg razloga, može uzrokovati nelikvidnost, jer banka nije u stanju podmiriti obveze prema deponentima zbog izostanka planirane naplate plasmana.

**Četvrto**, izdavanje jamstava i garancija, avaliranje mjenica, otvaranje akreditiva s odloženim polaganjem pokrića i sl. bez ozbiljne procjene rizika posla i bez kvalitetne ocjene boniteta i kreditne sposobnosti nalogodavca može za banku značiti plaćanje po tako preuzetim potencijalnim obvezama i uzrokovati nelikvidnost.

**Peto**, banka mora prikupljena i pribavljena sredstva ulagati u kreditne i nekreditne plasmane da bi na tako uložena sredstva mogla obračunavati kamatu i razne naknade i tako ostvarivati prihode. Svako je ulaganje rizično, jer bez obzira na procjenu boniteta i kreditne sposobnosti klijenta, izvanredne okolnosti mogu dovesti dužnika u poziciju nemogućnosti urednog servisiranja dospjelih obveza. Zato je izuzetno važno pribavljanje dobrih kolaterala ili kvalitetnih instrumenata osiguranja naplate potraživanja, primjerice namjenski depozit, cesija potraživanja, mjenica, zadužnica, hipoteka, prijenos u fiducijarno vlasništvo itd., kako bi njihovom realizacijom banka naplatila dospjela potraživanja i spriječila moguću nelikvidnost radi izostanka redovite naplate potraživanja.

**Šesto**, ponekad banka radi prestiža na tržištu ili radi održavanja dobrog poslovnog odnosa s klijentom odobri kredit, izda jamstvo ili garanciju ili preuzme drugu potencijalnu obvezu po nalogu klijenta, a da pritom nema osiguran izvor sredstava. Realizacija takve odluke uzrokovat će nelikvidnost jer banka ne može izvršiti preuzetu obvezu.

**Sedmo**, ponekad banka formira ukupan prihod tako da obračuna kamate i naknade, a da pritom ne naplati takve prihode, već ih reprogramira, pripiše glavnici, odobri kredit za naplatu i sl. Ponekad, pak, banka formira ukupan prihod obračunom tečajnih razlika, revalorizacijom glavnice ili na drugi način, a izostane naplata u obračunskom razdoblju. Ukoliko istovremeno banka stvarno isplati pasivne kamate, naknade i druge troškove odnosno isplati dividendu, što znači da isplate po osnovi rashoda nisu pokrivenne stvarnim naplatama, već obračunskim prihodima, takva praksa uzrokovat će nelikvidnost. Isto tako, poslovanje s gubitkom, što znači da su rashodi veći od prihoda, zasigurno će nepovoljno djelovati na likvidnost banke.

**Osmo**, agresivna politika banke na tržištu i prebrzi i nekontrolirani rast može banku dovesti u nelikvidnost. Odobravanje kredita klijentima sumnjiva boniteta koji su spremni plaćati nadprosječne kamate i druge troškove, širenje bankovne mreže na udaljenim područjima, uvođenje novih bankovnih proizvoda, obavljanje novih bankovnih poslova na međunarodnim tržištima itd. bez odgovarajućih tehničkih, kadrovskih i organizacijskih preduvjeta i učinkovitog nadzora i kontrole, kao i

financiranje takvih poslova kratkoročnim depozitima stimuliranim iznadprosječnim visokim pasivnim kamatnim stopama, znači najčešće skrivanje pravih problema koji se ne vide u obilju likvidnih sredstava. Svaki, pa i najmanji, poremećaj na tržištu zaustavit će daljnji rast depozita, prouzročiti nelikvidnost, svi će problemi postati vidljivi i banka ulazi u zonu insolventnosti.

**Deveto**, neizvršavanje obveza po dospjelim depozitima, odobrenim kreditima i drugim preuzetim obvezama, poslovanje s gubitkom, nepovoljne glasine, pad cijena dionica itd. narušit će ugled banke i djelovati na gubitak povjerenja. Posljedica toga bit će daljnje podizanje depozita, odlazak klijenata i sve veća nelikvidnost banke.

Osim navedenih čimbenika, na koje banka može više ili manje djelovati poslovnom politikom, na njezinu likvidnost utječu i razne tržišne okolnosti (promjene kamatnih stopa, valutnih tečajeva itd.), mjere i odluke središnje banke (kamatna i tarifna politika, politika obvezne pričuve, aukcije kupnje i prodaje deviznih sredstava, prodaja i reotkup blagajničkih zapisa i sl.), gospodarska kretanja, politički i drugi čimbenici koje banka ne može promijeniti, već im se zapravo treba prilagoditi.

#### 4. Mjerenje likvidnosti banke

U bankovnoj teoriji i u bankovnoj praksi nema opće prihvaćenih pokazatelja mjerenja likvidnosti banke. Ranije se u Hrvatskoj primjenjivala odluka prema kojoj je banka bila dužna održavati minimalnu likvidnost kao omjer između sredstava na žiro računu, gotovine, čekova i sl. prema kratkoročnim depozitima i obvezama. Međutim, u to je vrijeme bilo dopušteno koristiti izdvojena sredstva obvezne pričuve za dnevnu likvidnost, pa je banka uz nulti saldo na žiro računu nakon "punjenja" blagajne iz obvezne pričuve, a ne iz "praznog" žiro računa, "udovoljavala" propisanom parametru. Očito, odluka o minimalnoj likvidnosti nije bila adekvatna pa je ukinuta.

Hrvatska narodna banka (HNB) objavljuje u mjesečnim biltenima nekoliko indikatora likvidnosti poslovnih banaka - tablica 2.

Tablica 2 - Indikatori likvidnosti poslovnih banaka u razdoblju od 1993. do 2002. godine, prosječna dnevna stanja i stope u mjesecu prosincu, u milijunima kuna i postocima<sup>11a</sup>

Godina	Slobodna novčana sredstva	Stopa primarne likvidnosti (u%)	Korišteni sekundarni izvori	Glagajnički zapisi HNB-a	Riznički zapisi
1993.	-18,5	-0,52	188,0	1,9	-
1994.	119,9	1,72	393,7	210,2	-
1995.	49,4	0,63	199,4	218,7	-
1996.	267,9	2,63	98,5	780,9	183,8
1997.	396,3	2,92	32,7	728,9	260,7
1998.	221,9	1,65	445,5	850,4	141,3
1999.	179,6	1,30	1.183,6	1.348,7	410,4
2000.	638,8	3,32	80,1	2.496,0	2.095,8
2001.	794,4	3,23	2,6	2.656,2	3.457,2
2002.	1.225,0	3,53	0,6	4.966,0	4.356,6

Izvor: HNB, Bilten broj 82/2003., str. 35.

<sup>11a</sup> Napomena: - Slobodna novčana sredstva u kunama su ukupna novčana sredstva banke (na računima za namirenje i u blagajni) umanjena za minimalno prosječno stanje na računima za namirenje i u blagajni, propisano instrumentima HNB-a.

Podaci u tablici 2 ukazuju da je bankovni sustav kao cjelina imao poteškoće u održavanju likvidnosti sve do 1995. godine kada je u više banaka započet proces sanacije i restrukturiranja (Slavonska banka Osijek, Splitska banka Split, Riječka banka Rijeka i Privredna banka Zagreb). Likvidnost je nakon toga u 1996. i 1997. godini bitno poboljšana. U 1998. i 1999. godini u Dubrovačkoj banci Dubrovnik i Croatia banci Zagreb započeta je sanacija, a nad većim brojem banaka otvoren je stečajni postupak, što je uznemirilo deponente koji su podizali novčana sredstva ne samo u tim već i u ostalim bankama, pa je djelomično pogoršana likvidnost bankovnog sustava. Od 2000. godine pa dalje likvidnost banaka se značajno poboljšava iz godine u godinu, a što pokazuje visoka razina slobodnih novčanih sredstava, u proteklih deset godina najviša stopa primarne likvidnosti, visoka razina upisanih blagajničkih zapisa HNB-a i rizničkih zapisa Ministarstva financija Republike Hrvatske i najmanji iznosi korištenih sekundarnih izvora likvidnosti.

Bez obzira što nema propisanih parametara<sup>12</sup>, kao što i različiti autori<sup>13</sup> imaju svoje pristupe, za mjerenje i iskazivanje likvidnosti pojedine banke i bankovnog sustava u Hrvatskoj može se preporučiti više indikatora.

Pokazatelji su izračunati iz podataka u zbirnoj bilanci hrvatskih banaka (tablice 3 i 4).

---

- Stopa primarne likvidnosti je postotni udjel mjesečnoga prosjeka dnevnih stanja slobodnih novčanih sredstava u kunama u mjesečnom prosjeku dnevnih stanja depozita koji čine osnovicu za obračun obvezne pričuve.

<sup>12</sup> HNB u svojim godišnjim izvješćima analizira likvidnost banaka korištenjem nekoliko pokazatelja: (1) neto međubankovna pozicija prema ukupnoj aktivi, (2) ukupni krediti prema ukupnim depozitima, (3) kratkoročna aktiva prema kratkoročnoj pasivi te (4) bruto likvidna aktiva prema ukupnoj aktivi, a u mjesečnim biltenima (5) stopa primarne likvidnosti.

<sup>13</sup> Usporedi: Koch, T.W., (1992.), *Bank Management*, 2nd ed. The Dryden Press, Orlando, Florida; Rose, P.S., (1991.), *Commercial Bank Management*, Richard D. Irwin, Inc., Boston; Saunders, A., (2000.), *Financial Institutions Management*, Irwin McGraw-Hill, Boston etc.; Sinkey, J., (2000.), *Commercial Bank Financial Management*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey.

Tablica 3 - Visina i struktura aktive hrvatskih banaka u razdoblju od 1999. do 2002. godine, u milijardama i postocima

	1998.		1999.		2000.		2001.		2002.	
	Iznos	Udjel	Iznos	Udjel	Iznos	Udjel	Iznos	Udjel	Iznos	Udjel
1. Gotovina i depoziti kod HNB-a	6,4	6,6	9,7	10,4	11,5	10,3	22,2	15,0	21,4	12,3
1.1. Gotovina	0,8	0,8	1,2	1,3	1,5	1,3	7,8	5,3	2,2	1,3
1.2. Depoziti	5,6	5,8	8,5	9,1	10,0	8,9	14,4	9,7	19,2	11,0
2. Depoziti kod bankarskih institucija	11,5	11,8	10,3	11,0	17,7	15,8	23,9	16,1	20,2	11,6
3. Trezorski zapisi MF-a i blagajnički zapisi HNB-a	1,1	1,1	3,1	3,4	6,1	5,4	9,7	6,5	9,7	5,6
4. Trgovački portfelj vrijednosnih papira	0,3	0,3	1,0	1,1	2,4	2,2	4,8	3,2	8,4	4,8
5. Krediti financijskim institucijama	0,9	0,9	1,2	1,3	1,1	1,0	1,2	0,8	2,2	1,2
6. Krediti ostalim klijentima	49,6	51,2	45,4	48,5	50,1	44,8	64,8	43,6	90,2	51,7
7. Investicijski portfelj vrijednosnih papira	17,7	18,3	15,5	16,5	14,2	12,7	12,8	8,6	12,7	7,3
8. Ulaganja u podružnice i povezana trgovačka društva	2,8	2,9	1,8	1,9	2,4	2,2	2,2	1,5	2,4	1,4
9. Preuzeta imovina	0,3	0,4	0,5	0,5	0,6	0,5	0,5	0,3	0,4	0,2
10. Materijalna imovina i softver (- amortizacija)	3,2	3,3	3,2	3,4	3,3	2,9	3,5	2,4	3,7	2,2
11. Kamate, naknade i ostala imovina	3,7	3,8	2,5	2,7	3,2	2,8	4,0	2,7	4,6	2,7
12. Manje: posebne rezerve za neidentificirane gubitke	-0,7	-0,7	-0,7	-0,8	-0,7	-0,6	-1,0	-0,7	-1,5	-0,9
<b>Ukupna aktiva</b>	<b>96,8</b>	<b>100,0</b>	<b>93,5</b>	<b>100,0</b>	<b>111,9</b>	<b>100,0</b>	<b>148,6</b>	<b>100,0</b>	<b>174,4</b>	<b>100,0</b>

Izvor: HNB, Godišnje izvješće za 2000., str. 88. i Godišnje izvješće za 2002., str. 86.

Tablica 4 - Visina i struktura pasive hrvatskih banaka u razdoblju od 1998. do 2002. godine, u milijardama i postocima

	1998.		1999.		2000.		2001.		2002.	
	Iznos	Udjel	Iznos	Udjel	Iznos	Udjel	Iznos	Udjel	Iznos	Udjel
1. Krediti od financijskih institucija	4,8	4,9	5,3	5,6	3,5	3,1	3,6	2,5	4,1	2,3
1.1. Kratkoročni	2,2	2,2	2,1	2,2	1,1	1,0	0,6	0,4	1,2	0,7
1.2. Dugoročni	2,6	2,7	3,2	3,4	2,4	2,1	3,0	2,1	2,9	1,7
2. Depoziti	58,6	60,5	57,0	60,9	72,7	65,0	104,7	70,4	124,5	71,4
2.1. Žiro-računi i tekući računi	9,1	9,4	9,2	9,9	12,6	11,3	16,5	11,1	23,3	13,3
2.2. Štedni	13,6	14,0	13,7	14,6	17,7	15,8	26,4	17,7	24,0	13,8
2.3. Oročeni	35,9	37,1	34,1	36,5	42,4	37,9	61,8	41,6	77,2	44,3
3. Ostali krediti	17,0	17,6	15,0	16,0	16,3	14,6	15,9	10,7	19,5	11,2
3.1. Kratkoročni	1,4	1,5	1,7	1,8	0,5	0,4	0,6	0,4	4,5	2,6
3.2. Dugoročni	15,6	16,1	13,3	14,3	15,8	14,2	15,3	10,3	15,0	8,6
4. Izdani dužnički vrijednosni papiri	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
4.1. Kratkoročni	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
4.2. Dugoročni	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
5. Dopunski kapital	0,5	0,5	0,3	0,4	0,5	0,5	2,7	1,8	2,9	1,7
5.1. Izdani određeni instrumenti	-	-	0,1	0,1	0,3	0,3	0,4	0,2	0,6	0,4
5.2. Izdani hibridni instrumenti	-	-	0,2	0,3	0,2	0,2	2,3	1,6	2,3	1,3
6. Kamate, naknade i ostale obveze	6,6	6,8	4,8	5,2	5,5	4,9	6,7	4,5	6,6	3,8
7. Dobitak/gubitak tekuće godine	-1,7	-1,7	0,5	0,5	1,1	1,0	1,9	1,3	2,2	1,3
8. Kapital	11,0	11,4	10,6	11,3	12,2	10,9	13,1	8,8	14,6	8,4
<b>Ukupna pasiva</b>	<b>96,8</b>	<b>100,0</b>	<b>93,5</b>	<b>100,0</b>	<b>111,8</b>	<b>100,0</b>	<b>148,6</b>	<b>100,0</b>	<b>174,4</b>	<b>100,0</b>

Izvor: HNB, Godišnje izvješće za 2000., str. 89. i Godišnje izvješće za 2002., str. 88.

**1. Omjer gotovine i depozita kod HNB-a prema ukupnoj aktivi** pokazuje koliko banke imaju "najlikvidnijih" sredstava:

1998.	1999.	2000.	2001.	2002.
6.6%	10.4%	10.3%	15.0%	12.3%

Banke imaju visoku razinu likvidnosti jer na žiro računima, u gotovini kao i u obveznoj pričuvi u kunama i u stranim valutama, drže sve veći dio ukupne aktive.

**2. Trezorski zapisi Ministarstva financija (riznički zapisi) i blagajnički zapisi HNB-a prema ukupnoj aktivi** čine:

1998.	1999.	2000.	2001.	2002.
1.1%	3.4%	5.4%	6.5%	5.6%

Upisani zapisi mogu se brzo unovčiti, a mogu se dati i u zalog kod odobravanja lombardnog kredita<sup>14</sup>. Banke drže sve više sredstava u lako unovčivim vrijednosnim papirima, što ukazuje na njihovu sve bolju likvidnost.

**3. Neto međubankovna pozicija prema ukupnoj aktivi:**

1998.	1999.	2000.	2001.	2002.
7.8%	6.7%	13.7%	14.4%	10.5%

Neto međubankovnu poziciju čine sredstva plasirana drugim bankama i financijskim institucijama u obliku kredita i depozita umanjena za sredstva primljena od drugih banaka.

Pozajmljena sredstva bankama kao i primljena sredstva od banaka imaju svoje rokove dospijeća, ali su u pravilu brzo unovčiva. Bez obzira što je ovaj pokazatelj rezultat izračunavanja razlike međubankovnih potraživanja i obveza i predstavlja prosjek za sve banke zajedno, ipak pokazuje tendenciju rasta i poboljšanja likvidnosti bankovnog sustava.

**4. Krediti klijentima prema ukupnoj aktivi** čine:

1998.	1999.	2000.	2001.	2002.
49.6%	48.5%	44.8%	43.6%	51.7%

<sup>14</sup> Odlukom o uvjetima za odobrenje kratkoročnog kredita na osnovi zaloga vrijednosnih papira (lombardni kredit), (Narodne novine, broj 160/1998., 28/1999., 32/1999., 38/1999., 131/2000. i 53/2001.) banke mogu koristiti lombardni kredit tijekom mjeseca do ukupno 15 radnih



Udio kredita datih fizičkim i pravnim osobama u ukupnoj aktivi u razdoblju od 1998. do 2001. godine smanjuje se, što znači da su banke u to vrijeme preferirale ulaganja u vrijednosne papire i depozite kod banaka i financijskih institucija, čime je poboljšana likvidnost bankovnog sustava. U 2002. godini banke povlače dane depozite inozemstvu, smanjuju gotovinu i novčana sredstva ulažu u kredite, najviše stanovništvu, čime djelomično smanjuju izuzetno visoku likvidnost u 2001. godini.

5. Kvalitetu aktive banaka najbolje pokazuje **struktura plasmana banaka po rizičnim skupinama** prikazana u tablici 5.

Tablica 5 - Plasmani hrvatskih banaka po naplativosti u razdoblju od 1998. do 2002. godine

Kategorija plasmana	1998.	1999.	2000.	2001.	2002.
- Potpuno nadoknadivi plasmani	90,7	89,7	90,5	92,8	94,2
- Djelomično nadoknadivi plasmani	7,3	6,6	5,6	4,4	3,5
- Nenadoknadivi plasmani	2,1	3,6	3,9	2,8	2,3
<b>Ukupno</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>

Izvor: HNB, Izvješće za 2000., str. 91. i Izvješće za 2002., str. 91.

Udio potpuno nadoknadivih plasmana ili naplativih u ukupnim plasmanima povećava se od minimalnih 89,7% u 1999. na 94,2% u 2002. godini, dok se udio djelomično nadoknadivih i nenadoknadivih plasmana iz godine u godinu smanjuje. To znači da se u promatranom razdoblju naplativost, odnosno likvidnost plasmana banaka poboljšava.

6. Jedan je od pokazatelja kvalitete aktive banaka i **omjer rezervi za identificirane ili pojedinačne potencijalne gubitke i rezervi za neidentificirane gubitke prema ukupnim bruto plasmanima banaka**. Udio rezervi u ukupnim bruto plasmanima:

1998.	1999.	2000.	2001.	2002.
6,7%	8,8%	8,2%	6,2%	5,0%

dana u visini do 50% nominalne vrijednosti blagajničkih zapisa HNB-a nominiranih u kunama i Trezorskih zapisa Ministarstva financija Republike Hrvatske te do 30% nominalne vrijednosti blagajničkih zapisa HNB-a nominiranih u stranoj valuti.

Udio pojedinačnih i općih rezerviranja smanjuje se, što znači da je kreditni portfelj sve kvalitetniji, čime se povećava i njegova likvidnost.

#### 7. **Kratkoročna aktiva prema kratkoročnoj pasivi banaka<sup>15</sup>:**

1998.	1999.	2000.	2001.	2002.
88,8%	90,1%	91,5%	92,5%	111,8%

Omjer pokazuje da banke sve manji dio kratkoročnih izvora plasiraju dugoročno, a to poboljšava njihovu likvidnost.

#### 8. **Ukupni krediti prema ukupnim depozitima banaka:**

1998.	1999.	2000.	2001.	2002.
84,6%	81,8%	70,4%	63,0%	74,1%

Udio kredita u ukupnim depozitima u razdoblju od 1998. do 2001. godine sve se više smanjuje, što znači da su banke preferirale ulaganja u nekreditne plasmane i na taj način poboljšavale svoju likvidnost. U 2002. godini banke mijenjaju politiku i sve veći dio depozita ulažu u kreditne plasmane, što će u budućnosti djelovati na smanjenje njihove likvidnosti.

#### 9. **Omjer tuđih izvora - posuđenih sredstava prema ukupnoj aktivi:**

1998.	1999.	2000.	2001.	2002.
90,3%	88,7%	89,1%	91,2%	91,6%

Omjer pokazuje u 1999. godini mali pad, a zatim u narednim godinama blagi rast zaduženosti banaka, što ukazuje da je sve veći dio imovine banke - aktive financiran tuđim prikupljenim i pribavljenim sredstvima, a to sa stajališta likvidnosti znači veću zavisnost banaka o tržištu i klijentima.

#### 10. **Omjer depozita prema ukupnoj aktivi:**

1998.	1999.	2000.	2001.	2002.
60,5%	60,9%	65,0%	70,4%	71,4%

Omjer se povećava, što znači da se banke sve više orijentiraju na prikupljanje depozita od velikog broja fizičkih i pravnih osoba, a manje na kreditna zaduženja kod domaćih i stranih banaka. Takva struktura izvora povoljno djeluje na likvidnost banaka.

<sup>15</sup> Prema: HNB, Izvješće za 2001., str. 97.

### 11. Omjer dugoročnih u ukupnim depozitima:

1998.	1999.	2000.	2001.	2002.
61,3%	59,8%	58,3%	59,0%	62,0%

Budući da su depoziti najznačajniji izvor financiranja hrvatskih banaka, izuzetno je važno da pretežit dio čine oročeni depoziti, čiji se udio sve više povećava i krajem 2002. godine iznosi već 62,0%, a to je sa stajališta likvidnosti banaka povoljno.

### 12. Omjer transakcijskih depozita prema ukupnim depozitima:

1998.	1999.	2000.	2001.	2002.
15,5%	16,1%	17,3%	15,8%	18,7%

Udio transakcijskih depozita, koje čine tekući računi građana i žiro računi pravnih i fizičkih osoba, u ukupnim depozitima u promatranom razdoblju varira od minimalnih 15,5% u 1998. do maksimalnih 18,7% u 2002. godini. To ukazuje da bi banke trebale odgovarajućom kamatnom politikom stimulirati deponente da viškove transakcijskog novca prenose na štedne račune ili oročavaju. Takav proces povoljno bi djelovao na likvidnost banaka.

Prikazanih dvanaest pokazatelja vrlo dobro oslikava pozitivan trend kretanja likvidnosti hrvatskih banaka. Takve pokazatelje može izračunati svaka banka za sebe, usporediti ih s prosjekom bankarstva i uzimajući u obzir vlastite specifičnosti ocijeniti svoju likvidnost.

Osim navedenih pokazatelja, koje je moguće izračunati iz podataka objavljenih u godišnjim izvješćima i mjesečnim biltenima HNB-a, banka bi mogla pratiti svoju likvidnost izračunavajući dnevno različite omjere između bilančnih pozicija temeljem podataka iz svojih poslovnih knjiga kao primjerice:

1. Omjer između prosječnih dnevnih stanja novčanih sredstava koje čini žiro račun i blagajna prema ukupnim kratkoročnim i dugoročnim tuđim izvorima.

2. Omjer između novčanih sredstava prema ukupnim kratkoročnim obvezama po depozitima i primljenim kreditima.

3. Omjer između mjesečnoga prosjeka dnevnih stanja slobodnih novčanih sredstava i mjesečnoga prosjeka dnevnih stanja depozita koji čine osnovicu za obračun obvezne pričuve (stopa primarne likvidnosti).

4. Omjer novčanih sredstava i brzo unovčive aktive (sredstva na žiro računu i u blagajni, upisani blagajnički zapisi HNB-a, upisani riznički zapisi Ministarstva financija, neto potraživanja od banaka i ostalih financijskih institucija) prema kratkoročnim depozitima i kratkoročnim obvezama, odnosno prema ukupnim tuđim izvorima koje banka koristi itd.

Izračunavajući navedene, ali i druge omjere, temeljem dnevnih stanja za više godina, moguće je dobiti ne samo prikaz kretanja, već i podlogu za utvrđivanje trend-komponente i sezonskih utjecaja na likvidnost banke.

Uobičajeni je način mjerenja rizika likvidnosti u hrvatskim bankama **strukturiranje aktive i pasive banke prema vremenu koje je od dana bilance preostalo do ugovorenog dana dospijea**. Pregled se sastavlja jednom godišnje za potrebe izrade godišnjeg izvješća o poslovanju. Primjer takve analize prikazan je u tablici 6.

Tablica 6 - Aktiva i pasiva banke prema preostalom roku prispjega, u milijunima kuna

Opis	Do 1 mjesec	Od 1 do 3 mjeseca	Od 3 do 12 mjeseci	Od 1 do 3 godine	Preko 3 godine	Ukupno
<b>Aktiva</b>						
Novčana sredstva	500	-	-	-	-	500
Sredstva kod HNB-a	480	-	-	-	-	480
Vrijednosni papiri	650	70	250	330	320	1.620
Potraživanja od banaka	1.500	25	-	-	-	1.525
Krediti klijentima	150	250	1.100	1.400	1.100	4.000
Obračunane kamate	50	10	5	3	2	70
Ulaganja u dionice	20	5	30	24	72	151
Materijalna imovina	-	-	-	-	200	200
Minus rezerve za neidentificirane rizike	-	-	-	-	(50)	(50)
<b>Ukupna aktiva</b>	<b>3.350</b>	<b>360</b>	<b>1.385</b>	<b>1.757</b>	<b>1.644</b>	<b>8.496</b>
<b>Pasiva</b>						
Obveze prema bankama	520	40	45	20	5	630
Depoziti	3.430	870	710	190	60	5.260
- Depoziti po viđenju	2.800	-	-	-	-	2.800
- Oročeni depoziti	630	870	710	190	60	2.460
Obveze po kreditima	110	25	70	180	900	1.285
Obračunane kamate	25	5	10	5	10	55
Ostale obveze	60	6	10	5	5	86
Rezerve za potencijalne obveze	-	-	-	-	30	30
<b>Ukupne obveze</b>	<b>4.145</b>	<b>946</b>	<b>845</b>	<b>400</b>	<b>1.010</b>	<b>7.346</b>
Vlasnički kapital	-	-	-	-	1.150	1.150
<b>Ukupna pasiva</b>	<b>4.145</b>	<b>946</b>	<b>845</b>	<b>400</b>	<b>2.160</b>	<b>8.496</b>
<b>Neto neusklađenost likvidnosti</b>	<b>(795)</b>	<b>(586)</b>	<b>540</b>	<b>1.357</b>	<b>(516)</b>	<b>-</b>

Izvor: Hipotetički primjer

Prikazani način mjerenja rizika likvidnosti iskazan kao "neto neusklađenost likvidnosti" u određenim razdobljima, primjerice "do 1 mjesec", "od 1 do 3

mjeseca", "od 3 do 12 mjeseci" itd. statičan je pristup koji polazi od stanja bilance na određen dan i ukazuje:

- da bi banci trebalo dodatnih 795 milijuna novčanih sredstava za isplatu svih obveza s dospijeća do "**1 mjesec**" pod pretpostavkom da se ukupna aktiva s rokom dospijeća «do 1 mjesec» iskoristi za isplatu obveza kao i da svi deponenti i vjerovnici zaista podignu svoja sredstva iz banke;

- da bi banka u razdoblju "**od 3 do 12 mjeseci**" imala višak novčanih sredstava u iznosu 540 milijuna pod pretpostavkom da naplati potraživanja s preostalim rokom "od 3 do 12 mjeseci" i podmiri sve obveze s navedenim rokom dospijeća;

- da banka ima višak likvidnih sredstava u razdoblju "od 1 do 3 godine" i to 1.357 milijuna, a manjak novčanih sredstava od 586 milijuna u razdoblju "od 1 do 3 mjeseca" i 516 milijuna u razdoblju "preko 3 godine";

- da je banka solventna jer ukupnom imovinom može podmiriti obveze prema vjerovnicima i deponentima.

Navedeni pristup mjerenja rizika likvidnosti dobar je pregled (ne)usklađenosti vremena dospijeća potraživanja i obveza banke, ali ne uzima u obzir stvarno ponašanje deponenata koji velik dio depozita ne podižu u ugovorenim rokovima kao i činjenicu da će dio dužnika zatražiti prolongiranje dospjelih obveza, a dio dužnika jednostavno neće platiti obveze na vrijeme. Zbog tih razloga prikazano mjerenje likvidnosti daje opću sliku dospijeća aktive i pasive koju treba korigirati procjenom vjerojatnosti stvarnih naplata potraživanja i stvarnih isplata depozita i drugih obveza u promatranim razdobljima.

Međutim, da bi se ocijenila likvidnost pojedine banke shvaćena kao njezina sposobnost podmirivanja obveza u aktivi i pasivi, potrebno je iskazati ostvarene priljeve i odljeve novčanih sredstava po svim osnovama (kredit, depoziti, jamstva, garancije, avali, platni promet s inozemstvom, kamate, naknade, troškovi i ostale stavke iz aktive, pasive i računa dobiti i gubitka) u promatranom razdoblju, i to u kunskom i deviznom segmentu poslovanja. Zatim treba analizirati na koji način su rješavani eventualni problemi ukoliko je jaz između priljeva i odljeva bio negativan, odnosno kako su upotrijebljeni viškovi novčanih sredstava ako je jaz bio pozitivan.<sup>16</sup>

U ocjeni likvidnosti jedne banke prema drugoj ili u odnosu na bankovni sektor treba uzeti u obzir i neke druge čimbenike koji ponekad relativiziraju prethodno izračunate pokazatelje<sup>17</sup>.

**Prvo**, u banci s većim ugledom, koja uživa povjerenje javnosti, manja je vjerojatnost da će veći broj deponenata podići svoje uštede i na taj način ugroziti njezinu likvidnost nego u banci koja nema takav ugled. Potrebna razina likvidnih

<sup>16</sup> Detaljnije o tome u: Jurman, A., (1993.), Načrtovanje likvidnosti in solventnosti banke, Bančni vestnik, broj 1- 2, Ljubljana.

<sup>17</sup> Usporedi: Rose, P.S., (1991.), Commercial Bank Management, Richard D. Irwin, Inc., Boston.

sredstava kao i rezerve likvidnosti veće su u banci koja ne uživa visok stupanj povjerenja u odnosu na banku koja ima velik ugled.

**Drugo**, kretanje tržišne vrijednosti dionica jedan je od indikatora deponentima u formiranju stava o sigurnosti i stabilnosti banke i indirektno čimbenik koji opredjeljuje banku na održavanje potrebne razine likvidnih sredstava odnosno rezervi likvidnosti.

**Treće**, prihvaćanje zahtjeva za kreditima i zahtjeva za preuzimanjem potencijalnih obveza od bonitetnih klijenata indikator je tržištu o kreditnom kapacitetu i sposobnosti banke u zadovoljavanju kreditne potražnje. Odbijanje zahtjeva kvalitetnih klijenata izaziva pitanja i sumnju u bančinu sposobnost, a može uzrokovati odlazak klijenata iz banke, podizanje depozita i nepovjerenje javnosti.

**Četvrto**, saznanje da banka na kreditne pozajmice plaća iznadprosječnu pasivnu kamatu i druge troškove, u čemu je sadržana premija za rizik, signal je klijentima, posebno deponentima, da banka ima poteškoće u održavanju likvidnosti.

**Peto**, saznanje da banka prodaje realnu imovinu, vrijednosne papire, kreditna potraživanja, devizna sredstva i sl. po znatno nižim cijenama od tržišnih indikatora je deponentima da su banci potrebna novčana sredstva, bez obzira što u takvim transakcijama ostvaruje gubitke.

**Šesto**, saznanje da banka često koristi lombardni kredit temeljem upisanih zapisa indikator je HNB-u da obrati dodatnu pozornost na poslovanje banke.

**Sedmo**, korištenje kratkoročnog kredita za likvidnost kojeg HNB odobrava banci za koju utvrdi da ima likvidnosnih poteškoća, uz uvjet da je solventna,<sup>18</sup> signal je deponentima da banka ima problema u održavanju likvidnosti, ali i da banka uz pomoć HNB-a poduzima mjere za prevladavanje tih problema.

Iz navedenog proizlazi:

- da propisima, bankovnom teorijom i bankovnom praksom nije utvrđen skup općeprihvaćenih pokazatelja i načina mjerenja likvidnosti banke;
- da banka treba odabrati relevantne indikatore i razraditi metodologiju mjerenja svoje likvidnosti u određenim vremenskim razdobljima;
- da je korisno izračunate pokazatelje usporediti s bankovnim sustavom i s drugim, ali srodnim, bankama, i to u različitim razdobljima;
- da u ocjeni vlastite likvidnosti treba voditi računa o svojim obilježjima i specifičnostima, pogotovo onima koje su nepovoljnije od drugih te
- da je kvalitetan sustav mjerenja likvidnosti podloga za upravljanje rizikom likvidnosti.

<sup>18</sup> Kredit se odobrava uz uvjete i na način propisan Odlukom o kratkoročnom kreditu za likvidnost, Narodne novine, broj 135/2002.

## 5. Zaključak

(1) Poslovna banka pretežito posluje s tuđim prikupljenim i pribavljenim sredstvima na koje plaća pasivnu kamatu i druge troškove. Sredstva ulaže u razne oblike kreditnih i nekreditnih plasmana da bi naplatila aktivnu kamatu iz koje podmiruje rashode po osnovi pasivne kamate i druge troškove. Prikupljene depozite i pribavljena sredstva banka je zajedno s kamatama dužna staviti na raspolaganje vlasnicima u ugovorenim rokovima. To znači da banka treba organizirati poslovanje na način da naplatom uloženi sredstava uredno servisira dospjele obveze po prikupljenim i pribavljenim izvorima. Na taj način osigurava normalnu cirkulaciju sredstava odnosno likvidnost.

(2) Ponekad banka dolazi u situaciju da ne može izvršiti dospjele obveze prema svojim vjerovnicima i zajmotražiteljima zato što:

- odobrava kredite i preuzima druge obveze prema različitim klijentima koji dolaze u situaciju da iz objektivnih ili subjektivnih razloga ne mogu servisirati dospjele obveze;

- prevelik dio kratkoročnih izvora ročno transformira i ulaže u dugoročne plasmane;

- preuzima obveze za koje nema osigurana sredstva;

- previše ulaže sredstva u kupnju dionica, vlasničkih uloga, stalnih sredstava ili u drugu nelikvidnu imovinu;

- nastupa agresivno i nepromišljeno na tržištu ulažući sredstva u nove poslove, na udaljenim područjima, nedovoljno poznatim klijentima itd., a da nije osigurala potreban nadzor i kontrolu, kao i organizacijske, tehničke i kadrovske preduvjete za obavljanje takvih poslova;

- nastupe nepredviđene okolnosti i drugi razlozi, kao primjerice promjene kamatnih stopa, valutnih tečajeva, pogoršanje gospodarske situacije, promjene monetarne politike središnje banke itd.

Iz navedenih, ali i drugih razloga banka nije u stanju uredno podmirivati dospjele obveze i nastupa nelikvidnost. Ukoliko se pravovremeno ne intervenira, dolazi do nepovjerenja klijenata, podizanja depozita i banka može doći u zonu insolventnosti ili čak u likvidaciju.

(3) Održavanje uredne likvidnosti, odnosno upravljanje rizikom likvidnosti izuzetno je važno za banku i klijente koji putem nje obavljaju domaći i platni promet s inozemstvom i kojima banka pruža kreditne i druge usluge.

(4) Propisima nije utvrđen sustav pokazatelja i parametri koje banka treba ostvariti da bi se njezina likvidnost ocijenila zadovoljavajućom. Bez obzira na to, bilančne pozicije aktive i pasive hrvatskih banaka i izračunati omjeri dobri su indikatori koji ukazuju na zadovoljavajuću likvidnost u 1998. i 1999. godini i na izuzetno dobru likvidnost u razdoblju od 2000. godine pa dalje.

(5) Da bi uprava banke mogla pravilno i na vrijeme reagirati, svaka banka treba uspostaviti vlastiti sustav indikatora kojima će mjeriti svoju likvidnost, uspoređivati se s drugim srodnim bankama i bankovnim sustavom i redovito ocjenjivati potrebnu razinu likvidnih sredstava i rezervi likvidnosti. Na taj način banka izgrađuje podlogu za uspostavu vlastitog sustava upravljanja rizikom likvidnosti.

**Literatura**

1. Babić, Š., (1971.), Uvod u ekonomiku poduzeća, Školska knjiga, Zagreb
2. Bessis, J., (1999.), Risk Management, Richard D. Irwin, Inc., Boston
3. Black, H.A., Champion, J.E., Brown, R.S., (1967.), Accounting in Business Decisions, Theory, Method and Use, Prentice - Hall, Inc. New Jersey
4. Block, S.B., Hirt, G.A., (1978.), Foundations of Financial Management, Richard D. Irwin, Inc.
5. Cates, D.,(1990.), Liquidity Lessons for the 1990s, Bank Management, broj 4
6. Hicks, J.R., (1962.), Liquidity, The Economic Journal XIII
7. Jurman, A., (1993.), Načrtovanje likvidnosti in solventnosti banke, Bančni vestnik, broj 1-2, Ljubljana
8. Koch, T.W., (1992.), Bank Management, 2nd ed., The Dryden Press, Orlando, Florida
9. Mc Kean, M.H., (1951.), Liquidity and a National Balance Sheet, Readings in Monetary Theory, Homewood, Illinois
10. Newlyn, W.T., (1962.), Theory of Money, Oxford
11. Rose, P.S., (1991.), Commercial Bank Management, Richard D. Irwin, Inc., Boston
12. Saunders, A., (2000.), Financial Institutions Management, Irwin McGraw-Hill, Boston, etc.
13. Sinkey, J., (2000.), Commercial Bank Financial Management, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey
14. Basel Committee on Banking Supervision, (2000.), Sound Practices for Managing Liquidity on Banking Organisations, Basel
15. Zakon o bankama, Narodne novine, broj 84/2002.
16. Odluka o uvjetima za odobrenje kratkoročnog kredita na osnovi zaloga vrijednosnih papira (lombardni kredit), Narodne novine, broj, 160/1998., 28/1999., 32/1999., 38/1999. 131/2000. i 53/2001.
17. Odluka o kratkoročnom kreditu za likvidnost, Narodne novine, broj 135/2002.
18. Hrvatska narodna banka, Godišnje izvješće za 2001. i Godišnje izvješće za 2002.

**Summary****LIQUIDITY RISK IN BUSINESS BANKS**

The author defines notion of liquidity, points out the importance of maintaining liquidity in business transaction of a bank, analyses forms of liquidity as well as basic factors that most often cause problems with liquidity. Since these problems may first bring a bank in insolvency zone and then to liquidation, it is very important to recognize indicators and methods of liquidity measuring. There are no prescribed and generally recognized indicators in bank practice. The author, thus, uses twelve indicators in analyzing liquidity of the bank system in Croatia from 1998 to 2002. The analysis confirms appropriateness of these indicators.



**Key words:** *bank, liquidity, liquidity risk, factors of illiquidity, indicators of liquidity.*

### Zusammenfassung

## LIQUIDITÄTSRISIKO IN DER GESCHÄFTSBANK

Der Autor definiert in seinem Aufsatz den Begriff der Liquidität, weist auf die Bedeutung der Aufrechterhaltung der Liquidität bei den Geschäften der Banken hin, bearbeitet die Arten der Liquidität sowie die Hauptfaktoren, die am häufigsten die Ursache für Zahlungsunfähigkeit sind. Da diese die Bank erstens in die Zone der Insolvenz bringen kann, und später auch in die der Liquidation, ist es außerordentlich wichtig, die Indikatoren und Weisen zur Messung der Liquidität zu kennen. In der Bankpraxis gibt es keine vorgeschriebenen und allgemein akzeptierten Indikatoren, so dass der Autor zwölf Indikatoren bei der Analyse der Liquidität des Banksystems von Kroatien in der Zeit von 1998 bis 2002 benutzt und damit deren Brauchbarkeit beweist.

**Schlüsselwörter:** *Bank, Liquidität, Liquiditätsrisiko, Faktoren der Zahlungsunfähigkeit, Faktoren der Liquidität.*

### Sommario

## RISCHIO DI LIQUIDITÀ NELLE BANCHE DI AFFARI

Nel lavoro l'autore definisce la nozione di liquidità, indica l'importanza di mantenere la liquidità nelle banche di affari, analizza le forme di liquidità così come i fattori fondamentali che molto spesso causano problemi di liquidità. Siccome questi problemi possono prima portare una banca nella zona di insolvenza e dopo alla liquidazione, è molto importante riconoscere gli indicatori e le metodologie di misurazione della liquidità. Nella prassi bancaria non ci sono indicatori prescritti e generalmente riconosciuti, così l'autore utilizza dodici indicatori nell'analizzare la liquidità del sistema bancario della Croazia dall'anno 1998 all'anno 2002, analisi che conferma l'appropriatezza di questi indicatori.

**Parole chiave:** *banca, liquidità, rischio di liquidità, fattori di non liquidità, indicatori di liquidità.*



## DISKRECIJA, SUDOVANJE I GRANICE PRAVA: Pouke Fullerovog "Problema kivnog doušnika"\*

Dr. sc. Ivan Padjen, redoviti profesor  
Fakultet političkih znanosti  
Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 340.12::340.13  
Ur.: 18. kolovoza 2003.  
Pr.: 1. rujna 2004.  
Izvorni znanstveni članak

*Fullerov "Problem kivnog doušnika" jedan je od najpoticajnijih tekstova o pravu nastalih nakon II. svjetskog rata te rijetko pogodan uvod u studij prava. Primjerom pokazuje mjerodavnost najvažnije suprotnosti u pravu, naime, pravnog pozitivizma i pravnog naturalizma, koji Fuller svojom integralnom teorijom prava nastoji prevladati. Sadrži pet različitih prijedloga rješenja, iz kojih je moguće zaključiti da bilo koje zadovoljavajuće rješenje mora ocijeniti ispriku kivnih doušnika, standardnu za počinioce političkih zlodjela, da su samo vršili svoju pravnu dužnost, da ta ocjena bitno ovisi o ocjeni naravi vladavine smeđih košulja, a potonja ocjena o odgovoru na, po prilici, sljedeće pitanje: "Koliko diskrecije može uključivati pravni sistem, naročito do koje mjere mogu upravne odluke biti izuzete od sudske ocjene a sudske odluke diskrecione, tj. nevezane pravom, prije nego što prestane biti pravnim?". Glavni dio prinosa nastoji pokazati da "Problem kivnog doušnika" ima jedno jedino ispravno rješenje, pa i odgovor na pitanje "Koliko diskrecije trpi pravni sistem?". Rješenje je zadano složenim i načelnim mjerilima Fullerove teorije u cjelini. Međutim, glavna svrha odsjeka nije pronalazak rješenja nego istraživanje puta k rješenju. Stoga točka 2.1 prikazuje glavne teze Fullerove teorije o pojmu prava, naročito o unutrašnjoj ćudorednosti prava; točka 2.2 izlučuje iz Fullerovih spisa izričita i prešutna mjerila za određivanje granica sudovanja, dovodi ih u vezu s Aristotelovim mjerilima, koja Fuller dijelom pretpostavlja, te iz tog spoja izvodi nova mjerila, koja će poslužiti i za razumijevanje diskrecije i njezinog odnosa s pravednošću i pravičnošću; točka 2.3 pokazuje da Fullerova mjerila za određivanje granica sudovanja imaju stožernu ulogu u njegovom shvaćanju naravi - uključiv granica - pravnog sistema.*

---

\* Prinos znanstvenoistraživačkom projektu "Socijalna prava izražavanja" podupiranom od Ministarstva znanosti i tehnologije Republike Hrvatske (2002.-).

*Zaključak iznalazi rješenje "Problema kivnog doušnika" i izvodi iz njih pouke, koje mogu biti i okvir za objašnjenje dosadašnje tranzicije Hrvatske u vladavinu prava, pluralističku demokraciju i tržišno gospodarstvo od 1990. do danas: protivno raširenom stajalištu (u Hrvatskoj, ali i u drugim modernim kulturama), postoji ne samo pravna mogućnost nego i pravna dužnost da se pravno sankcioniraju čak i ona zlodjela koja u vrijeme kad su bila počinjena nisu bila izrijekom ili pak jasno pravno zabranjena te su od tadašnje vladavine bila prešutno odobravana ili čak poticana; no, pravne sankcije za takva zlodjela mogu biti samo relativno blage i uglavnom disciplinske.*

**Ključne riječi:** granice prava, granice sudovanja, diskrecija, pravni pozitivizam i pravni naturalizam, tranzicija u vladavinu prava, Lon L. Fuller.

**Sadržaj:** 1. Koliko diskrecije trpi pravni sistem?, 1.1. Problem, 1.2. Kontekst, 1.3. Zadaci; 2. Granice sudovanja kao granice prava, 2.1. Ćudorednost i pravo, 2.2. Granice sudovanja, 2.2.1. Narav regulativnih problema, 2.2.2. Pravednost i regulativni problemi, 2.2.3. Pravno rasuđivanje i diskrecija, 2.3. Granice pravnog sistema, 2.3.1. Kelsen: normativni iracionalizam, 2.3.2. Dworkin: praktičko rasuđivanje, 2.3.3. Fuller: integralna teorija prava, 2.3.4. Fuller: upravljačko vođenje i pravo; 3. Rješenja i pouke.

## **1. Koliko diskrecije trpi pravni sistem?**

### **1.1. Problem**

Već dvadesetak godina uvodim bruceše u teoriju prava tekstom Lona Lionela Fullera (1902-1978) "Problem kivnog doušnika" (1969)<sup>1</sup>, koji izlaže sljedeći hipotetski pravni slučaj. Nakon sloma strahovlade Crvenih košulja<sup>2</sup>, po održanim demokratskim izborima sastavljena je koalicijska vlada čiji se članovi razilaze

<sup>1</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, rev.ed. (1964; New Haven: Yale University Press, 1969), "Appendix: The Problem of the Grudge Informer", na str. 245-254.

<sup>2</sup> Uslijed pomanjkanja građanske hrabrosti, u prijevodu teksta za nastavne potrebe početkom 1980.-ih izraz *Crvene košulje* preveo sam *Smeđe košulje*. Taj sam prijevod, nedosljedno izvornom porivu, zadržao do sada, pa je tako tekst početkom 1990-ih i po nazivu jednoga od glavnih likova počeo dobivati na aktualnosti, pogotovo nakon 3. siječnja 2000.

u gotovo svemu osim u dva programska stajališta, a to je da su protiv prethodne strahovlade a za ustavnu demokratsku vladavinu. Ministar pravde treba predložiti Vladi što da se učini s kivnim doušnicima koji su Stranci crvenih košulja i državnim organima dostavljali podatke o djelatnostima svojih neprijatelja kao što su "privatno izražavanje kritičkih pogleda na vlast; slušanje stranih radio programa; druženje s poznatim lupežima i razbijačima; stvaranje zaliha jaja u prahu u količinama većim od dopuštenih; neprijavlivanje gubitka osobnih isprava u roku od pet dana; itd."<sup>3</sup> Onome kome je bilo dokazano neko od navedenih djela mogla je biti izrečena smrtna kazna. Neka od tih djela bila su kažnjiva na temelju zakona o izvanrednom stanju. Za neka je izricana kazna bez zakonskog temelja, ali od sudaca koji su bili propisano postavljeni na svoju dužnost<sup>4</sup>. Iz Fullerovog opisa hipotetskog problema vidljivo je da je čitava strahovlada Crvenih košulja bila obilježena, s jedne strane, činjenicom da nisu bili ukinuti niti Ustav niti Građanski zakon niti Krivični zakon, pa su tako uredno održavani i propisani višestranački izbori, a s druge činjenicom da su donošeni tajni i retroaktivni zakoni, a prihvaćeno značenje Krivičnog zakona izvrtano je zato da se politički protivnici smjeste u zatvor<sup>5</sup>.

## 1.2. Kontekst

Fullerov "Problem kivnog doušnika" jedan je od najpoticajnijih tekstova o pravu nastalih nakon II. svjetskog rata. Dodatak je "Odgovoru kritičarima", koji je završno poglavlje dodano drugom izdanju Fullerove knjige *Čudorednost prava*<sup>6</sup>.

"Problem" je poticajan prvo po tom što primjerom pokazuje mjerodavnost onoga što knjiga i "Odgovor" izravno kažu o najvažnijoj suprotnosti u pravu, naime, pravnog pozitivizma i pravnog naturalizma, tj. uvjerenja da je samo pozitivno pravo (*jus civitate positum*) pravo i uvjerenja da se pravo sastoji ne samo od pozitivnoga nego i, njemu nadređenoga, prirodnog prava (*jus naturale*)<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Fuller, *bilj.* 1, na 247.

<sup>4</sup> *Isto*.

<sup>5</sup> *Isto*, na str. 246.

<sup>6</sup> Fuller, *bilj.* 1, ch.V "A Reply to Critics", str. 187-244.

<sup>7</sup> Norberto Bobbio, "Jusnaturalizam i pravni pozitivizam", u *Isti, Esseji iz teorije prava*, prij. (Split: Logos, 1988), na str. 167-169, razlikuje ta dva pravca po tri temelja: prvo, kao ideologije (pravni pozitivizam traži da treba poštovati zakone kao takve; pravni naturalizam traži da treba poštovati zakone samo ako su pravedni); drugo, kao opće teorije prava (po pravnom pozitivizmu izvor prava je u volji zakonodavca; po pravnom naturalizmu izvor prava je u vječnoj ljudskoj prirodi); treće, kao pristupe izučavanju prava (pravni pozitivizam istražuje pravo kakvo ono jest, pozitivnom metodom, tj. povijesnom i sociologijskom metodom slobodnom od vrijednosti; pravni naturalizam nastoji formulirati definiciju pravednog prava, tj., prava kao vrijednosti). *Isto*, na str. 170, zaključuje da kvalifikacija određene teorije kao pozitivističke ili naturalističke ovisi o točki gledišta, naročito o tome da li se teorija analizira kao ideologija,

Fullerov "Odgovor" je zagovor prirodnog prava upravljen najutjecajnijoj skupini njegovih kritičara, koji su sami sebe prozvali novim analitičkim pozitivistima<sup>8</sup>, a još uvijek su jedan od najutjecajnijih pravaca suvremene teorije prava<sup>9</sup>. Oni su pravni pozitivisti i po vlastitom samorazumijevanju<sup>10</sup> i po standardnim meta-teorijama<sup>11</sup>. Herbert L.A. Hart, prvi među njima, ukratko je objasnio drugu značajku njihovog usmjerenja, tj. analitičnost, kao uvjerenje "da je analiza (ili

---

opća teorija ili metodologija prava. Važnost tog zaključka pokazuju klasifikacije Hobbesove teorije. Bobbio (koji se sam drži pravnim pozitivistom), isto, klasificira je u jusnaturalističke teorije. Mark R. McGuigan (koji se sam drži naturalistom tomističkog usmjerenja), *Jurisprudence: Readings and Cases* (Toronto: University of Toronto Press, 1968), na str. 99-113, prikazuje Hobbesovu teoriju kao temeljnu pravнопозитivističku teoriju. Poblježe o odnosu pravnoga, filozofijskoga i sociologijskoga pozitivizma I. Padjen, "Pozitivizam, izvori međunarodnog prava i socijalna teorija", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 38, no. 4 (1988), na str. 491.

<sup>8</sup> H.L.A. Hart, Ronald Dworkin, Robert Summers i Marshall Cohen. Isto, na str. 190-191.

<sup>9</sup> M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 6th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1994, 2nd impr.1996), prikazuje Hartovu, Dworkinovu i Razovu teoriju, zajedno s Hohfeldovom analizom temeljnih pravnih pojmova, MacCormickovim institucionalnim pozitivizmom, ekonomskom analizom prava (Posner, Markovits) i obnovljenom filozofijom politike (Rowls, Nozick), u ch. 6 "Modern Trends in Analytical and Normative Jurisprudence", str. 339-509 te, dijelom, u ch. 15. "Theories of Adjudication", str. 1255-1368. U američkoj teoriji prava utjecajnijom orijentacijom od novoga analitičkog pozitivizma danas je možda ekonomska analiza prava (koja je, kako to pokazuje Freemanova klasifikacija, više odvojak analitičkog pozitivizma, nadahnut istim utilitarističkim korijenima i povezan s ekonomskom teorijom, nego doista nov tip teorije prava).

<sup>10</sup> Tako J. Raz, "The Purity of the Pure Theory", in R. Tur and W. Twining (ed.), *Essays on Kelsen* (Oxford: Oxford University Press, 1986), na str. 81-82, drži da su za pravni pozitivizam karakteristične (pojednostavljeno rečeno) sljedeće tri teze: prvo, reduktivna semantička teza, po kojoj je preskriptivne pravne iskaze, tj. pravne norme i sl., moguće svesti na deskriptivne iskaze, tj. na ne-norme; drugo, teza o kontingentnoj vezi prava i morala, po kojoj pravo nema nužno moralni sadržaj, iako ga često ima; treće, teza o izvoru prava, po kojoj nalaz da pravo, odnosno neka pravna norma ili drugi dio prava postoji ili ima određen sadržaj ne uključuje moralno rasuđivanje.

<sup>11</sup> Npr. Walter Ott, *Der Rechtspositivismus* (Berlin W: Duncker & Humblot, 1976), na str. 102-110, drži da su za pravнопозитivističke teorije karakteristične sljedeće tri teze: prvo, pravo je moguće spoznati bez metafizičkih pretpostavki; drugo, pravo je moguće spoznati iskustveno, tj. po značajkama koje je moguće locirati u prostoru i vremenu te nisu upućene na vrijednosti, iz čega slijedi da je samo pozitivno pravo pravo te da je ono različito od morala; treće, značajke prava su promjenjive, iz čega slijedi da pravo nema neki određen sadržaj, nego sadržaj ovisan o prilikama mjesta i vremena. Usporedimo li te teze s i Razovima, *bilj.* 10, doći ćemo do sljedećih zaključaka: prva Razova teza jednaka je početku druge Ottove teze; druga Razova teza jednaka je nastavku druge Ottove teze; treća Razova teza uključena je u prvu i drugu Ottovu tezu; treća Ottova teza slijedi iz Razovih teza. Usporedimo li Razove i Ottove teze s Bobbiovim, *bilj.* 7, doći ćemo do sljedećih zaključaka: Raz i Ott vode računa samo o pravnom pozitivizmu kao općoj teoriji prava i pristupu izučavanju prava; prva Razova teza i početak druge Ottove teze približno su jednaki pravnom pozitivizmu kao pristupu izučavanju prava u Bobbiovom smislu; druga Razova teza i nastavak druge Ottove teze približno su jednaki pravnom pozitivizmu kao općoj teoriji prava.

izučavanje značenja) pravnih pojmova vrijedno napora"<sup>12</sup>. Robert Summers, jedan od pripadnika pravca, podrobnije je objasnio tu značajku sljedećom listom zadataka koje obavljaju analitičke teorije: "analiza postojećih pojmovnih okvira u pravu i o pravu; izgradnja novih takvih okvira s odgovarajućom terminologijom; racionalno opravdanje postojećih i predlaganih institucija i praksi; istraživanje implikacija koje prihvata društvenih svrha ima za socijalno uređenje"<sup>13</sup>. Slijedimo li ponovno H.L.A. Harta, ta se vrsta teorija razlikuje, s jedne strane, "od historijskih ispitivanja uzroka i izvora zakona, od socioloških ispitivanja odnosa prava i drugih društvenih pojava"<sup>14</sup>, tj. od pravno-pozitivističkih ali ne-analitičkih teorija<sup>15</sup>; a, s druge, "od kritike ili ocjene prava u izrazima morala, društvenih ciljeva, 'funkcija', ili drugačije"<sup>16</sup>, tj. od, među ostalim, prirodnopravnih teorija, koje ocjenjuju pozitivno pravo sa stajališta ("u izrazima") prirodnog prava<sup>17</sup>. Usprkos toj ogradi, analitičke pravno-pozitivističke teorije postale su jusnaturalizmu veoma bliske zbog toga što su u svom nastojanju

---

<sup>12</sup> H.L.A. Hart. "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71 (1958), na str. 601-602. Navedena je značajka po Hartu značajka pravnog pozitivizma naprosto, što znači da je za njega svaki pravni pozitivizam analitički, a da sociološke, realističke i sl. teorije prava nisu pravno-pozitivističke. Ott, *bilj.* 10. također ne razlikuje analitički pravni pozitivizam kao posebno usmjerenje unutar pravnog pozitivizma, ali bi vjerojatno prihvatio da su teorije koje naziva etatičkim i psihološkim, *bilj.* 11. analitičke u Hartovom smislu. Mario Jori (ed.), *Positivism* (Aldershot: Dartmouth, 1992), sadrži izbor radova (na engleskom) analitičkoga pravno-pozitivističkog usmjerenja, ali uključuje, na str. 165-246, pt. III "Positivism vs. Legal Realism".

<sup>13</sup> M.R. Summers, "The New Analytical Jurists", *New York University Law Review*, vol. 41 (1966), na str. 861, 865-877.

<sup>14</sup> Hart, *bilj.* 12, na str. 601.

<sup>15</sup> Ott, *bilj.* 11, I. Teil, str. 33-98, razlikuje sljedeće vrste pravno-pozitivističkih teorija: etatičke (John Austin; Felix Somlo i Karl Bergbohm; Hans Kelsen), psihološke (Ernst Bierling; Rudolf Laun, Adolf Merkel i Georg Jellinek; Ernst Beling i Hans Nawiasky, skandinavski realisti, nar. Alf Ross), sociološke (Eugen Ehrlich, Max Weber, Theodor Geiger, američki pravni realizam, tj. Karl N. Lewellyn, Jerome Frank, Underhill Moore, F.K. Beutel, i Felix Cohen; prethodnici su Oliver W. Holmes, Roscoe Pund, L.D. Brandeis i Benjamin N. Cardozo) i mješovite (H.L.A. Hart). Iako Ott ne razlikuje analitički pravni pozitivizam od realističkog, potonji uključuje teorije koje naziva sociološkim, dočim su analitičke teorije one koje naziva etatičkim i psihološkim. U Freeman, *bilj.* 9, realističkim pravno-pozitivističkim teorijama mogu biti držane, po prilici, sljedeće: ch.7 "Sociological Jurisprudence and the Sociology of Law", str. 509-655; ch. 8 "American Realism", str. 655-730; ch. 9 "The Scandinavian Realists", str. 731-782. U istu skupinu može se svrstati i veći dio teorija u ch. 9 "Historical and Anthropological Jurisprudence", str. 783-836; sve teorije u ch. 10 "Marxist Theories of Law and State", str. 837-875; ch. 12 "The Critical Legal Studies Movement", str. 935-1024; ch. 13 "Feminist Jurisprudence", str. 1025-1146; i ch. 14 "Postmodernist Jurisprudence", str. 1147-1245.

<sup>16</sup> Hart, *bilj.* 12.

<sup>17</sup> Za kratak uvod u problem vidi Alessandro P. D'Entrevès, *Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy*, 2nd ed. (London: Hutchinson, 1970). Vidi i historijske uvode u problem: Hans Welzel, *Naturrecht und materielle Gerechtigkeit* (Göttingen: Vandenhoeck &

da "racionalno opravdaju postojeće i predlagane institucije i prakse; istraže implikacije koje prihvata društvenih svrha ima za socijalno uređenje"<sup>18</sup> neizbježno morale ponovno otkriti praktičko rasuđivanje<sup>19</sup>. Taj pak interes za pravno rasuđivanje, čak kad ne dijeli temeljno uvjerenje naturalističkih teorija da postoje univerzalno važeća iznadpozitivna pravna mjerila, ne može izbjeći temeljno naturalističko uvjerenje da su izvan- ili čak iznadpozitivna pravna mjerila polazišta pravnog rasuđivanja te da je njime moguće donijeti ili barem opravdati sudske i slične pravne odluke<sup>20</sup>. Uzme li se sve to u obzir, valjalo bi očekivati da Fuller svojim analitičkim ali pozitivističkim kritičarima odgovara da, usprkos svojem ponovnom otkriću praktičkog rasuđivanja, još uvijek nisu u njemu dovoljno analitični. Međutim, ono što Fullerov "Odgovor kritičarima" čini trajno važnim jest poruka da njegovi pozitivistički kritičari nisu dovoljno - realistični. Podrobno, Fuller je odgovorio novim analitičkim pozitivistima da ne mogu prihvatiti njegovu *Čudorednost prava* zbog toga što drže da je pravo jednosmjerna projekcija vlasti na građane<sup>21</sup>, umjesto da pravo shvate kao

---

Ruprecht, 1951); Michael B. Crowe, *The Changing Profile of Natural Law* (The Hague: Nijhoff, 1973); Jean-Pierre Schoupe, *Le réalisme juridique* (Bruxelles: Story-Scientia, 1987). O razlici prirodnoga objektivnog prava, tj. prirodnog zakona, i prirodnih subjektivnih prava, tj. urođenih prava, vidi npr. Alfred Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et l'histoire* (Paris: Presses universitaires de France, 1991). Obnovu interesa za prirodno pravo nakon II. svjetskog rata svjedoče zbirke rasprava, npr.: *Annales de philosophie politique*, t. III: Droit Naturel (1959); W. Maihofer (Hg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus* (Bad Homburg: Gentner, 1962); časopis *Natural Law Forum* (1955-; preimenovan u *American Journal of Jurisprudence*, 1970-); R.P. George (ed.), *Natural Law Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1992). Freeman, bilj. 9, u ch. 3 "Natural Law", na str. 145-146 i 149-204. sadrži izvratke iz radova sljedećih autora kao reprezentativne za suvremeni pravni naturalizam: Jacques Maritain, Lon L. Fuller, John M. Mead, Margaret Mead, Alan Gewirth. Vidi suvremene jusnaturalističke prinose teoriji prava na engleskom John M. Finnis (ed.), *Natural Law*, 2 vols. (Aldershot: Dartmouth, 1991).

<sup>18</sup> Vidi Summers, bilj. 13.

<sup>19</sup> Vidi N. MacCormick, "Contemporary Legal Philosophy: The Rediscovery of Practical Reason", *Journal of Law and Society*, vol. 10, no. 1 (1983), str. 1-15. Važan poticaj obnovi praktičke filozofije u Evropi dao je Chaim Perelman, npr. Isti (ed.), *Etudes de la logique juridique*, 5 t. (Bruxelles: Bruylant, 1973) i Isti, *La logique juridique: Nouvelle rhétorique* (Paris: Dalloz, 1971). Vidi također brojne prinose časopisu *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, nar. posebne brojeve, npr. *Praktische Vernunft und Theorien der Gerechtigkeit*, ARSP, Beiheft 50 (1992) i prinose časopisu *Rechtstheorie*, nar. posebne brojeve, počevši s *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979). Vidi i reprezentativne zbirke tekstova na engleskom A. Aarnio and N. MacCormick (eds.), *Legal Reasoning*, 2 vols. (Aldershot: Dartmouth, 1992) i Scott Brewer (ed.), *The Philosophy of Legal Reasoning*, 5 vols. (New York: Garland, 1998).

<sup>20</sup> Klasično mjesto jusnaturalističke doktrine je Toma Akvinski, *Summa theologiae*, 1a2ae, Q.90-97, u Isti, *Država*, prij. (Zagreb: Globus, 1990), Q.90 A.1, na str. 129, gdje se pokazuje da praktičko rasuđivanje ima istu (deduktivnu) strukturu kao spekulativno (teorijsko) rasuđivanje.

<sup>21</sup> Fuller, bilj. 1, na str. 192 i 242. Po Fullerovoj rekonstrukciji, isto, na str. 192-193, nove analitičke pozitiviste odlikuju također sljedeće značajke: pitaju se od kuda pravo proizlazi, ali



interakciju vladara i vladanih<sup>22</sup>. Taj prigovor otkriva da je Fuller izgradio integralnu teoriju prava, koja objedinjuje glavne sastojke jusnaturalističkih, analitičkopozitivističkih i socioloških teorija<sup>23</sup>, i to tako da prirodno pravo,

---

ne i što ono jest; ne vide da zakonodavac vrši određenu dužnost, ulogu ili funkciju; stoga se ne pitaju o "čudorednosti uloge" koju igra; najvažnije, vjeruju da je o pravu moguće jasno misliti samo ako se jasno razdvoje svrhovit napor stvaranja prava i pravo koje proizlazi iz tog napora.

<sup>22</sup> Za kratak uvod u problem socioloških teorija prava vidi nar. Thomas W. Bechtler, *Der soziologische Rechtsbegriff* (Berlin W: Duncker & Humblot, 1977), koji na str. 16-19 upozorava da treba razlikovati sociološke definicije, odnosno koncepcije prava od sociologije prava kao skupa teorijskih iskaza temeljenih na prikupljanju iskustvenih podataka i njihovom objašnjavanju. Tome valja dodati da prve pripadaju filozofiji, odnosno analitičkoj teoriji prava, te da samo druge pripadaju sociologiji. Vidi i historijske uvode u problem: T. Parsons, "Law as an Intellectual Stepchild", in H.M. Johnson (ed.), *Social System and Legal Process* (San Francisco: Jossey-Bass, 1978), str. 11-58; Alan Hunt, *The Sociological Movement in Law* (London: Macmillan, 1978). Jean-Andre Arnaud, *Critique de la raison juridique: Ou va la sociologie du droit?* (Paris: Pichon-Auzias, 1981); Arnaud, isto; na str. 168-169, navodi da je sociologija prava u prvim desetljećima poslije II. svjetskog rata bila u angloameričkim zemljama, posebno u Sjevernoj Americi, više istraživana nego podučavana, a da je situacija u kontinentalnoj Evropi (uz iznimku Njemačke) bila dobrim dijelom obrnuta, osobito u romanskim zemljama, gdje je bila bliža socijalnoj filozofiji prava nego empirijskog sociologiji prava; da je, dakle, u angloameričkim zemljama razvijana sociologija prava kao empirijska teorija, dočim je u romanskim zemljama razvijana sociološka koncepcija prava kao analitička teorija, odnosno socijalna filozofija. Sociologija prava u oba smisla često je naziv za istraživanja prava različitih društvenih znanosti, odnosno znanosti o ponašanju. Vidi npr. zbirke novijih tekstova na engleskom: K. Rokomuto (ed.), *Sociological Theories of Law* (Aldershot: Dartmouth, 1994); M.L. Levine (ed.), *Law and Psychology* (Aldershot: Dartmouth, 1995); J. Coleman and J. Lange (eds.), *Law and Economics*, 2 vols (Aldershot: Dartmouth, 1992). Vidi posebno politološke analize prava, naročito pravosuđa, npr.: Axel Görlitz, *Politische Funktionen des Rechts* (Wiesbaden: Akademische Verlaganstalt, 1976); J.R. Schmidhauser (ed.), *Comparative Judicial Systems: Challenging Frontiers in Conceptual and Empirical Analysis* (London: Butterworths, 1987); D.W. Jackson and C.N. Tate (eds.), *Comparative Judicial Review and Public Policy* (Westport: Greenwood Press, 1992). Vidi preglede problema i rezultata istraživanja prava sa stajališta društvenih znanosti, odnosno znanosti o ponašanju. L. Lipson and S. Wheeler (eds.), *Law and the Social Sciences* (New York: Russell Sage Foundation, 1986). Iako većina socioloških teorija prava ima sociološki pojam prava koji je pravno pozitivistički (u smislu bilj. 7, 10, 11) neke, doduše rijetke, sociološke teorije prava imaju jusnaturalistički pojam prava, npr. Ph. Selznick, "Sociology and Natural Law", *Natural Law Forum*, vol. 6 (1961), 84. Činjenica da imaju pravno pozitivistički pojam prava ne implicira da su te teorije pozitivističke u sociološkom i filozofijskom smislu. No, neobičnom bi bila sociološka teorija prava koja je sociološki pozitivistička, a ima jusnaturalistički pojam prava. Poblje o pozitivističkoj (biheviorističkoj) i, njoj suprostavljenoj, interpretativnoj sociologiji u istraživanju prava: I. Padjen, "Pozitivistička i interpretativna sociologija", *Dometi*, vol. 20, no. 10 (1987), str. 719-739; Brian Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and Social Theory of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997), ch. 3 "Behaviorism and Interpretivism in Complement", na str. 48-51.

<sup>23</sup> O pojmu integralne teorije prava Nikola Visković, *Pojam prava*, 2. izd. (Split: Logos, 1978), tč. 22. Ta je knjiga i sama zanimljiv i u hrvatskoj literaturi veoma utjecajan pokušaj formuliranja integralne teorije prava.

odnosno naravni zakon izvodi iz ljudskog djelovanja. Takva teorija obećaje nove uvide u pravo, a pogotovo u "najpravniju" od svih pravnih institucija, tj. pravosuđe. Po tome mora biti od interesa i današnjim pravnicima, naročito hrvatskima koji su uključeni u prilagodbu hrvatskog pravosuđa zahtjevima vladavine prava.

"Problem kivnog doušnika" poticajan je i po tom što ne sadrži jedno rješenje nego pet različitih prijedloga rješenja, a umjesto opredjeljenja za jedno od njih, u posljednjoj rečenici knjige postavlja pitanje: "Da ste ministar pravde, koji bi od tih prijedloga prihvatili?"<sup>24</sup> Iz samih pak prijedloga moguće je zaključiti da bilo koje zadovoljavajuće rješenje mora ocijeniti ispriku zlih doušnika, standardnu za počiniocce političkih zlodjela, da su samo vršili svoju pravnu dužnost, da ta ocjena bitno ovisi o ocjeni naravi vladavine smeđih košulja, a potonja ocjena o odgovoru na, po prilici, sljedeće pitanje: "Koliko diskrecije trpi pravni sistem?"; podrobno: "Koliko diskrecije može uključivati pravni sistem, naročito do koje mjere mogu upravne odluke biti izuzete od sudske ocjene a sudske odluke diskrecione, tj. nevezane pravom, prije nego što prestane biti pravnim?". Fuller je u ranijem odgovoru Herbertu Hartu, svome najoštrijem kritičaru, s odobravanjem komentirao nekoliko odluka zapadnonjemačkih sudova koje su kao protupravna ocijenila djela veoma slična onima iz "Problema kivnog doušnika", tj. djela koja su u vrijeme III. Reicha, kad su počinjena, bila u skladu s tada važećim njemačkim zakonima<sup>25</sup>. Međutim, ti komentari ne ekspliciraju mjerodavna načela i njihovu relativnu važnost. Stoga je iz komentara nemoguće izvesti ocjene "Problema kivnog doušnika", nekmoli sličnih problema koji su se javili nakon pada komunizma u srednjoj i istočnoj Evropi, uključiv Hrvatsku te koji će se još desetljećima javljati u novonastajućim i nanovouspostavljanim pravnim državama i demokracijama.

Tako *Čudorednost prava*, Fullerov glavni prinos teoriji prava, završava zagonetkom.

### 1.3. *Zadaci*

Glavni dio ovog prinosa nastoji pokazati da "Problem kivnog doušnika", protivno dojmu koji ostavlja, ima jedno jedino ispravno rješenje, pa i odgovor na pitanje "Koliko diskrecije trpi pravni sistem?". Rješenje je zadano složenim i načelnim mjerilima Fullerove teorije u cjelini. Međutim, glavna svrha odsjeka nije pronalazak rješenja nego istraživanje puta k rješenju. Stoga točka 2.1 prikazuje glavne teze Fullerove teorije o pojmu prava, naročito o unutrašnjoj čudorednosti prava; točka 2.2 izlučuje iz Fullerovih spisa izričita i prešutna mjerila za određivanje granica sudovanja, dovodi ih u vezu s Aristotelovim

<sup>24</sup> Fuller, *bilj. 1*, na str. 253.

<sup>25</sup> L.L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 71 (1958), na str. 630.

mjerilima, koja Fuller dijelom pretpostavlja, te iz tog spoja izvodi nova mjerila, koja će poslužiti i za razumijevanje diskrecije i njezinog odnosa s pravednošću i pravičnoću; točka 2.3 pokazuje da Fullerova mjerila za određivanje granica sudovanja imaju stožernu ulogu u njegovom shvaćanju naravi - uključiv granica - pravnog sistema; napokon. Zaključak, točka 3., iznalazi rješenje "Problema kivnog doušnika" i izvodi iz njih pouke.

Vjerujem da će izvršenje prvoga od navedenih zadataka u tč. 2.2.-2.3. i tč. 3. biti izvoran doprinos historiji pravne teorije, u kojoj doprinos Lona Fullera razumijevanju granica pravosuđa još nije do kraja procijenjen<sup>26</sup>, a njegov je doprinos rehabilitaciji praktičkog rasuđivanja zasjenjen doprinosom Ronalda Dworkina i drugih analitičkih pozitivista. Još važnije, mjerila za određivanje granica sudovanja u tč. 2.3, koja su, u cjelini gledano, više potaknuta Fullerovim radovima nego iz njih izvedena, trebala bi biti meritoran doprinos sistematskoj teoriji prava. Napokon, nadam se da će zaključak u tč. 3. pomoći razumijevanju uloge prava u Hrvatskoj nakon 1990. te drugim novnonastajućim i nanovouspostavljanim pravnim državama i demokracijama.

## 2. *Granice sudovanja kao granice prava*

### 2.1. *Čudorednost i pravo*

"Problem kivnog doušnika" svojevrsno je objašnjenje Fullerove knjige *Čudorednost prava*, koja ima četiri središnje teze<sup>27</sup>.

Prva je da postoji razlika u sastavu između dvije vrste čudoređa, naime, čudoređa težnje, koje zahtijeva, po prilici, da u svakoj prilici razvijemo do krajnjih granica svoje najbolje sposobnosti, i čudoređa dužnosti, koje zahtijeva da pod određenim uvjetima djelujemo na određeni način<sup>28</sup>. Fuller to razlikovanje

---

<sup>26</sup> Trajnu važnost i, istovremeno, nedovoljnu istraženost Fullerove teorije, naročito u dijelu koji se odnosi na granice sudovanja, ilustrira mjesto teksta L.L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication" (1959), u R.M. Cover and O.M. Fiss (eds.), *The Structure of Procedure* (Mineola NY: The Foundation Press, 1979), str. 508-521. Fullerov je tekst zaključni tekst čitave zbirke, a urednička bilješka uz njega završava, na str. 521, sljedećom rečenicom: "Ostaje da se vidi ... da li će se Fullerovo shvaćanje pokazati kao suviše ograničavajuće ili će objavljivanje 'Forms and Limits' i samo utjecati na pravce budućeg razvoja u području javnog prava".

<sup>27</sup> O Fullerovoj teoriji prava u hrvatskoj literaturi, s popisom njegovih najvažnijih djela i uputama na najvažniju dotadašnju stranu literaturu o Fullerovoj teoriji, I. Padjen, "Socijalistička (ne)poslušnost i čudorednost prava", 1. dio, *Pitanja* vol. 8, br. 8 (1976), str. 83-100, i 2. dio, *Pitanja*, vol. 8, br. 9 (1976), str. 96-107. O srodnosti Fullerovih stajališta i stajališta post-staljinističkih sovjetskih teoretičara prava Isti, "Socijalistička (ne)zakonitost i čudorednost prava", *Pitanja*, vol. 9, br. 6-7 (1977), str. 64-79. Iako se neki od podataka iz ovog rada (veći dio točke 2.1. i manji dio točke 2.2.1.) sadržajno preklapaju s podacima u članku "Socijalistička (ne)poslušnost...", ovaj je članak u potpunosti nov rad.

<sup>28</sup> Fuller, *bilj. 1*, ch. I "The Two Moralities", str. 3-32.

uspoređuje s razlikovanjem u jeziku pravila kompozicije, koja su široka i jedva određena, i pravila gramatike, koja su podrobna i strogo određena<sup>29</sup>. Uspoređuje ga također s različitim poimanjima ekonomije: po jednome u ekonomiji je riječ o najboljoj upotrebi dobara, po drugome o tržišnoj razmjeni<sup>30</sup>. U Fullerovoj teoriji razlika između dva ćudoređa ima, po svemu sudeći, tri funkcije. Ponajprije, temelj je njegove teze o ćudorednosti prava (vidi dolje). Nadalje, dvjema vrstama ćudoređa nastoji povezati grčko, tj. klasično poimanje morala, za koje je, kako sam Fuller primjećuje, karakteristično ćudoređe težnje i nepostojanje subjektivnog prava<sup>31</sup>, i moderno poimanje ćudoređa<sup>32</sup>. Napokon, nastoji povezati dva logički različita pristupa moralnim (a i pravnim) problemima. Na jednoj je strani teleologija (ponekad nazivana i aksiologijom; najvažnija joj je podvrsta utilitarizam), po kojoj su temeljna ćudoredna mjerila vrijednosti, logičkog sastava "Q je dobro". Na drugoj je strani deontologija (ponekad nazivana i normativizmom), po kojoj su temeljna ćudoredna mjerila norme, logičkog sastava "Ako P treba da Q"<sup>33</sup>.

Druga je teza Fullerove knjige da je pravo nastojanje da se ljudsko djelovanje podvrgne vladavini zakona<sup>34</sup>. Treća je da konkretni pravni poredak (američki, engleski, itd.), da bi to bio, mora udovoljavati određenim zahtjevima. To su zahtjevi da su pravila koja sačinjavaju pravni poredak: 1) opća; 2) objavljena; 3) prospektivna (reguliraju buduće društvene odnose); 4) razumljiva; 5) konzistentna; 6) provediva; 7) stabilna; 8) slijeđena ne samo od vladanih (adresata pravila) nego i od vladara (adresanata pravila), tj. sukladnost službenog djelovanja proglašenim pravilima<sup>35</sup>. Četvrta je teza da ti zahtjevi, koje Fuller naziva zahtjevima unutrašnjeg ćudoređa, tvore postupovni prirodni zakon, tj., nešto drugačije rečeno, proceduralno prirodno pravo<sup>36</sup>.

<sup>29</sup> Isto, na str. 6.

<sup>30</sup> Isto, na str. 16-17.

<sup>31</sup> Fuller, *bilj. 1*, na str. 5. Vidi najutjecajnije grčko i istovremeno najutjecajnije klasično moralno naučavanje Aristotel, *Nikomahova etika*, prij. T. Ladan (Zagreb: SNL, 1981), nar. o blaženstvu kao svrsi moralnog djelovanja 1095a19 i dr. Vidi komentar Alisdaira McIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory* (Notre Dame IN: Notre Dame University Press, 1981), "Aristotle's Account of Virtues", str. 137-153, nar. na str. 141 da Nikomahova etika jedva spominje pravila.

<sup>32</sup> Vidi o suprotnosti modernog poimanja morala klasičnome u isto, "Nietzsche or Aristotle?", str. 103-113.

<sup>33</sup> Vidi ukratko npr. William K. Frankena, *Ethics* (Engelwood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1963), na str. 3 i d.

<sup>34</sup> Fuller, *bilj. 1*, ch. III "The Concept of Law", str. 99-151, izrijekom na str. 122.

<sup>35</sup> Isto, ch. II "The Morality That Makes Law Possible", str. 33-94.

<sup>36</sup> Isto, ch. IV "The Substantive Aims of Law", na str. 145-186.

## 2.2. Granice sudovanja

Analiza u tč. 2.1. već je otkrila jednu stranu Fullerovog poimanja granice sudovanja. To je granica zadana sastavom pravnog sistema shvaćenog kao skupa mjerila djelovanja, tj. pravila, odnosno normi i vrijednosti<sup>37</sup>. Poblize: ako sastav pravnog sistema udovoljava zahtjevima unutrašnje čudorednosti prava, tj. ako su norme pravnog sistema opće, objavljene, konzistentne, itd., ispunjen je jedan od uvjeta da sudovi, kao organi primjene pravnih mjerila, sude, tj. na temelju pravnih mjerila ustanovljuju da li su se dogodili pravni prekršaji i za njih izriču sankcije<sup>38</sup>. Ako taj uvjet nije ispunjen, sudovi možda mogu djelovati kao organi drugih načina mirnog rješavanja sporova, npr. kao posrednici ili miritelji ili poravnatelji<sup>39</sup>, ali ne kao sudovi.

Fuller je pokušao i izriekom odrediti granice sudovanja (v. tč. 2.2.1), a pritom je uputio i na mogućnost postojanja još nekih granica sudovanja (v. tč. 2.2.2-2.2.3).

### 2.2.1. Narav regulativnih problema

Fuller je u svom tekstu "Oblici i granice sudovanja"<sup>40</sup> (koji je javno izložio prije *Čudorednosti prava*, ali je objavljen posthumno) izriekom pokušao odrediti granicu sudovanja rašlčambom njegovih značajki i razlikovanjem dvije vrste

---

<sup>37</sup> Poimanje da se pravo sastoji ne samo od pravnih normi nego i od pravnih vrijednosti u hrvatsku je pravnu struku sustavno uveo Visković, *bilj.* 23, tč. 16., tč. 33., tč. 44. i dr. U ovom tekstu pravna norma poima se kao mjerilo djelovanja koje, ako je potpuno, ima logičku strukturu "Ako P (hipoteza), treba da Q (dispozicija), ako ne-Q (delikt), treba da Q1" (sankcija)". Npr. odredbe čl. 488. st. 1 tč. 1. i čl. 489. Zakona o obveznim odnosima (Sl.l. SFRJ 29/78 i d., NN 53/91 i d.) mogu zajedno biti protumačene kao sljedeća potpuna pravna norma: "Kupac koji je pravodobno i uredno obavijestio prodavaoca o nedostatku (hipoteza) može zahtijevati od prodavaoca da nedostatak ukloni ili da mu preda drugu stvar bez nedostatka (ispunjenje ugovora)(dispozicija). Ako kupac ne dobije zahtijevano ispunjenje ugovora u razumnom roku (delikt), zadržava pravo da raskine ugovor ili da snizi cijenu (sankcija)". Pravna norma može biti nepotpuna, tako da se sastoji samo od hipoteze i dispozicije ili samo od delikta i sankcije. U ovom tekstu pravna vrijednost poima se kao mjerilo djelovanja koje ima logičku strukturu "Q je dobro" (sadrži samo dispoziciju, a ne i hipotezu). Npr. čl. 3 Ustava RH (NN 56/90 i d.) "Sloboda.... (je) najviš(a) vrednot(a) ustavnog poretka Republike Hrvatske".

<sup>38</sup> Pojam sudovanja izveden je iz pojma sudskog akta u Radomir D. Lukić, *Uvod u pravo*, 2. izd. (Beograd: Savremena administracija, 1976), na str. 266-268. Sudovanje u Lukićevom smislu razlikuje se od upravljanja, tj. primjene općih pravnih mjerila sa svrhom da se ustanovi konkretna hipoteza i za nju izrekne dispozicija pravne norme. Poblize *isto*, na str. 263-265.

<sup>39</sup> Sudovanje se razlikuje od drugih načina mirnog rješavanja, kao što su arbitarža (kojoj se stranke dobrovoljno podvrgavaju), poravnanja (čiji temelj nisu pravna mjerila), istražnog povjerenstva (čija je svrha ustanovljenje delikta) itd. Poblize Juraj Andrassy, *Međunarodno pravo*, 5. izd. (Zagreb: Školska knjiga, 1971), gl. VIII. "Mirno rješavanje sporova", str. 457-477.

<sup>40</sup> Fuller, *bilj.* 26.

problema pravne regulacije. Našao je da sudovanje odlikuju u pravilu (ali ne uvijek) sljedeće značajke: pokreću ga neposredno zainteresirani, a ne sam sud; sudac može biti državni ili izabrani (arbitar), ali je nepristran i stručan; sudačka odluka je prospektivna, obrazložena i utemeljena samo na dokazima i drugim razlozima podnesenima od stranaka<sup>41</sup>. Fuller izrijekom analizira samo jednu vrstu problema, koju naziva policentričnima. Problem takve vrste, kaže Fuller, sastavljen je poput paukove mreže, gdje povlačenje jedne niti mreže izaziva napetost čitave mreže<sup>42</sup>. Kao primjer navodi slučaj izvjesne gospođe Timken iz New Yorka koja je ostavila "vrijednu, ali ponešto raznovrsnu zbirku slika Metropolitanskom muzeju i Nacionalnoj galeriji 'na jednake dijelove', a da pritom njezina oporuka nije uputila na neku određenu diobu". Problem je bio policentričan po tom što je dodjela svake pojedine slike jednom od nasljednika imala implikacije za dodjelu svake iduće slike. "Ako dobije Renoira, Galerija će biti manje željna Cezannea, ali tim više željna Bellowsa, itd."<sup>43</sup> Idući je Fullеров primjer policentričnog problema hipotetička odluka socijalističke vlade da sudovi, u uobičajenim sudskim postupcima, određuju sve plaće i cijene u nacionalnom gospodarstvu<sup>44</sup>.

Fuller kaže da pokušaj sudske regulacije policentričnog problema ima tri posljedice, i to često sve zajedno<sup>45</sup>: prvo, sudska regulacija nije uspješna; drugo, sudac zanemaruje bitne značajke sudovanja ("iskušava" različita rješenja nakon završetka glavne sudske rasprave; savjetuje se sa strankama koje nisu predstavljene u glavnoj raspravi; nagađa o činjenicama koje nisu dokazane; itd.) treće, reformulira problem tako da postane podobnim za sudovanje. Kao primjer problema koji je rješiv samo ako se reformulira Fuller navodi dogovor sindikata i poslodavca da će izabrani sudac biti nadležan za ocjenu unapređenja. Očito je da sudac ne može odlučiti da li je, kad je Jones unaprijeđen za strojara A, bilo boljih kandidata za taj posao ili da li bi bilo bolje da je Jones raspoređen na drugo radno mjesto s plaćom jednakom plaći strojara A. No, moguće je reformulirati problem tako da sudac može smisleno ocjenjivati njegovo rješavanje. Jedan je način da se oglasi slobodno radno mjesto, da se na oglas

<sup>41</sup> *Isto*, na str. 512-517. Usp. Mirjan Damaška, *The Faces of Justice and State Authority* (New Haven: Yale University Press, 1986), koji formulira teoriju sudovanja kombinirajući dva para ideala, naime, ideal hijerarhijskog i ideal koordiniranog pravosuđa te ideal pravosuđa koje rješava sporove i ideal pravosuđa koje provodi politiku. Fullеровo poimanje sudovanja u glavnim je crtama istovjetno Damaškinom idealu koje rješava sporove, *isto*, ch. IV, na str. 92-146. Iako je Damaška u pisanju vrlo vjerojatno konzultirao i Fullera, nar. "The Forms and Limits of Adjudication", *bilj. 26.*, ne navodi ga u bilješkama, vjerojatno zbog ekonomičnosti (ne navodi niti Webera, iako svoj ključni pojam ideal nesumnjivo upotrebljava u smislu Weberovog pojma ideal-tipa).

<sup>42</sup> *Isto*, na str. 518.

<sup>43</sup> *Isto*, na str. 517-518.

<sup>44</sup> *Isto*, na str. 518.

<sup>45</sup> Dalje *isto*, na 519-521.

jave zainteresirani i da se odlučuje samo o tome koja od osoba što su se javile na natječaj najbolje ispunjava uvjete natječaja. Pritom Fuller pronicivo upozorava da taj način reformulacije uključuje vrlo složenu prethodnu odluku o tome da li doista postoji prazno radno mjesto koje treba popuniti natječajem. Drugi je način da sudac odlučuje ne o tome tko treba biti unaprijeđen, nego o tome tko je bio unaprijeđen. Uz to navodi neobičan primjer: sudac odlučuje o žalbi radnika koji tvrdi da je raspoređen na poslove strojara A, ali još uvijek prima plaću strojara B. U takvom načinu postupak uključuje dvije suprotstavljene strane, žalitelja i poslodavca, a činjenična pitanja svode se na jedno jedino, a to je da li žalitelj doista obavlja poslove strojara A. Navedenim načinima reformuliranja problem regulacije (naročito drugospomenutim, koji doista jest sudovanje u gore izloženom smislu<sup>46</sup>), policentrični problemi pretvaraju se u jednostavnije. Fuller ne imenuje taj način. U ranijem prikazu Fullerove teorije nazvao sam ga monocentričnim<sup>47</sup>.

Fuller raščlambu dvije vrste problema završava uputama, po svemu sudeći nenamjeravanima, na još dvije granice sudovanja. Naime, kaže da sudovanje može ući u policentrične odnose a da pritom ne izađe iz sebi svojstvenog područja, pa navodi sudsku intervenciju u ekonomsko tržište kao tipičan policentričan problem. Potom dodaje:

*Razvoj našega (angloameričkog - op. I.P.) općeg prava ugovora slučaj po slučaj zbivao se putem sudovanja, no temeljna su načela tako razvijenih pravila da ona trebaju poticati slobodnu razmjenu roba u policentričnom tržištu. Sud upada u teškoće ne kad postavlja pravila o ugovaranju, nego kad pokuša napisati ugovor...*<sup>48</sup>

### 2.2.2. Pravednost i regulativni problemi

Poveže li se gornja analiza regulativnih problema, putem Fullerove rasprave o odnosu tržišta i plana u socijalističkim gospodarstvima (koja upućuje na Aristotelovu analizu pravednosti<sup>49</sup>), sa samom tom analizom, te se taj niz uvida poveže s općim znanjima o strukturi današnjih pravnih sistema, moguće je izvesti klasifikaciju pravnih akata koja implicira još jednu - i to veoma složenu - granicu sudovanja. U tom izvodu najkorisnije je polazište Aristotelovo poimanje pravednosti i razlikovanje vrsta pravednosti.

<sup>46</sup> Tj. u smislu izvedenom iz pojma sudskog akta u Lukić, *bilj.* 38, na str. 263-268. Prvonavedeni način je upravno odlučivanje u smislu pojma izvedenog iz pojma upravnog akta u isto.

<sup>47</sup> I. Padjen, "Socijalistička (ne)poslušnost i čudorednost prava (1)", *Pitanja*, vol. 8, br. 8 (1976), na str. 95.

<sup>48</sup> Fuller, *bilj.* 26, na str. 521.

<sup>49</sup> Lon L. Fuller, *The Problems of Jurisprudence: A Selection of Readings Supplemented by Comments Prepared by the Author*, temporary ed. (Brooklyn: The Foundation Press, 1949), na str. 133-134.

Po Aristotelu, "pravedno je ono što je zakonito i jednako, a nepravedno ono što je protuzakonito i nejednako"<sup>50</sup>. "Pravednost je savršena krepost, ali ne uopće, nego u odnosu prema nekom drugom"<sup>51</sup>. Pravednost je, upravo po tom što se sastoji u primjeni kreposti prema drugome, također cijela krepost<sup>52</sup>. No pravednost može biti i dio kreposti<sup>53</sup>. Pravednost koja je dio kreposti uvijek je nekakav razmjer koji se sastoji od najmanje četiri člana, i to dva čovjeka (npr. označena A i B) te dva dobra ili tereta koja tim ljudima pripadaju (npr. označena C i D)<sup>54</sup>. Aristotel u *Nikomahovoj etici* razlikuje tri vrste pravednosti kao dijela kreposti<sup>55</sup>: diobenu, razmjensku i ispravljajuću.

Diobena ili distributivna pravednost je "ono što je u razdiobama časti ili novaca ili ostalih stvari što su razdjeljive među dionicima državnog zajedništva (jer u tima jedan prema drugomu može biti jednak ili nejednak)"<sup>56</sup>. Članovi diobene pravednosti međusobno su u geometrijskom razmjeru, koji se može izraziti ovako: A (plemić) : B (pučanin) = C (senator je, služi vojsku kao konjanik, plaća porez 3 dukata) : D (član je pučke skupštine, služi vojsku kao pješak, plaća porez 2 dukata)<sup>57</sup>. "Svi se... slažu da ono što je pravedno pri razdiobama treba biti prema zaslugi, samo što u tome svi ne podrazumijevaju istu vrstu zasluge, nego je ona demokratima slobodnjaštvo, oligarhicima bogatstvo ili pak plemenito podrijetlo, a aristokratima izvrsnost"<sup>58</sup>.

Razmjenska ili komutativna pravednost, koju Aristotel naziva još i uzvraćaj prema razmjeru, postiže se unakrsnim spajanjem:

*Nek je A graditelj, B postolar, C kuća, D cipela. Graditelj mora dobiti od postolara nešto njegova učinka, i mora mu za uzvrat dati nešto od svojega. Ako prvo postoji jednakost prema razmjeru, a zatim nastupi uzajamnost, doći će do opisanog. Ako pak ne, nema jednakosti učinka, i ne nastaje razmjena... Radi takve razmjene ne udružuju se dva liječnika, nego liječnik i seljak, i općenito različiti ljudi, a ne isti... Stoga sve stvari trebaju biti nekako uporedive da bi došlo do razmjene. Zbog toga je i uveden novac...*<sup>59</sup>

Razmjenska pravednost ravna se također po aritmetičkoj proporciji<sup>60</sup>.

<sup>50</sup> Aristotel, *bilj.* 5, 1129a33-34.

<sup>51</sup> *Isto*, 1129b25-27.

<sup>52</sup> *Isto*, 1130a9-10.

<sup>53</sup> *Isto*, 1130a14 i d.

<sup>54</sup> Vidi *isto*, 1131a29 i d.

<sup>55</sup> Dalje u osloncu na Max Hamburger, *Morals and Law: the Growth of Aristotle's Legal Theory* (New Haven: Yale University Press, 1951), na str. 41 i d., nar. napomena na str. 55-56, da je Aristotel u *Nikomahovoj etici* trebao izložiti prvo diobenu, zatim razmjensku, a na kraju ispravljajuću pravednost, umjesto da potonju izloži između diobene i razmjenske.

<sup>56</sup> Aristotel, *bilj.* 5, 1130b31-35.

<sup>57</sup> Vidi *isto*, 1131b1-16. Primjere dodao I.P.

<sup>58</sup> *Isto*, 1131a25-28.

<sup>59</sup> *Isto*, 1133a5-20.

<sup>60</sup> W.D. Ross u *isto*, na str. 98, bilj. 3.



### Ispravljuća je pak pravednost

*ono što ispravlja u uzajamnim ugovorima. To opet ima dva dijela, jer od ugovora jedni su voljni a drugi protuvoljni; voljni su poput prodaje, kupnje, zajma uz kamate, .....oni protuvoljni opet ili su potajni, kao tadbina, preljub..., ili su nasilni, kao tvorni napadaj, prisilno uhićenje, ubojstvo....I tu uopće nje važno da li je dobar čovjek uskratilo lošem ili pak loš dobromu....A budući da je to nepravedno i ono nejednako, sudac to nastoji izjednačiti...A ono što je jednako sredina je između većega i manjega prema aritmetičkom razmjeru.<sup>61</sup>*

Ispravljuća pravednost u izloženom smislu po Aristotelu je primjenjiva samo na građanske odnose, a ne i na krivične. U tome se razlikuje od pitagorejaca, koji su držali da je pravedno uzajamnost ili reciprocitet, tj. "uzvratanje onoga što je tko učinio"<sup>62</sup>. Nasuprot tome, Aristotel nalazi sljedeće: "Udari li koga onaj što ima vlast, udarac mu se ne smije uzvratiti; a udari li tkogod onoga što ima vlast, ne samo što će mu se vratiti udarac nego će još biti kažnjen"<sup>63</sup>. Iz toga vjerojatno treba zaključiti da Aristotel drži kako se ispravljuća pravednost u krivičnoj odgovornosti ravna po geometrijskoj proporciji.

Aristotel nije vidio granice sudovanja. Naprotiv, našao je da sudac može i treba pravičnošću, odnosno nepristranošću<sup>64</sup> ne samo popuniti praznine u zakonu nego i ispraviti njegove nedostatke. Rečeno današnjim izrazima, zagovarao je *aequitas* ne tek unutar zakona (*infra legem*) ili mimo zakona (*praeter legem*) nego protiv zakona (*contra legem*). U slavnom odlomku, čija središnja ideja je unesena u članak 1. stavak 2. Švicarskoga građanskog zakona<sup>65</sup>, *Nikomahova etika* kaže sljedeće:

*Dakle, kada zakon govori općenito, a iskrsne slučaj koji se ne slaže s općenitošću, onda je ispravno (ondje gdje je zakonodavac načinio propust te pogriješio govoreći uproščeno) ispraviti taj propust, dodajući ono što bi rekao i sam zakonodavac da je prisutan i što bi i sam, da je znao, bio unio u taj zakon<sup>66</sup>.*

Fullerovo razlikovanje policentričnih i monocentričnih problema dosta je očito blisko Aristotelovom razlikovanju diobene i razmjenske pravednosti te

<sup>61</sup> Isto, 1131b25-1132a30.

<sup>62</sup> Isto, 1132b22-24.

<sup>63</sup> Isto, 1132b27-30.

<sup>64</sup> Isto, 1136a31 i d. u glavnom tekstu prevodi izvorni Aristotelov izraz *epieikeia* kao nepristranost, a samo na str. 11, bilj. 2 spominje da je ta riječ grčka višeznačnica, koja znači još "pristojnost, čestitost, doličnost, pravičnost, blagost, čovječnost". Valja voditi računa da je standardni hrvatski prijevod te riječi pravičnost, baš kao što je u latinskome *aequitas*, u francuskome *equite*, u njemačkome *Billigkeit* a u engleskome *fairness* (jer je izvorni engleski izraz *equity* dobio drugo značenje uslijed pretvaranja pravičnosti u dio Engleskog prava).

<sup>65</sup> Poblizje o Genyjevom utjecaju na nastanak i Aristotelovoj pozadini čl. 1. st. 2. Švicarskoga građanskog zakona Jaro Mayda, *Francois Geny and Modern Jurisprudence* (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1978), na str. 31 i d. i 166.

<sup>66</sup> Isto, 1137b20-23.

geometrijskog i aritmetičkog razmjera. No nije istovjetno. Naime, Aristotelovo razlikovanje odnosi se na rezultat pravne odluke, tj. na činjenicu da se njome uspostavlja određena vrsta pravednosti po određenom razmjeru. Fuller bi, baš kao i Aristotel, prihvatio da je kupoprodaja odluka kojom se uspostavlja razmjenska pravednost po aritmetičkom razmjeru. Međutim, Fuller svojim razlikovanjem policentričnih i monocentričnih problema vodi računa o naravi problema koji treba regulirati te, dade se naslutiti, o barem dva sastojka rješavanja problema. To su mjerila rješavanja i uloga interesenata. Tako Fuller vodi računa o činjenici da, primjerice, upravitelj tvornice automobila kupujući sirovine rješava problem koji je za njega distributivan (treba kupiti upravo one sirovine koje su mu potrebne za proizvodnju količine automobila koju ima izgleda prodati te po cijenama koje će njegove proizvode učiniti konkurentnima) čije rješavanje pretpostavlja mjerila u obliku neke vrste plana koji načelno može stvoriti te koji je ovlašten ali i dužan stvoriti i provesti pod prijetnjom sankcija za neuspjeh.

Potraže li se u svjetlu netom izloženog tumačenja granice sudovanja, očito je da sudac kao sudac ne može donositi odluke kakve donosi upravitelj tvornice automobila kupujući sirovine, a pogotovo ne može upravljati čitavim planskim gospodarstvom (nakon gospodarskog i uslijed toga političkog kolapsa socijalizma u srednjoj i istočnoj Evropi dvojbena je mogu li takve odluke donositi kroz duže vrijeme bilo kakvi državni dužnosnici). Međutim, iz toga ne slijedi da se uloga suca, tj. funkcija sudovanja, svodi na rješavanje građanskih sporova, tj. na uspostavljanje ispravljujuće pravednosti po aritmetičkom razmjeru. Naprotiv, sudac kao sudac može ne samo primjenjivati pravo, što već samo po sebi uključuje akcesornu pravičnost, tj. *aequitas infra legem*<sup>67</sup>, nego i stvarati pravo po pravičnosti *praeter* ili čak *contra legem*, tj. uspostavljati distributivnu pravednost po geometrijskom razmjeru, i to kako za pojedinačne slučajeve (upravnim aktima<sup>68</sup>) tako i za opće (zakonima). To je moguće ako su udovoljena sljedeća tri uvjeta: adresati regulacije su međusobno jednaki; dobra i/ili tereti koji se među njih raspodjeljuju također su jednaki; moguće je donijeti racionalno mjerilo raspodjele dobara i/ili tereta među adresate.

Sva tri uvjeta udovoljena su u situacijama u kojima adresatima s načelno (npr. ustavno) jednakom poslovnom, odnosno procesnom sposobnošću treba raspodijeliti jednaka subjektivna prava u procesnim, odnosno komunikacijskim pravnim odnosima<sup>69</sup>. Lako im je udovoljiti zbog toga što je u suvremenom svijetu

<sup>67</sup> Tako npr. Vladimir Đ. Degan, *L'Equite et le droit international* (Le Haye: Nijhoff, 1970), na str. 26-29.

<sup>68</sup> U smislu Lukić, *bilj.* 38.

<sup>69</sup> Komunikacijskopravnim odnosima nazivam sve one pravne odnose u kojima je medij interakcije, tj. radnja i/ili sredstvo činidbe ("objekt"), pravni akt, tj. ponuda za zaključenje ugovora, odgovor na tužbu, svjedočenje, glasovanje na izborima, podnošenje prijedloga zakona itsl. Poblje Ivan Padjen, *(Ne)čudorednost (međunarodnog) prava* (Rijeka: ICR, 1988), na str. 161.

široko priznata jednakost svih pred zakonom te zbog toga što prava u navedenim odnosima mnogo manje ovise o širem socijalnom kontekstu od, primjerice, prava na osiguranje tražbina, medicinsku pomoć ili korištenje računala. Angloamerički sudovi su tako stvorili, i stalno stvaraju, najveći dio sudskih procesnih prava. Fuller podsjeća da su tako stvorili i stvaraju pravo ugovora (v. tč. 2.1). Britanski sudovi povremeno mijenjaju granice izbornih okruga za izbor članova Parlamenta.

Sudskim načinom moguće je uređivati i raspodjelu neprocesnih dobara, i to među nejednake adresate, pod uvjetom da je i dobra i adresate moguće klasificirati po lako dokučivim racionalnim mjerilima. Primjerice, sudskim načinom moguće je donositi ne samo pojedinačne odluke nego i opća mjerila o upisima u srednje škole. Iako je teško zamislivo da bi neka država makar prvostupanjske pojedinačne odluke o upisima, a pogotovo donošenje općih upisnih mjerila, povjerila sucima, većina zapadnoevropskih država nastoji objektivizirati svoja mjerila za upise tako da ih državni i drugi javni službenici u najvećem broju slučajeva primjenjuju tako kao da sude. Dakako, s porastom broja relevantnih razlika među adresatima i/ili predmetima (dobrima i teretima) regulacije mogućnost njihovog sudskog uređivanja pada.

Pada i s porastom prava interesenata, odnosno adresata da sudjeluju u regulaciji. Pravo učenika i/ili njegovog roditelja da sam(i) bira(ju) školu upisa samo po sebi uslođuje upise i narušava mogućnost provedbe a često i formuliranja racionalnih mjerila kakva pretpostavlja sudovanje. Međutim, pravo žalbe neposrednog interesenta na bilo koju prvostupanjsku odluku koja uspostavlja diobenu pravednost po geometrijskoj proporciji, pa je prema tome po svojoj naravi upravna, tendira tome da problem regulacije učini monocentričnim a time i podsudnim. No samo pod uvjetom da rješenje problema nije *zero-sum game*, u kojoj svaki dobitak jednog interesenta ide na teret određenog interesenta iste ili slične vrste. Taj je uvjet zadovoljen u sljedećem primjeru: DF se natječe među 1600 drugih kandidata za upis u sveučilišnu pravnu školu, koja prima 150 studenata; škola u razredbenom postupku svrsta DF-a po uspjehu na 140. mjesto, ali ga ne upiše jer provodi državnu politiku pozitivne diskriminacije pripadnika nekada potlačenih manjina, pa upiše 15 pripadnika takvih manjina umjesto 10% najslabijih od 150 najuspješnijih kandidata; nakon što DF uloži žalbu, škola ga ipak upiše kao 151. upisanog, tj. ne oštećujući neposredno ili u većoj mjeri interese niti jednoga drugog upisanog studenta<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Približne činjenice u *DeFunis v. Odegaard*, 416. U.S. 312 (1974). Slučaj je u vrijeme kad je nastao izgledao kao velika prijetnja samim temeljima američkoga ustavnog poretka, jer se povremeno činilo da bi mogao dovesti u pitanje velik broj javnih socijalnih politika. Slučaj je okončan kao *moot* (po prilici: zbog pomanjkanja pravnog interesa tužitelja) u vrijeme kad je tužitelj, *DeFunis*, bio već u završnoj godini studija prava.

Uvjet da rješenje nije *zero-sum* nije udovoljen kad se, primjerice, na izdavanje građevinske dozvole može žaliti svaki od vlasnika susjednih zemljišta. Neizvjesnost koju stvara takav "višak" aktivnosti interesenata može biti ublažena propisom da zahtjevu za izdavanje građevinske dozvole treba biti priložena suglasnost vlasnika susjednih zemljišta. Takav propis, koji prividno vraća problem u stanje podsudnosti, može u stvarnosti biti abdikacija javne regulacije, koja zakonom i upravnim aktima uspostavlja diobenu pravednost po geometrijskoj proporciji. Može biti abdikacija u korist nominalno javne a u stvari privatne regulacije, koja dvostranim ugovorima uspostavlja razmjensku pravednost po aritmetičkoj proporciji te čije je iniciranje u potpunosti izuzeto od sudovanja.

### 2.2.3. *Pravno rasuđivanje i diskrecija*

Napokon, Fuller u kritici Hartovog poimanja primjene općih pravnih normi pokazuje još jednu granicu sudovanja.

Hart je bio ustvrdio da pravni dužnosnik (nar. sudac) odlučuje na temelju prava ako činjenice slučaja o kojemu donosi odluku (npr. automobil, motorkotač, bicikl, romobil) potpadaju pod jezgru (*core*) značenja pojmova koji su uključeni u pravilo koje primjenjuje (npr. pod jezgru pojma "vozilo" u pravilu "Zabranjen ulaz vozilima!"). Ako činjenice potpadaju pod okružje (*penumbra*) značenja pojmova njegova odluka nije utemeljena na pravu. U tom slučaju dužnosnikova odluka je rezultat diskrecije.<sup>71</sup> Shodno Hartovoj teoriji, upravna i sudska diskrecija može biti ispitana sa stajališta ekspeditivnosti, odnosno svrsishodnosti, i sa stajališta morala. No, diskrecija ne može biti ispitana sa stajališta prava, zato što vršenje diskrecijskih ovlasti nije i ne može biti utemeljeno u pravu<sup>72</sup>.

Fuller odbacuje Hartovo razlikovanje jezgre i okružja sljedećim primjerom: dvije su osobe optužene da su protupropisno spavale na kolodvoru, i to putnik koji je zahrkao čekajući vlak što je bio kasnio tri sata i beskućnik koji je uhvaćen kad si je s pokrivačem i jastukom namještao ležaj; koji od ta dva slučaja spada pod jezgru, a koji pod okružje pojma "spavati"? Nasuprot Hartu, koji nastoji značenje pravnih izraza odrediti s obzirom na značajke jezika i drugih simbola koje su neovisne od stvaraoaca tih izraza, Fuller, sukladno svom shvaćanju da je pravo nastojanje da se ljudsko djelovanje podvrgne pravilima (v. tč. 2.1), tvrdi da značenje pravnih izraza ovisi o svrhama njihovih tvoraca<sup>73</sup>. Rečeno izrazima naslijeđene kontinentalnoevropske teorije interpretacije prava, Fuller drži da je

<sup>71</sup> Vidi H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), na str. 138-44, 121 i d.

<sup>72</sup> Preneseno iz I. Padjen, "Pravičnost kao bitan sastojak prava", u S. Budak (ur.), *Pravne teme 1* (Zagreb: Hrvatski pravni centar, 1997), na str. 169-170.

<sup>73</sup> Fuller, *bilj.* 22, sect. VII. Vidi također Fuller, *bilj.* 1, na str. 82-91.

mjerodavan subjektivan pristup interpretaciji prava, za razliku od Harta, koji mjerodavnim drži objektivni pristup<sup>74</sup>.

### 2.3. Granice pravnog sistema

Fullerove napomene o zahtjevima unutrašnjeg ćudoređa prava i o granicama sudovanja pokazuju da je njegova teorija, poput većine drugih modernih teorija prava, teorija pravnog sistema, tj. da nije usredotočena na pojedine norme, odnosno pravila, nego na cjelinu koju norme, odnosno pravila i mogući drugi sastojci prava sačinjavaju<sup>75</sup>. Fullerova teorija, naročito njegova analiza granica sudovanja, važan je doprinos razumijevanju postojanja, a time i granica pravnog sistema.

Problem postojanja pravnog sistema po Josephu Razu izraziv je pitanjem: "Koja su mjerila postojanja pravnog sistema?"<sup>76</sup>. Pitanje je važno, s jedne strane, u određivanju važenja pravnog sistema u nekome danom trenutku u odnosu na druge pravne sisteme koji važe u istom trenutku, primjerice, u određivanju važenja hrvatskoga pravnog sistema u ovom trenutku u odnosu na slovenski ili talijanski pravni sistem u istom trenutku. Tu dimenziju važenja pravnog sistema primjereno je nazvati sinhronijskom. Važno je, s druge, u određivanju važenja pravnog sistema od nekoga trenutka do nekoga kasnijeg trenutka, primjerice, u određivanju da li hrvatski pravni sistem iz 1975. važi i danas. Tu dimenziju važenja pravnog sistema primjereno je nazvati dijahronijskom, a uobičajenije se naziva kontinuitetom (u smislu vremenskog dosega) pravnog sistema<sup>77</sup>.

Da bi se prepoznale mogućnosti koje nudi Fullerova analiza sudovanja za razumijevanje kontinuiteta pravnih sistema (v. tč. 2.3.3 i 2.3.4), korisno je prvo pogledati kako problem kontinuiteta rješavaju najutjecajnije analitičke teorije pravnog sistema<sup>78</sup>, a to su Kelsenova čista teorija prava (tč. 2.3.1) i Dworkinova teorija rješavanja "teških slučajeva" (tč. 2.3.2).

<sup>74</sup> Poblize o pristupima tumačenju u njemačkoj doktrini npr. Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 5. Aufl. (Stuttgart: Kohlhammer, 1971), str. 85-105. U hrvatskoj literaturi npr. Berislav Perić, *Država i pravni sustav*, 5. izd. (Zagreb: Narodne novine, 1992), na str. 240-245. Subjektivni pristup kao načelo postavio Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1. Bd (Berlin: bei Veit und Comp. 1840), na str. 213.

<sup>75</sup> Vidi Joseph Raz, *The Concept of a Legal System* (Oxford: Oxford University Press, 1970), na str. 3. O nastanku pojma pravnog sistema vidi nar.: Lars Björne, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert* (Ebelsbach: Gremer, 1984); Paolo Cappellini, *Systema Iuris, t.1. Genesi del sistema e nascita della "scienza" delle Pandette; t.2. Dal sistema alla teoria generale* (Milano: Giuffrè, 1985). O sastavu modernih teorija pravnog sistema vidi nar.: Gerard Timsit, *Themes et systemes de droit* (Paris: Presses Universitaires de France, 1986); Michel van den Kerchove et Francois Ost, *Le systeme juridique entre ordre et desordre* (Paris: Presses Universitaires de France, 1988), Charles Sampford, *The Disorder of Law: A Critique of Legal Theory* (Oxford: Balckwell, 1989).

<sup>76</sup> Raz, *bilj.* 75, na str. 3.

<sup>77</sup> Vidi *isto*.

<sup>78</sup> O pojmu analitičke teorije prava vidi tč.1., uz Hart, *bilj.* 12, i Summers, *bilj.* 13. Sociološkijske, odnosno socijalne teorije prava, npr. Parsonsova, čak i kad su razumijevajuće (a

### 2.3.1. Kelsen: normativni iracionalizam

Kelsenova Čista teorija prava, poput drugih analitičkih pravnozapositivističkih teorija, traži temelj, uključujući temelj trajnosti pravnog sistema, u nekome početnom mjerilu koje podjeljuje, ili barem jamči ili priznaje, pravnost svim drugim pravnim mjerilima donesenima na temelju njega. Po Kelsenu, mjerilo je koje priznaje pravnost svim ostalim mjerilima nekoga pravnog sistema temeljna norma (*die Grundnorm, the Basic Norm*), koja je pretpostavka, uključiv fikcija, i/ili hipotetički opis, podložan sociologijskoj provjeri, da je određeni akt volje prvi ustav tog sistema<sup>79</sup>. Pritom Kelsen drži da je ustav akt volje čiji je sadržaj pravna norma koja, kao minimum, uređuje stvaranje općih pravnih normi tog sistema, naročito zakona. Nadalje, drži da je prvi ustav nekoga pravnog sistema onaj ustav u skladu s kojim se u danom trenutku donose važeće opće i pojedinačne pravne norme<sup>80</sup>.

Važnost tih Kelsenovih postavki u analizi prava i pravnom odlučivanju može pokazati odgovor na sljedeće pitanje: Je li presuda od 20.XII.1999. kojom Općinski sud u Zagrebu osuđuje NN-a zbog klevete na 6 mjeseci zatvora pravna norma hrvatskoga pravnog sistema? Kelsenovski odgovor na takvo pitanje u prvom koraku glasi ovako: da, ako je presuda donesena na temelju hrvatskoga kaznenog zakona i hrvatskoga zakona o kaznenom postupku, koji su valjani ako su doneseni u skladu s Ustavom Republike Hrvatske iz 1990., koji je valjan ako je donesen u skladu s Ustavom Socijalističke Republike Hrvatske, koji je opet valjan ako je donesen u skladu s ..... aktima III. Zasedanja ZAVNOH-a 1944., koji su prvi ustav hrvatskoga pravnog sistema<sup>81</sup>. U tom prvom koraku

---

ne pozitivističke) nisu neposredno relevantne za analizu trajnosti pravnog sistema, jer su usmjerene na to da daju uzročna i funkcionalna objašnjenja utjecaja društvenih odnosa na pravna mjerila i tih mjerila na društvene odnose, a ne da daju pojmovna objašnjenja karakteristična za analitičke teorije prava. O Parsonsovoj teoriji pravnog sistema vidi Sampford, *bilj.* 75, na str. 104-114.

<sup>79</sup> Npr. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, tr. (New York: Russel & Russel, 1961), na str. 110 i d. i dr. O dvoznačnosti izraza temeljna norma, kao pretpostavke i opisa, vidi npr. O. Weinberger, "Introduction: Kelsen as Philosopher", in Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, tr. (Dordrecht: Reidel, 1973), na str. XVII-XVIII.

<sup>80</sup> *Isto*, na str. 124 i d.

<sup>81</sup> Izloženo objašnjenje, koje ću radi slikovitosti nazvati "hrvatskim", pretpostavlja dvoje: s jedne strane, da sadržaj prvog ustava imaju dva akta III. zasjedanja ZAVNOH-a od 9. svibnja 1944., tj. Odluka o Zemaljskom antifašističkom vijeću narodnog oslobođenja Hrvatske kao vrhovnom zakonodavnom i izvršnom narodnom predstavničkom tijelu i najvišem organu državne vlasti Demokratske Hrvatske" i "Odluka o odobrenju rada predstavnika Hrvatske na II. zasjedanju AVNOJ-a od 29. do 30. studenoga 1943. u Jajcu; s druge, da temeljna norma današnjega hrvatskoga pravnog sistema nije pretpostavka nego je hipotetički opis činjenice da su ti akti, kao prvi ustav RH, u cjelini gledano i danas važeći u tom smislu da su učinkoviti, tj. da se njihov sadržaj primjenjuje u društvenim odnosima koje uređuju (usp. *bilj.* 43). Alternativno je objašnjenje, koje ću nazvati "srpskim", da su akti III. zasjedanja ZAVNOH-a, ako su uopće prvi ustav, utemeljeni na aktima II. zasjedanja AVNOJ-a, koji su, u unutrašnjem

Kelsenova teorija je nesumnjivo jedan od trajno valjanih i trajno važnih doprinosa teoriji prava<sup>82</sup>.

U drugom koraku Kelsenova teorija, da bi bila valjanom teorijom pravnog sistema, mora moći dati kategoričan odgovor, bilo pozitivan bilo negativan, na postavljeno pitanje, tj. mora moći kazati da li presuda jest ili nije donesena u skladu sa zakonom, zakon u skladu s ustavom itd. Takav kategoričan odgovor moguć je samo na temelju mjerila za procjenu sukladnosti niže, odnosno kasnije norme s višom, tj. presude sa zakonom, zakona s ustavom, ustava s ranijim ustavom. Međutim, temeljna je Kelsenova teškoća da, iako normativna teorija strukture prava koju je stvorio pada ili prolazi s važenjem normologičkih odnosa i operacija, nikada nije uspio pronaći njihova mjerila<sup>83</sup>. Štoviše, u kasnoj fazi svog djelovanja Kelsen je prihvatio normativni iracionalizam, koji se sastoji od slijedećih teza: prvo, između normi ne postoje logički odnosi, stoga norme ne mogu biti međusobno protuslovne; drugo, iz normativnih premisa ne slijede nikakvi logički zaključci, naročito, iz opće norme ne slijede nikakve pojedinačne norme, a iz opće norme i suda o konkretnom činjeničnom stanju ne slijedi nikakav normativni zaključak<sup>84</sup>. Jedini logički odnosi koji po starijemu Kelsenu postoje među normama jesu onaj između dvije opće norme različitog opsega<sup>85</sup> te onaj

---

pravnom poretku prvi ustav Druge Jugoslavije, a u međunarodnom pravnom poretku, nakon drugog sporazuma Tito-Šubašić od 1. studenog 1944. (kojim je priznat međunarodnopravni kontinuitet Prve i Druge Jugoslavije), naprosto novi ustav Jugoslavije ustavovljene 1918., koja je u međunarodnome pravnom poretku bila istovjetna Kraljevini Srbiji. Ako je temeljna norma hipotetički opis činjenice da je prvi ustav učinkovit, "hrvatsko" je objašnjenje nakon osamostaljenja Republike Hrvatske 1991.-92. istinito. Ako je temeljna norma fikcija, koja može biti i protučinjenična, oba objašnjenja mogu biti važeća (dakako, ne i učinkovita). O aktima III. zasjedanja ZAVNOH-a i Drugom sporazumu Tito-Šubašić vidi Jovan Stefanović, *Ustavno pravo Jugoslavije i komparativno*, I. knj., 3. izd. (Zagreb, Školska knjiga, 1965), na str. 275-281 i 251-253. Korisno je ovdje upozoriti da, gledano sa stajališta Kelsenove teorije (bez obzira na to shvaća li se temeljna norma kao pretpostavka ili hipotetički opis) Preambula Ustava Republike Hrvatske iz 1990, koja spominje samo I. zasjedanje ZAVNOH-a, nije pravno, nego političko objašnjenje hrvatske državnosti.

<sup>82</sup> Vidi npr. utjecaj na Visković, *bilj.* 23, tč. 72 "Faktički pravni sistem. Hijerarhija pravnih normi", i *bilj.* 175. na str. 228.

<sup>83</sup> O. Weinberger, "Kelsens These von der Unanwendbarkeit logischer Regeln auf Normen", in *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion* (Wien: Manz, 1982), str. 109-121, npr. na str. 109.

<sup>84</sup> *Isto*, na str. 113.

<sup>85</sup> H. Kelsen, "Law and Logic" in *Isti, Essays in Legal and Moral Philosophy*, tr. (Dordrecht: Reidel, 1973), na str. 246. To uvjerenje očita je pretpostavka Kelsenovog uvođenja ustavnog sudovanja kao apstraktne ocjene ustavnosti zakona u Ustav Republike Austrije 1919. godine kao jedne od najvažnijih ustavnih inovacija u novijoj povijesti. Vidi pobliže npr.: W. Antonioli, "Hans Kelsens Einfluss auf die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit", in S. Engel and R.A. Metall, *Law, State and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen* (Knoxville: University of Tennessee Press, 1964), str. 21-28; G. Stourzh, "Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie", in *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion* (Wien: Manz, 1982), str. 7-29.

između opće norme, npr. norme krivičnog zakona koja propisuje kaznu za ubojstvo, i pojedinačne norme, npr. krivične presude kojom se izriče kazna za ubojstvo, ali s tim što Kelsen izričkom tvrdi da u potonjem odnosu važenje individualne norme nije izvedeno iz opće<sup>86</sup>.

Ta naoko samoprotuslovna tvrdnja pokazuje glavnu teškoću bilo koje teorije prava koja nije samo analitička nego i pravno pozitivistička tj. teorija što drži da se pravo sastoji isključivo od mjerila djelovanja postavljenih voljom države ili drugoga pravnostvaralačkog organa<sup>87</sup>. Naime, način na koji je takva teorija riješila problem temelja prava, a to je pripisivanje značaja prvog ustava ili sličnog izvora prava nekom aktu volje, odvlači je na to da svakoj normi pravnog sistema traži temelj putem akta volje kojim je stvorena, a ne putem više pravne norme. Samo je tako moguće objasniti da Kelsen nalazi da pojedinačna pravna norma, npr. sudska, dobiva valjanost od presude kao akta volje, a ne od, primjerice, kaznenoga materijalnog zakona s kojim pojedinačna norma treba biti u suglasnosti.

Normativni iracionalizam iste vrste, iako u manjem stupnju, pokazuje i već prikazana Hartova teorija interpretacije prava (v. tč. 2.2). Glavne funkcije temeljne norme u Hartovoj teoriji ima pravilo priznanja, tj. koje, pojednostavnjeno rečeno, dužnosnicima pravnog sistema, prvenstveno sucima, propisuje da su određeni pravni akti izvori prava njihovoga pravnog sistema<sup>88</sup>. Pravilo priznanja je pravilo koje je opće prihvaćeno od sudova, pa se utoliko razlikuje od temeljne norme shvaćene kao pretpostavke<sup>89</sup>. Ta inovacija nije, međutim, posve sačuvala Harta od Kelsenovog normativnog iracionalizma. Kao što je to Fullerova kritika Hartove teorije interpretacije pokazala, po Hartu pravo može, putem općih izraza u pravilima kao što su ona zakonska, samo dijelom odrediti sadržaj pojedinačnih odluka, pa stoga ostatak sadržaja tih odluka diskreciono određuje organ koji ih donosi; no, tome usprkos, takve su odluke pravno valjane, i to zbog toga što su donesene od pravnog organa (v. tč. 2.2).

### 2.3.2. *Dworkin: praktičko rasuđivanje*

Novije analitičke pravno pozitivističke teorije prava nastojale su izbjeći ili barem minimalizirati normativni iracionalizam. Ponovno su otkrile praktički razum, odnosno praktičko rasuđivanje pa su se time znatno približile

<sup>86</sup> Isto, na str. 247. Weinberger, *bilj.* 83, na str. 121 napominje da bi Kelsen da je uspio završiti svoje posthumno objavljeno djelo *Allgemeine Theorie der Normen* (Wien, 1976) možda našao rješenje problema odnosa logike, prava i pravne znanosti.

<sup>87</sup> Navedene značajke spojive su s definicijama pravnog pozitivizma u tč. 1., uz *bilj.* 7, *bilj.* 10, i *bilj.* 11.

<sup>88</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford. Oxford University Press, 1961), na str. 92-93, 97-98 i dr. Vidi i komentar Miomir Matulović, *Jezik, pravo i moral: filozofija prava Herberta Harta* (Rijeka: ICR, 1986), na str. 113-130.

<sup>89</sup> Isto, na str. 105.



jusnaturalističkima (v. tč. 1). Najprimjetnije je u tom pravcu otišao Ronald Dworkin. Njegova glavna stajališta o pravnom rasuđivanju glase ovako<sup>90</sup>. Prvo, pravo se sastoji ne samo od pravila (normi), nego i od načela, koja se razlikuju logički po tom što pravilo ima strogo određenu hipotezu, pa stoga njegova dispozicija treba biti primijenjena kad god postoje u njemu opisane činjenice, a ne smije kad ne postoje, dočim načelo ima mnogo manje određenu hipotezu, pa je stoga moguće da dva ili više načela budu primijenjena na isto činjenično stanje, no svako ovisno o procjeni njegove važnosti u konkretnom slučaju. Drugo, na mjesto Hartovog pravila priznanja Dworkin stavlja rasuđivanje. Treće, u razvijenome pravnom sistemu (kao što je onaj SAD) na svako pitanje vrste "Što o tom kaže pravo?" postoji jedan ispravan odgovor, kojega je moguće pronaći i koji su suci dužni pronaći. Četvrto, u teškim slučajevima suci vrše diskreciju, tj. slobodnu ocjenu, u tom smislu da na temelju nedovoljno određenih pravila moraju rasuđivati, no nikada u tom smislu da im pravila daju potpunu slobodu odlučivanja u bilo kojemu pravcu (kakvu, primjerice, ugovor o najmu stana daje najmoprimcu kad propisuje da po isteku roka za koji je sklopljen najmoprimac ima slobodu da ugovor obnovi ili ne obnovi<sup>91</sup>). Napokon, da bi sudac našao jedini ispravan odgovor o, primjerice, pravnoj dopustivosti pobačaja, stvara teoriju u sljedećim koracima: formulira hipotetičko rješenje problema konzistentno sa svojim ostalim uvjerenjima (npr. o granicama privatnosti, načela *due process of law*, tj. postupovnih jamstava, itsl.), naročito važući primjenjiva načela i pravila; pronalazi i analizira ranije odluke koje podržavaju to rješenje; pokušava razumjeti to rješenje sa stajališta onih koji ga podržavaju; nalazi najbolje razloge koji rješenje opravdavaju<sup>92</sup>.

Dworkinova teorija sudačkog rasuđivanja nadilazi nedostatke Hartove, a pogotovo Kelsenove teorije. Međutim, u jednom pogledu možda je veoma slična upravo potonjoj. Po Kelsenu, temeljna norma je "u biti naprava kojom pravna znanost (radije no pravna vlast) daje pravnom sistemu značenje", tj. "'transcendentalna pretpostavka' uvedena od pravne znanosti kao izvor objektivnog značenja normi pravnog sistema"<sup>93</sup>. Da nema te pretpostavke, ne bi postojala razlika između subjektivnog značenja razbojnikove naredbe građaninu da mu preda novac i subjektivnog značenja poreznikove naredbe tom istom građaninu da njemu preda novac<sup>94</sup>. Ta Kelsenova stajališta otkrivaju da je njegov

<sup>90</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, New Impression (London: Duckworth, 1977), nar. ch. 3 "The Model of Rules" i ch. 4 "Hard Cases", str. 46-130. Idući izvod prenosi i pojašnjava dio tumačenja u J. Mackie, "The Third Theory of Law", in M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (London: Duckworth, 1984), na str. 161-163.

<sup>91</sup> Dworkin, *bilj.* 90, na str. 68-71.

<sup>92</sup> Vidi *isto*, na str. 125-128.

<sup>93</sup> Ronald Moore, *Legal Norms and Legal Science* (Honolulu: The University Press of Hawaii, 1978), na str. 98.

<sup>94</sup> Vidi Kelsen, *bilj.* 79, "Appendix: Natural Law Doctrine and Legal Positivism", na str. 404-406.

pojam prava izveden iz spoznajnoteorijskog "zaokreta", karakterističnog za čitavu modernu filozofiju<sup>95</sup>, nakon kojega su sva pitanja o predmetu spoznaje posredovana pitanjima o naravi (izvoru, pouzdanosti i sl.) same spoznaje. Tako je u Kelsena pojam prava posredovan pitanjima o naravi spoznaje ne samo pravnih subjekata nego pravnih znanstvenika sve dotle da se pravo napokon poima kao pravoznanstvena konstrukcija. Na prvi pogled, Dworkin se ne služi niti (navodno) transcendentálnim pretpostavkama kelsenovskih pravnih znanstvenika niti (navodno) iskustvenim pravilima priznanja hartovskih pravnih dužnosnika. Međutim, činjenica da je Dworkin, umjesto toga, zaokupljen rasuđivanjem sudaca ne znači da je izbjegao zamke spoznajnoteorijskog zaokreta. S jedne strane, zbog toga što u angloameričkom *Common Law*-u suci imaju ne samo pravni autoritet nego i ulogu teoretičara koju u kontinentalnoevropskim pravnim sistemima imaju profesori prava<sup>96</sup>. S druge, zbog toga što je Dworkinova analitička teorija, koja je usredotočena na rasuđivanje a ispušta iz vida neverbalno djelovanje, očito konstruirana iz spoznajnoteorijske perspektive, po kojoj je predmet istraživanja određen metodom.

### 2.3.3. Fuller: integralna teorija prava

Za razliku od Kelsenove ili Dworkinove teorije, Fullerova je teorija prava integralna u tom smislu da nastoji pravo pojmiti kao višedimenzionalni sistem čiji sadržaj i temelj čine sva tri standardna sastojka prava, tj. pozitivna pravna mjerila, iznadpozitivna pravna mjerila i društveni odnosi koji dovode do stvaranja pravnih mjerila i u kojima se ta mjerila ostvaruju<sup>97</sup>. Tako Fullerova teorija, prvo, poput svake druge teorije prava, osim onih radikalno socijalnih (koje definiraju pravo kao skup djelovanja ili čak ponašanja<sup>98</sup>), drži da se pravo sastoji, među ostalim, od pravnih pravila, odnosno normi. Drugo, drži da se pravo sastoji i od barem dvije vrste društvenih odnosa: regulativnih institucija, tj. pravnim pravilima uređenih postupaka stvaranja i primjene pravnih normi; i problema, odnosno predmeta regulacije, kao što su policentrični i monocentrični problemi; s tim što regulativne institucije mogu biti i u pravilu jesu i predmet regulacije (v. tč. 2.2). Međutim, njegove rasprave o društvenom međudjelovanju, naročito

<sup>95</sup> Ukratko o metodologijskim revolucijama u zapadnoj filozofiji, uključujući kartezijansku i kantovsku kao spoznajnoteorijske, vidi npr. Kurt Wuchterl, *Methoden der Gegenwartsphilosophie* (Bern: Haupt, 1977), na str. 314-330; o spoznajnoteorijskom zaokretu vidi npr. Henry Le Roy Finch, *Wittgenstein: The Latter Philosophy* (Atlantic Heights NJ: Humanities Press, 1971), na str. 246-51.

<sup>96</sup> R. Stith, "Can Practice Do Without Theory?: Differing Answers in Western Legal Education", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 80 (1994), na str. 426.

<sup>97</sup> Ukratko o integralnim teorijama prava Visković, *bilj.* 23, tč. 22. Isto, je i sam uspio i utjecajan pokušaj konstruiranja takve teorije.

<sup>98</sup> Npr. D. Black, "The Boundaries of Legal Sociology", *Yale Law Journal*, vol. 81 (1970), str. 1086-110.

reciprocitetu, kao izvoru prava i pravnih sistema sugeriraju da sve društvene odnose drži barem potencijalno pravno relevantnima<sup>99</sup>. Treće, drži da su pravu, kao i svakoj drugoj djelatnosti, svojstvena određena načela obavljanja te djelatnosti, koja naziva unutrašnjim ćudoređem prava ili postupovnim prirodnim zakonom, odnosno proceduralnim prirodnim pravom (v. tć. 2.1).

Fuller se pokušava neizravno ograditi od tomistićkog poimanja prirodnog zakona kad kaže da zakoni stvaranja prava, tj. "nastojanja da se ljudsko djelovanje podvrgne vladavini zakona", nemaju ništa zajedničko niti s "umujućom sveprisutnošću na nebesima" niti sa sudom da je kontracepcija povreda Božjeg zakona. Međutim, rečenica koja iza toga slijedi pokazuje da je Fullerovo poimanje postupovnog prirodnog zakona ipak u važnom dijelu slično Akvinćevom. Naime, Fuller za postupovne naravne zakone stvaranja prava kaže sljedeće: "Oni su poput prirodnih zakona tesarstva ili barem onih zakona poštovanih od tesara koji hoće da kuća koju gradi stoji i služi svrhama onih koji u njoj žive"<sup>100</sup>.

Akvinac, protivno komentatorima koji su držali da pretpostavlja jednom zauvijek zadani pojam dobra, napose Boga, priznaje da ljudi imaju razne prirodne sklonosti, među ostalim i sklonost da racionalno djeluju. Tim samim priznaje da bilo koje ljudsko djelovanje ima intrinzičnu vrijednost, tj. takvu vrijednost koja je neovisna o njegovoj svrsi i učinku. Tako Akvinac, iako određuje prirodni zakon kao sudjelovanje razumnog bića u vječnom zakonu, drži da se zapovijedi prirodnog zakona tiču prvenstveno ljudski stvorenih dobara, među kojima je i sam ljudski zakon kao osobito ljudski stvoreno dobro<sup>101</sup>. Fuller pak pokušava pokazati, kao da dograđuje Akvinćevo naučavanje, da je ljudska dobra moguće stvoriti samo upotrebom primjerenih sredstava, a načela primjerenog odnosa sredstava i dobara naziva postupovnim prirodnim zakonom<sup>102</sup>.

Uzme li se u obzir da Fuller načela obavljanja svake djelatnosti, a ne samo stvaranja prava, drži njezinim postupovnim prirodnim zakonom, lista osam načela unutrašnjeg ćudoređa prava, koju je sam ponudio, očito nije iscrpna. Ta lista obuhvaća samo najvažnija od načela uređenja odnosa među općim pravilima pravnog sistema te načelo jednakog važenja tih pravila za vladare i vladane. Fullerova analiza oblika i granica sudovanja otkriva daljnja načela, poput onoga da se ograničavanjem uloge suda na rješavanje spora predmet regulacije pretvara iz policentričnoga u monocentrični problem (v. tć. 2.2.2).

<sup>99</sup> Npr. L.L. Fuller, "Irrigation and Tyranny", *Stanford Law Review*, vol. 17 (1964-65), str. 1021-1042; Isti, "Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction", *Brigham Young University Law Review*, vol. 19 (1975), str. 89-97.

<sup>100</sup> Fuller, bilj. 1, na str. 96.

<sup>101</sup> Akvinski, bilj. 20, po tumačenju G.G. Grisez, "The First Principle of Practical Reason", *Natural Law Forum*, vol. 10 (1965), str. 165-196.

<sup>102</sup> Nar. Fullerova rasprava prirodnom zakonu i svrhama djelovanja s Ernestom Nagelom u *Natural Law Forum*, vol. 3 (1958), str. 68-104; vol. 4 (1959), str. 26-43.

Međutim, ono što Fullerovu teoriju čini u načelu plodnijom koncepcijom kontinuiteta pravnog sistema od teorija koje su čisto analitičke, kao što je Dworkinova, nije samo usredotočenost na svrhe djelovanja i primjerenost sredstava za njihovo postizanje nego i predmet koji je širi od predmeta analitičkih teorija te u kojima je moguće nalaziti nove "postupovne prirodne zakone". Tako, sa stajališta Fullerove integralne teorije prava, analiza (dis)kontinuiteta pravnog sistema treba istraživati ne samo utemeljenost novih pravnih normi na starima, čime bi se i zadovoljila da je vođena sa stajališta teorije koja je samo analitička, nego i odnos normi spram promjena njihovoga socijalnog konteksta. Tako će prvo postaviti pitanje o tome u kojoj mjeri su stare norme primjerene novim problemima regulacije. Primjerice, u kojoj mjeri su norme građanskog prava nastale u zajednicama naturalnih gospodarstava primjerene kapitalizmu<sup>103</sup>. Drugo, postaviti će pitanje kako su norme koje uređuju regulativne institucije upotrebljavane. Primjerice, da li su iste zakonske norme o krivičnom postupku promijenile svoj sadržaj ako svjedoke više ne ispituje sudac nego stranke.

Harold Berman je pokazao plodnost upotrebe Fullerovog pojma prava u istraživanju zajedničkih korijena zapadnih pravnih sistema, tj. trajanja zapadne pravne tradicije od evropskoga srednjeg vijeka do naših dana<sup>104</sup>. Istražujući veoma široko koncipiran predmet, pokazao je da su važni sastojci srednjovjekovnog prava uzroci suvremenih pravnih sistema<sup>105</sup>. Dakako, nije niti pokušao pokazati da se odredbe srednjovjekovnog prava koje su naslijeđene od suvremenih pravnih sistema primjenjuju zbog toga što su se zadržale kao isti formalni izvor prava od srednjeg vijeka do danas. Rečeno jezikom socijalne teorije i pravne teorije, pokazao je da je srednjovjekovno pravo jedan od važnih uzroka suvremenih pravnih sistema<sup>106</sup>, tj. da je srednjovjekovno pravo još uvijek učinkovito<sup>107</sup>, ne sugerirajući da ono formalno važi, tj. po tom što je temeljeno

<sup>103</sup> Klasična analiza problema je Karl Renner, *Socijalna funkcija pravnih instituta: prilog kritici građanskog prava*, prij. (Beograd: Kultura, 1960).

<sup>104</sup> Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1983), nar. na str. 4 o preuzimanju Fullerovog pojma prava, "koji naglašava prvenstvo pravne djelatnosti nad pravnim pravilima", i zaključci na str. 520-558 o vrijednosti nalaza istraživanja u odnosu na jednostrane pristupe na tragovima Karla Marxa ili Maxa Webera.

<sup>105</sup> Npr. *isto*, na str. 166 i d., o pravilu zapadnih i mnogih nezapadnih pravnih sistema da je osuđenoga na smrt dopušteno pogubiti samo ako je uračunljiv te o korišćenju tog pravila u srednjovjekovnome kršćanskome naučavanju o grijehu, sakramentu pomirenja i čistilištu. Korisno je podsjetiti da je to pravilo kršćanskoga porijekla zadržano i u komunističkoj Jugoslaviji, kako to najbolje pokazuje poznati slučaj Andrije Artukovića (osuđen 1980.-ih za zločine počinjene u II. svjetskom ratu, ali nije pogubljen jer je nakon pravomoćnosti presude nađen neuračunljivim).

<sup>106</sup> Uzrok u smislu adekvatnog uzroka, koji je predmet istraživanja pravnika i povjesničara. Vidi поближе Stephen P. Turner and Regis A. Factor, *Max Weber: The Lawyer as a Social Thinker* (London: Routledge, 1994), na str. 119 i d.

<sup>107</sup> U smislu Visković, *bilj.* 23, tč. 77.

na formalnim izvorima suvremenih pravnih sistema<sup>108</sup>.

Fullerova teorija, upravo zbog toga što je integralna, sadrži u sebi i mjerila za određivanje formalnog važenja pravnog sistema u vremenu, tj. formalnog kontinuiteta pravnog sistema. Naime, kao i svaka prava prirodnopravna teorija, pretpostavlja da postoji razlika između regulativnog sistema koji ima kvalitetu pravnosti i onoga koji to nema (v. tč. 1). Po tome se razlikuje od pozitivističkih teorija, kakva je Razova, čiji kriteriji postojanja pravnog sistema ne uključuju zahtjev da pravni sistem udovoljava ima minimalan moralni sadržaj (v. tč. 2.3.). Stoga je na temelju Fullerove teorije, koja takav zahtjev sadrži, moguće ocijeniti pravnost pravnih sistema, uključiv njihov kontinuitet.

#### 2.3.4. Fuller: upravljačko vođenje i pravo

Po Fulleru, razlika između ustavne demokracije i totalitarizma, koja je obilježila politiku i ekonomiju u 20. stoljeću, u velikoj je mjeri razlika između prava i, kako Fuller naziva njegovu modernu suprotnost, upravljačkog vođenja, koje je karakteristično za vojske i planska gospodarstva<sup>109</sup>. Potonja je pak razlika uspostavljana ne toliko različitim mjerilima, primjerice, u jednoj vrsti poredaka pravnima, a u drugoj političkima, koliko nepoštivanjem osam zahtjeva unutrašnjeg ćudoređa prava (v. tč. 2.1). Pritom su odlučujuće razlike između dva regulativna sistema u sljedećemu: pravila pravnog sistema uređuju prvenstveno odnose građanina s njegovim sugrađanima, a tek uzgredno građanina i vlasti, dočim napuci sistema upravljačkog vođenja uređuju prvenstveno odnose između podređenoga i njegovoga nadređenog, a tek uzgredno između podređenoga i trećih; u pravnom sistemu građanin koji poštuje pravo slijedi pravna pravila, dočim u sistemu upravljačkog vođenja podređeni *primjenjuje* pravila zato da postigne svrhu svoga nadređenog<sup>110</sup>.

Fuller napominje da su njegovi pojmovi dva regulativna sistema ideal-tipovi te da u zbilji postoji mnoštvo mješovitih, neodređenih i iskrivljenih oblika<sup>111</sup>. Uz to, treba voditi računa i o činjenici da su ti pojmovi nedorađeni, tako da nije posve jasno do koje se mjere mogu bez dopuna i izmjena primijeniti na razne sadašnje i nekada postojeće regulativne sisteme koji se uobičajeno drže pravnima. Tako valja pretpostaviti da Fuller nije doslovno držao da pravni sistem samo

<sup>108</sup> U smislu *istog*.

<sup>109</sup> Izvorno: *the system of managerial direction*, Fuller, *bilj. 1*, na str. 207-213. Vidi i analizu sovjetskih marksističko-lenjinističkih teorija prava, te tajnosti kao bitne značajke prava u zemljama realnog socijalizma, u svjetlu Fullerove teorije u Padjen, "Socijalistička...", *bilj. 27*, str. 64-79.

<sup>110</sup> *Isto*, na str. 207-208.

<sup>111</sup> *Isto*, na str. 208. O ideal-tipu vidi nar. Max Weber, "'Objektivnost' spoznaje u društvenoj znanosti i društvenoj politici", u Max Weber, *Metodologija društvenih nauka*, prij. (Zagreb: Globus, 1986), str. 21-84. i Barbara Saegsner, *Der Ideal-typus und der naturwissenschaftliche Modellbegriff* (Basel: Birkhäuser, 1975).

uzgredno uređuje odnose između građanina i države, jer bi u protivnom morao zaključiti da najveći dio kontinentalnoevropskih pravnih sistema, u kojima država tradicionalno igra mnogo veću regulativnu ulogu od one koju igra u angloameričkima, naprosto nisu pravni sistemi<sup>112</sup>. Također, valja pretpostaviti da je Fuller vodio računa o povijesnim mijenama pravnih sistema te da bi, da se upustio u njihovu analizu, sam bio formulirao ili prihvatio ideal-tipove pojedinih faza pravnih sistema (npr. prava u nastajućoj političkoj zajednici, u nastajućem trgovačkom društvu, u industrijskom društvu i u složenom privredno organiziranom društvu)<sup>113</sup>.

Uzme li se u obzir nedorađenost Fullerovih pojmova dva regulativna sistema, zanimljivo je da se ti pojmovi mogu bez bitnih dopuna i izmjena primjenjivati u analizi međunarodnog prava. Razlog je taj što ono udovoljava možda najvažnijem Fullerovom zahtjevu, a to je da uređuje u prvom redu odnose između pripadnika pravnog sistema, što su u međunarodnom pravu još uvijek prvenstveno države i njihove organizacije, a samo u ograničenoj mjeri pojedinci.<sup>114</sup> Ono što međunarodno pravo čini veoma slabim pravnim sistemom, uvijek na rubu anarhije ili hegemonije velikih sila, činjenica je da u njemu ne postoji sud s nadležnošću da rješava sve sporove između država. Naime, Međunarodni sud, koji je jedan od glavnih organa Ujedinjenih naroda, rješava samo one sporove između država koje mu države u sporu povjere svojim ugovorom<sup>115</sup>. Države rješavaju svoje sporove uglavnom drugim mirnim načinima, kao što su to u prvom redu pregovori, a potom posredovanje, mirenje, poravnanje i arbitraža<sup>116</sup>. Uzme li se to u obzir, zanimljivo je vidjeti da klasični udžbenik diplomacije Rogera Fishera savjetuje da diplomati u rješavanju međunarodnih sporova slijede načela koja su u nekoliko ključnih pogleda veoma slična ili čak istovjetna Fullerovim zahtjevima unutrašnjeg ćudoređa prava (usp. 2.1). Dovoljno je ovdje navesti samo najočitije podudarnosti. Tako Fisher savjetuje da protivniku treba dati ponudu koja mu je prihvatljiva sa stajališta njegovih

<sup>112</sup> Vidi npr. Damaška, *bilj. 41*, o razlici između ideal-tipova reaktivne države i pravosuđa što rješava sporove među strankama (kojemu su bliski angloameričke države i pravosuđa) i ideal-tipova aktivne države i pravosuđa što provodi državnu politiku (kojemu su bliski kontinentalnoevropske države i pravosuđa).

<sup>113</sup> Te tipove (pod nešto drugačijim nazivima) analiziraju Sidney Post Simpson and Julius Stone (eds.), *Cases and Readings on Law and Society*, 3 vols. (St. Paul ME: West, 1948).

<sup>114</sup> Vladimir Đ. Degan, *Međunarodno pravo* (Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2000), na str. 219-224.

<sup>115</sup> Države mogu ugovoriti nadležnost Međunarodnog suda na jedan od sljedeća tri načina: ugovorom unatrag, u pogledu već nastalog spora; ugovorom unaprijed, u pogledu svih sporova ili određene vrste sporova koji među njima mogu nastati; svaka država jednostranom izjavom o prihvaćanju tzv. fakultativne klauzule Statuta Međunarodnog suda, čime država prihvaća nadležnost Suda za rješavanje svih sporova ili određene vrste sporova između nje i svake druge države koja istovrsnu izjavu.

Andrassy, *bilj. 39*, na str. 481-484.

<sup>116</sup> *Isto*, gl. VIII. "Mirno rješavanje sporova", str. 457-477.

moralnih uvjerenja i opravdana u očima trećih<sup>117</sup> te u skladu s međunarodnim pravom<sup>118</sup>. Ti su savjeti istovjetni Fullerovom prvom zahtjevu da pravna pravila trebaju biti općenita te posljednjem zahtjevu da pravila trebaju jednako vrijediti za adresante i adresate. Fisherovi savjeti da protivniku treba dati vjerodostojnu ponudu i vjerodostojnu prijetnju<sup>119</sup> odgovaraju Fullerovom zahtjevu konzistentnosti i, ponovno, posljednjem zahtjevu. Fisherov savjet da protivniku treba uputiti posebno određen prijedlog<sup>120</sup> očito je ekvivalent Fullerovog zahtjeva da pravna pravila budu razumljiva.

Fuller sam kaže da je posljednji zahtjev unutrašnjeg čudoređa prava najstroženiji te da nadležnost za njegovu provedbu ne mora biti povjerena samo sudovima, kao što je to slučaj u SAD. Štoviše, dodaje da i nije dobro da bude povjerena samo sudovima, jer na taj način uklanjanje zloupotreba vlasti ovisi o htijenjima i financijskim sposobnostima povrijeđenih stranaka, pa ističe skandinavskog Ombudsmana kao primjer institucije koja brzo reagira na temelju neformalnih zahtjeva<sup>121</sup>. Međutim, napomena da nadležnost ne mora biti povjerena samo sudovima, jasno upućuje na to da u pravnom sistemu sudovi moraju imati prvenstvenu ili barem veoma utjecajnu ulogu u kontroli i uspostavljanju sukladnosti službenog djelovanja proglašenima pravnim pravilima. Prvo, zbog toga što je po Fullerovom razlikovanju pravnog sistema od sistema upravljačkog vođenja za prvi karakterističan minimum autonomije njegovih pripadnika, koji može postojati samo ako svaki pripadnik ima subjektivna prava (na život, slobodu, imanje itsl.) prema svakome, pa tako i prema državi, a njih može imati samo ako ih može autonomno zaštititi u pravnom postupku pred organom koji je neovisan o ostalim organima pravnog sistema. Drugo, zbog toga je po Fullerovom shvaćanju sukladnost službenog djelovanja proglašenim pravilima najstroženiji zahtjev unutrašnje čudorednosti prava koji uključuje tumačenje prava, a ono može uspjeti samo u racionalnome pravnom postupku. Dakako, sudovanje je najracionalniji od svih pravnih postupaka te postupak koji jamči visok stupanj autonomije stranaka (v. tč. 2.2). Regulativni sistem u kojemu sudovi nemaju utjecajnu ulogu u kontroli sukladnosti službenog djelovanja proglašenim pravilima nije pravni sistem, nego sistem upravljačkog vođenja, anarhija ili nešto četvrto.

Taj nalaz istovremeno otkriva i ulogu sudovanja u trajanju pravnog sistema. Za razliku od Kelsenove teorije, po kojoj pravni sistem traje, potpuno neovisno o tome kako se konkretizira sudskim presudama i drugima pojedinačnim pravnim normama, dotle dok god se njegov ustav mijenja po postupcima koje je sam

<sup>117</sup> Roger Fisher, *International Conflict for Beginners* (New York: Harper, 1969), ch. 6 "Make the Most of Legitimacy", str. 128-150, nar. na str.132, 135 i 142.

<sup>118</sup> *Isto*, ch. 8 "Law and Legal Institutions May Help", str. 151-171.

<sup>119</sup> *Isto*, na str. 112-123, 148.

<sup>120</sup> *Isto*, ch. 2 "Give them a Yeasable Proposition", str. 15-26.

<sup>121</sup> Fuller, bilj. 1, na str. 81-82.

propisao (v. tč. 2.3.1) te za razliku od Dworkinove teorije, po kojoj, možda, pravni sistem traje dotle dok god ga je moguće objasniti i razvijati istom teorijom (v. tč. 2.3.2), po Fulleru je trajanje pravnog sistema dijelom narušeno svaki put kad neki njegov pripadnik nema mogućnost ili nema pravo da zaštiti neko svoje subjektivno pravo ili ne dobije pravno ispravnu zaštitu. Međutim, taj zaključak istovremeno implicira da po Fullerovoj teoriji, za razliku od Kelsenove, a možda i Dworkinove, nije moguće da regulativni sistem koji koliko-toliko poštuje zahtjeve unutrašnjeg ćudoređa prava odjednom nestane ili pak da odjednom nastane pravni sistem golim uspostavljanjem prvog ustava i provedbom njegovih zahtjeva podanicima na poslušnost. Napokon, iz Fullerovog stajališta da pravni sistem uključuje autonomiju, pa prema tome i subjektivna prava svojih pripadnika, slijedi da procjena da li je neki regulativni sistem uopće pravan i da li on već ili još postoji u danom trenutku u velikoj mjeri ovisi o tome na koji način procjena može utjecati na subjektivna prava potencijalnih pripadnika sistema koji imaju bona fide interes za ta prava. To praktično znači da procjena da li je neki regulativni sistem uopće pravn sistem ili je sistem upravljačkog vođenja ili pak bezvlađe, treba polaziti od pretpostavke da je sistem pravan u svim pogledima osim u onima u kojima očito vrijeđa zahtjeve unutrašnjeg ćudoređa prava ili slična mjerila<sup>122</sup>. To nadalje znači da u izboru između dva datuma prestanka jednog pravnog sistema (države) i nastanka drugoga, treba izabrati onaj koji više pogoduje subjektivnim pravima pripadnika oba, pa makar tako da za neke pripadnike bude mjerodavan jedan datum a za ostale drugi.

### 3. Rješenja i pouke

Rješenje "Problema kivnog doušnika" koje bi sam Fuller držao ispravnim moguće je izvesti iz pet prijedloga rješenja čitanih u svjetlu glavnih teza autorove *Ćudorednosti prava*.

Prvi prijedlog polazi od toga da je vladavina Crvenih košulja pravni poredak kao i bilo koji drugi, a velika diskrecija koju su u njoj imali suci uvjetovana je razlozima koji su moralno i ideologijski, ali ne i pravno važni. Stoga, po prvom prijedlogu, nema temelja za pravnu odgovornost kivnih doušnika<sup>123</sup>.

Drugi prijedlog polazi od toga da vladavina Crvenih košulja uopće nije bila pravni poredak. Stoga bi ocjena da su doušnička djela bila krivična djela "uključivala toliko mnogo neprimjerenosti kao da pokušamo primijeniti pravne pojmove na borbu za postojanje koja se zbiva u džungli ili pod površinom

<sup>122</sup> Takvo je rješenje prihvatio čak i jugoslavenski komunistički Zakon o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja i za vrijeme neprijateljske okupacije, donesen 1946. Vidi komentar Perić, *bilj. 74*, na str. 100 i d. Nažalost, taj veoma poučan komentar izostavljen je iz Berislav Perić, *Struktura prava*, 12. izd. (Zagreb: Informator, 1994), na str. 84-88 i dr.

<sup>123</sup> Fuller, *bilj. 1*, na str. 248-249.



mora<sup>124</sup>. Tako, polazeći od pretpostavki koje su, slikovito rečeno, dijametralno suprotstavljene pretpostavkama prvog prijedloga, drugi prijedlog, upravo kao i prvi, zalaže se za to da pravni poredak ništa ne poduzme u pogledu doušnika Crvenih košulja<sup>125</sup>.

Treći prijedlog odbija "ili-ili" pristup prva dva. Ocjenjuje da bi "izazvalo nepodnosiv kaos da se sve što se zbilo pod vladavinom Crvenih košulja proglašava pravno neutemeljenim"<sup>126</sup>. Umjesto toga zalaže se za selektivan pristup, naime, da se kazne samo oni doušnici koji su doista bili kivni<sup>127</sup>.

Četvrti prijedlog također odbija "ili-ili" pristup prva dva prijedloga, ali također i treći pristup, proglašavajući zalaganje za selektivni pristup "čistim crvenokošuljaštvom"<sup>128</sup>. Stoga se četvrti prijedlog zalaže za to da se donese poseban zakon kojim će se urediti odgovornost kivnih doušnika<sup>129</sup>.

Peti prijedlog odbija četvrti, jer se potonji zalaže za rješavanje problema donošenjem retroaktivnog zakona, kao što su to činile Crvene košulje. Po petom prijedlogu, nema potrebe da nova vlast traži bilo kakvo rješenje problema kivnih doušnika, jer je svrha krivičnog zakona osveta, a građani koji su bili žrtve kivnih doušnika ionako su već uzeli pravdu u svoje ruke<sup>130</sup>.

Vjerujem da iz navedenih je prijedloga, ako se čitaju u svjetlu glavnih teza *Čudorednosti prava* te analize Fullerove teorije u cjelini, napose njezinih implikacija za ocjenu kontinuiteta pravnih sistema, slijede idući zaključci, odnosno pravnoteorijske i pravopolitičke pouke.

Prvo, Fullerovo stajalište da je pravo nastojanje da se ljudsko djelovanje podvrgne pravilima (v. tč. 2.1) te implikacije Fullerove teorije za ocjenu kontinuiteta prava (v. tč. 2.3.4) načelno su protivni radikalnim ocjenama da je neki regulativni sistem u cjelini nepostojeći ili pak da ne treba regulirati društvene odnose koji bez regulacije mogu ugroziti vrijednosti mira, sigurnosti, temeljnih subjektivnih prava pojedinaca itsl. Polazeći od tih stajališta, potpuno je neprihvatljiv peti prijedlog rješenja "Problema kivnog doušnika", a neprihvatljivi su i drugi te četvrti prijedlog ako pretpostavljaju da je vladavina Crvenih košulja bila u cjelini nepostojeći pravni poredak.

Drugo, Fullerovo naučavanje o unutrašnjoj čudorednosti prava te izričito odbijanje analitičkoga pravnog pozitivizma (v. tč. 2.1, tč. 1) načelno isključuju prihvatljivost prvog prijedloga.

Treće, pod od Fullera zadanom činjeničnom pretpostavkom da su Ustav, Građanski zakon i Krivični zakon donesenih prije vladavine Crvenih košulja

<sup>124</sup> *Isto*, na str. 249.

<sup>125</sup> *Isto*, na str. 250.

<sup>126</sup> *Isto*.

<sup>127</sup> *Isto*, na str. 252.

<sup>128</sup> *Isto*, na str. 251.

<sup>129</sup> *Isto*, na str. 252.

<sup>130</sup> *Isto*, na str. 252-253.

ostali na snazi i za te vladavine te pod daljnjom pretpostavkom da su ti akti sadržavali mjerila i za pravnu ocjenu djelovanja kivnih doušnika, najvjerojatnije je neprihvatljiv drugi prijedlog, jer pretpostavlja da pravni poredak za vladavine Crvenih košulja nije uključivao pravila po kojima bi kivni doušnici mogli biti pozvani na pravnu odgovornost, a neprihvatljiv je i četvrti prijedlog, jer pretpostavlja isto, kako to pokazuje zalaganje tog prijedloga za retroaktivno donošenje takvih mjerila.

Ako su izloženi izvodi ispravni, sa stajališta Fullerove teorije prihvatljivim može biti, ali i to isključivo po općem mjerilu koje sadrži, samo treći prijedlog. Po njemu, kivni doušnici (a i bilo koji drugi građani) u načelo mogu krivično odgovarati za zlodjela počinjena za vladavine Crvenih košulja (ili slične), ali samo za ona djela koja su u vrijeme kad su počinjena bila zakonom zapriječena kao krivična djela<sup>131</sup>. Ako je djelo koje je netko od doušnika (ili bilo kojih drugih građana) počinio za vladavine Crvenih košulja narušilo pravni sistem ali u vrijeme kad je počinjeno nije bilo zakonom zapriječeno kao krivično, najveća je sankcija koja u nastajućoj ustavnoj demokraciji možda može biti izrečena počiniocu takvog djela privremena uskrata pasivnog prava glasa, tj. prava da bude biran za državnog dužnosnika<sup>132</sup>. Ta sankcija može biti protumačena i opravdana kao posebna vrsta disciplinske odgovornosti, tj. kao odgovornost člana institucije (npr. udruge, trgovačkog društva, parlamenta itsl.) za povredu vrijednosti ili pravila institucije u kojoj (odgovornosti) je krajnja i najveća sankcija isključenje iz institucije<sup>133</sup>, s tim da se u slučaju u kojemu je riječ institucijom drži demokratski politički sistem, a sankcijom zabrana uključanja u taj sistem. Dakako, u uspostavljenoj ustavnoj demokraciji gubitak pasivnog prava glasa je teška sankcija, koja može biti izrečena samo za posebnu vrstu krivičnih djela ili je pak posljedica osude za teška krivična djela. Međutim, u nastajućoj ustavnoj demokraciji uskrata pasivnog prava glasa može biti

<sup>131</sup> Npr. odredbom kao što je čl. 337 Kaznenog zakona, NN 110/97, koji regulira zlorabu položaja i ovlasti na sljedeći način: "(1) Službena ili odgovorna osoba koja s ciljem da sebi ili drugome pribavi kakvu imovinsku korist ili da drugome prouzroči kakvu štetu iskoristi svoj položaj ili ovlast, prekorači granice svoje ovlasti ili ne obavi dužnost, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine." Nepotrebno je obrazlagati da bi se policijski doušnici optuženi za krivično djelo zapriječeno citiranjem odredbom branili od njezine primjene na svoja kivna doušništva tvrdnjom da kao doušnici nisu bili niti službene niti odgovorne osobe.

<sup>132</sup> To je bila svrha (u velikoj mjeri izjalovljena zadržtošću dotadašnjih žrtava komunističke vladavine, ali i nepouzdanošću podataka u dossierima tajnih policija) lustracija u prvim godinama nekoliko post-komunističkih poredaka. Za Češku vidi npr. V. Cepl, "Ritual Sacrifices", *East European Constitutional Review*, vol. 1, no. 1 (1992), str. 24-26. Za Poljsku vidi npr.: W. Osiatinsky, "Agent Walesa?: A 'Grand-Scale Political Provocation' in Poland", *East European Constitutional Review*, vol. 1, no. 2 (1992), str. 28-30; A. Rzeplinski, "A Lesser Evil: Attempting to Design a Fair Lustration procedure", *East European Constitutional Review*, vol. 1, no. 3 (1992), str. 33-35.

<sup>133</sup> Vidi ukratko I. Padjen, "Struktura pravne političke odgovornosti", *Naše teme*, god. 33, br. 5-6 (1989), na str. 1150 i d.

opravdana kao privremeno produžavanje pred-demokratske vladavine po kratkom postupku za one građane koji su posebno teškim djelima pridonijeli njezinom održavanju.

Vjerujem da navedene pravopolitičke pouke mogu biti i okvir za objašnjenje dosadašnje tranzicije Hrvatske u vladavinu prava, pluralističku demokraciju i tržišno gospodarstvo od 1990. do danas. Naime hrvatski je pravni poredak i tijekom prvog razdoblja (1990.-ih) i tijekom drugog razdoblja (2000.-ih) tranzicije, usprkos očekivanjima velikog dijela javnosti te brojnim obećanjima vodećih političara i pravosudnih dužnosnika, slabo ili nikako reagirao na zatečene očite nepravde, pa čak i one koje su bile počinjene teškim povredama prava na snazi u vrijeme kada su počinjene (kao što su to do 1990. politički progoni počinjeni za komunističke vladavine, a nakon 1990. nasilne deložacije stanara iz stanova nekadašnje JNA<sup>134</sup>, protuustavna imenovanja sudaca<sup>135</sup>, protuzakonito stjecanje imovine tijekom pretvorbe i privatizacije nekadašnjega društvenog vlasništva<sup>136</sup> i brojne druge teške povrede ljudskih prava<sup>137</sup>). Analiza Fullerove teorije o granicama prava pokazuju dvoje: da, protivno raširenom stajalištu (u Hrvatskoj, ali i u drugim modernim kulturama) postoji ne samo pravna mogućnost nego i pravna dužnost da se pravno sankcioniraju čak i ona zlodjela koja u vrijeme kad su bila počinjena nisu bila izriješena ili pak jasno pravno zabranjena te su sa stajališta tadašnje vladavine bila prešutno odobravana ili čak poticana; ali da pravne sankcije za takva zlodjela mogu biti samo relativno blage i uglavnom disciplinske.

### Summary

## **DISCRETION, ADJUDICATION AND LIMITS OF LAW: The Moral of Fuller's "Problem of the Grudge Informer"**

Fuller's "Problem of the Grudge Informer", which has been one of the most inspiring texts about law written after the World War II, may be used also as a highly illuminating introduction into the study of law. It demonstrates, by construing a hypothetical, the relevance of the most important tension within law, i.e. the tension between legal positivism and legal naturalism, which Fuller's integral theory of law attempts to overcome. "The Problem" ends by listing five

<sup>134</sup> Npr. Božidar Novak (ur.), *Deložacije u Republici Hrvatskoj: pravni, politički i socijalni aspekti* (Zagreb: Hrvatski helsinški odbor za ljudska prava, 1994).

<sup>135</sup> Npr. Ivan Zvonimir Čičak (ur.), *Kriza hrvatskog sudstva: nijekanje vladavine prava* (Zagreb: Hrvatski helsinški odbor za ljudska prava, 1994).

<sup>136</sup> Nar. Darko Petričić, *Kriminal u hrvatskoj pretvorbi* (Zagreb: Abakus, 2000).

<sup>137</sup> Vidi nar. *Hrvatski helsinški odbor: dokumenti 1993.-2003.* (Zagreb: Hrvatski helsinški odbor za ljudska prava, 2003.).

different solutions. They imply that a valid solution must consider the excuse, which is a standard defense used by perpetrators of political misdeeds, that the grudge informers have merely carried out their legal duties. Consideration of the excuse depends essentially on the evaluation of the Purple Shirts regime, which depends in turn on the following question: "How much discretion can a legal system endure, esp. to what degree can administrative decisions be withheld from judicial review, and to what degree can judicial decisions be discretionary, i.e. not bound by law, before the system loses its legal character?"

The central part of the paper (Part 2) attempts to demonstrate that "The Problem of the Grudge Informer" has a single valid solution, including the answer to the question "How much discretion can a legal system endure?". The solution follows from complex and abstract criteria of Fuller's theory as a whole. However, the purpose of Part 2 is to search for the right path rather than to point out its end. Hence Section 2.1 outlines tenets of Fuller's theory of the concept of law, esp. of the internal morality of law; Section 2.2. extracts from Fuller's writings explicit and tacit criteria that define limits of adjudication, links them with Aristotle's criteria (presupposed partly by Fuller himself), and infers new criteria, which should be serviceable to understanding both discretion and its relations to justice and equity (fairness); Section 2.3. reveals that Fuller's criteria defining limits of adjudication play a pivotal role in his conception of the nature - including limits - of the legal system.

The conclusion (Part 3) spells out the solution of "The Problem" and draws from it the moral, which may explain inter alia the transition of Croatia into a rule of law, pluralist democracy and market economy since 1990: contrary to a widespread opinion (in Croatia as well as in other modern cultures), it is not only justifiable but also required by law to sanction legally even the misdeeds that, at the time they were committed, were not prohibited (explicitly and/or clearly) by law, including the misdeeds that were tacitly approved and/or encouraged by the regime; however, legal sanctions for such misdeeds must be relatively mild and chiefly of a disciplinary nature.

*Key words: limits of law, limits of adjudication, discretion, legal positivism and legal naturalism, transition to the rule of law, Lon L. Fuller.*

### Zusammenfassung

## **DISKRETIION, RECHTSPRECHUNG UND GRENZEN DES RECHTS: Lehre aus Fullers "Problem des bösen Verleumders"**

Fullers "Problem des bösen Verleumders" ist einer der anregendsten Texte des Rechts, die nach dem II. Weltkrieg entstanden sind, eine gute Einführung in das Rechtsstudium. An diesem Beispiel zeigt er die Relevanz der wichtigsten Gegensätze im Recht, nämlich zwischen Rechtspositivismus und Rechtsnaturalismus, die Fuller durch seine integrale Theorie gerade zu überwinden versucht. Es enthält fünf unterschiedliche Lösungsvorschläge aus denen sich

schließen lässt, dass jedwede befriedigende Lösung die Entschuldigung des bösen Verleumders beurteilen muss, üblich für politische Überltäter, dass sie nur ihre rechtliche Pflicht erfüllt haben, dass diese Beurteilung wesentlich von der Beurteilung der Natur der Herrschaft der Braunhemden abhängt, und eine spätere Beurteilung von der Antwort auf ungefähr folgende Frage: „Wieviel Diskretion kann ein Rechtssystem einschließen, bis zu welchem Maße können Entscheidungen der Verwaltung von gerichtlichen Beurteilungen ausgenommen werden aber gerichtliche Beurteilungen diskrecione d.h. ungebunden an das Recht, bevor sie aufhören rechtlich zu sein?“

Der Hauptteil des Beitrags versucht zu zeigen, dass das „Problem des bösen Verleumders“ eine einzige Lösung hat und so auch die Antwort auf die Frage: „Wieviel Diskretion hält das Rechtssystem aus?“ Die Lösung ist durch komplexe und grundlegende Maßstäbe von Fullers gesamter Theorie gegeben. Das Hauptziel des Kapitels jedoch ist nicht das Finden einer Lösung sondern die Untersuchung des Weges dazu. Deshalb zeigt Punkt 2.1. die Hauptthese von Fullers Theorie zum Rechtsbegriff, besonders über die innere Moralität des Rechts; Punkt 2.2. sondert aus Fullers Schriften ausgesprochene und stillschweigende Maßstäbe zur Festlegung der Grenzen des Rechts aus, bringt sie in Verbindung mit Aristoteles Maßstäben, die Fuller teilweise voraussetzt und aus dieser Verbindung neue Maßstäbe ableitet, die auch zum Verständnis der Diskretion beitragen wird und ihrer Beziehung zur Rechtmäßigkeit und Gerechtigkeit; Punkt 2.3. zeigt, dass Fullers Maßstäbe zur Festlegung der Grenzen der Rechtsprechung eine wichtige Rolle in seiner Auffassung der Natur - einschließlich der Grenzen - des Rechtssystems haben.

Die Schlussfolgerung bringt die Lösung des „Problems des bösen Verleumders“ und zieht daraus Lehren, die auch einen Rahmen für die Erklärung der derzeitigen Transition Kroatiens in einen Rechtsstaat, in pluralistische Demokratie und Marktwirtschaft von 1990 bis heute bilden können: entgegen der verbreiteten Auffassung (in Kroatien aber auch in anderen Kulturen) besteht nicht nur die rechtliche Möglichkeit, sondern auch die rechtliche Pflicht, dass sogar jene Verbrechen rechtlich sanktioniert werden, die zur Zeit, als sie begangen wurden nicht ausdrücklich oder sogar klar rechtlich verboten waren, so dass sie vom Standpunkt der damaligen Regierung stillschweigend geduldet oder sogar angeregt wurden; doch rechtliche Sanktionen für solche Verbrechen können nur relativ mild und hauptsächliche Disziplinarstrafen sein.

**Schlüsselwörter:** *Grenzen des Rechts, Grenzen der Rechtsprechung, Diskretion, Rechtspositivismus und Rechtsnaturalismus, Transition in einen Rechtsstaat, Lon L. Fuller.*

## Sommaro

**DISCREZIONALITÀ, GIUDIZIO E LIMITI DEL DIRITTO:  
l'insegnamento de "Il problema dell'informatore rancoroso" di Fuller**

"Il problema dell'informatore rancoroso" di Fuller, che è stato uno dei più stimolanti testi sul diritto scritti dopo la II guerra mondiale, può essere utilizzato anche come un'introduzione allo studio del diritto altamente illuminante. Esso dimostra, attraverso la costruzione di un'ipotesi, la rilevanza della più importante tensione nel diritto, cioè la tensione tra positivismo giuridico e naturalismo giuridico, che la teoria integrale del diritto di Fuller tenta di superare. "Il problema" finisce con l'elencare cinque differenti soluzioni, le quali implicano che una valida soluzione deve considerare la causa di giustificazione, che è una difesa ordinaria utilizzata dai responsabili di misfatti politici, quando gli informatori rancorosi hanno appena svolto i loro doveri giuridici, la cui considerazione dipende essenzialmente dalla valutazione del regime dei colletti porpora, che dipende a turno dalle seguenti questioni: "quanta discrezionalità può assicurare un sistema giuridico, particolarmente in che grado le decisioni amministrative possono essere negate alla revisione giudiziale, e in che grado le decisioni giudiziali possono essere discrezionali, ossia non vincolate dal diritto, prima che il sistema perda il suo carattere giuridico?".

La parte centrale dello scritto tenta di dimostrare che "Il problema dell'informatore rancoroso" ha una sola valida soluzione, includente la risposta alla questione "quanta discrezionalità può assicurare un sistema giuridico". La soluzione discende dai criteri complessi e astratti della teoria di Fuller come insieme. Tuttavia, il proposito della parte centrale è di cercare il percorso corretto piuttosto che di indicare il suo fine. Quindi il punto 2.1 mostra i dogmi della teoria del concetto di diritto di Fuller, particolarmente della moralità interna del diritto; il punto 2.2 estrae dagli scritti di Fuller i criteri espliciti e taciti che definiscono i limiti del giudizio, li lega con i criteri di Aristotele (parzialmente presupposti da Fuller stesso), e inferisce nuovi criteri, che dovrebbero essere utili per comprendere sia la discrezionalità che le sue relazioni con la giustizia e l'equità; il punto 2.3 rivela che i criteri di Fuller per definire i limiti del giudizio giocano un ruolo centrale nella sua concezione della natura – inclusi i limiti – del sistema giuridico.

La conclusione decifra la soluzione de "Il problema" e disegna il suo insegnamento, che può spiegare tra l'altro la transizione della Croazia nello stato di diritto, la democrazia pluralista e l'economia di mercato dal 1990 a oggi: contrariamente a un'opinione diffusa (in Croazia come in altre culture moderne), è non solo giustificabile ma anche richiesto dalla legge di sanzionare giuridicamente anche i misfatti che, al tempo in cui essi furono commessi, erano non proibiti (esplicitamente e/o chiaramente) dalla legge, inclusi i misfatti che erano tacitamente approvati e/o incoraggiati dal regime; tuttavia, le sanzioni giuridiche per tali misfatti devono essere relativamente miti e principalmente di natura disciplinare.

**Parole chiave:** *limiti del diritto, limiti del giudizio, discrezionalità, positivismo giuridico e naturalismo giuridico, transizione allo stato di diritto, Lon L. Fuller.*





## PONAŠAJNA OBILJEŽJA MLADIH DELINKVENATA U REPUBLICI HRVATSKOJ U PRIJERATNOM I POSlijERATNOM RAZDOBLJU\*

Dr. sc. Ljiljana Mikšaj - Todorović,  
izvanredna profesorica  
Edukacijsko rehabilitacijski fakultet  
Sveučilišta u Zagrebu  
Dr. sc. Mladen Singer,  
redoviti profesor u miru  
Zagreb

UDK: 343.915::35.01(497.5)"199"  
316.624::35.01(497.5)"199"  
Ur.: 14. svibnja 2004.  
Pr.: 8. lipnja 2004.  
Izvorni znanstveni članak

*Cilj je rada utvrditi razlikuju li se malodobni delinkventi prije rata od onih nakon rata po svojim ponašajnim obilježjima, kako onima vezanim uz kriminalitet, tako i općenito. 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 onih koji su sankcionirani u petogodišnjem razdoblju (1987. - 1991.), a koje je u radu obilježeno kao prijeratno, a drugi čini 2 870 onih koji su sankcionirani u sedmogodišnjem razdoblju (1995. - 2001.) koje je u radu obilježeno kao poslijeratno.*

*Rezultati pokazuju da je broj sankcioniranih maloljetnika u poslijeratnom razdoblju značajno smanjen u odnosu na prijeratno. Dio objašnjenja je u poslijeratnoj dobro razrađenoj politici izvansudskog rješavanja odgojnih i obiteljskih problema. Međutim, po ponašajnim se obilježjima dvije skupine statistički značajno razlikuju. Poslijeratna generacija ima značajno lošiji "profil" (više nasilničkih delikata, recidivizma, asocijalnih ponašanja, ovisnosti i problema u procesu obrazovanja). U radu se daje prijedlog reforme institucija koje provode odgojne mjere i izvršavaju kaznu maloljetničkog zatvora kako bi se prilagodile novoj situaciji - «profil» malodobnih delinkvenata sve je lošiji, a sustavi zaduženi za njihov tretman presporo se mijenjaju i presporo odmiču od principa na kojima su funkcionirali prije rata.*

**Ključne riječi:** rat, malodobnička delinkvencija, poremećaji u ponašanju.

\* Ovaj članak je dio znanstvenoistraživačkog projekta Ministarstva znanosti i tehnologije (br. 0115016) "Osobitosti maloljetničke delinkvencije prije, tijekom i nakon rata" koji se vodi pri Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci.

## 1. Uvod

Rat nesumnjivo determinira određenu preraspodjelu kriminaliteta među stanovništvom u vrijeme svog trajanja i po svom završetku, u poredbi s prijeratnim razdobljem. Brojne analize to i potvrđuju, no njihovi rezultati se samo djelomice poklapaju jer nije svejedno je li zemlja čiji se kriminalitet promatra bila osvajač ili napadnuta, pobjednik ili poraženi, te jesu li dobro razlučena određena ponašanja koja se mogu okarakterizirati kriminalnima.

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, te 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, 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.

Što se tiče Prvoga svjetskog rata, Lange (1929.) je analizirajući krivulje kriminaliteta zaključio da su ratne generacije daleko sklonije kriminalitetu nego predratne. Constant (1949.) i Exner (1949.) konstatirali su da se u ratnim godinama u Francuskoj i Austriji povećao broj kaznenih presuda općenito, a Hacker (1974:229) da je u Švicarskoj upravo tijekom rata došlo do drastičnog smanjenja seksualnih delikata u odnosu i na prijeratno i na poslijeratno razdoblje.

Analize vezane uz Drugi svjetski rat (Mannheim, 1966.; Maklecov, 1947.; Eliot 1962:316) pokazale su da se tijekom njega povećava broj primarnih delinkvenata u odnosu na povratnike, da drastično raste stopa kriminaliteta koji čine žene i malodobne osobe (istraživanja u Engleskoj, Walesu, Danskoj i Nizozemskoj) te da se sve kategorije stanovništva pojačano javljaju kao izvršitelji kaznenih djela.

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 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. Oni pokazuju da je broj sankcioniranih malodobnih osoba u sedmogodišnjem razdoblju nakon rata (1995. - 2001.) oko jedan i po put manji od broja sankcioniranih u petogodišnjem razdoblju prije rata (1987. - 1991.).

Dva su komplementarna objašnjenja ovakvog kretanja. Prvo se odnosi na činjenicu da su mnoge malodobne osobe počinile kazneno djelo ranije (još u ratnom razdoblju) i početkom promatranog poslijeratnog razdoblja, bile bi prijavljene i sankcionirane, ali se to nije dogodilo i one nisu ušle u statistike jer je dobar dio teritorija tada bio izvan jurisdikcije Republike Hrvatske. Drugo se objašnjenje odnosi na ozbiljniji zaokret u politici rješavanja problema delinkvencije malodobnika u poslijeratnom razdoblju. Riječ je o razvoju strategije kojom bi se tijela izvršenja odgojnih mjera djelomice rasteretila, u okviru koje se ulažu sustavni naponi za rješavanje odgojnih i obiteljskih problema izvansudskim putem.

U ovom radu, međutim, glavni naglasak nije stavljen na konstatiranje i objašnjavanje promjena u statistikama kriminaliteta malodobnika s obzirom na ratne prilike u Republici Hrvatskoj (one su iznesene u prethodnom poglavlju), već je svrha, na neki način, odrediti promjene u «profilu» počinitelja u poslijeratnom razdoblju u odnosu na prijeratno. Glavno je pitanje ovdje razlikuju li se malodobni delinkventi prije rata od onih poslije rata u vrstama kaznenih djela koja čine, recidivizmu i ponašajnim obilježjima općenito. 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 razvoj mladih. Stoga je logično očekivanje da je "profil" malodobnih delinkvenata u poslijeratnom razdoblju vjerojatno nepovoljniji od onoga prije rata. Ukoliko je tako, hrvatsko je društvo stavljeno pred novi izazov - potrebu restrukturiranja postojećih (naslijeđenih) institucija i sustava u borbi protiv kriminaliteta mladih, koji više nije isti.

## **2. Cilj rada i hipoteza**

S obzirom na prethodno opisanu svrhu ovog rada, cilj je rada utvrditi razlikuju li se malodobni delinkventi prije rata od onih nakon rata po svojim ponašajnim obilježjima, kako onima vezanim uz kriminalitet, tako i općenito.

U radu se polazi od hipoteze da postoje statistički značajne razlike u ponašajnim obilježjima malodobnih delinkvenata, na način da su ona u poslijeratnom razdoblju nepovoljnija od onih 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 16 varijabli iz prostora ponašanja, koje su zajedno sa svojim kategorijama pregledno iznesene u dva tablična prikaza u poglavlju koje se odnosi na rezultate rada.

#### **3.3. Metoda 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 njihova ponašajna obilježja. Kao kritična vrijednost statističke značajnosti uzeta je vjerojatnost pogreške manja od 5% ( $p < .05$ ).

#### **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 tu dokumentaciju koristili kao izvor informacija da bi ih na sustavan način unijeli u prethodno opisani instrument.

### **4. Rezultati**

Dobiveni rezultati organizirani su u dva tablična prikaza; u prvoj tablici prikazane su relacije 11 ponašajnih varijabli s vremenskom varijablom koja sadrži kategorije "prije rata" i "poslije rata". Zbog uštede prostora, umjesto u 11 tablica podaci su smješteni u jednoj zbirci, pri čemu je vremenska varijabla

zajednička svim tablicama, a statistički pokazatelji prikazani su u tri posljednje kolone.

U drugoj tablici nalaze se relacije 5 varijabli recidivizma s vremenskom varijablom, a organizacija tablice načinjena je po istom obrascu kao i prethodna.

Prema logičkim skupinama varijabli formirana su potpoglavlja ovog poglavlja.

#### 4.1. Glavno kazneno djelo

Poznato je da su imovinski delikti glavno obilježje malodobničke delinkvencije (Singer, Mikšaj - Todorović, 1993:65), pri čemu se među sankcioniranim počiniteljima, za razliku od prijavljenih, ipak očekuje nešto veći udio drugih kaznenih djela. Ako se promatraju razlike u udjelu vrste kaznenih djela s obzirom na prijeratno i poslijeratno razdoblje, one su statistički značajne (tablica 1). U poslijeratnom razdoblju udio ispitanika sankcioniranih radi nasilničkih delikata relativno je gotovo dvostruko veći u usporedbi s prijeratnim razdobljem, dok su imovinski i ostali delikti nakon rata nešto manje zastupljeni nego prije. Ovaj nagli poslijeratni porast broja sankcioniranih zbog delikata nasilja potvrđuje navode istraživača o multiplom utjecaju rata na nasilničko ponašanje ljudi, posebno mladih. Tako u poslijeratnom razdoblju četvrtinu sankcioniranih malodobnih počinitelja kaznenih djela čine oni koji čine nasilničke delikte.

#### 4.2. Asocijalna ponašanja

Svaka varijabla asocijalnog ponašanja (agresivnost, skitnja, bježanje od kuće, prosjačenje i druženje s asocijalnim osobama) statistički je značajno povezana s vremenskom varijablom koja ima kategorije «prije rata» i «poslije rata» (tablica 1).

Udio ispitanika s *agresivnim ponašanjem* među sankcioniranim malodobnicima nakon rata je relativno dvostruko veći nakon rata u odnosu na prijeratno razdoblje, dok se udio onih koje ne karakterizira takvo ponašanje nešto smanjuje. Ovo je sukladno prethodno navedenom podatku o relativno dvostrukom porastu udjela počinitelja nasilničkih delikata u razdoblju nakon rata, jer agresivno ponašanje supsumira i nasilničke delikte.

Kad je u pitanju *skitnja* kao obilježje ispitanika, situacija je slična. U poslijeratnom razdoblju nešto je smanjen udio onih koji ne skiću u odnosu na razdoblje prije rata. Međutim, promatraju li se ispitanici koji su skloni skitnji, tada je njihov udio u razdoblju nakon rata značajno veći. Posebno to vrijedi za one koji su sa skitnjom započeli još prije 14. godine, a kojih je u poslijeratnom razdoblju relativno čak dva i po puta više među sankcioniranim malodobnicima nego prije rata.

Gotovo identična situacija prepoznaje se kad je u pitanju *bježanje od kuće*. Među sankcioniranim nakon rata onih koji bježanje od kuće nemaju zabilježeno prilično je manje nego što ih je bilo prije rata. Vrijedi i obratno; ispitanika koji su skloni tom obliku ponašanja nakon rata je značajno više, a posebno to vrijedi

za skupinu koja je s takvim ponašanjem započela još prije 14. godine života i koja je u poslijeratnom subuzorku prisutna relativno čak dva i po puta češće.

*Prosjačenje* inače nije ponašanje koje bi snažno karakteriziralo maloljetne delinkvente, međutim u ovom istraživanju pokazalo se da je u poslijeratnoj skupini sankcioniranih delinkvenata ono prisutno relativno drastično češće nego u prijeratnoj. Ispitanici koji su s prosjačenjem započeli prije svoje 14. godine zastupljeni su relativno dvostruko, a oni koji su s njim započeli nakon 14. godine relativno trostruko češće nego prije rata.

I napokon, *druženje s asocijalnim osobama* kao karakteristika ponašanja maloljetnih sankcioniranih delinkvenata pokazuje sličnu tendenciju. U poslijeratnom razdoblju takvih je ispitanika bilo relativno dvostruko više (misli se na one koji su ga iskazivali i prije 14. godine) nego prije rata.

Gledajući promjene u udjelu svih promatranih asocijalnih ponašanja u sankcioniranih malodobnih osoba u razdoblju prije i poslije rata može se konstatirati da su sva ona relativno dva do tri puta češća u razdoblju nakon rata, a posebno to vrijedi za neka koja su se počela razvijati još u dječjoj dobi. Poslijeratna struktura malodobnih sankcioniranih delinkvenata s obzirom na višestruko povećan udio asocijalnih ponašanja pokazuje da treba računati na četvrtinu svih sankcioniranih koji će se agresivno ponašati, trećinu koji će skitati, četvrtinu koji će bježati od kuće, oko 10% onih koji će prosjačiti i gotovo polovicu onih koji će se družiti s asocijalnim osobama.

### 4.3. Konzumiranje psihoaktivnih tvari

U tablicu 1 uvrštene su i dvije varijable koje se odnose na konzumiranje psihoaktivnih tvari od strane ispitanika s obzirom na prijeratno i poslijeratno razdoblje. Riječ je o prekomjernom konzumiranju alkohola i konzumiranju droge. Obje su varijable statistički značajno povezane s vremenskom varijablom koja ima kategorije "prije rata" i "poslije rata".

U razdoblju nakon rata udio sankcioniranih malodobnih osoba koje prekomjerno ne konzumiraju alkohol nešto se smanjio u odnosu na prijeratno razdoblje, no udio onih koji ga prekomjerno konzumiraju povećao se čak dva i po puta.

Kad je u pitanju *konzumiranje droge*, situacija je još i gora. Udio nekonzumenata u poslijeratnom razdoblju neznatno se smanjio u odnosu na prijeratno, ali se udio konzumenata utrostručio.

U poslijeratnom razdoblju, dakle, bitno je pogoršana slika malodobnih sankcioniranih delinkvenata s obzirom na konzumiranje psihoaktivnih tvari, te treba računati na oko 15% onih koji će se alkoholizirati i 6 do 7% onih koji će konzumirati ilegalne droge.

### 4.4. Teškoće u procesu školovanja

Tri varijable koje se odnose na teškoće u procesu školovanja (ponavljanje razreda u osnovnoj školi, bježanje iz osnovne škole i prekid osnovnog školovanja) također su, s obzirom na vremensku varijablu, uvrštene u tablicu 1. Sve su statistički značajno povezane s tom varijablom.

Prvi je znak ozbiljnijih teškoća u procesu osnovnog školovanja *ponavljanje razreda*. Među ispitanicima u poslijeratnom razdoblju relativni udio onih koji nisu ponavljali razred nešto je manji u odnosu na prijeratno razdoblje, ali se udio ponavljača povećava. On je to veći što je veći i broj ponavljanja. Tako se udio onih koji su razred ponavljali jednom ili dva puta relativno povećava za nekoliko postotaka, a onih koji su ga ponavljali tri i više puta relativno se povećao jedan i po puta.

Kad je u pitanju *bježanje iz škole*, tada je vidljivo da se relativni udio onih koji ne pokazuju takvu sklonost u poslijeratnom razdoblju u odnosu na prijeratno smanjio u identičnom omjeru u kojem se povećao udio onih koji su skloni bježanju iz škole.

*Prekid osnovnog školovanja* kao najnepovoljniji oblik teškoća u procesu školovanja pokazuje još drastičniju tendenciju. Dok se u poslijeratnom razdoblju neznatno smanjio relativni udio onih koji nisu prekidali školovanje u odnosu na prijeratno, udio onih koji su prekidali školu je relativno dvostruko veći.

Problemi u školovanju malodobnih sankcioniranih počinitelja kaznenih djela uglavnom nisu (izuzetak čini višestruko ponavljanje razreda), višestruko prisutniji u poslijeratnom razdoblju u poredbi s prijeratnim, ali je tendencija pogoršanja slike i te kako vidljiva. Treba računati s tim da među njima sada ima oko 30% onih koji ponavljaju razred u osnovnoj školi, trećina onih koji bježe iz osnovne škole i petina onih koji prekidaju osnovno školovanje.

#### 4.5. Recidivizam

Tablica 2 pokazuje relacije između pet varijabli koje opisuju recidivirajuće ponašanje ispitanika sa zajedničkom vremenskom varijablom koja ima kategorije "prije rata" i "poslije rata". Varijable recidivizma su sljedeće: ranija prijavljivost, prijavljen i prije 14. godine, broj prijava prije 14. godine, ranije prijavljen nakon 14. godine i ranije izrečene sankcije. Sve su one s navedenom vremenskom varijablom statistički značajno povezane.

Kad je u pitanju *ranija prijavljivost*, bez obzira na dob i broj prijava, vidljivo je da se u poslijeratnom razdoblju relativni udio onih koji nisu ranije prijavljivani smanjio u odnosu na prijeratno u gotovo identičnom omjeru kao što je porastao udio onih koji su ranije prijavljivani.

Slična je situacija i kad je u pitanju *prijavljivost prije 14. godine*, a kad se u obzir uzme *broj ranijih prijava prije 14. godine*, može se konstatirati da u poslijeratnom razdoblju u poredbi s prijeratnim relativni udio ranije prijavljenih raste to više što je veći broj ranijih prijava.

Ukoliko se promatraju samo ispitanici *ranije prijavljeni nakon 14. godine*, oni su u razdoblju nakon rata u odnosu na prijeratno također relativno nešto prisutniji, dok je udio onih koji nisu prijavljivani u tom razdoblju relativno neznatno manji.

I napokon, *ranije sankcionirani malodobnici* (dakle recidivisti u kazneno pravnom smislu) u poslijeratnom su razdoblju u odnosu na prijeratno relativno nešto prisutniji, dok je udio onih koji ranije nisu sankcionirani neznatno manji.

Vidljivo je, dakle, da je u poslijeratnom razdoblju struktura malodobnih sankcioniranih počinitelja kaznenih djela s obzirom na prethodno činjenje kaznenih djela pogoršana u odnosu na prijeratno razdoblje, i to po svim recidivirajućim obilježjima koja su se u ovom radu ispitivala. Tako nakon rata ta struktura izgleda kako slijedi: jednu trećinu sankcioniranih malodobnika čine oni koji su ranije prijavljivani, oko 14% onih koji su prijavljivani prije 14. godine, oko 28% onih koji su prijavljivani nakon 14. godine, te 16,3% onih kojima su ranije izricane sankcije zbog činjenja kaznenih djela.

### **5. Zaključak**

Istraživanje u ovom radu potvrdilo je uvodno postavljenu hipotezu i pokazalo da je ponašajni «profil» sankcioniranih malodobnih počinitelja kaznenih djela u poslijeratnom razdoblju, usprkos vidljivom padu njihova broja, značajno gori od onoga prije rata. Razlozi za to mogu biti višestruki, ali ratno razdoblje i promijenjeni uvjeti života nakon rata zasigurno imaju odlučujuću ulogu. Bez obzira na razloge zbog kojih je došlo do ovakvih promjena, danas se zaduženi za tretman malodobnih delinkvenata kojima je izrečena neka sankcija nalaze pred ozbiljnim izazovom. Bez obzira je li u pitanju institucionalni ili izvaninstitucionalni tretman, s obzirom na rezultate ovog istraživanja, potrebno je napokon formirati programe za tretman nasilničkog ponašanja. Oni su i ranije bili potrebni, ali je poslijeratni udvostručeni relativni udio sankcioniranih radi kaznenih djela nasilja, te isto toliko prisutnija sklonost agresivnom ponašanju, zasigurno ozbiljan znak za preispitivanje prakse i uvođenje ovakvih programa. Programi tretmana nasilničkog ponašanja, uključujući i seksualno nasilje, u razvijenim su zemljama uobičajeni dio cjelokupnog tretmana ne samo sankcioniranih malodobnih počinitelja nasilničkih delikata već i onih kojima se sudjelovanje u takvom programu ponekad može uvjetovati obustavljanjem kaznenog postupka (Empey i Erickson, 1972:177; Vachss i Bakal, 1985; Bortner, 1988:303-308).

Dva do tri puta veći relativni udio asocijalnih ponašanja u malodobnih delinkvenata u poslijeratnom razdoblju u odnosu na prijeratno, poput skitnje, bježanja od kuće, prosjačenja i druženja s asocijalnim osobama, ukazuje na pojačanu potrebu za još nekim programima tretmana koji danas u Hrvatskoj ne postoje; ovi specifični podaci ukazuju na potrebu formiranja programa barem u dva smjera; jedan čine bihevioralni programi usmjereni prema samim delinkventima, a drugi se odnosi na simultanu provedbu programa koji uključuju rad s obitelji i obiteljsku terapiju. Navedena ponašanja, naime, ukazuju na orijentaciju dobrog dijela počinitelja prema provođenju vremena na ulici, pa je opravdano pitati se jesu ili njihove obitelji više kriminogeni ili zaštitni čimbenik u razvoju delinkvencije.

Dva i po puta veći relativni udio konzumenata alkohola i tri puta veći relativni udio konzumenata droge među promatranom populacijom nakon rata, u odnosu na predratnu situaciju, definitivno su argument za potrebu oblikovanja dobrih i stalnih programa tretmana ovisnika, koji moraju biti supervizirani i evaluirani.



Dok su oni u svijetu uobičajena praksa koja se stalno unapređuje (Greene, 1981.; Polich, Ellickson, Reuter i Kahan, 1984.), u Hrvatskoj je malo pokušaja, a programi u mnogome nisu izvedeni po svjetskim stručnim standardima i nisu evaluirani (Knotek - Iveta i Maloić, 2000.).

Povećan relativni udio sankcioniranih malodobnih počinitelja kaznenih djela koji imaju ozbiljnijih teškoća u procesu školovanja u poslijeratnom razdoblju, u odnosu na prijeratno, posebno je osjetljiv problem. Naime, u Hrvatskoj već dulje vrijeme traje svojevrsni pokret za reformama cjelokupnoga obrazovnog sustava koji je procijenjen lošim i svakako nepovoljnim za one mlade ljude koji zbog nekih razloga ne mogu slijediti stroge i opsežne obrazovne programe uz malo mogućnosti izbora i malo odgojnih utjecaja u korist obrazovnih sadržaja (Strugar, 1999.; Bežen, 1999.; Mušanović, 1999.; Uzelac i sur., 1999.; Mikšaj - Todorović i sur., 1999.). Stoga bi se radilo o svojevrsnoj hipokriziji kad bi se ovdje istaknula potreba za boljim odgojno - obrazovnim programima za sankcionirane maloljetne delinkvente (bilo da se sankcija provodi u instituciji ili u zajednici) jer su obrazovni programi za njih sastavni dio cjelokupnoga (a lošeg) obrazovnog sustava za sve mlade ljude u zemlji. Skorašnje bi reforme cjelokupnoga obrazovnog sustava mogle uključiti fleksibilne, stupnjevite i potrebama pojedinih skupina prilagođene obrazovne programe koji bi i sami po sebi zadržavali značajno veći broj pojedinaca (posebno problematičnih) u procesu obrazovanja umjesto da iz njega bježe. Takvi su se programi pokazali vrlo uspješnima u svijetu (Harrison i Glaubman, 1990.; Muncey i McQuillan, 1993.; Schmoker i Wilson, 1993.; White i Brockington, 1982.) i zahvaljujući njima mnogi vrlo problematični mladi ljudi steknu barem neke kvalifikacije u određenom zanimanju, čime se sprječava njihov potpuni bijeg iz obrazovnog procesa.

I napokon, među sankcioniranim malodobnim počiniteljima kaznenih djela u poslijeratnom razdoblju u poredbi s prijeratnim značajno je više recidivista (najdrastičnije onih koji su prijavljivani više puta još prije svoje 14. godine života). Iako za to nije odgovoran isključivo sustav njihova ranijeg tretmana, on se ne može ni posve osloboditi odgovornosti. Mnogo je vanjskih okolnosti koje su mogle pogodovati ranijem opetovanom činjenju kaznenih djela, ali sustavi zaduženi za tretman (koji primarno pripadaju resorima socijalne skrbi, pravosuđa i zdravstva) moraju s tim računati. Nije dovoljno tretmanski utjecaj usmjeriti samo prema delinkventu, već se podrazumijeva i zahvaćanje drugih rizičnih čimbenika. U tom smislu dovoljno je reći da u domaćoj literaturi zapravo i nema studija i analiza koje bi progovorile o tretmanskim programima za mlade delinkvente, njihovoj potrebi, teškoćama u provođenju, njihovoj evaluaciji i slično. To je velika šteta jer, kako podaci u ovom istraživanju dokazuju, "profil" malodobnih počinitelja kaznenih djela sve je lošiji, a sustavi zaduženi za njihov tretman presporo se mijenjaju i presporo odmiču od principa na kojima su funkcionirali prije rata.

Tablica 1 - Poremećaji u ponašanju

		Svega		Prije rata		Poslije rata		Statistika		
Varijabla	Kategorija	ap.	%	ap.	%	ap.	%	Hi - kvadrat	Stupanj slobode	Značajnost
<b>Ukupno</b>		6926	100	4056	100	2870	100	/	/	/
<b>Glavno kazneno djelo</b>	<i>Nasilje</i>	1310	18,9	568	14	742	25,9	153,919	2	,000
	<i>Imovina</i>	4791	69,2	2973	73,3	1818	63,3			
	<i>Ostalo</i>	825	11,9	515	12,7	310	10,8			
<b>Agresivnost</b>	<i>Ne</i>	5559	80,3	3433	84,6	2126	74,1	118,387	1	,000
	<i>Da</i>	1367	19,7	623	15,4	744	25,9			
<b>Prekomjerno konzumiranje alkohola</b>	<i>Ne</i>	6221	89,8	3783	93,3	2438	84,9	127,296	1	,000
	<i>Da</i>	705	10,2	273	6,7	432	15,1			
<b>Konzumiranje droge</b>	<i>Ne</i>	6660	96,2	3970	97,9	2690	93,7	78,435	1	,000
	<i>Da</i>	266	3,8	86	2,1	180	6,3			
<b>Skitnja</b>	<i>Ne</i>	5209	75,2	3258	80,3	1951	68,0	185,168	2	,000
	<i>Nakon 14. god.</i>	789	11,4	437	10,8	352	12,3			
	<i>Prije 14. god.</i>	928	13,4	361	8,9	567	19,8			
<b>Bježanje od kuće</b>	<i>Ne</i>	5747	83,0	3548	87,5	2199	76,6	166,513	2	,000
	<i>Nakon 14. god.</i>	554	8,0	282	7,0	272	9,5			
	<i>Prije 14. god.</i>	625	9,0	226	5,6	399	13,9			
<b>Prosjačenje</b>	<i>Ne</i>	6483	93,6	3886	95,8	2597	90,5	80,075	2	,000
	<i>Nakon 14. god.</i>	140	2,0	50	1,2	90	3,1			
	<i>Prije 14. god.</i>	303	4,4	120	3,0	183	6,4			
<b>Druženje sa asocijalnim osobama</b>	<i>Ne</i>	4149	59,9	2599	64,1	1550	54,0	124,272	2	,000
	<i>Nakon 14. god.</i>	1453	21,0	857	21,1	596	20,8			
	<i>Prije 14. god.</i>	1324	19,1	600	14,8	724	25,2			
<b>Ponavljanje razreda u osnovnoj školi</b>	<i>Nije ponavljao</i>	4972	71,8	2990	73,7	1982	69,1	24,987	3	,000
	<i>Jednom</i>	1112	16,1	626	15,4	486	16,9			
	<i>Dva puta</i>	590	8,5	321	7,9	269	9,4			
	<i>Tri ili više puta</i>	252	3,6	119	2,9	133	4,6			
<b>Bježanje iz osnovne škole</b>	<i>Nije bježao</i>	4951	71,5	3011	74,2	1940	67,6	36,352	1	,000
	<i>Bježao</i>	1975	28,5	1045	25,8	930	32,4			
<b>Prekid osnovnog školovanja</b>	<i>Nije prekidao</i>	5879	84,9	3579	88,2	2300	80,1	85,943	1	,000
	<i>Prekidao</i>	1047	15,1	477	11,8	570	19,9			

Tablica 2 - *Kriminalni povrat*

		Svega		Prije rata		Poslije rata		Statistika		
Varijabla	Kategorija	ap.	%	ap.	%	ap.	%	Hi - kvadrat	Stupanj slobode	Značajnost
<b>Ukupno</b>		6926	100	4056	100	2870	100	/	/	/
<b>Ranija prijavljivost</b>	<i>Ne</i>	4986	72,0	3071	75,7	1915	66,7	67,368	1	,000
	<i>Da</i>	1940	28,0	985	24,3	955	33,3			
<b>Prijavljen i prije 14. godine</b>	<i>Ne</i>	6155	88,9	3690	91,0	2465	85,9	43,979	1	,000
	<i>Da</i>	771	11,1	366	9,0	405	14,1			
<b>Broj prijava prije 14. godine života</b>	<i>Nije prijavljen</i>	6324	91,3	3773	93,0	2551	88,9	57,290	4	,000
	<i>Jednom</i>	350	5,1	178	4,4	172	6,0			
	<i>Dva puta</i>	135	1,9	68	1,7	67	2,3			
	<i>Tri puta</i>	57	0,8	25	0,6	32	1,1			
	<i>Četiri ili više puta</i>	60	0,9	12	0,3	48	1,7			
<b>Ranije prijavljen nakon 14. godine</b>	<i>Ne</i>	5310	76,7	3239	79,9	2071	72,2	55,659	1	,000
	<i>Da</i>	1616	23,3	817	20,1	799	27,8			
<b>Ranije izrečene sankcije</b>	<i>Ne</i>	6031	87,1	3630	89,5	2401	83,7	50,916	1	,000
	<i>Da</i>	895	12,9	426	10,5	469	16,3			

### Literatura

- Archer, D., R. Gartner (1984): *Violence and Crime in Cross - National Perspective*. Yall University Press. New Haven.
- Bežen, A. (1999): *Nastavnik i (pre)opterećenost učenika. Nastavnik - čimbenik kvalitete u odgoju i obrazovanju. Zbornik radova. Drugi međunarodni znanstveni kolokvij, Rijeka, 25.-26. ožujka, 1999., 228-235.*
- Bortner, M.A. (1988): *Delinquency and Justice, An Age of Crisis*. McGraw-Hill Book Company, London.
- Constant, J. (1949): *Elements de criminologie*. Liege.
- Eliot, M. (1962): *Zločin u suvremenom društvu*. Veselin Masleša, Sarajevo.
- Empey, L.T., M.L. Erickson (1972): *The Provo Experiment: Evaluating Community Control of Delinquency*. Lexington Mass., Lexington.
- Exner, F. (1949): *Kriminologie*. Springer, Berlin.
- Greene, B.T. (1981): *An Examination of the Relationship Between Crime and Substance Use in Drug/Alcohol Treatment Population*. *The International Journal of Addiction*, 16, 627-645.
- Hacker, F. (1974): *Agression - die Brutalisierung der modern Welt*. Wien - München - Zurich.
- Harrison, I.A., R. Glaubman (1990): *Innovations and school improvement*. *Journal of Research and Development in Education*, 24,1,34-42.
- Knotek - Iveta, Ž., S. Maloić (2000): *Program stručnog rada s ovisnicima o drogama u Odgojnom zavodu Turapolje. Kriminologija i socijalna integracija*, 8, 1-2, 117-123.
- Lange, J. (1929): *Verbrechen als Schicksal*. Leipzig.
- Maklecov (1947): *Problem zločina i psihoanaliza*. Arhiv za pravne i društvene nauke, svezak XXIX, br. 5, Beograd.
- Mannheim, H. (1966): *Comparative Criminology*. London.

- Mikšaj - Todorović, Lj., M. Vučinić - Knežević, S. Uzelac (1999): Procjene nastavnika o obiteljskim prilikama kao čimbeniku rizičnosti socijalnog ponašanja. *Nastavnik - čimbenik kvalitete u odgoju i obrazovanju. Zbornik radova. Drugi međunarodni znanstveni kolokvij, Rijeka, 25.-26. ožujka, 1999., 510 - 522.*
- Muncey, D.E., P.J. McQuillan (1993): Preliminary Findings from a Five-year Study of the Coalation of Essential Schools. *Phi Delta Kappan, 74, 6, 327 - 334.*
- Mušanović, M. (1999): Kritika koncepcije cjelovitog upravljanja kvalitetom u odgoju i obrazovanju. *Nastavnik - čimbenik kvalitete u odgoju i obrazovanju. Zbornik radova. Drugi međunarodni znanstveni kolokvij, Rijeka, 25.-26. ožujka, 1999., 243-250.*
- Polich, J.M., Ph.L. Ellickson, P. Reuter, J.P. Kahan (1984): *Strategies for Controlling Adolescent Drug Use. Rand. Santa Monica, California.*
- Schmoker, M., R.B. Wilson (1993): *Transforming Schools through Total Quality Education. Phi delta Kappan, 74,5, 211 - 218.*
- Singer, M., Lj. Mikšaj - Todorović (1993): *Delinkvencija mladih. Nakladni zavod Globus, Zagreb.*
- Singer, M. (1994): *Kriminologija. Nakladni zavod Globus, Sveučilište u Zagrebu, MUP RH, Zagreb.*
- Singer, M., I. Cajner Mraović (2003): *Rat i delinkvencija mladih. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 24, 2, 931 - 955.*
- Strugar, V. (1999): *Nestručno zastupljena nastava i kvaliteta u odgoju i obrazovanju. Nastavnik - čimbenik kvalitete u odgoju i obrazovanju. Zbornik radova. Drugi međunarodni znanstveni kolokvij, Rijeka, 25.-26. ožujka, 1999., 219 - 228.*
- Uzelac, S., M. Vučinić - Knežević, Lj. Mikšaj - Todorović (1999): *Procjene nastavnika o rizičnosti socijalnog ponašanja učenika. Nastavnik - čimbenik kvalitete u odgoju i obrazovanju. Zbornik radova. Drugi međunarodni znanstveni kolokvij, Rijeka, 25.-26. ožujka, 1999., 504 -510.*
- Vachss, A.H., Y. Bakal (1985): *The Lyfe-Style Violent Juvenile: The Secure Treatment Approach. Lexington Mass. Lexington.*

## Summary

### **BEHAVIORAL CHARACTERISTICS OF YOUNG DELINQUENTS IN THE REPUBLIC OF CROATIA BEFORE AND AFTER THE WAR**

The aim of this paper is to establish whether there is a difference in behavioral characteristics of juvenile delinquents before and after the war, both in relation to criminal acts and general behavior. Research has been conducted on two samples of juvenile delinquents that have been condemned by juvenile courts on the territory of the Republic of Croatia for a criminal act: the first sample comprises 4056 condemned during a period of five years (1987-1991), indicated as a prewar period; and the second comprises 2870 condemned during a period of seven years (1995-2001), indicated as a postwar period.

Results demonstrate that a number of postwar condemned juveniles has significantly decreased in comparison with prewar period. A part of explanation is found in well-developed postwar policy of extrajudicial solving of educational and family problems. However, the two groups statistically differ to a significant extent in relation to behavioral characteristics. Postwar generation has a

significantly worse "profile" (more violent crimes, recidivism, asocial behavior, addiction and problems in educational process). The paper proposes reform of institutions that perform educational measures and juvenile imprisonment in order to adjust them to the new situation - "profile" of juvenile delinquents is worsening while systems employed for their treatment have been changing too slowly in relation to principles of their operation in the prewar period.

*Key words: war, juvenile delinquency, behavioral deviations.*

### Zusammenfassung

## VERHALTENSMERKMALE JUNGER DELINQUENTEN ZUR VOR- UND NACHKRIEGSZEIT IN DER REPUBLIK KROATIEN

Ziel der Arbeit ist festzustellen, ob sich die minderjährigen Delinquenten vor dem Krieg in ihren Verhaltensmerkmalen, die mit der Kriminalität verbunden sind und auch den allgemeinen, von den Delinquenten nach dem Krieg 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 werden und die zweite 2 870 Delinquenten innerhalb von sieben Jahren (1995 - 2001), die in der Arbeit als Nachkriegsgruppe bezeichnet werden.

Die Ergebnisse zeigen, dass die Zahl der sanktionierten Minderjährigen in der Nachkriegszeit wesentlich geringer ist als in der Vorkriegszeit. Eine teilweise Erklärung dafür gibt die nach dem Krieg gut ausgearbeitet Politik der außergerichtlichen Lösung von Erziehungs- und Familienproblemen. In ihren Verhaltensmerkmalen unterscheiden sich die beiden Gruppen allerdings statistisch wesentlich voneinander. Die Nachkriegsgeneration hat ein wesentlich schlechteres «Profil» (mehr Gewaltdelikte, Rezidivismus, asoziales Verhalten, Abhängigkeit und Probleme im Prozess der Ausbildung). In der Arbeit werden Vorschläge zur Reform der Institutionen, die Erziehungsmaßnahmen durchführen und die Gefängnisstrafe von Minderjährigen vollziehen, gemacht, damit sich diese der neuen Situation anpassen können - das «Profil» der Minderjährigen ist immer schlechter, doch die Systeme, die zu deren Behandlung verpflichtet sind, ändern sich zu langsam und weichen zu langsam von den Prinzipien ab, nach denen sie vor dem Krieg funktioniert haben.

*Schlüsselwörter: Krieg, Delinquenz von Minderjährigen, Verhaltensstörungen.*

## Sommaro

**CARATTERISTICHE COMPORAMENTALI  
DI DELINQUENTI MINORENNI  
NELLA REPUBBLICA DI CROAZIA PRIMA E DOPO LA GUERRA**

Lo scopo del lavoro è di stabilire se ci sia una differenza nelle caratteristiche comportamentali di delinquenti minorenni prima e dopo la guerra, in relazione sia ai reati che al comportamento generale. La ricerca è stata condotta su due campioni di delinquenti minorenni che sono stati condannati dai tribunali per i minorenni nel territorio della Repubblica di Croazia per un reato: il primo campione comprende 4056 condannati durante un periodo di cinque anni (1987-1991), indicato nel lavoro come prebellico, mentre il secondo comprende 2870 condannati durante un periodo di sette anni (1995-2001), indicato come postbellico.

I risultati dimostrano che il numero di minorenni condannati postguerra è significativamente diminuito in comparazione con quelli preguerra. Una parte della spiegazione è trovata nella sviluppata politica postbellica di risoluzione stragiudiziale dei problemi educativi e familiari. Tuttavia i due gruppi differiscono statisticamente in misura significativa in relazione alle caratteristiche comportamentali. La generazione postbellica ha un "profilo" significativamente peggiore (più reati violenti, recidivismo, comportamento asociale, dedizione e problemi nel processo educativo). Nel lavoro si propone la riforma delle istituzioni che stabiliscono le misure educative e la carcerazione minorile per adeguarli alla nuova situazione – il "profilo" dei delinquenti minorenni è peggiorato, mentre i sistemi adottati per il loro trattamento sono stati modificati troppo lentamente in relazione ai principi del loro funzionamento nel periodo prebellico.

*Parole chiave: guerra, delinquenza minorile, deviazioni comportamentali.*

## PORNOGRAFIJA I SEKSUALNO ZADOVOLJSTVO: POSTOJE LI VEZE?

Dr. sc. Aleksandar Štulhofer, redoviti profesor  
Teo Matković, dipl. sociolog  
Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu  
Ph.D. James Elias, professor  
California State University Northridge, U.S.A.

UDK: 176.8:176  
Ur.: 28. svibnja 2003.  
Pr.: 14. veljače 2004.  
Izvorni znanstveni članak

*U radu se ispituje povezanost uporabe pornografije, to jest seksualno eksplicitnih sadržaja (SES), i seksualnog zadovoljstva. Riječ je o empirijskoj analizi provedenoj na uzorku članova američkog udruženja ljubitelja pornografije (N = 409). Prosječna dužina kontinuiranog korištenja pornografije u našem uzorku duža je od 22 godine. Provedenim analizama, koje uključuju i usporedbu s rezultatima istraživanja seksualnog ponašanja provedenog na reprezentativnom nacionalnom uzorku populacije SAD-a (Laumann et al., 1994.), autori nastoje testirati teze kako pornografija ima pozitivan, odnosno negativan, utjecaj na seksualno zadovoljstvo konzumenata. Rezultati upućuju na zaključak da korištenje pornografije nema značajan utjecaj na seksualno zadovoljstvo. Veza između njezinog korištenja i smanjenog zadovoljstva jest prividna i počiva na činjenici da je za određeni broj ispitanika uporaba pornografskih materijala supstitucija za nedostatak seksualnih partnera.*

**Ključne riječi:** *pornografija, seksualno eksplicitni sadržaji, seksualno zadovoljstvo, seksualna socijalizacija, kontinuirani korisnici pornografije.*

Digitalna revolucija i nove komunikacijske tehnologije omogućili su sveprisutnost pornografije (Cooper & Griffin-Shelley, 2002.; Fisher & Barak, 2001.), to jest široku dostupnost seksualno eksplicitnih sadržaja (SES<sup>1</sup>). Povećana dostupnost i mogućnost anonimne konzumacije (internet), ali i opći

---

<sup>1</sup> Kako bismo naglasili naš vrijednosno neutralan pristup fenomenu, umjesto društveno stigmatiziranog pojma *pornografija* u radu koristimo sintagmu *seksualno eksplicitni sadržaji* (SES).

trend rasteće permisivnosti koji obilježava zapadna društva, rezultirali su *normalizacijom* SES. Preciznije, rast broj korisnika, osobito među mlađim generacijama, potaknuo je destigmatizaciju SES, tako da se njihova konzumacija danas sve rjeđe smatra devijantnom ili pokazateljem određenih osobnih problema. Za nove generacije muškaraca i žena, SES postali su dio svakidašnjice (Vanwesenbeeck, 2001.; McNair, 2002.).

U tom kontekstu pitanje o utjecaju SES na seksualni život i zadovoljstvo konzumenata postaje sve važnije. Osobito s obzirom na činjenicu da su unutar korpusa istraživanja psihosocijalnih posljedica uporabe SES istraživanja posvećena ovom problemu ne samo rijetka već i metodološki bitno ograničena.

Malobrojne studije koje su se bavile utjecajem SES na percepciju atraktivnosti partnera i, izravno ili neizravno, zadovoljstvo seksualnim životom navode na zaključak o negativnoj povezanosti. Sve tri studije (Kenrick et al., 1989.; Weaver et al., 1984.; Zillman & Bryant, 1989.) ukazuju da nakon konzumacije erotskih ili eksplicitnih seksualnih sadržaja ispitanici iskazuju smanjenu procjenu fizičke privlačnosti partnera. Nalaz vrijedi za ispitanike oba spola (Kenrick et al., 1989.; Zillman & Bryant, 1988.). Kada je, pak, riječ o procjeni seksualnog zadovoljstva (SZ), rezultati nisu jednoznačni. U isključivo muškom uzorku, Weaver i suradnici (1984.) ne nalaze promjenu u odnosu na procjenu prije izlaganja SES. Nešto kasnije istraživanje (Zillman & Bryant, 1988.), koje je uključilo obimniju izloženost SES u uzorku studenata i ne-studenata, izvještava o statistički značajnom smanjenju SZ i ženskih i muških ispitanika. Sve tri navedene studije rađene su na razmjerno malim, prigodnim, uzorcima, a obilježava ih i ekološko ograničenje (eksperimentalni dizajn).

S druge strane, efekti SES mogu biti i pozitivni (Abramson & Pinkerton, 1997.). Takav zaključak proističe poglavito iz prakse seksualne terapije, gdje SES mogu biti dio terapije (Offit, 1995.: 33), kako iz didaktičkih tako i motivacijskih razloga (Bryant & Brown, 1989.). Tzv. neeksploirajući SES koriste se, primjerice, u terapiji parova oskudnog seksualnog znanja, ali i onih čiji seksualni život treba izvanjski poticaj (Zilbergeld, 1999.: 210-211). Racionalnost takvog postupka temelji se na (ne-kliničkim) iskazima parova koji povremeno koriste SES kako bi inicirali seksualne aktivnosti, ali i eksperimentalnim rezultatima testiranja individualnih reakcija na SES u oba spola (Murnen & Stockton, 1997.; Zillman & Bryant, 1989.; Davis and Bauserman, 1993.).

Očito, o utjecaju SES na seksualni život konzumenata postoje suprotstavljene podaci i oprečni zaključci. U ovome radu stoga nastojimo ispitati čitav niz mogućih veza između uporabe SES i seksualnog zadovoljstva (SZ). Imajući u vidu ograničenja dosadašnjih studija, naše su analize provedene na jedinstvenom uzorku dugogodišnjih kontinuiranih konzumenata SES. Poštanskim anketiranjem obuhvaćeno je nešto više od četiri stotine članova američkog udruženja ljubitelja SES, muškaraca koji, u prosjeku, koriste SES duže od 22 godine. Karakteristike uzorka detaljno su opisane u prethodnom radu (Štulhofer i sur., 2003.). Kako bismo izbjegli mogući utjecaj seksualne orijentacije, iz analiza koje prikazujemo u ovome radu izostavljeni su ispitanici čiji su seksualni partneri, u posljednjih godinu dana, bili isključivo ili pretežno muškarci.



## *Hipoteze*

U nastavku raspravljamo sljedeće četiri hipoteze:

H1 - *Hipoteza o seksualnoj edukaciji i motivaciji*. Prema prvoj hipotezi, uporaba SES pozitivno djeluje na SZ i to na dva načina. SES nude detaljan prikaz čitavog niza seksualnih aktivnosti i tehnika, što ima za posljedicu veću educiranost i erotsku vještinu, ali i potiče eksperimentiranje koje obogaćuje seksualni život i smanjuje vjerojatnost zasićenja. Također, eksplicitnost prikaza seksualnih aktivnosti djeluje kao izravni poticaj i time obnavlja interes i motivaciju za seksualni kontakt.

H2 - *Hipoteza o negativnoj seksualnoj socijalizaciji*. Druga hipoteza postulira negativan utjecaj SES na SZ i to kroz mehanizam rane inicijacije i uporabe SES u adolescenciji (Corne, Briere & Esses, 1992.). Budući da seksualna socijalizacija presudno utječe na oblikovanje predodžbi, stavova i preferencija vezanih uz seksualnost (Simon, 1996.: IV); nerealističnost<sup>2</sup>, jednodimenzionalni erotizam i mjestimična mizoginičnost SES rezultirat će očekivanjima i preferencijama koje je teško ili nemoguće ispuniti. Drugim riječima, efekt će biti smanjeno SZ.

Dakako, moguće je pretpostaviti da bi netko mogao biti zadovoljan svojim, primjerice, mizoginičnim stavovima i očekivanjima, pa čak i naći partnericu koja ih podržava ili im se ne odupire. Po našem sudu, takva je intimna situacija, dugoročno gledano, suboptimalna. Spolna i seksualna neravnopravnost smanjuju SZ, kako kroz povećanu vjerojatnost nezadovoljstva podređenog partnera i usljeđujućeg sukoba, tako i zatvorenošću za poigravanje s ulogama - što bi omogućilo veću raznovrsnost i nepredvidljivost seksualnih kontakata (Dines, Jensen & Russo, 1998.; Tiefer, 1995.).

H3 - *Hipoteza o perpetuiranju nerealističnih očekivanja*. Ova je hipoteza povezana s prethodnom, ali je usredotočena na perpetuiranje disfunkcionalnih očekivanja putem kontinuirane uporabe SES. Konzumacija stalno obnavlja nerealistična očekivanja i time, zbog razloga koje navodi H2, proizvodi smanjeno SZ.<sup>3</sup>

Na prvi pogled čini se da potvrđivanje H1 nužno vodi odbacivanju H2 i H3. No, to bi zbog dva razloga bio pogrešan zaključak. Prvo, moguće je da uporaba SES nema djelovanja na SZ konzumenta, odnosno da je neutralna. Drugo i mnogo važnije, moguće je da SES ne djeluju jednako na sve konzumente. Takvu mogućnost razrađuje četvrta hipoteza.

H4 - *Hipoteza o diferencijalnom djelovanju pornografije*. Uporaba SES ima negativan utjecaj isključivo na neke pojedince, to jest njezin utjecaj ovisi o psihosocijalnim "predispozicijama" korisnika. Prema cikličnoj teoriji

<sup>2</sup> Nerealističnost uključuje nestandardna tijela (i nestandardne dimenzije penisa i dojki), seksualnu akrobatiku, neprestani seksualni interes aktera itd.

<sup>3</sup> No, što ako duža uporaba SES dovodi do zasićenja, to jest opadanja učestalosti konzumiranja (Zillman, 1989.)? Korelacija između dužine uporabe (u godinama) i učestalosti korištenja u posljednjih 12 mjeseci to opovrgava ( $r = .27$ ;  $p < .001$ ).

konzumacije, efekt SES plod je uzajamnog djelovanja SES i obilježja pojedinca, crta ličnosti, specifičnih iskustava i vrijednosti (Vanwesenbeeck, 2001.). Tako će, uzmimo primjer iz našeg ranijeg rada (Štulhofer i sur., 2003.), ispitanici skloni seksualnoj agresiji, koje obilježava povećana razina agresivnosti i mizoginični stavovi, preferirati nasilne SES, a interakcija će sklonosti i konzumacije imati negativan utjecaj na SZ.<sup>4</sup>

### *Instrumenti*

Stupanj seksualnog zadovoljstva (SZ) mjereno je sljedećim pitanjem: *Općenito, koliko ste zadovoljni svojim seksualnim životom?* Ispitanici su odgovarali koristeći skalu s pet stupnjeva (*vrlo zadovoljan, djelomično zadovoljan, ne znam, djelomično nezadovoljan, vrlo nezadovoljan*).

Kako bismo provjerili logičku valjanost predloženog mjerenja SZ ispitanike smo, prema odgovorima, podijelili u četiri skupine<sup>5</sup> koje smo potom usporedili na skali dijadične seksualne regulacije (Davis et al., 1998.: 445). Riječ je o indeksu sastavljenom od pet varijabli ( $\alpha = 0.67$ ) koji mjeri lokus seksualne kontrole, odnosno ispitanikovu percepciju stupnja kontrole nad vlastitim seksualnim životom.<sup>6</sup> U tom smislu, očekivati je da će SZ biti u pozitivnoj vezi s internim lokusom seksualne kontrole. Kao što pokazuje tablica 1, jednosmjerna analiza varijance to potvrđuje.

Tablica 1 - *Jednosmjerna analiza varijacije: seksualno zadovoljstvo (SZ) i lokus seksualne kontrole (LSK)*

SZ	LSK (indeks dijadične seksualne regulacije)	
	aritmetička sredina	post-hoc test (Tukey)
1) Izrazito zadovoljni	1	1 ≠ 2, 3, 4
2) Djelomično zadovoljni	1.4	2 ≠ 3, 4
3) Djelomično nezadovoljni	1.62	3 ≠ 4
4) Izrazito nezadovoljni	1.97	
F = 41.8; df = 3; p < .001		

<sup>4</sup> Pritom, dakako, mislimo SZ vezano uz konsenzualne seksualne kontakte.

<sup>5</sup> Iz analiza smo izostavili sedam ispitanika (2%) koji su odgovorili kako ne mogu odrediti stupanj SZ.

<sup>6</sup> Indeks jest skraćena verzija *dijadične skale seksualne regulacije* (Catania, McDermott & Wood, 1984.). Kratka verzija obuhvaća pet od jedanaest originalnih čestica (Catania et al., 1992.): *Ukoliko moji seksualni odnosi nisu zadovoljavajući, ne mogu učiniti mnogo da popravim situaciju; imam seksualne odnose s mojom partnericom onoliko često koliko bih to želio* (obratno rekodirano); *moje planiranje seksualnih aktivnosti /encounters/ vodi kvalitetnim seksualnim iskustvima s mojom partnericom* (obratno rekodirano); *osjećam da je teško postići da partner čini ono što mi odgovara tijekom seksa i osjećam da moji seksualni odnosi s partnerom obično završe prije no što bi to želio*. Odgovori su mjereni na skali s pet stupnjeva, od *snažnog neslaganja do snažnog slaganja*. Veći rezultat označava manju internu kontrolu, to jest veći stupanj percipirane eksterne kontrole.

*Učestalost seksualnih odnosa* u proteklih godinu dana mjerena je skalom sa sedam stupnjeva, od *nikada* do *4 puta tjedno i više*, dok je *prosječna učestalost seksualnih maštarija* mjerena skalom od pet stupnjeva u rasponu od *manje od jednom mjesečno* do *više puta dnevno*. Veća vrijednost ovih indikatora označava veću učestalost aktivnosti. *Kumulativni indeks seksualnih smetnji* jest zbroj seksualnih smetnji u prethodnoj godini. Moguće smetnje obuhvaćale su: nedostatak seksualne želje, probleme s postizanjem orgazma, preuranjenu ejakulaciju, bol vezanu uz seksualne aktivnosti, seksualnu anhedoniju, napetost vezanu uz seksualnu izvedbu te erektilne smetnje.<sup>7</sup> Dihotomnu skalu koristi i *indikator nedostatka seksualne motivacije* u proteklih godinu dana. Identičan je blok indikatora bio uključen u NHSLS upitnik.

Različite aspekte korištenja SES-a mjerili smo sljedećim instrumentima:

*Dob inicijacije* u SES označava starost ispitanika pri prvom kontaktu sa SES-om. *Učestalost korištenja SES tijekom adolescencije* mjerena je skalom s pet stupnjeva (od *uvijek* do *nikada*). *Dužina redovite uporabe SES* mjerena je u godinama, na osnovi izravnog iskaza ispitanika. Na temelju samoprocjene učestalosti uporabe različitih SES tijekom posljednjih mjesec dana (heteroseksualnih, homoseksualnih, biseksualnih, transseksualnih i onih koje uključuju bestijalnosti) izrađena je agregirana *skala učestalosti uporabe SES*. Riječ je o zbroju vrijednosti na svih pet varijabli, od kojih je svakoj bila pridružena skala sa sedam stupnjeva. *Učestalost uporabe SES kao poticaja za seksualni kontakt* i *učestalost uporabe SES kao poticaja za masturbaciju* mjerene su na skalama s pet stupnjeva (od *nisam koristio u tu svrhu*, do *svakodnevno*).

Kao indikator kulturnog kapitala koristimo obrazovanje ispitanika i njegovih roditelja. Društvenu umreženost mjerimo dvama indikatorima: generaliziranim povjerenjem i druženjem s prijateljima. Prvi je indikator standardno pitanje o povjerenju u ljude (*Općenito govoreći, biste li rekli da se ljudima može vjerovati ili ne?*). Odgovori su naknadno dihotomizirani tako da je odgovor *većini ljudi se može vjerovati* kodiran kao povjerenje, a iskazi *ne može se biti dovoljno oprezan u odnosima s ljudima* i *ovisi* kao nedostatak povjerenja. Drugi indikator je varijabla *Koliko često provodite večer s prijateljima ili poznanicima?* Uz pitanje ponuđena je skala sa šest stupnjeva, od *gotovo svaki dan* do *nikada*.

### *Analize*

H1. Kako bismo ispitali hipotezu o pozitivnom, edukativnom i motivacijskom, utjecaju SES proveli smo niz usporednih analiza na dva različita uzorka. Prvi čine naši ispitanici, kontinuirani korisnici SES, a drugi je reprezentativni nacionalni uzorak tzv. *čikaške studije*, velikog istraživanja seksualnog ponašanja

<sup>7</sup> Za deskriptivnu analizu usp. Štulhofer i sur. (2003).

u SAD-u provedenog početkom devedesetih godina (NHLSLS<sup>8</sup>; Laumann et al., 1994.). Budući da se uzorci razlikuju prema dužini i intenzitetu uporabe SES, očekivanje vezano uz H1 jest da će naši ispitanici, koje obilježava mnogo opsežnije iskustvo uporabe, iskazivati veće SZ od ispitanika iz nacionalnog uzorka.

Na žalost, razinu SZ nije bilo moguće usporediti izravno, jer ta varijabla nije bila uključena u NHLSLS upitnik. Stoga smo za pozitivne indikatore SZ (veći rezultat, veće SZ) uzeli učestalost seksualnih odnosa i učestalost seksualnih fantazija, a za negativne indikatore (veći rezultat, manje SZ) kumulativni indeks seksualnih smetnji i nedostatak seksualne motivacije.

Kako bismo kontrolirali mogući intervenirajući utjecaj dobi (naši su ispitanici, u prosjeku, nešto stariji od onih u NHLSLS studiji), intimnog statusa (ima li ispitanik partnericu ili ne) i seksualnih smetnji (u našem su uzorku nešto češće), primijenili smo model multiple linearne regresije, pri čemu su učestalost seksualnih fantazija i seksualnih kontakata bile kriterijske varijable. Kao što pokazuje tablica 2, efekt studije pokazao se statistički značajnim. Jednostavnije rečeno, bez obzira na razliku u dobi, intimnom statusu i raširenosti seksualnih smetnji, naše ispitanike obilježava manja učestalost seksualnih kontakata. Također, češće iskazuju i nedostatak interesa za seks ( $p < .001$ ). Premda nije jasno je li riječ o uzroku manjeg SZ, njegovoj posljedici ili nečem trećem (npr. seksualne disfunkcije), ispitanici u našem uzorku rjeđe postižu orgazam tijekom seksualnih kontakata od NHLSLS ispitanika ( $p < .001$ ). Jedini nalaz koji odudara od prikazanih jest veća učestalost seksualnih fantazija u našem uzorku ( $p < .001$ ). No, povežemo li ovaj nalaz s razlikom u seksualnoj motiviranosti, učestale seksualne fantazije, čini se, ne treba nužno smatrati odrazom uspješnijeg seksualnog života.

Uzeti zajedno, izloženi rezultati govore u prilog odbacivanju prve hipoteze.

Tablica 2 - *Multipla linearna regresija: korelati učestalosti seksualnih kontakata*

	Učestalost seksualnih kontakata (u posljednjih mjesec dana)
	Beta ponder
Dob	-.06*
Studija (1 = NHLSLS)	.09**
Seksualni partner (1 = da)	.52**
Zdravstveni problemi	.02
Indeks seksualnih smetnji	-.08**
* $p < .05$ ; ** $p < .001$	

H2. Kako bismo ispitali hipotezu o negativnom utjecaju SES kao posljedici specifične seksualne socijalizacije, usporedili smo stupanj SZ ispitanika s dobi inicijacije u konzumaciju SES i učestalošću uporabe u adolescenciji.<sup>9</sup> Istu smo

<sup>8</sup> Kratica označava *National Health and Social Life Survey*.

<sup>9</sup> Kada je riječ o seksualnoj socijalizaciji, adolescencija se smatra formativnom dobi (Simon, 1996.; Thompson, 1995.)

analizu učinili i s tzv. negativnim indikatorima, nedostatkom interesa za seks i kumulativnim indeksom seksualnih smetnji.

Prema provedenim jednosmjernim analizama varijance, niti dob pornografske inicijacije, ni učestalost konzumacije tijekom adolescencije, ne razlikuju ispitanike prema stupnju SZ. Također, t-testovi nisu pokazali značajnu razliku u dobi inicijacije i učestalosti uporabe SES tijekom adolescencije između ispitanika koji iskazuju nedostatak seksualne želje i onih koji tvrde suprotno. Dob inicijacije i učestalost uporabe u adolescenciji nisu statistički značajno povezani ni s indeksom seksualnih smetnji.

Premda je prikazano testiranje ograničenog doseg, nalazi osporavaju hipotezu o negativnoj seksualnoj socijalizaciji.

H3. Hipoteza o perpetuiranju nerealističnih očekivanja (kao uzroku smanjenog SZ) prvo smo nastojali testirati ispitivanjem korelacije između dužine kontinuirane uporabe SES i prihvaćanja tvrdnje kako "pornografija realistično prikazuje seksualni apetit žena"<sup>10</sup>. Nakon što se povezanost pokazala statistički beznačajnom, ispitivanje smo nastavili uspoređujući SZ s učestalošću konzumacije SES u posljednjih mjesec dana i dužinom kontinuirane konzumacije (tijekom godina). Nakon toga, potonje smo dvije varijable korelirali s negativnim indikatorima: kumulativnim indeksom seksualnih smetnji i nedostatkom seksualne motivacije. Prema očekivanju, učestalost i dužina uporabe trebali bi negativno djelovati na SZ.

Tablica 3 prikazuje prvi dio analiza. Dok se dužina uporabe nije pokazala značajnim čimbenikom, učestalost uporabe SES u posljednjih mjesec dana značajno razlikuje izrazito zadovoljne od izrazito nezadovoljnih ispitanika. Drugim riječima, prvi su značajno manje konzumirali SES od posljednjih. Potporu tom nalazu pruža slaba, ali značajna, negativna povezanost između učestalosti seksualnih kontakata i uporabe SES u posljednjih mjesec dana ( $r = -.12$ ;  $p < .05$ ). Negativni indikatori, kumulativni indeks seksualnih smetnji i nedostatak seksualne motivacije, nisu se pokazali povezanima niti s dužinom, ni s učestalošću korištenja SES.

Tablica 3 - Jednosmjerna analiza varijacije: SZ i uporaba SES

	Uporaba SES u posljednjih mjesec dana ( $p < .01$ )	Godine kontinuirane uporabe SES (n.z.)
1) Izrazito zadovoljni	4.37	23.82
2) Djelomično zadovoljni	4.71	22.84
3) Djelomično nezadovoljni	4.98	22.79
4) Izrazito nezadovoljni	5.27	21.29
	F = 4.41; df = 3	F = .51; df = 3
Post-hoc test	1 ≠ 4	/

<sup>10</sup> Riječ je o intervalnoj varijabli; skala je uključivala pet stupnjeva: od "uopće se ne slažem", do "potpuno se slažem".

No, što ako je ustanovljena pravilnost prividna? Što ako je povećana uporaba SES samo logičan odgovor na usamljenost? Ispitanici koji nisu imali seksualnu partnericu logično će iskazivati manje SZ. Očito, u tom slučaju ne možemo govoriti o negativnom, već *supstitutivnom* efektu SES: uporaba SES je simptom, a ne uzrok manjeg SZ. Kako bismo provjerili mogućnost da nezadovoljstvo vezano uz uporabu SES počiva na intimnom statusu, proveli smo dodatnu analizu čije rezultate prikazuje tablica 4.

Tablica 4 - Dvosmjerna analiza varijacije: efekti SZ i intimnog statusa na uporabu SES u posljednjih mjesec dana

Izvor varijance	F (df)	p <
Seksualno zadovoljstvo	.82 (3)	.49
Intimni status (sa ili bez partnerice)	5.53 (1)	.02
Interakcija	1.61 (3)	.19

Testiranje jasno pokazuje da je intimni status, a ne seksualno zadovoljstvo, značajna varijabla za razumijevanje dinamike uporabe SES. Ili, rečeno na drugi način, ispitanici sa i bez seksualne partnerice značajno se razlikuju prema učestalosti konzumacije SES - bez obzira na stupanj njihovog SZ.<sup>11</sup> U skupini ispitanika koji imaju partnera učestalost korištenja SES nije povezana sa SZ, to jest podjednako ih često koriste i oni više i oni manje zadovoljni svojim seksualnim životom. To, međutim, nije slučaj s ispitanicima bez partnerice. Među njima, manje zadovoljni češće koriste SES ( $p < 0.05$ ).

Ostaje još jedno pitanje. Što ako je usamljenost, to jest nedostatak partnerica, *posljedica* uporabe SES? Drugim riječima, postoji mogućnost da je upravo kontinuirana uporaba SES - bilo specifičnom seksualnom socijalizacijom ili društvenom stigmatizacijom - seksualno marginalizirala ispitanike koji iskazuju deficit seksualnih partnerica (Leiblum, 1997.). Premda ne raspolažemo longitudinalnim podacima, pa stoga ne možemo ponuditi konačan test te hipoteze, tablica 5 prikazuje pokušaj preliminarnog testiranja. Logika je analize sljedeća: ustanovimo li da su ispitanici koji tvrde da je njihova uporaba SES rezultirala intimnim i drugim problemima nadreprezentirani u skupini onih koji u posljednjih mjesec dana nisu imali partnericu, hipoteza je pribavila prvu argumentaciju.

<sup>11</sup> Različiti su i obrasci upotrebe; u usporedbi s ispitanicima koji su u posljednjih mjesec dana imali partnericu, oni koji je nisu imali SES su češće koristili za masturbaciju ( $p < .001$ ). Svakodnevno je SES za masturbaciju koristilo 30% ispitanika bez partnerice. Među onima koji su imali partnericu, taj je broj značajno manji (10%).

Tablica 5 - Povezanost između intimnog statusa i negativnih učinaka uporabe SES

		Imaju partnericu	Nemaju partnericu
Uporaba SES rezultirala sukobom sa zakonom	DA	5	6
	NE	253	71
		phi = -.14; p < .05	
Uporaba SES rezultirala problemima s prijateljima	DA	10	9
	NE	242	68
		phi = -.14; p < .05	
Uporaba SES uzrokovala raspad intimne veze	DA	16	3
	NE	226	66
		n.z.	

Na prvi pogled podatci prikazani u tablici 5 govore u prilog navedenoj pretpostavci. Dvije od tri negativne posljedice konzumacije SES učestalije su u skupini ispitanika bez partnerice. Kada je riječ o situacijama u kojima je konzumacija SES dovela do raspada intimne veze, razlike među dvjema skupinama nema. No, važno je uočiti da samo izrazita manjina ispitanika, njih šest do deset (2-3% čitavog uzorka), koji nisu imali partnericu posjeduje iskustvo negativnih posljedica korištenja SES. Ta činjenica dovodi u pitanje održivost pretpostavke o seksualno marginalizirajućem potencijalu SES.<sup>12</sup>

H4. Četvrta hipoteza postulira kako uporaba SES ima negativne efekte na SZ isključivo kod nekih ispitanika, onih koji su, na određeni način, psihosocijalno "predisponirani" za to. Kako bismo preliminarno istražili tu mogućnost<sup>13</sup>, proveli smo stupnjevitu logističku regresiju kako bismo odvojili efekt predispozicije od efekta SES. Tako smo u prvu jednadžbu uvrstili varijable koje smatramo indikatorima psihosocijalne predispozicije (obrazovanje, obrazovanje roditelja, generalizirano povjerenje i mjera umreženosti), a u drugu smo tim indikatorima pridodali i one koje mjere efekt SES (dob inicijacije, uporaba u adolescenciji i dužina kontinuirane uporabe). U trećem koraku u jednadžbu je uvršten i intimni status, koji se ranije pokazao kao intervenirajuća varijabla u korelaciji između uporabe SES i SZ. Mjerenjem razlika u objašnjenju varijanci kriterijske varijable između prvog i drugog koraka moguće je ustanoviti relativnu snagu utjecaja svake pojedine dimenzije (individualne osobine i uporaba SES). Kriterijska varijabla jest dihotomizirani indikator SZ; ispitanici zadovoljni svojim seksualnim životom označeni su jedinicom, a oni nezadovoljni nulom. Rezultati opisane analize prikazani su u tablici 6.

<sup>12</sup> Naravno, time ne osporavamo njezinu osnovanost u vrlo ograničenom broju slučajeva. To, uostalom, i sugeriraju naši podaci.

<sup>13</sup> Krossekcijski dizajn istraživanja onemogućava temeljitije testiranje hipoteze.

Tablica 6 - Logistička regresija: utjecaj individualnih osobina (model 1), uporabe SES (model 2) i intimnog statusa (model 3) na SZ

	<u>Model 1</u> (psihosocijalne dispozicije)  Odds ratio (95% confidence interval)  $R_{L_c} = .04$	<u>Model 2</u> (psihosocijalne dispozicije + efekt SES-a)  Odds ratio (95% confidence interval)  $R_{L_c} = .06$	<u>Model 3</u> (psihosocijalne dispozicije + efekt SES-a + intimni status)  Odds ratio (95% confidence interval)  $R_{L_c} = .11$
Obrazovanje	1 (.9 - 1.11)	1 (.9 - 1.13)	.99 (.88 - 1.12)
Obrazovanje oca	.99 (.91 - 1.06)	1 (.91 - 1.09)	.98 (.9 - 1.08)
Obrazovanje majke	1 (.91 - 1.1)	.98 (.89 - 1.08)	.98 (.89 - 1.09)
Povjerenje u druge (1 = DA)	1.5 (.87 - 2.6)	1.25 (.7 - 2.24)	1.31 (.72 - 2.39)
Učestalost druženja	.67** (.54 - .84)	.63** (.49 - .8)	.65* (.5 - .83)
Učestalost upotrebe SES		.93* (.86 - 1)	.96 (.89 - 1.04)
Dob SES inicijacije		.96 (.9 - 1.03)	.96 (.9 - 1.03)
Učestalost korištenja SES za vrijeme adolescencije		1.08 (.85 - 1.38)	1.1 (.85 - 1.41)
Dužina redovite uporabe SES		1,02 (.99 - 1.04)	1.02 (.99 - 1.04)
Ima partnericu (1=da)			3,94** (2.03 - 7.65)
* p < .05; ** p < .001			

Model 1, koji prikazuje utjecaj psihosocijalne predispozicije, objašnjava samo 4 posto varijance SZ.<sup>14</sup> Od uključenih varijabli, statistički je značajan prediktor isključivo druženje s prijateljima, jedan od dva indikatora socijalne umreženosti. Model 2, koji uključuje i efekt upotrebe SES, objašnjava neznatno veći postotak varijance SZ, iz čega proizlazi zaključak kako psihosocijalna predispozicija vrši nešto snažniji utjecaj na SZ od uporabe SES. Značajnom pozitivnom utjecaju druženja s prijateljima u ovom se modelu pridružuje i negativan utjecaj čestine konzumacije SES. No, potonji efekt nestaje uključivanjem intimnog statusa u jednadžbu (model 3). Socijalna izoliranost i nedostatak partnerice najbolji su prediktori smanjenog SZ konzumenata SES.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Postotak protumačene varijance izračunat je prema sljedećoj formuli:  $(-2L_{null} - (-2L_{model})) / -2L_{null}$  (Hair et al., 1998.).

<sup>15</sup> Valja napomenuti da učestalost druženja s prijateljima (mjera socijalne umreženosti, odnosno izoliranosti) nije statistički značajno povezana ni s dužinom kontinuirane uporabe SES, ni s učestalošću uporabe tijekom adolescencije, ni s intenzitetom konzumacije u posljednjih godinu dana.



### **Zaključak**

Naši rezultati sugeriraju da kontinuirana uporaba seksualno eksplicitnih sadržaja (SES) ne utječe značajno na seksualno zadovoljstvo (SZ) konzumenata. Činjenicu da manje zadovoljne ispitanike obilježava i veća učestalost uporabe SES valja, kao što pokazuju provedene analize, smatrati posljedicom nedostatka seksualne partnerice, a ne argumentom za uzročno posljedičnu vezu. Ipak, mišljenja smo da predočene nalaze treba uzeti s oprezom. Razlog je niz ograničenja vezanih uz dizajn istraživanja, ostvareni uzorak i karakteristike ispitanika.

Činjenica da naše istraživanje nije longitudinalnog tipa onemogućuje zadovoljavajuće testiranje teze prema kojoj kontinuirana uporaba pornografije smanjuje socijalabilnost, odnosno uzrokuje poteškoće u nalaženju partnerica i održavanju intimnih veza. Isto vrijedi i za ispitivanje intervenirajućeg utjecaja "osobne jednadžbe" ispitanika na predloženu dinamiku. Taj je nedostatak u potpunosti moguće otkloniti jedino tzv. panel istraživanjem.

Sljedeće je ograničenje naših analiza činjenica da je manje od pedeset posto osoba kojima smo poslali upitnik i odgovorio na njega. Imajući u vidu da je odaziv bio 46% (Štulhofer i sur., 2003.)<sup>16</sup>, postoji mogućnost da je ostvareni uzorak samoselektiran. Drugim riječima, postoji mogućnost da su suradnju odbili poglavito oni ispitanici na čiji je intimni život konzumacija SES imala negativan utjecaj.

Naposlijetku, važno je upozoriti kako su naši ispitanici pornofili "staroga kova", odnosno korisnici klasičnih medija, ponajprije video vrpce. Naši ispitanici ne pripadaju novoj, internet, generaciji ljubitelja SES. S obzirom da nije poznato postoje li razlike u seksualnoj socijalizaciji između kontinuiranih korisnika klasičnih i internet SES, ne možemo isključiti mogućnost da bi nalazi bili različiti da je uzorak obuhvatio i muškarce koji SES konzumiraju s Web stranica. Naravno, njihovo bi uključivanje smanjilo prosječnu dužinu uporabe konzumacije, po kojoj je naš uzorak jedinstven (Štulhofer i sur., 2003.).

Ne zanemarujući navedena ograničenja, mišljenja smo da su provedena testiranja važna za suvremene rasprave o SES. Pritom ponajprije mislimo na tezu o negativnom utjecaju SES na kvalitetu seksualnog života, koju prikazani rezultati ne podupiru. Dakako, za konačan će zaključak u tom smjeru naše nalaze biti potrebno replicirati.

### **Literatura**

Abramson, P. & S. Pinkerton (1997.) *With Pleasure: Thoughts on the Nature of Human Sexuality*. New York: Oxford University Press.

Bryant, J. & D. Brown (1989.) Uses of Pornography, in D. Zillman & Bryant, J. /eds./ *Pornography: Research Advances and Policy Considerations*. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum.

<sup>16</sup> Što je, za poštanski upitnik, zadovoljavajuća razina odaziva.

- Davis, C. M. & R. Bauserman (1993.) Exposure to Sexually Explicit Materials: An Attitude Change Perspective. *Annual Review of Sex Research* 4: 121-209.
- Davis, C. M., Yarber, W. L., Bauserman, R., Schreer, G. & S. Davis /eds./ (1998.) *Handbook of Sexuality-Related Measures*. Thousand Oaks, CA: Sage.
- Dines, G., Jensen, R. & A. Russo (1998.) *Pornography: The Production and Consumption of Inequality*. New York: Routledge.
- Catania, J., Coates, T., Stall, J., Turner, H., Peterson, J. et al. (1992.) Prevalence of AIDS-related Risk Factors and Condom Use in the US. *Science* 258: 1101-1106.
- Catania, J., McDermott, L. & J. Wood (1984.) The Assessment of Locus of Control: Situational Specificity in the Sexual Context. *Journal of Sex Research* 20: 310-324.
- Cooper, A. & E. Griffin-Shelley (2002.) The Internet: The Next Sexual Revolution, in A. Cooper /ed./ *Sex and the Internet*. New York: Brunner-Routledge.
- Coorne, S., J. Briere & L. Esses (1992.) Women's Attitudes and Fantasies About Rape as a Function of Early Exposure to Pornography. *Journal of Interpersonal Violence* 7(4): 454-461.
- Fisher, W. A. & A. Barak (2001.) Internet Pornography: A Social Psychological Perspective on Internet Sexuality. *Journal of Sex Research* 38(4): 312-325.
- Hair, J., Anderson, R., Tatham, R. & W. Black (1998.) *Multivariate Data Analysis*. Upper Saddle River, NJ: Prentice-Hall.
- Kenrick, D., Gutierrez, S. & L. Goldberg (1989.) Influence of Popular Erotica on Judgements of Strangers and Mates. *Journal of Experimental and Social Psychology* 25: 159-167.
- Laumann, E. O., Gagnon, J., Michael, R. & S. Michaels (1994.) *The Social Organization of Sexuality*. Chicago: University of Chicago Press.
- Leiblum, S. (1997.) Sex and the Net: Clinical Implications. *Journal of Sex Education and Therapy* 22(1): 21-27.
- McNair, B. (2002.) *Striptease Culture: Sex, Media, and the Democratization of Desire*. London: Routledge.
- Murnen, S. & M. Stockton (1997.) Gender and Self-Reported Sexual Arousal in Response to Sexual Stimuli: A Meta-Analytic Review. *Sex Roles* 37(3/4): 135-153.
- Offit, A. (1995.) *Night Thoughts: Reflections of a Sex Therapist*. Northvale, NJ: Jason Aronson.
- Simon, W. (1996.) *Postmodern Sexualities*. London: Routledge.
- Štulhofer, A., Matković, T., Mrakovčić, M., Elias, J., Little, D. i V. Diehl Elias (2003.) Rizici pornografije? Empirijsko testiranje uvriježenih predodžbi o konzumentima seksualno eksplicitnih sadržaja. *Revija za sociologiju* (u pripremi).
- Thompson, S. (1995.) *Going All the Way: Teenage Girls' Tales of Sex, Romance, and Pregnancy*. New York: Hill and Wang.
- Tiefer, L. (1995.) *Sex is Not a Natural Act*. Boulder, CA: Westview.
- Vanwesenbeeck, I. (2001.) Psychosexual Correlates of Viewing Sexually Explicit Sex on Television Among Women in the Netherlands. *Journal of Sex Research* 38(4): 361-370.
- Weaver, J., Masland, J., & D. Zillman (1984.) Effects of Erotica on Young Men's Aesthetic Perception of Their Sexual Partners. *Perceptual and Motor Skills* 58: 929-930.
- Zilbergeld, B. (1999.) *The New Male Sexuality*. New York: Bantam.
- Zillman, D., & J. Bryant (1988.) Pornography's Impact on Sexual Satisfaction. *Journal of Applied Social Psychology* 18: 438-453.
- Zillman, D. (1989.) Effects of Prolonged Consumption of Pornography, in D. Zillman & Bryant, J. /eds./ *Pornography: Research Advances and Policy Considerations*. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum.

## Summary

### **PORNOGRAPHY AND SEXUAL PLEASURE: IS THERE A CONNECTION?**

The paper examines relationships between pornography (i.e. sexually explicit material) and sexual satisfaction. The analysis is based on a US sample of habitual pornography consumers, the members of a national X-rated entertainment fan association (N=409). Average length of pornography use among our respondents was over 22 years. In their analyses, which include a comparative analysis using a national probability sample (Laumann et al., 1994), the authors test several hypotheses regarding a potential effect of porn use - positive, negative, or mixed - on sexual satisfaction. Results point to the conclusion that pornography consumption does not have a significant impact on sexual satisfaction. In case of the respondents whose satisfaction was negatively affected by porn use, the relationship was found to be spurious. Lacking a sexual partner, these respondents use pornography as a substitute for the "real thing".

*Key words: pornography, sexually explicit material, sexual satisfaction, sexual socialization, habitual pornography consumers.*

## Zusammenfassung

### **PORNOGRAPHIE UND SEXUELLE BEFRIEDIGUNG: BESTEHT EINE VERBINDUNG?**

In der Arbeit wird die Verbindung zwischen dem Gebrauch von Pornographie d.h. explizit sexueller Inhalte (SES) und sexuelle untersucht. Es handelt sich um die empirische Analyse, die an Mitgliedern der amerikanischen Liebhaber von Pornographie (N = 409) durchgeführt wurde. Die Befriedigung Durchschnittslänge eines kontinuierlichen Gebrauchs von Pornographie beträgt bei dieser Versuchsgruppe mehr als 22 Jahre. Mit der Durchführung der Analysen, die auch den Vergleich mit den Ergebnissen der Untersuchung sexuellen Verhaltens bei einer repräsentativen Zahl der Bevölkerung der USA (Laumann et al., 1994) einschließt, versuchen die Autoren die These zu überprüfen, dass Pornographie einen positiven bzw. negativen Einfluss auf die sexuelle Befriedigung des Konsumenten hat. Die Ergebnisse lassen die Schlussfolgerung zu, dass der Gebrauch von Pornographie keinen bedeutenden Einfluss auf die sexuelle Befriedigung hat. Die Verbindung zwischen deren Gebrauch und einer geringeren Befriedigung ist nur scheinbar, denn sie beruht auf der Tatsache, dass eine bestimmte Anzahl der Versuchspersonen pornographisches Material als Ersatz für einen fehlenden Sexualpartner benutzt.

*Schlüsselwörter: Pornographie explizit sexueller Inhalt, sexuelle Befriedigung, sexuelle Sozialisierung, ständige Benutzer von Pornographie.*

## Sommaro

**PORNOGRAFIA E SODDISFAZIONE SESSUALE:  
ESISTE UNA CONNESSIONE?**

Nel lavoro si esaminano le relazioni tra pornografia (cioè materiali sessuali espliciti) e la soddisfazione sessuale. L'analisi empirica è basata su un campione di americani consumatori abituali di pornografia (N=409) membri di un'associazione nazionale di appassionati di tali spettacoli. La durata media dell'utilizzo di pornografia tra i nostri rispondenti è stata di oltre 22 anni. Nella loro analisi, che include e compara i risultati di una ricerca sui comportamenti sessuali utilizzando un campione nazionale rappresentativo della popolazione USA (Lauman *et al.*, 1994), gli autori testano diverse ipotesi riguardo il potenziale effetto positivo, negativo o misto della pornografia sulla soddisfazione sessuale. I risultati portano alla conclusione che il consumo di pornografia non ha un impatto significativo sulla soddisfazione sessuale. Nel caso di rispondenti la cui soddisfazione era negativamente influenzata dall'uso di pornografia la relazione è stata trovata essere spuria, in quanto l'utilizzo di materiale pornografico è sostituito della mancanza di un compagno sessuale.

*Parole chiave:* *pornografia, materiali sessuali espliciti, soddisfazione sessuale, socializzazione sessuale, consumatori abituali di pornografia.*

## ZAJEDNIČKA RIBARSKA POLITIKA EU I TREĆE ZEMLJE: PRIMJER NORVEŠKE\*

Dr. sc. Vesna Crnić-Grotić,  
izvanredna profesorica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 639.2::34.061.1(EU)(481)  
Ur.: 20. rujna 2004.  
Pr.: 2. listopada 2004.  
Izvorni znanstveni članak

*Članak se bavi zajedničkom ribarskom politikom Europske unije kao dijela zajedničke agrarne politike koja najvećim dijelom pripada u nadležnost Unije. U posljednjih dvadesetak godina EU, odnosno EZ tražila je načina kako uskladiti potrebe tržišta za što većom ponudom i ribara za što većim ulovom s potrebom ekološki uravnoteženog i održivog ribarstva. Posljednja reforma te politike konačno je stavila naglasak na očuvanje prirodnih izvora.*

*Radi zadovoljenja potreba tržišta, ribari EU ribare i u vodama trećih zemalja s kojima sklapa tzv. partnerske ugovore. U članku se obrađuje primjer odnosa EU i Norveške, visoko razvijene zemlje s jakom ribarskom privredom, koja se uspjela izboriti za ravnopravnu poziciju na tržištu EU ustupajući svoje vode ribarima iz zemalja EU, ali uz poštivanje njezinih ekoloških standarda.*

**Ključne riječi:** *Europska unija, ribarstvo, zajednička ribarska politika, Norveška.*

Danas se čitava međunarodna zajednica susreće s velikim zajedničkim problemom kada je u pitanju ribarstvo i ribarska politika, a može se svesti na sljedeću konstataciju: na svijetu ima premalo ribe koja bi mogla zadovoljiti prehrambene potrebe čovječanstva, a s druge strane stoje preveliki ribolovni kapaciteti za njezin izlov.

Problem je relativno novijeg datuma, jer se dugo nije uviđalo da riblji resursi nisu nepresušni. Shvaćanja su se počela mijenjati tek uz razvoj novih ribarskih

---

\* Članak je nastao u sklopu istraživačkog projekta Pravnog fakulteta u Rijeci i Fridtjof Nansen Instituta iz Osla: "Implementation of legal measures for protection of regional marine environment: The role of maritime jurisdiction".

tehnologija, koje su omogućavale sve veći ulov, te zbog povećanja potreba za hranom i profitom. Pored toga, razvoj međunarodnog prava mora povećavao je vlast obalnih država na sve veće prostore mora. Vrlo velika promjena zbila se uvođenjem instituta isključivog gospodarskog pojasa (dalje: IGP) temeljem Konvencije UN-a o pravu mora, iz 1982. godine,<sup>1</sup> čime je došlo do smanjivanja prostora otvorenog mora i jačanja pritiska na preostale slobodne morske resurse. U gospodarskom pojasu obalna država ima pravo određivati dopuštene kvote ribe za ulov, koje prvenstveno love ribarski brodovi pod njezinom zastavom. Tek ukoliko ona sama ne može uloviti cijelu kvotu, može, pod svojim uvjetima, to dopustiti trećim državama.

Na otvorenom moru, međutim, primjenjuju se samo međunarodna pravila, a ona još nisu dovoljno razrađena niti postoji odgovarajući mehanizam za osiguranje njihove primjene. Međunarodno pravo nema pravog odgovora na ovaj problem. Regulacija ribolova uglavnom je prepuštena obalnim državama za njihova područja,<sup>2</sup> dok se za područje otvorenog mora sklapaju međunarodni ugovori kojima se pokušavaju ustrojiti pravila za što veći broj država. Iako je Konvencija UN-a o pravu mora, iz 1982. godine, obuhvatila problem ribolova na otvorenom moru, nije adekvatno riješila problem tzv. jako migratornih i vrsta koje obitavaju dijelom u gospodarskom pojasu neke obalne države, ali i u otvorenom moru koje se na taj pojas nastavlja (engl. *straddling*). Te su vrste izložene ribarima obalnih država jednako kao i onima koji su došli iz udaljenih zemalja, a obalna država nema ovlasti da uređuje ribolov izvan granica svojega gospodarskog pojasa. Uviđajući taj narastajući problem, Ujedinjeni narodi su organizirali konferenciju o migratornim vrstama od 1993. do 1995. godine i usvojili i odgovarajuću Konvenciju.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Konvencija UN-a o pravu mora (NN-MU br. 9/2000) predstavlja zapravo završetak razvoja toga novog instituta i u običajnom pravu, jer su mnoge države proglasile neki oblik svoje vlasti do 200 m/m već tijekom rada Konferencije o pravu mora. Konvencija je stupila na snagu 1994. godine i danas ima 145 stranaka. O praksi prije Konvencije vidi npr. FLEISCHER, C. A.: *The Right to a 200-Mile Exclusive Economic Zone or a Special Fishery Zone*, 14 San Diego L. Rev. 1976-1977, str. 548- 583.

<sup>2</sup> Prema godišnjem izvještaju Glavnog tajnika UN-a 1998. godine o pravu mora (UN Doc. A/53/456) "prvenstvena odgovornost za implementaciju međunarodnih pravila i standarda leži na državi zastave".

<sup>3</sup> Sporazum UN-a za primjenu odredaba Konvencije UN-a o pravu mora, iz 1982., koje se odnose na očuvanje i upravljanje prijelaznim i vrlo migratornim ribljim vrstama (engl. *The United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stock*). Taj, skraćeno nazvan, Sporazum o ribljim vrstama, iz 1995. godine, na snazi je od 2001., a do kraja 2003. prihvatila ga je 51 zemlja. Hrvatska za sada nije ni potpisala taj ugovor. Pod "vrlo migratornim vrstama" misli se na tunu, dok sve ostale vrste mogu spadati u "prijelazne" (engl. *straddling*), odnosno, one koje obitavaju u području isključivog gospodarskoga pojasa neke države te susjednog dijela otvorena mora. Razlikuju se "zajedničke" riblje vrste koje obitavaju u isključivim gospodarskim pojasevima dviju ili više obalnih država.

U tom je smislu značajna aktivnost Međunarodne organizacije za prehranu i poljodjelstvo (FAO), koja je posljednjih godina također usvojila veći broj propisa za uređenje ribolovne djelatnosti.<sup>4</sup> Međutim, problem je u naravi ugovora koji mogu vezivati samo države koje ih prihvate svojom voljom, inače ostaju *pacta tertiis* i *res inter alios acta* za sve one koje na njih ne pristanu sve dok se njihova pravila ne transformiraju u pravila međunarodnog običajnog prava.<sup>5</sup> No, čak i da se sve države suglase oko nekih ograničenja, uvijek će ostati i problem tzv. ilegalnog, nereguliranog i neprijavljenog ribolova (engl. *illegal, unregulated and unreported fishing*, IUU).<sup>6</sup>

Kodeks odgovornog ribarstva FAO, primjerice, nije uopće ugovor i temelji se na dobrovoljnom pristanku država, ali i svih drugih subjekata uključenih u ribarske djelatnosti. Kodeks ističe da ga treba tumačiti i primjenjivati u skladu s Konvencijom UN-a o pravu mora, jer se uglavnom temelji na njezinim odredbama, ali i na drugim odredbama međunarodnoga prava. No, Kodeks se temelji i na nekim odredbama koje bi tek mogle postati pravno obvezujuće. Osnovna načela Kodeksa sadržana su u njegovu članku 6. i u njima se naglašava potreba očuvanja vodenih ekosustava i prirodnih izvora: "Pravo na ribolov nosi sa sobom i obvezu da se to čini odgovorno, kao i da osigura učinkovito očuvanje i gospodarenje vodenim bioresursima."

### *Ribarska djelatnost EU*

Europska unija jedan je od najvećih proizvođača i potrošača ribe na svijetu. Prema dostupnim podacima, ribarska flota EU i njezina ribarska industrija nalazi se među najjačim silama na svijetu. Podaci su za EU i EGP<sup>7</sup> za razdoblje od 1992. do 2000. sljedeći:<sup>8</sup>

<sup>4</sup> FAO Sporazum o unapređenju poštivanja međunarodnih mjera za očuvanje i upravljanje ribarskim brodovima na otvorenom moru (*Agreement to promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas*), od 24. studenog 1993. i Kodeks odgovornog ribarstva (*Code of Conduct for Responsible Fisheries*), od 1. studenog 1995.

<sup>5</sup> Da bi se dogodila ta transformacija ugovornih pravila u pravila običajnog prava, potrebno je ostvariti univerzalnu praksu i *opinio juris*. Usp. presudu Međunarodnog suda u parnici *North Sea Continental Shelf* iz 1969. godine (ICJ Reports 1969, p. 3., na str. 43-44.).

<sup>6</sup> V. opš. EDESON, William: The International Plan of Action on Illegal Unreported and Unregulated Fishing: The Legal Context of a Non-Legally Binding Instrument, *International Journal of Marine & Coastal Law*, Vol. 16(4), 2001, str. 603-623.

<sup>7</sup> Europsko gospodarsko područje (*European Economic Area*) koje, osim EU, uključuje i Norvešku i Island te Lihtenštajn koji nije relevantan za ribarstvo (v. dalje).

<sup>8</sup> Sve tablice preuzete su iz publikacije EU: Agriculture, Statistical Yearbook, Data 1992-2001, 2002 Edition, <http://europa.eu.int/comm/eurostat/Public/datashop/print-product/EN?catalogue=Eurostat&product=KS-AQ-03-001-3A-N-EN&mode=download> (8.02.04.).

## Ribarska proizvodnja:

Godina:	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
EU-15	7.629	7.328	7.835	8.328	7.948	8.145	8.008	7.627	7.357
EGP	11.776	11.628	11.994	12.758	12.997	13.605	12.094	12.480	12.508

Podaci su u tisućama metričkih tona.

Pojedinačno, najveća se proizvodnja ostvaruje u Danskoj (u prosjeku, između 1,5 do 2 milijuna tona godišnje) te Španjolskoj s oko milijun tona proizvedene ribe. Iza njih slijede Ujedinjeno Kraljevstvo i Francuska s manje od jednog milijuna. Proizvodnja Italije kreće se oko 300.000 tona ribe.

U istom razdoblju neki od najvećih svjetskih proizvođača ostvarili su sljedeću proizvodnju:

Godina:	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Kanada	1.382	1.206	1.101	936	995	1.080	1.127	1.171	1.106
Čile	6,627	6,191	8,021	7,890	7,230	6,364	3,824	5,586	4,972
Kina	19,738	23,639	29,115	32,730	36,542	39,938	44,472	47,499	40,635
Japan	9,333	8,779	8,172	7,505	7,435	7,414	6,669	6,636	6,390
Peru	7,508	9,009	12,005	8,943	9,522	7,877	4,347	8,438	10,656
Ruska Federacija	5,644	4,489	3,790	4,391	4,748	4,748	4,551	4,238	4,106
SAD	5,893	6,219	6,273	5,936	5,579	5,633	5,402	5,540	5,511

Podaci su u tisućama metričkih tona.

Na temelju gornjih podataka i njihove usporedbe vidi se da je EU treća po ribarskoj proizvodnji na svijetu, a taj će se omjer još više promijeniti nakon što je završio postupak proširenja EU u svibnju 2004. godine. Naime, i među zemljama koje su sada ušle u EU nalaze se značajni proizvođači ribe, poput Poljske, Litve i Estonije:

Godina:	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Cipar	2	3	3	3	6	16	20	6	4
Češka		29	32	22	21	20	21	22	24
Estonija	132	147	124	132	108	126	121	113	113
Mađarska	22	17	18	16	15	16	17	19	19
Letonija	192	120	51	59	90	45	69	36	80



Godina:	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Litva	157	142	138	149	143	106	102	125	136
Malta	1	1	3	5	10	2	3	3	3
Poljska	505	423	462	451	368	381	288	256	240
Slovenija	5	3	3	3	3	3	3	3	3
Slovačka		3	3	3	2	2	2	2	3

Podaci su u tisućama metričkih tona.

Zemlje članice EU ne zaostaju ni kada je u pitanju statistika prema ukupnom ulovu ribe, iako su ukupni brojevi nešto manji:

Godina:	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
EU-15	6,712	6,420	6823	7,233	6,671	6,827	6,711	6,291	6,062
EGP	10,726	10,562	10,760	11,331	11,395	11,915	11,272	10,673	10,747

Podaci su u tisućama metričkih tona.

U istom razdoblju ukupni svjetski ulov bio je sljedeći:

Godina:	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
	87,155	85,927	93,058	94,341	96,329	96,273	80,640	95,753	95,786

Podaci su u tisućama metričkih tona.

Što se tiče statističkih podataka o veličini ribarske flote EU, zanimljivo je da se ona sastoji od oko 91.000 ribarskih brodova pretežito dužine manje od 12 metara (81%), a samo 4% svih brodova duži su od 24 metra.<sup>9</sup> Ista se slika dobije i glede snage i nosivosti ribarskih brodova: 62% brodova snage je slabije od 50 KW, a samo 2% jače od 500 KW. Također, 88% brodova nosivosti je manje od 25 tona, a 2% veće od 250 tona i uglavnom pripadaju Belgiji i Nizozemskoj. Zemlje Sredozemlja pretežito imaju u svojoj floti brodice male snage i nosivosti.<sup>10</sup>

Za nas su svakako zanimljivi podaci o ulovu ribe u Sredozemlju. Prema podacima za 1996. godinu, brodovi pod zastavama zemalja članica EU ulove

<sup>9</sup> Statistics in Focus, Agriculture and Fisheries, Theme 5 - 32/2003. U Grčkoj mali brodovi čine čak 94% svih brodova, što je karakteristika Sredozemlja, a samo Belgija i Nizozemska imaju više velikih od malih brodova.

<sup>10</sup> Ibid. Osim Grčke, oko 90% svih brodova Italije i Portugala pripada tim skupinama, ali i Finska ima 97% brodova male nosivosti i 70% manje snage.

više od 40% ribe, dok Turska ulovi oko 30%, odnosno, oko 470.000 tona.<sup>11</sup> Samo 2 tisuće tona, prema istim podacima, što čini jedva 0,1% ukupnog ulova, uhvatili su brodovi pod zastavama zemalja izvan Mediterana.

Unatoč tako velikoj proizvodnji i ulovu, ukupna potrošnja u EU ribe je još veća. Uvoz ribe nadmašuje potrošnju koja ne može zadovoljiti potražnju, tako da je stalan trgovinski deficit u toj grani i iznosi oko 7 bilijuna Eura godišnje.<sup>12</sup>

Međutim, ribolov, odnosno ribarstvo kao posebna industrijska grana, ne predstavljaju značajniju granu privrede u EU i njezinim članicama, niti je u toj grani zaposlen veliki dio radne snage.<sup>13</sup> Dijelom zbog tog razloga EU se problemom ribolovne politike počela baviti relativno kasno. Na taj je problem jače djelovala činjenica proširenja Zajednice na države čije su privrede više oslonjene na ribarstvo, odnosno, pridruživanje najprije Ujedinjenog Kraljevstva 1973. godine, Grčke 1981. te Španjolske i Portugala 1986. godine.<sup>14</sup> Drugi faktor koji je utjecao na jače bavljenje ribarstvom u okviru EU, odnosno, Europske zajednice u to doba, bilo je prihvaćanje najprije tzv. ribolovnih zona, a kasnije gospodarskih pojasa u pravu mora do 200 morskih milja. Na taj je način značajno prošireno područje pod jurisdikcijom obalnih država članica EU i trebalo je utvrditi uvjete pod kojima će biti dopušten pristup u te vode ribarima iz drugih članica.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Statistics in Focus, Agriculture and Fisheries, Theme 5 - 7/1999.

<sup>12</sup> Fishery: Introduction, 12.03.2003., <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l66003.htm>. Usp. SONG, Y.: The Common Fisheries Policy of the European Union: Restructuring of the Fishing Fleet and the Financial Instrument for Fisheries Guidance, International Journal of Marine and Coastal Law, No. 4, 1998, str. 537-577., na 546-547.

<sup>13</sup> Ribarstvo i marikultura čine oko 1% BND zemalja članica. *Ibid.* Broj zaposlenih u ribarstvu konstantno opada (oko 2% godišnje). V. Green paper of 20 March 2001 on the future of the common fisheries policy. Usp. SONG, op. cit., bilj. 12, str. 545. Činjenica je, međutim, da ribarstvo posredno zapošljava radnike i u brodogradnji te proizvodnji i trgovini ribom, a na njemu se temelje i čitave ljudske zajednice u priobalju, što je osobito važno za mediteranske države. Doduše, i tu su vidljive promjene s infrastrukturnim promjenama u pojedinim regijama, npr. u Španjolskoj.

<sup>14</sup> U Ujedinjenom Kraljevstvu je krajem 80-ih bilo oko 22 tisuće ribara, Grčkoj i Portugalu preko 40, a u Španjolskoj gotovo 90 tisuća. U relativnim razmjerima to je ipak predstavljalo manje od 1% zaposlenog stanovništva. Izvor: Community Fishing Industry: Basic Statistics, June 1996.

<sup>15</sup> Većina obalnih država članica EZ-a proglasilo je svoje isključive gospodarske pojaseve u Atlantskom oceanu ili u Sjevernom moru, dok su za Sredozemlje usvojile politiku neproglašavanja IGP. Vidi: Council Resolution of 3 November 1976 on certain external aspects of the creation of a 200-mile fishing zone in the Community with effect from 1 January 1977, Official Journal (dalje: OJ), C 105, 07.05.1981. U njoj se, između ostalog, određuje da će države članice, počevši od 1. siječnja 1977. godine, "u zajedničkoj akciji" protegnuti granice svojih ribolovnih zona do 200 morskih milja u Sjevernom Atlantiku i u Sjevernom moru. Istovremeno, zadržavaju svoje pravo da slične mjere provedu i u Sredozemlju i sličnim područjima. Međutim, Španjolska i Francuska su, ipak, u Sredozemlju proglasile tzv. ribolovnu i ekološku zonu. V. dalje.

### ***Pravna osnova i stvaranje zajedničke ribarske politike***

Kada govorimo o "zajedničkoj ribarskoj politici EU"<sup>16</sup>, treba imati u vidu da se zapravo radi o četiri različite politike: strukturnoj, koja se odnosi na unapređivanje i razvoj ribarske flote, tržišnoj, koja se odnosi na uređenje tržišta, i konzervacijskoj politici, koja se odnosi na zaštitu i očuvanje okoliša i ribljih zaliha, te o politici međunarodnih odnosa u području ribolova.<sup>17</sup> Te se politike nisu razvijale jednakomjerno već su odgovarale na različite potrebe Europske, ali i međunarodne zajednice. Najveća se promjena očituje u pristupu konzervacijskoj politici, dakle mjerama namijenjenima očuvanju ribljeg bogatstva i njegovu gospodarenju. Dok se u početku tim mjerama poklanjalo relativno malo pažnje (i novaca!), u posljednjim se reformama upravo njima posvećuje najveća pozornost.

Upravo smo spomenuli i sljedeću značajku ZRP EU, a to je stalno prilagođavanje i traženje boljih rješenja kroz reforme ZRP. EU je upravo pristupila najnovijoj reformi ZRP te je 2001. godine objavljen tzv. Zeleni papir (*Green Paper*) u kojem su navedeni osnovni ciljevi i razlozi reforme.<sup>18</sup>

Prema važećim načelima, Zajednica smije uređivati samo ona područja koja su na nju prenijele države članice ugovorima o osnivanju.<sup>19</sup> No, u područjima zajedničkih politika Zajednica uživa isključivu zakonodavnu ovlast.<sup>20</sup> Ugovor o osnivanju Europske zajednice iz 1957. godine nije sadržavao posebne odredbe o ribarstvu, ali se osnova reguliranja te djelatnosti pronašla u sektoru poljoprivrede. Tako članak 3. Ugovora o EZ-u predviđa da aktivnosti Zajednice uključuju "d) prihvaćanje zajedničke politike u području poljoprivrede".

No, daljnja osnova nalazi se u Dijelu II. Ugovora koji se odnosi na poljoprivredu i gdje se jasnije vidi ta veza. Članak 32. propisuje:

"Zajedničko tržište proteže se na poljoprivredu i poljoprivredne proizvode. 'Poljoprivredni proizvodi' znače proizvodi zemlje, uzgoja stoke i ribarstva te prerađivački proizvodi koji su izravno vezani za te proizvode."<sup>21</sup>

Članak 33. postavlja ciljeve takve politike koja bi trebala, između ostalog, povećati proizvodnju i stabilizirati tržište te osigurati redovitu opskrbu potrošača po razumnim cijenama,<sup>22</sup> dok ostali članci toga dijela uređuju pitanja zajedničkog tržišta, tržišne utakmice i druga pitanja.

<sup>16</sup> Dalje: ZRP EU.

<sup>17</sup> HOLDEN, M.: *The common fisheries policy: origin, evaluation and future*, Oxford [etc.]: Fishing News Books, 1994, str. ix.

<sup>18</sup> V. dalje.

<sup>19</sup> HARTLEY, T. C.: *The Foundations of European Community Law*, 5th ed., Oxford, 2003, str. 105. Radi se o tzv. *compétences d'attribution* te Zajednica nema svojih izvornih ovlasti.

<sup>20</sup> OREBECH, P.: *The EU Competency Confusion Limits, "Extension Mechanisms," Split Power, Subsidiarity, and "Institutional Clashes"*, 13 *Journal of Transnational Law and Policy* 2003, str. 99-151, 127.

<sup>21</sup> Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community, (2002/C 325/01). U izvornom tekstu iz 1957. god. to je bio čl. 38.

<sup>22</sup> "Članak 33.

1. Ciljevi zajedničke poljoprivredne politike su sljedeći:

Prema tome, zajednička ribarska politika spadala bi u nadležnost Zajednice, dok su države članice izgubile pravo uređivanja toga područja.<sup>23</sup>

Stjecajem različitih okolnosti, interes za posebnu ribarsku politiku, rekli smo već, razvio se tek kasnije, iako su se neke mjere i aktivnosti odvijale krajem 60-ih<sup>24</sup> i početkom 70-ih godina prošlog stoljeća. Naime, 1970. usvojene su dvije uredbe koje su se odnosile na strukturnu politiku i na zajedničku organizaciju tržišta ribe.<sup>25</sup> Uslijedio je razvoj ribolovnih zona u međunarodnom pravu mora te je EZ odgovorila Uredbom br. 101/76 kojom je članicama određena obveza da ne smiju priječiti pristup svojim vodama, odnosno vodama pod svojom jurisdikcijom, ni jednom ribarskom brodu koji vije zastavu druge članice ili je u njoj registriran.<sup>26</sup> "Pristup" je, naravno, uključivao pravo na ribolov, i to "do samih plaža", kako su govorili u to vrijeme.<sup>27</sup>

Godine 1983., 25. siječnja, nakon dugih pregovora, usvojena je prva Zajednička ribarska politika Zajednice koja je trebala cjelovito urediti problem gospodarenja ribljim bogatstvima u vodama u vlasti država članica. ZRP je usvojena nizom akata, tj. uredbama Vijeća,<sup>28</sup> a temeljila se na sljedećim načelima:

(a) povećanje poljoprivredne proizvodnje kroz unapređivanje tehničkog razvoja osiguravajući racionalni razvoj poljoprivredne proizvodnje te optimalno korištenje proizvodnih čimbenika, osobito rada;

(b) tako osigurati pošten životni standard za poljoprivrednu zajednicu, osobito povećavajući pojedinačne zarade osoba uključenih u poljoprivredu;

(c) stabiliziranje tržišta;

(d) osiguranje dostupnosti zaliha;

(e) osiguranje opskrbe potrošača po razumnim cijenama.

2. U izradi zajedničke poljoprivredne politike i posebnih metoda za njezinu primjenu, vodit će se računa o:

(a) posebnoj prirodi poljoprivredne djelatnosti, koja proizlazi iz socijalne strukture poljoprivrede te iz strukturnog i prirodnog nesklada različitih poljoprivrednih regija;

(b) potrebi da se odgovarajuće prilagodbe postepeno uvode;

(c) činjenici da je u državama članicama poljoprivreda sektor koji je usko povezan s čitavom privredom."

<sup>23</sup> Europski sud je potvrdio isključivu nadležnost EZ-a u nekoliko predmeta: Kornelis Kramer i ostali, Spojeni slučaj 3/766, 4/76 i 6/76, 1976 ECR 1279, *Officier van Justitie v. J. van Dam & Zonen*, 124/80, 1981 ECR 1447. Tu je Sud utvrdio da je ovo područje rezervirano za Zajednicu pa da članice ne mogu usvajati ni privremene mjere za očuvanje prirodnih morskih izvora. Akti Zajednice uvijek imaju prednost.

<sup>24</sup> 1967. godine Komisija je objavila dokument pod naslovom "Osnovna načela zajedničke ribarske politike" u kojem se predlagalo zajedničko financiranje restrukturiranja ribarske industrije.

<sup>25</sup> Uredba (*Council Regulation*) 2141/70 (OJ 1970, No. L236) i 2142/70.

<sup>26</sup> Uredba 101/76 (OJ 1976, No. L20). U aktu je naglasak još uvijek na povećanju produktivnosti ribarske privrede, ali se predviđa i mogućnost uvođenja konzervacijskih mjera radi očuvanja ribljih zaliha. Komisija se obvezuje podnositi izvještaje Parlamentu i Vijeću o stanju u ribarskoj privredi, a utemeljuje se i novo tijelo zaduženo za ovu granu, Stalni odbor za ribarsku industriju.

<sup>27</sup> HOLDEN, op. cit., bilj. 17, p. 19.

<sup>28</sup> Uredba 170/83 (OJ L 24) koja utemeljuje ZRP, Uredba 171/83 (OJ L24) o tehničkim konzervacijskim mjerama, te Uredba 172/83 (OJ L24) o ukupnoj dopustivoj lovini i nacionalnim

- racionalne i nediskriminacijske mjere Zajednice radi upravljanja izvorima;
- pravedna raspodjela ulova, vodeći posebno računa o potrebama regija koje jako ovise o ribarstvu;
- učinkoviti nadzor nad uvjetima u ribarstvu;
- prihvaćanje strukturnih mjera uključujući financijsku pomoć Zajednice;
- sklapanje dugoročnih sporazuma s trećim zemljama.<sup>29</sup>

Treba reći i to da su pregovori oko usvajanja bili teški zbog prisutnih suprotstavljenih interesa država članica, a da se stanje još i pogoršalo s ulaskom Španjolske i Portugala u kojima je ribarstvo mnogo jače zastupljeno.<sup>30</sup> Pozitivne namjere ZRP da se dođe do racionalnog gospodarenja putem ukupnog dopuštenog ulova (UDU) i nacionalnih kvota kojima bi se pravedno rasporedili ribarski naponi, zbog izostanka pravog i učinkovitog nadzora, pretvorili su se u utrku za što većim brodovima i boljim ulovom. Osim toga, izostao je i znanstveni doprinos kojim bi se dokumentirano uvodila daljnja ograničenja u ribolovu te odgovarajuća socijalna politika kojom bi se ublažili učinci takvih ograničenja. Komisija EZ-a je već 1991. godine u svom izvještaju Vijeću i Parlamentu priznala te nedostatke,<sup>31</sup> a sljedeće je godine izašla s prijedlogom novog sustava Zajednice za ribarstvo i marikulturu.<sup>32</sup>

Nova Uredba Vijeća 3760/92<sup>33</sup> usvojena je 20. prosinca 1992. i zamijenila je ZRP iz 1983. godine. Ta uredba mijenja dotadašnji naglasak ribarske politike, pa je sada veći naglasak stavljen na konzervacijsku politiku,<sup>34</sup> odnosno, na očuvanje ribljeg bogatstva i njegovo održivo upravljanje. Naravno, i dalje se ne gube iz vida osnovni ciljevi zajedničke politike kao takve, a to je osiguranje opskrbe potrošača po razumnim cijenama te održavanje ekonomski i društveno zdrave privredne grane. Nove mjere kojima se nastoje postići postavljeni ciljevi su osobito sljedeće:

- uvođenje sustava ribolovnih dozvola Zajednice za sve brodove pod zastavom neke od država članica bez obzira gdje ribare, a određene informacije morat će dati i brodovi trećih zemalja koji ribare u vodama Zajednice;<sup>35</sup>

---

kvotama. Vijeće EZ-a tijelo je sastavljeno od ministara odgovarajućih resora država članica. Ono donosi propise na prijedlog Komisije te, ovisno o vrsti akta, uz konzultaciju Europskog parlamenta.

<sup>29</sup> SONG, op. cit., bilj. 12, str. 549.

<sup>30</sup> Vijeće je po njihovu pristupu usvojilo nove strukturne mjere u Uredbi 4028/86 (OJ L376).

<sup>31</sup> Report 1991 from the Commission to the Council and the European Parliament on the CFP, SEC(91)2288 final, 18.12.1991.

<sup>32</sup> COM(92) 387 final, (OJ C311), 27.11.1992.

<sup>33</sup> Uredba No. 3760/92 od 20.12.1992. "kojom se utemeljuje sustav Zajednice za ribarstvo i poljoprivredu", OJ L389.

<sup>34</sup> Konzervacijska politika postala je prioritetan odgovor na problem prevelikog ribolova, a glavni je uzročnik lociran u uspješnoj gradnji nove i moderne ribarske flote koja je i dovela do tog problema. COOPER, M.P.: *The Common Fisheries Policy of the European Union - A Lesson in How not to Make a Policy*, 19 Politics 1999, No. 2, str. 61.

<sup>35</sup> Vijeće je Uredbu 3690/93 (OJ L341) o dozvolama usvojilo 31.12.1993. Osim te, važne su i sljedeće zakonske mjere koje je Vijeće usvojilo: Uredba No. 2847/93 o sustavu nadzora

- Zajednica preuzima nadzor nad čitavim ribarskim sektorom;
- ukupan dopušten ulov i nacionalne kvote temeljit će se ne samo na godišnjim, već i višegodišnjim procjenama.<sup>36</sup>

Vrlo važna razlika u odnosu na Uredbu 101/76 odnosila se na pravo pristupa nacionalnim vodama - umjesto slobodnog pristupa svih brodova pod zastavama država članica svim dijelovima mora pod jurisdikcijom druge članice, sada se uvode restrikcije. Do 31. prosinca 2002. godine države članice bile su ovlaštene da ograniče pristup brodovima drugih država članica u svoje teritorijalno more, odnosno, u more pod njihovom vlašću do granice od 12 morskih milja računajući od polazne crte. Za posebno osjetljiva područja, poput područja Shetland Box, dopuštaju se i daljnja ograničenja u svrhu očuvanja ribljih izvora.

Još jedna važna razlika u osnovama ZRP iz 1992. godine vidi se u strukturnoj politici čija je svrha restrukturiranje ribarske flote pod zastavama država članica Zajednice, a ne više povećanje produktivnosti po svaku cijenu, kroz tzv. MAGP (od engl. *Multi-Annual Guidance Programmes*), odnosno, višegodišnje programe smjernica. Riječ je o nekoliko generacija mjera kojima se flota nastoji modernizirati i obnoviti, ali sada i smanjiti radi uspostavljanja ravnoteže između dostupnih izvora i ribarskih napora, a pratile su ZRP.<sup>37</sup> Zapravo začuđuje sljepoća s kojom je Europska zajednica insistirala na povećanju i modernizaciji ribarske flote, ne uviđajući da prirodni resursi ne mogu izdržati tolike ribolovne napore.

### **Reforma ZRP**

Međutim, budući da nisu postignuti svi željeni rezultati,<sup>38</sup> tijekom 1990-ih započela je nova reforma koja bi trebala ponuditi nova rješenja za uočene

---

primjenjivog na ZRP (OJ L 261, 20.10.1993, p. 1., izmijenjena Uredbom 1965/2001 (OJ L 268, 9.10.2001, p. 23)), Uredba No 1626/94 koja postavlja izvjesne tehničke mjere za očuvanje ribljih izvora u Sredozemlju (OJ L 171, 6.7.1994, p. 1., izmijenjena Uredbom No 973/2001 (OJ L 137, 19.5.2001, p. 1)), Uredba No 1627/94 o posebnim ribarskim dozvolama (OJ L 171, 6.7.1994, p. 7.), Uredba No 66/98, Uredba No 88/98 o očuvanju ribljih izvora u vodama Baltičkog mora i tjesnaca Belta i Sunda (OJ L 9, 15.1.1998, p. 1., izmijenjena Uredbom No 1520/98 (OJ L 201, 17.7.1998, p. 1)) te Uredba No 850/98 o očuvanju ribljih izvora kroz tehničke mjere za zaštitu mladi morskih organizama (OJ L 125, 27.4.1998, p. 1., izmijenjena Uredbom No 973/2001 (OJ L 137, 19.5.2001, p. 1)).

<sup>36</sup> Unatoč takvoj odredbi, višegodišnje baze za kvote nisu bile nikad primijenjene u praksi, što dijelom objašnjava nedostatke do kojih je došlo u primjeni Uredbe iz 1992. V. opš. MWENDA, K. K. i LEBLANC, P. O.: *European Fisheries in Crisis: Implementing Individual Transferable Quotas as a Solution*, 20 Whittier L. Rev. 1999, str. 783-821.

<sup>37</sup> SONG, op. cit., bilj. 12, str. 555-564. opisuje četiri generacije MAGP. Također HOLDEN, op. cit., bilj. 17, str. 23-33.

<sup>38</sup> Najveći nedostatak odnosio se na činjenicu da su se riblje zalihe i dalje drastično nastavile smanjivati.

probleme.<sup>39</sup> Komisija je 2001. objavila tzv. Zeleni papir o budućnosti ZRP i u njemu je ukazala na listu uočenih problema i prijedloge za poboljšanje ZRP.<sup>40</sup>

Jedna od osnovnih mjera na kojima se temeljila ZRP do ove zadnje reforme sastojala se u sustavu ukupnog dopuštenog ulova (UDU)<sup>41</sup> i odgovarajućih godišnjih nacionalnih kvota.<sup>42</sup> Na temelju znanstvenih procjena Komisija EZ-a predlagala je Vijeću odgovarajuće dopuštene količine ulova ribe. Nažalost, Vijeće je gotovo u pravilu, barem za određene vrste, određivalo više kvote od onih koje su predlagali znanstvenici, i to zbog različitih razloga: dijelom stoga što su odgovarali na pritisak javnosti za većim ulovom i odgovarajućim većim profitom, ali i stoga što ni sami znanstvenici nisu u mogućnosti da sa stopostotnom sigurnošću utvrde točne količine raspoložive ribe. Do toga dolazi zbog nepostojanja stalnih i sustavnih mjerenja ribljeg fonda, pogotovo za šira područja,<sup>43</sup> ali i zbog ne uvijek predvidljivih utjecaja različitih faktora na riblje zalihe, kao što su klimatske promjene, zagađenje, promjene struja ili vjetrova i sl. Na takvoj nesigurnoj osnovi temeljene godišnje kvote nisu uvijek odgovarale stvarnom stanju ribljih zaliha. Često je bila prisutna i pojava tzv. prebacivanja kvota (engl. *quota hopping*) kojom se neiskorištena kvota određena za jednu zemlju prebacivala na brodove drugih zemalja članica. Nadalje, prilikom svakog ulova pojavljuje se i određena količina neželjenog ulova (ribe manje kvalitete ili veličine od ciljane) koja se ne prijavljuje kao ulov nego se najčešće baca, ali koja povećava stopu mortaliteta i utječe na stanje određenog ribljeg fonda.<sup>44</sup>

(Pre)velika ribarska flota vjerojatno predstavlja jedan od središnjih problema ZRP. Stalnim ulaganjem u povećanje i modernizaciju ribarske flote došlo se do apsurdne situacije da je flota postala sama sebi najveći neprijatelj. Unatoč nekim ranijim upozorenjima Komisije na neodrživost takve situacije, ZRP iz 1992.

<sup>39</sup> Članak 14. st. 2. Uredbe No 3760/92 predviđao je periodična izvješća Komisije Europskom parlamentu i Vijeću o provedbi Uredbe najkasnije do 31.12.2001. Komisija je u dva navrata (1996. i 2000.) podnijela odgovarajuća detaljna izvješća (COM(96) 363 final, 22.07.1996. i COM(2000) 15 final, 24.1.2000.).

<sup>40</sup> COM(2001) 135 final.

<sup>41</sup> Engl. TAC - Total Allowable Catches.

<sup>42</sup> Sustav se temeljio na Uredbi Vijeća EEZ-a br. 3760/92, s kasnijim izmjenama br. 1181/98, OJ L 164. Svaka zemlja dobila bi svoju nacionalnu kvotu UDU koju bi ona podijelila između svojih ribara.

<sup>43</sup> Neke vrste riba smatraju se vrlo migratornima, jer tijekom životnog vijeka prolaze velika morska područja pod različitim jurisdikcijama. Za takve vrste morali bi postojati međunarodni mehanizmi praćenja i procjene zaliha, što nije uvijek slučaj. Primjer za takve vrste je tuna, za koju je usvojen poseban međunarodni mehanizam ICCAT - International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas (Međunarodna komisija za očuvanje atlantske tune.) Vidi opš. njihov web-site: <http://www.iccat.es/>. Usp. također i Uredbu Vijeća (EZ) br. 2341/2002, od 20. prosinca 2002. kojom se utvrđuju ribolovne mogućnosti i odgovarajući uvjeti za 2003. za neke riblje vrste i skupine ribljih vrsta u vodama Zajednice i za brodove Zajednice u vodama u kojima je potrebno poštivati ograničenja ulova, OJ L 356.

<sup>44</sup> Često se radi o nezreloj ribi koja još nije dosegla punu veličinu, ali ni punu spolnu zrelost za razmnožavanje, čime se učinjena šteta povećava.

godine ipak nije dala pravi odgovor kako smanjiti ribolovne kapacitete Zajednice.<sup>45</sup>

Pored svega, na loše stanje ribljeg fonda znatno su, prema saznanjima Komisije EU, utjecali i neadekvatna kontrola nad brodovima i neodgovarajući mehanizmi prijavljivanja ulova. Iako su navedenom Uredbom iz 1992. godine i njezinim izmjenama<sup>46</sup> predviđene inspekcije i nadzor ribolovnih rezultata, Komisija priznaje da su se nadzorni mehanizmi pokazali parcijalnim i nezadovoljavajućima. U svom prikazu uočenih prekršaja, Komisija je pokazala da se najveći broj prekršaja odnosi na kršenje dopuštenih kvota, odnosno, UDU.<sup>47</sup> No, sljedeći uočeni problem odnosi se na neujednačene kaznene politike pojedinih članica, što dovodi do nezadovoljstva ribara u onim zemljama koje provode strožu kaznenu politiku.<sup>48</sup>

U svojem "Zelenom papiru" iz 2001. godine Komisija je pokrenula novu reformu ZRP u kojem je izložila sve negativne strane ZRP koja se primjenjuje. Nakon vrlo intenzivnih pregovora, temelji nove ZRP usvojeni su u Uredbi Vijeća (EZ) br. 2371/2002 od 20. prosinca 2002. godine.<sup>49</sup>

Naglasak je sada, za razliku od ranijih reformi, sasvim na mjerama očuvanja i održivog upravljanja ribljim bogatstvima, budući da je tehnološki razvoj dosegao točku na kojoj može dovesti do istrebljenja ribljih zaliha. Njome se ujedno ukida ranija Uredba iz 1992. godine. Ova Uredba u osnovi postavlja isti cilj kao i Uredba iz 1992. godine, a to je održivo iskorištavanje uz načelo dobrog upravljanja. Održivo je ono iskorištavanje koje osigurava iskorištavanje i u budućnosti, i ne šteti morskim eko-sustavima. Načelo dobrog upravljanja znači da postoji jasno definirana odgovornost na razini Zajednice, država i lokalnih jedinica, da se postupak donošenja odluka temelji na znanstvenim prijedlozima, nadalje da se uključuju svi oni koji su direktno zainteresirani za ovu privrednu granu te suglasnost ZRP s drugim politikama Zajednice.<sup>50</sup>

---

<sup>45</sup> Neki pokušaji smanjivanja kapaciteta samo su naizgled doveli do rezultata gledano u ukupnoj tonaži, ali su se zapravo stari brodovi zamjenjivali za nove i moderne s mnogo većim kapacitetom ulova.

<sup>46</sup> Uredba br. 2847/93 (OJ L 261, 20.10.93.) odnosila se upravo na pojačavanje nadzora, ali nije «prošla» na Vijeću.

<sup>47</sup> Uredba Vijeća 1447/1999 u svom Dodatku utvrđuje popis ponašanja koje predstavlja ozbiljno kršenje pravila ZRP, npr. izbjegavanje nadzora, ribarenje bez dozvole, korištenje zabranjenog pribora, ribolov zabranjenih vrsta ili veličina, prepravljavanje podataka u ribolovnim dnevnicima, kvarenje sustava satelitskog nadzora broda, stavljanje na tržište ribe ispod propisane veličine. Zanimljivo je da su takvi prekršaji više-manje univerzalni, jer ih nalazimo i u našem Jadranu. Usp. MARIĆ, S.: Pojavni oblici kriminaliteta u morskom ribarstvu i prometu robe, Policija i sigurnost, God. 5, br. 1/1996, str. 77-85. Najčešće se radi o ribolovu bez povlastice ili u području gdje ona ne vrijedi, ili ribolov vrše neosposobljene osobe, koristi se nedopušteni pribor, lovi nedopuštene vrste ili veličine i sl.

<sup>48</sup> Uredba Komisije br. 2740/1999, OJ L1999, određuje članicama vrste prekršaja koje članice moraju prijaviti Zajednici, kao i mjere i postupke koje su poduzete glede tih prekršaja.

<sup>49</sup> Uredba Vijeća 2371/2002, OJ L 358/61.

<sup>50</sup> Ibid, Čl. 2.



No, osnovna promjena sastoji se u stavljanju naglasaka na planiranje mjera kroz više godina, odnosno, tzv. *multi annual approach*, a ne više na godišnje kvote UDU. Na taj način, smatrala je Komisija koja je dala takav prijedlog, postiže se veća točnost procjene UDU, bolja zaštita ribljih zaliha i veća dugoročna sigurnost ribara. Predviđene mjere uključuju utvrđivanje planova za oporavak nekih zaliha čije je iskorištavanje prešlo granicu biološke održivosti<sup>51</sup> te planiranje upravljanja svim zalihama, pa i onima za koje ne postoje naznake njihove biološke ugroženosti. Naglasak pri donošenju mjera i planova bit će na tzv. načelu predostrožnosti (engl. *precautionary principle*). To je načelo sadržano, između ostalog, i u Kodeksu odgovornog ribarstva FAO.<sup>52</sup>

Pomoć Zajednice za obnovu flote moguća je samo za brodove ispod 400 BRT, i to samo tijekom 2003. i 2004. Nakon toga, pomoć se više neće dodjeljivati osim radi unapređenja sigurnosti i radnih uvjeta na brodu ili za uklanjanje brodova iz flote, čime se konačno pokušava stati na kraj stalnom rastu ribarske flote Zajednice.

Zajednica priznaje da su do sada primjenjivana pravila o ograničavanju pristupa područjima pod jurisdikcijom država članica (do 12 milja) donijela pozitivne rezultate glede očuvanja morskih bogatstava u najosjetljivijim područjima mora, pa se dopušta njihovo važenje do kraja 2012. godine.<sup>53</sup> U tim područjima državama članicama dopušta se da usvoje vlastite mjere očuvanja i upravljanja koje će se odnositi na sve brodove, s time da u odnosu na druge članice ne smiju biti diskriminacijske, da su usvojene uz prethodne konzultacije te da za to područje ne postoje posebne mjere same Zajednice. U načelu, u tom

---

<sup>51</sup> Čl. 5. Planom bi se trebale predvidjeti mjere, uključujući i smanjenje ribolovnih napora, kojima bi se pojedine zalihe dovele u granice biološke održivosti.

<sup>52</sup> V. gore, bilj. 4. Kodeks u svom čl. 6., među osnovnim načelima, zahtijeva i da države i drugi subjekti moraju primjenjivati to načelo "u zaštiti, gospodarenju i iskorištavanju živih vodenih resursa... a vodeći računa o najboljim znanstvenim spoznajama. Odsutnost odgovarajućih znanstvenih informacija ne treba biti iskorištena kao razlog odgađanja ili propuštanja poduzimanja mjera zaštite ciljanih vrsta, s njima povezanih, pridruženih ili ovisnih vrsta i neciljanih vrsta u njihovom okolišu." (Hrvatski prijevod FAO Kodeks odgovornog ribarstva, GCP/RER/010/ITA/AT-02). Na načelo se pozvao i Međunarodni tribunal za pravo mora u sporu o plavoj tuni između Japana i Australije, odnosno, Novog Zelanda. U predmetu je Sud izdao naredbu kojom je proglasio Japan odgovornim za: "(e) kršenje svojih obveza prema Konvenciji UN-a o pravu mora glede očuvanja i upravljanja plavom tunom, s obzirom na zahtjeve načela predostrožnosti." *Southern Bluefin Tuna Cases, New Zealand v. Japan; Australia v. Japan, International Tribunal for the Law of the Sea, 1999.*

<sup>53</sup> Usp., međutim, pregovore oko pristupanja Malte. Ta je država 1971. godine proglasila posebnu ribolovnu zonu u širini od 25 milja zbog specifične situacije svog eko-sustava. Naime, prema znanstvenim istraživanjima, obnavljanje ribljeg fonda u njezinim vodama je vrlo sporo, pa bi svako povećanje ribolova moglo biti pogubno. Stoga je Malta tijekom pregovora tražila da se izuzme od pravila o jednakom pristupu njezinim vodama. (Doc. 20461/00 CONF-M 36/00 1, MALTA: Overview of Alignment with the Acquis). Međutim, EU je bila mišljenja da Uredba 3760/92 dostatno dopušta iznimke od jednakog pristupa do granice od 12 milja. U zaštićenoj zoni ribolov će se urediti nediskriminacijskim mjerama na razini Zajednice (v.

području obalna država može dopustiti pristup samo brodovima pod zastavama susjednih država koje tradicionalno ribare u moru pod jurisdikcijom obalne države, i to samo u odnosu na određene vrste. Osjetljiva područja poput Shetland Boxa ostaju i dalje pod posebnim režimom, pa se ribarske djelatnosti brodova dužih od 26 metara za većinu pridnenih vrsta podvrgavaju sustavu prethodnih dozvola, a na osnovi znanstvenih spoznaja.<sup>54</sup>

Time je, na neki način, Zajednica priznala da su nacionalne mjere donijele bolje rezultate od mjera Zajednice. To je osobito važno za ona područja gdje stanovništvo ovisi o ribarstvu. Privremenost rješenja, ipak, pokazuje da se Zajednica nije spremna odreći svoje ovlasti da uređuje ribolov u svim područjima.

I u reformiranoj ZRP naglasak je na nadzoru Zajednice, s time da se uvode i novi čimbenici: to su Područna savjetodavna vijeća u kojima moraju biti predstavnici ribara i drugih zainteresiranih (npr. predstavnici potrošača) čija će se mišljenja uzimati u obzir kod donošenja novih konzervacijskih mjera, skupa s mišljenjem Znanstveno-tehničkog i gospodarskog odbora za ribarstvo, kao stručnog tijela koje se također osniva temeljem ove Uredbe. Za nadzor odgovorne su i same države članice. One moraju vršiti nadzor u svojim vodama i nad brodovima pod svojom zastavom, na brodove postavljati promatrače i inspektore te po potrebi uvoditi zabrane ribarskih djelatnosti. Izvan nacionalnih voda, odnosno, u otvorenom moru, nadzor se može vršiti i nad brodovima koji viju zastavu neke druge države članice.<sup>55</sup> Konačno, države članice moraju osigurati provođenje kaznenih i drugih mjera protiv prekršitelja pravila ZRP u skladu s nacionalnim zakonima i postupcima. Mjere mogu uključivati globe i novčane kazne, ali i oduzimanje ribarskog pribora, broda ili ribarske dozvole. Komisija EU je ovlaštena da kazni državu koja ne bude provodila potrebne mjere u skladu sa svojim ovlastima na temelju osnivačkih Ugovora i ove Uredbe.<sup>56</sup>

---

dokument 9762/02 od 18.06.2002.). Usp. TURKALJ, K.: *Reforma zajedničke ribarske politike Europske zajednice*, Zbornik PFZ, 53 (3-4) 875-913 (2003), na str. 888. On tvrdi da je Malta tražila i dobila poseban status za svoju zonu. EU je već i ranije smatrala da je malteška zona problematična, jer takve zone u Sredozemlju mogu dovesti do konfliktnih zahtjeva (Commission of the European Communities (1990), 'Discussion Paper': 'Outline of a common fisheries system in the Mediterranean' (Brussels, 25 July 1990: Doc SE: (90) 1136 final)'). Pa ipak, čak dvije članice EU proglasile su u Sredozemlju neku vrstu svoje jurisdikcije: Španjolska je 1997. proglasila zaštitni ribolovni pojas, a Francuska 2003. godine zaštitni ekološki pojas. Obje države imaju IGP u svom dijelu Atlantskog oceana.

<sup>54</sup> Pristup je ograničen na brodove Francuske, Njemačke, Belgije i Ujedinjenog Kraljevstva.

<sup>55</sup> Jedna je od mjera čije je provođenje već počelo satelitski monitoring putem identifikacijskog odašiljača koji svaki ribarski brod mora imati na brodu. Opš. MOLENAAR, E. J., TSAMENYI, M.: *Satellite-Based Vessel Monitoring Systems for Fisheries Management: International Legal Aspects*, 15 *International Journal of Marine and Coastal Law*, No. 1, 2000, str. 65-110.

<sup>56</sup> Prema čl. 27. Uredbe i sama Komisija može provoditi inspekcijski nadzor i o tome mora izvjestiti države članice. One, međutim, nisu dužne postupati protiv pojedinaca označenih u tim izvještajima kao prekršiteljima. V. odluku Europskog suda u zajedničkom slučaju C-418 i

Uredba o ZRP sadrži i dio o tržištu ribljim proizvodima, pa se propisuje da se ti proizvodi smiju prodavati samo ovlaštenim kupcima ili na registriranim dražbama, a kupnja se mora registrirati. Ako se prodaje riba čija je veličina propisana, osobe uključene u njezin promet moraju dokazati njezino geografsko porijeklo.

Zajednička svrha svih predloženih mjera sadržana je i u želji da se dođe do relativne stabilnosti cijele ribarske privrede kako bi se izbjegli veliki i nenadani obrati koji bi mogli dovesti do propasti osobito onih ljudskih zajednica koje ovise o ribarstvu. Kao i ranije, odgovornost za njezino provođenje leži na Komisiji, koja će svake tri godine podnositi izvještaj Parlamentu i Vijeću EU.

Konačno, važan dio ZRP odnosi se na međunarodne odnose gdje Zajednica sklapa ugovore sa zemljama nečlanicama o ribarstvu, o čemu će biti više riječi u nastavku.

### ***Međunarodni odnosi i ZRP***

Već smo ranije naveli da zbog veličine svoga tržišta Zajednica mora zadovoljavati svoje potrebe i ribom s drugih mora. U jednom dijelu radi se o ribolovu u vodama pod jurisdikcijom trećih država, a u drugom dijelu brodovi Zajednice sudjeluju u ribolovu na otvorenom moru. Situacija se osobito promijenila nakon što su i druge zemlje, a ne samo članice EZ-a, iskoristile svoje pravo da proglase isključivi gospodarski pojas, čime su brodovi Zajednice praktično istjerani iz nekih svojih tradicionalnih ribolovnih područja. Područje Sjevernog mora i sjevernog Atlantika, na primjer, u kojima su zemlje članice EZ-a stoljećima obavljale ribolov, znatnim su dijelom postale zonama u vlasti država koje nisu članice EZ-a, tj. Islanda i Norveške.<sup>57</sup> No, brodovi Zajednice sudjeluju i u ribolovu u IGP zemalja udaljenih od Europe.<sup>58</sup>

Treće države su uglavnom države u razvoju, a samo manjim dijelom razvijene države poput Norveške. Ta okolnost bitno utječe na model koji se koristi u pristupu EU pojedinim državama. Zajednica sklapa tri vrste ugovora:

---

C- 419/00, Komisija protiv Francuske, u kojem je Francuska proglašena odgovornom zbog toga što nije osigurala nadzor i kažnjavanje prekršitelja propisa o ribarskoj politici, a posebno ribolov iznad dopuštenih kvota (OJ C144/10, 15.06.2002.).

<sup>57</sup> S obje su zemlje vođene i parnice pred Međunarodnim sudom (v. Fishery Case, UK vs. Norway, Judgment, ICJ Reports, 1951, p. 132. te Fisheries Jurisdiction Cases, UK vs. Iceland, Germany vs. Iceland, ICJ Reports 1974, p. 14, 186. ). Poseban je slučaj Islanda koji prema samoj Konvenciji UN-a o pravu mora ne mora dopuštati trećim zemljama pristup u svoje vode budući da njegova privreda ovisi pretežito o ribarstvu (čl. 71.). O parnicama s Islandom v. opš. CZAPIEWSKA, M.: The Problem of Extension of Fishery Zone in the Context of Fisheries Jurisdiction Cases, 69 RDI 2(1991), str. 125-152.

<sup>58</sup> V. podatke objavljene u studiji što ju je naručila Zajednica: Evaluation of the Fisheries Agreements Concluded by the European Community, Summary Report, IFREMER, Community Contract NO 97/S 240-152919 of 10 December 1997.

1) Mnogostrane ugovore, kojima se općenito uređuje ribolov na otvorenom moru te posebno ribolov migratornih vrsta, poput tune. U istom modelu Zajednica sudjeluje u univerzalnim organizacijama, kao što je FAO ili Međunarodna komisija za očuvanje atlantske tune, i regionalnim organizacijama, kao što je Opća ribarska komisija za Sredozemlje.<sup>59</sup>

Europska zajednica je stranka mnogih međunarodnih ugovora i sporazuma koji se odnose na pravo ribolova, pravo mora te zaštite okoliša i prirodnih izvora. Kao stranka obvezala se na poštivanje tih ugovora, ali i na obveznost njihovih načela u svojim međunarodnim odnosima. Prije svega, EU je stranka Konvencije UN-a o pravu mora, iz 1982. godine, koja obvezuje svoje stranke na dužnost suradnje na očuvanju prirodnih izvora, a obveza optimalnog korištenja bioloških izvora odnosi se i na obalnu državu glede njezina isključiva gospodarskog pojasa (članak 62.). Obalna država utvrđuje UDU za svoj gospodarski pojas, a eventualni višak iznad njezinih ribarskih mogućnosti podijelit će s drugim državama.<sup>60</sup> EZ je sudjelovala i u Rio de Janeiru 1992. godine na velikoj svjetskoj konferenciji o okolišu i razvoju. U tamo usvojenoj deklaraciji i Akcijskom planu Agenda 21 naglašava se važnost očuvanja okoliša i načela predostrožnosti, a s tim u vezi i očuvanja prirodnih izvora, što se sve može primijeniti i u odnosu na ribarsku politiku.<sup>61</sup> EU i države članice vezane su načelima koja je razvio FAO posebno u odnosu na ribarstvo, dok je sudjelovanjem na konferenciji u Kyotu 1995. godine<sup>62</sup> i EU prihvatila upozorenje na dužnost svih država da se prilikom usvajanja ribarske politike vode i dugoročnim interesima čovječanstva za očuvanjem izvora hrane.<sup>63</sup>

2) Ugovore o suradnji sa susjednim državama s kojima se tradicionalno nastavlja suradnja u području ribolova, a nastoji se doći do zajedničke odgovorne ribarske politike.<sup>64</sup> Takvi sporazumi u pravilu se temelje na načelu reciprociteta

<sup>59</sup> Komisija je osnovana u okviru FAO 1949. godine. EZ je postala članica 1998.

<sup>60</sup> Nažalost, u praksi je moguće da će interes za ostvarivanjem većeg profita prevagnuti nad interesom očuvanja i obnavljanja živih bogatstava. U pravilu će kvota odgovarati stvarnim mogućnostima nacionalne ribarske flote. Usp. FLÖISTAD, B.: *Fish and Foreign Policy, Law of the Sea Inst. Occasional Paper No. 37, 1991, str. 21-22.*

<sup>61</sup> Deklaraciju iz Ria (The Rio Declaration) prihvatila je Konferencija UN o okolišu i razvoju (UN Conference on Environment and Development (UNCED)), Rio de Janeiro, Brazil, 3-14. lipanj 1992. Dio 17. Agende 21 naslovljen je: *Zaštita oceana, svih vrsta mora, uključujući zatvorena i poluzatvorena mora te obalna područja i zaštita, racionalno korištenje i razvoj njihovih živih izvora.* (<http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/english/agenda21chapter17.htm>). Opš. v.: *United Nations Environment Programme - environment for development* (<http://www.unep.org/Documents/?DocumentID=52>).

<sup>62</sup> Međunarodna konferencija o održivom doprinosu ribarstva sigurnosti prehrane (International Conference on the Sustainable Contribution of Fisheries to Food Security), Kyoto, Japan, 4-9. prosinca 1995. (<http://www.fao.org/DOCREP/006/AC442e/AC442e00.HTM>)

<sup>63</sup> Communication from the Commission of 8 November 2000 to the Council and the European Parliament: *Fisheries and Poverty Reduction [COM(2000)724 final]*. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/r12512.htm>.

<sup>64</sup> V. zaključak Vijeća, Doc. 11784/97.

tako da brodovi Zajednice dobivaju pravo pristupa i ribolova u vodama tih država za uzvrat za jednaka prava tih država u vodama pod jurisdikcijom država članica. U takvu skupinu spadaju ugovori s Norveškom, a vjerojatno bi se u toj skupini mogla naći i Hrvatska.

3) Sporazume o ribarstvu s nerazvijenim i državama u razvoju. Razlikuju se dvostrani ugovori kojima se samo osigurava pristup brodovima pod zastavom Zajednice od onih kojima se nastoji izgraditi partnerski odnos s dotičnom državom radi zajedničkog i odgovornog ribarenja. U svakom slučaju, Zajednica toj državi plaća određenu financijsku naknadu za korištenje mora i ulov ribe.<sup>65</sup>

Zajednica ima 26 sklopljenih sporazuma o ribolovu, od kojih je 17 sklopljeno s državama u razvoju. Za te zemlje je suradnja s Europskom zajednicom vrlo važna jer im donosi značajne prihode. Međutim, ZRP teži tome da korist tih zemalja bude i veća, u smislu da im suradnja sa Zajednicom donese dugoročnu financijsku korist, ali i bolje mjere za očuvanje bioloških izvora. Zbog toga će naglasak u novoj ZRP biti na partnerskim sporazumima u kojima će Zajednica preuzeti na sebe veći dio odgovornosti za održivo ribarstvo i očuvanje okoliša.<sup>66</sup> Ne treba sumnjati, ipak, da će i Zajednica iz takvih sporazuma imati korist koja će se sastojati u eksploataciji ribljeg bogatstva udaljenih mora.<sup>67</sup>

Partnerski sporazumi s trećim državama trebali bi, dakle, u sklopu nove ZRP biti osnova uređivanja odnosa u području ribarstva u cilju postizanja održivog ribarstva. Umjesto ranijeg modela ugovora koji su se svodili na plaćanje naknade za ribolov u vodama treće države, partnerski sporazumi morali bi dovesti do punijih odnosa EU i trećih država uz odgovarajuće zajedničke projekte i prijenos tehnologije.<sup>68</sup> Pri sklapanju partnerskih sporazuma mora se voditi briga o željama i potrebama obalne države, ali uzeti u obzir i situaciju regije u kojoj se zemlja nalazi te promovirati regionalnu suradnju. Nedostatak takvih odnosa nalazi se u činjenici da i nerazvijene države postupno postaju sve razvijenije i samostalnije, pa i same budu u stanju uloviti cjelokupan predviđen ulov, a tada EU postaje suvišan partner. Takav je bio slučaj s Marokom.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Dokument: Communication from the Commission on an Integrated Framework for Fisheries Partnership Agreements with Third Countries, COM(2002) 637 final od 23. prosinca 2002.

<sup>66</sup> U svom dokumentu COM(2002) 637 final Komisija upozorava na uočene probleme u tom području. Naime, zbog razmjerno velike kontrole brodova pod zastavom država članica Zajednice, zapažen je trend smanjenja broja njezinih brodova za daleko-morsko ribarstvo, ali ne i smanjenje ribolova u istim područjima nerazvijenih država. Događa se, naime, da brodovi Zajednice "bježe" pod jeftine zastave te nastavljaju s ribolovom manje poštujući ograničenja.

<sup>67</sup> V. komentar "Deep Blues" objavljen u časopisu "The Ecologist", 2002, Vol. 32/1, str. 10. U njemu se osuđuje licemjerman pristup EZ-a: s jedne strane smanjio je dopuštenu kvotu bakalara za 55%, ali je istovremeno u pregovorima sa Senegalom zatražio povećanje kvote od 60% u njegovim vodama.

<sup>68</sup> U nekim ranijim prilikama prigovaralo se da puko plaćanje naknade zemljama s nerazvijenim demokratskim institucijama samo dovodi do korupcije njihovih čelnika.

<sup>69</sup> FANES, J.V.: The Domestic Dimension of EU External Policies: The Case of the EU-Morocco 2000-01 Fisheries Negotiations, 8 Mediterranean Politics, Spring 2003, Issue 1, str. 59-83.

## *EU i Norveška*

### *Norveška ribolovna područja*

Odnos EU i Norveške, naznačili smo već, leži na drugim osnovama. Norveška, čija je populacija po veličini gotovo jednaka Hrvatskoj, vrlo je razvijena i bogata sjevernoeuropska zemlja koja je rekla "ne" ulasku u EZ na referendumu svojih građana 1995. godine, iako su pregovori za njezin ulazak već bili uspješno okončani. Najveća je opozicija članstvu došla upravo iz poljoprivrednog i ribarskog sektora koji su svoju kampanju temeljili na strahu od smanjenja poticaja, liberalizaciji tržišta i od španjolske ribarske flote.<sup>70</sup>

Ribolov je tradicionalno zanimanje velikog dijela norveškog stanovništva koje živi na njezinim obalama.<sup>71</sup> I oni su se, kao i veliki dio njihovih kolega iz ostatka svijeta, u jednom razdoblju polakomili i doveli svoje riblje zalihe gotovo do istrebljenja.<sup>72</sup> No, čini se da su na vrijeme shvatili svoju pogrešku i danas se može reći da Norvežani sa svojim ribljim bogatstvom postupaju razumno kao i sa svojim drugim velikim bogatstvom, naftom.<sup>73</sup>

Norveška ribarska industrija danas zapošljava oko 15.000 ribara, dok još 12.000 ljudi radi u tvornicama na preradi ribe. Nadalje, u uzgoju ribe, na ribljim farmama, zaposleno je 6.000 ljudi. Glavna riblja vrsta je bakalar te skuša i haringa.<sup>74</sup> Osim toga, Norveška je jedna od rijetkih zemalja koja i danas provodi lov na kitove.

Norveška je 1977. godine proglasila svoj isključivi gospodarski pojas u širini od 200 morskih milja, i to je danas njezino glavno ribolovno područje.<sup>75</sup> Osim toga, oko otoka Svalbarda proglasila je zaštitnu ribolovnu zonu<sup>76</sup> te ribolovnu

<sup>70</sup> O'BRIEN, K.: National Notations: European Union, 24 Peacekeeping and International Relations 1995, No. 1, str. 9. Isto i kod FLÖISTAD, B., op. cit., bilj. 60, str. 7.

<sup>71</sup> Godine 2002. Norveška je izvezila ribe i ribljih proizvoda u vrijednosti od preko 32 milijuna NOK (oko 30 bil. Kuna) u više od 150 zemalja. Alf Hakon Hoel, <http://odin.dep.no/odin/engelsk/norway/environment/032091-120004/index-dok000-b-n-a.html> (26.09.03.). Ribarski proizvodi predstavljaju treći izvozni proizvod po veličini, iza nafte i metalurških proizvoda. STOKKE, O. S., ANDERSON, L. G. i MIROVITSKAYA, N.: The Barents Sea Fisheries, The Effectiveness of International Environmental Regimes, ed. YOUNG, O. R, Cambridge 1999, str. 95.

<sup>72</sup> Zalihe haringe u Sjevernom moru su se tijekom 60-ih jako smanjile: s 2 milijuna tona između 1950-65. pale su na oko 300.000 tona 1970. godine. Slično se dogodilo i sa zalihama skuše. Nakon povećanja ulova od 100 na 900.000 tona oko 1965. godine, tijekom 80-ih kvota je iznosila jedva 50.000 tona. FLÖISTAD, B., op. cit., bilj. 60, str. 79-80.

<sup>73</sup> Usp. podatke objavljene u časopisu "The Economist" (1996, Vol. 341): Norway's Lessons. Samo 20 velikih brodova tvornica pod zastavom zemalja EZ iskoristili bi čitavu norvešku kvotu za samo godinu dana.

<sup>74</sup> Ibid., bilj. 71.

<sup>75</sup> Kraljevski Dekret od 17. prosinca 1976. Tekst dostupan na Internet adresi: [http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/NOR\\_1976\\_Act.pdf](http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/NOR_1976_Act.pdf).

<sup>76</sup> Ibid., 3. lipnja 1977. Suverenost nad otočjem Svalbard (Spitzbergen) Norveškoj je pripala 1920. godine Pariškim ugovorom. Ostale stranke (npr. SAD, Francuska, Italija, Japan, Danska,

zonu oko Jan Mayena.<sup>77</sup> Na taj je način njezino morsko područje postalo više od šest puta veće od njezina kopna.

Zanimljivo je da su norveški jednostrani proglasi naišli na protivljenje susjednih zemalja, Islanda i Danske, odnosno, Grenlanda i Farskih otoka. Norveška je, međutim, zahvaljujući svojoj diplomaciji, postigla odgovarajuće sporazume o razgraničenju sa svim svojim morskim susjedima: Islandom, Danskom, Švedskom te Ujedinjenim Kraljevstvom o razgraničenju epikontinentalnog pojasa u Sjevernom moru.<sup>78</sup>

Proglašenje ribolovne zone oko otoka Jan Mayen, koja je bila zanimljiva zbog zaliha ribe kapelin (lat. *Mallotus villosus*) kojom se hrani bakalar, dovelo je do preklapanja s ribolovnom zonom Islanda proglašenom 1975. godine. Prilikom pregovora o razgraničenju otežavajuća je okolnost za Norvešku bila ta da je Island zemlja čija se privreda uglavnom temelji na ribarstvu.<sup>79</sup> Olakšavajuća je, međutim, bila činjenica da je i Island nordijska zemlja, a među nordijskim zemljama tradicionalno su uvijek postojali dobri odnosi. Dvije su zemlje postigle nekoliko sporazuma počevši od Sporazuma od 28. svibnja 1980. godine i njima su uredile problem razgraničenja epikontinentalnog pojasa i ribolova.

Sporazum o pitanjima ribolova i epikontinentalnog pojasa, iz 1980. godine, poseban je utoliko što se odnosi isključivo na područje oko Jan Mayena i na pravo dviju država stranaka da ribare u tom području.<sup>80</sup> Sporazum se ne odnosi na eventualni pristup norveških ribara u islandsku ribolovnu zonu. Norvežani imaju pravo na ulov 15% ukupne godišnje kvote određene za kapelin u svojoj zoni oko Jan Mayena, dok islandski ribari imaju u toj zoni odgovarajući dio. Ukupna kvota određuje se sporazumom, a u slučaju neslaganja dviju strana, Island ima prvenstvo u određivanju kvota UDU. Norveška može odbiti tako određenu kvotu jedino u slučaju da su predložene kvote očito nerazumne.

---

Velika Britanija, Nizozemska, Švedska) su za uzvrat dobile pravo da vrše gospodarske aktivnosti pod jednakim uvjetima kao i državljani Norveške, uključujući ribarenje i druge pomorske aktivnosti. Kada je Norveška proglasila ribolovnu zonu, ostale stranke ugovora tvrdile su da se odredbe ugovora, osobito o zabrani diskriminacije u odnosu na Norvežane, odnose na čitavo morsko područje oko arhipelaga, dok je Norveška tvrdila da je primjena ugovora ograničena na teritorij u užem smislu, tj. na kopno i teritorijalno more arhipelaga. Opš. ØSTRENG, W.: Delimitation Arrangements in Arctic Seas, Marine Policy, April 1986, str. 132-154., na str. 150-151. Norveška je 1. lipnja 2001. usvojila Uredbu o granicama teritorijalnog mora oko Svalbarda, koja sadrži popis geografskih koordinata za povlačenje polaznih crta oko arhipelaga.

<sup>77</sup> Ibid., 23. svibnja 1980.

<sup>78</sup> Popis važećih propisa i međunarodnih sporazuma može se naći na web-stranicama UN-a: <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/europe.htm>.

<sup>79</sup> Usp. Fishery Jurisdiction Case, ICJ Reports 1974, str. 26-27. gdje je Sud potvrdio tu činjenicu.

<sup>80</sup> Agreement of 28 May 1980 between Norway and Iceland concerning Fishery and Continental Shelf Questions.

Sporazum iz 1980. nije donio razgraničenje epikontinentalnog pojasa, već je to učinjeno sljedećim Sporazumom o epikontinentalnom pojasu u području između Islanda i Jan Mayena 22. listopada 1981. te konačno Dopunskim protokolom uz Sporazum iz 1980. godine. Protokol je sklopljen 1997. godine, kao dio trostranog razgraničenja između Norveške, Islanda i Danske.<sup>81</sup>

Što se tiče prigovora Danske, norveški zahtjev kolidirao je s teritorijalnim zahtjevima dvaju autonomnih područja Danske - Farskih otoka i Grenlanda.<sup>82</sup> Glede Farskih otoka, Sporazum o ribolovu sklopljen je 1979. godine.<sup>83</sup> Zbog autonomnog karaktera regionalnih vlasti na Farskim otocima sporazum o ribolovu morao je biti sklopljen uz njihovu suglasnost. S druge strane, samo pitanje razgraničenja različitih morskih pojasa pripada u ovlast središnjih vlasti u Kopenhagenu. Njime se jamči objema stranama, dakle, ribarima Norveške i Farskih otoka, pravo ribolova u vodama druge stranke, ali u granicama prethodno dogovorenih kvota. Norvežani su dobili kvote za neke pridnene i pelagijske vrste, a ribarima Farskih otoka određene su kvote u zonama Jan Mayena i Svalbarda<sup>84</sup> te cijelom gospodarskom pojasu Norveške, i to u odnosu na komercijalno najzanimljivije vrste - bakalar i kolju (vrstu manjeg bakalara, engl. *haddock*) te manje količine nekih drugih vrsta. Sporazum nije predvidio osnivanje posebne zajedničke komisije, budući da se ovdje ne radi o upravljanju zajedničkim ribljim zalihama. Nadalje, ribari s Farskih otoka sudjelovali su i u ruskoj ribolovnoj kvoti u tom području.

Spor oko razgraničenja mora i morskog dna između otoka Jan Mayen i Grenlanda, međutim, doveo je do parnice pred Međunarodnim sudom u Haagu,

---

<sup>81</sup> Jedno od spornih pitanja odnosilo se na pravo Jan Mayena na vlastiti epikontinentalni pojas budući da nije bilo jasno radi li se o otoku. Geološkim istraživanjima utvrđeno je da Jan Mayen ima pojas koji se razlikuje od islandskog. Ugovorom iz 1981. godine stranke su dogovorile zajedničko razvojno područje za istraživanje i iskorištavanje izvora nafte. ØSTRENG, W., op. cit., bilj. 76, str. 138-139. FLÖISTAD, B., op. cit., bilj. 60, str. 65-67. Opš. o trostranom razgraničenju između Norveške, Islanda i Danske v. ELFERINK, A.G.O.: Bilateral Agreements on the Delimitation of Continental Shelf and Fishery Zones, 13 International Journal of Marine and Coastal Law, Vol. 4, 1998, str. 607-616.

<sup>82</sup> Danska je 22. svibnja 1996. usvojila Zakon br. 411. o isključivom gospodarskom pojasu, koji je stupio na snagu 1. srpnja 1996. Zakon se ne odnosi na Farske otoke i Grenland. Kao crta razgraničenja s državama čije obale leže sučelice, a u nedostatku posebnog sporazuma, utvrđena je crta sredine. Danska ima sporazum s Velikom Britanijom o posebnom području južno od Farskih otoka u kojem obje države uživaju pravo ribolova. Do sklapanja sporazuma dvije države imale su preklapajuće zahtjeve.

<sup>83</sup> Sporazum o razgraničenju epikontinentalnog pojasa u području između Farskih otoka i Norveške te o granici između ribarske zone u blizini Farskih otoka i norveškog gospodarskog pojasa, 15. lipnja 1979. Ovaj sporazum ukinuo je raniji iz 1973. godine.

<sup>84</sup> HØNNELAND, G.: Norway's Fishery Co-operation with Other States: Current Challenges in East and West, Fridtjof Nansens Institutt, Vol. 12/1998, str. 17. Usp. FLÖISTAD, B., op. cit., bilj. 60, str. 71. koja tvrdi da ovaj sporazum nije riješio problem pristupa ribara s Farskih otoka u vode oko Svalbarda.



koja je riješena 1993. godine.<sup>85</sup> Vode oko Grenlanda predstavljale su tradicionalno ribolovno područje norveških ribara, osobito za ulov bakalara i škampa, dok su ribari s Grenlanda u norveškim vodama oko Svalbarda također lovili škampe, ali u manjoj mjeri. Ribolovni pregovori, pak, vodili su se u sklopu EU sve dok Grenland nije izašao iz Zajednice, a od 1985. godine pregovori su vođeni s lokalnim vlastima Grenlanda. Godine 1989. sklopljen je trostrani sporazum između Islanda, Grenlanda i Norveške o upravljanju zajedničkim zalihama kapelina, u skladu s kojim su raspodijeljene kvote između triju strana (po 11% za Grenland i Norvešku, a 78% kvote za Island).<sup>86</sup> Sporazum se periodično obnavlja. Konačno, uz pomoć rješidbe Suda i međusobnih pregovora, preostala pitanja, uključujući i problem razgraničenja s Grenlandom i ribolova u spornim područjima, riješena su dvostranim sporazumom između Norveške i Danske 1995. godine, odnosno, Dopunskim protokolom 1997., u isto vrijeme kada su sklopljeni i odgovarajući dvostrani sporazumi s Islandom.<sup>87</sup>

Osobit je problem nastao s tadašnjim Sovjetskim savezom, svjetskom vojnom velesilom. Dvije su strane imale sklopljen sporazum o razgraničenju mora u Varangerfjordu, iz 1957. godine.<sup>88</sup> Međutim, SSSR se usprotivio proglašenju IGP u Barentsovom moru, jer je imao zahtjeve koji su se preklapali s norveškim u području tzv. Sive zone koja obuhvaća oko 155.000 km<sup>2</sup>, budući da je tada sovjetska, a danas ruska strana, inzistirala na načelu sektora, a Norveška je tražila primjenu crte sredina. Osim toga, put kroz Barentsovo more jedini je morski put između Rusije i Atlantskog oceana koji se ne smrzava, što je od iznimnog strategijskog značenja za tu velesilu, ali i gospodarskog, jer se samo u Barentsovom moru ulovi oko 4% od ukupnog svjetskog ulova ribe. Posebno je zanimljiva vrsta arktičkog bakalara. Kao migratorna vrsta, u razdoblju od mriještenja do zrelosti, bakalar se seli između norveškog i ruskog dijela, a zalazi i u vode oko Svalbarda. Sa SSSR-om je 1978. godine postignut privremeni sporazum o Sivoj zoni prema kojem svaka strana nadzire vlastite ribare i ribare trećih zemalja kojima su izdali koncesije za ribolov, a skupa sprečavaju ilegalni

---

<sup>85</sup> Case Concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), Judgment of 14 June 1993, ICJ Reports 1993, p. 38. Do spora je došlo i u Barentsovom moru u tzv. rupi, dijelu otvorena mora okruženoga norveškim vodama, sve dok se nije postigao sporazum da se jedna kvota u tom dijelu odredi i za ribare s Grenlanda. Jedna takva "rupa" postoji i u Norveškom moru, između norveškog IGP te zona oko Jan Mayena i Svalbarda. U tim je "rupama" veliki problem ilegalnog i nereguliranog ribolova vrsta koje inače obitavaju u norveškim vodama.

<sup>86</sup> HØNNELAND, G., op. cit., bilj. 84, str. 11.

<sup>87</sup> Sporazum o razgraničenju epikontinentalnog pojasa u području između Jan Mayena i Grenlanda te o granici između ribarskih zona u tom području, od 18. prosinca 1995., i Dopunski protokol Sporazumu iz 1995. godine od 11. studenog 1997. Zanimljivo je da tri dvostrana sporazuma (između Danske, Norveške i Islanda) koriste različite metode razgraničenja.

<sup>88</sup> Tekst objavljen na Internet adresi UN:

<http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/NOR-RUS1957SF.PDF>.

ribolov. Sporazum se produžava svake godine. Prema sporazumu sklopljenom s Rusijom dvije države imaju zajedničku ribarsku komisiju koja određuje dopustive količine UDU glavnih vrsta, a zatim se ukupna kvota dijeli između Rusije i Norveške, dok se određena količina daje trećim državama u zamjenu za pravo Norveške da lovi u njihovim vodama.<sup>89</sup>

### *Sporazumi Norveške i EU o ribarstvu*

Što se tiče odnosa Norveške i EU, svojom je negativnom odlukom o pristupanju 1995. godine Norveška spriječila ribare zemalja EZ-a da slobodno sudjeluju u ribolovu bakalara te druge ribe u vodama Norveške.<sup>90</sup> S druge strane, i sebi je zapriječila slobodan pristup velikom tržištu EZ-a, što svakako nije bilo dobro ni za jednu stranu i tražilo je rješavanje.

Jedan od načina približavanja interesa dviju strana pronađen je u osnivanju Europskog gospodarskog područja 1994. godine.<sup>91</sup> Sporazum o EGP omogućio je Norveškoj, Islandu i Lihtenštajnu da se približe jedinstvenom europskom tržištu te da uživaju četiri temeljne slobode zajedničkog tržišta, odnosno, slobodno kretanje kapitala, robe, usluga i osoba. Sporazum se, ipak, ne odnosi na zajedničku poljoprivrednu i ribarsku politiku, ali dopušta djelomično slobodnu trgovinu poljoprivrednim i ribljim proizvodima, dok se posebnim odredbama uređuje slobodan promet ribom, i to samo nekim vrstama.<sup>92</sup> Iako se ne odnosi na ribarstvo, olakšan je uvoz velikog broja ribljih proizvoda smanjenjem carina.

Danas je suradnja u području ribarstva između Norveške i EU utemeljena na njihovom dvostranom sporazumu iz 1980., s kasnijim nadopunama. Osim toga, Norveška ima sklopljene ugovore i s pojedinim državama članicama: trostrani sporazum Norveške, Švedske i Danske o ribolovu u vodama Skageraka i Kattegata iz 1966., te sporazum sa Švedskom o švedskom ribolovu u norveškom gospodarskom pojasu južno od 62° N s kasnijim izmjenama iz 1966. godine.

Dvostrani sporazum sa Zajednicom rezultat je pregovora koji su započeli povodom proglašavanja IGP 1977. godine, ali zbog unutarnjeg neslaganja oko

---

<sup>89</sup> Zanimljivo je da i veća količina ruskog ulova završi u Norveškoj. Dvije države surađuju i u drugim djelatnostima u području Sive zone, npr. znanstvenom istraživanju, pa su već zabilježeni i pozitivni rezultati u stanju pojedinih ribljih vrsta koji su uglavnom u laganom, ali stalnom porastu. To se, međutim, ne odnosi na malu ribu kapelin, čije zalihe najviše osciliraju. Opš. v. HØNNELAND, G., op. cit., bilj. 84, str. 4-8.

<sup>90</sup> O'BRIEN, K.: *National Notations: European Union, Peacekeeping and International Relations*, Vol. 24/1995, str. 9. Prije proglašenja IGP, ribari pod zastavama država članica EZ-a lovili su daleko više ribe u vodama blizu norveške obale, nego što su Norvežani lovili u Sjevernom moru.

<sup>91</sup> Opš. vidi: <http://odin.dep.no/odin/engelsk/norway/eu/032091-991597/index-dok000-b-n-a.html>.

<sup>92</sup> Nije, primjerice, ukinuta carina na najpoznatiji norveški riblji proizvod, a to je losos, već je njegov promet uređen posebnim sporazumom iz 1997.

ribarske politike u EU, sporazum je potpisan tek 1980. godine.<sup>93</sup> Prema tom sporazumu obje strane dopuštaju ribarima druge strane da ribare u vodama pod njihovom jurisdikcijom, uključujući i IGP. Svaka strana određuje godišnje kvote UDU za pojedine vrste ili skupine za svoje područje, koje onda dodjeljuje ribarskim brodovima druge strane. Procjena UDU mora se temeljiti na racionalnom pristupu i uvažavati dostupne znanstvene podatke. Obje se stranke obvezuju, s jedne strane, da poduzimaju potrebne mjere za očuvanje i racionalno upravljanje ribolovom, ali, s druge strane, te mjere ne bi smjele ugroziti mogućnost dopuštenog ribolova ribarskih brodova druge strane. Osobito su stranke dužne surađivati u pogledu vrsta koje se mogu smatrati zajedničkim, odnosno, koje obitavaju u vodama Norveške i vodama država članica EU.<sup>94</sup>

Stranke će se međusobno pobrinuti da dostave podatke o ribarskim brodovima koji mogu sudjelovati u ribolovu. Ti brodovi moraju imati dozvole i pridržavati se svih propisa koji vrijede na određenom ribolovnom području, a osobito propisa i mjera o očuvanju ribljeg bogatstva. Stranka u čijem području dođe do kršenja propisa i mjera koje je ona propisala može poduzeti i mjere u skladu s međunarodnim pravom kako bi osigurala poštivanje svojih propisa.

Sporazum se sklapa na deset godina uz mogućnost produženja, ali se izvanredno može prekinuti i ranije. To će biti u slučaju da dođe do značajnog poremećaja u mogućnosti ribolova koji bi poremetio recipročne ribarske odnose između stranaka ugovora, a one ne uspiju postići zadovoljavajuće rješenje.

U razmjeni nota povodom proširenja Zajednice pristupanjem Španjolske i Portugala 1986. godine postignuta je suglasnost da će se pravo ribolova odnositi i na nove članice EU.<sup>95</sup>

Godine 1992., na temelju novog sporazuma sklopljenog razmjenom nota,<sup>96</sup> povećana je godišnja kvota na koju je imala pravo EU, a od 1997. godine povećana je i kvota u pogledu bakalara. Ovi dodatni pregovori vodili su se u sklopu Europskog gospodarskog područja, a Norveška je kompenzirana kroz posebne sporazume o godišnjim kvotama koji su se odnosili na pravo Norveške da ribari u Sjevernom moru, zatim zapadno od britanske obale te u blizini

---

<sup>93</sup> Sporazum o ribarstvu između EEZ i Kraljevine Norveške (*Agreement on fisheries between the European Economic Community and the Kingdom of Norway*), OJ, L 226/1980.

<sup>94</sup> Od 1983. postavljen je i uvjet reciprociteta na temelju dogovorenih godišnjih kvota UDU.

<sup>95</sup> Sporazumi u obliku razmjene pisama između EEZ-a i Kraljevine Norveške o poljoprivredi i ribarstvu (*Agreements in the form of an exchange of letters between the European Economic Community and the Kingdom of Norway concerning agriculture and fisheries*), OJ, L 328/1986. Norveška je za uzvrat dobila pravo na uvoz u Zajednicu kvotu od 1.000 tona životinjskih i masti ribljeg porijekla, isključujući kitovu mast, budući da EU podržava zabranu lova na kitove.

<sup>96</sup> Sporazum u obliku razmjene pisama između EEZ-a i Kraljevine Norveške o Sporazumu između EEZ-a i Kraljevine Norveške o poljoprivredi i ribarstvu (*Agreement in the form of an Exchange of Letters between the European Economic Community and the Kingdom of Norway relating to the Agreement on fisheries between the European Economic Community and the Kingdom of Norway*), OJ, L 346/1993.

Grenlanda, dok su brodovi pod zastavama zemalja članica EU dobili pravo ribolova u norveškom IGP u Barentsovom moru.

Sporazum koji je stupio na snagu 1998. godine riješio je jedan od najvećih problema nastalih u odnosima s EU glede ribarstva, a odnosio se na racionalno iskorištavanje ribljeg bogatstva. Bilo je očito, naime, da je Norveška puno više brinula o konzervacijskim mjerama negoli je to činila EU.<sup>97</sup> Promjene u ZRP koje su uslijedile priznale su tu pogrešku. Uzimanjem u obzir potrebe da se riblje zalihe očuvaju kroz uvođenje strožih propisa o npr. očuvanju riblje mladi ili većem nadzoru nad bacanjem ribe koja ne udovoljava komercijalnim zahtjevima, EU se približila norveškim stajalištima.<sup>98</sup>

Danas Norveška i EU zajedničkom suradnjom uređuju ribolov sedam ribljih vrsta u Sjevernom moru, i to tako da utvrđuju ukupne kvote koje se smiju uloviti. Njihova suradnja je do sada dovela i do izvjesnih pozitivnih rezultata, iako su i dalje prisutni problemi zbog različita pristupa dviju strana, npr. problemu bacanja ribe premale veličine ili problemu slučajnog ulova.<sup>99</sup> Osim toga, Norveška nadzor nad kvotama provodi i na moru, a ne samo na kopnu, poput EU.

Norveška i EU surađuju, osim putem dvostranih ugovora, također i putem višestranih ugovora kojih su stranke i druge države. To će biti slučaj u vezi s ribljim vrstama koje su migratorne ili zajedničke i drugim državama. Tako je, primjerice, pet zainteresiranih strana u sjevernom Atlantiku (osim Norveške i EU, stranke su i Island, Rusija i Farski otoci) 1996. godine sklopilo sporazum o norveškoj haringi (engl. *Norwegian spring spawning herring*). Njime se utvrđuju ukupne dopuštene kvote ulova za iduću godinu koje se raspodjeljuju između stranaka. Posebna je kvota utvrđena za područje izvan njihovih IGP, dok je kvota za otvoreno more određena u sklopu Sjeverno-atlantske ribarske komisije.

### **Zaključak**

Svrha ovog rada bila je dvostruka: prikazati razvoj i trenutno stanje zajedničke ribarske politike EU te način na koji je Norveška, kao država nečlanica, uredila svoje međunarodne ribarske odnose s EU i njezinim članicama. Ribarska politika, vidjeli smo, važan je segment politike EU. To je područje u nadležnosti Zajednice,

---

<sup>97</sup> Utvrđeno je da su mnoge riblje vrste u Sjevernom moru na granici istrebljenja zbog prevelikog izlova, osobito komercijalno vrijednih skuša i haringa. HØNNELAND, G., op. cit., bilj. 89.

<sup>98</sup> 2000. godine sklopljen je novi sporazum o očuvanju skuša, u koji su uključeni i Farski otoci, budući da se ta riblja vrsta zadržava ispred njihovih obala.

<sup>99</sup> Norveška svojim propisima zabranjuje bacanje ribe bilo koje veličine, dok propisi EU zahtijevaju od svojih ribara da bace ribu koja nije dovoljne veličine kad ribare u IGP.

a države članice imaju ograničene ovlasti uglavnom unutar svog teritorijalnog mora. Norveška je primjer kako neka država svojom dosljednom politikom može ostvarivati svoj vlastiti interes uz suradnju s drugima, pa i onima koji su puno jači, gospodarski i vojno, od nje.

Potreba za takvim prikazom ukazuje se s obzirom na povijesni trenutak u kojem se nalazi Republika Hrvatska. Upravo ove, 2004. godine, Hrvatska je, po načelu batine i mrkve, dobila dvije vrste poruka od strane EU. Najprije joj nije dopušteno da svoju odluku o proglašenju ekološko-ribolovne zone primijeni u odnosu na članice EU, iako je taj njezin korak nesumnjivo bio u skladu s važećim međunarodnim pravom. Gotovo sve države članice EU, s iznimkom Italije ili Grčke, vidjeli smo, proglasile su ili IGP ili neki drugi oblik jurisdikcije izvan svog teritorijalnoga mora. Hrvatski Sabor je usvojio Odluku o proširenju jurisdikcije Republike Hrvatske na Jadranskom moru 2003. godine,<sup>100</sup> da bi, kao posljedicu burne negativne reakcije njezinih jadranskih susjeda Italije i Slovenije, članica EU, već polovicom 2004. godine donio novu odluku o suspenziji odluke u odnosu na članice EU.<sup>101</sup> Režim bi se, inače, trebao početi primjenjivati od 1. listopada 2004. godine.

Mrkva je stigla u lipnju 2004. godine u obliku odluke Komisije EU da Hrvatska dobiva status zemlje kandidata za članicu EU.<sup>102</sup> Za zemlju kao što je Hrvatska, čije je glavno opredjeljenje uključivanje u europske integracije, to je svakako bila iznimno važna odluka. No, ona osim pogodnosti, nosi za Hrvatsku i čitav niz obveza prilagođavanja zakonodavstva i prakse standardima EU.

Hrvatska, kao obalna država čiji je značajan dio priobalnog stanovništva vezan uz more i ribarstvo, svakako vidi svoj interes u ekološkom i gospodarskom očuvanju bogatstava mora. ZRP EU samo dijelom odgovara na tu potrebu. Hrvatska bi morala pregovorima inzistirati na svojim posebnostima i kvalitetama koje bi trebalo očuvati. Iskustva Norveške mogla bi joj u tom pogledu koristiti.

<sup>100</sup> Odluka je usvojena na temelju članka 1042. Pomorskog zakonika, a u svezi s člankom 55. Konvencije Ujedinjenih naroda o pravu mora i objavljena u NN br. 157/2003.

<sup>101</sup> Odluka je objavljena u NN br. 77/2004 i glasi: "Odluka o dopuni Odluke o proširenju jurisdikcije Republike Hrvatske na Jadranskom moru:

1. U Odluci o proširenju jurisdikcije Republike Hrvatske na Jadranskom moru (»Narodne novine«, br. 157/03.), u točki 3. dodaje se stavak 2. koji glasi:

»Za zemlje članice Europske unije, primjena pravnog režima zaštićenog ekološko-ribolovnog pojasa Republike Hrvatske, započet će nakon sklapanja Ugovora o partnerstvu u ribarstvu između Europske zajednice i Republike Hrvatske.«

2. Ova Odluka stupa na snagu danom donošenja."

<sup>102</sup> Opš. na internet stranicama Ministarstva europskih integracija Republike Hrvatske : <http://www.mei.hr/default.asp?ru=1&gl=20040618000001&sid=&jezik=1> (27.07.04.).

## Summary

**EU COMMON FISHERY POLICY AND THIRD COUNTRIES:  
EXAMPLE OF NORWAY**

The article deals with EU common fishery policy as a part of common agricultural policy, most parts of which are in the Union competence. During the past twenty years the EU, i.e., EC has sought a way to balance market needs for ever greater offer and needs of fishermen for ever greater catch with requirements of balanced and sustainable fishery. The last reform of this policy has finally placed emphasis on preservation of natural resources.

In order to satisfy market needs, the EU fishermen fish in waters of the third countries with whom the EU concludes so called partner treaties. The article examines example of relations between the EU and Norway, a highly developed country with strong fishing industry, that has managed to obtain an equal position on the EU market admitting fishermen from the EU countries into its own waters but obliged them to respect its ecological standards.

*Key words: European Union, fishery, common fishery policy, Norway.*

## Zusammenfassung

**GEMEINSAME FISCHEREI-POLITIK DER EU UND DRITTER  
LÄNDER: BEISPIEL NORWEGEN**

Der Artikel beschäftigt mit der gemeinsamen Fischerei-Politik der Europäischen Union als Teil der gemeinsamen Agrarpolitik, für die zum größten Teil die Europäische Union zuständig ist. In den letzten zwanzig Jahren hat die EU bzw. die EG nach einem Weg gesucht, wie man die Bedürfnisse des Marktes nach einem möglichst großen Angebot an Fisch und die der Fischer nach einem möglichst großen Fang, mit dem Bedürfnis nach einer ökologisch ausgewogenen und andauernden Fischerei in Einklang bringen kann. Die letzte Reform hat endlich das Gewicht auf die Erhaltung der natürlichen Ressourcen gelegt.

Um die Nachfrage des Marktes zu befriedigen, fischen die Fischer der EU auch in den Wassern dritter Länder, mit denen sg. Partnerverträge abgeschlossen werden. Im Artikel wird das Beispiel der Beziehungen zwischen der EU und Norwegen bearbeitet, eines hoch entwickelten Landes mit starker Fischindustrie, dem es gelungen ist, eine gleichberechtigte Stellung auf dem Markt der EU zu erkämpfen indem es seine Wasser den Fischern aus den EU-Ländern zur Verfügung gestellt hat, jedoch unter Beachtung seiner ökologischen Maßstäbe.

*Schlüsselwörter: Europäische Union, Fischerei, gemeinsame Fischerei-Politik, Norwegen.*

Sommario

**POLITICA COMUNE DELLA PESCA DELL'UNIONE EUROPEA  
E PAESI TERZI: ESEMPIO DELLA NORVEGIA**

L'articolo si occupa della politica comune della pesca come parte della politica comune dell'agricoltura, molte parti della quale sono di competenza dell'Unione. Durante i passati venti anni l'Unione Europea, cioè la Comunità Europea, ha cercato una via per bilanciare i bisogni del mercato di un'offerta sempre maggiore e dei pescatori di una maggiore pesca con i bisogni ecologici di una pesca equilibrata e sostenibile. L'ultima riforma di questa politica ha finalmente posto enfasi sulla preservazione delle risorse naturali.

Per soddisfare i bisogni del mercato, i pescatori dell'Unione Europea pescano nelle acque di paesi terzi con i quali l'Unione Europea conclude cosiddetti trattati di *partnership*. Nell'articolo si considera l'esempio di relazioni tra Unione Europea e Norvegia, un paese molto sviluppato con una forte industria della pesca, che ha lavorato per ottenere una posizione equa nel mercato dell'Unione Europea ammettendo pescatori dai paesi dell'Unione Europea nelle sue acque, ma obbligandoli al rispetto degli *standards* ecologici.

*Parole chiave: Unione Europea, pesca, politica comune della pesca, Norvegia.*





## ZLOUPORABE NA TRŽIŠTU VRIJEDNOSNIH PAPIRA - NOVA EUROPSKA SMJERNICA I ZAKON O TRŽIŠTU VRIJEDNOSNIH PAPIRA

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

UDK: 336.76(4-67EU):343.531

Ur.: 15. ožujka 2004.

Pr.: 7. svibnja 2004.

Izvorni znanstveni članak

*U članku autorica uspoređuje rješenja nove europske Smjernice o zlouporabama na tržištu kapitala s odredbama hrvatskog Zakona o tržištu vrijednosnih papira. Ispituje se Smjernicom prošireno polje primjene, jer se ona sada primjenjuje na "uređeno tržište", zabranjene transakcije se sada ne odnose na vrijednosne papire, već i na "financijske instrumente". Obrađuje se na koji način Smjernica regulira dužnost izdavatelja vrijednosnih papira da pravovremeno objavljuje povlaštene informacije, te se naglašava važna novost: mogućnost samoinicijativne odgode objave informacija. Ukazuje se na okolnost da su neki pojmovi regulirani tzv. smjernicama druge razine, što je posljedica usvajanja nove zakonodavne tehnike u domeni donošenja propisa kojima se uređuje europsko tržište kapitala. Kada su u pitanju tržišne manipulacije, Smjernica je manje uspjela u svojoj harmonizacijskoj nakani. Ukazuje se na to da je definicija usvojena Smjernicom složena i nepregledna te manje uspješna od definicije koja je bila sadržana u Prijedlogu Smjernice jer je ova bila jednostavnija, a sadržavala je i dužu primjeričnu listu ponašanja koja se imaju smatrati tržišnim manipulacijama. Ta je primjerična lista osobito edukativna za regulatorna tijela na tržištu kapitala, kao i za sudove, u zemljama koje nemaju razvijeno tržište kapitala. Uspoređuju se Smjernica i Zakon o tržištu vrijednosnih papira te se zapaža da postoji nepodudarnost u definiranju subjekata koji se smatraju insiderima, s obzirom da hrvatsko pravo dioničare ne smatra (primarnim) insiderima, a u tekstu Smjernice njima su pridodani i počinitelji kaznenih djela. Ukazuje se na to da novo uvedena ovlast izdavatelja vrijednosnih papira da samoinicijativno odgodi objavu povlaštenih informacija, prema hrvatskom pravu nije ostvariva, s obzirom da dozvolu odgode objave za sada daje Komisija za vrijednosne papire na zahtjev izdavatelja. Osim ovog usklađivanja, ukazuje se na nužne redakcijske zahvate pri definiranju tržišnih manipulacija, s obzirom da je njihovo koncipiranje opsegom šire u Smjernici. Iako je domaće tržište vrijednosnih papira još uvijek nerazvijeno, iz Komisijinog izvješća za*

2003. godinu vidljivo je da su podnijete četiri kaznene prijave zbog tržišne manipulacije i širenja neistinitih informacija. Stoga postoji stvarna potreba za praćenjem novog zakonodavstva EU.

**Ključne riječi:** zlouporebe tržišta vrijednosnih papira, širenje neistinitih informacija, trgovanje povlaštenim informacijama (insider trading), europsko pravo, Zakon o tržištu vrijednosnih papira.

## 1. Uvod

*Insider dealing* (trgovina povlaštenim informacijama) i *market manipulation* (manipuliranje tržištem) dva su pojavna oblika zlouporeba na tržištu vrijednosnih papira (*market abuse*).<sup>1</sup> Donedavno je samo jedan od tih pojavnih oblika bio donekle harmoniziran u europskom pravu i to Smjernicom o koordinaciji propisa o insider dealingu koja je donesena još 1989. godine (u daljnjem tekstu Smjernica iz 1989.).<sup>2</sup> Nakon donošenja neke su države članice tijekom njezine implementacije po prvi puta regulirale ovu materiju, dok su druge prilagodile već postojeće zakonodavstvo.<sup>3</sup> Tom smjernicom stvorene su polazne osnove za borbu protiv insider tradinga na europskom tržištu vrijednosnih papira,<sup>4</sup> ali ne i za druge oblike tržišnih manipulacija. Nivo harmonizacije postignut Smjernicom iz 1989., bio je relativan već zbog činjenice što je smjernica omogućila korištenje raznih opcija u njezinoj implementaciji. Prema nekim autorima, smjernica nije uspjela u svojoj harmonizacijskoj nakani.<sup>5</sup> S druge strane, Smjernica o uslugama pri ulaganju u vrijednosne papire iz 1993. godine (*Investment Services Directive*), koja se smatra «ustavom» integriranog europskog tržišta vrijednosnih papira, uspostavila je novi pojmovni aparat kojeg su replicirale sve nakon nje donesene

<sup>1</sup> Tako u preambuli nove Smjernice o zlouporebi tržišta vrijednosnih papira, pod točkom (12). Vidi, *Directive 2003/6 EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse)* OJ L 096, 12.04.2003, str. 0016-0025.

<sup>2</sup> *Council Directive 89/592/EEC of 13 November 1989 coordinating regulations on insider dealing*, OJ L 334, 18.11.1989, str. 30-32.

<sup>3</sup> U drugu grupu spada Njemačka, dok je u prvj grupi primjerice Velika Britanija. Vidi pobliže komparativne naznake s tim u vezi, FAIRBARN, D.S. *Insider-Dealing Regulation in the United Kingdom and Germany: Comparing Regulatory Policy on the Implementation of Key Aspects of the EC Insider Dealing Directive*, *International and Comparative Corporate Law Journal*, vol. 3 Issue 4 2001, str. 535-559.

<sup>4</sup> Detaljnije o Direktivi vidi: PINGEL, I. *The EC Directive of 1989*, u: GAILLARD, E. (ed.) *Insider Trading: The laws of Europe, the United States and Japan*, Boston 1992, str. 5-21.

<sup>5</sup> Tako HANSEN, J.L. *The New Proposal for a European Union Directive on Market Abuse*, *U. Pa. J. Int'l Econ.L.* 241-268.

smjernice<sup>6</sup>. Time je pojmovni aparat Smjernice iz 1989. vrlo brzo postao «*outdated*».

Kako je ocijenjeno da se u novom okruženju integriranog tržišta kapitala Smjernica iz 1989. ne može na odgovarajući način nositi s novim pojavnim oblicima zlouporaba na tržištu, Prijedlog nove smjernice izrađen je još 2001.,<sup>7</sup> a početkom 2003. ta je smjernica usvojena (u daljnjem tekstu: Smjernica iz 2003.)<sup>8</sup> Po uzoru na sve zakonodavne akte novijeg datuma i kod donošenja ove smjernice primijenjena je tzv. stepenasta zakonodavna tehnika.<sup>9</sup> To znači da smjernica regulira samo temeljna načela (tzv. *Level 1* ili *framework principles*), a detaljniji propisi sadržani su u provedbenim smjernicama (*Level 2*). To su Smjernica o *fair* prezentaciji preporuka o ulaganju i iznošenju sukoba interesa<sup>10</sup>, Smjernica o definiciji i objavi povlaštenih informacija te definiciji tržišne manipulacije<sup>11</sup> te Smjernica o izuzimanju *buy-back* programa i stabilizaciji financijskih instrumenata.<sup>12</sup>

Iako se *insider trading* kolokvijalno prevodi kao trgovanje povlaštenim informacijama, ono se odnosi na svako korištenje prednosti pri trgovanju vrijednosnim papirima stečeno poznavanjem cjenovno osjetljivih (povlaštenih) informacija koje se tiču izdavatelja vrijednosnih papira ili samog vrijednosnog papira. Osim kupnje i prodaje temeljem poznavanja povlaštenih informacija, proskribirano je i savjetovanje prilikom kupnje (ili prodaje) temeljem istih, odnosno njihovo odavanje. U središtu pozornosti je dakle informacija i vrijednost

---

<sup>6</sup> Council Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field, OJ L 141, 11/06/1993 p.0027-0046. Vidi, primjerice, pojmove u čl. 1. t. 13. - regulated markets, i čl. 1. t. 4. transferable securities

<sup>7</sup> Prijedlog smjernice izrađen je navodno pod utjecajem britanskog *Financial Services and Markets Act-a* iz 2000. Tako HANSEN, op.cit., str. 243.

<sup>8</sup> Directive 2003/6 EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse) OJ L 096, 12.04.2003, str. 0016-0025.

<sup>9</sup> Poblize o novoj tehnici donošenja propisa u EU kada je u pitanju jedinstveno tržište vrijednosnih papira, vidi: ANDERSSON, J. *The Regulatory Technique of EU Securities Law - A Few Remarks*, str. 313-322. Također: MOLONEY, N. *New Frontiers in EC Capital Markets Law: From Market Construction to Market Regulation*, 40 CMLR 2003, str. 809-843.

<sup>10</sup> Commission Directive 2003/125/EC of 22 December 2003 implementing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council as regards the fair presentation of investment recommendations and disclosure of conflicts of interest, OJ L 336, 23/12/2003, str. 33-38.

<sup>11</sup> Commission Directive 2003/125/EC of 22 December 2003 implementing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council as regards the definition and public disclosure of inside information and the definition of market manipulation, OJ L 339, 24/12/2003, str. 70-72.;

<sup>12</sup> Commission Regulation (EC) no 2273/2003 of the 22 December 2003 implementing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council as regards exemption for buy-back programmes and stabilisation of financial instruments, OJ L 336, 23/12/2003, str. 33-38.

koju ona ima dok nije dostupna svima. Svako tržište, bez obzira na predmet kojim se na njemu trguje, nastoji ukloniti asimetričnu informiranost svojih sudionika.<sup>13</sup> Ili drugim riječima, svako dobro uređeno tržište vrijednosnih papira mora omogućiti istodobni pristup i sadržajnu jednakost informacije svim ulagateljima - kako bi izjednačio njihovu startnu poziciju u tržišnoj utakmici (*to put investors on equal footing*). Radi se o zaštiti individualnog ulagatelja, ali i zaštiti tržišta vrijednosnih papira u cjelini.<sup>14</sup> Ima shvaćanja da je ipak naglasak na zaštiti interesa institucionalnih ulagatelja pod krinkom interesa neprofesionalaca, tj. individualnih ulagatelja.<sup>15</sup> Asimetrična informiranost ulagatelja nastoji se ukloniti na nekoliko načina<sup>16</sup>: propisivanjem podataka koje izdavatelji vrijednosnih papira moraju obvezatno objavljivati (*mandatory disclosure*), kreiranjem zakonske zabrane korištenja prednosti uslijedi poznavanja cjenovno osjetljivih informacija koje nisu dostupne javnosti (*insider dealing prohibition*) i zabrane manipuliranja tržištem vrijednosnih papira širenjem neistinitih informacija ili nekim drugim radnjama (*market manipulation*).

Širenje neistinitih informacija podrazumijeva da postoji jasna granica između istinite i neistinite informacije. Iako se polazi od toga da je istinita tekuća tržišna cijena (vrijednosnog papira), s obzirom da se do nje dolazi primjenom određenih metoda procjene, nije pogrešno ako netko tekuću tržišnu cijenu smatra neistinitom, jer upravo neprekidno suprotstavljavanje različitih stavova o stvarnoj vrijednosti financijskog instrumenta i kreira njegovu tržišnu cijenu i uzrokuje njezina kolebanja. Međutim, to što (tržišna) cijena vrijednosnog papira nije apsolutno istinita ne znači da nije moguće širenje neistinitih informacija. To se događa onda kada jedna osoba prenosi drugoj osobi informaciju koja je različita od njezine vlastite percepcije istinite informacije. Tako prema jednom autoru «*misinformation can only be discerned if the subjective opinion of the communicator is taken into consideration*». Zbog toga se u najnovije vrijeme preispituje nije li administrativno sankcioniranje pogodniji oblik borbe protiv tržišnih manipulacija od kaznenopravnog, koji uvijek implicira dokazivanje namjere (*mens rea*), što je kod ovih kaznenih djela vrlo teško dokazati (*securities fraud* u pravu SAD-a, a u pravu Velike Britanije *conspiracy* i posebno kazneno djelo *insider dealing*)<sup>17</sup>. Za uvođenje administrativnih sankcija odlučio se

<sup>13</sup> HANSEN, J.L. *The New Proposal for a European Union Directive on Market Abuse*, U. Pa. J. Int'l Econ.L. (2002) str. 247.

<sup>14</sup> HOPT, K. *Insider-Probleme*, u: SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI, *Bankrechtshandbuch*, München 1997, str. 2843.

<sup>15</sup> Tako HANSEN, *op.cit.* str. 251.

<sup>16</sup> To se prema nekima čini u javnom interesu, pa je zadatak regulatora da ukloni tzv. "market failures", od kojih su prijevara, monopolizacija i asimetrična informiranost najeklatantniji primjerci. Vidi pobliže AVGOULEAS, E. *Financial Market Regulation and the New Market Landscape: In Search of a New Regulatory Framework for Market Abuse*, International and Comparative Corporate Law Journal, Vol. 2, Issue 1, 2000, str. 93.

<sup>17</sup> Za američko pravo pregled razvoja američke sudske prakse vidi umjesto svih: NNONA, G.C. *International Insider Trading: Reassessing the Propriety and Feasibility of the US*

britanski zakonodavac, kada je 2000. godine donesen *Financial Services and Markets Act*. Kod administrativnog sankcioniranja naglasak je na poduzimanju protupravnog akta koji se sankcionira novčanom kaznom (dok je odnos počinitelja prema djelu irelevantan). Nova Smjernica iz 2003. također predviđa administrativne sankcije. Ipak, kako je prema Europskoj konvenciji o ljudskim pravima iz 1950. g. u čl. 6 (1) zagwarantirano pravo na pošteno suđenje od strane nezavisnog i nepristranog tribunala, tijelo nadležno za rješavanje tih prekršaja mora zadovoljiti kriterij nezavisnosti i nepristranosti.

Zadatak je ovog rada utvrditi u kom se pravcu Smjernicom iz 2003. izmijenilo uređenje insider dealinga u odnosu na Smjernicu iz 1989. godine te na koji način su Smjernicom iz 2003. po prvi puta harmonizirane ostale tržišne manipulacije. Kako su zabrana zlouporabe povlaštenih informacija, kao i druge zabrane propisane u našem pravu Zakonom o tržištu vrijednosnih papira (u daljem tekstu: ZTVP)<sup>18</sup>, ispituje se u kojoj mjeri je taj zakonski tekst usklađen s odredbama nove smjernice. U ZTVP-u povlaštene informacije regulirane su u prvom odjeljku Glave IV. u čl.103. - 107., a ostale zabrane i ograničenja kao što su širenje lažnih informacija, provizijom motivirana trgovina i manipuliranje cijenama, čine preostale odjeljke te iste glave. Uređenje ovih zabrana izmijenjeno je u odnosu na zakon koji je ranije bio na snazi - Zakon o izdavanju i prometu vrijednosnih papira.<sup>19</sup> S obzirom da su i u hrvatskom i u europskom zakonodavstvu nastupili novi razvojni momenti, potrebno je usporediti sadržaje unesenih izmjena kako bi se ocijenio stupanj usklađenosti hrvatskog prava s europskim pravom i dala konačna ocjena o potrebnim izmjenama. Pri tome je u europskom pravu, osim Smjernice iz 2003., potrebno uzeti u obzir i prije navedene smjernice drugog nivoa. Strukturalno, u radu će se najprije izložiti rješenja europskog i hrvatskog prava o insider tradingu, a zatim o tržišnim manipulacijama. U posljednjem dijelu rada izložit će se sankcije predviđene za sve pojavne oblike zabranjenih ponašanja na tržištu kapitala.

---

*Regulatory Approach*, N.C. Journal of International law & Commercial regulation, Vol. 27, Winter 2001, posebno od str. 189 i dalje, a za pravo Velike Britanije vidi sažeto ALCOCK, A. *Market Abuse*, The Company Lawyer, Vol. 23, str. 142., usporedno o pravu SAD-a i Velike Britanije RIDER, B. *The Control of Insider Trading - Smoke and Mirrors!*, 19 Dickinson Journal of International Law, Fall 2000, str. 1-45.

<sup>18</sup> NN, br. 84/2002

<sup>19</sup> Prikaz usklađenosti rješenja sadržanih u ranije važećem Zakonu o izdavanju i prometu vrijednosnih papira i smjernice iz 1989. vidi u radu ČULINOVIĆ-HERC, E. *Insider trading - europska direktiva i njezina implementacija u njemačko i hrvatsko zakonodavstvo*, Zbornik PFZ, 50 (3) 309-334 (2000)

## 2. Pojam povlaštene informacije

### 2.1. Europsko pravo

Smjernica iz 1989. definirala je u čl. 1. t. 1. povlaštenu informaciju kao informaciju koja je dovoljno određena («*precise nature*») i nije objavljena («*not made public*») <sup>20</sup> te koja se odnosi na jednog ili više izdavatelja <sup>21</sup> vrijednosnih papira ili na jedan ili više vrijednosnih papira («*transferable securities*»), a koja bi da je objavljena, vjerojatno bitno utjecala («*would be likely to have significant effect*») na cijenu odnosno vrijednosnog papira. Uporišna točka ove definicije bili su (prenosivi) vrijednosni papiri tada definirani na način da obuhvaćaju ne samo dionice i obveznice (čl. 1. t. 2.a) već i ugovore ili prava na upis, kupnju ili prodaju obveznica ili dionica (čl. 1. t. 2.b), ali i opcije, *futures* te *financial futures* obveznica i dionica (čl. 1. t. 2.c) te indeksne ugovore (čl. 1. t. 2.d).

U odnosu na Smjernicu iz 1989., Smjernica iz 2003. **širi pojam povlaštene informacije** u odnosu na objekt. Nisu relevantne samo informacije koje se odnose na (prenosive) vrijednosne papire već na financijske instrumente općenito. Što je financijski instrument, definirano je u čl. 1. t. 3. iste smjernice. U financijske instrumente dakako ulaze i vrijednosni papiri (*transferable securities*), ali više nije mjerodavna njihova definicija iz Smjernice iz 1989., već ona iz ranije spomenute *Investment Services Directive*. <sup>22</sup> Za razliku od Smjernice iz 1989.,

<sup>20</sup> U nekim nacionalnim pravima raspravljalo se o tome kada informacija postaje "public". Jasno razgraničenje javnosti dostupnih informacija i onih koje to nisu bitno je zbog rada financijskih analitičara. Pravo Velike Britanije bilo je u implementaciji Smjernice iz 1989. najpreciznije. Ono je označilo 4 situacije kada se informacija bezuvjetno smatra dostupnom javnosti, narednih 5 situacija u kojoj se može smatrati dostupnom javnosti. Vidi kod FAIRBAIRN, D.S. *Insider-Dealing Regulation in the United Kingdom and Germany: Comparing Regulatory Policy on the Implementation of Key Aspects of the EC Insider Dealing Directive*, International and Comparative Corporate Law Journal, Vol. 3 Issue 4, 2001, str. 548-9. U njemačkom pravu najviše se polemiziralo o tome da li je objava usmjerena na dio javnosti dovoljna (*Bereichöffentlichkeit*). To je situacija kada se informacija ne objavljuje širokoj ulagačkoj publici (*breite(n) Anlegerpublikum*) nego samo sudionicima tržišta (*Marktteilnehmern*). Koncept *Bereichöffentlichkeit* zadovoljen je kada je s nekom informacijom upoznat neodređeni krug sudionika na tržištu, što opet ne znači da ta informacija mora biti poznata svakome od njih. Poblize, ASSMANN, H. D. *Das neue deutsche Insiderrecht*, ZGR (3) 1994, str. 511.

<sup>21</sup> Katkad se jedna te ista informacija može odnositi na više izdavatelja. Primjerice informacija o njihovu spajanju ili pripajanju. Međutim, informacija o poslovnim probicima jednog izdavatelja može ujedno biti i informacijom koja će se odnositi i na drugog izdavatelja. Primjerice, izdavatelj A izumi novi (proizvodni) postupak koji može pogubno utjecati na poslovni uspjeh konkurentskog izdavatelja B. Vidi WHITE, M. *The Implications for securities regulation of new insider dealing provisions in the Criminal Justice Act 1993*. The Company Lawyer vol. 16, br. 6/1995, str. 165. i SMITH, H. *Price Sensitive Information and dealing in securities - An Update for Listed Companies* (1993).

<sup>22</sup> Ta smjernica definira vrijednosne papire na sljedeći način:

Čl.1 (4) Transferable securities shall mean:

osim vrijednosnih papira u polje primjene Smjernice iz 2003. ulaze i udjeli u investicijskom fondu (koji su prije bili izuzeti), instrumenti tržišta novca (*money market instruments*), ugovori o *financial futures* (*financial futures agreements*) ili ekvivalentni gotovinski poslovi, *forward interest-rate agreements*, valutni, kamatni ili *equity swap* poslovi, opcije za kupnju ili prodaju svih prethodno navedenih instrumenata, uključujući i takve poslove s gotovim novcem. U posljednju kategoriju ulaze posebno valutne opcije te opcije na kamatne stope, derivati koji se odnose na robu, te bilo koji instrumenti uvršteni na regulirano tržište zemlje članice (*regulated market*) ili za koji je podniet zahtjev za uvrštenje.

Osim što nova smjernica pretendira obuhvatiti sve pojavne oblike financijskih instrumenata, kako u domeni zaštite ne bi bili samo klasični vrijednosni papiri, ona polje svoje primjene širi i na tzv. *primary market*.<sup>23</sup> Radi se dakle o vrijednosnim papirima koji se nude javnom ponudom ulagateljima (IPO).

Definicija povlaštene informacije u odnosu na financijske instrumente i njihove izdavatelje nije pretrpjela velike izmjene u odnosu na Smjernicu iz 1989., osim što je uneseno da se informacija može *izravno* ili *neizravno* odnositi na izdavatelja financijskog instrumenta ili na same financijske instrumente, ali je posebno definirano što se smatra povlaštenom informacijom kada su predmet trgovanja **robni derivati**, a ne derivati vrijednosnih papira. Ako je riječ o robnim derivatima, povlaštena informacija mora se izravno ili neizravno odnositi na te derivate, a bitno je i to da korisnici tržišta na kojima se trguje tim derivatima očekuju da će informaciju dobiti na tim tržištima temeljem prakse prihvaćene na tim tržištima.

Posebno je definirano što se smatra povlaštenom informacijom kada su u pitanju osobe koje trebaju izvršiti **nalog** koji se odnosi na određeni financijski instrument. Za te osobe povlaštenom informacijom smatra se i informacija koju mu je priopćio klijent i koja se odnosi na klijentove naloge koji još nisu realizirani. Naravno, povlaštena informacija mora zadovoljavati i druge kriterije opće definicije (preciznost, nedostupnost javnosti, vjerojatnost bitnog utjecaja na cijenu, predmet na koji se odnosi itd.).

Određeni elementi definicije povlaštene informacije dobili su svoju dopunu u tzv. **smjernici drugog nivoa (interpretativna smjernica)**.<sup>24</sup> Poblježe je definirana preciznost informacije te vjerojatnost bitnog utjecaja na cijenu (čl. 1.). Precizna

- 
- (a) shares in companies and other securities equivalent to shares in companies;
  - (b) bonds or other forms of securitized debt;
  - (c) any other securities normally dealt in giving the right to acquire any such transferable securities by subscription or exchange or giving rise to a cash settlement excluding instrument of payment;

<sup>23</sup> *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on insider dealing and market manipulation (market abuse), COM (2001) 281 final, 30.05.2001, str. 6.*

<sup>24</sup> Kao u bilj. br. 11.

informacija je ona koja se odnosi na skup činjenica koje postoje ili za koje se može razumno pretpostaviti da će nastati, ili se odnosi na događaj koji se dogodio ili za koji se razumno može pretpostaviti da će se dogoditi, a da pritom taj događaj ili skup činjenica mora biti određen u mjeri koja će omogućiti izvođenje zaključka o učinku takvog skupa činjenica ili događaja na cijenu financijskih instrumenata ili njihovih derivata (čl. 1. st. 1. Smjernice 2003/124/EZ). Cjenovna osjetljivost definira se kao svojstvo informacije koju će razumni ulagatelj<sup>25</sup> vjerojatno uzeti u obzir pri donošenju svoje odluke o ulaganju u taj financijski instrument (čl. 1. st. 1. Smjernice 2003/124/EZ).

## 2.2. Hrvatsko pravo

Definicija povlaštene informacije sadržana je u čl. 103. ZTVP-a. Povlaštenim informacijama smatraju se sve činjenice koje nisu poznate javnosti, a odnose se na jednog ili više izdavatelja vrijednosnih papira ili na vrijednosne papire, i koje bi da su poznate javnosti, mogle utjecati na cijenu vrijednosnih papira. Povlaštene informacije štite se od nastanka činjenice do njihove objave. U odnosu na ZIPVP ispuštena je «vjerojatnost» utjecaja povlaštene informacije na cijenu.<sup>26</sup> Kako je u Smjernici zadržan taj izraz («*would be likely to have a significant effect*»), propis hrvatskog prava nije precizan jer izjednačava vjerojatnost i mogućnost.

Da bi se neka okolnost ili odluka smatrala povlaštenom informacijom, mora se raditi o materijalnoj činjenici koja može utjecati na cijenu vrijednosnog papira (čl. 106. st. 2. ZTVP).<sup>27</sup> Pri tome valja skrenuti pozornost da pojam informacije i materijalne činjenice nije istovjetan, jer je kod informacije riječ o saznanju o činjenicama.<sup>28</sup> U smjernici EZ-a drugog nivoa precizirano je da se povlaštena informacija mora odnositi na skup činjenica ili događaje koje postoje ili koje će vjerojatno nastati (čl. 1. st. 1. Smjernice 2003/124/EZ). Iz toga proizlazi da se izvan zaštite nalaze informacije o vrijednosnim sudovima.<sup>29</sup> Vrijednosne sudove

<sup>25</sup> Slično je u američkom pravu vidi STEINBERG, M.I. *Insider Trading, Selective Disclosure and Prompt Disclosure: A Comparative Analysis*, U.Pa. J. Int'l Econ. L. 2001, str. 652.

<sup>26</sup> Prije u čl. 62. ZIPVP

<sup>27</sup> Njemačko pravo i Smjernica iz 1989. g. zahtijevaju da se radi o informaciji koja može «bitno» utjecati na cijenu vrijednosnog papira. Nova smjernica o insider tradingu i zlouporabi na tržištu kapitala iz 2003., također to replicira («*significant effect*» - čl. 1. st. 1.) Vidi: *Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse)*, O.J. L 096, 12/04/2003 str. 0016-0025. Koja informacija ima bitan utjecaj na cijenu dionica, utvrđuje se in concreto. Kako se kod dionica radi o visoko rizičnim vrijednosnim papirima, ima shvaćanja da bi otkloni u cijeni između 5-10% bili relevantni, pri čemu bi veći otkloni (+/- 10%) bili relevantni za dionice koje glase na niži nominalni iznos, dok bi kod dionica s višim nominalnim iznosom bili relevantni i niži otkloni (+/- 5%). Vidi ČULINOVIĆ-HERC, E. *Insider trading...*, str. 314. i tamo citiranu njemačku literaturu.

<sup>28</sup> BARBIĆ, J. *Pravo društava, knjiga druga: Društva kapitala*, Zagreb 2000, str. 256.

<sup>29</sup> Vidi kritiku tog rješenja, *loc.cit.*



moгу primjerice izricati financijski analitičari temeljem činjenica koje su dostupne javnosti i opravdano je da prerada takvih činjenica bude izuzeta iz predmeta zaštite.<sup>30</sup> Međutim, ako bi se vrijednosni sudovi temeljili na javnosti nedostupnim materijalnim činjenicama (primjerice, priopćenja financijskih analitičara koja se temelje na podacima do koji se došlo putem intervju a članovima uprave izdavatelja).

Naše pravo ne zahtijeva da utjecaj informacije na cijenu bude bitan, što nije u skladu s europskim pravom. Bez obzira na to ne bi mogao biti relevantan svaki otklon u cijeni, tim više što se kod dionica radi o visokorizičnim vrijednosnim papirima. Barbić<sup>31</sup> upućuje na primjenu standarda razumnosti trgovačkog prava kako bi se iz primjene isključili bagatelni slučajevi. Kod povlaštenih informacija od pomoći bi mogao biti indeks rasta i pada cijene određene dionice na burzi ili uređenom javnom tržištu.

Problematično je razgraničenje povlaštene od povjerljive informacije<sup>32</sup> koja je zaštićena poslovnom tajnom (čija objava bi itekako mogla utjecati na cijenu vrijednosnog papira). S obzirom na mogućnost da određena informacija utječe na cijenu vrijednosnog papira, postavlja se pitanje kakav tretman imaju okolnosti koje se smatraju poslovnom tajnom, s obzirom da su članovi uprave prema čl. 252. st. 1. ZTD-a dužni čuvati poslovnu tajnu i s obzirom da je odavanje poslovne tajne kažnjivo djelo prema čl. 629. st. 1. ZTD-a, pri čemu su mogući počinitelji upravo one osobe koje su označene kao primarni insidéri (članovi uprave i nadzornog odbora).<sup>33</sup>

Najvažnija neusklađenost i dalje ostaje u pojmu vrijednosnog papira, kojeg hrvatski zakonodavac uređuje primjeričnom listom. Kao što je već rečeno, nova smjernica širi polje primjene i na derivate vrijednosnih papira, na instrumente tržišta novca, pa čak i na derivate koji imaju za predmet robu, dok se ZTVP primjenjuje samo na «dionice, obveznice, trezorske zapise, blagajničke zapise, komercijalne zapise, certifikate o depozitu i druge vrijednosne papire izdane u seriji» jer je to pojam vrijednosnog papira kojeg poznaje ZTVP (čl. 2. st. 1. ZTVP). ZTVP uređuje svoje polje primjene *ratione personae* propisavši da se štite povlaštene informacije koje se odnose na vrijednosne papire u prometu na teritoriju Republike Hrvatske ili na vrijednosne papire što su ih izdali izdavatelji registrirani u Republici Hrvatskoj, bez obzira na to gdje se njima trguje (arg. iz čl. 105. st. 6. t. 1. ZTVP).

Povlaštene informacije štite se od trenutka nastanka cjenovno osjetljive okolnosti do trenutka objavljivanja. Naime u tom periodu postoji opasnost da

<sup>30</sup> U njemačkom pravu, prema čl.13 (2) WpHG takve informacije se ex lege ne smatraju povlaštenima.

<sup>31</sup> BARBIĆ, op.cit., str. 256.

<sup>32</sup> O odnosu povlaštenih i povjerljivih informacija u kontekstu mogućnosti odgode objave vidi u dijelu rada pod 3.13.

<sup>33</sup> Njemački autori smatraju da pojam povlaštenosti ne implicira da se radi o povjerljivoj (tajnoj) informaciji. Opširnije ASSMANN, H. D. *Das neue deutsche...*, str. 510.

će osobe koje raspoložu povlaštenim informacijama<sup>34</sup> trgovati njima (*insider trading*), odnosno da će koristiti prednosti njihova poznavanja (za sebe ili druge). Zbog toga se često naglašava potreba da se povlaštene informacije što brže objave, kako bi se što je moguće više skratilo period u kojem su one podložne «trgovanju». Kako se informacije koje treba objaviti često odnose na odluke koje donose organi izdavatelja, postavlja se pitanje kada takvu odluku izdavatelja treba objaviti ako pri njezinom donošenju suodlučuje više organa u društvu (primjerice uprava uz suglasnost nadzornog odbora). U njemačkoj doktrini podijeljeni su stavovi o tome da li obveza objavljivanja nastaje posljednjim aktom koji je potreban za njezino valjano donošenje, ili ta obveza postoji već u fazi pendencije. Prevladava shvaćanje da je to onaj trenutak u kojem odluka postaje pravno ireverzibilna unutar društva, odnosno konačna. Međutim, radnje koje bi eventualno bilo potrebno poduzeti, a koje izlaze iz kruga tvrtke (kao što je primjerice upis te odluke u registar), nisu odlučujuće za nastanak ove obveze objavljivanja, jer je u toj fazi - kada «odluka napušta tvrtku» vrlo teško eliminirati opasnost od *insider tradinga*. Iz kuta gledišta našeg prava u ovom bi slučaju bilo učinkovito zahtijevati (privremeno) oslobođenje od dužnosti objave od Komisije, jer se na taj način najbolje mire suprotstavljeni interesi izdavatelja vrijednosnog papira i interesi ulagatelja na tržištu kapitala.

### **3. Osobe koje raspoložu povlaštenim informacijama i zabranjene radnje**

#### **3.1. Europsko pravo prema Smjernici iz 2003. godine**

##### **3.1.1. Insideri**

Prema Smjernici iz 1989. razlikovali su se primarni od sekundarnih insidera, pri čemu su unutar primarnih bile tri potkategorije. Sada je ta razlika gotovo izbrisana, jer su radnje koje su zabranjene primarnim insiderima jednako zabranjene i za sekundarne.

U tzv. primarne insidere, tj. «nositelje» povlaštenih informacija, prema novom uređenju, ulaze osobe:

- a) koje raspoložu povlaštenim informacijama s obzirom na to da imaju svojstvo člana uprave ili nadzornog odbora pri izdavatelju financijskog instrumenta (čl. 2. st. 1.a);
- b) koje raspoložu povlaštenim informacijama s obzirom na svojstvo imatelja udjela u kapitalu izdavatelja;<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Prema čl. 103. ZTVP-a povlaštenim informacijama smatraju se sve činjenice koje nisu poznate javnosti, a odnose se na jednog ili više izdavatelja vrijednosnih papira ili na vrijednosne papire, koje bi, da su poznate javnosti, mogle utjecati na cijenu vrijednosnih papira.

<sup>35</sup> Niti ova smjernica kao ni ona koja joj je prethodila nije riješila pitanje koliko velik treba biti udio u temeljnom kapitalu da bi se neka osoba smatrala insiderom. U vrijeme primjene

- c) koje raspoložu povlaštenim informacijama s obzirom da do njih imaju pristup zbog radnih zadaća koje obavljaju,<sup>36</sup> odnosno profesije<sup>37</sup> ili dužnosti koju obnašaju;
- d) počinitelji kaznenih djela.

Kod pretposljednje kategorije insidera problematičan je položaj financijskih analitičara i gospodarskih novinara, jer je moguće da financijski analitičar dođe do određenih spoznaja isključivo preradom informacija koje su poznate javnosti. Tada bi njihov rad trebao biti zaštićen. Drukčije je ako je financijski analitičar do istih informacija došao temeljem *interviewa* s osobama koje ulaze u prvu grupu primarnih *insidera*. Zbog toga je njemačko pravo informacije nastale preradom poznatih činjenica izuzelo od pojma povlaštenih informacija.<sup>38</sup>

Primarni insider može biti i **pravna osoba** (odvjetničko društvo, revizorska tvrtka).<sup>39</sup> U tom slučaju zabrana se odnosi na one fizičke osobe u toj pravnoj osobi koje su sudjelovale u donošenju odluke o provedbi transakcije za račun te pravne osobe (čl. 2. st. 2. Smjernice).

Dok su prema Smjernici iz 1989. sekundarnim insiderom smatrane osobe koje su svjesne (*full knowledge*) povlaštenosti informacije raspolagale tom informacijom, a da su za nju izravno ili neizravno doznale od primarnog *insidera*,<sup>40</sup> sada izvor saznanja nije uopće bitan, a zabrane kojima podliježu primarni insiderei jednako se primjenjuju na sekundarne (čl. 4. Smjernice iz

---

Smjernice iz 1989. izraženo je shvaćanje da se primarnim insiderima ne bi mogli smatrati dioničari koji imaju manje od 10% udjela u temeljnom kapitalu. Vidi HOPT, K. *The European Insider Dealing Directive* (1990) CMLR, str. 62.

<sup>36</sup> To su djelatnici izdavatelja vrijednosnog papira (osim članova uprave koji su obuhvaćeni prvom kategorijom), ali se tu ubrajaju i osobe izvan tvrtke. Može se raditi o radnom odnosu na određeno i na neodređeno vrijeme. Njemačko pravo je Smjernicu iz 1989. implementiralo zahtijevajući da navedeni djelatnik po redovnom tijeku stvari bude u doticaju s povlaštenim informacijama (*bestimmungsgemäss*), pa ga slučajno ili usputno saznanje povlaštene informacije ne čini odgovornim prema § 13 /1/ 3 WpHG, što je naišlo na kritiku u njemačkoj doktrini. Vidi primjerice EICHELE, *Finanzanalysten und Wirtschaftsjournalisten als Primärinsider* (1997) WM, na str. 502.

<sup>37</sup> Od profesija koje su obuhvaćene ovom grupom osobito se spominju računovođe, revizori, bankari, odvjetnici i novinari. To je ujedno i najraznovrsnija kategorija primarnih *insidera*.

<sup>38</sup> Tako u § 13 / 2 WpHG. U njemačkom pravu zakonodavac je prvi puta dizajnirao pojam *insidera* prilikom implementacije Smjernice iz 1989. jer dotad u njemačkom pravu nije bilo propisa o insiderima. Sasvim drugi problem imao je britanski zakonodavac koji je morao tom prigodom redizajnirati concept koji je već bio prihvaćen u *Companies Securities (Insider Dealing) Act 1985* a zasnivao se na konceptu "*breach of fiduciary relationship*". Usporedne naznake vidi kod FAIRBAIRN, D.S. *op.cit.*, str. 536.

<sup>39</sup> Pravo Velike Britanije, za razliku od Smjernice iz 1989., zabrane iz smjernice primjenjivalo je samo na fizičke osobe s obzirom da su zabrane bile uređene *Criminal Justice Actom* 1993. godine. Sada više ne postoji mogućnost izostavljanja pravnih osoba.

<sup>40</sup> Taj zahtjev prema ranijoj smjernici još je više sužavao okvire odgovornosti za sekundarne insiderei. Zahtijevalo ga je pravo Velike Britanije, ali ne i njemačko pravo. Vidi FAIRBAIRN, *op.cit.*, str. 543.

2003.). To pod uvjetom da su znale ili morale znati (*know or ought to have known*) za povlaštenost informacije. Vidljivo je da je u odnosu na sekundarne insidere došlo do značajnog **pooštrenja njihove odgovornosti** jer sada više nije potrebna puna svijest o svojstvu povlaštenosti informacije, već je dovoljno da su te osobe znale ili čak «morale znati» za njezinu povlaštenost.

Ni stara ni nova smjernica nisu riješile pitanje postoji li kada su u pitanju primarni insidéri, presumpcija o poznavanju povlaštenih informacija te radi li se o apsolutnoj ili relativnoj presumpciji, odnosno vrijedi li ta presumpcija za sve podskupine primarnih insidéra ili samo za neke. Iako će se teret dokaza poznavanja povlaštene informacije prosuđivati prema nacionalnim propisima, najviše opravdanja za kreiranje takve presumpcije ima za prvu grupu primarnih insidéra, pri čemu bi moralo biti moguće da član uprave ili nadzornog odbora izdavatelja pruži dokaz o protivnom. To, primjerice, prema francuskom pravu nije moguće.<sup>41</sup> Niti u njemačkom pravu to pitanje nije do kraja razjašnjeno. Za Claussena<sup>42</sup> dovoljna je činjenica da te osobe zbog njihova položaja imaju mogućnost saznanja za povlaštene informacije, dok je u tekstu zakona naglasak na mogućnosti izravnog pristupa povlaštenim informacijama, odnosno na mogućnosti raspolaganja istima. U pogledu ostalih podskupina insidéra, ta presumpcija jedino je prihvatljiva kod dioničara koji imaju kvalificirani udio<sup>43</sup> u kapitalu društva (npr. 25% i više) i kod djelatnika koji po naravi posla dolaze u doticaj s povlaštenim informacijama. Ipak se to pitanje ne može bezuvjetno vezati uz veličinu udjela jer, primjerice, dioničar koji ima pravo prvenstva pri upisu novih dionica (kod povećanja temeljnog kapitala) svakako će među prvima imati povlaštenu informaciju o povećanju temeljnog kapitala.

### 3.1.2. *Zabranjene radnje*

Smjernica iz 1989. godine zabranjivala je svakom *insideru* da *koristi prednosti poznavanja* povlaštenih informacija. Smjernica iz 2003. zabranjuje svakom insideru (kako primarno tako i sekundarnom) koji ima povlaštenu informaciju koristiti tu informaciju, odnosno da temeljem te informacije izravno ili neizravno stječe ili otuđuje, ili pokuša steći ili otuđiti financijski instrument na kojeg se povlaštena informacija odnosi, bilo za svoj račun ili za račun treće osobe. Ova se zabrana primjenjuje i na sekundarne *insidere* pod uvjetom da su znali ili morali znati za povlaštenost te informacije.

<sup>41</sup> To neće uvijek biti moguće prema nacionalnom pravu države članice. Primjerice prema francuskom pravu nije moguće da član uprave dokaže da nije raspolagao povlaštenom informacijom. Vidi GAILLARD/PIGNEL *Les opérations d'initiés dans la Communauté économique européenne*, R.T.D.E. 1990, str. 337.

<sup>42</sup> Polemiku oko tog pitanja vidi kod WEBER, U.A. *Das neue deutsche Insiderrecht*, BB 4/95, str. 158 i dalje.

<sup>43</sup> Vidi PIGNEL, *op.cit.*, str. 13.

Pod pojmom financijskog instrumenta podrazumijevaju se ne samo (prenosivi) vrijednosni papiri, već i udjeli u investicijskom fondu te različiti derivati vrijednosnih papira trgovanje s kojima je odobreno (*admitted to trading*) na uređenom tržištu (*regulated market*) države članice ili je u pogledu tih financijskih instrumenata podnesen zahtjev za odobrenjem trgovanja. Jasno je da se zabrane ne odnose samo na burzovni segment trgovanja, već i na uređena javna tržišta. Što se smatra reguliranim tržištem uređuje *Investment Services Directive* iz 1993. Prema Smjernici iz 1989., (čl. 1. st. 2.) države članice mogle su isključiti izvanburzovne transakcije iz polja njezine primjene, u protivnom su i one bile obuhvaćene.<sup>44</sup> Sada to više nije moguće.

Poimenične zabrane sadržane su u čl. 3. Smjernice iz 2003. Zabranjeno je:

- a) iznošenje (*disclosing*) povlaštene informacije drugim osobama, osim ako do iznošenja dođe u okviru normalnog obavljanja svojih radnih zadataka, profesije ili dužnosti;
- b) davanje preporuke drugim osobama (*recommending*) ili poticanje (*inducing*) drugih osoba temeljem povlaštene informacije na stjecanje ili otuđenje financijskog instrumenta na koji se ta informacija odnosi.

Uređenje zabrana iz nove smjernice u odnosu na staru gotovo i da se ne razlikuje. Izraz druga osoba (*other person*) zamijenio je izraz treća osoba (*third party*), a izraz *inducing* zamijenio je izraz *procuring*. Iste se zabrane odnose na sekundarne insidere, što prije nije bio slučaj. Prema čl. 6. Smjernice iz 1989. države članice imale su opciju da iste zabrane primijene na sekundarne insidere, ali tu mogućnost nisu sve države članice jednako iskoristile.<sup>45</sup>

### 3.1.3. Izuzeci od zabrana

Kod nekih transakcija moguće je poduzimati «zabranjene radnje». To su prema čl. 7. Smjernice iz 2003. transakcije koje provode države članice, Europski sustav središnjih banaka, središnje banke država članica ili bilo koje drugo tijelo ili osoba koje su one ovlastile. Države članice imaju opciju da prošire ovaj izuzetak i na federalne jedinice i slične ograne lokalne vlasti kada se radi o upravljanju njihovim javnim dugom. Također su prema čl. 2. st. 3. Smjernice iz 2003. izuzete one transakcije kojima se stječu ili otuđuju financijski instrumenti ako se te transakcije poduzimaju radi izvršenja dospjele obveze koja proizlazi iz ugovora koji je zaključen prije nego što je osoba došla do saznanja o povlaštenim informacijama.

S druge strane, dopušteno je razotkrivanje informacija tijekom normalnog obavljanja (*normal exercise*) radnih zadataka ili funkcija. Ovaj pravni standard

<sup>44</sup> *Ibid.*, str. 14.

<sup>45</sup> *Ibid.*, str. 16. Za razliku od Njemačke koja je sekundarne insidere podvrgnula manjem krugu zabrana, Velika Britanija je već pri implementaciji Smjernice iz 1989. izjednačila primarne i sekundarne insidere. Vidi FAIRBAIRN, *op.cit.*, str. 540.

(*normal exercise*) potrebno je dalje tumačiti. Prema Assmannu,<sup>46</sup> taj pojam treba interpretirati široko, šire od pojma «uobičajen» (*usual*) ili «koji se zahtijeva u određenim okolnostima» (*required under the particular circumstances*), već njime treba obuhvatiti sva ponašanja koja označavaju *proper functioning of business institution*. Međutim, ako izdavatelj, osoba koja djeluje u njegovo ime ili za njegov račun, razotkrije ikoju povlaštenu informaciju trećoj osobi tijekom normalnog obavljanja svojih radnih zadataka, ili u obnašanju profesije ili dužnosti, istodobno se ta ista informacija mora u potpunosti i na učinkovit način objaviti ako je do njezina razotkrivanja došlo namjerno, a promptno u slučaju ako je do razotkrivanja trećoj osobi došlo nenamjerno (čl. 6/3 Smjernice iz 2003.). U slučaju da osoba koja je dobila informaciju ima obvezu čuvanja tajne, bez obzira zasniva li se ta obveza na zakonu, podzakonskim propisima, statutu izdavatelja ili ugovoru, tada izdavatelj ne mora objaviti takvu informaciju (čl. 6/3 Smjernice iz 2003.).

## 3.2. Hrvatsko pravo

### 3.2.1. Insideri

Okvirna definicija tko se sve smatra insiderom, odnosno osobom koja raspolaže povlaštenim informacijama sadržana je u čl. 105. st. 1. ZTVP-a. To su osobe koje u obavljanju svojih radnih zadaća (npr. bankarski činovnici koji pripremaju dokumentaciju radi odobrenja kredita izdavatelju), profesije (odvjetnici, notari) ili dužnosti (dužnosnici ministarstava) saznaju za povlaštene informacije. Zakonodavac za razliku od smjernice insiderima smatra samo fizičke osobe.

Određene osobe zakonodavac smatra tzv. primarnim insiderima. To su u stvari «nositelji» povlaštenih informacija. Članovi uprave, nadzornih odbora i drugih odgovarajućih tijela izdavatelja vrijednosnih papira smatraju se osobama koje raspolažu povlaštenim informacijama o izdavatelju i društvu koje kontrolira izdavatelj.<sup>47</sup> Barbić ističe da osim uprave i nadzornog odbora u dioničkom društvu nema tijela koje bi se moglo smatrati «drugim odgovarajućim tijelom». Izraz kojeg rabi naš zakonodavac "smatra se" raščičava pitanje tereta dokaza o poznavanju povlaštene informacije. Znanje ovih osoba presumira se, iako se po mišljenju autorice ne radi o apsolutnoj presumpciji, pa bi bio dopušten dokaz o protivnom. Opseg presumiranog znanja ograničava se na poznavanje povlaštenih informacija glede izdavatelja i društva koje izdavatelj kontrolira, tako da izvan fokusa ostaju informacije koje se odnose na vrijednosni papir, što je različito od europskog prava.

<sup>46</sup> ASSMANN, H.-D. *The Impact of Insider Trading Rules on Company Law*, u: HOPT/WYMEERSCH, *Capital Markets and Company Law*, Oxford 2003, str. 535.

<sup>47</sup> Slično je u njemačkom pravu. Osobe su definirane § 15 AktG.

U primarne insidere zakonodavac ubraja i osobe koje su s insiderima *povezane*, i to: njegove srodnike u prvom stupnju prave linije (1) te povezane osobe iz čl. 473. st. 1. ZTD-a (2). Posebna kategorija povezanih osoba su (3) fizičke i pravne osobe koje nisu povezane na bilo koji način utvrđen odredbama ovoga Zakona, ali za koje Komisija pregledom financijske i druge dokumentacije, te na drugi način, primjenom uobičajenog standarda profesionalne pažnje, utvrdi da uslijed pogoršanja ili poboljšanja gospodarskog ili financijskog stanja jedne osobe može doći do pogoršanja ili poboljšanja gospodarskog i financijskog stanja jedne ili više drugih osoba, jer se između njih provodi ili postoji mogućnost prijenosa gubitka, dobiti ili kreditne sposobnosti. Zakonodavac presumira znanje tih osoba za povlaštene informacije, pa bi teret dokaza bio na toj osobi da dokaže svoje neznanje. Dakle, jedino kod povezanih osoba osim fizičkih ulaze i pravne osobe.

Naše pravo, za razliku od europskog prava, ne smatra dioničare primarnim insiderima, što će u svjetlu pristupanja RH Europskoj uniji trebati ukloniti. Pri tome nije potrebno vezivati taj pojam uz veličinu udjela jer ponekad i imatelj neznatnog broja dionica ako ima pravo prvenstva prilikom upisa novih dionica (povećanje kapitala), predstavlja kritičnu masu. Također ne poznaje posljednju kategoriju insidera (počinitelji kaznenih djela), koja je tek uvrštena u smjernicu.

S druge strane, s unošenjem koncepta povezanih osoba zakonodavac širi pojam primarnih insidera u odnosu na aktualnu smjernicu.

Sekundarne insidere zakonodavac raspoznaje kao posebnu kategoriju. To su one osobe koje su na neovlašten način doznale za povlaštene informacije i kojima je poznata njihova priroda (čl. 105. st. 6. ZTVP). Razlika između hrvatskog i europskog prava sastoji se u tome da europsko pravo omogućuje da se sekundarnim insiderima imputira znanje o povlaštenosti informacije, ako su oni to «trebali znati», dok hrvatsko pravo zahtijeva stvarno znanje o povlaštenosti (blaži kriterij).

### 3.2.2. *Zabranjene radnje*

Zabranjene radnje propisuje čl. 105. st. 6. ZTVP-a. One se jednako primjenjuju na primarne i sekundarne insidere. Zabranjeno je:

1. koristiti povlaštene informacije prilikom neposredne ili posredne kupnje ili prodaje vrijednosnih papira koji su u prometu na teritoriju Republike Hrvatske ili vrijednosnih papira što su ih izdali izdavatelji registrirani u Republici Hrvatskoj, bez obzira na to gdje se njima trguje,
2. odavati ili činiti dostupnima povlaštene informacije drugim osobama,
3. koristiti povlaštene informacije prilikom davanja savjeta drugim osobama o kupnji ili prodaji vrijednosnih papira koji su u prometu na teritoriju Republike Hrvatske ili vrijednosnih papira što su ih izdali izdavatelji registrirani u Republici Hrvatskoj, bez obzira na to gdje se njima trguje.

U pogledu **prve zabrane**, propust je našeg zakonodavca u nepreciznom prijevodu izraza «*dispose*» i «*acquire*». Prodaja i kupnja vrijednosnih papira samo su neke od mogućih pravnih osnova stjecanja ili otuđenja. Što se tiče polja primjene ovih zabrana u hrvatskom pravu ono je šire u odnosu na Smjernicu jer

se zabrane u europskom pravu primjenjuju samo na financijske instrumente koji su uvršteni na uređeno tržište, dok se u nas zabrane primjenjuju na sve vrijednosne papire koji su u "prometu na teritoriju Republike Hrvatske", čime su obuhvaćene burzovne transakcije, one na uređenom tržištu, kao i transakcije iz ruke u ruku. Zakonodavac dalje govori o neposrednoj ili posrednoj kupnji ili prodaji vrijednosnih papira, što znači da je nebitno odvija li se prodaja putem posrednika (brokera) ili ne, što je različito od europskog prava. Zakonodavac pretendira i na ekstrateritorijalnu primjenu *ratione personae*, propisujući da se zabrane primjenjuju i u odnosu na vrijednosne papire «hrvatskih» izdavatelja kojima se trguje na inozemnim tržištima.

Postavlja se pitanje mora li insider poduzimanjem navedene radnje ostvariti neku korist ili izbjeći nastupanje štete da bi ta zabrana bila relevantna. Njemačko pravo, primjerice, inzistira na korištenju prednosti koja se može sastojati i u izbjegavanju gubitka, i u ostvarenju dobitka (za sebe ili za treću osobu). I takvo ponašanje predstavlja povredu važnog načela tržišta vrijednosnih papira koje polazi od toga da se svim ulagateljima pruži jednaka šansa (*Chancengleichkeit*). Naprotiv, kod transakcija iz ruke u ruku (*face to face*) kod kojih obje ugovorne strane znaju za povlaštenu informaciju ne dolazi do iskorištavanja prednosti, pa su one izvan polja primjene ove zabrane.<sup>48</sup>

Kada je u konkretnoj transakciji došlo do iskorištavanja prednosti, procjenjuje se prema utjecaju povlaštene informacije na cijenu vrijednosnog papira na dan sklapanja pravnog posla. Pri tom nije odlučno je li *insider* polučio dobit u razlici cijene, već je li postupao s namjerom da iskoristi povlaštenu informaciju. To znači da je zabranjena aktivnost ostvarena i kada je *insider* pretrpio štetu. U njemačkoj doktrini prevladava shvaćanje da se radi o klasičnom primjeru delikta ugrožavanja (*Gefährdungsdelikt*).<sup>49</sup>

U pogledu **druge zabrane** hrvatsko pravo s izrazom «činiti dostupnima» obuhvaća i odavanje koje nastaje propuštanjem, ali ne zabranjuje odavanje informacija djelatnicima izdavatelja. Neovlašteno omogućavanje pristupa postoji kada se, primjerice, trećoj osobi saopći zaporaka za pristup bazi podataka ili sigurnosni ključevi.<sup>50</sup> Ovlaštenim se, primjerice, smatra iznošenje povlaštenih informacija banci u svrhu pribavljanja kredita. Suprotno bi rješenje onemogućilo članovima uprave ili nadzornog odbora, revizorima, bankarima i odvjetnicima da obavljaju svoj posao.<sup>51</sup> Članovi uprave, nadzornih odbora i zaposlenici ovlaštenih društava još su pod dodatnom zabranom odavanja povlaštenih informacija o vrijednosnim papirima ili njihovim izdavateljima, za koje su saznali u okviru obavljanja poslova (čl. 105. st. 4. ZTVP), koja je doduše vremenski

<sup>48</sup> Tako HOPT, *op.cit.*, str. 2850; Suprotno: ASSMANN, *op.cit.*, str. 522 i 525.

<sup>49</sup> HOPT, *op.cit.*, str. 2850.

<sup>50</sup> *loc.cit.*

<sup>51</sup> *Ibid.*, str. 2851.



ograničena.<sup>52</sup> Da je druga zabrana relativnog značaja ukazuje i činjenica da primarni insidéri mogu te informacije iznositi ako su na to ovlaštteni zakonom ili aktima kojima su propisani poslovi ili dužnosti koje obavljaju (čl. 105. st. 7. ZTVP). Prema Barbiću<sup>53</sup>, primjer za to bio bi kada članovi uprave daju potrebna obavještenja dioničarima na skupštini društva.

U pogledu treće zabrane, vrijedi *mutatis mutandis* sve ono što je rečeno za prvu - ta je zabrana dijelom preuska dijelom preširoka. Preuska jer zabranjuje samo savjetovanje za kupnju i prodaju, a ne i druge oblike stjecanja i otuđenja, a preširoka jer se odnosi i na transakcije iz ruke u ruku, što prema europskom pravu nije slučaj. Kako europsko pravo u tu zabranu unosi još i poticanje (*to induce*), u tom bi smjeru zabranu trebalo proširiti. Za tu zabranu nije bitno je li *insider* u podređenom položaju u odnosu na treću osobu ili djeluje s njom u dosluhu. Dovoljno je, primjerice, da neka banka koja je primarni *insider* daje odgovarajuće savjete svojim klijentima o kupnji ili prodaji nekog vrijednosnog papira temeljem poznavanja povlaštene informacije. Nije odlučujuće da li se taj savjet plaća ili *insider* djeluje iz altruističkih pobuda (primjerice u dobrotvorne svrhe). U komparativnom pravu oštro se kritizira rješenje njemačkog prava prema kojem sekundarni *insider* može savjetovati temeljem povlaštenih informacija.<sup>54</sup> Kod nas to nije sporno, jer se sve zabrane jednako primjenjuju i na sekundarne insidere.

#### 4. Dužnost objavljivanja povlaštenih informacija (*ad hoc disclosure*)

##### 4.1. Europsko pravo prema Smjernici iz 2003.

###### 4.1.1. Dužnost objave i rokovi

Ovaj sadržajni segment aktualne smjernice pretrpio je značajne izmjene (čl. 6. Smjernice iz 2003.) Države članice trebaju osigurati da izdavatelji financijskih instrumenata obavještavaju javnost u što kraćem vremenu (*as soon as possible*) o povlaštenim informacijama koje se izravno odnose na te izdavatelje. U smjernici drugog nivoa 2003/124/EZ detaljnije se uređuju modaliteti i rokovi objave. Upućuje se na primjenu Smjernice 2001/34/EZ koja regulira dužnost objavljivanja podataka onih izdavatelja čiji su vrijednosni papiri uvršteni na burzu.<sup>55</sup> Prema smjernici drugog nivoa zemlje članice moraju se pobrinuti da

<sup>52</sup> Zabrana iz ovoga stavka prestaje nakon isteka roka od šest mjeseci od dana prestanka obavljanja dužnosti ili zadaća.

<sup>53</sup> BARBIĆ, *op.cit.*, str. 258.

<sup>54</sup> FAIRBAIRN, *op.cit.*, str. 558.

<sup>55</sup> Čl. 102 i čl. 103. te smjernice, tj. *Directive 2001/34/EC of the European Parliament and of the Council of 28 May 2001 on the admission of securities to official stock exchange listing and on information to be published on those securities, OJ L 184 6.07.2001, 0001-0036.*

izdavatelj ne iskorištava dužnost objave povlaštenih informacija u promidžbene svrhe. Bez obzira na konkretno usvojene modalitete objave u nekoj zemlji članici, države članice moraju se pobrinuti za to da izdavatelji u određenom roku sve povlaštene informacije podložne objavljivanju objave i na svojoj Internet stranici.

Također osobe koje obavljaju rukovodne funkcije (*persons discharging managerial responsibilities*) kod izdavatelja, te (gdje je to potrebno) osobe koje su tijesno s njima povezane moraju barem obavještavati ovlašteno tijelo o transakcijama koje se odnose na dionice izdavatelja što su ih poduzeli za svoj račun ili o transakcijama koje se odnose na derivate odnosno druge financijske instrumente koji su povezani s dionicama. Države članice moraju osigurati da barem kada su u pitanju pojedinci, javni pristup do informacija koje se odnose na te transakcije bude dostupan u što kraćem roku (čl. 6/4 Smjernice iz 2003).

#### 4.1.2. *Mogućnost samoinicijativne odgode objave povlaštenih informacija*

Izdavatelj može na svoju vlastitu odgovornost odgoditi objavu povlaštenih informacija kako bi zaštitio svoje legitimne interese pod uvjetom da ne postoji vjerojatnost (*would not be likely*) da će takva odgoda dovesti u zabludu javnost te pod uvjetom da izdavatelj uspije očuvati tajnost te informacije. Smjernica drugog nivoa 2003/124/EZ u čl. 3. st. 1. navodi primjeričnu listu okolnosti koje se mogu smatrati legitimnim razlozima odgode objave. Prva situacija odnosi se na pregovore koji su u tijeku. Ako postoji vjerojatnost da bi objava informacija utjecala na uobičajeni tijek ili ishod pregovora, tada se objava povlaštene informacije može odgoditi. To posebice onda ako je izdavatelj u teškom financijskom položaju (*grave and imminent danger*) premda se nisu stekli uvjeti za otvaranje stečajnog postupka, a objava informacija bi mogla ozbiljno ugroziti interese postojećih i mogućih dioničara na način da umanju mogućnost uspješnog okončanja pregovora koji su usmjereni na to da izdavatelju omoguće dugoročan financijski oporavak.

U drugoj situaciji radi se o odlukama (ili ugovorima) što su ih donijeli (ili zaključili) članovi uprave, koje treba odobriti drugi organ izdavatelja da bi stupile na snagu, a taj je organ odvojen od prvog organa pod uvjetom da bi javna objava informacije prije odobrenja, uz istodobnu objavu informacije da traženo odobrenje još uvijek nije dano, ugrozila ispravno vrednovanje te informacije od strane javnosti. U njemačkom pravu ovom se pitanju posvećuje velika pozornost jer su kompetencije uprave i nadzornog odbora razdvojene, kao i u našem pravu. Govori se o donošenju odluke u društvu suodlučivanjem više organa (*kaskadenförmig / mehrstufigen Entscheidungsprozess*). Radi se o situacijama poput one kada odluku donosi uprava, ali uz suglasnost nadzornog odbora. Postavlja se pitanje treba li odluku uprave koja već prileži objaviti i prije nego što nadzorni odbor da svoju suglasnost. Mišljenja su u literaturi podijeljena. Dio autora smatra kako je potrebno da proces donošenja odluke bude u potpunosti okončan.<sup>56</sup> Drugi autori tvrde da taj trenutak nastupa i ranije, dok je

<sup>56</sup> To mišljenje zastupa HOPT, *op.cit.*, str. 2852, par. 49.

odluka (uprave) još pendentna, ali tu tezu brane različitim argumentima. Jedna autorica polazi od prava svakog dioničara da bude obaviješten (o takvoj "višećoj" odluci na skupštini društva). To je pravo u izravnoj vezi s ostvarivanjem prava glasa (na skupštini) i njegova je narav prisilna. Osim što na to imaju pravo kao dioničari, oni na to imaju pravo kao ulagatelji, jer je sustav pravne regulacije tržišta vrijednosnih papira usmjeren na zaštitu ulagatelja.<sup>57</sup> Ista autorica podupire ovo shvaćanje okolnošću da se primarni *insideri* izuzimaju od zakonske zabrane iznošenja informacija ako su za to ovlašteni u okviru obavljanja svojih poslova ili dužnosti.<sup>58</sup> Prema drugom stajalištu polazi se od toga da odluka uprave koju treba donijeti uz suglasnost upravnog odbora postaje pravno obvezujuća tek s posljednjim aktom (davanjem suglasnosti). Tvrtka ima interes zadržati povlaštenost informacije do toga trenutka, dok s druge strane postoji interes tržišta vrijednosnih papira da što prije sazna za cjenovno osjetljivu informaciju, i ta se dva interesa nalaze u sukobu. Ako se poče od shvaćanja da odluka postaje pravno obvezujuća (konačna) tek od onog trenutka od kada je ona sadržajno ireverzibilna (*rechtllich unumkehrbar / bestandskräftig*), postavlja se pitanje kada taj trenutak nastupa - jer od tada ta odluka ostvaruje učinak na financijsko i imovinsko stanje izdavatelja vrijednosnog papira i prema par. 15/1 WpHG podliježe dužnosti objave. Pitanje postizanja konačnosti odluke potrebno je, predlažu autori, gledati u krugu tvrtke. To znači da radnje koje je eventualno potrebno poduzeti da bi odluka postala valjana, a izlaze iz kruga tvrtke (dužnost upisa te odluke u neki registar) ne treba uzeti u obzir. Dužnost objave tereti tvrtku najkasnije u trenutku u kojem odluka napušta tvrtku, posebno ako se ta ista odluka može pobijati nekim proturadnjama. Razlog je u tome što u toj pendentnoj fazi odluka biva naročito podložna opasnosti od *insider tradinga*, jer je u krugu tvrtke vrlo teško sačuvati povlaštenost te informacije. Cilj zakona je objaviti povlaštenu informaciju što je ranije moguće, upravo kako bi se izbjegla mogućnost trgovanja povlaštenim informacijama. Stoga i ovi autori smatraju da odluku uprave treba objaviti prije nego što je nadzorni odbor dao svoju suglasnost, iako ona još nije pravno obvezujuća.

#### 4.1.3. *Dodatne mjere očuvanja povlaštenosti informacije pri odgodi objave*

Smjernica drugog nivoa 2003/124/EZ zahtijeva od država članica da izdavatelje obvežu na provedbu određenih mjera koje imaju zadatak osigurati da povlaštene informacije ostanu tajne u situaciji kada izdavatelj odluči odgoditi njihovu objavu. Izdavatelj mora uspostaviti odgovarajuće mjere koje će onemogućiti pristup takvim informacijama svim osobama osim onima kojima su potrebne pri obavljanju njihovih funkcija kod izdavatelja.<sup>59</sup> Izdavatelj se

<sup>57</sup> BENNER-HEINACHER, J. *Kollision der Auskunftspflicht des Vorstands mit Insidergesetz*, DB 1995, str. 766.

<sup>58</sup> *loc.cit.*

<sup>59</sup> U tom smislu ide i propis prema kojem države članice trebaju zahtijevati od izdavatelja (osoba koje rade u njegovo ime ili za njegov račun) da sačine popis djelatnika zaposlenih

također treba pobrinuti da sve osobe kojima su dostupne te informacije shvaćaju njihov značaj i svjesni su sankcija koje nastaju njihovom zlouporabom. Također, izdavalatelj mora biti spreman na trenutnu objavu informacija u slučaju da nije uspio osigurati njihovu povjerljivost.

Države članice također mogu zahtijevati da o namjeravanoj odgodi objave povlaštene informacije izdavalatelji obavijeste ovlašteno tijelo. Tu postoji razlika u odnosu na raniju smjernicu prema kojoj je ovlašteno tijelo bilo nadležno osloboditi izdavalatelja obveze objave informacija ako bi takva objava ugrozila njegove legitimne interese.

#### **4.2. Hrvatsko pravo**

Prema čl. 105. st. 7. ZTVP-a osobe koje raspolažu povlaštenim informacijama mogu te informacije iznositi samo ako su na to ovlaštene zakonom ili aktima kojima su propisani poslovi ili dužnosti koje obavljaju. Članovi uprave, nadzornog odbora izdavalatelja trebaju svaki posao kojim neposredno ili posredno stječu ili otpuštaju vrijednosne papire izdavalatelja prijaviti izdavalatelju, Komisiji i burzi ili uređenom javnom tržištu na kojem su uvršteni takvi vrijednosni papiri, i to u roku od 15 dana od dana obavljene transakcije. Osim izdavalatelja u kojem te osobe imaju svojstvo člana nadzornog odbora ili uprave, mjerodavno je i stjecanje vrijednosnih papira izdavalatelja kojeg prvi izdavalatelj kontrolira, odnosno izdavalatelji koji ulaze u pojam povezanih društava (čl. 105. st. 2. i 3. ZTVP).

Prema čl. 106. st. 1. ZTVP-a izdavalatelj vrijednosnih papira uvrštenih na burzi ili uređenom javnom tržištu obavezan je bez odgode izvijestiti javnost. Poblize propise «o načinu izdavanja (vjerojatno objavljivanja? - op.a.) i sadržaju informacija donosi Komisija (čl. 106. st. 3. ZTVP). Prema našem pravu, izdavalatelj vrijednosnih papira nema mogućnost da na svoju odgovornost odgodi objavu informacije već ga od te obveze može (privremeno) osloboditi jedino Komisija (čl. 107. ZTVP). Rok odgode ne može biti duži od tri mjeseca.

### **5. Pojam manipulacije tržištem**

#### **5.1. Definicija tržišnih manipulacija u Smjernici iz 2003. i njezina kritika**

Dok je pojam povlaštene informacije pretrpio manje izmjene novom smjernicom, pojam tržišnih manipulacija bio je relativno koncizan i razumljiv u prijedlogu smjernice,<sup>60</sup> u tekstu je smjernice pretrpio brojne izmjene i postao

---

temeljem ugovora o radu ili drukčije, koje imaju pristup povlaštenim informacijama. Taj se popis mora redovito obnavljati i dostavljati ovlaštenom tijelu svakodobno na njegov zahtjev (čl. 6/3 Smjernice iz 2003).

<sup>60</sup> *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on insider dealing and market manipulation (market abuse), COM (2001) 281 final, 30.05.2001., čl. 1. st.2 (a) i b*

vrlo nepregledan.<sup>61</sup> Nije jasno da li je za činjenje tržišne manipulacije bitna namjera, što se opravdano kritizira. S druge strane, kao i kod insider tradinga, određeni aspekti tih definicija precizirani su smjericama drugog nivoa, što poimanje tržišnih manipulacija čini još manje preglednim.<sup>62</sup> Po novome tri su glavna oblika tržišnih manipulacija:

(a) **Pravni poslovi ili nalozi** za trgovanje:

- koji daju ili postoji vjerojatnost da daju lažnu sliku o ponudi, potražnji ili cijeni financijskog instrumenta
- koji su usmjereni na održavanje cijene jednog ili više financijskih instrumenata na umjetnom nivou, bilo djelovanjem jedne osobe ili kroz zajedničko djelovanje više njih, osim ako osoba koja sklopi pravni posao ili da nalog za trgovanje iznese legitimne razloge za takvo postupanje, te pod uvjetom da je takvo postupanje u skladu s prihvaćenom praksom odnosno reguliranog tržišta;

(b) fiktivne transakcije ili fiktivni nalozi za trgovanje, uključujući i ostale oblike prijevanih ili prividnih radnji;

(c) širenje informacija o financijskom instrumentu putem sredstava informiranja, uključujući i Internet, ili putem drugih sredstava koje o njemu daju ili postoji vjerojatnost da daju lažne pokazatelje ili pokazatelje koji dovode u zabludu, uključujući širenje glasina te vijesti koje su lažne ili dovode u zabludu, ako je osoba koja širi glasine ili takve vijesti znala ili morala znati da je informacija lažna ili da dovodi u zabludu. U pogledu novinara kada oni djeluju u okviru svoje profesije<sup>63</sup>, takvo širenje informacija procjenjuje se uzevši u obzir propise kojima je regulirana njihova struka, osim ako te osobe izravno ili neizravno stječu prednost ili dobit od širenja tih informacija.

U nastavku definicije navodi se primjerna lista ponašanja koja se pod (a), (b) i (c) smatra tržišnom manipulacijom. To su:

- ponašanje osobe ili osoba koje zajednički djeluju kojim se nastoji osigurati dominantni položaj nad ponudom i potražnjom za određeni financijski instrument, koje se ogleda u izravnom ili neizravnom utvrđivanju prodajne ili kupovne cijene ili stvaranju drugih nepoštenih uvjeta trgovanja;

---

<sup>61</sup> Directive 2003/6 EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse) OJ L 096, 12.04.2003,- čl. 1. st. 2. (a) (b) (c)

<sup>62</sup> ALCOCK, *op.cit.*, str. 150.

<sup>63</sup> Doktrina u Velikoj Britaniji oštro je reagirala na mogućnost da novinari budu dijelom općeg režima zlouporabe na tržištu. Financial Services Authority (FSA) Velike Britanije zalaže se da novinari ostanu izvan tog režima. Bez obzira na to Velika Britanija može prilikom implementacije izuzeti novinarsku struku. Ističe se da je učinkovitost te rezerve upitna ako je ne budu iskoristile i druge države članice, obzirom da se ugledni financijski časopisi čitaju diljem Europe (kao npr. Financial Times). Vidi ALCOCK, *op.cit.*, str. 150.

- prodaja ili kupnja financijskih instrumenata na kraju dana s učinkom dovođenja u zabludu ulagatelja, koji djeluju na temelju cijena iskazanih na kraju dana («marking the close»)
- korištenje mogućnosti povremenog ili stalnog pristupa tradicionalnim ili elektroničkim sredstvima informiranja, davanjem mišljenja o financijskom instrumentu (ili neizravno o njegovu izdavatelju) a da je prethodno trgovao istim te da je naknadno ostvario korist od izraženog mišljenja o cijeni tog instrumenta, bez da je istodobno javnosti razotkrio interesni sukob na propisan način («scalping»).

Posljednja naznaka u definiciji je ta da će se ona mijenjati kako bi se osiguralo da se novi pojavni oblici tržišnih manipulacija mogu podvesti pod taj pojam. Bez obzira na nepreglednost ove definicije može se uočiti da se iz svih ovih pojavnih oblika tržišnih manipulacija mogu izdvojiti dvije glavne grupe: u prvu grupu ulaze *transakcije ili nalozi za kupnju ili prodaju* koji su usmjereni na stvaranje lažne slike o ponudi i potražnji za određenim financijskim instrumentom ili na stvaranje lažne slike o cijeni istog, a također u istu grupu ulaze ponašanja koja su usmjerena na održavanje umjetne cijene vrijednosnog papira. Iz te se grupe izdvaja posebna (pod)grupa transakcija ili naloga za trgovanje kojima je zajedničko da su *fiktivni*, iako su ciljevi tih fiktivnih transakcija istovjetni kao i onih iz prve grupe. Npr. cilj tih transakcija upravo je stvoriti privid da postoji velika potražnja za nekim financijskim instrumentom te *vice versa*, čime se opet indirektno utječe i na cijenu financijskog instrumenta. Stoga su u prijedlogu svi ovi pojavni oblici manipulacija bili objedinjeni, što sada nije slučaj. Druga velika grupa ne podrazumijeva tržišnu aktivnost već se odnosi na širenje lažnih informacija, ali i glasina, s ciljem da manipulativno djeluju na tržište.

Da je prijedlog smjernice uspješniji od svog konačnog teksta, vidi se i po tome što je konciznija definicija upućivala na punu dužu primjericnu listu sadržanu u aneksu prijedloga smjernice koja je za adresate - suce u zemljama članicama razumljivija - sadrži već poznate opise zabranjenih ponašanja, pod koje je jednostavnije podvesti aktualan činjenični sklop, za razliku od sada važeće definicije. Gledano iz perspektive hrvatskog zakonodavca koji će morati uskladiti svoje zakonodavstvo s europskim, te iz kuta hrvatskog tržišta kapitala koje još uvijek nije na stupnju razvoja tržišta kapitala većine država članica EU, pristup iz prijedloga bio bi edukativniji, kako za Komisiju za vrijednosne papire koja vrši nadzor nad tržištem tako i za sudstvo. Stoga u nastavku navodimo tu primjericnu listu.

## **5.2. Primjericna lista tržišnih manipulacija iz Prijedloga smjernice iz 2001.**

Primjericna lista iz prijedloga smjernice bila je sadržana u *Section B* aneksa. Pojavni su oblici grupirani u podgrupe:

- a) djelovanja na tržištu s ciljem da se stvori lažan dojam o aktivnosti:
  - *wash sales* - pravni poslovi kod kojih ne dolazi do promjene vlasništva financijskog instrumenta;
  - *improper matched orders* - pravni poslovi kod kojih su naloge za prodaju i naloge za kupnju dale u isto vrijeme različite osobe koje su

- u dosluhu, a nalozi sadrže istu količinu i cijenu financijskog instrumenta;
- *painting the tape* - poduzimanje niza transakcija koji se objavljuju na zaslonu na način da se javno prikazuju kako bi se stvorio dojam trgovanja ili cjenovnog kolebanja nekog financijskog instrumenta;
  - *pumping and dumping* - djelovanje jedne ili više osoba zajedno kupnjom usmjerenom na umjetno podizanje cijene financijskog instrumenta a nakon toga masivna prodaja istog;
  - *advancing the bid* - povećanje potražnje za financijskim instrumentom kako bi se povećala njegova cijena.
- b) djelovanje na tržištu usmjerena na stvaranje nestašice:
- *cornering* - ostvarenje takve kontrole ponude ili potražnje za određenim derivatom i/ili predmeta tog derivata, koja daje manipulatoru dominantan položaj koji se može iskoristiti na način da se manipulira cijenom derivata i/ili predmeta derivata;
  - *abusive squeezes* - iskorištavanje nestašice neke imovine putem ostvarenja kontrole nad potražnjom te iskorištavanje tržišne navale tijekom nestašica na taj način da se stvore umjetne cijene. Korištenje značajnog utjecaja na dobavu ili isporuku ili zbog prava na traženje isporuke na način da se diktiraju arbitrarne cijene;
- c) vremenski uvjetovana djelovanja na tržištu:
- *marking the close* - prodaja ili kupnja financijskih instrumenata na kraju radnog dana na tržištu s ciljem izmjene zaključne cijene, čime se dovode u zabludu oni koji djeluju na temelju zaključnih cijena;
  - trgovanje usmjereno na izmjenu *spot* ili *settlement* cijene derivata;
  - trgovanje usmjereno na izmjenu *spot* cijene financijskog instrumenta koji je dogovoren kao vrijednost transakcije;
- d) djelovanja koja su povezana s informiranjem:
- *scalping* - kupnja financijskog instrumenta za svoj račun prije nego što se preporuča kupnja drugima, te nakon toga prodaja nakon što je porasla cijena zahvaljujući preporuci;
  - širenje lažnih glasina kako bi se druge osobe potakle na kupnju ili prodaju;
  - davanje neistinitih očitovanja o materijalnih činjenicama;<sup>64</sup>
  - neotkrivanje važnih činjenica ili interesa.

<sup>64</sup> Primjer za to bi mogla biti situacija kada korisnik Interneta objavi lažnu vijest da će određeni izdavaatelj biti izložen brojnim odštetnim zahtjevima, a ta informacija izazove pad cijene dionice. Činjenica da počinitelj nije ostvario od toga nikakvu dobit nije relevantna. Vidi ALCOCK, *op.cit.*, str. 143.

### 5.3. Hrvatsko pravo

U čl. 108-110. ZTVP-a hrvatski je zakonodavac propisao razne oblike tržišnih manipulacija. Razlikuju se tri podgrupe manipulacija: manipuliranje cijenama (čl. 108. ZTVP), širenje lažnih informacija (čl. 109. ZTVP) te provizijom motivirana trgovina (čl. 110. ZTVP).

Hrvatski zakonodavac smatra da se *manipulirati cijenom* vrijednosnog papira može na dva načina: obavljanjem transakcije ili davanjem naloga za kupnju i prodaju, pri čemu oba ta podoblika imaju isti manipulativni cilj. U grupi zabranjenih ponašanja koja se realiziraju *obavljanjem neke transakcije* razlikuju se fiktivne od stvarnih transakcija. Zabranjeno je obaviti fiktivnu transakciju koja samo stvara privid da je došlo do promjene zakonitog imatelja ili vlasnika vrijednosnog papira, a da do te promjene u stvari nije došlo (čl. 108. st. 1. t. 1. ZTVP). Pored toga zabranjene su one «stvarne» transakcije kada njihovo poduzimanje ima za cilj povećanje cijene vrijednosnog papira (kako bi se ostali potakli na kupnju), odnosno ima za cilj smanjenje cijene tog vrijednosnog papira (kako bi se ostali potakli na prodaju) ili se ista poduzima samo da bi se stvorio privid aktivne trgovine, pa da se i ostali potakli na kupnju ili prodaju toga vrijednosnog papira (čl. 108. st. 2. t. 1.-3. ZTVP).

U drugu grupu zabranjenih radnji kojima se manipulira cijenom vrijednosnog papira ulazi *davanje naloga za kupnju ili prodaju vrijednosnog papira*, znajući pritom da je dan ili će biti dan nalog za prodaju ili kupnju toga vrijednosnog papira od iste ili druge osobe, po cijeni koja je približno ista, radi stvaranja privida cijene ili aktivnog trgovanja (čl. 108. st. 1. t. 2. ZTVP).

Pod *širenjem lažnih informacija* (čl. 109. ZTVP) smatra se svako objavljivanje ili širenje neistinitih informacije koje utječu ili mogu utjecati na obujam trgovanja i cijenu vrijednosnih papira.

Trećom grupom je obuhvaćena *provizijom motivirana trgovina* (čl. 110. ZTVP). Ovlaštenim društvima koja upravljaju portfeljem vrijednosnih papira nalogodavaca zabranjeno je prodavati ili davati naloge za prodaju, kupovati ili davati naloge za kupnju tih vrijednosnih papira, isključivo s namjerom stjecanja provizije koja se naplaćuje za tu uslugu.

Ako se usporede zabranjena ponašanja prema Smjernici iz 2003. i aktualni hrvatski propis mogu se uočiti sličnosti i razlike. U pogledu fiktivnih transakcija uređenje je vrlo slično, ali je smjernica šira poljem primjene: ona obuhvaća i fiktivne naloge za trgovanje, a ne samo transakcije, a to što upućuje i «na ostale oblike prijevanih ili prividnih radnji», omogućava adaptaciju norme novim pojavnim oblicima fiktivnih transakcija.

U pogledu stvarnih transakcija (ili naloga) koji imaju manipulativni cilj razlike su veće. Dok je prema smjernici relevantno da li te transakcije (i nalozi) daju ili *vjerojatno daju* lažnu sliku o ponudi, potražnji ili cijeni financijskog instrumenta, prema našem propisu bitan je cilj poduzimanja te transakcije (ali ne i naloga), a ne rezultat (lažna slika). Pored toga, dok je naš zakonodavac samo zaokupljen ciljnim djelovanjem usmjerenim na cijenu, europski zakonodavac osim djelovanja koje stvara lažnu sliku o cijeni financijskog instrumenta smatra i relevantno svako djelovanje (nalogom i transakcijom) koje daje lažnu sliku o ponudi i potražnji, a isto tako i djelovanje koje je usmjereno



na umjetno održavanje cijene nekog financijskog instrumenta. Naš zakonodavac smatra zabranjenim samo ono davanje naloga za kupnju ili prodaju vrijednosnog papira koje je dano uz znanje da postoji isti takav nalog za kupnju i prodaju od druge osobe s kojim će se prvi nalog sravniti. *A contrario* ostali su nalozi dopušteni. Ovaj pojedinačni slučaj zabranjenog naloga za prodaju i kupnju tek je jedan u nizu primjerično navedenih zabranjenih ponašanja (*improper matched orders*) prema Prijedlogu smjernice iz 2001.

Najveće su razlike u definiciji širenja lažnih informacija. Ona je prema Smjernici iz 2003. postavljena tako široko da obuhvaća ne samo širenje informacija, već i glasina, pri čemu su osim lažnih relevantne i informacije koje dovode u zabludu. Dovoljno je da postoji vjerojatnost stvaranja lažne slike ili vjerojatnost dovođenja u zabludu. Osim toga relevantno je i širenje informacija putem Interneta.

## 6. Sankcije

### 6.1. Europsko pravo

Smjernica iz 1989. nije harmonizirala pitanje sankcija. To je pitanje ostalo u domeni država članica. Jedino je bilo predviđeno da sankcije trebaju biti dostatne ("*to promote compliance*"), a vrste i rasponi ostaju diskrecijsko pravo država članica. Ovo blanketno rješenje rezultat je znatnih razmimoilaženja između država članica. Kako kaznenopravne kompetencije izlaze iz zakonodavne nadležnosti EU, svaki pokušaj da se impostira harmoniziran i određen skup sankcija bio bi neuspješan.

Dužnost zemalja članica da propišu zabranu korištenja povlaštenih informacija i zabranu manipuliranja tržištem sada je sadržana u čl. 2. i 5. Smjernice iz 2003. Također, zemlje članice moraju zahtijevati od osoba koje su profesionalno angažirane na poslovima s financijskim instrumentima da prijave transakciju za koju postoji razumna sumnja da predstavlja djelo insider dealinga ili manipulacije tržištem (čl. 6. st. 9. Smjernice iz 2003.). Bez obzira na to što zemlje članice mogu propisati i kaznene sankcije, one moraju predvidjeti u skladu sa svojim nacionalnim pravom i administrativne sankcije. Te sankcije moraju biti učinkovite, razmjerne i odvraćajuće, a ipak u skladu s nacionalnim pravom (čl. 14. st. 1. Smjernice iz 2003.). Bez obzira na nadležnosti pravosudnih organa, tijelo ovlašteno za nadzor implementacije (komisija za vrijednosne papire) ima sve nadzorne i istražne ovlasti (čl. 12. st. 1. Smjernice iz 2003.). Države članice moraju predvidjeti pravo žalbe na odluke tog tijela (čl. 15. Smjernice iz 2003.) Ima shvaćanja da je u pogledu sankcija Smjernica otišla do samoga ruba odredbi Ugovora o EZ-u. Naime prema shvaćanju Komisije EZ-a: «U načelu je neprihvatljivo da na integriranom tržištu zabranjeno ponašanje rezultira teškom kaznom u jednom pravnom sustavu, blagom kaznom u drugome i nikakvom kaznom u trećoj državi članici. Međutim, potpuna harmonizacija kaznenih sankcija nije predviđena Ugovorom o EZ-u.»<sup>65</sup>

<sup>65</sup> Explanatory Memorandum, sec. 1(d).

## 6.2. Hrvatsko pravo

U hrvatskom pravu usporedno postoje kaznene i prekršajne sankcije.

Kada je u pitanju **insider trading**, u čl. 149. ZTVP-a propisano je kazneno djelo neovlaštenog korištenja i odavanja povlaštenih informacija. Biće kaznenog djela odgovara opisu zabranjenih radnji navedenih u čl. 105. st. 6. ZTVP-a, ali se dodaje element pribavljanja koristi za sebe ili drugog, odnosno nanošenje štete drugome. Zakonodavac dispoziciju postavlja preusko, jer osim kupnje i prodaje temeljem poznavanja povlaštenih informacija ne obuhvaća ostale načine stjecanja vrijednosnih papira (fiducijarni prijenos vlasništva radi osiguranja tražbine, zalog, depozit i ostalo). S druge strane, preusko je postavljena i svrha takve zabranjene prodaje ili kupnje: «s ciljem da sebi ili drugome pribavi imovinsku korist ili da drugome prouzroči štetu». Nepokrivene kaznenim djelom ostaju transakcije kojima se od sebe ili drugog želi otkloniti nastanak štete (čl. 149. st. 1. t. 1. ZTVP). Druga zabranjena radnja sada, osim odavanja povlaštenih informacija (činjenje), sada obuhvaća i propuštanje («čini dostupnim» - čl. 149. st. 1. t. 2. ZTVP). Treća kažnjiva radnja podrazumijeva davanje savjeta o kupnji i prodaji vrijednosnih papira temeljem poznavanja povlaštenih informacija i uz svijest o njihovoj povlaštenosti. U pogledu «kupnje i prodaje» kao predmeta pri davanju savjeta vrijede iste opaske o preusko postavljenoj dispoziciji, te isto tako nedostaje radnja «davanja savjeta radi izbjegavanja nastanka štete sebi ili drugome» (čl. 149. st. 1. t. 3. ZTVP). Alternativno su zapriječene novčana kazna (najmanje 100 dnevnih dohodaka) i kazna zatvora do jedne godine. Za teže oblike ovog kaznenog djela (imovinska korist u iznosu većem od 5.000,00 kuna) počinitelj će se kazniti novčanom kaznom najmanje od 150 dnevnih dohodaka ili kaznom zatvora do dvije godine.

Prekršajno odgovaraju članovi uprave, nadzornih odbora i zaposlenici ovlaštenih društava ako odaju povlaštene informacije o vrijednosnim papirima ili njihovim izdavateljima, za koje su saznali u okviru obavljanja poslova. Nakon isteka roka od šest mjeseci od dana prestanka obavljanja dužnosti ili zadaća takva radnja nije više protupravna (čl. 155. st. 1. t. 74. ZTVP). Prekršajno je odgovorna i ona osoba koja raspolaže povlaštenim informacijama protivno zabranjenim radnjama, odnosno ona koja ih iznosi a da nije zakonom ili aktima kojima su propisani poslovi ili dužnosti koje ta osoba obavlja ovlaštena na to (čl. 155. st. 1. t. 76. ZTVP). U odnosu na kaznena djela kod prekršajnih djela nedostaje element pribavljanja imovinske koristi, pa je to ujedno kriterij razgraničenja između zabranjenih ponašanja za koje je predviđena kaznena odgovornost od onih za koje nije. Specifična prekršajna odgovornost izdavatelja je njegov propust da bez odgode izvijesti javnost o povlaštenim informacijama (čl. 155. st. 1. t. 77. ZTVP).

Nije isključena ni građanskopravna odštetna odgovornost osobe koja je poduzela koju od zabranjenih radnji iz čl. 105. st. 6. ZTVP-a, i time nanijela drugoj osobi štetu (čl. 154. ZOO). Štetna radnja bi bila zabranjena radnja iz čl. 105. st. 6. ZTVP-a, razlika u cijeni dionice prije i nakon objave cjenovno osjetljive informacije predstavljala bi iznos stvarne štete. Oštećenik bi trebao

dokazati da je štetnik bila osoba koja raspolaže povlaštenom informacijom te da je pretrpio štetu.<sup>66</sup>

Kada su u pitanju **tržišne manipulacije**, kazneno djelo manipuliranja cijenama i širenje neistinitih informacija regulirano je čl. 150. ZTVP-a. Biće kaznenog djela ostvaruje se kada netko:

1. sklopi ili izvrši ugovor o prodaji ili zamjeni vrijednosnih papira sa svrhom da se stvori privid da je takav posao sklopljen iako strane ne žele njegovo izvršenje,
2. na burzi ili drugom uređenom tržištu da nalog za kupnju ili prodaju nekoga vrijednosnog papira, znajući da je dan ili da će biti dan nalog za prodaju ili kupnju toga vrijednosnog papira od druge osobe, po cijeni koja je približno ista ili ako sam daje nalog i protunalog,
3. širi obavijesti o izdavatelju, vrijednosnim papirima i drugim činjenicama za koje zna da nisu istinite,

a sve to u namjeri da tako utječe na povećanje ili smanjenje cijene ili da stvori privid aktivnog trgovanja i time sebi ili drugome pribavi imovinsku korist ili da drugome prouzroči štetu. Zapriječena je novčana kazna od najmanje 100 dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do jedne godine. Za kvalificirane oblike počinjenja (pribavljanje imovinske koristi ili prouzrokovanje štete drugome u iznosu većem od 5.000,00 kuna) alternativno su zapriječene novčana kazna od najmanje 150 dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do dvije godine.

Prekršajne sankcije za tržišne manipulacije sadržane su u čl. 155. st. 1. t. 78 - 81. ZTVP-a. Od kaznenih se razlikuju jedino po elementu namjere. Jedino provizijom motivirana trgovina kao jedno od zabranjenih ponašanja (čl. 110. ZTVP) nije kazneno već samo prekršajno sankcionirana (ali ona ne spada u tržišne manipulacije).

## 7. Zaključak

Novi proizvod europskog zakonodavca samo je djelomično uspio. On je otišao korak dalje kada je u pitanju insider trading, posebno dodirnuvši problematiku roka i načina objave povlaštenih informacija te mogućnosti da izdavatelj samoinicijativno odgodi objavu povlaštenih informacija. U dijelu koji regulira tržišne manipulacije Smjernica iz 2003. je manje uspješna. Kombinirajući dva pristupa: konciznu definiciju i širu primjeričnu listu u prijedlogu, u konačnom tekstu zakonodavac se opredijelio za drugi koncept - opsežnu definiciju kojoj je dodana kraća primjerična lista, a koja je dobila i određene interpretativne dodatke u smjernici drugog nivoa.

<sup>66</sup> Tako HOPT, K. *Insider-Probleme*, u: SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI, *Bankrecht-handbuch*, München 1997, str. 2857, te dodaje da se bolja zaštita postiže općim uvjetima poslovanja.

Ako se naši propisi usporede s novom smjernicom, postoje određene razlike od kojih su neke značajnije, a neke manje značajne. Kao prvo, uzme li se u obzir polje primjene, smjernica širi polje primjene na uređeno tržište, te se više ne odnosi samo na vrijednosne papire koji su uvršteni na burzu već i one koji su na uređeno tržište uvršteni ili se njihovo uvrštenje tek zahtijeva. Zaštitu uživaju povlaštene informacije koje se odnose na financijski instrument, što je znatno šire od pojma vrijednosnog papira kojeg je rabila prethodna smjernica. Iako na našem tržištu vrijednosnih papira ne postoji velik volumen trgovanja derivatima vrijednosnih papira, nije opravdano da to tržište ne primjenjuje ista pravila igre. Osim razlika redakcijske naravi koje su uzrokovane odabirom neadekvatne terminologije (kupnja i prodaja, umjesto stjecanje i otuđenje), sada nedostaju dvije Smjernicom imenovane kategorije primarnih insidera - dioničari i počinitelji kaznenih djela. Smjernicom su sada izjednačeni i primarni i sekundarni insidery u pogledu sankcija, a tako je i prema našem pravu. S druge strane, Smjernica jasno obuhvaća i fizičke i pravne osobe, dok je prema ZTVP-u moguće da se pod pojmom primarnog insidera pojave pravne osobe samo onda kada se radi o povezanim osobama.

Smjernica je unijela bitne novine u segmentu obvezatnog objavljivanja povlaštenih informacija. U tom dijelu hrvatsko pravo nije usklađeno sa smjernicom, ali za sada nije ni pravo drugih zemalja članica, obzirom da je rok za implementaciju do mjeseca listopada ove godine (u pogledu glavne smjernice), odnosno do mjeseca prosinca (za smjernice koje su donesene kao interpretativne smjernice). Sve informacije koje su podložne objavljivanju moraju se objaviti i na Internet stranici izdavatelja. Najveća razlika u ovom dijelu u odnosu na hrvatsko pravo sastoji se u liberalizaciji prava na odgodu objave. Sada izdavatelj samoinicijativno može odgoditi objavu povlaštene informacije ako ima legitimne razloge, a ti su razlozi pobliže opisani smjernicom. Dvije su situacije naročito značajne: pregovori koji su u tijeku, kada bi objava mogla utjecati na mogući ishod pregovora, te situacija u kojoj je za valjano donošenje odluke koja predstavlja povlaštenu informaciju potrebno da neki organ izdavatelja da svoju suglasnost (npr. nadzorni odbor na odluku uprave). Odluči li se na samoinicijativnu odgodu objave, izdavatelj se mora pobrinuti da na odgovarajući način očuva povlaštenost te informacije, odnosno da onemogući njezino «curenje». Ovlašteno tijelo koje provodi nadzor nad tržištem vrijednosnih papira obavještava o takvoj odgodi, ali izdavatelj ne mora tražiti odobrenje za odgodu objave.

U pogledu tržišnih manipulacija harmonizacija je manje vidljiva. U širokoj lepezi tržišnih manipulacija izlučuju se tri grupe tržišnih manipulacija, koje se grosso modo raspoznaju i u hrvatskom pravu iako je definicija iz smjernice opsegom šira. Hrvatsko pravo je samo dijelom usklađeno s rješenjima iz nove smjernice. Najveće sličnosti postoje kod uređenja fiktivnih transakcija. Smjernica osim transakcija obuhvaća i fiktivne naloge za trgovanje, što nije slučaj u nas. Osim fiktivnih transakcija upućuje i «na ostale oblike prijevanih ili prividnih radnji» predviđajući inovativnost manipulanata. U pogledu «stvarnih» transakcija (ili naloga) koje imaju manipulatorni cilj razlike su veće. Dok je prema smjernici relevantno da li te transakcije (i nalozi) daju ili vjerojatno daju lažnu sliku o

ponudi, potražnji ili cijeni financijskog instrumenta, prema našem propisu bitan je cilj poduzimanja te transakcije (ali ne i naloga), a ne rezultat (lažna slika). Pored toga, dok je naš zakonodavac samo zaokupljen ciljnim djelovanjem usmjerenim na cijenu, europski zakonodavac osim djelovanja koje stvara lažnu sliku o cijeni financijskog instrumenta smatra i relevantno svako djelovanje (nalogom i transakcijom) koje daje lažnu sliku o ponudi i potražnji, a isto tako i djelovanje koje je usmjereno na umjetno održavanje cijene nekog financijskog instrumenta. Najveće su razlike u definiciji širenja lažnih informacija. Ona je u europskom pravu postavljena tako široko da obuhvaća ne samo širenje informacija, već i glasina, pri čemu su osim lažnih relevantne i informacije koje dovode u zabludu. Dovoljno je da postoji vjerojatnost stvaranja lažne slike ili vjerojatnost dovođenja u zabludu. Osim toga relevantno je i širenje informacija putem Interneta.

U dijelu sankcija, također je značajan novum obvezatno propisivanje administrativnih sankcija. Kako kaznenopravne sankcije izlaze iz nadležnosti EU, neki autori<sup>67</sup> smatraju da je ovim pristupom EZ došla na rub svojih regulatornih kompetencija, naročito «naređujući» državama članicama da administrativne sankcije moraju biti učinkovite, razmjerne i odvrtajuće. Mnogi zamjeraju činjenicu da su mnogi bitni pojmovi uređeni ili će biti uređeni interpretacijskim smjernicama pri čijem donošenju zemlje članice više neće imati primarnu ulogu.<sup>68</sup> Ovaj zaokret će vjerojatno izazvati velike otpore u implementaciji. Naime, u pravu Velike Britanije koja je tu mogućnost uvela još 2000 FSMA-om, prvi predmet u kojem je britanski FSA (*Financial Services Authority*) iskoristio mogućnost izricanja administrativnih sankcija izazvao je kritike s aspekta zaštite ljudskih prava. U tom je predmetu<sup>69</sup>, gospodin Fleurose trgovao opcijama dionica s pet najvećih izdavatelja vrijednost čijih dionica je ključna za burzovni indeks u posljednjih 8 minuta radnog vremena burze, čime je izazvao spuštanje burzovnog indeksa FTSE-100 sa 4856 na 4832. Brokersko društvo je platilo novčanu kaznu u iznosu od 350,000£ zbog «ponašanja čiji je jedini cilj bio pomaknuti vrijednost indeksa», a protiv gospodina Fleurose-a je pokrenut stegovni postupak. Kako prema novom FSMA-u za djelo zlouporabe tržišta nije potrebno dokazivanje namjere, optuženoga je teretilo već samo činjenje. Jedina obrana (*safe harbour rules*) koja mu je stajala na raspolaganju sastojala se u pružanju protudokaza da je razumno vjerovao da njegovo ponašanje ne predstavlja tržišnu manipulaciju ili da je poduzeo razumne korake da bi izbjegao svoje sudjelovanje u izravnom ili neizravnom manipuliranju tržištem. U kasnijem postupku pred višim sudom optuženi je tvrdio da je, iako se radilo o stegovnom postupku, to u suštini bio kvazi-kazneni postupak tijekom

<sup>67</sup> ALCOCK, *op.cit.*, str. 150.

<sup>68</sup> Tako HANSEN, *op.cit.*, str. 268 koji kaže: "The devil is in the detail".

<sup>69</sup> R. v. Securities and Futures Authority Ltd, ex parte Fleurose [2001] EWHC Admin 292; [2001] 2 All E.R. (Comm)481; [2001] I.R.L.R. 764.

kojeg su bila povrijeđena njegova ljudska prava, kao što je primjerice pravo na besplatno zastupanje što je u suprotnosti s načelima Europske konvencije a također je osporavao i nedostatan određen karakter samog zabranjenog ponašanja. High Court je u svojoj rješidbi zauzeo stajalište da djelo opisano u sec.118 FSMA (*market abuse*) treba za potrebe procesuiranja smatrati kaznenim djelom u svrhu primjene Europske konvencije o ljudskim pravima. Kako će se druge države članice nositi s ovim pitanjima primjene administrativnih sankcija, ostaje da se vidi.

Iako se domaće tržište kapitala može općenito ocijeniti kao nedovoljno razvijeno, pa još vjerojatno nema mjesta sofisticiranim tržišnim manipulacijama, u izvješću Komisije za vrijednosne papire iz 2003. stoji da je Komisija u promatranom razdoblju podnijela 4 kaznene prijave za kazneno djelo manipuliranja cijenama i širenja neistinitih informacija iz čl. 150. st. 1. t. 2. ZTVP koje se ostvarivalo davanjem naloga za kupnju ili prodaju nekoga vrijednosnog papira, uz znanje da je dan ili da će biti dan nalog za prodaju ili kupnju toga vrijednosnog papira od druge osobe, po cijeni koja je približno ista. U ovom izvještajnom razdoblju nisu iskazani slučajevi insider trading, iako je tih povreda bilo u ranijim izvještajnim razdobljima. Kako je smjernicom predviđena liberalizacija izdavateljevog prava na odgodu objave povlaštenih informacija, Komisija bi u najskorije vrijeme trebala donijeti propis kojim će urediti način objavlivanja i sadržaj objava koje se odnose na povlaštene informacije (na što je ovlaštena prema čl. 106. st. 3. ZTVP). To zbog toga, jer nakon stjecanja punopravnog članstva RH u EU izdavatelji vrijednosnih papira neće više morati tražiti od Komisije odobrenje privremene odgode objave, pa će propisi takvog jednog pravilnika kojim bi se uredilo pitanje načina sadržaja i roka objave biti važniji.

### Summary

## **ABUSIVE TRANSACTIONS ON SECURITIES MARKET - NEW EU DIRECTIVE ON MARKET ABUSE AND CROATIAN LAW ON SECURITIES MARKET**

In the paper author compares legal solutions of the newly adopted EU Directive on market abuse with the Croatian Law on Securities Market. There is a slight change in the Directive's field of application: now it covers abusive transactions committed not only at the stock exchange market but also at the regulated market. Moreover, relevant are abusive transactions related with transferable securities but also with financial instruments in general. Thus, all kinds of transactions with derivative instruments on the capital and money market are covered. The Directive is more precise when regulating duty to disclose inside information as a main preventive measure regarding insider trading. However, an issuer of securities is authorized to postpone the disclosure of inside information on the voluntary basis (i.e. without consent of the regulating

authority); this is a substantial novelty. Some of the concepts of the Directive are defined by second-level-Directives, a legislative technique recently introduced in regulation of the European securities market. As far as market manipulations are concerned, the Directive is less successful. The definition adopted in the Directive is very complex. In author's opinion the approach contained in the Directive's Proposal was better because it combined simpler definition and long-listed exemplary list. This is especially true in regard of the Croatian securities market. Exemplary list could be educative for regulating authorities and for courts in countries with undeveloped securities market. When comparing Directive and Croatian law, one could observe that Croatian law is more stringent when defining its field of application (derivative instruments are out of scope of the LSM). Two categories of insiders from Directive are now missing in Croatian law (shareholders and criminal offenders). Issuer's authority to postpone disclosure of inside information, as envisaged by the Directive, depends on the CROSEC's permission, and it can not be voluntary. This should be amended. Listed market manipulation measures should be also redrafted in order to be in accordance with the Directive, because Croatian law is less stringent. Although domestic security market is still underdeveloped, it can be seen from the CROSEC's 2003 report that four criminal charges were processed for the market manipulation and for dissemination of false information. Therefore, there is actual need to follow new EU legislature.

*Key words: market abuse, dissemination of false information, insider trading, European law, Croatian Law on Securities Market.*

#### Zusammenfassung

### **MISSBRAUCHTRANSAKTIONEN AUF DEM KAPITALMARKT - NEUE EU DIREKTIVE ZU MARKTMISSBRAUCH UND KROATISCHES KAPITALMARKTRECHT**

Im Artikel vergleicht die Autorin die Entscheidungen der neuen europäischen Richtlinie über Mißbrauch auf dem Kapitalmarkt mit den Bestimmungen des kroatischen Gesetzes über den Wertpapiermarkt. Es wird der durch die Richtlinie erweiterte Anwendungsbereich untersucht, denn er wird jetzt auf den „geregelten Markt“ angewandt, verbotene Transaktionen beziehen sich jetzt nicht auf Wertpapiere, sondern auf „finanzielle Instrumente“. Es wird dargelegt auf welche Art die Richtlinie die Pflicht des Wertpapierausgebers reguliert, rechtzeitig privilegierte Informationen zu veröffentlichen und die neue Möglichkeit betont, in eigener Initiative die Bekanntmachung von Informationen aufzuschieben. Es wird darauf hingewiesen, dass einige Begriffe durch Richtlinien der sog. zweiten Ebene reguliert werden, was durch die Annahme neuer legislativer Techniken im Bereich, der durch den europäischen Kapitalmarkt geregelt wird, begründet ist; wenn es sich um Marktmanipulationen handelt, hat die Richtlinie weniger Erfolg in ihrer harmonisierenden Absicht gehabt. Es wird darauf hingewiesen,

dass die durch die Richtlinie akzeptierte Definition komplex und unübersichtlich ist, d.h. weniger gelungen als die im Vorschlag der Richtlinie, die einfacher war und eine längere Liste von Beispielen für Verhalten enthielt, das als Marktmanipulation angesehen werden muss. Diese Beispiele sind besonders lehrreich für die regulierenden Körper des Kapitalmarktes. Es werden die Richtlinie und das Gesetz über den Wertpapiermarkt verglichen und festgestellt, dass keine Übereinstimmung bei der Definition dessen besteht, was als Insider betrachtet wird, da das kroatische Recht die Aktionäre nicht als (primäre) Insider betrachtet, im Text der Richtlinie dagegen ihnen auch Straftäter beigelegt sind. Es wird außerdem darauf hingewiesen, dass die neu eingeführte Befugnis des Ausgebers von Wertpapieren auf eigene Initiative die Bekanntmachung privilegierter Informationen aufzuschieben, nach dem kroatischen Recht nicht realisierbar ist, da die Erlaubnis zur Aufschiebung der Bekanntmachung bisher von einer Kommission für Wertpapiere auf Antrag des Ausgebers gegeben wird. Außer dieser Angleichung werden notwendige reaktionelle Eingriffe bei der Definition der Marktmanipulationen erwähnt, da ihre Konzeption dem Umfang nach breiter ist als in der Richtlinie.

***Schlüsselwörter:** Missbrauch des Wertpapiermarktes, Verbreitung von unwarhen Informationen, Handel mit privilegierten Informationen (Insider trading), europäisches Recht, Gesetz über den Wertpapiermarkt.*

#### Sommario

### **ABUSI NEL MERCATO DEI TITOLI – LA NUOVA DIRETTIVA EUROPEA E LA LEGGE SUL MERCATO DEI TITOLI**

Nell'articolo l'autrice compara le soluzioni giuridiche della nuova Direttiva sugli abusi nel mercato dei titoli europea con le norme della Legge sul mercato dei titoli croata. Esiste una lieve modifica nel campo di applicazione della Direttiva, poiché adesso essa copre le transazioni vietate relative non solo al "mercato regolato", bensì anche agli "strumenti finanziari". Così tutti i tipi di transazioni con strumenti derivati sul mercato dei capitali e del denaro sono coperte. La Direttiva è più precisa quando regola il dovere di rivelare le informazioni privilegiate come principale misura preventiva riguardo al commercio di informazioni privilegiate. Tuttavia un emittente di titoli è autorizzato a posticipare la rivelazione delle informazioni privilegiate su base volontaria, cioè senza il consenso dell'autorità regolativa, ciò che costituisce una novità sostanziale. Alcuni dei concetti della Direttiva sono definiti attraverso delle cosiddette direttive di secondo livello, una tecnica legislativa recentemente introdotta nella regolamentazione del mercato dei titoli europeo. A proposito delle manipolazioni del mercato la Direttiva è meno performante. La definizione adottata nella Direttiva è molto complessa. Nell'opinione dell'autrice l'approccio



contenuto nella Proposta di direttiva era migliore perché combinava una più semplice definizione e una lunga lista esemplificativa. Ciò è particolarmente vero rispetto al mercato dei titoli croato. La lista esemplificativa potrebbe essere formativa per le autorità regolative e per i tribunali nei paesi con mercati dei titoli non sviluppati. Nella comparazione della Direttiva e della Legge sul mercato dei titoli, si potrebbe osservare che il diritto croato è più preciso quando definisce il suo campo di applicazione in quanto gli strumenti derivati sono fuori dal suo obiettivo. Peraltro ci sono due categorie di soggetti nella Direttiva che attualmente sono assenti nella Legge, ovvero azionisti e criminali. L'autorità dell'emittente di posticipare la rivelazione delle informazioni privilegiate, così come elaborata dalla Direttiva, dipende dalla Commissione sui titoli croata e non può essere autonoma, così che questo dovrebbe essere emendato. Anche le misure di manipolazione del mercato elencate dovrebbero essere ridisegnate per essere accordate con la Direttiva, poiché la Legge è meno rigorosa. Nonostante il mercato dei titoli domestico sia ancora sottosviluppato, può essere rilevato dal Rapporto della Commissione dell'anno 2003 che quattro accuse penali sono state perseguite per la manipolazione del mercato e la diffusione di false informazioni. Perciò esiste un bisogno attuale di seguire la nuova legislazione europea.

**Parole chiave:** *abuso del mercato dei titoli, diffusione di informazioni false, commercio di informazioni privilegiate (insider trading), diritto europeo, Legge sul mercato dei titoli.*



## ACTIO EXERCITORIA

Dr. sc. Mirela Šarac, docentica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.412(37)  
Ur.: 2. rujna 2004.  
Pr.: 21. rujna 2004.  
Izvorni znanstveni članak

*Actio exercitoria uvedena je najkasnije krajem 2. stoljeća p.n.e. kao rezultat procvata rimske pomorske trgovine. Ova tužba ne pretpostavlja nikakav odnos podčinjenosti između exercitora i kapetana. Umjesto pravnostatusne subordinacije stupa akt postavljenja kapetana - praepositio. Putem praepositio davao je exercitor prešutno obećanje trećima da će obveze iz ugovora koje zaključi kapetan unutar granica praepositio, ispuniti kao svoje vlastite. Za ovo očitovanje volje pretor je vezao odgovornost exercitora. Smatrajući da povjerenje trećih zahtijeva zaštitu u obliku dodatne odgovornosti principala, pretor je dopustio kapetanovom suugovaratelju, pored tužbi protiv kapetana, tužbu na puni iznos potraživanja protiv exercitora. Iz ovoga slijedi da se kapetan, kao posrednik koji je sklopio ugovor, također osobno obvezivao; mogao je osobno tužiti i biti tužen iz odnosnog ugovora. Exercitor je mogao biti tužen s actio exercitoria, ali on sam nije mogao tužiti trećega. Na sporno pitanje zahtijeva li actio exercitoria djelovanje u ime principala, autorica odgovara da po rimskom klasičnom pravu kapetan nije morao izričito djelovati u ime exercitora.*

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

### I.

Uvođenjem sustava tzv. adjektivijskih tužbi (*actiones adiecticiae qualitatis*) pretor je po prvi put otvorio mogućnost obvezivanja putem druge osobe, što je do tada bilo poznato jedino na području deliktne obveze. Strogi stav rimskog prava prema nedopustivosti neposrednog zastupanja morao je biti ublažen u 2. stoljeću p. n. e. kada je nakon uspješnih osvajanja došlo do intenzivnog razvitka trgovačke i pomorske djelatnosti. Poslovni i trgovački odnosi uspostavljaju se između udaljenih partnera i nepoznatih suugovaratelja, što je posebice bio slučaj u pomorskoj trgovini.<sup>1</sup> U vrijeme nerazvijenog pomorstva vlasnik broda osobno

<sup>1</sup> Tijekom zadnja dva stoljeća Republike Rimljani su uvidjeli prednosti pomorskog transporta i mogućnosti koje pruža za financijski i gospodarski razvitak Rima. Do tada se najveći dio

je pratio brod i sklapao poslove vezane za njegovo poslovanje, upravljanje i održavanje. Međutim, porastom materijalnog bogatstva i prijelazom na tržišno gospodarstvo bilo je nužno izvršiti podjelu rada između vlasnika broda koji je imao sjedište u domaćoj luci i zapovjednika broda koji je za njega plovio. Bogati robovlasnici više nisu mogli sami obavljati mnogobrojne poslove, pa ni brodovlasnici nisu više upravljali brodom nego su za zapovjednika broda - kapetana postavljali svog sina, roba, tuđeg roba ili slobodnu osobu. Kako bi mogao uspješno upravljati brodom, kapetan je morao sklapati mnogobrojne ugovore, posebice često ugovor o zajmu. Međutim, temeljna načela rimskog prava onemogućavala su ili otežavala sklapanje pravnih poslova podčinjenim osobama: robovi po civilnom pravu nisu mogli postati ni vjerovnici ni dužnici; nisu mogli ugovorima obvezivati gospodara, nego su samo mogli preuzeti potraživanje za njega; sinovi u vlasti također nisu mogli obvezivati obiteljskog starješinu, a zbog njihove imovinskopravne nesposobnosti njihov suugovaratelj nije mogao sudskim putem naplatiti svoje potraživanje; slobodna osoba (*persona extranea*) nije mogla ni obvezivati ni stjecati za vlasnika broda. Zato su treće osobe koje su sklapale pravne poslove s kapetanima bile u nepovoljnom položaju jer često nisu mogle naplatiti svoja potraživanja, čak i u slučaju kada je kapetan bio slobodna osoba (*persona extranea*), zbog njegove platežne nesposobnosti. Da bi se zaštitili interesi trećih osoba i omogućilo nesmetano poslovanje u pomorskom prometu, bilo je potrebno stvoriti čvrstu osnovu za veći stupanj uzajamnog povjerenja i za jači osjećaj pouzdanosti između suugovaratelja. Trebalo je uvjeriti treće osobe da ne moraju voditi praktično nemoguću istragu o osobnom statusu i financijskom stanju kapetana i, što je najvažnije, pružiti im određenu sigurnost da će obveza koju je zapovjednik broda preuzeo za nekoga drugog biti namirena. U tu je svrhu pretor u 2. stoljeću p. n. e. uveo posebno pravno sredstvo, nazvano *actio exercitoria*,<sup>2</sup> putem koje je ustanovljena

---

robe prevezio kopnenim putovima na životinjskim zapregama, što je bilo dugotrajno i skupo i vezano s mnogim neugodnostima i opasnostima. Širenje trgovine na područja osvojena u 3. st. p.n.e., sve jači utjecaj helenizma i porast životnog standarda postavili su nove zahtjeve pred rimsko pomorstvo. Uvoze se luksuzni artikli (npr. slonovača iz Afrike, svila iz Kine); početkom Carstva država je upućena na uvoz životnih namirnica iz udaljenih područja (npr. iz Egipta i drugih dijelova sjeverne Afrike uvozi se žito, iz Španjolske i Francuske vino, iz Indije začini), a veliki dio pomorskog transporta zauzimao je transport robova, presudnih za rimsko gospodarstvo. Opširnije o ovome v. Casson, *The Ancient Mariners*, London 1960., 225-233; Starr, *A History of the Ancient World*, New York 1974., 504; Thomas, *Juridical Aspects of Carriage by Sea and Warehousing in Roman Law*, *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 32 (1974), 120.

<sup>2</sup> Osnovni izvori i literatura o *actio exercitoria*: G.4.71; D.14.1; C.4.25; I. 4.7; CT 2.31.1 (=C.4.26.13pr.-3); CT 2.32.1 (=C.4.26.13.4); Lenel, *Das Edictum perpetuum, ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927., 258; Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht II*, Tübingen 1876.; Schlossman, *Das Kontrahieren mit offener Vollmacht*, Kiel/Leipzig 1892.; Buckland, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908.; Huvelin, *Études d'histoire du droit commercial romain (Histoire externe - droit maritime)*, Paris 1929.; 160; Solazzi, *L'eta dell'actio*

odgovornost vlasnika broda, odnosno odgovornost osobe (*exercitor*) koja je postavila roba, sina u vlasti ili slobodnu osobu za kapetana broda (*magister navis*), za obveze iz poslova koje sklope te osobe u vezi s poslovanjem broda. Time je trećim osobama omogućeno da, pored tužbenog zahtjeva protiv kapetana, podignu i tužbu na puni iznos potraživanja protiv *exercitora*. Uvođenjem ove tužbe izvršeno je prvo značajno odstupanje od rimskog načela da nitko ne može biti obvezan iz ugovora u čijem zaključenju nije sudjelovao.

Osnovni problem koji se pri tome javlja jest pretpostavlja li *actio exercitoria* djelovanje u ime gospodara posla (*dominus negotii*) ili je dovoljno da *magister navis* djeluje u okviru kruga poslova za koje je postavljen, tj. može li, dakle, treća osoba tužiti *exercitora* s *actio exercitoria* i onda kada joj nije bila poznata (ili joj je bila skrivena ili zlonamjerno zatajena) činjenica da kapetan sklapa posao za drugoga.

## II.

U romanističkoj je znanosti sporno pitanje izvora principalove odgovornosti temeljem *actio exercitoria*. Prema vladajućem mišljenju u starijoj teoriji, koje zastupa Mitteis<sup>3</sup>, *actiones exercitoria* i *institoria* kreirale su pretorsko pravo o zastupanju, budući da su treće osobe koje su ulazile u ugovorne odnose s kapetanom (i institorom) bile uistinu u odnosu sa zastupnikovim principalom i tako ga činile odgovornim iz tih ugovora. Prikriveni principal ne bi nikada mogao postati odgovoran iz tako sklopljenih ugovora. Ovom mišljenju suprotstavili su se Mandry<sup>4</sup>, Elsässer<sup>5</sup> i Hellmann<sup>6</sup> koji tvrde da odgovornost principala nema ništa s idejom zastupanja, nego da je ona vezana za njegovu volju i namjeru (*voluntas*) da postavi drugoga za zapovjednika broda. Bez obzira je li odnos

---

*exercitoria*, Estratto dalla "Rivista del diritto della navigazione", Anno VII - Numero 3-4, Roma 1941.; Pugliese, In tema di "actio exercitoria", Labeo 3 (1957), 308; Wunner, Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht, Köln/Graz 1964., 105; Rougé, Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain, Paris 1966., 389; Longo, "Actio exercitoria - actio institoria actio quasi institoria", Studi Scherillo II, Milano 1972., 581; Claus, Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht, Berlin 1973.; Hamza, Zur Frage der gewillkürten Stellvertretung im klassischen römischen Recht, Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis - Sectio Juridica 21 (1979), 19; isti, Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano, Index 9 (1980), 193; De Martino, Studi sull' "actio exercitoria", u: Diritto e società nell'antica Roma, Roma 1982., 148; isti, Ancora sull' "actio exercitoria", u: Diritto e società nell'antica Roma, Roma 1982., 171; Wacke, Die adjektivischen Klagen im Überblick, ZSS 111 (1994), 280; Aubert, Business Managers in Ancient Rome. A Social and Economic Study of Institores 200 B.C.-A.D. 250, Leiden/New York/Köln 1994., 58.

<sup>3</sup> Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, Wien 1885., 25-32.

<sup>4</sup> Mandry, n. dj., 600.

<sup>5</sup> Elsässer, Ueber die institorische Klage, Tübingen 1875., 17.

<sup>6</sup> Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München 1882., 80.

principal - namještenik uređen putem *potestas* ili ugovorom, izričito ili prešutno, ova je *voluntas* bila posredno izražena u pravnom aktu postavljenja (*praepositio*). Odgovornost principala proizilazila je iz odnosa između principala i namještenika i bila je neovisna od opsega upućenosti trećih osoba koje su sklapale ugovor s posrednikom. One uopće nisu trebale znati niti biti obaviještene o postojanju principala u vrijeme kada su ušle u ugovorni odnos s kapetanom. Ovom mišljenju kasnije se pridružio i Brinz<sup>7</sup> te Schlossmann<sup>8</sup>, koji smatra da za *actio exercitoria* nije nužno ugovaranje u ime principala. Početkom 20. stoljeća romanisti su puno opreznije počeli pristupati ovom problemu odbacujući ideju da je suvremeno shvaćanje zastupanja bilo temeljno načelo ove tužbe. Buckland<sup>9</sup> i Perozzi<sup>10</sup> upozoravaju da se ne može sa sigurnošću utvrditi na koji je način pretor sagledavao ovu materiju, te da ideju modernog zastupanja nije lako primijeniti na rimsko klasično pravo. Premda ne treba odbacivati svaku ideju o zastupanju, teško je povjerovati da su Rimljani izgradili ovu tužbu na bilo kakvoj teoriji o zastupanju, posebice kada se uzme u obzir osobna narav obveze u rimskom pravu, očitovana u mnogim ograničenjima koje je odbacilo suvremeno pravo. Kirschenbaum<sup>11</sup> također ističe da treba izbjeći opasnost nametanja suvremenih ideja klasičnom rimskom pravu. Premda postoje površne sličnosti nekih obilježja ove tužbe s pravilima modernog zastupanja, ne može se reći da je *actio exercitoria* bazirana na teorijskom konceptu neposrednog zastupanja. Ustanovljavajući *actio exercitoria* pretor se nije rukovodio načelom zastupanja kao temeljnim, nego mu je cilj bio riješiti praktične probleme koji su se javljali u oblasti pomorske trgovine.<sup>12</sup> Nije se zamario teorijskim aspektima ovog pravnog sredstva niti je smatrao nužnim kreirati sustavnu i opću doktrinu na kojoj je ono zasnovano. Ipak, razmatrajući ovu tužbu u svjetlu moderne jurisprudencije nije dovoljno reći da ona predstavlja primitivnu i nerazvijenu manifestaciju instituta ugovornog zastupanja<sup>13</sup>. Ovaj suženi pogled ne opaža veliku praktičnu vrijednost i ekonomsku korist pretorskog instituta zastupanja sadržanog u ovoj tužbi. Rimski pravni genij nije se bavio neodređenim generalnim koncepcijama nego se na izravan i učinkovit način suočavao s novim situacijama

<sup>7</sup> Brinz, Lehrbuch der Pandekten II, Erlangen 1879., 224.

<sup>8</sup> Schlossmann, n. dj., 219.

<sup>9</sup> Buckland, n. dj., 702-703.

<sup>10</sup> Perozzi, Istituzioni di diritto romano I, Rome 1928., 141, n. 1.

<sup>11</sup> Kirschenbaum, Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce, Jerusalem/Washington, D.C. 1987., 111.

<sup>12</sup> Di Porto, Il diritto commerciale romano. Una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti, u: Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'eta romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo, Napoli 1997., 423. ističe da se edikti "*de exercitoria actione*", "*de institoria actione*", "*de peculio et in rem verso*" i "*de tributaria actione*" više odnose na rimsku poduzetničku organizaciju nego na zastupanje u pravnim poslovima.

<sup>13</sup> Biondi, Scritti giuridici I, Milan 1965., 221; Zulueta, The Institutes of Gaius II, Oxford 1946., 268.

i potrebama.<sup>14</sup> Claus<sup>15</sup> smatra da je pretor vezao odgovornost *exercitora* za *praepositio* jer su treće osobe na temelju ovog akta očitovanja imale povjerenja da će *exercitor* preuzeti na sebe poslove koje je sklopio njegov namještenik. Prema nekim mišljenjima<sup>16</sup> najvažniji učinak brodarske tužbe je u tome da je treći, pored ugovornog partnera (kapetana) dobijao temeljem pretorskog prava još jednu suodgovornu osobu (principala - *exercitora*). Ovakvom shvaćanju usprotivio se Wunner<sup>17</sup> tvrdeći da treća osoba prvenstveno ima u vidu odgovornost principala jer je on jedini interesantan s ekonomskog stanovišta. Time se Wunner ponovno približio ideji o neposrednom zastupanju kao osnovi odgovornosti *exercitora*.

### III.

Započinjući analizu brodarske tužbe najprije treba odgovoriti na pitanja tko može podići ovu tužbu, te protiv koga je i zbog kojih pravnih razloga bila dopuštena.

Pretor<sup>18</sup> u Ediktu kaže:

---

<sup>14</sup> Pugliese, n.dj., 312.

<sup>15</sup> Claus, n.dj., 71.

<sup>16</sup> Kreller, *Das Rechtsinstitut der Stellvertretung. Historische und theoretische Gedanken*, Juristische Blätter 70 (1948), 225.

<sup>17</sup> Wunner, n. dj., 105-106.

<sup>18</sup> Sporno je, je li *actio exercitoria* rezultat djelovanja gradskog ili peregrinskog pretora. V. Daube, *The Peregrine Praetor*, *Journal of Roman Studies* XLI (1951), 66-70. Osim toga, postavlja se pitanje je li *actio exercitoria* preuzeta iz stranog prava ili je rezultat isključivog djelovanja rimskog pretora. Seidl, *Römisches Privatrecht*, Köln/Berlin 1963., 43. smatra da je preuzeta iz roskog pomorskog prava, uz pretpostavku da je sličan institut postojao u tom pravu; da se rosko pomorsko pravo primjenjivalo kao običajno pravo za sve pomorske trgovinske odnose još prije rimske pomorske vladavine, te da su Rimljani ostavili na snazi zatečeno pravo. Kreller, *Lex Rhodia*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 85 (1921), 272., smatra da se u vrijeme nastanka brodarske tužbe (oko 200. god. p.n.e.) mogu naći tragovi prava koje naziva *ulgo* i pod kojim podrazumijeva rosko pomorsko pravo, budući da je Rodos u ondašnje vrijeme imao dominantnu ulogu na moru. Međutim, konkretni dokazi o postojanju *actio exercitoria* u roskom pravu nisu pronađeni, pa su se znanstvenici okrenuli grčkom pravu. Aubert, n. dj., 85., smatra da je peregrinski pretor posudio pravila o brodarskoj tužbi iz grčkog pomorskog prava. Wenger, *Die Stellvertretung im Rechte der Papyri*, Leipzig 1906., 168-169; Röhrmann, *Stellvertretung im altgriechischen Recht*, disert., Würzburg 1968., 134. i Jones, *The law and legal theory of the Greeks. An introduction*, Oxford 1956., 225., tvrde da u starom grčkom pravu nije postojao institut srodan *actio exercitoria*. Ipak, u grčkom je pravu zastupanje shvaćano puno slobodnije i elastičnije nego u Rimu, što je vjerojatno utjecalo na pretora, koji je, pritisnut potrebama pomorskog prometa, morao naći sredstvo kojim će ublažiti kruta rimska stajališta o nedopustivosti neposrednog zastupanja. Premda ne postoje čvrsta uporišta kojima bi se obrazložio utjecaj grčkog ili roskog prava na kreiranje brodarske tužbe, mogućnost stranog utjecaja ne može se sa sigurnošću isključiti. Opširnije o ovome v. Claus, n. dj., 79-81., koji je sklon mišljenju o samostalnom pretorskom stvaranju brodarske tužbe.

*"Quod cum magistro navis gestum erit eius nomine, cui ibi praepositus fuerit, in eum, qui eam navem exercuerit, iudicium dabo."*<sup>19</sup>

Iz teksta Edikta proizilazi da se radi o posebnom području u kojem je nastala *actio exercitoria*. Brodar - principal (*exercitor - praepositor*) postavio je (*praepondere; praepositio*) određenu osobu (*praepositus*) za kapetana broda (*magister navis*). Time je trećima očitovao volju da će odgovarati za poslove koje kapetan sklopi u okviru poslovanja broda, što je pretoru bila dovoljna osnova za konstituiranje tužbe.

D.14.1.1.pr. (*Ulp. 28 ad ed.*): *"Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret. nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore. Quippe res patitur, ut de condicione quis institoris dispiciat et sic contrahat: in navis magistro non ita, nam interdum locus tempus non patitur plenius deliberandi consilium."*<sup>20</sup>

Gaj u Institucijama i Ulpijan u 14. knjizi o Ediktu detaljnije pojašnjavaju i komentiraju osnovne termine o kojima govori pretor: *magister* (D.14.1.1.1-5), *navis* (D.14.1.1.6), *gestum eius rei nomine cui ibi praepositus fuerit* (D.14.1.1.7-14), *in eum qui navem exercuerit* (D.4.9.1.2; D.14.1.7.15-18).

### III.1.

G. 4.71: *"Eadem ratione conparavit duas alias actiones, exercitoriam et institutoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus fuerit gestum erit. Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem in eum dari. Quin etiam, licet extraneum quisque magistrum navi praeposuerit sive servum sive liberum, tamen ea praetoria actio in eum redditur. Ideo autem exercitoria actio appellatur, quia exercitor vocatur is, ad quem cottidianus navis quaestus pervenit."*<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Za ono što bude ugovoreno s kapetanom, iz poslova koje je zaključio u ime onoga koji ga je postavio, dopustit će tužbu protiv onoga tko je upravljao brodom.

<sup>20</sup> D.14.1.1.pr.: Nema nikoga koji ne zna da je korist ovog edikta općepoznata. Budući da zbog nužnosti pomorskog prijevoza učestalo zaključujemo ugovore s kapetanima, ne poznajući njihov osobnopravni status ili njihove osobne kvalitete, bilo je pravično ustanoviti odgovornost onoga koji je namjestio kapetana, kao i onoga koji je namjestio poslovodu za vođenje trgovine ili kakvog obrta. Osobito često postoji velika nužnost da se zaključe ugovori s kapetanom, nego s poslovodom. Okolnosti ipak dopuštaju da se dozna osobnopravni status poslovođe i onda zaključiti ugovor. Tako nije kod kapetana jer mjesne i vremenske prilike često ne dopuštaju dovoljno da se ostvari namjera iscrpnijeg raspitivanja.

<sup>21</sup> G.4.71: Prema istom načelu ustanovio je dvije druge tužbe: brodarsku i poslovodstvenu. Dakle, brodarska se primjenjuje kada je obiteljski starješina ili gospodar postavio za



Na temelju Gajevog teksta može se reći da je *exercitor* onaj kome pripada tekuća dobit od broda. Ovako široka definicija uključuje ne samo slučajeve vlasništva, nego i zakupljivanja, iznajmljivanja i zastupanja.<sup>22</sup> Vlasnik broda mogao je postaviti kapetana broda i povjeriti mu sve operacije vezane za brod i u tom slučaju termin *exercitor* odnosi se na vlasnika broda. Ali, brodovlasnik je mogao postaviti profesionalnog brodarara da upravlja operacijama broda, da unajmi kapetana i da ulazi u trgovinske transakcije. U ovom slučaju *exercitor* je brodar, tj. vlasnikov zastupnik. *Exercitor* je mogao biti samo zakupnik broda,<sup>23</sup> tj. mogao je tuđi brod u cijelosti zakupiti za prijevoz tereta *per aversionem* (za paušalnu sumu) na određeno ili neodređeno vrijeme (*vel ad tempus vel in perpetuum*). Justinijanove Institucije na sličan način označavaju *exercitora*.<sup>24</sup> Dakle, *exercitor* je identificiran samo kao osoba koja uzima svu korist i prihode (*obventiones et redditus*) iz upravljanja brodom, bez obzira na njezin odnos prema vlasništvu broda. U izvorima je uobičajeno da je *exercitor* građanin *sui iuris*, što ne znači da je postojalo ograničenje glede njegova statusa. *Exercitor* je mogao biti muškarac ili žena, *sui iuris* ili *alieni iuris*, slobodan ili rob, bez obzira je li vlasnik broda.<sup>25</sup>

D.14.1.1.15-16 (*Ulp. 28 ad ed.*): "*Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et redditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit sive a domino navem per aversionem conduxit vel ad tempus vel in perpetuum. 16. Parvi autem*

---

zapovjednika broda sina ili roba, iz bilo kojeg pravnog posla sklopljenog s ovim, u stvarima za koje je imenovan. Budući da izgleda da je taj posao sklopljen sukladno volji oca ili gospodara, pretor je smatrao da je iz razloga pravičnosti prikladno dati tužbu na cio iznos protiv njega; to vrijedi čak i onda kada je netko bilo koju treću osobu postavio za zapovjednika broda, bilo da je rob ili slobodni. Zbog toga je nazvana *actio exercitoria* jer se *exercitor* zove onaj kojem pripada dnevna zarada broda.

<sup>22</sup> Kirschenbaum, n. dj., 93.

<sup>23</sup> Huvelin, n. dj., 163; Wacke, n. dj., 299; Földi, Die Entwicklung der sich auf die Schiffer beziehenden Terminologie im römischen Recht, TR 63 (1995), 1; D.14.1.1.15. Termin "exercitor" gubi se u postklasičnom razdoblju kada je zamijenjen terminom "navicularius". Pojmovi "exercitor" i "actio exercitoria" nepoznati se Justinijanovim zakonima. V. Kaser, Das römische Privatrecht II, München 1975., 104, n. 32; Levy, Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, Weimar 1956., 72, n. 271.

<sup>24</sup> I. 4.7.2: "*Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. exercitoria tunc locum habet, cum quis servum suum magistrum navis praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia cui prepositus erit contractum fuerit. ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor appellatur is, ad quem cottidianus navis quaestus pertinet.* (Iz istog razloga pretor obećaje [dopušta] i dvije druge tužbe na cijeli iznos [obveze, duga] od kojih se jedna naziva brodarskom, a druga poslovodstvenom. Brodarska se primjenjuje u slučaju kada je netko svoga roba postavio za upravitelja [zapovjednika, kapetana] broda pa je, u vezi s njegovom dužnošću starješine, bilo nešto ugovoreno. Ova tužba se naziva brodarskom zato jer se upraviteljem broda naziva onaj koji se brine [koji skuplja] o svakodnevni zaradama od broda.) (prijevod: Romac, Justinijan. *institucije*, Zagreb, 1994., 481.)

<sup>25</sup> Aubert, n. dj., 60.

*refert, qui exercet masculus sit an mulier, pater familias an filius familias vel servus: pupillus autem si navem exerceat, exigemus tutoris auctoritatem.*"<sup>26</sup>

Ako je exercitor osoba *alieni iuris*, njegov *pater familias* će odgovarati in *solidum* temeljem *actio exercitoria* samo ako je dao svoju suglasnost, ili je potvrdio poslove s podčinjenim. U nedostatku navedenoga bio bi odgovoran jedino do visine pekulija podčinjenoga.<sup>27</sup>

P.S. 2.6.1: "*Filius familias si voluntate patris navem exerceat, patrem in solidum ob ea, quae salva receperit, obligat.*"<sup>28</sup>

D.14.1.1.19-20 (*Ulp. 28 ad ed.*): "*Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur. 20. Licet autem detur actio in eum, cuius in potestate est qui navem exerceat, tamen ita demum datur, si voluntate eius exerceat. ideo autem ex voluntate in solidum tenentur qui habent in potestate exercitorem, quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet.*"<sup>29</sup>

Ulpijan objašnjava pojačanu odgovornost (*in solidum*)<sup>30</sup> imatelja vlasti *exercitora* velikom važnošću koju je pomorska plovidba imala za državnu zajednicu (*quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet*). Kako ovakva odgovornost uvelike povećava kredit *exercitora*, time je znatno olakšano kapetanu zaključivanje poslova s trećima. Dodatnom klauzulom o odgovornosti

<sup>26</sup> D. 14.1.1.15-16: *Exercitorom* nazivamo onoga kojem pripadaju svi prihodi i dobiti, bilo da je on sam vlasnik broda, bilo da je za paušalnu sumu iznajmio brod, za određeno vrijeme ili trajno. 16. Pri tome je sporedno je li exercitor muškarac ili žena, ili je glava obitelji, ili kućni sin ili rob. Ipak, kada je *exercitor* malodobnik, zahtijevamo *auctoritas* njegovoga tutora.

<sup>27</sup> D.14.1.1.19-23; D.14.1.4.2-4; D.14.1.6pr.-1.

<sup>28</sup> P.S. 2.6.1. Ako po volji oca upravlja brodom, kućni sin obvezuje oca *in solidum*, za ono što je preuzeo.

<sup>29</sup> D.14.1.1.19-20: Ako onaj, koji upravlja brodom, stoji pod tuđom vlašću, i upravlja brodom uz njegovu suglasnost, iz poslova koji budu poduzeti s njegovim kapetanom, dopušta se tužba protiv imatelja vlasti. 20. Premda je dopuštena tužba protiv onoga pod čijom vlašću stoji *exercitor*, ona se dopušta samo onda ako je poslovanje brodom poduzeto uz njegovu suglasnost. Na temelju njihove suglasnosti odgovaraju imatelji vlasti *exercitora* ipak zbog toga *in solidum* jer je poslovanje brodom od neposredne važnosti za zajednicu.

<sup>30</sup> U literaturi se razilaze mišljenja glede pitanja opsega odgovornosti imatelja vlasti. Wunner, n. dj., 127. i Longo, n. dj., 597., smatraju da je *actio exercitoria* već u klasičnom razdoblju bila *in solidum* tužba protiv imatelja vlasti *exercitora*, što obrazlažu zahtjevima pomorske trgovine. Za razliku od njih Beseler, *Romanistische Studien*, ZSS 47 (1927), 57., i De Martino, *Ancora sull' "actio exercitoria"*, 187-189., smatraju da je imatelj vlasti u klasičnom razdoblju odgovarao samo *de peculio*, te da je dio teksta u D.14.1.1.19 ("*eiusque voluntate navem exercuerit*") interpoliran. De Martino, n. dj., 187. navodi da je režim *in solidum* odgovornosti *patera* ili *dominusa* za poslove koje sklopi magister koji je bio *alieni iuris* ili rob, u potpunosti različit od klasičnog sustava adjektivijskih tužbi. Opravdavajući izvornost teksta D.14.1.1.19 Wunner, n. dj., 128-131., navodi sljedeće razloge: Ulpijan u tekstu D.14.1.4.4 govori o *hae actiones*, koje su *perpetuo* aktivno i pasivno nasljedive. Pod *hae actiones* podrazumijevaju se uobičajena *actio exercitoria* i u D.14.1.1.19 *actio exercitoria* dopuštena protiv imatelja vlasti

imatelja vlasti pretor je htio potaći podčinjene osobe na bavljenje pomorstvom.<sup>31</sup> *Exercitor* nije mogao ograničiti svoju odgovornost na taj način što bi prepustio

*exercitoria*; u tekstu D.14.1.4.4 suprotstavlja pekulijarnoj tužbi, *in solidum* tužbu izričito spomenutu u tekstu D.14.1.1.4 protiv imatelja vlasti. D.14.1.4.4: "*Hae actiones perpetuo et heredibus et in heredes dabuntur: proinde et si servus, qui voluntate domini exercuit, decessit, etiam post annum dabitur haec actio, quamvis de peculio ultra annum non detur.*" (Ove su tužbe vremenski neograničene i dopuštaju se kako nasljednicima, tako i protiv njih. Otuda se ova tužba dopušta i onda kada je umro rob koji je uz suglasnost svog gospodara upravljao brodom kao *exercitor*, i nakon proteka roka od godine dana, dok se pekulijarna tužba ne dopušta preko roka od godine dana.) Sljedeći argument u prilog izvornosti teksta D.14.1.1.19 proizlazi iz teksta D.14.1.1.20: "... *in re igitur dubia melius est verbis edicti servire et neque scientiam solam et nudam patris dominive in navibus onerare neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem.* (U takvom dvojbenom slučaju bolje je držati se riječi Edikta i prema njima ne dopustiti niti kod poslovanja broda da bude dovoljno samo golo znanje oca ili gospodara za njihovu odgovornost, niti kod posla poslovođe na temelju suglasnosti proširivati odgovornost za sve.) Iz teksta je očito da *sciens* i *volens* nisu pravno izjednačeni, te da je riječ *voluntas* morala stajati u tekstu Edikta, a *voluntas* imatelja vlasti uvijek implicira odgovornost *in solidum*. Ulpijan se u nastavku teksta poziva na Pomponijevo mišljenje: "*et ita videtur et Pomponius significare, si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari, si minus, in peculium.*" (U tom smislu je očito da treba shvatiti i Pomponija kada kaže da onda kada je *exercitor* podčinjen kućnoj vlasti drugoga, taj se neograničeno obvezuje ako je *exercitor* djelovao s njegovim dopuštenjem, a ako nije, samo do visine pekulija.) Pomponius dopušta, kao i Ulpijan, *in solidum* tužbu protiv imatelja vlasti samo ako je *exercitor* poslovao sukladno njegovoj volji. Iz određenih jezičnih neskladnosti ne može se zaključiti da je Pomponijev iskaz u potpunosti promijenjen kako tvrde Beseler, n. dj., 58. i De Martino, n. dj., 187. One su rezultat kratkoće i jezgrovitosti s kojom Ulpijan upućuje na Pomponijevo mišljenje. Opširnije v. Pugliese, n. dj., 324. U tekstu D.14.1.1.19 izražena *voluntas*-odgovornost imatelja vlasti potvrđena je i kroz mnogobrojne druge tekstove, npr.: D.14.1.6pr-1 (Paul. 6. brev.): "*Si servus non voluntate domini navem exercuerit, si sciente eo, quasi tributoria, si ignorante, de peculio actio dabitur. 1. Si communis servus voluntate dominorum exerceat navem, in singulos dari debet in solidum actio.*" (Upravlja li rob bez suglasnosti svog gospodara brodom kao *exercitor*, onda se analogno dopušta, ako je gospodar o tome znao, *actio tributoria*, a ako s tim nije bio upoznat, dopušta se *actio de peculio*. 1. Ako je zajednički rob upravljao brodom kao *exercitor* uz suglasnost gospodara, mora protiv svakog pojedinog biti dopuštena tužba *in solidum*.); D.4.9.3.3 (Ulp. 14. ad ed.): "*Si filius familias aut servus receperit et voluntas patris domini intervenit, in solidum erit conveniendus.... sin vero sine voluntate exerceant, de peculio dabitur.* (Ako je kućni sin ili rob preuzeo stvari uz suglasnost oca obitelji ili gospodara, onda se mogu tužiti *in solidum*... Poduzmu li pak posao bez suglasnosti, dopušta se *actio de peculio*); D.14.1.1.23 (Ulp. 28 ad ed.): "*Quamquam autem, si cum magistro eius gestum sit, dumtaxat polliceatur praetor actionem, tamen, ut Iulianus quoque scripsit, etiamsi cum ipso exercitore sit contractum, pater dominusve in solidum tenebitur.*" (Premda pretor ipak dopušta tužbu samo onda kada je zaključen posao s kapetanom *exercitoria*, odgovara, kako Julijan piše, otac ili gospodar i to *in solidum*, kada ugovor bude zaključen sa samim *exercitorom*.) Na osnovi navedenih tekstova ne može se zaključiti da je odgovornost *in solidum* imatelja vlasti uvedena tek u postklasičnom razdoblju. Nije opravdano sumnjati u navedene izvore kao temelje *in solidum* odgovornosti. I sam De Martino koji je odlučno zastupao tezu o interpoliranosti *in solidum* odgovornosti imatelja vlasti, u zaključku navedenog djela iznosi ograničenje koje cijelu njegovu argumentaciju dovodi u pitanje jer kaže da nije nemoguće da je *pater* ili *dominus* već u klasičnom razdoblju bio odgovoran *in solidum* kada je *exercitio* poduzeta *sua voluntate*. Opširnije v. De Martino, n. dj., 199.

<sup>31</sup> Wacke, n. dj., 300; Földi, Remarks on the legal structure of enterprises in Roman law, RIDA 63 (1996), 189.

brod kao *peculium* podčinjenome u svrhu bavljenja brodarstvom. Jedino je mogao na temelju *actio de peculio* upozoriti treće osobe da podčinjeni obavlja pomorske poslove *non voluntate eius*. Inače je morao odgovarati za poslove koje je kapetan sklopio unutar njegove *praepositio*.

### III.2.

Ulpijan u tekstovima D.14.1.1.25 i D.14.1.4pr.-1 govori o različitom opsegu odgovornosti u slučaju kada više brodara (*plures exercitores*) zajedno sudjeluje u opremanju broda i pomorskom poslovanju.

D.14.1.1.25 (*Ulp. 28 ad ed.*): "*Si plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest.*"<sup>32</sup>

D.14.1.4pr.-1 (*Ulp. 29 ad ed.*): "*Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur. neque enim invicem sui magistri videbuntur. 1. Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, huius nomine in solidum poterunt conveniri.*"<sup>33</sup>

Ako je više brodara zajedno opremilo brod i jedan od njih imenovan je kapetanom, odgovarat će svi solidarno iz poslova koje on sklopi. Međutim, ako je više njih opremilo brod, ali svaki za sebe posebno (*per se*), njihova odgovornost je razdijeljena<sup>34</sup> (*pro parte*) jer svaki od njih vodi svoje vlastite poslove.<sup>35</sup>

*In solidum* - odgovornost ortaka, očitovanu u navedenim Ulpijanovim tekstovima, Gaj obrazlaže namjerom da se olakša položaj osobe koja je sklopila posao s jednim (tj. kapetanom) kako ne bi morala razdijeliti tužbeni zahtjev protiv više tuženika.

D.14.1.2 (*Gaius 9 ad ed.*): "*ne in plures adversarios dstringatur qui cum uno contraxerit.*"<sup>36</sup>

Međutim, premda je svaki ortak formalno bio odgovoran *in solidum*, bez obzira na njegov udio u pomorskom pothvatu, u stvarnosti bi pretrpio samo gubitak razmjeran svom udjelu jer je putem *actio pro socio* mogao naknaditi novac koji je uplatio u korist suortaka. O ovome jasno govori Paul u sljedećem tekstu.

D.14.1.3 (*Paul. 29 ad ed.*): "*nec quicquam facere, quotam quisque portionem in nave habeat, eumque qui praestiterit societatis iudicio a ceteris consecuturum.*"<sup>37</sup>

<sup>32</sup> D.14.1.1.25: Kada više brodara upravlja brodom, svaki od njih može biti tužen *in solidum*.

<sup>33</sup> D.14.1.4pr.-1: "Ako više brodara upravlja brodom bez kapetana, može svaki biti tužen samo za svoj razmjerni dio; dakle, ne mogu se promatrati tako kao da je jedan kapetan ostalih. 1. Naprotiv, upravlja li brodom više brodara i postave li jednoga od njih za kapetana, onda iz njegovih poslova svaki od njih odgovara neograničeno.

<sup>34</sup> Opširnije v. Wunner, n. dj., 129, n. 79; Kirschenbaum, n. dj., 114-115; Wacke, n. dj., 292-293, De Martino, n. dj., 193-195; Beseler, n. dj., 58.

<sup>35</sup> Usp. D.14.1.4.2

<sup>36</sup> D.14.1.2: kako onaj koji je ugovorio s jednim, ne bi morao tužiti više protivnika:

<sup>37</sup> D.14.1.3: niti je važno koji udio na brodu ima; i onaj koji je platio, može putem tužbe iz ortaštva zahtijevati naknadu od ostalih.

### III.3.

Principalova odgovornost temeljem *actio exercitoria* bila je trajna. Ulpijan u tekstu D.14.1.4.3-4 analizira na koji je način utjecala smrt na odnos principal - kapetan, te slučajeve otuđenja roba. U slučaju principalove smrti mogli su biti tuženi njegovi nasljednici, a ako umre treća strana, njezini su nasljednici nasljeđivali pravo na tužbu.<sup>38</sup> Ako rob, koji je uz gospodarevu suglasnost upravljao brodom kao *exercitor*, bude otuđen, prodavatelj je i dalje ostajao odgovoran. Gospodar je jednako odgovarao i u slučaju robove smrti. Isto tako kapetanova smrt, odnosno prodaja ili oslobađanje roba - kapetana nisu povlačili prestanak principalove odgovornosti; principal je i dalje ostajao odgovoran.<sup>39</sup> Na osnovi navedenog može se zaključiti da je u svim situacijama zadržano temeljno načelo - volja principala (*voluntas*) koja je činila osnovu njegove odgovornosti i dalje je trajala, kako u slučaju smrti namještenika, tako i treće strane; dok je principalova smrt, sukladno zahtjevima sigurnosti poslovanja, dovodila do prijelaza odgovornosti na njegove nasljednike.

### III.4.

Treće osobe, koje su sklopile ugovor s kapetanom, mogle su, dakle, tužiti *exercitora* putem *actio exercitoria*, ali ne i obrnuto; *exercitor* nije mogao tužiti kapetanova suugovaratelja jer je temeljem brodarske tužbe bio samo pasivno legitimiran. O ovome govori Ulpijan u narednom tekstu.

D.14.1.1.18 (*Ulp. 28 ad ed.*): "*Sed ex contrario exercenti navem adversus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur, quia non eodem auxilio indigebat, sed aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet, aut si gratuitam, mandati agere potest. solent plane praefecti propter ministerium annonae, item in provinciis praesides provinciarum extra ordinem eos iuvare ex contractu magistrorum.*"<sup>40</sup>

Pretor nije dopuštao *exercitoru* tužbu protiv kapetanova suugovaratelja jer je smatrao da *exercitoru* takva vrsta pomoći nije potrebna, nego ga upućuje na

<sup>38</sup> V. napomene br. 30 i 39 u ovom tekstu.

<sup>39</sup> D.14.1.4.3 (*Ulp. 29 ad ed.*): "*Si servus sit, qui navem exercuit voluntate domini, et alienatus fuerit, nihilo minus is qui eum alienavit tenebitur. proinde et si decesserit servus, tenebitur: nam et magistro defuncto tenebitur.*" (Ako se radi o robu, koji je uz suglasnost svog vlasnika upravljao brodom kao *exercitor*, i koji je prodan, onda onaj koji ga je prodao, usprkos tome, i dalje odgovara. Isto tako odgovara vlasnik i onda kada rob umre; također, i kod kapetanove smrti, *exercitor* ostaje odgovoran.)

<sup>40</sup> D.14.1.1.18: Obrnuto, pak, edikt ne dopušta tužbu *exercitoru* protiv onoga koji je s kapetanom sklopio ugovor jer on nije trebao takvu pomoć, nego može tužiti kapetana temeljem *locatio conductio* ako kapetan radi za plaću, ili ako je njegov posao besplatan, temeljem mandata. Doduše, u interesu opskrbe žitom *praefecti* (u Rimu) i *praeses* u provincijama mogu dopustiti u ekstraordinarnom postupku pravnu zaštitu *exercitorima* iz ugovora koje zaključče kapetani.

tužbu iz ugovora o najmu (*actio ex conducto*) ako je kapetan radio za plaću, odnosno tužbu iz mandata (*actio mandati*) ako je kapetan radio besplatno. Iz ovoga se može zaključiti da su slobodni kapetani postavljeni ili putem naplatnog ugovora o najmu ili putem besplatnog mandata. Ovaj ugovor sadržavao je istodobno prešutno obećanje (*quasi iussum*) principala trećima da će obveze iz ugovora koje sklopi kapetan unutar zadane *praepositio* ispuniti kao da ih je sam zaključio. Akt postavljenja - *praepositio*, kao jednostrani pravni posao principala, treba razlikovati od ugovornog odnosa putem kojeg je angažiran slobodni kapetan.<sup>41</sup>

Ulpijan ipak navodi jednu iznimku od načela da *exercitor* nije imao pravo izravno tužiti treću stranu. Iznimka je ograničena na trgovinu žitom, tj. opskrbu grada Rima i glavnih gradova provincija. U tom su slučaju državni organi (*praefecti annonae* i *praesides provinciarum*) dopuštali *exercitorima* da u ekstraordinarnom postupku neposredno tuže treće osobe za potraživanja koja su, u osnovi, stekli njihovi kapetani. Iz teksta se ne može saznati na koji je način to ostvarivano. *Exercitor* je mogao upotrijebiti neku *actio utilis*,<sup>42</sup> ili, što je manje vjerojatno, tužbu iz pravnog posla koji je sklopio kapetan.<sup>43</sup> Ipak, navedena iznimka je nedvojbeno političke naravi jer se radilo o području od životne važnosti za državu. Zbog toga je trebalo pomoći djelatnosti kao što su trgovina i pomorstvo bez kojih opskrba gradova ne bi bila moguća. Prema tome, izravna tužba principala protiv kapetanova suugovaratelja bila je samo iznimka. Prefekti i upravitelji provincija dopuštali su ovu mogućnost u područjima pod svojom jurisdikcijom radi efikasnijeg rješavanja problema koji su se javljali u pomorskoj trgovini. *Actio exercitoria* bila je, u biti, u funkciji zaštite interesa trećih osoba koje su ulazile u ugovorne odnose s kapetanom.<sup>44</sup>

#### IV.

Kapetan (*magister navis*) je osoba kojoj je povjerena briga o cijelom brodu (*cui totius navis cura mandata est*<sup>45</sup>).

<sup>41</sup> Wacke, n. dj., 304; Meyer-Termeer, Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht, Zutphen 1978., 153.

<sup>42</sup> Kaser, Stellvertretung und "notwendige Entgeltlichkeit", ZSS 91 (1974), 193., smatra da su u klasičnom razdoblju gospodaru posla zbog razloga pravičnosti dopuštene *actiones utiles* za potraživanja nastala iz posla koji je sklopila slobodna podčinjena osoba, i to u slučajevima *actiones exercitoria* i *institoria*, te *actio ad exemplum institoriae actionis*. U tekstu D.14.1.1.18 naglašen je iznimni karakter ove mogućnosti.

<sup>43</sup> Rimski su pravници radije tražili kompromisna rješenja kako ne bi prekršili temeljno načelo o zabrani neposrednog zastupanja. Opširnije v. Claus, n. dj., 231-233.

<sup>44</sup> Kirschenbaum, n. dj., 106.

<sup>45</sup> D.14.1.1.1 (Ulp. 28 ad ed.): "*Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est.*" (Pod kapetanom podrazumijevamo onoga na koga je prenesena briga o cijelom brodu.) Ovaj Ulpijanov tekst ne smatra se izvornim; v. Wieacker, Textstufen klassischer Juristen,

#### IV.1.

*Exercitor* je mogao postaviti za kapetana svog ili tuđeg sina ili roba, kao i slobodnu osobu izvan obiteljskog kruga (*extraneus*). Vrela ne pružaju dokaz za tvrdnju da je u ranije doba za kapetana broda postavljana podčinjena osoba.<sup>46</sup> Teško se složiti s mišljenjem prema kojem "Rimljani u ranije doba nisu bili skloni pomorskim poslovima i zanimanjima, pa su za zapovjednike brodova po pravilu postavljali robove grčkog ili orijentalnog porijekla".<sup>47</sup> Gaj u Institucijama jasno govori o tome da *extraneus* može biti imenovan kapetanom i obvezivati *exercitora*.<sup>48</sup> Malo je vjerojatno da su brodovlasnici radije povjeravali robovima nego slobodnim osobama ili svojim sinovima tako veliku vrijednost kao što je brod, brodska oprema, posada i teret i na taj način im pružali idealnu mogućnost bijega. Sigurno da je bilo puno rizičnije postaviti roba za zapovjednika broda bez mogućnosti nadzora nego slobodnog građanina nastanjenog u Rimu. Ulpijan u tekstu D. 14.1.1.4 jasno negira odnos podčinjenosti kao osnovu principalove odgovornosti.

D.14.1.1.4 (*Ulp. 28 ad ed.*): "*Cuius autem condicionis sit magister iste, nihil interest, utrum liber an servus, et utrum exercitoris an alienus: sed nec cuius aetatis sit, intererit, sibi imputaturo qui praeposuit.*"<sup>49</sup>

*Actio exercitoria* ne pretpostavlja nikakvu pravnostatusnu subordinaciju. Kapetan je mogao biti kako slobodan čovjek, tako i vlastiti ili tuđi kućni sin ili rob. Pretpostavka da je brodarska tužba predviđala odnos vlasti,<sup>50</sup> od kojeg se kasnije oslobodila, u suprotnosti je s *utilitas navigantium* i *necessitas contrahendi*, o kojima govori Ulpijan u D.14.1.1pr.<sup>51</sup> Velika udaljenost i

---

Göttingen 1960., 269. Opširnije o *magister navis* v. Casson, *Ships and Seamanship in the Ancient World*, New Jersey 1973., 317; Rougé, n. dj., 234; Thomas, n. dj., 124; Ghionda, *Sul magister navis*, *Rivista del diritto della navigazione*, I, parte I, 1935., 327; Guarino, "Magister" e "gubernator navis", *Labeo* 11 (1965), 36; Moschetti, *Gubernare navem, Gubernare rem publicam*, Milano 1966., 17.

<sup>46</sup> Mandry, n. dj., 210, 578. i Costa, *Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano*, Parma 1891., 39., smatraju da tekstovi koji govore o imenovanju slobodne osobe za kapetana broda pripadaju kasnijem stadiju razvitka brodarske tužbe, te da je *actio exercitoria* proširena na slobodnog kapetana tek za vrijeme Hadrijana; slično Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica*, Milano 1984., 24, 37-42., pretpostavlja da je do proširenja brodarske tužbe na slobodnog namještenika došlo tek sredinom 2. st. n. e. Suprotnog su mišljenja Wunner, n. dj., 109-112; Claus, n. dj., 66; Wacke, n. dj., 295., koji tvrde da nikakav odnos podčinjenosti nije bio pretpostavka za primjenu navedene tužbe.

<sup>47</sup> Romac, n. dj., 481, n. 835.

<sup>48</sup> G. 4.71

<sup>49</sup> D.14.1.1.4: Osobnopravni status pak takvog kapetana je bez značenja; nije važno je li on slobodan čovjek ili rob, i je li rob *exercitora* ili nekog drugog. Niti je važna njegova starost jer o tome mora voditi računa onaj koji ga je postavio.

<sup>50</sup> Talamanca, *Istituzioni di diritto romano I*, Milano 1989., 86. smatra da se *actio exercitoria* od početka principata dopuštala i u slučajevima kada *magister navis* nije bio podvrgnut vlasti (*potestas*) principala.

<sup>51</sup> V. napomenu br. 20 u ovom tekstu. Opširnije o ovome v. Wacke, n. dj., 296-297.

nedostatak vremena onemogućili bi kapetanova suugovaratelja u točnom i detaljnom raspitivanju i provjeravanju njegova osobnopravnog statusa. Zbog toga takav zahtjev nikada nije bio postavljen, što je očito iz pretorova edikta koji ne uzima u obzir kapetanov status. U tekstu D.14.1.1.17 Ulpijan ponovno govori o kapetanu kao slobodnoj neovisnoj osobi.

D.14.1.1.17 (*Ulp. 28 ad ed.*): "*Est autem nobis electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus.*"<sup>52</sup>

Kapetanov suugovaratelj mogao je birati hoće li tužiti kapetana (tužbom iz odnospnog ugovora) ili principala (s *actio exercitoria*),<sup>53</sup> iz čega se može zaključiti da je kapetan bio slobodna (*ingenuus* ili *libertus*) neovisna (*sui iuris*) osoba.

Kapetan je morao biti ne samo osoba u koju je *exercitor* imao najviši stupanj povjerenja, nego i vrlo obrazovana osoba. Zapovjednik broda određivao je kurs broda, zbog čega je morao raspolagati pomorskim znanjima i vještinama; često je od njegove sposobnosti ovisio spas broda, tereta i putnika za vrijeme oluje ili gusarskog napada. Osim toga, da bi držao posadu pod kontrolom, morao je biti ugledna i autoritarna osoba. Zbog toga su, premda se u izvorima ponekad spominju,<sup>54</sup> kapetani - robovi u praksi sigurno bili rijetki.

#### IV.2.

*Exercitor* i kapetan nisu morali odgovarati za obveze iz ugovora koje sklope mornari,<sup>55</sup> ali je *exercitor* bio dužan snositi odgovornost za krađe i pronevjere koje počine članovi posade.<sup>56</sup> Dakle, drukčije je bilo regulirano pitanje odgovornosti iz zaključenih ugovora nego kod nedopuštenih radnji. Dok je u aktu imenovanja (*praepositio*) kapetana ležalo istodobno dopuštenje za zaključenje ugovora, onaj tko bi unajmio mornare nije im dopuštao ugovaranje za njega, nego je samo morao brinuti da ne rade zlonamjerno ili nemarno.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> D.14.1.1.17: Na nama je da biramo, hoćemo li tužiti principala ili kapetana.

<sup>53</sup> Usp. D.14.1.5.1 (*Paul. 29 ad ed.*): "*hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur.*" (putem ovog edikta se, naime, [protiv kapetana zasnovana] tužba, ne prenosi, nego se [nova] tužba [protiv *exercitora*] pridodaje.) Ako je protiv jednoga od njih (kapetana ili *exercitora*) bila podignuta tužba, nije bilo moguće tužiti drugoga. O ovome govori Ulpijan u tekstu D.14.1.1.24 (*Ulp. 28 ad ed.*): "*Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest.*" (Ova se tužba temeljem osobne odgovornosti kapetana dopušta protiv *exercitora*, i ako je otuda protiv jednoga od njih podignuta tužba, drugi ne može biti tužen.)

<sup>54</sup> D.14.1.1.4; D.14.1.5pr; D.14.1.7pr.

<sup>55</sup> D.14.1.1.2 (*Ulp. 28 ad ed.*): "*Sed si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem, quamquam ex delicto cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sint, detur actio in exercitorem.*" (Bude li, naprotiv, s bilo kojim mornarom zaključen ugovor, protiv *exercitora* se ne dopušta *actio exercitoria*, dok se zbog nedopuštenih radnji bilo kojeg člana posade, dopušta tužba protiv *exercitora*.)

<sup>56</sup> D.47.5.1; D.4.9.1.3. Opširnije v. Moschetti, Il "gubernator navis" (Contributo alla storia del diritto marittimo romano), SDHI 30 (1964), 89.

<sup>57</sup> D.14.1.1.2: "*alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi, si quidem qui magistrum praeposit, contrahi cum eo permittit, qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, sed*



### IV.3.

Ulpijan nas obavještava da se često dešavalo da više kapetana (*plures magistri*) zajedno djeluje na brodu. Prilikom namještenja više kapetana njihove ovlasti proizilazile su iz uputa koje su dobili od principala. Ako je svakome od kapetana povjeren samo određeni krug poslova (*divisis officiis*), onda je svaki od njih mogao obvezivati principala samo unutar granica povjerenih mu zadaća.

D.14.1.1.13 (*Ulp. 28 ad ed.*): "*Si plures sint magistri non divisis officiis, quodcumque cum uno gestum erit, obligabit exercitorem: si divisis, ut alter locando, alter exigendo, pro cuiusque officio obligabitur exercitor.*"<sup>58</sup>

Drukčija je situacija ako su obavljali svoju dužnost nepodijeljeno (*non divisis officiis*); tada su svi bili namješteni za isti krug poslova, te je svaki od njih bio ovlašten sklapati sve poslove vezane za brod. Ovdje se pojavio problem na koji su način kapetani mogli sklapati poslove: isključivo svi zajedno, ili su mogli obvezivati principala djelujući samostalno. Ulpijan ne kaže kakva je bila izričita principalova volja, iz čega se može zaključiti da je *exercitor* ovo pitanje ostavio otvorenim. Zato Ulpijan odlučuje na općenit način: *quodcumque cum uno gestum erit obligabit exercitorem*; svaki od kapetana može, samostalno djelujući, obvezati principala.<sup>59</sup> Ipak, najčešće se dešavalo da im bude naređeno da jedan ne može djelovati bez drugoga; u tom slučaju strogo se morala poštivati principalova zabrana pojedinačnog samostalnog ugovaranja; u protivnom, strana suugovarateljica morala je sebi pripisati u krivnju što je ugovorila samo s jednim od kapetana, budući da *exercitor* u takvom slučaju nije odgovarao.<sup>60</sup> Iz ovoga slijedi da se kapetanov suugovaratelj morao točno obavijestiti o opsegu njegovih instrukcija. U tu je svrhu kapetan vjerojatno dobijao od principala ispravu putem koje se prema trećemu mogao legitimirati o opsegu svojih ovlasti.<sup>61</sup>

---

*culpa et dolo carere eos curare debet.* (Drugo je dakle pravno stanje kod zaključenja ugovora, nego kod nedopuštenih radnji. Naime, onaj koji nekoga imenuje kapetanom, ovlašćuje ga na zaključenje ugovora; tko unajmljuje momare, ne ovlašćuje na zaključivanje ugovora s njima, ali se mora pobrinuti za to da se klone nemarnih i zlonamjernih radnji.)

<sup>58</sup> D.14.1.1.13: Ako je postavljeno više kapetana, a da im nisu dodijeljene odvojene dužnosti, onda je *exercitor* obvezan iz svakog posla koji je zaključen s nekim od njih; ako su pak zadaće odvojene; jednome iznajmljivanje broda, drugome traženje vozarine, onda je *exercitor* obvezan samo iz poslova koje je svaki pojedini kapetan poduzeo u okviru svojih dužnosti.

<sup>59</sup> Opširnije v. Wunner, n. dj., 121-123; Wacke, n. dj., 305-306.

<sup>60</sup> D.14.1.1.14 (*Ulp. 28 ad ed.*): "*Sed et si sic praeposuit, ut plerique faciunt, ne alter sine altero quid gerat, qui contraxit cum uno sibi imputabit.*" (Ali, ako ih je *exercitor* tako postavio, kako to većina čini, da jedan bez drugoga ne smije poduzeti posao, onda onaj koji zaključiti posao samo s jednim, mora to sebi pripisati.)

<sup>61</sup> Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig 1901., 1124. Da je pokazivanje isprava o opsegu ovlasti bilo uobičajeno, pokazuju tekstovi o *actio ad exemplum institoriae actionis*, koji kažu da zajmodavac *litteras secutus est* (D.3.5.30pr; C.4.25.6.), kao i tekstovi koji se odnose na *institora* (D.14.3.11.2-4). Opširnije v. Wacke, n. dj., 306; Meyer-Termeer, n. dj., 152-153.

## IV.4.

Kapetan je mogao imenovati svog zamjenika (*supstitut - promagister*), što predstavlja jednu od specifičnosti brodarske tužbe.<sup>62</sup> *Promagister* je djelovao za *exercitora*, a ne kao kapetanov zastupnik.<sup>63</sup> Budući da je *praepositio* depersonalizirani akt, tj. nije bila vezana za osobu kapetana, bilo ju je moguće prenijeti na drugoga; u stvari, pripadala je onome koji unutar propisanog okvira *de facto* ima zapovjedništvo nad brodom. Supstitucija nije vezana za određene razloge razrješenja bivšeg kapetana jer ih suugovaratelji nisu mogli provjeriti. Postavljanje zamjenika ovisilo je o kapetanovoj procjeni; *exercitor* nije mogao uskratiti ili ograničiti izričitom zabranom ovlast na supstituciju. U ovom je slučaju zaštita sigurnosti i povjerenja u pomorskom prometu imala prioritet pred voljom *exercitora*. Otuda ne mogu biti dovedeni u pitanje akti upravljanja *de facto* - namještenika zbog mogućih nedostataka u njegovom postavljenju. Ulpijan u narednom tekstu analizira ovu situaciju pozivajući se na Julijanovo mišljenje.

D.14.1.1.5 (Ulp. 28 ad ed.): "*Magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus Iulianus in ignorante exercitore respondit: ceterum si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. quae sententia mihi videtur probabilis: omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposuit, alioquin contrahentes decipientur: et facilius hoc in magistro quam institore admittendum propter utilitatem. quid tamen si sic magistrum praeposuit, ne alium ei liceret praeponere? an adhuc Iuliani sententiam admittimus, videndum est: finge enim et nominatim eum prohibuisse, ne Titio magistro utaris. dicendum tamen erit eo usque producendam utilitatem navigantium.*"<sup>64</sup>

Otvarajući raspravu o pitanju treba li *exercitor* odgovarati za radnje kapetanova zamjenika, Ulpijan prvo opisuje slučaj kada je zamjena izvršena legalno, tj. uz suglasnost i znanje principala. U tom je slučaju *exercitor* odgovoran za poslove koje sklopi *promagister* jer se smatra kao da ga je on sam postavio (*ipse eum imposuisse videtur*). Zatim nastavlja sa slučajem koji je došao pred Julijana: supstitucija je izvršena bez principalova znanja; Julijan

<sup>62</sup> Pugliese, n. dj., 318; Wacke, n. dj., 309.

<sup>63</sup> Wacke, n. dj., 310, n. 114.

<sup>64</sup> D.14.1.1.5: Kapetanom ne smatramo samo onoga koga je postavio *exercitor*, nego i onoga koga je postavio kapetan. Ovo je odlučio Julijan, na pitanje u slučaju *exercitora* koji o tome nije ništa znao. Ako, između ostalog, *exercitor* zna i dopušta da taj (zamjenik) djeluje na brodu kao kapetan, onda se on tako vidi kao da ga je on sam postavio. Ovo mišljenje izgleda mi vrijedno odobravanja. Dakle, za sva djelanja kapetana moram odgovarati ako sam ga postavio; inače bi suugovaratelj bio obmanut. I ovo se sigurno iz razloga zaštite prometa prije dopušta kapetanu nego poslovođi. Što pak vrijedi ako je *exercitor* imenovao kapetana s tim da ne smije drugoga postaviti za kapetana? Ovdje se pita, treba li opet odobriti Julijanovo mišljenje. Pretpostavi pak da ti je *exercitor* kao kapetanu čak izričito zabranio da se poslužiš Ticijem kao kapetanom. Ipak, i ovdje se mora istaći, da interesi onih koji koriste brod moraju prevladati.

je odlučio da je zamjena i u tom slučaju valjana.<sup>65</sup> Ulpijan odobrava Julijanovo mišljenje ističući da *exercitor* mora odgovarati za sve kapetanove radnje jer bi inače treće osobe bile iznevjerene. Radi zaštite prometa kapetanu je dopušteno postaviti zamjenika, što nije bio slučaj s poslovođom (*institor*).<sup>66</sup> Osim toga, kada *exercitor* ne bi čvrsto odredio granice *praepositio*, pravnici su njen sadržaj utvrđivali tipičnim tumačenjem, što je i Julijan uradio u svom odgovoru. Sljedeći dio teksta "*omnia . . . utilitatem*" općenito se smatra interpoliranim<sup>67</sup> jer je očito da potječe od nekog glosatora koji je htio opravdati Julijanovo mišljenje. Ulpijanovo pitanje u rečenici "*quid tamen . . . praepone*" nastavlja se na

---

<sup>65</sup> Pugliese, n. dj., 294 - 298; Wunner, n. dj., 114 - 125; Kirschenbaum, n. dj., 102 - 103., smatraju da je načelo o dopustivosti supstitucije, i kad se radi o *exercitor ignorans*, klasičnog podrijetla. Suprotnog su mišljenja Solazzi, n. dj., 191. i De Martino, Studi sull' "*actio exercitoria*", 155 - 157; isti, Ancora sull' "*actio exercitoria*", 175 - 180., koji tvrde da je pravilo o dopustivosti angažiranja supstituta, bez izričite principalove ovlasti, nastalo u postklasičnom pravu; Julijan je, ustvari, porekao principalovu odgovornost jer bi suprotna odluka bila u izrazitoj suprotnosti s načelom akta postavljenja (*praepositio*) i odgovornosti koja se na njoj zasniva. Principalova *voluntas* određivala je u klasičnom pravu opseg *praepositio*, a time i granice njegove odgovornosti. Zbog toga u prvoj rečenici "*non solum*" treba zamijeniti s "*eum*", a umjesto "*sed et eum*" treba stajati "*non*". Rješenje na početku teksta zasniva se na postklasičnom shvaćanju o utilitas *navigantium*, koje je zanemarivalo principalovu volju.

<sup>66</sup> *Actio exercitoria* i *actio institoria* spominju se u izvorima često zajedno. Ulpijan u tekstu D.14.1.1.pr. ističe srodnost tih tužbi. U literaturi se postavilo pitanje njihovog odnosa i kronološkog slijeda. Prema mišljenju većine znanstvenika *actio exercitoria* je ustanovljena prije nego *actio institoria*. Glavni argument za ovakvo mišljenje izvodi se iz već spomenutog Ulpijanovog teksta: *maior necessitas contrahendi cum magistro (navis) quam (cum) institore*. Naime, zbog često velike udaljenosti koja je dijelila *exercitora* i kapetana broda ranije se ispoljila potreba za ovlašću za zastupanjem u pomorstvu nego što je to bio slučaj u kopnenoj trgovini. Da je *actio institoria* uvedena ranije, onda ne bi ni bilo potrebe za uvođenjem posebne brodarske tužbe jer se *actio institoria* mogla proširiti na pomorsku trgovinu, budući da je *magister navis* samo specijalni *institor* kojem je povjereno zapovjedništvo na brodu. Da je *actio institoria* nastala po uzoru na *actio exercitoria* za potrebe kopnene trgovine, pokazuju tekstovi rimskih pravnika (D.14.3.7.1; D.14.3.13.2; G.4.71, D.14.1.8; C.4.25.4), kao i redoslijed u vječitom Ediktu i poredak u Digestama; osim toga, i nazivi tužbi ukazuju na ovo: *actio exercitoria* dobila je naziv po principalu (*exercitor - praepositor*), dok je za drugu tužbu (kod koje se principal također zvao *exercitor*) preostalo da se nazove po namješteniku (*institor - praepositus*), premda se putem nje konstituira odgovornost principala. Opširnije o ovome v. Costa, n. dj., 31; Solazzi, n. dj., 17, Claus, n. dj., 81-83; Valiño, Las "acciones adiecticiae qualitatis" y sus relaciones basicas en derecho romano, AHDE 37 (1967), 345; Hamza, Index 9, 204; Kirschenbaum, n. dj., 96; De Ligt, Legal history and economic history: the case of the *actiones adiecticiae qualitatis*, TR 67 (1999), 209, 220. Za razliku od njih, Gandolfo, La priorità nei rapporti cronologici tra le acciones institoria e esercitoria, Archivio giuridico 64 (1900), 45; Huvelin, n. dj., 177; Aubert, n. dj., 84-91., zastupaju mišljenje o vremenskom prioritetu *actio institoriae* pozivajući se prvenstveno na činjenicu da je pomorska trgovina počela cvjetati tek oko 150. god. p.n.e., dok je poslovni promet na kopnu prosperirao već od 200. god. p.n.e.

<sup>67</sup> Pugliese, n. dj., 312; De Martino, Ancora sull' "*actio exercitoria*", 176; Solazzi, n. dj., 9-11; Wunner, n. dj., 118 - 119.

početni dio teksta i smatra se izvornim.<sup>68</sup> Dok je u prvom dijelu fragmenta analiziran *exercitor sciens et patiens*, te *exercitor ignorans*, u završnom dijelu teksta obrađen je *exercitor prohibens*. *Exercitor* je prilikom podjeljivanja *praepositio* izričito zabranio kapetanu izvršiti supstituciju, što kapetan nije poštivao. Pita se, je li *exercitor* i u ovom slučaju odgovoran za poslove kapetanova zamjenika. Prema tekstu *Digesta* supstitucija se mora smatrati valjanom radi zaštite interesa i unapređenja pomorske trgovine. Ova je odluka, najvjerojatnije, postklasičnog podrijetla.<sup>69</sup>

#### IV.5.

Isti problem - tipično tumačenje i suprotna volja principala, javlja se i u narednim tekstovima koji se odnose na pitanje prekoračenja granica *praepositio*.

Ovlasti kapetana na zaključenje pravnih poslova prvenstveno su određene prethodnim principalovim naredbama i uputama. Kapetan je mogao biti ovlašten samo za naplatu prijevoza tereta ili putnika, ali ne i za zaključenje transportnih ugovora, ili obrnuto; moglo mu je biti dopušteno prevoziti samo putnike, ali ne i teret, ili obrnuto; ili mu je mogao biti naložen prijevoz određene robe. U svim ovim slučajevima *exercitor* ne odgovara ako *magister navis* prekorači svoje ovlasti (npr. umjesto žita prevozi građevinski materijal).

D.14.1.1.12 (*Ulp. 28 ad ed.*): "*Igitur praepositio certam legem dat contrahentibus. quare si eum praeposuit navi ad hoc solum, ut vectura exigat, non ut locet (quod forte ipse locaverat), non tenebitur exercitor, si magister locaverit: vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum: aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem praestet, vel contra, modum egressus non obligabit exercitorem: sed et si ut certis mercibus eam locet, praepositus est, puta legumini, cannabae, ille marmoribus vel alia materia locavit, dicendum erit non teneri.*"<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Pugliese, n. dj., 314 - 315; De Martino, n. dj., 179; Wunner, n. dj., 119.

<sup>69</sup> De Martino, n. dj., 179., smatra da je *exercitor* tek kasnije saznao za supstituciju, te da *exercitor prohibens et insciens* ne može odgovarati za izvršenu supstituciju; bilo bi apsurdno i paradoksalno za klasično pravo dopustiti da je Ulpijan dvojio glede odgovornosti principala koji je supstituciju zabranio i s njom nije bio upoznat. Sličnog je mišljenja i Wunner, n. dj., 120-123., koji smatra da je Ulpijan negirao odgovornost principala kod izričite zabrane supstitucije, te da je završni dio teksta, u kojem se potvrđuje principalova odgovornost, interpoliran. Stanovište o *utilitas navigantium* nije izvorno, što je očito iz usporedbe ovog teksta s tekstovima D.14.1.1.13-14. Sličnog su mišljenja Kirschenbaum, n. dj., 103. i Longo, n. dj. 588 - 590., koji zaključuju da je odluka o principalovoj odgovornosti postklasična, te da su u klasičnom pravu granice *praepositio* bile odlučujuće za opseg principalove odgovornosti, zbog čega se nisu mogli izjednačiti *exercitor ignorans* (za kojeg se može reći da se podrazumijeva iz *praepositio*) i *exercitor prohibens* (za kojeg je očito da se ne može smatrati da proizilazi iz *praepositio*).

<sup>70</sup> D.14.1.1.12: Dakle, *praepositio* daje suugovarateljima čvrsto mjerilo. Ako je otuda *exercitor* ovlastio kapetana samo za to da zahtijeva vozarinu, a ne za to da iznajmi brod (jer ga

I na temelju ovog teksta može se zaključiti da je krug poslova određen putem *praepositio* mjerodavan za opseg principalove odgovornosti.

Ulpijan u još jednom tekstu, odobravajući Pegazovo mišljenje, kaže: "*si ad usum eius rei in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem*".

D.14.1.1.8 (*Ulp. 28 ad ed.*): "*Quid si mutuam pecuniam sumpserit, an eius rei nomine videatur gestum? et Pegasus existimat, si ad usum eius rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem, quam sententiam puto veram: quid enim si ad armandam instruendamve navem vel nautas exhibendos mutuatus est?*"<sup>71</sup>

Kapetan je uzeo zajam u okviru predviđenih uputa. *Exercitor* će biti obvezan ako novac bude upotrijebljen za opremu ili popravku broda ili za plaće mornarima.<sup>72</sup> I ovdje treba paziti na izričitu suprotnu principalovu volju, premda Ulpijan o njoj ništa ne govori.<sup>73</sup>

Ofilijus i Pedius analiziraju u narednom tekstu situaciju do koje je došlo kada je kapetan iznevjerio principalovo povjerenje i pozajmljeni novac upotrijebio u vlastitom interesu.

D.14.1.1.9 (*Ulp. 28 ad ed.*): "*Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio. et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse: quam distinctionem Pedius probat.*"<sup>74</sup>

---

je on sam već iznajmio), *exercitor* ne odgovara ako kapetan usprkos tome brod iznajmi. Isto se mora reći ako je kapetan postavljen samo za iznajmljivanje broda, ali ne i za utjerivanje vozarine, ili samo za prijevoz putnika, ali ne i tereta, ili obrnuto; kapetan koji prekorači granice svojih ovlasti, ne obvezuje principala. I ako je postavljen za prijevoz određene robe, npr. mahunarki ili konoplje, a on ga iznajmi za prijevoz mramora ili drugog građevnog materijala, mora se reći da *exercitor* ne odgovara.

<sup>71</sup> D.14.1.1.8: A što ako je kapetan uzeo zajam? Izgleda li to kao posao u stvari za koju je postavljen? I *Pegasus* je mišljenja da mora biti dopuštena tužba (protiv principala) ako je uzeo zajam u interesu stvari za koju je postavljen. Ovaj stav držim ispravnim. Što bi inače trebalo vrijediti ako je zajam uzet da bi brod bio doveden u ispravno stanje ili da bi se opremio ili da bi se namirila posada?

<sup>72</sup> D.14.1.1.7 (*Ulp. 28 ad ed.*): "*Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit, ut puta si ad onus vehendum locatum sit aut aliquas res emerit utiles naviganti vel si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est vel si quid nautae operarum nomine petent.*" (Ipak, pretor ne dopušta tužbu protiv principala iz svake osnove, nego samo u onoj stvari za koju je kapetan postavljen na brod, npr. kada je brod iznajmljen za prijevoz robe ili ako je kupio bilo kakve stvari potrebne za brodski prijevoz ili ako je zaključio neki ugovor kako bi doveo brod u ispravno stanje ili ako je netko imao troškove za brod ili za slučaj da su mornari tražili plaću za svoj rad.)

<sup>73</sup> Wunner, n. dj., 115.

<sup>74</sup> D.14.1.1.9: I *Ofilijus* pita, treba li *exercitor* biti odgovoran temeljem *actio exercitoria* ako kapetan pozajmi novac za popravku broda, a onda ga upotrijebi u vlastitom interesu. I

Tekst se smatra interpoliranim<sup>75</sup> premda sam sadržaj ne bi trebao biti sporan.<sup>76</sup> Kapetan je pozajmio novac u svrhu popravke i osposobljavanja broda za daljnju plovidbu, što povlači principalovu odgovornost temeljem *actio certae pecuniae exercitoria*. Pretpostavka principalove odgovornosti je da je kapetan zajmodavcu prilikom uzimanja zajma izričito očitovao da će novac upotrijebiti radi popravke broda. Kapetanov suugovaratelj mora, koliko je to u mogućnosti, biti siguran da kapetan uzima novac u navedenu svrhu. To znači da se trećoj osobi istodobno nameće dužnost da pazi na interese *exercitora* ako ga je htjela učiniti odgovornim temeljem brodarske tužbe. Treći je trebao pozajmiti kapetanu novac samo uz dogovor da će biti upotrijebljen za očitovanu namjenu. Pri tome suprotna unutarnja kapetanova volja ne škodi trećemu ako je nije mogao otkriti. *Exercitor* će biti obvezan čak i onda kada je *magister navis* unaprijed pripremio prijevaru.<sup>77</sup> Mora snositi štetu koja je nastala namještenjem nepouzdanog kapetana. *Ofilius* ne zahtijeva od kapetanova suugovaratelja dalju djelatnost u korist *exercitora*.<sup>78</sup>

kaže da ako je kapetan pozajmio novac s dogovorom da ga potroši na brod, pa onda promijenio mišljenje, *exercitor* odgovara, i samo bi sebe mogao okrivljavati što je postavio takvu osobu; ali, drukčiji je slučaj ako je kapetan sve vrijeme namjeravao prevariti zajmodavca i nije izričito očitovao da novac pozajmljuje za brod; onda vrijedi suprotno. *Pedius* odobrava ovo razlikovanje.

<sup>75</sup> Claus, n. dj., 77; Pringsheim, *Gesammelte Abhandlungen I*, Heidelberg 1961., 406.

<sup>76</sup> Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965., 190 - 191; Seidl, *Römisches Privatrecht*, Köln/Berlin 1963., 43 - 44. Ovim Ulpijanovim tekstom potvrđeno je da je *actio exercitoria* postojala u vrijeme kasne Republike, te da ju je pravnik *Aulus Ofilius* predstavljao (u 1. st. p.n.e) kao već potpuno priznatu i razvijenu. Na osnovi ovoga može se zaključiti da *actio exercitoria* potječe iz ranijeg razdoblja od 1. st. p.n.e. u kojem je živio spomenuti pravnik, te da je kao rezultat gospodarskog poleta i pomorske ekspanzije nastala najvjerojatnije sredinom, ili krajem 2. st. p.n.e., ili najkasnije početkom 1. st. p.n.e. Opširnije v. Frank, *An Economic Survey of Ancient Rome I*, Baltimore 1933., 200-205, 274-282; Mandry, n. dj., 217-218; Claus, n. dj., 77; Hamza, n. dj., 21-23; Wacke, n. dj., 294-295; Watson, n. dj., 185; Valino, *AHDE* 37 (1967), 349.

<sup>77</sup> Buckland, n. dj., 174; Knütel, *Haftung für Hilfspersonen*, ZSS 100 (1983), 352, n. 43; D.44.4.5.3

<sup>78</sup> Opširnije v. Cerami, "*Mutua pecunia a magistro <navis reficiendae causa> sumpta*" e "*praepositio exercitoris*" (Profili storico-comparatistici), *Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata*, Bâle/Geneve/Munich 1999., 273-274. O postklasičnom pravnom stanju možemo zaključiti iz Honorijeve konstitucije iz 422. godine, koju je preuzelo Justinijanovo zakonodavstvo. CT 2.31.1 (=C. 4.26.13pr-3): "*Impp. Honorius et Theodosius AA. Iohanni pp. Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur quod iussu, si certam numerari praeceperint servo actorive pecuniam. Igitur in perpetuum edictali lege sancimus, ut, qui servo colono conductori procuratori actorive possessionis pecuniam mutuam det, sciat dominos possessionum cultoresve terrarum obligari non posse. Neque familiares epistulas, quibus homines plerumque commendant absentem, in id trahere convenit, ut pecuniam, quam non rogatus fuerat, impendisse pro praediis mentiatur, cum, nisi specialiter ut pecuniam praestet a domino fuerit postulatus, idem dominus teneri non possit. Creditaque quantitate multari volumus creditores si huiusmodi personis non iubente domino nec fideiussoribus specialiter acceptis fuerit credita pecunia.*" (Gospodari su pretorskoj tužbi nazvanoj po ovlasti [*iussum*] podložni ako su zapovjedili robu ili upravitelju da pozajmi određenu sumu. Otud propisujemo

Za razliku od Ofilija i Pedija, Julijan u sljedećem Afrikanovom tekstu smatra da je zajmodavac obvezan *exercitoru* pružiti jaču informaciju kako bi se izbjegla upotreba novca protivno svrsi.

D.14.1.7pr. (*Afr. 8 quaest.*): "*Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit: is pecuniam mutuatus cavit se in refectionem navis eam accepisse: quaesitum est, an non aliter Titius exercitoria tenetur, quam si creditor probaret pecuniam in refectionem navis esse consumptam. respondit creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet: etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogata esse), ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus, quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit necessariam refectioni pecuniam esse: quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen maior pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari.*"<sup>79</sup>

Julijan je tražio od zajmodavca da s većom pozornošću pazi na razloge koje je kapetan naveo, te da se osobno uvjeri da je brod u takvom stanju koje nužno

---

putem ovoga, za sva vremena važećeg zakona, da zna svatko onaj koji jednom robu, kolonu, zakupniku, prokuratoru ili akтору pozajmi novac, da vlasnike zemljišta ili poljodjelskog imanja time ne može obvezati. Također, prijateljska pisma kojima onaj koji je pozvan da odsustvuje, preporučuje brigu o imanju, ne smiju se tako tumačiti da se njima pravda da je pozajmljeni novac potrošen na imanje jer gospodar koji nije zahtijevao da se novac traži, ne može biti tužen; i mi hoćemo da, ako takvim osobama nije po gospodarevoj ovlasti i pod datim jamstvom novac pozajmljen, vjerovnici za pozajmljenu sumu ispaštaju.) U navedenoj konstituciji predviđa se da će *dominus* odgovarati za obveze iz zajma kojeg su skopili *servus, colonus, conductor, procurator, actor* samo ako je on osobno zamolio zajmodavca da pozajmi novac podčinjenom (i njega na to ovlastio). Onome, koji bi bez takve molbe gospodara pozajmio zavisnoj osobi, bio bi za kaznu uskraćen bilo kakav zahtjev na povrat pozajmljenoga. Ipak, u četvrtom paragrafu Honorijeve konstitucije dopušta se vjerovniku *actio de peculio utilis* protiv roba ili upravitelja imanja ako su prethodno namirili potraživanja svoga gospodara. CT 2.32.1 (=C. 4.26.13.4): "*Sane creditori licentiam damus, ut, si liber a rationibus quas gerebat fuerit inventus actor servus procuratorve praediorum, utilis actio pateat de peculio.*" (Ipak, dopuštamo vjerovniku *actio de peculio utilis* ako su rob ili upravitelj imanja prethodno namirili svoja dugovanja.) Opširnije o navedenoj konstituciji i pridodanoj interpretaciji v. Kaser, *Das römische Privatrecht* II, 103, 107, Levy, n. dj., 77-79; Claus, n. dj., 349-352.

<sup>79</sup> D.14.1.7pr.: *Lucius Titius* postavio je *Stiha* za kapetana broda; taj je pozajmio novac i očitovao da ga je uzeo kako bi brod doveo u ispravno stanje. Postavilo se pitanje je li *Titius* odgovoran temeljem brodarske tužbe samo onda kada vjerovnik dokaže da je novac upotrijebljen radi opravke broda. Julijan je odgovorio da će vjerovnik uspjeti s tužbom ako je brod u vrijeme sklapanja zajma bio u stanju koje je zahtijevalo popravku. I kako se vjerovnika, uistinu, ne može prisiliti da se osobno pobrine za popravku broda, a time i da se pobrine za posao gospodara (što bi se nedvojbeno desilo kad bi bio prisiljen dokazivati upotrebu novca za popravku), onda se ipak mora zahtijevati da on zna da daje kredit za stvar za koju je kapetan postavljen; ovo nedvojbeno može biti slučaj samo onda kada on također zna da je novac nužan za popravku. I ako se brod otuda našao u stanju koje zahtijeva popravku, a iznos zajma je puno viši nego što je bilo potrebno za popravku, *exercitor* ne odgovara neograničeno.

zahtijeva popravku. Zajmodavac - vjerovnik morao je procijeniti je li visina zajma adekvatna potrebnoj popravci.<sup>80</sup> Ako je pozajmljena suma puno viša od troškova potrebnih za popravku broda, vjerovnik nije mogao tužiti *exercitora* za prekoračeni iznos. Na osnovi navedenog teksta može se zaključiti da je obveza kapetanova suugovaratelja da pazi na interese *exercitora* znatno proširena u klasičnom pravu.<sup>81</sup> Upotreba kredita *ad navem impensurus* morala je biti obuhvaćena sporazumom stranaka, tj. morala je postati sadržajem ugovora (*hac lege accepit*).

#### V.

Na osnovi navedenoga može se zaključiti da je odnos *exercitor* - *magister navis* reguliran putem ugovora ako je kapetan bio slobodna neovisna osoba, ili putem *potestas* ako je za zapovjednika broda postavljen rob ili podčinjeni sin. Ali, bez obzira na osnovu na kojoj je izgrađen ovaj odnos, principalova obveza bazirana je na njegovoj namjeri i suglasnosti (*voluntas*) da bude umiješan u poslove svog namještenika; puko znanje (*scientia*) nije bilo dovoljno za zasnivanje njegove odgovornosti.<sup>82</sup> Principalova volja proizilazila je iz akta postavljenja kapetana (*praepositio*). Ovaj akt ima centralno značenje za *actio exercitoria* jer se odgovornost *exercitora* odnosila samo na one obveze koje nisu prekoračivale okvire ovlasti *magister navisa*. Premda od iznimne važnosti, *praepositio* ipak nije precizno definirana. Izvori najčešće upućuju na to da treći može tužiti *exercitora* temeljem onih slučajeva za koje postoji *praepositio*. Kao neformalni akt<sup>83</sup> *praepositio* nije upravljena na osobu *praepositusa* nego na treće osobe,<sup>84</sup> zbog čega podsjeća na punomoć.<sup>85</sup> Ipak, *praepositio* se ne može

<sup>80</sup> Zajmodavac ipak nije mogao spriječiti svaku zloupotrebu kredita; u tu bi svrhu morao osobno naložiti popravku broda, čime bi umjesto kapetana postao poslovođa *exercitora*.

<sup>81</sup> Wacke, n. dj., 307 - 309; Claus, n. dj., 255 - 256, Kirschenbaum, n. dj., 117; Cerami, n. dj., 275-276.

<sup>82</sup> Razlikovanje *voluntas* i *scientia* vjerojatno ne potječe iz klasičnog prava. V. Beseler, *Romanistische Studien*, ZSS 47 (1927), 56-58; drukčije Longo, n. dj., 598-602.

<sup>83</sup> Ne postoji nijedan izvor koji bi određivao formalnosti za *praepositio*.

<sup>84</sup> *Praepositio* se može usporediti s *iussu* jer sadrži jednako očitovanje volje koje se također odnosi na treće osobe. Paul u tekstu D.12.1.29 upućuje na usku vezu između *praepositio* i *iussu* ("*quasi iussu eius contrahatur, a quo praepositus sit*"). Ipak, i pored njihove strukturalne sličnosti, ova dva pojma se bitno razlikuju. *Praepositio* se odnosi na neki predmet u formi određenog postavljenja u području gospodarske djelatnosti, a osobni odnos je od sekundarne važnosti. Očitovanje volje sadržano u *praepone* nije usmjereno na određene osobe, nego na krug osoba koje se mogu pojaviti kao mogući sukontraenti u okviru datog postavljenja. Pri tome ovo opće očitovanje nije nužno moralo biti izričito, nego su ga pretor i treće osobe shvaćale konkludentno sadržanim u *praepositio*. *Iussu*, koji je predstavljao jasno očitovanje, izjednačen je s osobnom vezom s trećom osobom. U slučaju *actio quod iussu* gospodar koji podjeljuje *iussu* mogao se poslužiti samo podčinjenom osobom, ili umjesto podjeljivanja *iussu* trećemu, mogao je osobno zaključiti posao. *Exercitor* to najčešće nije bio u mogućnosti jer je bio udaljen od mjesta sklapanja ugovora. Opširnije o ovome v. Claus, n. dj., 71-73; Hamza, n. dj., 25; Huvelin, n. dj., 178-183; Valiño, AHDE 37 (1967), 428; isti, *Las relaciones basicas de las acciones adjecticias*, AHDE 38 (1968), 422.

<sup>85</sup> Claus, n. dj., 71, 83.



izjednačiti s punomoći suvremenog prava. U tekstu D. 14.1.1.9<sup>86</sup> pravnici (Ofilius, Pedius, Ulpianus) čine ovisnim podjeljivanje brodarske tužbe o činjenici je li *magister navis* informirao zajmodavca o svrsi uzimanja zajma (je li *ad reficiendam navem*). Vjerovnik može tužiti *exercitora* samo u slučaju takvog objašnjenja. Ova okolnost (na koju ne utječe interpoliranost teksta) upućuje na to da treći treba uzeti u obzir interes *exercitora*. Julijanov *responsum*, o kojem govori Africanus u tekstu D. 14.1.7pr.,<sup>87</sup> u značajnoj mjeri proširuje ovu obvezu trećega. Vjerovnik se ne smije zadovoljiti kapetanovim objašnjenjem nego se mora osobno uvjeriti u nužnost popravke broda, a pozajmljena suma mora biti razmjerna izdacima za popravku. Oba teksta ukazuju na to da je *praepositio* stopljena s unutarnjim odnosom *exercitor - magister navis*. Upravo s obzirom na ovaj odnos treći mora paziti na interese *exercitora* i čak ih podupirati svojim sredstvima. Obveza otkrivanja principalove volje obrazlaže se time da se volja, koja je očitovana u *praepositio*, ni u kom slučaju ne može tumačiti kao konkretna ugovorna volja. Kao subjekt konkretne poslovne volje nameće se *praepositus* jer on praktično zaključuje ugovor s trećim.<sup>88</sup> Sve ovo ukazuje na činjenicu da se *praepositio* ne može promatrati kao institut koji bi odgovarao današnjem institutu punomoći,<sup>89</sup> te da ideja pravno-poslovnog zastupanja nije našla primjenu kod *praepositio*, čak ni u slučaju kada je *magister* bio slobodni građanin. Razlog leži u apstraktnom karakteru *praepositio*, tj. odsutnosti specifične poslovne volje kod instituta *praepone*, čija je osnova u hijerarhijskom odnosu koji, doduše, očitovan u različitoj mjeri u ovisnosti od društvenog profila, postoji između *dominusa negotii* i *praepositusa*. Posljedica ovoga je adjektivijski karakter brodarske tužbe koja je prvenstveno usmjerena protiv *magistera*. Zbog toga se po klasičnom pravu nije izričito tražilo da kapetan djeluje "u ime" principala. Treći je mogao procijeniti da mu je sigurnije koristiti se tužbom iz odnosnog ugovora protiv kapetana nego tužiti (ipak češće likvidnijeg) principala putem *actio exercitoria*. Time se ostaje kod temeljnog načela da se prema drugome obvezuje samo onaj koji je s njim sklopio posao.

## VI.

*Actio exercitoria* predstavlja prvo odstupanje od načela rimskog civilnog prava prema kojem nitko ne može biti obvezan iz ugovora zaključenih od strane drugih osoba. Uvedena je u honorarnom pravu u drugoj polovici 2. st. p.n.e. kao rezultat pomorske trgovinske ekspanzije Rima. Izgleda da nisu postojali grčki uzori za *actio exercitoria*, premda se strani utjecaj, prvenstveno rodskog pomorskog prava, ne može u potpunosti isključiti. *Actio exercitoria* ne

<sup>86</sup> V. napomenu br. 74 u ovom tekstu.

<sup>87</sup> V. napomenu br. 79 u ovom tekstu.

<sup>88</sup> Wunner, n. dj., 114; Claus, n. dj., 83

<sup>89</sup> Hamza, n. dj., 25-27.

pretpostavlja nikakav odnos podčinjenosti jer je za zapovjednika broda mogao biti postavljen kako slobodan čovjek, tako i vlastiti ili tuđi kućni sin ili rob. Eventualno ograničenje odgovornosti principala na odnos vlasti prema kapetanu bio bi nespojiv s *utilitas navigantium* i *necessitas contrahendi*. Umjesto pravnostatusne subordinacije stupa akt postavljenja kapetana - *praepositio*, za koju je *pretor* vezao odgovornost principala - *exercitoria*. *Praepositio* sadrži prema trećima prešutno obećanje da će obveze iz ugovora zaključene unutar *praepositio*, *exercitor* ispuniti kao da ih je osobno zaključio. Putem *praepositio* principal očituje volju da namještenik djeluje za njega u okviru određenog kruga poslova. *Voluntas exercitoria* određivala je u klasičnom pravu opseg *praepositio*, a time i granice njegove odgovornosti, dok je u postklasičnom pravu zaštita interesa i sigurnosti u pomorskom trgovinskom prometu imala prednost i pred izričito izraženom voljom principala. Da bi se osigurao da će *exercitor* odgovarati za poslove sklopljene s kapetanom, kapetanov suugovaratelj morao se, u vlastitom interesu, obavijestiti o granicama dobivenih instrukcija, i ujedno provjeriti poštivanje granica *praepositio*. Budući da je kapetan ugovorni partner trećega, *exercitor* je putem *praepositio* preuzimao na sebe suodgovornost za preuzete obveze. To znači da je pored principala odgovoran i *magister navis* ako je ugovorno sposoban. Principal putem *praepositio* očituje volju da će odgovarati za preuzete obveze i utoliko *praepositio* podsjeća na punomoć. Međutim, volju općenito očitovanu u *praepositio* konkretizira *magister navis* zaključenjem pojedinog posla, što znači da se namještenik upravlja primarno vlastitom voljom. Pri tome je rimsko pravo ostalo kod temeljnog načela da se obvezuje onaj koji je zaključio ugovor, što znači da se obvezuje i posrednik koji je zaključio ugovor. Iz ovoga se može zaključiti da kod kapetana još uvijek ne postoji ovlast na zastupanje u pravom smislu. On zaključuje vlastite poslove i postaje ugovorni partner trećega. Ipak, istodobno, zaključenjem ugovora s trećim obvezuje osobu koja ga je postavila i zastupa je utoliko ako je od nje bio ovlašten i ako je radio u okviru svog postavljenja. Treći koji s kapetanom zaključuju posao moraju biti upoznati s postavljenjem svog ugovornog partnera i voditi računa o interesima osobe koja ga je namjestila.

Na osnovi svega navedenog može se zaključiti da se u ovom slučaju ne radi o neposrednom zastupanju u smislu suvremenog prava, premda je rimsko pravo putem instituta *actio exercitoria* učinilo prve korake u približavanju institutu neposrednog zastupanja.

Summary\*

**ACTIO EXERCITORIA**

*Actio exercitoria* was created, at the latest, by the end of the second century B.C.E. as a result of the great expansion of maritime commerce of Rome. This action does not imply any subordination in the relationship between principal and *magister navis*. Instead of the status subordination comes the very act of the principal setting up (*praepositio*) the maritime enterprise. Through the *praepositio* the shipper has given to the third parties the implicit consent that they can hold him liable for commercial debts incurred within the terms of the *praepositio* by his *magister navis*. The *praetor* connected the liability of the *exercitor* with this expression of the will and intent. The *praetor* might grant an action to a third contracting party against the *exercitor* for the whole debt or obligations, incurred by his *magister navis*. In effect the *magister navis*, as a middleman who carried out the transaction, was personally bound; he was able to sue the third party or to be sued by third party on obligations assumed by him. The *exercitor* could be sued with *actio exercitoria* by third parties, but the *actio exercitoria* did not give the principal a right to sue the third party. In response to the question whether *actio exercitoria* required the acting in the name of the principal, the autor concludes that the *magister navis* did not have to expressly act in the name of the shipper in the classical age.

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

Zusammenfassung\*\*

**ACTIO EXERCITORIA**

*Actio exercitoria* kam spätestens gegen Ende des 2. Jahrhunderts v. Chr. als Resultat einer grossen Blüte der römischen Handelsschifffahrt auf. Diese Klage setzt kein Gewaltverhältnis zwischen dem Schiffskapitän und dem Reeder voraus. An die Stelle der statusrechtlichen Subordination tritt der Bestellsakt des Kapitäns - *praepositio*. Mit der *praepositio* gibt der *exercitor* an die Dritten das stillschweigende Versprechen, innerhalb der *praepositio* liegende Vertragsabschlüsse des Kapitäns so zu erfüllen wie seine eigene Verbindlichkeiten. An diese Erklärung des Willens knüpfte der Prätor die Haftung vom Reeder. Das Vertrauen des Dritten bedurfte eines Schutzes in Form einer adjektivischen Haftung des Schiffsreeders. Der Prätor gab dem Drittkontrahenten neben den

---

\* Translated by the Author.

\*\* Übersetzung: Autorin.

Ansprüchen gegen den Kapitän eine auf den vollen Betrag der Forderung gerichtete *actio exercitoria* gegen den Prinzipal. Daraus erfolgt, daß der Kapitän, der mit den Dritten als Mittelsmann kontrahiert hat, auch selbst verpflichtet wurde. Der *magister navis* konnte selbst die Vertragsklage gegen den Dritten einleiten, und er konnte auch selbst durch den Dritten mit dessen Vertragsklage belangt werden. Der *exercitor* konnte von dem Dritten durch die *actio exercitoria* haftbar gemacht werden, aber er konnte nicht selbst gegen den Dritten klagen. Die Streitfrage ist, ob die *actio exercitoria* ein Handeln im Namen des Reeders erfordert. Nach der Meinung der Autorin brauchte der Kapitän nach klassischem römischem Recht im Namen des *exercitor* nicht ausdrücklich zu handeln.

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

Sommario\*

### **ACTIO EXERCITORIA**

L'*actio exercitoria* fu introdotta al più tardi alla fine del II secolo a. C. come risultato della rapida espansione del commercio e del traffico marittimo romano. Questa azione non supponeva nessuna subordinazione nel rapporto tra *exercitor* e *magister navis*. In luogo della subordinazione veniva un atto di nomina del capitano della nave – la *praepositio*. Con la *praepositio* l'armatore prometteva tacitamente ai terzi che tutti gli atti negoziali compiuti dal capitano della nave, compresi nella *praepositio*, lo vincolano. Il pretore riconosceva la responsabilità dell'*exercitor* per questa espressione di volontà. Per proteggere l'affidamento dei terzi il diritto pretorio aveva introdotto la responsabilità addizionale dell'*exercitor*; il terzo contraente poteva chiamare in giudizio non solo il *magister navis*, ma anche l'*exercitor* che rispondeva *in solidum*. In effetti il capitano della nave, come intermediario, non vincolava soltanto l'armatore, ma anche sé stesso; egli poteva agire contro il terzo ed essere chiamato in giudizio dal terzo sulla base del rapporto contrattuale. Il terzo contraente poteva agire contro l'armatore con l'*actio exercitoria*, ma il contrario non era possibile – l'*exercitor* non poteva chiamare in giudizio il terzo. Sulla questione se l'*actio exercitoria* chiedeva l'attività in nome dell'*exercitor* l'autrice conclude che nell'epoca classica il *magister navis* non doveva esplicitamente agire in nome dell'armatore.

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

---

\* Traduzione dell'autrice.

## EUROPSKI SUD PRAVDE I NJEGOVA ULOGA U REFORMAMA SUSTAVA NEPOSREDNOG OPOREZIVANJA

Mr. sc. Nataša Žunić Kovačević,  
znanstvena novakinja  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 341.645::061.1EU  
336.21  
Ur.: 6. srpnja 2004.  
Pr.: 30. rujna 2004.  
Izvorni znanstveni članak

*Činjenica je da Europski sud pravde (European Court of Justice) rješava sve veći broj slučajeva iz područja oporezivanja, posebice neposrednoga. Sve se više European Court of Justice potvrđuje kao najveći autoritet u provjeri nacionalnih poreznih zakonodavstava spram pravnog poretka EU. To je i jedan od razloga da si postavimo pitanje - je li možda ECJ najmoćnija snaga koja primjenom načela prava EU uzrokuje i ubrzava prijeko potrebne nacionalne porezne reforme? Opravdano je i upitati se kreira li ta institucija u ispunjavanju svoje zadaće nova porezna načela? To su samo neka od pitanja na koja smo pokušali dati odgovor.*

**Ključne riječi:** ECJ, neposredni porezi, pravna načela i pravo EU, reforme poreznih sustava.

### Uvod

I praktičari i znanstvenici svjesni su sveprisutne i rastuće uloge Europskog suda pravde.<sup>1</sup> U području je oporezivanja ta uloga u zadnje vrijeme posebno naglašena. To je i razlogom sve brojnijih rasprava i preispitivanja u stručnim krugovima uloge ovoga suda. U prvom redu postavlja se pitanje koja je uloga toga suda u području europskoga poreznoga prava, nacionalnih poreznih sustava te što ulazi u njegovu nadležnost.

Rastući broj slučajeva koje je riješio te veliki broj slučajeva čije se rješenje očekuje s nestrpljenjem, posebice u mnogim zemljama EU, pokazali su kako

<sup>1</sup> European Court of Justice (dalje u tekstu: ECJ).

ECJ postavlja svojim odlukama ograničenja u oporezivanju nacionalnim poreznim vlastima, posebice u području direktnih poreza. Svojim je odlukama ECJ potvrdio načela koja vrijede u tom području. Međutim, postavlja se i pitanje da li ECJ zapravo pokušava pronaći i stvara li "nova" načela europskoga poreznoga prava. Navedena rastuća aktivnost suda izazvala je u poslovnim krugovima i bojazan gdje je granica postupanja ECJ.

Zanimljiva je u tom kontekstu rečenica gospodina Frits Bolkesteina, člana Europske komisije za unutarnje tržište, carine i oporezivanje, s prošlogodišnje Konferencije održane u Rimu. «Mnogi ljudi žale zbog rastućeg broja i značenja odluka suda iz područja oporezivanja. ... Ja ne ... Ja mislim da je pošteno reći da Sud jednostavno radi svoj posao i primjenjuje Ugovor o Europskoj uniji u području oporezivanja.»<sup>2</sup>

Iako se mnogima činilo da ECJ proširuje svoje područje ulazeći sve više u područje oporezivanja, čini se samo da nije do sada toliko intenzivno ni konstantno primjenjivao pravila unutarnjeg tržišta (*internal market*) u polju oporezivanja, i to posebice u području primjene direktnih poreza, a unutar toga u području oporezivanja trgovačkih društava.<sup>3</sup> Svakako da je jednaku pozornost privukla i sve veća brojnost odluka i nacionalnih sudova u istom području.

### ***Primjena općih načela prava EU u području poreznog prava ili stvaranje novih poreznih načela***

ECJ je, pokazalo se i do sada, a sada posebno, doista snažna i moćna institucija. Njezino je nemjerljivo značenje u stvaranju i očuvanju novoga pravnoga poretka. Naime, treba biti svjestan činjenice da je Ugovor o osnivanju Europske zajednice<sup>4</sup> zapravo udario temelje i ustanovio novi pravni poredak.<sup>5</sup> Svakako centralno mjesto u tom novom pravnom poretku ima unutarnje ili zajedničko tržište poduprto četirima temeljnim slobodama. Kada se ECJ bavi slučajevima koji se tiču unutarnjega tržišta, tada se bavi jednim od najznačajnijih koncepata prava EU. To je i uloga ECJ - on čuva taj koncept i upravo mu je tu ulogu «čuvara» povjerio i sam *EC Treaty*.<sup>6</sup> U izvršavanju te uloge sud ne mali

<sup>2</sup> Prema, Lyons, Timothy, *The ECJ in Search of Principles of European Tax Law?*, Conference on European Taxation, Trier, lipanj, 2004.

<sup>3</sup> Unatoč činjenici da je kod nas u primjeni termin porez na dobit, opće je poznato da je u stranim terminima uvijek prisutna oznaka u samom pojmu da je riječ o oporezivanju trgovačkih društava, pa se stoga u radu prvenstveno i rabi termin oporezivanje trgovačkih društava, a rjeđe se koristi termin oporezivanje dobiti. U radu se koristi navedeni termin kao sinonim za porez na dobit. Razmišljanja o navedenoj problematici vidi i: Tičar, Bojan. *Korporacijsko davčno pravo*, Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana, 2001., str. 147.

<sup>4</sup> Dalje u tekstu: *EC Treaty*.

<sup>5</sup> Joined Cases 90 i 91/63 *Commission v. Luxemburg and Belgium* (1964) ECR, 625, 631.

<sup>6</sup> «*The Court of Justice and the Court of First Instance, each within its jurisdiction, shall ensure that in the interpretation and application of this Treaty the law is observed.*». Taj zakon

broj puta primjenjuje i opća načela prava EU. Najveću pozornost privukla je primjena pravila unutarnjega tržišta na području oporezivanja. Ta pravila nije stvorio ECJ niti ona vrijede kao neka načela, već je riječ o jasno izraženim pravilima u EU Treaty i ostalim zakonskim aktima (legislation).<sup>7</sup>

Pravila unutarnjega tržišta i odredbe koje se primjenjuju nisu tvorevina ECJ. Jasno je rečeno u čl. 14. i 3 (1)(c) Ugovora o Europskoj uniji<sup>8</sup> što je unutarnje tržište.<sup>9</sup>

Međutim, želi se naglasiti da temeljne slobode nisu osnovna načela unutarnjega tržišta. One se mogu shvatiti kao posebno iskazano temeljno načelo nediskriminacije iz čl.12.1. *EC Treaty*.<sup>10</sup> Stoga se pokazuje da je zapravo ishodište ili temelj unutarnjega tržišta načelo nediskriminacije.

Svakako se može reći da ovo načelo, jasno je, nije stvorio ECJ niti ga je morao u svojoj praksi kreirati. Dapače, riječ je o temeljnom načelu, koje se zna manifestirati u raznim područjima i na različite načine. Kao takvo, to načelo je jasno izraženo u pravilima i zakonima koje ECJ ima primjenjivati i na što se obvezao.

Prema tome, možemo utvrditi kako je očito da nije riječ o posebnom načelu poreznoga prava. To je načelo prema kojemu se porezno pravo treba ocjenjivati i prosuđivati. Oni koji pokušavaju ustvrditi ili tvrde da su zakoni i pravila unutarnjega tržišta neprimjenjivi na direktno oporezivanje, zapravo negiraju supremaciju zakona i prava EU, i njihovih osnovnih načela, a bez supremacije EU prava nema ni unutarnjega tržišta. Po snazi je iznad primjene pravila unutarnjega tržišta na direktno oporezivanje samo unutarnje tržište.<sup>11</sup>

Kada govorimo o pravilima unutarnjega tržišta (nediskriminacija), tada nije samo riječ o pravilima koja se primjenjuju u području izravnoga oporezivanja.

Pravila i odredbe iz toga su područja uglavnom već dobro poznati. Jednako su nam poznati i slučajevi. Uz one s donesenim presudama, velik je broj slučajeva iz područja izravnih poreza, čije je rješavanje u tijeku.<sup>12</sup>

---

je zapravo samo *internal market* - unutarnje tržište. Prema, Schermers and Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, 6. izd., § 53.

<sup>7</sup> Vidi o utjecaju prava EU na sustave direktnog oporezivanja zemalja članica EU, Vадher, Dipa, Hamer, Justin, *The foundations of European community law and its impact on direct taxation*, *Tax Management International Journal*, vol. 32., br. 7., srpanj 2003., str. 339. i dr.

<sup>8</sup> Vidi, *Consolidated versions of the Treaty on European Union and of the Treaty establishing the European Community (2002)*, *Official Journal of the European Communities*, C 325/1, od 24. 12. 2002. Dalje u tekstu: *EU Treaty*.

<sup>9</sup> "...characterized by the abolition, as between Member States, of obstacles to free movement of goods, persons, services and capital; ...".

<sup>10</sup> «*Within the scope of the application of this Treaty, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.*»

<sup>11</sup> Prema, Lyons, str. 5.

<sup>12</sup> Lang, Michael, *Direct Taxation: Recent ECJ Developments*, Linde Verlag, Beč, 2003.

**Postupanja ECJ koja su utjecala na nacionalna porezna zakonodavstva**

One presude koje je donio ECJ imale su velikog utjecaja na porezno pravo, kako u praksi gdje su izazvale u poslovnim krugovima promjene politika, tako i šire, izazivajući stručnjake iz tog područja na promišljanja.

Iz bogate prakse suda mogu se izdvojiti neki od brojnih slučajeva u kojim su presude imale snažan utjecaj i velikog odjeka ne samo na pojedina nacionalna porezna zakonodavstva, već i na velik broj zemalja članica EU.

Tako je ECJ jednom svojom presudom odredio kako inozemna trgovačka društva moraju imati porezni tretman poput nacionalnih, tuzemnih trgovačkih društava. To je naime stajalište sud zauzeo rješavajući poznati slučaj *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt*.<sup>13</sup> Drugi, sličan slučaj je još poznatiji *Lankhorst-Hohorst GmbH*.<sup>14</sup> Ne manje značajan u ovom je kontekstu i slučaj *Bosal Holding BV v. Staatssecretaris van Financiën*.<sup>15</sup> Zanimljiv je komentar ove presude koju je dao poznati Frits Bolkestein, član Europske komisije za unutarnje tržište, carine i oporezivanje.<sup>16</sup> Činjenica je da je bilo predvidivo da će reakcija na presudu u slučaju *Bosal Holding BV v. Staatssecretaris van Financiën* bit snažna, unatoč tome što je mišljenje suda bilo onakvo kako se i očekivalo. Iz mnogih od navedenih slučajeva može se zaključiti da načela unutarnjega tržišta nalikuju poreznim načelima. To se može zaključiti iz dijelova presuda ECJ.<sup>17</sup> Ali, jednako bi se one mogle primijeniti i na druga pravna područja, različita od poreza, npr. na pravo trgovačkih društava.

<sup>13</sup> Case 307/97, 1999, ECR I-6161, para 58., «*In the case of double taxation treaty concluded between a member state and a non-member country, the national treatment principle requires the member state which is party to the treaty to grant to permanent establishments of non-resident companies the advantages provided for by that treaty on the same conditions as those which apply to resident companies.*»

<sup>14</sup> Case C-324/00, from December 2002, para 32. Vidi, Lang, str. 35-103., i Menger, Jorg, Eckhardt, Thomas, idr., Germany: Thin can update, *Journal of International Taxation*, vol. 14., br. 9., rujana, 2003., str. 10.

<sup>15</sup> Vidi, detaljnije o tom slučaju i posljedicama na porezno zakonodavstvo, Kuipers, W. Jurjan, Hulsen van, Frank, Leenders, Bas i dr., ECJ holds expenses relating to EU subs deductible from Dutch taxable profit, *Journal of International Taxation*, vol. 14., br. 12., prosinac 2003.

<sup>16</sup> "... it is clear that the court is becoming increasingly active in striking down member states' tax rules that it considers contravene either the European treaty or other European legislation.", koji je objavljen pod naslovom - Porezno pravo i zakoni koji se odnose na oporezivanje trgovačkih društava ne smiju biti kreirani od strane suda, Prema, Lyons, Timothy, Direct taxation and the court of justice, Trier, Conference on European Taxation, 06/2004., str. 2.

<sup>17</sup> «*One cannot treat subsidiaries differently depending upon the residence of their parents*»- *Lankhorst-Hohorst*, para 32, *Joined Cases C-397/98 i C - 410/98 Metallgesellschaft Ltd & Others v IRC* (2001) ECR I-1727 paras 43-51. ili npr. «*One cannot treat parents differently depending upon residence of their subsidiaries.*», *Bosal*, paras 39-40. ICI para 23.



Svakako, pravila unutarnjega tržišta našla su svoju primjenu i u drugim područjima poreznoga prava, ne samo u području direktnih poreza. To je slučaj s pravilima posrednog oporezivanja, npr. u području PDV-a i trošarina, gdje također nalazimo zabranu diskriminacije ili, točnije rečeno, primjenu načela nediskriminacije.

Treba imati na umu kako učinci i djelovanje načela nediskriminacije nemaju svoju granicu, tj. ne prestaju kod izravnog oporezivanja.

Međutim, nije samo načelo nediskriminacije jedino načelo koje se primjenjuje u području oporezivanja. U tom području primjenjuju se i druga opća načela. To je slučaj s odredbama o državnim potporama i čl. 87-89 *EU Treaty*. Pitanje je primjena zakona i pravila o državnim potporama i njihovu utjecaju na oporezivanje od velikoga značenja.<sup>18</sup> Brojni su primjeri načina i primjene državnih potpora u poreznom i fiskalnom kontekstu.<sup>19</sup>

### ***Jednoobraznost postupanja ECJ u poreznim stvarima***

Ne smije se smetnuti s uma da nije samo ECJ sud koji primjenjuje pravo EU i tako, zapravo, pravila unutarnjega tržišta. To čine i nacionalni sudovi zemalja članica EU, i to je ponekad od velikog utjecaja na nacionalne porezne vlasti.<sup>20</sup> Jedan od najboljih primjera tog utjecaja jesu porezne reforme u mnogim zemljama EU, potaknute donesenim odlukama.<sup>21</sup>

Iz gore navedenoga čini se da se možemo složiti u tvrdnji da ECJ nije u potrazi za poreznim načelima. Ne stvara ih, on jednostavno primjenjuje opća pravna načela - prava EU na porezno pravo i zakone, i to na način na koji je to obvezan činiti. U tom procesu primjene sudjeluje jednako s nacionalnim sudovima. Vlade zemalja članica također bi trebale, i imaju zapravo obvezu, podržati i očuvati temeljna, opća načela. Ta obveza vrijedi u fiskalnoj sferi jednako kao i u drugim područjima.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Vidi o tome, Commission Notice on the application of the State Aid rules to measures relating to direct business taxation, 98/C 384/03, OJ C 384/3 10.12.98 i Report on the implementation of the Commission notice on the application of the state aid rules to measures relating to direct business taxation, 26. 11. 2003.<sup>3</sup>

<sup>19</sup> Recimo samo da pravila o državnim potporama imaju ogromno značenje i od velikog su utjecaja na nacionalne fiskalne sustave. Spomenut ćemo samo neke od slučajeva koje je Komisija rješavala i istaživala: planirani porez na trgovačka društava za Gibraltar (IP/04/404), Italy v Commission, C-173/73 (1974) ECR 709, 719.

<sup>20</sup> U Velikoj Britaniji npr. *R v Customs and Excise Commissioners* (2003) STC 1273, kao i *R v Customs and Excise Commissioners ex parte Lunn Poly Ltd* (1999) STC 350.

<sup>21</sup> Vidi npr., Menger Jorg, Germany: second wave of changes enacted in 2003 rocks the boat, *Journal of International Taxation*, travanj, 2004., vol 15., br. 4., str. 34-43. i Bjornholm, Nikolaji Halmind, Steen, Lankhorst-Hohorst prompts Danish tax changes, *International Tax Review*, veljača, 2004., str. 1.

<sup>22</sup> Tako, Lyons, Timothy, str.3.

Sagledavajući slučajeve koje je ECJ riješio te zauzeo jasna stajališta kada je riječ o pravu EU i direktnom oporezivanju, može se primijetiti kako je sud uvijek bio i ostao konzistentan u svojem pristupu pitanju direktnih poreza i njihovu odnosu s fundamentalnim slobodama. To je svakako i dobro sa stajališta transparentnosti i pravne sigurnosti, jer je na praksi - poreznim obveznicima, tj. trgovačkim društvima i njihovim poreznim savjetnicima, da znajući stajališta suda te što je potrebno da bi se bilo u skladu sa pravnim poretkom EU, ne čine greške i ne postanu još jedan slučaj pred istim sudom.

Brojni su načini na koje se pokazala ta jednoobraznosti i sukladnost ECJ-a u području izravnih poreza.

Sud je u svakom slučaju konzistentno bio vođen idejom i imperativom ostvarenja unutarnjega i jedinstvenoga tržišta, te time i svoje obveze da se uklone sve prepreke koje stoje na putu njegova ostvarenja, kao i onih koje predstavljaju kršenje četiriju temeljnih sloboda. Jednako je dosljedan i u isticanju bezuvjetne supremacije novoga pravnog poretka i prava EU, pa tako i nad svim oblicima - pojavnim u praksi i onima u zakonima iz područja oporezivanja.

Dosljednost međutim možemo konstantno pratiti i na suprotnoj strani - zemlje članice EU također su konzistentne u svojem reguliranju područja prava trgovačkih društava te području njihova oporezivanja. U svojoj su dosljednosti samo te strane - ECJ - zemlje članice EU, za sada u najvećem broju slučajeva na različitim i često suprotstavljenim pozicijama.

Prema tome, brojni su načini na koje se može primijetiti konzistentnost ECJ u primjeni temeljnih sloboda u kontekstu oporezivanja trgovačkih društava. Jasno, sudski procesi nisu poželjno sredstvo osiguranja temeljnih sloboda. To je zakonodavni proces, smatra se poželjnijim, a razloga za to je mnogo. No, činjenica je da je kratkoročno gledano parničenje praktičniji put no zakonodavni proces. Čak je i sama Europska komisija, ukazala na tu činjenicu. Naime, i ona je zamijetila i priznala da su sudski procesi, koje često sama i pokreće, tj. inicira, nekada korisni, i čak ih smatra esencijalnim i korisnim sredstvom. Naravno, ukazuje i na nužnost promjene situacije u području direktnih poreza jer se razvoj i sudska praksa jednostavno svode na puku reakciju na slučajeve koje sami porezni obveznici dovode pred ECJ. To svakako nije ispravan temeljni put za dalji razvoj koji je kao prijeko potreban istaknut i u aktima Europske komisije.<sup>23</sup> Neophodan je aktivan i ciljan pristup te promjena u poimanju procesuiranja povreda iz područja poreznoga prava.

U mnogim se područjima može pratiti konzistentnost stava suda. To je u prvom redu dosljednost u imperativnom ostvarenju jedinstvenoga tržišta te stalno držanje na umu obveze uklanjanja svih smetnji i prepreka ostvarenju temeljnih sloboda. Drugo se područje odnosi na supremaciju EU prava i normativnih akata

<sup>23</sup> Communications, «Tax Polic in the European Union - Priorities for the years ahead», COM/2001/0260, OJ C284/6, 10.10.2001.

nad svim oblicima poreznopravnih normativnih akata, kao i praksom. Ne manje važno jest i širina obuhvata pojma sloboda poslovnog nastana - *freedom of establishment*, sadržana u *EC Treaty*. Sljedeće područje u kojemu možemo također pratiti dosljednost stava ECJ jest ukazivanje na ograničenu mogućnost opravdanja koja stoji zemljama članicama na raspolaganju u obrani njihovih poreznih režima, nasuprot jednako konzistentnim pokušajima zemalja članica da zaštite svoje interese na štetu jedinstvenoga tržišta.

### ***Dosljednost u imperativnom ostvarenju jedinstvenoga tržišta (single market)***

ECJ je jednoobrazno u dosadašnjoj praksi primjenjivao temeljne slobode u kontekstu izravnog oporezivanja. Nemjerljivi je svakako time i doprinos pravnoj sigurnosti, posebice potrebnoj kada su u pitanju i porezne stvari. Tim više je doista upitno je li postupak pred ECJ doista nužan da bi se pravo EU ispravno primijenilo.<sup>24</sup> Čini se da je umjesto sudskog puta potrebno potražiti rješenje na drugom mjestu - kod kreatora poreznoga prava, tj. zakonodavca. Štoviše, prethodno je rečeno da se upravo Komisija EU najčešće obraća ECJ i inicira postupak pred sudom.<sup>25</sup> Stajalište je Komisije da je situacija u kojoj je jedino rješenje za brojne i rastuće slučajeve kršenja prava Zajednice proces pred ECJ nedopustiva, tj. da ne predstavlja dobru osnovu za napredovanje u ostvarenju ciljeva Zajednice.<sup>26</sup>

U svakom slučaju koji se tiče temeljnih sloboda i direktnih poreza treba uvijek imati na umu da je riječ o slučaju koji se tiče temeljnih načela. Naime, to je ono čime se rukovodi ECJ. Tako je npr. u slučaju pred ECJ što se odnosio na slobodno kretanje roba rečeno da se taj slučaj zapravo odnosi na načelo kojim je utvrđena sloboda poslovnog nastana. Naime, unutarnje tržište karakterizira uklanjanje svih prepreka za slobodno kretanje roba, osoba, usluga i kapitala između zemalja članica.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Je li doista porezno pravo zemalja EU toliko protivno osnovnim načelima pravnoga poretka EU, jer to onda potvrđuje još jednom toliko nužnu i hitno potrebnu harmonizaciju u području direktnih poreza. Vidi, Bovenberg, A.L., Cnossen, S., i dr., *Harmonization of Company Taxation in the European Community, Some Comments on the Ruding Committee Report*, Kluwer, str. 13-35., i Herzig, Norbert, *Harmonisierung der Körperschaftsteuersysteme in den EU-Staaten*, Verlag dr. Otto Schmidt, Köln, 1994.

<sup>25</sup> To stajalište proizlazi i iz Communication, Komisije «Tax policy in the European Union - Priorities for the years ahead», COM/2001/0260, OJ C284/6, od 10.10.2001.

<sup>26</sup> COM/2001/0260, OJ C284/6, od 10.10.2001., odj. 4.2.

<sup>27</sup> Čl. 3. *EC Treaty* "... the activities of the Community shall include .... An internal market characterized by the abolition, as between Member States, of obstacles to the free movement of goods, persons, services and capital;"

U svojim presudama ECJ često priznaje utjecaj unutarnjega tržišta, i to eksplicitno. Tako je ECJ u slučaju *Eurowings Luftverkehrs AG v Finanzamt Dortmund-Unna*.<sup>28</sup> U toj je presudi sud eksplicitno naveo kako je primjena kompenzatornog poreza u predmetnom slučaju protivna osnovama jedinstvenoga tržišta.<sup>29</sup>

ECJ u svojim presudama najčešće izričito spominje koncept zajedničkoga tržišta.<sup>30</sup> Ali, i onda kada to nije, očito je da taj koncept ECJ uvijek ima na umu u svim slučajevima koji se tiču direktnog oporezivanja i temeljnih sloboda.<sup>31</sup>

Može se svakako primijetiti i naglasiti konzistentnost u pristupu ECJ u području direktnih poreza i temeljnih sloboda. Ta se konzistentnost može pratiti od slučaja u kojemu se Komisija po prvi put borila za primjenu temeljnih sloboda na direktno oporezivanje, poznatom kao slučaj *France v Commission*.<sup>32</sup> Presuda je u navedenom slučaju poslužila kao primjer u mnogim kasnijim slučajevima, kada su se novije presude u velikom broju slučajeva oslanjale na načela koja su u *France v Commission* presudi jasno izrečena.

Uvijek kada dođe do sukoba interesa s jedne strane zemlje članice EU, a s druge strane unutarnjega tržišta, tada je na strani ovog potonjeg važan i drugi element u kojemu se također očituje dosljedan stav ECJ. Riječ je o supremaciji prava EU nad nacionalnim pravnim, pa onda i poreznim sustavima.

### ***Dosljednost u potvrđivanju supremacije prava EU***

U mnogim je svojim, i to ranim,<sup>33</sup> presudama ECJ utvrdio primarnost primjene prava Zajednice i kasnije prava EU, te kasnije bezbroj puta isto ponovio. Moglo bi se reći da je supremacija prava EU jedno opće načelo. Stoga i odredbe nacionalnih poreznih zakona kao dio ukupnih pravnih nacionalnih odredbi nemaju neki poseban tretman pred ECJ. ECJ je mnogo puta jasno izrazio stav o supremaciji nad nacionalnim, domaćim poreznim zakonima. Tako je i u slučaju *Commission v France*<sup>34</sup> ECJ ukazao na to da pred domaćim poreznim zakonom prednost ima sloboda poslovnog nastana iz EC Treaty. Slično je potvrdio kasnije u slučaju *Lankhorst- Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt*.<sup>35</sup> Jednako je i s

<sup>28</sup> Slučaj, C-294/97 (1999) ECR I-7447.

<sup>29</sup> Sud je utvrdio da bilo koju poreznu pogodnost koja rezultira nižim oporezivanjem pružatelja usluge što se oporezuje u zemlji članici u kojoj su osnovani (pružatelj usluga) ne može upotrijebiti druga zemlja članica kako bi opravdala manje povoljan porezni tretman primatelja usluga koji su osnovani u toj potonjoj zemlji članici.

<sup>30</sup> Npr. u slučaju *Eurowings Luftverkehrs AG v Finanzamt Dortmund-Unna*, Slučaj C-294/97 (1999) ECR I 7447.

<sup>31</sup> Npr. u presudi iz slučaja *Bosal*, nije izričito spomenut i u slučaju *Lankhorst - Hohorst*.

<sup>32</sup> C-270/83, (1986.), ECR 285.

<sup>33</sup> Slučaj *Van Gend en Loos*, npr. iz 1963., C-26/62 (1963), ECR 1.

<sup>34</sup> C-270/83 (1986), ECR 273.

<sup>35</sup> c-324/2000. Vidi, opširnije, Bjornholm, Nikolaj i Halmind, Steen, *Lankhorst- Hohorst prompts Danish tax changes*, ibid.

međunarodnim ugovorima iz područja oporezivanja koje su zemlje članice zaključivale, bilo na bilateralnoj ili multilateralnoj osnovi. Dakle, ta se supremacija odnosi i na međunarodne ugovore o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja.

Prema tome, sve slobode iz EC Treaty moraju se bezuvjetno poštovati i ostvarivati. Tako i sloboda poslovnog nastana ne može biti predmetom uređenja u međunarodnim ugovorima na način različit od predviđenog pravom EU. To je u svojim presudama ECJ više puta ponovio.<sup>36</sup>

ECJ je u svojim presudama često navodio da je materija direktnog oporezivanja doduše stvar zemalja članica, ali one moraju svoj porezni suverenitet i vlast izvršavati u skladu s pravom zajednice i EU.<sup>37</sup>

Unatoč činjenici da se načelo supremacije prava EU čini dobro utvrđenim te priznatim načelom, čini se ipak da postoji i dalje potreba isticanja i naglašavanja tog načela. To posebno proizlazi iz načina na koje zemlje članice opravdavaju svoje porezne sustave pred ECJ.<sup>38</sup>

Jednako je sud bio dosljedan i u tumačenju slobode poslovnog nastana. Primjer je svakako i poznat *Bosal* slučaj. Pravni je temelj odluke u tom slučaju bio u čl. 43. i 48. (bivši 52. i 58.) *EC Treaty*, u čijoj je primjeni ECJ uvijek bio i ostao dosljedan.

Još je u ranijem slučaju sličan stav izrazio 1986. godine.<sup>39</sup> U svojem je djelovanju ECJ uvijek jednako ukazivao na ograničene mogućnosti za opravdanja prepreka i smetnji temeljnim slobodama. Opširna je sudska praksa iz koje je vidljiva mogućnost, kao i granice, u opravdanju postojećih prepreka. Najčešće je svakako opravdanje koje zemlje članice ističu, a koje je i pomalo izgubilo na svojoj snazi, - fiskalna kohezija. U svojim nastojanjima da sačuvaju poreznu osnovicu i oslobode se obveze smanjenja poreznog opterećenja, zemlje članice često ističu kao opravdanje za prepreke na jedinstvenom tržištu činjenicu da su troškovi i cijena udovoljavanja *EC Treaty* preveliki da bi se to udovoljavanje učinilo obveznim. Na taj način zapravo zemlje članice čine prava izvedena iz temeljnih sloboda ovisnima o ekonomskim i političkim kriterijima. Međutim, čini se kao da zemlje članice na taj način zaboravljaju da su ta prava temeljna za postojanje EU. Ta su prava predviđena kao izvedenice iz temeljnih sloboda te se moraju poštivati, a po potrebi i prisilno ostvarivati. ECJ je u svojim

<sup>36</sup> Tako, *Commission v France*, i slučaj *Commerzbank*, C-330/91, ECR I-4017.

<sup>37</sup> Tako je npr. navedeno u presudama iz slučaja *Campagne de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v Finanzamt Aachen-Innenstadt*, C-307/97 (1999), ECR I-6161.

<sup>38</sup> Consultation Document, UK Inland Revenue, «Corporation Tax reform», kolovoz, 2003. «The Corporation tax system has to meet challenges of a competitive international environment and must be also be kept robust against any legal challenges under EU law, particularly where those challenges have the potential to undermine international agreements.» Vidi, opširnije, Williams, W. David, *EC Tax Law*, Longman, London i New York, str. 106-111.

<sup>39</sup> C- 270/83, *France v Commission*, (1986) ECR 285.

presudama mnogo puta odbio ekonomska opravdanja za postojanje prepreka na jedinstvenome tržištu.<sup>40</sup>

Želja za očuvanjem i zaštitom svoje porezne osnovice isticala se u mnogim slučajevima kao argument zemalja članica za opravdanje prepreka za ostvarenje unutarnjeg tržišta.<sup>41</sup> Naravno, ECJ je odbacio takve argumente. Jednako je odbacio i pozivanje na gubitak prihoda. Tako je u slučaju *ICI v Colmer* ECJ odbacio oslanjanje na umanjenje i gubitak javnih prihoda koji su tako veliki da se smatraju osnovom za opravdanje prepreka na jedinstvenom tržištu, koja se u navedenom slučaju sastojala u nejednakom tretmanu rezidentnih i nerezidentnih ovisnih društava, koji je protivan *EU Treaty*.<sup>42</sup> Slično se i u slučaju *Bosal* pokušalo diskriminacijski postupak opravdati činjenicom da će Nizozemska trpjeti štetu koja je više od samog umanjenja poreznih prihoda. Naravno, neuspješno.<sup>43</sup>

### Zaključak

Odluke ECJ imaju snažan odjek u najvećem broju zemalja EU, kako u zakonodavnim tako i pravosudnim, pa i poslovnim sredinama. Činjenica je da ne samo ljudi iz prakse, nego još više zakonodavci i njihovi savjetnici u području poreza, s nestrpljenjem očekuju i donošenje odluka koje su trenutno pred tim sudom u postupku. U rješavanju navedenih slučajeva ECJ ne kreira nova porezna načela. On samo primjenjuje pravila europskoga prava. Svakako, rukovodeća je misao i imperativ suda uspostava i očuvanje unutarnjega tržišta.

Sve je više primjera sudskih odluka koje su u nekim slučajevima potaknule, ubrzale, a u nekima i prisilile zemlje članice na izmjene njihovih poreznih zakona.

Tako je slučaj *Lankhorst-Hohorst* primjer za djelovanje odluke ECJ na način da je izazvao poreznu reformu u Njemačkoj i u onoj sferi u koju se u početku nije namjeravalo dirati. Presudivši da su pravila njemačkoga zakonodavstva o potkapitaliziranju protivna pravu EU, doveo je do toga da se u velikoj poreznoj reformi u Njemačkoj 2003. godine promijene sporne odredbe.<sup>44</sup> Novim se pravilima želi popraviti situacija. Činjenica da su međutim nova pravila njemačkoga poreznoga zakonodavstva u nekim dijelovima nejasna i pomalo

<sup>40</sup> Vidi, C-436/00, *X and Y v Riksskatteverket*, ECR (2002) I-829.

<sup>41</sup> Posebno je taj argument u velikom broju slučajeva isticala Danska. Vidi, C-188/96 *Safir*, (1998) ECR I-1897., C-136/00 *Danner*, (2002), ECR I-8147., i dr.

<sup>42</sup> C-264/96, (1998) ECR I-4695.

Vidi, opširnije o argumentima i načinima zaštite nacionalnih poreznih sustava, Williams, W. David, *EC Tax Law*, Longman, London and New York, 2000., str. 106-111., te Terra, J.M. Ben, i Wattel, J. Peter, *European Tax Law*, Fed, Deventer, 2001., str. 63-87., i dr.

<sup>43</sup> Porezna reforma, od 19. prosinca 2003. godine uključuje velike promjene u brojnim poreznim zakonima Njemačke koji se tiču i poreza na dobit, poreza na dohodak, PDV, i dr.

<sup>44</sup> 2003/48/EU.

konfuzna, te da su za sada nastala pitanja ostavljena bez odgovora, ne mijenja tvrdnju da je uloga ECJ u donošenju tih pravila nesumnjiva. Učinjeno restrukturiranje njemačkoga poreznoga sustava bilo je rukovođeno, nema sumnje, i drugim faktorima kao što je bila obveza smanjenja poreznih stopa, proširenje porezne osnovice, ograničenja javnog duga nametnuto od EU, te svakako poreznim pravom EU. Naravno, jedan «katalizator» predstavlja ECJ i njegova odluka.

Odluka je ECJ iz istog slučaja, *Lankhorst-Hohorst*, slično djelovala, ubrzavši nizozemske porezne promjene. Te su promjene međutim bile uzrokovane prije svega pravom EU i na njemu utemeljenim zahtjevima. Naime, glavna je svrha tih promjena bila udovoljiti zahtjevima koji proizlaze iz primjene smjernica EU - *Savings Directive*<sup>45</sup> i *Interest/Royalty Directive*<sup>46</sup>. No, te su promjene izazvane i odlukom suda o nizozemskim pravilima koja reguliraju tzv. izuzeće od sudjelovanja (participation exemption, affiliation privillage) te pitanje poreznog tretmana kamata između povezanih društava. Tu je odluku sud donio 18. rujna 2003. godine. ECJ je presudio da su u navedenom slučaju - *Bosal Holding*, nizozemska porezna pravila koja se odnose na nepriznavanje odbitka troškova a koja su se odnosila na ovisno društvo u EU, suprotna EU Treaty. Posebice se utvrdilo da su takve odredbe protivne slobodi poslovnog nastana. Naravno, takva je odluka bila od velikog utjecaja neposredno i na nizozemski državni proračun, te nije začudio pokrenuti zakonodavni proces s ciljem izmjene, uz ostalo, pokazano je i odredbi inkompatibilnih s pravom EU. Štoviše, već dan nakon donošenja navedene presude nizozemsko se Vijeće ministara složilo s prijedlogom izmijenjenog zakona. Svakako, jedan od ciljeva bio je i izbjeći ili ublažiti posljedice koje presuda ima po državni proračun.

Pred svim zemljama članicama stoji izazov - prilagodba nacionalnih poreznih sustava temeljnim slobodama koje čine osnovu novoga pravnog poretka EU. Sve dok zemlje članice ne prepoznaju tu potrebu ili, još više, nužnost u cijelosti, te ne harmoniziraju posebice područje propisa o direktnim porezima, čini se da će temeljne slobode i onaj primarni cilj - unutarnje tržište - normatizirani kao novi pravni poredak, i dalje biti «plodno tlo» za porezne sporove i sudovanja, pa i pred ECJ. Navedeni, a i drugi slučajevi pokazuju da je najčešće šteta po proračunske prihode popravljiva, no puno je većeg značenja pitanje eventualne mogućnosti popravljivanja ili vraćanja u prijašnje stanje suvereniteta zemalja u fiskalnoj materiji. Očito je da je suverenitet zemalja članica u fiskalnim stvarima žrtvovan konceptu jedinstvenoga tržišta. Očekivati je da će vremenom zemlje članice učiniti korak dalje u stvaranju «područja bez unutarnjih granica» iz čl.

<sup>45</sup> 2003/49/EU.

<sup>46</sup> Podaci govore da je «incidentalni gubitak» nastao iz *Bosala* smanjen time sa 1.6 milijuna na 1.2 milijuna EUR-a, te strukturalni godišnji gubitak sa 950 na 550 milijuna EUR-a. Prema, Case Notes, Tax in a single market - *Bosal and Marks and Spencer plc*, *British Tax Review*, br. 6, 2003., str. 443.

14.2. *EC Treaty*. Kada se manifestacija internih fiskalnih granica zemalja članica, a to su nacionalni porezni sustavi, nalazi nasuprot temeljnih sloboda jedinstvenoga tržišta pred ECJ, izvjesno je rješenje slučaja.

### *Literatura*

1. Bjornholm, Nikolaji Halmin, Steen, Lankhorst-Hohorst prompts Danish tax changes, *International Tax Review*, veljača, 2004.
2. Bovenberg, A.L., Cnossen, S., i dr., *Harmonization of Company Taxation in the European Community, Some Comments on the Ruding Committee Report*, Kluwer, 1997.
3. Case Notes, Tax in a single market - Bosal and Marks and Spencer plc, *British Tax Review*, br. 6, 2003.
4. Consolidated versions of the Treaty on European Union and of the Treaty establishing the European Community (2002), *Official journal of the European Communities*, C 325/1, od 24. 12. 2002.
5. Herzig, Norbert, *Hamonisierung der Körperschaftsteuersysteme in den EU-Staaten*, Verlag dr. Otto Schmidt, Köln, 1994.
6. Kuipers, W. Jurjan, Hulsen van, Frank, Leenders, Bas i dr., ECJ holds expenses relating to EU subs deductible from Dutch taxable profit, *Journal of International Taxation*, vol. 14., br. 12., 2003.
7. Lang, Michael, *Direct Taxation: Recent ECJ Developments*, Linde Verlag, Beč, 2003.
8. Lyons, Timothy, *Direct taxation and the Court of Justice*, Trier, Conference on European Taxation, 06/2004.
9. Lyons, Timothy, *The ECJ in search of Principles of European Tax Law?*, Conference on European Taxation, Trier, 06/2004.
10. Mengerm Jorg, *Germany: second wave of changes enacted in 2003 rocks the boat*, *Journal of International Taxation*, travanj, 2004, vol. 15., br. 4.
11. Mengerm, Jorg, Eckhardt, Thomas, i dr., *Germany: Thin can update*, *Journal of International Taxation*, vol. 14., br. 9., rujanj, 2003.
12. Schermers and Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, 6. izd..
13. Terra, J.M. Ben, i Wattel, J. Peter, *European Tax Law*, Fed, Deventer, 2001
14. Tičar, Bojan, *Korporacijsko davčno pravo*, Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana, 2001.
15. Vadher, Dipa, Hamer, Justin, *The foundations of European community law and its impact on direct taxation*, *Tax Management International Journal*, vol. 32., br. 7., srpanj 2003.
16. Williams, W. David, *EC Tax Law*, Longman, London and New York, 2000.

### Summary

## **EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND ITS ROLE IN REFORMS OF DIRECT TAXATION SYSTEMS**

It is a matter of fact that the European Court of Justice has been giving its rulings in increasing number of cases related to taxation, especially direct taxes. The ECJ is thus presenting itself as the highest authority in monitoring national



tax legislation against the EU legal order. This is also a reason to ask ourselves - whether the ECJ became the most powerful force that, by applying principles of EU law, causes and speeds up necessary national tax reforms. We could legitimately ask whether this institution, while performing its tasks, also creates new tax principles. These are only some of the questions to which we tried to provide the answer in this article.

*Key words: ECJ, direct taxation, legal principles and EU law, reforms of tax systems.*

### Zusammenfassung

## DER EUROPÄISCHER GERICHTSHOF UND SEINE ROLLE BEI DEN REFORMEN DES SYSTEMS DER UNMITTELBAREN BESTEUERUNG

Es ist eine Tatsache, dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) eine immer größere Zahl von Fällen aus dem Bereich der vor allem unmittelbaren Besteuerung löst. Immer mehr erweist sich der Europäische Gerichtshof als höchste Autorität bei der Kontrolle nationaler Steuergesetzgebung gemäß dem Rechtssystem der EU. Dies ist auch einer der Gründe für die Frage, ob vielleicht der EuGH die mächtigste Kraft ist, die durch die Anwendung der Rechtsgrundsätze der EuGH auch die unumgänglichen nationalen Steuerreformen verursacht und beschleunigt? Es ist auch gerechtfertigt, sich zu fragen, ob diese Institution bei der Erfüllung ihrer Aufgaben neue Steuergrundsätze kreiert. Dies sind nur einige Fragen, die wir versucht haben zu beantworten.

*Schlüsselwörter: Europäischer Gerichtshof, unmittelbare Steuern, Rechtsprinzipien und Recht der EU, Reformen des Steuersystems.*

### Sommario

## CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA E IL SUO RUOLO NELLE RIFORME DEI SISTEMI DI TASSAZIONE DIRETTA

È una questione di fatto che la Corte di giustizia europea ha emesso le sue decisioni in un numero crescente di casi relativi alla tassazione, particolarmente alle tasse dirette. La CGE si presenta così come la più alta autorità nel monitoraggio della legislazione tributaria nazionale rispetto all'ordinamento giuridico UE. Questa è anche la ragione per chiederci – la CGE è diventata la forza più potente che, attraverso l'applicazione dei principi del diritto UE, causa e accelera le necessarie riforme fiscali nazionali? Noi potremmo legittimamente chiederci – questa istituzione, mentre svolge i suoi compiti, crea altresì nuovi

principi giuridici? Queste sono solo alcune delle questioni alle quali noi abbiamo cercato di fornire una risposta nel prosieguo.

***Parole chiave:*** *Corte di giustizia europea, tassazione diretta, principi giuridici e diritto dell'Unione Europea, riforme dei sistemi di tassazione.*

## PRAVO NA SUD, PRISTUP SUDU I SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU U SLUČAJU INTERVENCIJE ZAKONODAVCA U SUDSKE POSTUPKE U TIJEKU

Dr. sc. Željko Potočnjak, redoviti profesor  
Sudac Ustavnog suda RH  
Zagreb

UDK: 342.72/.73  
Ur.: 20. srpnja 2004.  
Pr.: 23. rujna 2004.  
Prethodno priopćenje

*U radu se razmatraju najvažniji stavovi Europskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Republike Hrvatske u svezi s povredom prava na pravično suđenje zbog zakonske intervencije u sudske postupke u tijeku. Ti su stavovi važni zbog većeg broja predmeta iznesenih pred te sudove u svezi sa zakonom određenim višegodišnjim prekidima parničnih postupaka u kojima je Republika Hrvatska tužena radi naknade štete u svezi s terorističkim aktima, štete uzrokovane od strane pripadnika hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga tijekom Domovinskog rata te za štetu za koju je odgovarala bivša SFRJ, a za koju odgovornost preuzima Republika Hrvatska.*

*Radi ostvarenja komparativnog uvida analiziraju se neki raniji predmeti u kojima je Europski sud izrazio stajalište o mogućnosti i granicama dopuštene zakonske intervencije u sudske postupke u tijeku. Također, razmatraju se stavovi toga suda izraženi u presuđenim hrvatskim predmetima. Iz sudske prakse izvode se zaključci o odnosu između prava na sud, pristup sudu i suđenje u razumnom roku. Ukazuje se na relativnost prava na pristup sudu i granice u kojima nacionalni zakonodavci smiju uređivati to pravo. Naročito se upozorava na važnost postojanja legitimnog cilja i razumnog odnosa razmjernosti pri ograničavanju toga prava.*

*Prikazuje se novija sudska praksa Ustavnog suda u ovoj vrsti predmeta. Promjena prakse objašnjava se novim ustavnopravnim uređenjem prava na pravično suđenje i nastojanjem da ustavna tužba bude učinkovito pravno sredstvo za zaštitu šireg kruga sastavnica prava na pravično suđenje. Podvođenje ove vrste povreda pod povredu prava na suđenje u razumnom roku otvara Ustavnom sudu mogućnost određivanja roka u kojem sudovi moraju riješiti predmet i dosuđivanje materijalne satisfakcije za pretrpljenu povredu ustavnog prava. Ukazuje se na stav Ustavnog suda da pravo na pravično suđenje može biti povrijeđeno ne samo djelatnošću sudova, već i izvršne i zakonodavne vlasti.*

*Različitim nadležnostima Europskog i Ustavnog suda objašnjava se različiti pristup ovih sudova tim predmetima. Naime, dok Europski sud*

*u tim predmetima utvrđuje povredu prava na pristup sudu, Ustavni sud te slučajeve podvodi pod povredu prava na suđenje u razumnom roku. Promjena prakse Ustavnog suda smatra se odrazom nastojanja tog suda da ustavnu tužbu utemelji kao djelotvorno nacionalno pravno sredstvo ne samo za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, već i za zaštitu još dvije sastavnice toga prava: prava na sud i pristup sudu.*

**Ključne riječi:** *ljudska prava, Ustav, ustavno pravo, pravo na pravično suđenje, pravo na sud, pravo na pristup sudu, pravo na suđenje u razumnom roku, zakon, zakonodavac.*

**Sadržaj:** *1. Uvod; 2. Intervencija hrvatskog zakonodavca u sudske postupke u tijeku; 3. Praksa Europskog suda za ljudska prava u svezi sa zakonskom intervencijom u sudske postupke; 3.1. Praksa u predmetima koji se ne odnose na Hrvatsku; 3.1.1. Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis protiv Grčke; 3.1.2. The National & Provincial Building Society, The Leeds Premanent Building Society and The Yorkshire Building Society protiv Velike Britanije; 3.1.3. Immobiliare Saffi protiv Italije; 3.2. Praksa u predmetima koji se odnose na Hrvatsku; 3.2.1. Kutić protiv Hrvatske; 3.2.2. Multiplex protiv Hrvatske; 3.2.3. Kastelic protiv Hrvatske 3.2.4. Aćimović protiv Hrvatske; 4. Praksa Ustavnog suda u svezi sa zakonskom intervencijom u sudske postupke u tijeku; 4.1. Odluka Ustavnog suda u predmetu U-III A-829/2002; 4.1. Odluka Ustavnog suda u predmetu U-III A-547/2004; 5. Zaključak.*

## 1. Uvod

Pravo na pravično suđenje, zajamčeno člankom 29. Ustava Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Ustav)<sup>1</sup> i člankom 6. stavkom 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Konvencija),<sup>2</sup> vjerojatno je u Republici Hrvatskoj jedno od najugroženijih temeljnih ljudskih prava. Na to ukazuju podaci o zaostatku od gotovo milijun i petsto tisuća neriješenih sudskih predmeta te brojne odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) i Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Europski sud) o povredi prava na suđenje u razumnom roku, kao jedne od sastavnica prava na pravično suđenje.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ustav Republike Hrvatske - pročišćeni tekst («Narodne novine», br. 41/01., 55/01-ispr.).

<sup>2</sup> Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te Protokol br. 1, Protokol br. 4, Protokol br. 6 i Protokol br. 7. uz tu Konvenciju («Narodne novine» - Međunarodni ugovori, br. 6/99. i 8/99. ispr.).

<sup>3</sup> Pred hrvatskim sudovima je 2003. ostalo neriješenih 1.547.940 predmeta. Ministarstvo pravosuđa. Statistički pregled za 2003. (Klasa: 950-01/03-01/11, Urbroj: 514-06-01-04-4 od 28. travnja 2004.) Zagreb, travanj 2004., str. 1.

Pravu na pravično suđenje, osobito u dijelu koji se odnosi na pravo na suđenje u razumnom roku, Ustavni sud posljednjih nekoliko godina posvećuje punu pozornost. O tome najbolje svjedoči više od sto odluka Ustavnog suda o usvajanju ustavnih tužbi zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku. Međutim, pored prava na suđenje u razumnom roku, od nedavno i dvije druge sastavnice prava na pravično suđenje (pravo na sud i pravo na pristup sudu) privlače pozornost zbog postupaka koji se pred Ustavnim sudom i Europskim sudom vode u svezi s intervencijom (miješanjem) hrvatskog zakonodavca u određene parnične postupke u tijeku.<sup>4</sup> Ustavnom sudu podneseno je oko stotinjak tužbi (od kojih je oko četrdeset podobno za meritorno odlučivanje, a Europskom sudu podneseno je oko osamdeset zahtjeva za utvrđivanje povrede prava zajamčenog čl. 6. st. 1. Konvencije i određivanje pravične naknade.<sup>5</sup> Naime, hrvatski zakonodavac je odredio prekid određenih parničnih postupaka u kojima je zbog naknade štete tužena Republika Hrvatska. Radi se o tri skupine postupaka o naknadi šteta nastalih u svezi s Domovinskim ratom i raspadom bivše države, i to: prvo, terorističkim aktima, drugo, od strane pripadnika hrvatske vojske i redarstva tijekom Domovinskog rata te, treće, za koju je odgovarala bivša SFRJ, a za koju odgovornost preuzima Republika Hrvatska. U svezi s tim postupcima Europski sud je donio presude u precedentno važnim predmetima Kutić, Multiplex, Kastelic i Abramović,<sup>6</sup> a Ustavni sud je 24. ožujka 2004. donio odluku br. U-III A-829/2002 u kojoj je izrazio neka pravna shvaćanja koja su kasnije utjecala na donošenje čitavog niza istovrsnih odluka.<sup>7</sup>

Neposredni povod za pisanje ovoga članka upravo je navedena odluka Ustavnog suda koja je, po našem mišljenju, posebno značajna za ostvarenje prava na pravično suđenje s četiriju stanovišta. Prvo, s aspekta nadležnosti Ustavnog suda važno je što je taj sud, mijenjajući dotadašnju praksu,<sup>8</sup> utvrdio da i u slučaju

---

<sup>4</sup> O pojmu i različitim sastavnicama prava na pravično suđenje iz čl. 6. st. 1. Konvencije vidi: Ovey, Clare i Robin White. *The European Convention on Human Rights*. Third edition. New York: Oxford University Press, 2002, str. 139-170 i Van Dijk, P. i G. J. H. van Hoof. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Third edition. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1998, str. 391-479.

<sup>5</sup> O razlozima zbog kojih značajan broj podnesenih tužbi nije podoban za meritorno odlučivanje vidi bilješku br. 33.

<sup>6</sup> Presude Europskog suda raspoložive su na engleskom i francuskom na internetskim stranicama toga suda: <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>, a hrvatski prijevodi presuda u kojima je tužena Republika Hrvatska raspoloživi su na stranicama Vlade Republike Hrvatske: <http://www.vlada.hr/>.

<sup>7</sup> Odluka Ustavnog suda br. U-III A-829/2002 («Narodne novine», br. 44/04). Najvažnije odluke Ustavnog suda raspoložive su na internetskoj stranici Ustavnog suda: <http://www.usud.hr/index.htm>.

<sup>8</sup> Ustavni sud je tijekom 2000. i 2001. godine u nekoliko predmeta u svezi s primjenom ZI ZOO/96. i ZD ZOO/99. (pune nazive i kratko objašnjenje sadržaja ovih zakona vidi u drugom poglavlju ovoga rada) odbacio ustavne tužbe kojima su pobijana rješenja o prekidu postupka. Pozivom na odredbe čl. 59. st. 1. tada važećeg Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske («Narodne novine», br. 99/99.) Ustavni sud je utvrdio «da osporavano rješenje ne

zakonom određenog prekida sudskih postupaka može postupati temeljem članka 63. stavak 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Ustavni zakon). Temeljem te odredbe Ustavnog zakona ustavnosudski postupak može se pokrenuti i prije iscrpljivanja redovitog puta pravne zaštite, a utvrđenu povredu prava na pravično suđenje (u razumnom roku) sankcionirati određivanjem roka u kojem se predmet mora riješiti te određivanjem primjerene materijalne satisfakcije.<sup>9</sup> Drugo, važan je stav da do povrede temeljnog ljudskog prava na pravično suđenje može doći ne samo nerazumno dugotrajnim postupanjem sudova, već da za povredu toga prava mogu biti odgovorne i druge dvije vlasti (izvršna i zakonodavna). Treće, u navedenoj se odluci, barem u određenoj mjeri, naznačuju granice u kojima je s ustavnopravnog aspekta dopuštena zakonska intervencija u sudske postupke u tijeku. Četvrto, tom se odlukom po prvi put u našoj ustavnosudskoj praksi izričito spominju dvije sastavnice prava na pravično suđenje: pravo na sud i pravo na pristup sudu. Naime, u navedenoj je odluci Ustavni sud utvrdio da je «podnositelju povrijeđeno i pravo na pristup sudu, koje je dio prava na sud, također zajamčenog odredbom članka 29. stavka 1. Ustava o temeljnom ljudskom pravu na pravično suđenje» (točka 4.3. navedene odluke Ustavnog suda *in fine*).

Na donošenje odluke Ustavnog suda zasigurno je utjecala praksa Europskog suda. Međutim, pri prosudbi toga utjecaja treba voditi računa da je Europski sud odlučivao o pitanju dopuštenosti zakonske intervencije u postupke u tijeku i prije nego što su pred njega izneseni hrvatski slučajevi. Stoga nam se čini prikladnim u ovom radu prikazati i analizirati praksu Europskog suda o tom pitanju (kako u predmetima koji se odnose na Hrvatsku, tako i u onima koji se odnose na druge zemlje). Nastojat ćemo ocijeniti u kojoj je mjeri nova praksa Ustavnog suda usklađena s praksom Europskog suda. Praksa Europskog suda čini nam se značajnom osobito stoga što očekujemo da će se pitanje intervencije hrvatskog zakonodavca u postupke u tijeku ponovno naći pred Europskim i Ustavnim sudom nakon što na temelju zakona donesenih sredinom 2003. sudovi odluče o tužbenim zahtjevima za naknadu spornih šteta.

Obrada navedenih pitanja čini nam se važnom, prije svega, zbog važnosti prava na pravično suđenje. Međutim, u ovdje razmatranim hrvatskim slučajevima to pravo ima instrumentalno značenje u odnosu na moralno, politički, gospodarski i socijalno osjetljiva pitanja naknađivanja šteta povezanih s ratom i raspadom bivše države.

---

predstavlja odluku sudbene vlasti u smislu članka 59. stavka 1. Ustavnog zakona povodom koje je dopušteno podnijeti ustavnu tužbu radi povrede ustavnog prava. Naime, u konkretnom slučaju radi se o rješenju kojim se unutar parničnog postupka upravlja tim postupkom, a ne o odluci kojom se pravomoćno okončava parnični postupak» (Odluka Ustavnog suda br. U-III-554/1998 od 17. siječnja 2000.). Isti stav Ustavni sud je izrazio i u odlukama br. U-III-1445/2000 od 11. prosinca 2000, U-III-1619/2000 od 11. prosinca 2000., U-III-186/2001 od 22. veljače 2001. te U-III-1494/2000 od 11. travnja 2001.

<sup>9</sup> Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske - pročišćeni tekst («Narodne novine», br. 49/02.).

## **2. Intervencija hrvatskog zakonodavca u sudske postupke u tijeku**

Hrvatski se zakonodavac nekoliko puta umiješao (intervenirao) u sudske postupke u kojima je trebalo odlučiti o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu. Prvo takvo miješanje zbilo se 1996. donošenjem Zakona o izmjeni Zakona o obveznim odnosima (u daljnjem tekstu: ZI ZOO/96.).<sup>10</sup> Time su zakonom brisane odredbe čl. 180. Zakona o obveznim odnosima (u daljnjem tekstu: ZOO) u kojima je, među ostalim, bilo propisano da «za štetu nastalu smrću, tjelesnom povredom ili oštećenjem odnosno uništenjem imovine fizičke osobe uslijed akata nasilja ili terora te prilikom javnih demonstracija i manifestacija odgovara društveno-politička zajednica čiji su organi po važećim propisima bili dužni spriječiti takvu štetu».<sup>11</sup> Nadalje, ZI ZOO/96. propisao je da se postupci za naknadu štete pokrenuti po odredbama čl. 180. ZOO-a prekidaju.<sup>12</sup> Također, bilo je određeno da će se prekinuti postupci nastaviti nakon što se donese poseban propis kojim će se urediti odgovornost za štetu nastalu zbog terorističkih akata.

Druga zakonska intervencija u postupke u kojima je Republika Hrvatska tužena radi naknade šteta uslijedila je 1999. godine. Te je godine donesen Zakon o dopunama Zakona o obveznim odnosima (u daljnjem tekstu ZD ZOO/99.).<sup>13</sup> Tim je zakonom određen prekid još dvije vrste sudskih postupaka u kojima je zbog naknade štete tužena bila Republika Hrvatska. Tako je ZD ZOO/99. propisao da se prekidaju «postupci koji se vode protiv Republike Hrvatske radi naknade štete koju su uzrokovali pripadnici hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga u vojnoj ili redarstvenoj službi ili u svezi s obavljanjem vojne ili redarstvene službe tijekom Domovinskog rata od 17. kolovoza 1990. do 30. lipnja 1996.» i «postupci za naknadu štete nastale u bivšoj SFRJ, koji se vode protiv Republike Hrvatske kao pravne sljednice bivše SFRJ». I za te dvije skupine postupaka određeno je da će se nastaviti nakon donošenja posebnih propisa kojima će se urediti navedeni slučajevi odgovornosti za štetu. Važno je pripomenuti da je odredbom čl. 2. ZD ZOO/99. obvezana Vlada Republike Hrvatske da posebne zakone kojima će se urediti sva tri slučaja odgovornosti za štetu podnese Hrvatskom saboru radi donošenja najkasnije u roku od šest mjeseci od dana stupanja na snagu toga Zakona.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Zakon o izmjeni Zakona o obveznim odnosima («Narodne novine», br. 7/96. od 26. siječnja 1996.). Zakon je donesen na sjednici Zastupničkog doma održanoj 17. siječnja 1996., a stupio je na snagu 3. veljače 1996.

<sup>11</sup> Zakon o obveznim odnosima («Narodne novine», br. 53/91., 73/91. i 3/94.).

<sup>12</sup> O prekidu postupka (vrstama, pravnim posljedicama, nastavku prekinutog postupka i sl.) u hrvatskom parničnom postupku vidi: Triva, Siniša, Belajec, Velimir i Dika, Mihajlo. Građansko parnično procesno pravo. Šesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb: Narodne novine, 1986., str. 461-465.

<sup>13</sup> Zakon o dopunama Zakona o obveznim odnosima («Narodne novine», br. 112/99. od 29. listopada 1999.). Zakon je donesen za sjednici Zastupničkog doma održanoj 22. listopada 1999., a stupio je na snagu 6. studenog 1999.

<sup>14</sup> Taj je rok istekao 6. svibnja 2000., a hrvatska je Vlada zakonske prijedloge podnijela Hrvatskom saboru 18. lipnja 2003.

Treća intervencija hrvatskog zakonodavca u sudske postupke u kojima je Republika Hrvatska tužena radi naknade štete uslijedila je 2003. godine. Naime, Hrvatski sabor je na sjednici održanoj 14. srpnja 2003. donio tri zakona kojima se uređuje odgovornost za određene slučajeve naknade štete. Tako su doneseni Zakon o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija, Zakon o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu uzrokovanu od pripadnika hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga tijekom Domovinskog rata i Zakon o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu nastalu u bivšoj SFRJ za koju je odgovarala bivša SFRJ.<sup>15</sup> Navedenim se zakonima relativno iscrpno uređuje odgovornost Republike Hrvatske za određene štete. Zbog iscrpnosti i složenosti ove regulative nismo u mogućnosti ovdje prikazati i analizirati njene materijalnopravne odredbe, iako će ta regulativa (uključivo i očekivana praksa njezine primjene), po shvaćanjima Europskog suda, na koja ćemo kasnije upozoriti, biti relevantna za ocjenu postojanja povrede temeljnih ljudskih prava zajamčenih Konvencijom. Naime, u ovom radu težište je naših razmatranja na postupovnim intervencijama zakonodavca u postupke u tijeku. Stoga, za nas je ovdje važna samo postupovna odredba koja je, u sličnom tekstu, sadržana u sva tri navedena zakona, a prema kojoj se prethodno prekinuti sudski postupci moraju nastaviti nakon stupanja na snagu tih zakona. Mislimo da se u ovom radu možemo ograničiti na postupovne aspekte stoga što su i u do sada presuđenim predmetima (pred Europskim i Ustavnim sudom) u svezi s intervencijom hrvatskog zakonodavca u sudske postupke u tijeku relevantni bili samo procesni aspekti navedenih zakona (prekid i nastavak prekinutih postupaka), a ne i njihov materijalnopravni aspekt (promijenjene pretpostavke i opseg odgovornosti Republike Hrvatske za naprijed navedene vrste šteta). Utjecaj ovih promjena na ostvarivanje različitih sastavnica temeljnog ljudskog prava na pravično suđenje, a možda i na povredu nekih drugih prava zajamčenih Konvencijom, vjerojatno će se tek ubuduće ispitivati pred Ustavnim i Europskim sudom, nakon što redovni sudovi odluče o tužbama za naknadu štete podnesenim protiv Republike Hrvatske.

### ***3. Praksa Europskog suda za ljudska prava u svezi sa zakonskom intervencijom u sudske postupke***

#### ***3.1. Praksa u predmetima koji se ne odnose na Hrvatsku***

Pitanjem utjecaja zakonske intervencije u sudske postupke u tijeku na ostvarenje prava zajamčenih člankom 6. stavkom 1. Europske konvencije,

---

<sup>15</sup> Zakon o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija, Zakon o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu uzrokovanu od pripadnika hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga tijekom Domovinskog rata i Zakon o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu nastalu u bivšoj SFRJ za koju je odgovarala bivša SFRJ («Narodne novine», br. 117/03. od 23. srpnja 2003.). Navedeni zakoni stupili su na snagu 31. srpnja 2003.



Europski sud se bavio, koliko je nama poznato, u nekoliko posebno značajnih presuda. To su presude u slučajevima: *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis protiv Grčke*, *The National & Provincial Building Society, The Leeds Premanent Building Society and The Yorkshire Building Society protiv Velike Britanije i Immobiliare Saffi protiv Italije*.<sup>16</sup> U grčkom predmetu taj Sud je utvrdio povredu prava na pravično suđenje zajamčenog čl. 6. st. 1. Konvencije, ali i povredu prava vlasništva zajamčenu čl. 1. Protokola 1., dok je dijelom i zbog vremenske nenadležnosti (nadležnost *ratione temporis*) odbijen zahtjev za utvrđivanje prava na suđenje u razumnom roku. Povrede istih odredbi Konvencije i Protokola utvrđene su i u talijanskom predmetu u kojem je u svezi s povredom odredbe čl. 6. st. 1. Konvencije utvrđeno da se radi o povredi prava na pristup sudu. Određujući odnos između različitih sastavnica prava na pravično suđenje (pravo na sud, pravo na pristup sudu i pravo na suđenje u razumnom roku) Europski sud je zauzeo stav da je pravo na pristup sudu dio prava na sud, a da ispitivanje povrede prava na pristup sudu ima prednost u odnosu na pravo na suđenje u razumnom roku. Stoga, nakon što je utvrdio postojanje povrede prava na pristup sudu, nije se više upuštao u ispitivanje povrede prava na suđenje u razumnom roku. Za razliku od toga, u britanskom predmetu Sud nije utvrdio postojanje istaknutih povreda Konvencije i Protokola. Ukratko ćemo izložiti najvažnije razloge kojima se Europski sud rukovodio pri donošenju ovih odluka. Oni su važni, po našem mišljenju, za prosudbu dopuštenosti zakonske intervencije u postupke u tijeku ne samo u odnosu na hrvatske predmete koji se vode pred Europskim sudom, nego i u odnosu na postupke koji se vode pred Ustavnim sudom.

### 3.1.1. *Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis protiv Grčke*

U ovom predmetu podnositelji zahtjeva (trgovačko društvo *Stran Greek Rafineries* i njegov jedini dioničar *Stratis Andreadis*) smatrali su da im je zakonskom intervencijom u postupak koji je u tijeku povrijeđeno pravo na suđenje u razumnom roku zajamčeno čl. 6. st. 1. Konvencije i pravo vlasništva zajamčeno čl. 1. Protokola 1.<sup>17</sup> Naime, podnositelji su 1978. godine pokrenuli protiv Grčke sudski postupak radi naknade štete zbog neispunjenja ugovornih obveza u svezi s izgradnjom rafinerije (temeljem ugovora sklopljenog 1972. s grčkom vojnom vladom). Nakon višegodišnjih sudskih i arbitražnih sporova arbitražni se sud 1984. proglasio nadležnim te presudio da država podnositeljima treba naknaditi sedamdeset posto pretrpljene štete. Navedenu presudu država je pobijala pred nadležnim državnim sudom tražeći poništenje zbog nenadležnosti arbitražnog suda i zastare potraživanja. Prvostupanjski i drugostupanjski sud odbili su

<sup>16</sup> Sve navedene presude raspoložive su na naprijed spomenutim internetskim stranicama Europskog suda: <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>.

<sup>17</sup> Vidi presudu br. 13427/87 od 19. prosinca 1994. <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>.

zahtjeve države, a postupak pred Kasacijskim sudom odgođen je zbog donošenja zakona koji se odnosio na taj spor. Taj je zakon donesen 1987. godine te je, među ostalim, sadržavao tumačenje da se raskidom ugovora raskida i u njemu sadržana arbitražna klauzula. Ujedno su tim zakonom poništene i proglašene neovršivim sve prethodno donesene arbitražne presude u takvoj vrsti sporova. Kasacijski sud je na plenarnom zasjedanju ocijenio da takva intervencija zakonodavca nije protuustavna.

Usvajajući zahtjev podnositelja u svezi s povredom prava na pravično suđenje Europski sud je naročito vodio računa o činjenici da je upravo država pokrenula arbitražni postupak i tvrdila da je za spor o naknadi štete prouzročene neizvršenjem ugovora nadležan arbitražni sud. Pored toga, Sud je upozorio na potrebu poštivanja načela «jednakosti oružja» (*equality of arms*). Prema tom načelu među strankama u sporovima privatnog prava (*disputes concerning civil rights*) mora postojati poštena ravnoteža (*fair balance*). «U sporovima koji se odnose na suprotstavljene privatne interese ta jednakost pretpostavlja da svaka strana ima razumnu mogućnost iznošenja svojeg slučaja - pod uvjetima koji je ne stavljaju u bitno nepovoljniji položaj od protivnika» (točka 46. presude).

Europski sud je vodio računa i o vremenu i načinu donošenja spornog čl. 12. Zakona br. 1701/1987. Naime, država je tražila odgodu rasprave pred Kasacijskim sudom očekujući da će biti donesen zakon koji će se odnositi na pitanje o kojem je taj sud trebao odlučiti. Pored toga, odredba članka 12. navedenog zakona odnosila se isključivo na trgovačko društvo koje je podnijelo zahtjev, iako ono nije poimenično u toj odredbi spomenuto. Iz svega toga Europski sud je zaključio «da je zakonodavac u ovom slučaju intervenirao u tijek sudskog postupka u kojem je država bila jednom od stranaka» (točka 47. presude *in fine*). Europski sud je izrazio shvaćanje da «načelo vladavine prava i pojam poštenog suđenja, zajamčeno člankom 6. (čl. 6), priječi bilo kakvo miješanje zakonodavca u sudski postupak (*administration of justice*) koje ima za cilj utjecati na sudsku odluku o sporu» (točka 49. presude). Stoga je, zaključno, Sud utvrdio da je «država povrijedila podnositeljevo pravo iz članka 6. stavka 1. (čl. 6. st. 1) time što je intervenirala u spor u kojem je bila stranka, na način koji osigurava za nju povoljan ishod toga spora» (točka 50. presude).

U svezi sa zahtjevom podnositelja koji se odnosio na suđenje u razumnom roku odlučujuće je bilo to što je Grčka tek 20. studenog 1985. priznala svojim državljanima pravo na podnošenje zahtjeva Europskom sudu, da je postupak pred prvostupanjskim i drugostupanjskim sudom trajao 18 mjeseci (od kojih se šest odnosi na razdoblje prije priznavanja prava na podnošenje zahtjeva Europskom sudu), te da je postupak pred Kasacijskim sudom trajao nešto više od tri godine (tijekom kojeg razdoblja je predmet morao biti iznesen pred plenarno zasjedanje radi ocjene ustavnosti). Stoga je Europski sud zaključio da podnositeljima nije povrijeđeno pravo na suđenje u razumnom roku (točke 55. i 56. presude).

U svezi s povredom prava vlasništva Sud je zaključio da je navedenom zakonskom intervencijom ovo pravo povrijeđeno. «Deklarirajući ništavom arbitražnu klauzulu i poništavajući arbitražnu presudu od 27. veljače 1984., zakonodavac je na štetu podnositelja poremetio ravnotežu koja mora postojati

između zaštite prava vlasništva i potrebe zaštite javnog interesa» (točka 74. presude).

### **3.1.2. *The National & Provincial Building Society, The Leeds Premanent Building Society and The Yorkshire Building Society protiv Velike Britanije***

U tom predmetu sporno je bilo, među ostalim, je li zakonskom intervencijom kojom su s retroaktivnim učinkom otklonjeni neki nedostaci porezne regulative, povrijeđeno pravo na pristup sudu.<sup>18</sup> Naime, zbog određenih tehničkih nedostataka u propisima o oporezivanju jedna je britanska stambena zadruga (Woolwich Equitable Building Society) uspjela presudom najviše sudske instance (House of Lords) ostvariti pravo na povrat plaćenog poreza za određeno razdoblje prelaska na novi sustav oporezivanja. Nakon takvog uspjeha tri su druge stambene zadruge (podnositeljice zahtjeva Europskom sudu) pokrenule sudske postupke u namjeri da i one ostvare povrat plaćenog poreza. Međutim, britanski je zakonodavac intervenirao i u tome ih zakonskom intervencijom onemogućio. Smatrajući da im je takvom zakonskom intervencijom u sudske postupke u tijeku povrijeđeno pravo na pristup sudu, zajamčeno člankom 6. stavkom 1. Konvencije, navedene su stambene zadruge pokrenule postupak pred Europskim sudom. Spor je imao veliko značenje za stabilnost britanskog poreznog sustava jer je tim zahtjevima dovedena u pitanje legalnost prikupljanja poreznih prihoda u iznosu od oko 15 milijardi britanskih funti.

U svezi s pitanjem povrede prava na pristup sudu intervencijom zakonodavca Europski sud je u točki 112. presude izrazio stajalište da je on «posebno svjestan opasnosti svojstvene zakonima s povratnim djelovanjem (*retrospective legislation*) kojima se utječe na sudske odluke u postupcima u kojima je država jedna od stranaka spora, a intervencija onemogućava drugoj strani uspjeh u sporu. Poštivanje vladavine prava i pojam poštenog suđenja traže da se opravdanja takvih mjera ispituju s najvećom mogućom mjerom opreza (vidi presudu *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis protiv Grčke*, str. 82. točka 49.)». Međutim, navodi dalje Europski sud, «Članak 6. stavak 1. ne može se tumačiti tako da sprečava bilo kakvo miješanje (*interference*) državnih vlasti u postupke koji su u tijeku, a u kojima su one jedna od stranaka. Pri tome treba napomenuti da je miješanje provedeno donošenjem članka 64. Zakona iz 1992. godine manje grubo (drastično) nego u naprijed prikazanom slučaju *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis protiv Grčke*. Naime, u grčkom su slučaju podnositelj zahtjeva i tužena država prethodno već devet godina vodili parnicu, a podnositelj zahtjeva je u svoju korist već ishodio ovršivu presudu protiv države. U ovom slučaju sudski postupak pokrenut od strane društava - podnositeljica zahtjeva - nije došao ni do faze rasprave (*inter partes hearing*). Nadalje, pri

<sup>18</sup> Vidi presudu br. 117/1996/736/933-935 od 23. listopada 1997. <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>.

donošenju članka 64. Zakona iz 1992. s povratnim djelovanjem, vlasti su imale još snažniji javni interes za onemogućavanje uspjeha u postupku sudske kontrole i s time povezanog postupka u kojem je traženo vraćanje plaćenih iznosa, nego što je to bio slučaj s člankom 53. Zakona iz 1991. Naime, osporavanje financijskih uredbi (*Treasury Orders*) dovelo je u pitanje značajni iznos poreznih prihoda prikupljenih nakon 1986. (vidi naprijed točku 42.)). Također, u ovom se predmetu mora voditi računa, smatra Europski sud, «i o činjenici da su podnositeljice tijekom svojih nastojanja da onemoguće ostvarenje namjere Parlamenta bile svjesne mogućnosti da će, jednako tako, Parlament nastojati onemogućiti njihova nastojanja, naročito imajući u vidu odlučan stav Parlamenta izražen tijekom donošenja članka 47. Financijskog zakona iz 1986. i članka 53. Zakona iz 1991. One su se sukobile s vlastima o poreznim pitanjima, a to je područje u kojem pribjegavanje zakonima s povratnim učincima nije ograničeno samo na Veliku Britaniju, te su morale paziti da se nastojanja da se osigura pravno utemeljenje za Uredbu iz 1986. godine neće lako napustiti». «Iz tih razloga Sud je zaključio da društva - podnositeljice zahtjeva ne mogu opravdano prigovarati da im je uskraćeno pravo na pristup sudu, a radi odlučivanja o njihovim pravima. Stoga ne postoji povreda članka 6. stavka 1. Konvencije» (točka 113. navedene presude).

### 3.1.3. *Immobiliare Saffi protiv Italije*

U predmetu *Immobiliare Saffi protiv Italije* sporna je bila zakonska intervencija kojom je ovlašten prefekt da nakon savjetovanja s posebnim komitetom (*prefectoral committee*) odredi redosljed sudjelovanja policije u prisilnoj ovrši sudskih naredbi za predaju u posjed iznajmljenih stanova.<sup>19</sup> Zbog velikog broja predmeta s priznatim prvenstvom u ovrši, predmeti koji nisu bili takve naravi, među koje je spadao i predmet podnositelja zahtjeva, stvarno nisu mogli biti ovršeni. Pri tome je sporna zakonska intervencija bila samo jedna u nizu višegodišnjih zakonskih intervencija kojima su produžavani ugovori o najmu stanova te odgađana ovrha ili utvrđivan redosljed prisilnog iseljenja najmoprimaca.

I u tom predmetu podnositelj zahtjeva se izvorno pozivao na povredu čl. 6. Konvencije zbog dugog trajanja postupka ovrhe sudskog naloga za predaju u posjed stana (povredu prava na suđenje u razumnom roku u ovršnom sudskom postupku).<sup>20</sup> Međutim, Europski sud je ocijenio da se taj slučaj «prvo mora ispitati u svezi s općenitijim pravom na sud» (točka 61. presude).

U svezi s tvrdnjama talijanske Vlade da je postupak određivanja rasporeda sudjelovanja policije u prisilnom iseljenju najmoprimca, upravni postupak koji

<sup>19</sup> Vidi presudu br. 22774/93, od 22. srpnja 1999. <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>.

<sup>20</sup> Posebno skrećemo pozornost na to stoga što se i u predmetima pred Ustavnim sudom podnositelji ustavnih tužbi pozivaju na povredu prava na suđenje u razumnom roku.

ne spada pod odredbe čl. 6. Konvencije, Europski sud je zauzeo stav da je neizvršenjem naloga za iseljenje došlo *de facto* do produženja ugovora o najmu te da i dalje postoji spor o «ograničenju prava vlasništva» društva - podnositelja zahtjeva, a spor se može podvesti pod odredbe čl. 6. Konvencije.

Sud je i u tom predmetu podsjetio na svoj stav u svezi s pravom na sud, izražen u predmetu *Hornsby protiv Grčke* (presuda od 19. ožujka 1997., *Reports of Judgements and Decisions 1997-II*, str. 510, točka 40.). Prema tom stavu «pravo na sud bi bilo prividno ako bi domaći pravni sustav zemlje ugovornice dopuštao da konačna i obvezujuća sudska odluka ostane neostvarena na štetu jedne od stranaka spora. Nezamislivo je da članak 6. stavak 1. detaljno opisuje procesna jamstva stranaka - pravo na postupak koji je pošten, javan i brz - a da ne štiti primjenu sudske odluke; tumačenje da se članak 6. odnosi isključivo na pristup sudu i postupak moglo bi dovesti do stanja koje je nespojivo s načelom vladavine prava, obvezu poštivanja kojeg su zemlje ugovornice preuzele ratifikacijom Konvencije. Izvršenje (ovrha) sudske presude mora se stoga smatrati sastavnim dijelom 'spora' za svrhe članka 6.» (točka 63. presude).<sup>21</sup>

Europski sud je u svezi s povredom prava na sud zaključio da «zbog činjenice da je sistem određivanja policijske pomoći pri ovrsi produžavan, svakih šest mjeseci, tijekom gotovo devet godina (vidi naprijed točke 28.-34.) daje utisak da su se talijanske vlasti isključivo oslanjale na taj sistem umjesto da potraže druga rješenja očuvanja javnog poretka u svezi s problemima u području stanovanja» (točka 73. presude).

Zaključno, Europski sud je izrazio stav da «iako je prihvatljivo da Države ugovornice mogu u izuzetnim slučajevima, kao što je i ovaj, koristeći svoje pravo procjene (*margin of appreciation*) urediti (ograničiti) ostvarivanje prava vlasništva, umiješati se (intervenirati) u postupak prisilnog izvršenja (ovrhe) sudske odluke, posljedica takvog miješanja ne smije biti sprečavanje, poništenje, nerazmjerno dugo odgađanje ili podriivanje (dovođenje u pitanje) same biti sudske odluke».

U predmetnom slučaju «sporna legislativa je poništila odluku livornskog suda (*Livorno magistrate's ruling*) od 21. studenog 1983. Nadalje, nakon što je prefekt postao nadležan za određivanje redoslijeda ovrhe, a imajući u vidu činjenicu da nije postojala učinkovita sudska kontrola takvih njegovih odluka, društvu - podnositelju zahtjeva je uskraćeno pravo iz članka 6. stavka 1. Konvencije da o njegovom sporu u svezi s najmom stana odluči sud. Takvo stanje je nespojivo s načelom vladavine prava». Stoga je utvrdio povredu članka 6. stavka 1. Konvencije (točka 74. presude).

U svezi s prigovorom o duljini postupka Sud je zauzeo stav «da se on mora smatrati obuhvaćenim prethodnim prigovorom» u svezi s pravom na sud (čl. 75. presude).

<sup>21</sup> Stavovi Europskog suda u ovom predmetu važni su za hrvatsku sudsku i ustavnosudsku praksu koja još nije zauzela stav o pravu na pravično suđenje i njegovim sastavnicama u ovršnim postupcima.

Europski sud je u ovom predmetu pored povrede članka 6. stavka 1. Konvencije utvrdio i postojanje povrede članka 1. Protokola 1. o zaštiti prava vlasništva. U odnosu na trajanje postupka (pravo na suđenje u razumnom roku) ocijenio je da je taj prigovor «obuhvaćen prethodnim prigovorom» (*absorbed by the preceding complaint*). Podnositelju zahtjeva dosuđena je naknada materijalne štete u iznosu od nešto više od 28 milijuna lira te naknađeni troškovi u iznosu od 5 milijuna lira. Trgovačko društvo odbijeno je sa zahtjevom za naknadu nematerijalne štete.

### **3.2. Praksa u predmetima koji se odnose na Hrvatsku**

Pitanje utjecaja zakonske intervencije (zakonom određenog prekida postupaka) na ostvarenje temeljnog ljudskog prava na pravično suđenje, zajamčenog čl. 6. st. 1. Konvencije, razmatrano je pred Europskim sudom i u nekoliko hrvatskih predmeta. Radi se o presuđenim predmetima Kutić, Multiplex, Kastelic i Aćimović. Predmeti Kutić i Kastelic odnose se na naknade štete zbog terorističkih akata, a predmeti Multiplex i Aćimović na naknadu štete počinjenu od strane pripadnika hrvatske vojske i policije tijekom Domovinskog rata. U svim ovim presudama Europski sud je utvrdio povredu prava na pristup sudu, a koje je pravo sastavni dio prava na sud zajamčenog čl. 6. st. 1. Konvencije. U predmetima u kojima je traženo i da se utvrdi postojanje povrede prava na suđenje u razumnom roku, Europski sud se nije upustio u ispitivanje toga zahtjeva jer je ocijenio da je ono obuhvaćeno utvrđenom povredom prava na pristup sudu. Nakon donošenja spomenutih presuda Hrvatska je s većim brojem podnositelja zahtjeva sklopila nagodbe o mirnom okončanju pokrenutih postupaka.<sup>22</sup> Tim se nagodbama država obvezala na isplatu određenog novčanog iznosa *ex gratia*, a podnositelji na povlačenje zahtjeva.

#### **3.2.1. Kutić protiv Hrvatske**

U predmetu Kutić podnositelji (dvoje hrvatskih državljana) su smatrali da im je povrijeđeno pravo na pristup sudu i pravo na sudsko odlučivanje u razumnom roku.<sup>23</sup> Naime, njima je 1991. eksplozijom razorena kuća, a 1994. garaža, spremište i sušionica mesa. Pozivom na odredbe članka 180. ZOO-a oni su nadležnom sudu podnijeli tužbe 29. studenog 1994., odnosno 14. prosinca

<sup>22</sup> Tako su u svezi s naknadama štete uzrokovanih terorističkim aktima nagodbe sklopljene u predmetima Jorgić, Kresović i Bašić. U svezi sa štetom uzrokovanom od pripadnika hrvatskih vojnih i redarstvenih snaga tijekom Domovinskog rata nagodba je sklopljena npr. u predmetu Kovačević. Presude Europskog suda donesene u svezi s tim nagodbama raspoložive su na <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>.

<sup>23</sup> Presudu br. 48778/99 od 1. ožujka 2002. <http://www.vlada.hr/>.

1994. U oba predmeta postupak je prekinut temeljem odredbi članka 2. ZI ZOO/96. Europski sud je u svojoj presudi prvo objasnio sadržaj «prava na sud» i «prava na pristup sudu» pozivajući se na relevantnu praksu iz predmeta Golder protiv Velike Britanije, Hornsby protiv Grčke, Ashingdane protiv Velike Britanije, Airey protiv Irske. Nakon toga je u točki 26. presude izrazio stav da su «člankom 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima, podnositelji zahtjeva spriječeni u ostvarivanju prava da o njihovoj građanskoj tužbi za naknadu štete odluku donese građanski sud utoliko što se njime određuje prekid svih postupaka povodom zahtjeva za naknadu štete nastale uslijed terorističkih akata do donošenja novih odredbi kojima bi se uređivalo to pitanje. Dakle, podnositeljima zahtjeva je onemogućeno rješavanje njihovih tužbi na temelju zakona...». Odlučujući o zahtjevu podnositelja Sud je ponovio svoj stav iz predmeta Immobiliare Saffi protiv Italije u kojem je utvrdio povredu prava na pristup sudu iz čl. 6. st. 1. Konvencije, stoga što je ovrha konačne presude prekinuta, tijekom razdoblja od šest godina, uslijed zakonske intervencije.

S obzirom na vrijeme proteklo od donošenja ZI ZOO/96. (17. siječnja 1996.) pa do odlučivanja o podnesenom zahtjevu (1. ožujka 2002.), Europski sud nije mogao prihvatiti tvrdnju Vlade «da je nemogućnost podnositelja zahtjeva da se odluči o njihovim zahtjevima tek privremena - u očekivanju donošenja novih propisa u vezi s njihovom situacijom».

Za rješavanje ukupnih odnosa u svezi s naknadom štete nastale terorističkim aktima tijekom Domovinskog rata važan je stav Europskog suda da država uživa određenu slobodu zakonske intervencije u tom području. Naime, taj je Sud prihvatio stajalište «da situacija u kojoj je protiv države podnesen značajan broj tužbi u kojima se zahtijeva isplata velikih novčanih iznosa može nalagati donošenje određenih dodatnih propisa od strane države te da u tom smislu države uživaju određeno pravo procjene. Međutim, mjere koje se poduzimaju moraju biti u skladu s čl. 6. st. 1. Konvencije» (točka 31. presude).

Presuda u predmetu Kutíć donesena je 1. ožujka 2002., dakle prije donošenja spomenutog Zakona o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija (donesen je 14. srpnja 2003.), pa je Europski sud utvrdio da u «predmetnom slučaju, prekid postupaka traje već više od šest godina, od čega je više od četiri godine proteklo otkako je Konvencija stupila na snagu u odnosu na Hrvatsku, pri čemu u međuvremenu nije donesen nikakav novi propis kojim bi se podnositeljima zahtjeva omogućilo rješavanje njihovih građanskih tužbi.»

U tim okolnostima, Europski sud nije mogao prihvatiti stav da je «stupanj pristupa predviđen odredbama domaćih zakona dovoljan da bi se podnositeljima zahtjeva osiguralo "pravo na sud". Sud stoga nalazi da dugo razdoblje tijekom kojega je podnositeljima zahtjeva slijedom zakonodavnih mjera onemogućeno rješavanje njihovih građanskih tužbi u postupku pred domaćim sudovima predstavlja povredu čl. 6. st. 1. Konvencije». Dakle, u predmetnom je slučaju Europski sud utvrdio postojanje povrede «prava na pristup sudu» kao sastavnog dijela «prava na sud» zajamčenog čl. 6. st. 1. Konvencije.

U svezi s navodom podnositelja zahtjeva da je povrijeđeno pravo na suđenje u «razumnom roku», Europski je sud ocijenio da je «Općinski sud u Zagrebu

bio spriječen u daljnjem rješavanju predmeta podnositelja zahtjeva na temelju zakona iz 1996. godine...». «Iz toga slijedi da sve odgode u postupku u razdoblju koje valja uzeti u obzir proizlaze iz Zakona iz 1996.» Izrazio je stav da na pitanje trajanja postupka treba gledati kao da je obuhvaćeno pitanjem pristupa sudu. Stoga je zaključio da «pitanje duljine postupka nije potrebno ispitivati zasebno».

Zbog povrede prava na pristup sudu podnositeljima zahtjeva (dvoje podnositelja uslijed dva prekinuta sudska postupka) dodijeljena je pravična naknada nematerijalne štete u iznosu od 10.000 eura.

### 3.2.2. *Multiplex protiv Hrvatske*

U slučaju **Multiplex** zahtjev je podnijelo trgovačko društvo registrirano u Republici Bosni i Hercegovini.<sup>24</sup> U tom predmetu podnositelj je isticao povredu prava na pristup sudu «zbog donošenja propisa iz 1996. koji određuje prekid svih postupaka koji se tiču tužbi za naknadu štete koju su uzrokovali pripadnici hrvatskih oružanih ili redarstvenih snaga u vojnoj ili redarstvenoj službi tijekom Domovinskog rata u Hrvatskoj od 17. kolovoza 1990. do 30. lipnja 1996.» Podnositelj je smatrao da je time onemogućeno donošenje odluke o njegovom zahtjevu građanske naravi za naknadu štete. Pored toga, podnositelj je prigovorio da je trajanje postupka nadmašilo zahtjev suđenja "u razumnom roku". U tom se predmetu tužba za naknadu štete odnosila na vozilo koje su 13. kolovoza 1992. mobilizirali pripadnici hrvatske Vojne policije. Vozilo je kasnije predano pripadnicima Hrvatskog vijeća obrane. Tužba za naknadu štete podnesena je protiv Republike Hrvatske, i to prvotno Okružnom privrednom sudu u Zagrebu, da bi kasnije bila ustupljena Općinskom sudu u Zagrebu. U razdoblju od 1995. do 1999. Općinski sud u Zagrebu proveo je određene radnje usmjerene na rješavanje nastalog spora. S obzirom da je 1999. donesen ZD ZOO/99, koji je odredio da se prekidaju svi postupci radi naknade štete koju su uzrokovali pripadnici hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga u vojnoj ili redarstvenoj službi u ratu, to je na temelju te odredbe nadležni sud prekinuo postupak. Žalba protiv navedene sudske odluke je odbijena, a revizija odbačena.

Ocjenjujući ostvarenje prava na pristup sudu u tom predmetu, Europski je sud utvrdio da je podnositelj imao mogućnost pokrenuti sudski postupak. Međutim, napomenuo je, taj Sud, pravo na pristup sudu «ne uključuje samo pravo pokrenuti postupak, nego i pravo dobiti "odluku" o sporu od strane suda. Bilo bi iluzorno kad bi domaći pravni sustav države ugovornice pojedincu dozvoljavao podnošenje građanske tužbe pred sudom, a bez osiguranja da će se... u sudskom postupku donijeti konačna odluka. Bilo bi nezamislivo da članak 6. stavak 1. detaljno opiše postupovna jamstva dana parničnim strankama - postupak koji je pošten, javan i brz - bez da jamči strankama da će se u njihovim građanskim sporovima donijeti konačna odluka». Ocjenjujući utjecaj članka 184.a ZD ZOO/99. na pristup sudu Europski sud je zaključio da je on «zapriječio

<sup>24</sup> Presuda br. 58112/00 od 10. srpnja 2003. <http://www.vlada.hr/>.



pravo tvrtke podnositelja zahtjeva da mu o njegovom zahtjevu građanske naravi za naknadu štete odluči građanski sud utoliko ukoliko je naredio da se svi postupci koji se vode protiv Republike Hrvatske radi naknade štete koju su uzrokovali pripadnici hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga u vojnoj ili redarstvenoj službi tijekom Domovinskog rata od 17. kolovoza 1990. do 30. lipnja 1996. godine prekidaju do donošenja novih odredbi koje će urediti to pitanje. Tako je tvrtka - podnositeljica zahtjeva - bila spriječena u ostvarenju svog zahtjeva pravnim putem». Europski sud je ponovio da je u «predmetu Kutić utvrdio povredu prava podnositelja zahtjeva na pristup sudu, na temelju članka 6. stavka 1. Konvencije, jer je mogućnost da sud odluči o njihovom zahtjevu prekinuta kroz duge vremenske razmake kao rezultat intervencije zakonodavca».

Jednako kao i u predmetu Kutić, i u predmetu *Multiplex* presuda Europskog suda donesena je prije donošenja Zakona kojim je 2003. godine uređeno pitanje odgovornosti države za predmetne slučajeve odgovornosti za štetu. Isto tako, jednako kao i u predmetu Kutić, i u toj je presudi Europski sud izrazio stav da u slučaju kada je protiv države podnesen veliki broj tužbi u kojima se traže veliki iznosi novca, država ima određenu slobodu pravnog uređenja tih pitanja. No, naglašava se, «poduzete mjere ipak moraju biti u skladu sa člankom 6. stavkom 1. Konvencije».

S obzirom da je u predmetu *Multiplex* postupak do donošenja presude Europskog suda bio prekinut za više od tri godine i sedam mjeseci, a da u međuvremenu nije donesen nikakav novi zakon koji bi omogućio podnositelju zahtjeva da se odluči o njegovom zahtjevu građanske naravi, Europski sud nije mogao prihvatiti «da je stupanj pristupa koji je osiguran prema nacionalnom zakonodavstvu bio dovoljan da se osigura tvrtki - podnositelju zahtjeva "pravo na sud"». Stoga je Europski sud utvrdio da «dugo razdoblje tijekom kojeg je tvrtki podnositelju zahtjeva bilo onemogućeno da se o njenom zahtjevu građanske naravi odluče domaći sudovi, kao posljedica zakonodavne mjere, predstavlja povredu članka 6. stavka 1. Konvencije». Jednako kao i u slučaju Kutić, Europski sud se nije upuštao u razmatranje pitanja prava na suđenje u razumnom roku jer «utvrdivši povredu prava tvrtke podnositelja zahtjeva na pristup sudu...smatra kako se ne postavlja nikakvo odvojeno pitanje glede duljine postupka, te se treba smatrati da je ono obuhvaćeno prethodnim prigovorom». Radi utvrđene povrede «prava na pristup sudu» Europski sud je podnositelju dodijelio pravičnu naknadu nematerijalne štete u iznosu od 4 000 eura.

### 3.2.3. *Kastelic protiv Hrvatske*

U predmetu *Kastelic* podnositelj zahtjeva, slovenski državljanin, tvrdio je da mu je uskraćeno pravo na pristup sudu, pošteno suđenje i suđenje u razumnom roku.<sup>25</sup> Navedena prava smatrao je povrijeđenim zbog donošenja Zakona iz 1996. kojim je određen prekid svih postupaka koji se tiču tužbi za naknadu štete nastale zbog terorističkih akata, a čime je onemogućeno donošenje odluke o njegovoj

<sup>25</sup> Presuda br. 60533/00 od 10. srpnja 2003. <http://www.vlada.hr/>.

građanskoj tužbi za naknadu štete. Naime, podnositelju su dana 24. travnja 1992. u eksploziji uništeni restoran i kuća. U svezi s tim on je 29. studenoga 1994. podnio Općinskom sudu u Bujama tužbu protiv Republike Hrvatske. Dana 1. lipnja 1995. taj je sud donio presudu kojom je podnositelju zahtjeva dosudio naknadu štete u visini od 1.911.000,24 hrvatskih kuna, zajedno s kamatama i troškovima. Dana 17. siječnja 1996. Hrvatski sabor je donio ZI ZOO/96. kojim je propisano da se, do donošenja novih propisa o tom pitanju, prekidaju svi postupci za naknadu štete nastale uslijed terorističkih akata. Dana 29. veljače 1996. prvostupanjka presuda (donesena 1. lipnja 1995.) otpravljen je strankama. Dana 11. ožujka 1996. Republika Hrvatska se žalila protiv prvostupanjke presude zatraživši da sud prekine postupak sukladno naprijed navedenim izmjenama zakona. Dana 14. listopada 1996. Županijski sud u Puli ukinuo je prvostupanjku presudu i predmet vratio na ponovni postupak. Utvrdio je kako prvostupanjki sud nije primjereno utvrdio je li imovina podnositelja zahtjeva uništena uslijed akta koji bi se mogao smatrati terorističkim aktom. Dana 9. veljače 1998. Općinski sud u Bujama odredio je, u skladu sa ZI ZOO/96., prekid postupka. Dana 3. ožujka 1998. podnositelj zahtjeva žalio se protiv te odluke. Tvrdio je kako je u njegovom predmetu Zakon iz 1996. primijenjen retroaktivno. Dana 4. svibnja 1998. Županijski sud u Puli potvrdio je prvostupanjku odluku. Jednako kao i u prethodna dva slučaja, do dana donošenja presude Europskog suda nisu bili doneseni novi propisi o odgovornosti države za štetu uzrokovanu terorističkim aktima.

Važno je napomenuti da je prije pokretanja postupka pred Europskim sudom o tom predmetu odlučivao i Ustavni sud. Naime, u tom je predmetu dana 20. lipnja 1998. podnositelj zahtjeva podnio ustavnu tužbu osporavajući ustavnost odluka nižih sudova o prekidu postupka. Od Ustavnog suda zatražio je i da pokrene postupak za ocjenu ustavnosti ZI ZOO/96. Dana 17. siječnja 2000. Ustavni sud je proglasio ustavnu tužbu podnositelja zahtjeva nedopuštenom.<sup>26</sup> Prema navodima iz presude Europskog suda Ustavni sud je utvrdio da je podnositelj zahtjeva ustavnu tužbu podnio protiv odluke (rješenja - napomena Ž. P.) Županijskoga suda od 4. svibnja 1998. kojom je potvrđena odluka (rješenje - napomena Ž. P.) Općinskog suda u Bujama o prekidu postupka. Međutim, prema tada važećem Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu, podnositelj zahtjeva

---

<sup>26</sup> Rješenje Ustavnog suda br. U-III-554/1998 od 17. siječnja 2000. Navedeno rješenje Ustavni sud je donio prije izmjena Ustava iz 2000. godine («Narodne novine», br. 113/00.) i izmjena Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske iz 2002. godine («Narodne novine», br. 29/02.), a kojima je u ustavnom poretku Republike Hrvatske uređeno pitanje prava na suđenje u razumnom roku. Polazeći od tada važećeg ustavnopravnog uređenja Ustavni sud je u tom predmetu izrazio stav da «osporeno rješenje ne predstavlja odluku sudbene vlasti u smislu odredbe članka 59. stavak 1. Ustavnog zakona povodom koje je dopušteno podnijeti ustavnu tužbu radi povrede ustavnog prava. Naime, u konkretnom slučaju radi se o rješenju kojim se unutar parničnog postupka upravlja tim postupkom, a ne o odluci kojom se pravomoćno okončava parnični postupak».

ustavnu tužbu je mogao podnijeti samo protiv pravomoćne odluke. Ustavni sud je stoga utvrdio kako pobijana odluka nije pravomoćna jer predstavlja samo postupovnu odluku i jer je postupak još u tijeku. Prema tvrdnji Europskog suda, Ustavni sud Republike Hrvatske nije ni na koji način odgovorio na zahtjev podnositelja zahtjeva za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti osporavanih zakona.<sup>27</sup>

Zbog iste činjenične i pravne osnove kao i u slučaju Kutić Europski sud se nije ponovno upustio u šire razmatranje ovog predmeta, već je samo podsjetio da je u istim okolnostima u predmetu Kutić «utvrdio povredu prava podnositelja zahtjeva na pristup sudu. Sud primjećuje da hrvatske vlasti još nisu donijele nikakav propis o tom pitanju, pa prema tome ne vidi razloga odstupiti od svog zaključka donesenog u predmetu Kutić. Slijedom toga, Sud nalazi kako je u odnosu na pravo podnositelja zahtjeva na pristup sudu došlo do povrede članka 6. stavka 1». Zbog povrede navedenog prava podnositelju je dosuđena naknada nematerijalne štete u iznosu od 4.000 eura.

Jednako kao i u slučaju Kutić i Multiplex, Europski sud nije odvojeno ispitivao postojanje povrede prava na odlučivanje u razumnom roku.

#### 3.2.4. *Aćimović protiv Hrvatske*

U predmetu **Aćimović** podnositelj zahtjeva je tvrdio da mu je povrijeđeno «pravo na pristup sudu», jer je postupak povodom njegove tužbe prekinut zbog izmjene zakona.<sup>28</sup> Podnositelj je 20. ožujka 1996. pokrenuo pred Općinskim sudom u Zagrebu građanski postupak protiv Republike Hrvatske za naknadu štete. Naime, «od 1. kolovoza 1992. do 31. kolovoza 1995. Hrvatska je vojska koristila kuću podnositelja zahtjeva u Gospiću (Hrvatska) za svoje vojne potrebe. Nakon što su pripadnici vojske otišli, podnositelj zahtjeva zatekao je kuću uništenu, a stvari su mu bile odnesene». Nakon što je 6. studenog 1999. stupio na snagu ZD ZOO/99. koji je odredio prekid svih postupaka koji se vode radi naknade štete koju su uzrokovali pripadnici hrvatskih vojnih i redarstvenih snaga, Općinski sud je 28. studenog 1999. prekinuo postupak. U razdoblju od pokretanja do prekida postupka odlučivalo se samo o oslobođenju tužitelja od plaćanja sudskih pristojbi.

U Presudi Europskog suda navodi se i da je 24. kolovoza 2000. podnositelj zahtjeva podnio Ustavnom sudu prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu ZD ZOO/99., ali da do dana donošenja presude u tom predmetu Ustavni sud nije

<sup>27</sup> Odluku o tom i drugim prijedlozima za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti ZI ZOO/96. Ustavni sud je donio 17. prosinca 2003. kada je obustavio postupke u svezi s podnesenim prijedlozima jer je donesen Zakon o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija («Narodne novine», br. 117/03.). Vidi Odluku Ustavnog suda broj: U-I-73/1996; U-I-1343/1997, (...), U-I-20/2002 od 17. prosinca 2003.

<sup>28</sup> Presuda br. 61237/00 od 9. listopada 2003. <http://www.vlada.hr/>.

odlučio o prijedlogu podnositelja.<sup>29</sup> Pored toga, navodi se dalje, podnositelj je Ustavnom sudu podnio i ustavnu tužbu zbog nedonošenja sudske odluke u razumnom roku. Dana 18. prosinca 2000. «Ustavni je sud odbacio ovu drugu tužbu utvrđujući kako pravo podnositelja zahtjeva da se o njegovom građanskom zahtjevu odluči u razumnom roku nije povrijeđeno, jer zbog izmjena propisa sudovi nisu mogli postupati u njegovom predmetu».<sup>30</sup>

S obzirom da je 14. srpnja 2003. Hrvatski sabor donio zakon koji uređuje odgovornost za štetu koju su uzrokovali pripadnici hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga u vojnoj i redarstvenoj službi tijekom Domovinskog rata, Europski sud je u predmetu Aćimović, za razliku od naprijed navedenih slučajeva Kutić, Multiplex i Kastelic, odlučivao o povredi prava na pristup sudu u izmijenjenim pravnim okolnostima. Očitujući se na činjenicu donošenja novog propisa podnositelj zahtjeva izrazio je stav da su «njegovi izgledi za dobivanje spora prema novom propisu vrlo slabi».

U svezi s «pravom na pristup sudu» Europski sud je u presudi u ovom predmetu izrazio stav o relativnosti toga prava te se nešto određenije očitovao o dopuštenim ograničenjima toga prava od strane država ugovornica. Tako je u točki 29. presude Europski sud izrazio stajalište da «to pravo nije apsolutno, već može podlijevati ograničenjima. Podrazumijeva se kako su ona dopuštena jer pravo na pristup po samoj svojoj naravi zahtjeva uređenje od strane države. U tom pogledu države ugovornice uživaju određenu slobodu procjene, iako konačnu odluku o poštivanju zahtjeva iz Konvencije donosi Sud. Sud se mora uvjeriti da primijenjena ograničenja ne ograničavaju niti smanjuju pristup koji je pojedincu ostavljen na takav način ili u tolikoj mjeri da bi bila narušena sama bit prava. Nadalje, ograničenje neće biti u skladu s člankom 6. stavkom 1. ako nema legitimni cilj i ako ne postoji razumni odnos razmjernosti između

<sup>29</sup> Odluku o prijedlozima za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti ZD ZOO/99. Ustavni sud je također donio 17. prosinca 2003. kada je obustavio postupke u svezi s podnesenim prijedlozima jer je u međuvremenu na snagu stupio Zakon o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu uzrokovanu od pripadnika hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga tijekom domovinskog rata («Narodne novine», br. 117/03.), koji je omogućio nastavak prekinutih postupaka. Vidi Odluku Ustavnog suda broj: U-I-927/1999, U-I-36/2000, (...), U-I-2003/2002 od 17. prosinca 2003. Među podnositeljima prijedloga za ocjenu ustavnosti toga Zakona nije naveden podnositelj zahtjeva Europskom sudu g. Ljubomir Aćimović.

<sup>30</sup> U hrvatskom prijevodu presude u slučaju Aćimović pogrešno se navodi da je Ustavni sud podnesenu ustavnu tužbu odbacio. Međutim, odlukom u predmetu U-III-1206/2000, od 18. prosinca 2000. Ustavni sud je ustavnu tužbu odbio. U toj odluci Ustavni sud je izrazio stav da se «zastoj u postupanju nadležnog suda temelji na važećem zakonu tj. na aktu donesenom na temelju važećeg zakona». «Nastavak postupka i donošenje meritorne odluke, međutim, onemogućeno je, za sada, odredbama spomenutog članka 184.a Zakona o dopunama Zakona o obveznim odnosima». S obzirom da je podnositelj ukazivao na povredu ustavnog prava na žalbu, Ustavni sud je zaključio da «eventualna greška ili propust u dostavi odgovarajućeg rješenja nema značenje uskrate prava na žalbu jer tijekom roka za žalbu počinje od trenutka kada to rješenje bude, na način propisan zakonom, dostavljeno podnositelju ustavne tužbe odnosno njegovom punomoćniku u predmetnom parničnom postupku».

upotrijebljenih sredstava i cilja koji se nastoji ostvariti». Pri tome se pozvao na svoju praksu u predmetu *Stubbings i drugi protiv Velike Britanije*.<sup>31</sup>

U točkama 30. do 35. presude u slučaju *Aćimović* Europski sud je ukazao na opasnosti koje se kriju u retroaktivnoj primjeni zakona koji utječu na sudsko rješavanje sporova u kojima je država jedna od stranaka. Iako je ocijenio da se «ne može reći da je novi propis narušio prava podnositelja zahtjeva iz članka 6. stavka 1. na način da bi ga lišio prava na pristup sudu», utvrdio je da su «uvjeti koji se odnose na odgovornost za naknadu štete utvrđeni na način da sudovima ostavljaju široki prostor za tumačenje. Tek treba vidjeti kako će sudovi koji primjenjuju Zakon o odgovornosti tumačiti njegove odredbe. Svakako će se u svakom pojedinom slučaju morati ocijeniti može li se dosuditi naknada štete. U svakom slučaju, nije na Sudu nagađati o ishodu domaćeg postupka u ovom predmetu». Mislimo da je u tome sadržano upozorenje Europskog suda upućeno hrvatskim vlastima da će taj sud, tek na temelju primjene novog zakona, ocijeniti je li on u skladu s pravima zajamčenim Konvencijom.

Međutim, usprkos donošenju novog Zakona koji omogućava nastavak prekinutih postupaka i ovlastima koje države ugovornice imaju u uređenju prava na pristup sudu, a polazeći od stavova i kriterija izraženih u slučajevima *Kutić i Multiplex*, Europski sud je zaključio da i u slučaju *Aćimović* postoji povreda prava na pristup sudu, zajamčenog čl. 6. st. 1. Konvencije. Naime, i u tom slučaju Općinski sud u Zagrebu nije bio u mogućnosti odlučiti o zahtjevu jer je postupak kroz dugo vremensko razdoblje bio prekinut zbog intervencije zakonodavca (točka 36. presude). Taj sud nije mogao nastaviti ispitivati zahtjev podnositelja do donošenja novog propisa (točka 38. presude *in fine*).

Pri donošenju odluke o postojanju povrede prava na pristup sudu Europski sud je posebnu pozornost posvetio činjenici da su si domaće vlasti same nametnule obvezu predmetno pitanje urediti u roku od šest mjeseci, ali se nisu pridržavale samonametnutog roka, te su ga prekoračile za više od tri godine. «Sud smatra kako je podnositelj zahtjeva imao vitalan interes da domaći sudovi odluče o njegovom zahtjevu te da je dulje vremena ostavljen u neizvjesnosti u pogledu ishoda postupka koji je pokrenuo protiv države. Ta se neizvjesnost pojačala nakon što je prošlo šest mjeseci tijekom kojih je trebao biti, a nije bio, donesen novi propis. Kad su domaće vlasti prekoračile samonametnuti rok, postalo je potpuno neizvjesno kad će se i hoće li se uopće ukloniti prepreke koje su sprječavale sud da odluči o podnositeljevom zahtjevu građanske naravi».

Ocjenjujući navedene okolnosti Europski sud nije mogao prihvatiti «da je stupanj pristupa koji je bio osiguran prema nacionalnom zakonodavstvu bio dostatan da se podnositelju zahtjeva osigura "pravo na sud"». Stoga je utvrdio da «dugo razdoblje tijekom kojeg je podnositelju zahtjeva bilo onemogućeno da o njegovom zahtjevu građanske naravi odluče domaći sudovi, kao posljedica

<sup>31</sup> Vidi presudu u predmetu *Stubbings and Others v. the United Kingdom* od 22. listopada 1996., *Reports of Judgements and Decisions 1996-IV*, str. 1502, točka 50.

zakonodavne mjere, predstavlja povredu članka 6. stavka 1. Konvencije». Zbog povrede navedenog prava podnositelju zahtjeva je dosuđena naknada nematerijalne štete u iznosu od 4.000 eura.

#### **4. Praksa Ustavnog suda u svezi sa zakonskom intervencijom u sudske postupke u tijeku**

Pitanje dopuštenosti intervencije hrvatskog zakonodavca u sudske postupke u tijeku javilo se, do sada, pred Ustavnim sudom u dvije vrste predmeta. U prvu skupinu spadaju prijedlozi za ocjenu ustavnosti zakona kojima su 1996. i 1999. godine prekinuti sudski postupci za naknadu određenih šteta u svezi s ratom, a u kojima je tužena bila Republika Hrvatska. O tim prijedlozima Ustavni sud nije meritorno odlučio. Naime, nakon što su 2003. godine doneseni zakoni koji su uredili razmatrane slučajeve odgovornosti Republike Hrvatske za štete nastale u svezi s ratom i raspadom bivše države i omogućili nastavak započetih postupaka, Ustavni sud je obustavio postupke ocjene spomenutih zakona.<sup>32</sup>

U drugu skupinu spadaju odluke Ustavnog suda donesene u povodu ustavnih tužbi zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, u kojima su podnositelji smatrali da im je zbog prekida postupka, određenog naprijed spomenutim zakonima, povrijeđeno pravo na suđenje u razumnom roku. U povodu podnesenih ustavnih tužbi Ustavni sud je od 2002. (novelacije Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske) u šezdesetak predmeta odbacio ustavne tužbe zbog neiscrpljivanja prethodnog puta pravne zaštite.<sup>33</sup> Među predmetima u kojima je Ustavni sud meritorno odlučio o povredi prava na pravično suđenje u svezi sa zakonom određenim prekidima postupka, mogu se razlikovati dvije daljnje podskupine. U prvu podskupinu spadaju odluke donesene u povodu ustavnih tužbi zbog prekida parnice u kojima je tražena naknada štete zbog terorističkih akata. U toj podskupini precedentno značenje ima odluka br. U-III A-829/2002 od 24. ožujka 2004. U drugu podskupinu spadaju odluke u svezi s ustavnim tužbama zbog prekida postupaka u kojima je tražena naknada štete uzrokovane od pripadnika hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga tijekom Domovinskog

<sup>32</sup> U svezi sa ZI ZOO/96. vidi Odluku Ustavnog suda broj: U-I-73/1996; U-I-1343/1997, (...), U-I-20/2002 od 17. prosinca 2003., a u svezi sa ZD ZOO/99. vidi Odluku Ustavnog suda broj: U-I-927/1999, U-I-36/2000, (...), U-I-2003/2002. od 17. prosinca 2003.

<sup>33</sup> Radi se o brojnim, gotovo jednakim, ustavnim tužbama podnesenim bez prethodnog utuženja naknade štete pred nadležnim redovitim sudovima. Ustavni sud u tim rješenjima utvrđuje da ne postoje pretpostavke propisane odredbom čl. 63. stavka 1. Ustavnog zakona za odlučivanje o biti stvari jer «podnositelji nisu pokrenuli redovni sudski postupak pred nadležnim sudom, a ne postoji niti pojedinačni akt kojim se grubo vrijeđaju ustavna prva iz kojeg bi bilo razvidno da bi nepokretanjem ustavnosudskog postupka za podnositelja mogle nastati teške i nepopravljive posljedice» Rješenje Ustavnog suda br. U-III-512/2002 od 7. studenog 2002. Vidi i istovrsno Rješenje Ustavnog suda br. U-III A-295/2003. od 11. travnja 2003. («Narodne novine», br. 76/03.).

rata. U drugoj podskupini važna je odluka br. U-III A-547/2004 od 8. srpnja 2004. Ustavni sud još nije odlučivao o trećoj podskupini koja se odnosi na prekinute postupke o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu nastalu u bivšoj SFRJ, za koju je odgovarala bivša SFRJ. U donesenim odlukama, osobito prvoj od njih, Ustavni sud je izrazio neka, po našem mišljenju, važna pravna shvaćanja o pravu na sud, pristup sudu i odlučivanje o razumnom roku.

#### **4.1. Odluka Ustavnog suda u predmetu U-III A-829/2002**

U tom je predmetu ustavna tužba podnesena temeljem čl. 63. Ustavnog zakona radi nedonošenja sudske odluke u razumnom roku.<sup>34</sup> Podnositelj je u ustavnoj tužbi naveo da je 22. veljače 1995. godine Općinskom sudu u Zagrebu podnio tužbu protiv Republike Hrvatske radi naknade štete prouzročene miniranjem obiteljske kuće, koju je u svibnju 1992. godine razorio nepoznati počinitelj. Općinski sud je održao pripremno ročište 15. ožujka 1996., na kojem je primjenom ZI ZOO/96. donio rješenje o prekidu postupka. Od donošenja navedenog rješenja pa do podnošenja ustavne tužbe (17. travnja 2002.) nadležni sud u predmetnoj pravnoj stvari nije postupao. Podnositelj je smatrao da su nedonošenjem meritorne odluke u razumnom roku povrijeđena njegova ustavna prava zajamčena odredbama članka 14. stavka 2., članka 26., članka 29. stavka 1., te članka 48. Ustava. Predložio je da se Općinskom sudu u Zagrebu naloži donošenje presude u roku od godine dana od donošenja odluke Ustavnog suda te da se podnositelju odredi primjerena naknada u iznosu od 150.000,00 kuna. Ustavni sud je utvrdio postojanje povrede prava na suđenje u razumnom roku i naložio nadležnom sudu da u roku od godine dana donese presudu u ovom predmetu. Podnositelju je određena primjerena naknada u iznosu od 4.400,00 kuna. Odlučujući o ovoj ustavnoj tužbi Ustavni sud je izrazio nekoliko stavova.

U svezi s pitanjem postoje li u ovom slučaju pretpostavke za postupanje Ustavnog suda u skladu s člankom 63. Ustavnog zakona, Ustavni sud je ocijenio da «u slučaju zakonom određenog prekida postupka, Sud smatra da se tako određenim prekidom postupka može povrijediti člankom 29. stavkom 1. Ustava zajamčeno pravo na suđenje u razumnom roku. Naime, tijekom zakonom određenog prekida nadležni sud ne može postupati, pa ako je takav prekid neopravdano dugotrajan može doći do povrede prava na suđenje u razumnom roku. Iako se u ovom slučaju neodlučivanje u razumnom roku ne može pripisati sudu, već je posljedica intervencije zakonodavca u započeti sudski postupak, takvom se intervencijom može povrijediti pravo na suđenje u razumnom roku. Stoga postoje odredbama članka 63. stavka 1. Ustavnog zakona utvrđene pretpostavke za postupanje po podnesenoj ustavnoj tužbi i prije nego što je iscrpljen pravni put» (drugi odjeljak točke 4.4. odluke Ustavnog suda).

<sup>34</sup> Odluka Ustavnog suda br. U-III A-829/2002 («Narodne novine», br. 44/04.).

Na navedeni je način, po našem mišljenju, Ustavni sud izrazio važan stav u svezi sa svojom nadležnošću. Naime, utvrdio je da u ovom slučaju može temeljem odredbi članka 63. Ustavnog zakona postupati i prije iscrpljivanja redovitog puta pravne zaštite. Pored toga, utvrdio je da tako može postupati ne samo onda kada povreda prava na suđenje u razumnom roku proizlazi iz postupanja sudova, već i onda kada je za povredu toga prava odgovorna zakonodavna vlast. Ako se ovaj stav poveže sa stavovima izraženim u nekim drugim odlukama Ustavnog suda (npr. o odgovornosti izvršnih vlasti za propuste u dostavi sudskih pismena u inozemstvo ili očitovanja o postojanju elementa uzajamnosti prilikom oslobođenja od aktorske kaucije),<sup>35</sup> može se zaključiti da Ustavni sud sve tri vlasti smatra odgovornim za ostvarenje prava na suđenje u razumnom roku. Ujedno, time se stvaraju pretpostavke da Ustavni sud može propuste državnih vlasti sankcionirati donošenjem odluke kojom se naređuje donošenje sudske odluke u određenom roku, a podnositelju dosuđuje pravična (primjerena) naknada. Time se ustavna tužba i postupak temeljem čl. 63. Ustavnog zakona ukazuju kao djelotvorno pravno sredstvo (u smislu čl. 13. Konvencije) za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku i u odnosu na zakonodavnu i izvršnu vlast.

Razmatrajući pitanje postojanja povrede prava na suđenje u razumnom roku Ustavni sud je, slično kako to čini i Europski sud, izrazio stajalište o načelnoj dopuštenosti zakonske intervencije u sudske postupke koji su u tijeku, ali i o određenim ograničenjima takve intervencije (napose se to odnosi na trajanje zakonom određenog prekida sudskih postupaka). U svezi s tim pitanjima Ustavni je sud utvrdio «da je u uvjetima podnošenja, temeljem članka 180. Zakona o obveznim odnosima, velikog broja tužbi protiv Republike Hrvatske za naknadu štete prouzročene terorističkim aktima, a kojima su potraživani relativno značajni iznosi naknada šteta, postojalo opravdanje za dodatno zakonsko uređenje te odgovornosti, pa i za određivanje prekida započetih postupaka do donošenja novog propisa. Međutim, tako određeni prekid postupka svojim trajanjem nije smio onemogućiti ostvarivanje Ustavom zajamčenog prava na suđenje u razumnom roku» (treći odjeljak točke 4.3. odluke Ustavnog suda). Dakle, prema shvaćanju Ustavnog suda zakonska intervencija u sudske postupke koji su u tijeku je dopuštena, ali ona ne smije biti takva da se njome vrijeđa temeljno ljudsko pravo na pravično suđenje.

Jednako kao i Europski sud i Ustavni sud je pri donošenju svoje odluke vodio računa o činjenici da je hrvatski zakonodavac pri intervenciji u sudske postupke bio svjestan tog ograničenja, pa si je stoga sam nametnuo i rok u kojem treba donijeti propis koji će omogućiti nastavak prekinutih postupaka. Ustavni sud je to izrazio tvrdnjom da «o navedenom ograničenju vodio je računa i Hrvatski sabor kada je na sjednici održanoj 22. listopada 1999. godine obvezao Vladu

<sup>35</sup> Tako je npr. u točki 7. odluke br. U-III-A-640/2003 od 9. srpnja 2003. («Narodne novine», br. 120/03.) Ustavni sud izrazio stav da je «neučinkovitost suda prvog stupnja... dijelom posljedica i neudovoljavanja tijela izvršne vlasti zahtjevima suda...».



Republike Hrvatske da najkasnije u roku od šest mjeseci podnese Saboru prijedlog zakona kojim će se urediti to pitanje. Nakon proteka zakonom određenog roka u kojem je Vlada bila dužna Hrvatskom saboru podnijeti prijedlog novog zakonskog uređenja i time omogućiti nastavak prekinutih postupaka, podnositelj je bio u neizvjesnosti hoće li se i kada će se nastaviti prekinuti postupak» (treći odjeljak točke 4.3 odluke Ustavnog suda).

S obzirom da je zakonom određeni prekid postupka u ovom predmetu trajao «sedam (7) godina, pet (5) mjeseci i dvadeset pet (25) dana te da je prekid obuhvatio cjelokupno pravno relevantno razdoblje od stupanja na snagu Europske konvencije do podnošenja ustavne tužbe u trajanju od četiri (4) godine, pet (5) mjeseci i dvanaest (12) dana» Ustavni sud je utvrdio da je time povrijeđeno pravo na suđenje u razumnom roku (prva rečenica četvrtog odjeljka točke 4.3. odluke Ustavnog suda).<sup>36</sup>

Treba spomenuti da je Ustavni sud utvrdio i da je «takvim zakonom određenim prekidom postupka u ovom slučaju podnositelju povrijeđeno i pravo na pristup sudu, koji je dio prava na sud, također zajamčenog odredbom članka 29. stavka 1. Ustava o temeljnom ljudskom pravu na pravično suđenje» (druga rečenica četvrtog odjeljka točke 4.3. odluke Ustavnog suda). Naime, za razliku od Europskog suda, koji pruža zaštitu svim Konvencijom zajamčenim pravima kojima zaštita nije osigurana u nacionalnim pravnim porecima država ugovornica, Ustavni sud temeljem odredbe čl. 63. st. 1. Ustavnog zakona može prije iscrpljivanja prethodnog puta pravne zaštite postupati samo u dva slučaja. Prvo, ako podnositelj ustavne tužbe tvrdi da mu je povrijeđeno pravo na suđenje u razumnom roku i drugo, ako se osporenim pojedinačnim aktom grubo vrijeđaju ustavna prava, a potpuno je razvidno da bi nepokretanjem ustavnosudskog postupka za podnositelja ustavne tužbe mogle nastati teške i nepopravljive posljedice. Izražavajući stav o povredi prava na pristup sudu Ustavni sud je svoju odluku da u ovom predmetu postoji povreda prava na suđenje u razumnom roku povezao s praksom Europskog suda koji u istovrsnim predmetima utvrđuje povredu prava na pristup sudu. Mislimo da se ovdje radi o nastojanju Ustavnog suda da se tumačenjem odredbe čl. 63. st. 1. Ustavnog zakona utemelji djelotvorno nacionalno pravno sredstvo ne samo za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, već da to bude i u odnosu na druge dvije sastavnice prava na pravično suđenje (pravo na sud i pravo na pristup sudu).

#### **4.2. Odluka Ustavnog suda u predmetu U-III A-547/2004**

Taj se predmet razlikuje od prethodno prikazanog samo po tome što se odnosi na štetu uzrokovanu od strane pripadnika hrvatske vojske (podnositelj je 9.

<sup>36</sup> Od svoje prve odluke u svezi s pravom na suđenje u razumnom roku Ustavni sud izražava stav da se u hrvatskom pravnom poretku to pravo jamči od dana stupanja na snagu Konvencije (5. studenog 1997.). Vidi Odluku Ustavnog suda br. U-III A-880/2002 od 10. srpnja 2003. («Narodne novine», br. 83/02.).

svibnja 1995. Općinskom sudu u Slavonskom Brodu podnio tužbu protiv Republike Hrvatske radi naknade štete na njegovom vozilu uzrokovane od pripadnika hrvatske vojske).<sup>37</sup> Utoliko je u tom predmetu do prekida postupka došlo temeljem ZD ZOO/99., a postupak je nastavljen na temelju Zakona o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu uzrokovanu od pripadnika hrvatskih vojnih i redarstvenih snaga tijekom Domovinskog rata. Zakonom određeni prekid postupka u ovoj vrsti predmeta bio je značajno kraći nego u slučaju naknada šteta u svezi s terorističkim aktima i trajao je tri (3) godine, osam (8) mjeseci i dvadeset pet (25) dana (točka 4.2. odluke Ustavnog suda). Osim ovog zakonom određenog prekida postupka, za odluku Ustavnog suda vjerojatno je bila odlučujuća i činjenica da je u ovom predmetu do podnošenja ustavne tužbe parnični postupak trajao ukupno sedam (7) godina, devet (9) mjeseci i deset (10) dana (točka 5.1. odluke Ustavnog suda). U svezi s pitanjem mogućnosti odlučivanja na temelju čl. 63. st. 1. Ustavnog zakona u predmetima u kojima je zakonom određen prekid postupka, Ustavni sud je i u tom predmetu izrazio ista shvaćanja kao i u predmetu U-III A-829/2002. Dakle, ocijenio je da zbog intervencije zakonodavca u sudske postupke u tijeku (zakonom određenog prekida postupka) može doći do povrede prava na pravično suđenje (sastavnice prava na suđenje u razumnom roku), da do povrede toga prava može doći ne samo djelatnošću sudske, nego i izvršne i zakonodavne vlasti te da se učinjena povreda može sankcionirati određivanjem roka u kojem nadležni sud mora odlučiti o predmetu, a podnositelju ustavne tužbe dosuditi primjerena novčana naknada. I u tom predmetu Ustavni je sud izrazio stav o načelnoj dopuštenosti zakonske intervencije u postupke u tijeku, ali je ukazao i na povredu prava na pravično suđenje zbog neopravdano dugotrajnog odugovlačenja s donošenjem novog propisa. U toj je odluci Ustavni sud izričito utvrdio da je Vlada Republike Hrvatske zakasnila s ispunjenjem obveze predlaganja novog propisa tri (3) godine, jedan (1) mjesec i dvadeset (20) dana.

### **5. Zaključak**

Pred Europskim i Ustavnim sudom javio se veći broj predmeta (osamdesetak pred Europskim i četrdesetak pred Ustavnim sudom) u kojima su podnositelji (zahtjeva, odnosno ustavnih tužbi) smatrali da im je miješanjem (intervencijom) zakonodavca u sudske postupke u tijeku povrijeđeno pravo na pravično suđenje zajamčeno čl. 6. st. 1. Konvencije, odnosno čl. 29. st. 1. Ustava. Pred Europskim sudom podnositelji zahtjeva isticali su povredu prava na sud, pristup sudu ili suđenje u razumnom roku. Podnositelji ustavnih tužbi smatrali su da im je povrijeđeno pravo na suđenje u razumnom roku.

<sup>37</sup> Odluka Ustavnog suda br. U-III A-547/2004 («Narodne novine», br. 109/04).

Hrvatski zakonodavac je u sudske postupke u tijeku intervenirao s više zakona i na različite načine. Međutim, mogu se razlikovati dva osnovna oblika intervencije. Prvo, zakonodavac je za određeno razdoblje prekinuo sudsko postupanje u sporovima u kojima je zbog naknade štete tužena Republika Hrvatska. Sudski postupci su bili prekinuti do donošenja novih propisa o odgovornosti države za određene slučajeve štete nastale u svezi s Domovinskim ratom. Zakonom određeni prekidi postupaka trajali su više godina (u slučaju naknada šteta uslijed terorističkih akata sudski su postupci bili prekinuti gotovo sedam godina i šest mjeseci, a u slučaju šteta uzrokovanih od strane pripadnika hrvatske vojske i redarstva tijekom Domovinskog rata te šteta za koje je odgovarala bivša SFRJ, a odgovornost preuzela Republika Hrvatska - prekid je trajao gotovo tri godine i devet mjeseci). Drugo, zakonom su nakon pokretanja sudskih postupaka izmijenjene pretpostavke i opseg odgovornosti Republike Hrvatske za neke od navedenih oblika odgovornosti države.

I Europski i Ustavni sud do sada su se bavili samo utjecajem prve navedene zakonske intervencije (dugotrajnog prekida sudskih postupka) na ostvarenja prava na pravično suđenje te utvrdili postojanje povrede toga prava. Međutim, zbog različitih nadležnosti ti su sudovi utvrdili povrede različitih sastavnica prava na pravično suđenje. Europski sud je utvrdio postojanje povrede prava na pristup sudu, a Ustavni sud je utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku.

Iako su neki od podnositelja zahtjeva smatrali da im je zakonskom intervencijom povrijeđeno pravo na suđenje u razumnom roku, Europski sud nije ispitivao postojanje takve povrede. On je prednost dao utvrđivanju općenitije (i logički prethodeće) povrede prava na pristup sudu (koje pravo je jedna od sastavnica prava na sud), a pitanje povrede prava na suđenje u razumnom roku smatrao obuhvaćenim prethodnim utvrđenjem povrede prava na pristup sudu. Tako je npr. u razmatranim hrvatskim slučajevima Europski sud ocijenio da stupanj pristupa, koji je nacionalnim zakonodavstvom osiguran podnositeljima zahtjeva, nije bio takav da bi im osigurao «pravo na sud». Dugotrajno razdoblje tijekom kojeg su podnositelji onemogućeni da o njihovom zahtjevu građanske naravi odluče domaći sudovi, kao posljedica zakonske intervencije u postupke koji su u tijeku, ima za posljedicu, po ocijeni toga suda, povredu prava zajamčenog čl. 6. st. 1. Konvencije. Razmatrajući pravnu narav prava na pristup sudu Europski sud je izrazio važan načelni stav o relativnosti toga prava. Tako je u presudi u slučaju *Aćimović* utvrdio da «to pravo nije apsolutno, već može podlijevati ograničenjima. Podrazumijeva se kako su ona dopuštena jer pravo na pristup po samoj svojoj naravi zahtijeva uređenje od strane države. U tom pogledu države ugovornice uživaju određenu slobodu procjene, iako konačnu odluku o poštivanju zahtjeva iz Konvencije donosi Sud. Sud se mora uvjeriti da primijenjena ograničenja ne ograničavaju niti smanjuju pristup koji je pojedincu ostavljen na takav način ili u tolikoj mjeri da bi bila narušena sama bit prava».

Pored toga, Europski sud je istaknuo potrebu postojanja legitimnog cilja i razumnog odnosa razmjernosti pri zakonskom ograničavanju prava na pristup sudu. Da bi ograničenja koja države ugovornice postavljaju ostvarivanju prava na pristup sudu bila dopuštena, ona moraju imati «legitimni cilj, a mora postojati i razumni odnos razmjernosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se

nastoji ostvariti». Ovi kriteriji ocjene dopuštenosti zakonske intervencije u postupke u tijeku vjerojatno će biti važni i u eventualnim budućim postupcima u kojima će se procjenjivati usklađenost s određenim temeljnim ljudskim pravima zakona kojima je 2003. godine uređena odgovornosti države za štete nastale u svezi s Domovinskim ratom.

Za razliku od toga, Ustavni sud je u pred njega iznesenim predmetima utvrdio postojanje povrede prava na suđenje u razumnom roku. Ustavni sud se, po našem mišljenju, opredijelio za utvrđivanje povrede prava na suđenje u razumnom roku zbog svoje nadležnosti da samo u slučaju povrede prava na suđenje u razumnom roku može, temeljem odredbe čl. 63. st. 1. Ustavnog zakona, pokrenuti postupak i o podnesenoj ustavnoj tužbi odlučiti prije nego što je okončan redoviti put pravne zaštite.<sup>38</sup> Da se nije koristio ovlastima iz čl. 63. st. 1. Ustavnog zakona, Ustavni sud bi ustavnu tužbu trebao odbaciti zbog neiscrpljenog dopuštenog puta pravne zaštite. Tako je npr. Ustavni sud postupao u istovrsnim predmetima prije novele Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske iz 2002. godine.<sup>39</sup> Nakon novele Ustavnog zakona Ustavni sud u ovoj vrsti predmeta odbacuje ustavne tužbe samo ako nije pokrenut sudski (parnični) postupak radi naknade štete ili ako postoje neke druge procesne prepreke za meritorno odlučivanje (npr. ustavna tužba nije pravodobna). Pored toga, samo u slučaju povrede prava na suđenje u razumnom roku, Ustavni sud može, ako utvrdi postojanje te povrede, odrediti rok u kojem sud mora odlučiti o pravima i obvezama podnositelja, a podnositelju odrediti primjerenu naknadu (satisfakciju) za povrijeđeno pravo. Time je, po našem mišljenju, Ustavni sud nastojao u hrvatskom nacionalnom pravnom poretku utemeljiti djelotvorno pravno sredstvo i za slučaj povrede prava na pristup sudu, kao jedne od sastavnica prava na pravično suđenje. Postojanje djelotvornog pravnog sredstva za zaštitu Konvencijom zajamčenih temeljnih ljudskih prava i sloboda zahtijeva članak 13. Konvencije.

Ovakvom odlučivanju Ustavnog suda mogu se staviti određeni prigovori. Tako se može prigovoriti da je dvojbeno podvođenje povrede prava na pristup sudu pod odredbe Ustavnog zakona o pravu na suđenje u razumnom roku, da je odlučeno o povredi prava na suđenje u razumnom roku, a da se prethodno nije ispitalo postojanje povrede prava na pristup sudu, da je proširena nadležnost i na slučajeve u kojima je do povrede prava na suđenje u razumnom roku došlo djelatnošću zakonodavca, a ne samo sudova. Međutim, usprkos navedenim primjedbama čini nam se odlučnim jasan stav Ustavnog suda da je zakonom određenim višegodišnjim prekidom sudskih postupaka povrijeđeno temeljno ljudsko pravo na pravično suđenje. Pri tome, da bi mogao barem djelomično

<sup>38</sup> Redoviti put pravne zaštite iscrpljen je, u pravilu, nakon što je odlučeno o žalbi. Ako je dopušten upravni spor, odnosno revizija, pravni put je iscrpljen nakon što je odlučeno i o tim pravnim sredstvima (čl. 62. st. 2. i 3. Ustavnog zakona).

<sup>39</sup> Vidi naprijed bilješku br. 7.

popraviti učinjenu povredu Ustavni sud je morao posegnuti za svojim ovlastima koje ima u svezi sa zaštitom prava na suđenje u razumnom roku. Naime, samo u svezi s povredom toga prava Ustavni sud može odrediti rok u kojem nadležni sud mora odlučiti o tužbenom zahtjevu i dosuditi primjerenu materijalnu satisfakciju za pretrpljenu povredu prava.<sup>40</sup> Tumačenje kojim se pri utvrđivanju svoje nadležnosti u ovoj vrsti predmeta poslužio Ustavni sud čini nam se utemeljenim na shvaćanju da u pitanjima zaštite temeljnih ljudskih prava nema mjesta restriktivnim tumačenjima.

Praksa Europskog suda u pitanjima intervencije zakonodavca u postupke koji su u tijeku (kako u hrvatskim tako i u stranim slučajevima) čini nam se važnom jer prilično jasno određuje granice u kojima se takva intervencija mora odvijati da bi se izbjegla povreda temeljnih ljudskih prava. Do sada su Europski i Ustavni sud samo utvrdili sa sigurnošću da su zakonom određeni dugotrajni prekidi sudskih postupaka u kojima je Republika Hrvatska bila tužena za određene štete u svezi s ratom, bili izvan dopuštenih granica. Međutim, stavovi zauzeti u tim predmetima bit će od važnosti i pri eventualnoj ocjeni usklađenosti s temeljnim ljudskim pravima zakonskih intervencija kojima je 2003. godine uređena odgovornost države (Republike Hrvatske) za određene štete u svezi s ratom i raspadom bivše države.

#### Summary

### **RIGHT TO COURT, RIGHT TO ACCESS TO COURT AND RIGHT TO TRIAL IN A REASONABLE TIME IN CASE OF LEGISLATIVE INTERVENTION INTO PENDING COURT PROCEEDINGS**

This paper analyses the most important holdings of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Republic of Croatia in relation to breach of the right to fair trial due to legislative intervention into pending court proceedings. These holdings are important due to significant number of cases brought before these courts in relation to legally prescribed staying, lasting many years, of civil proceedings in which the Republic of Croatia was sued for damages related to terrorist acts, damages caused by members of Croatian army and police forces during the Homeland War and damages for which the former SFRY was liable, now liability being passed to the Republic of Croatia.

---

<sup>40</sup> Da je Ustavni sud navedenu povredu podveo pod drugi slučaj u kojem može predmet razmotriti i prije iscrpljivanja dopuštenog puta pravne zaštite, a koji je predviđen odredbom čl. 63. st. 1. *in fine* Ustavnog zakona («slučaj kad se osporenim pojedinačnim aktom grubo vrijeđaju ustavna prava, a potpuno je razvidno da bi nepokretanjem ustavnosudskog postupka za podnositelja ustavne tužbe mogle nastati teške i nepopravljive posljedice»), onda navedenu povredu ne bi mogao sankcionirati određivanjem primjerene naknade.

In order to enable a comparative understanding, certain earlier foreign cases are analyzed in which the European Court has decided on possibilities and limits of a legislative intervention into pending court proceedings. In addition, judgments of this Court against Croatia are discussed. Conclusions are drawn on relationship among the right to court, the right to access to court and right to trial in a reasonable time. It is pointed out that the right to access to justice is a relative one, and limits within which national legislatures may regulate that right are shown. The importance of legitimate aim and reasonable relation of proportionality in restricting this right is especially emphasized.

The new case-law of the Constitutional Court of Republic of Croatia in relation to this kind of cases is presented. Recent shift in the Court's approach is based on the new constitutional provisions on fair trial and on attempt to render the constitutional complaint an effective domestic legal remedy for protection of many elements of the right to access to court. Including this kind of violations in violation of the right to trial in a reasonable time opens the possibility for the Constitutional Court to determine a period within which courts must decide on the issue and also to award a material satisfaction for victims of violation of the constitutional right. It is pointed out that the Constitutional Court holds that not only courts, but executive and legislative bodies as well, are liable for violation of the right to fair trial.

Differences in approach of the European Court and the Constitutional Court are explained by their different jurisdictions. Namely, while the European Court adopted a view that it is a violation of right to access to court, the Constitutional Court holds it to be a violation of right to trial in a reasonable time. Shift in the Constitutional Court case-law is deemed to reflect its attempt to transform constitutional complaint into an effective national legal remedy not only for the protection of the right to trial in a reasonable time, but also for the protection of its elements: right to court and right to access to court.

*Key words:* human rights, Constitution, constitutional law, right to fair trial, right to court, right to access to court, right to trial in a reasonable time, law, legislature.

#### Zusammenfassung

### **DAS RECHT AUF GERICHT, ZUTRITT ZUM GERICHT UND GERICHTSVERHANDLUNG INNERHALB VERNÜNFTIGER FRIST IM FALLE DER INTERVENTION DES GESETZGEBERS IN LAUFENDE GERICHTSVERFAHREN**

In der Arbeit werden die wichtigsten Auffassungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Verfassungsgerichts hinsichtlich der Verletzung des Rechts auf eine rechtmäßige Verhandlung wegen einer gesetzlichen Intervention in laufende Gerichtsverfahren betrachtet. Diese Auffassungen sind wegen einer wachsenden Zahl von Fällen wichtig, die in Verbindung mit den

gesetzlich bestimmten mehrjährigen Unterbrechungen von Gerichtsverfahren, in denen die Republik Kroatien auf Schadenersatz wegen terroristischer Akte angeklagt ist, vor Gericht kommen. Für Schäden, die seitens der Angehörigen der kroatischen Streit- und Ordnungskräfte im Laufe des Vaterländischen Krieges verursacht wurden, sowie für Schäden für die die frühere SFRJ verantwortlich war, für die die Republik Kroatien die Verantwortung übernimmt.

Um einen komparativen Einblick zu bekommen, werden einige frühere fremden Rechtssachen analysiert, in denen der Europäische Gerichtshof seine Auffassung über Möglichkeiten und Grenzen einer zulässigen gesetzmäßigen Intervention in laufende Gerichtsverfahren zum Ausdruck gebracht hat. Außerdem werden die Auffassungen dieses Gerichts, die in verschiedenen kroatischen Rechtssachen zum Ausdruck kommen, betrachtet. Aus den Gerichtsurteilen werden Schlüsse gezogen bezüglich des Rechts auf Gericht, Zutritt zum Gericht und Gerichtsverhandlung innerhalb vernünftiger Frist. Es wird auf die Relativität des Rechts auf Zutritt zum Gericht und die Grenzen hingewiesen, in denen die nationalen Gesetzgeber dieses Recht regulieren dürfen. Besonders wird auf die Wichtigkeit des Bestehens eines legitimen Zieles und eines vernünftigen Ausmaßes bei der Beschränkung dieses Rechts aufmerksam gemacht.

Es werden neuere Urteile des Verfassungsgerichts bei solcher Art von Rechtssachen präsentiert. Veränderungen in der Praxis werden durch neue verfassungsrechtliche Regulierung des Rechts auf rechtmäßige Gerichtsverhandlung erklärt und das Bemühen, dass die Verfassungsklage ein wirkungsvolles Rechtsmittel zum Schutz eines breiteren Kreises von Bestandteilen des Rechts auf eine rechtmäßige Gerichtsverhandlung sein möge. Die Kuppelung dieser Art von Verletzung an die Verletzung des Rechts auf eine Gerichtsverhandlung innerhalb vernünftiger Frist, eröffnet dem Verfassungsgericht die Möglichkeit, die Frist zu bestimmen, in der die Gerichte die Rechtssachen lösen müssen sowie die Zuteilung materieller Satisfaktionen für die erlittene Verletzung des Verfassungsrechts. Es wird auf die Auffassung des Verfassungsgerichts hingewiesen, dass das Recht auf rechtmäßige Gerichtsverhandlung nicht nur durch die Gerichte verletzt werden kann, sondern auch durch die ausführenden und gesetzgebenden Mächte.

Durch die unterschiedlichen Befugnisse des Europäischen Gerichtshofs und des Verfassungsgerichts werden die unterschiedlichen Auffassungen dieser Gerichte über diese Rechtssachen erklärt. Während nämlich der Europäische Gerichtshof in diesen Fällen eine Verletzung des Rechts auf Zutritt zum Gericht bestätigt, führt das Verfassungsgericht die Rechtssachen als Verletzung des Rechts auf eine Gerichtsverhandlung innerhalb vernünftiger Frist. Die Veränderung in der Praxis des Verfassungsgerichts wird als Ausdruck der Bemühung dieses Gerichts aufgefasst, die Verfassungsklage als wirksames nationales Rechtsmittel zu begründen, nicht nur als Schutz des Rechts auf eine Gerichtsverhandlung innerhalb vernünftiger Frist, sondern als Schutz für noch zwei Bestandteile dieses Rechts: das Recht auf Gericht und auf Zutritt zum Gericht.

**Schlüsselwörter:** *Menschenrechte, Verfassung, Recht auf rechtmäßige Gerichtsverhandlung, Rechts auf Gericht, Recht auf Zutritt zum Gericht, Recht auf eine Gerichtsverhandlung in vernünftiger Frist, Gesetz, Gesetzgeber.*

## Sommario

**DIRITTO AL TRIBUNALE, ALL'ACCESSO AL TRIBUNALE E  
AL GIUDIZIO IN UN TEMPO RAGIONEVOLE  
NEL CASO DI INTERVENTO DEL LEGISLATORE  
IN PROCESSO GIUDIZIALE IN CORSO**

Nel lavoro si considerano le più importanti posizioni della Corte europea dei diritti umani e del Tribunale costituzionale in connessione con la violazione del diritto al processo equo a causa dell'intervento legislativo in un processo giudiziale in corso. Queste posizioni sono importanti a causa di un numero significativo di questioni portate davanti a questi Giudici nel caso di comparizioni in giudizio legalmente prescritte durate molti anni in procedimenti civili nei quali la Repubblica di Croazia fu chiamata in giudizio per danno in caso di atti terroristici, per danno causato da membri dalle forze armate e di polizia croate durante la Guerra civile e per danno per il quale era responsabile la precedente la Repubblica Federale Socialista di Jugoslavia, e per i quali la responsabilità è passata alla Repubblica di Croazia.

Per conseguire una visione comparata sono analizzati determinati precedenti casi stranieri nei quali la Corte europea ha deciso sulla possibilità e i limiti dell'intervento legislativo legittimo in un processo giudiziale in corso. Inoltre, sono discussi i giudizi di questa Corte contro la Croazia. Sono formulate le conclusioni sulla connessione tra diritto al tribunale, all'accesso al tribunale e al giudizio in un tempo ragionevole. È mostrato che il diritto all'accesso al tribunale è relativo e sono mostrati i limiti all'interno dei quali il legislatore nazionale può regolare questo diritto. È particolarmente enfatizzata l'importanza dello scopo legittimo e del ragionevole rapporto di proporzionalità nella restrizione di questo diritto.

È presentata la nuova prassi giudiziale del Tribunale costituzionale in relazione con questa tipologia di casi. Il recente cambiamento nell'approccio del Tribunale è basato sulle nuove disposizioni costituzionali sul processo equo e sul tentativo di rendere il ricorso costituzionale un rimedio legale efficiente per la tutela di molti elementi del diritto all'accesso al tribunale. Con l'inclusione di questo tipo di infrazioni nella violazione del diritto al giudizio in un tempo ragionevole si apre la possibilità per il Tribunale costituzionale di determinare un termine all'interno del quale i tribunali devono decidere sulla questione e anche di riconoscere una soddisfazione materiale per le vittime di violazione del diritto costituzionale. È indicato che il Tribunale costituzionale ritiene che non solo i tribunali, ma pure gli organi esecutivi e legislativi, siano responsabili per violazione del diritto al processo equo.

Le differenze nell'approccio della Corte europea e del Tribunale costituzionale sono spiegate attraverso le loro differenti giurisdizioni. Ovvero, mentre la Corte europea adotta la prospettiva della violazione del diritto all'accesso al tribunale, il Tribunale costituzionale sostiene la violazione del diritto al giudizio in un tempo ragionevole. Il cambiamento nella prassi giudiziale del Tribunale costituzionale è ritenuto riflettere il suo sforzo di trasformare il ricorso



costituzionale in un efficiente rimedio legale nazionale non solo per la tutela del diritto al giudizio in un tempo ragionevole, ma anche per la protezione dei suoi elementi: il diritto al tribunale e all'accesso al tribunale.

***Parole chiave:*** *diritti umani, Costituzione, diritto costituzionale, diritto al processo equo, diritto al tribunale, diritto all'accesso al tribunale, diritto al giudizio in un tempo ragionevole, legge, legislatore.*



## KOLEKTIVNI IDENTITETI I „NOVE” PERIFERIJE\*

Dr. sc. Boris Banovac, izvanredni profesor  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 321.7  
316.422  
Ur.: 27. travnja 2004.  
Pr.: 18. svibnja 2004.  
Prethodno priopćenje

*Članak predstavlja razradu teorijsko-hipotetičkog okvira u istraživanju problema kolektivnih identiteta u uvjetima tranzicijskog društva. Pri tome autor analizira proces modernizacije društva kao stvarni društveni kontekst u kojem se odvija konstrukcija identiteta. Spomenuti procesi se na posebno složeni način odvijaju upravo u tranzicijskim društvima budući da se tranzicija može shvatiti kao proces raskida s posebnim modelima modernizacije realnog socijalizma i uvođenja modernizacije zapadnog tipa. Nedostatnost stvarnih materijalnih i normativnih pretpostavki za ovaj zaokret zaoštrava pitanje o odnosu tradicije i modernizacije u okviru procesa koji se može pojmiti kao detradicionalizacija društva. Teorijski model unutar kojeg se odvija analiza jest model središta i periferije. Ovaj model autor primjenjuje na situaciju tranzicijskog društva, koje znači uspostavljanje novog središta moći u vidu novostvorene nacionalne države, ali isto tako i uspostavljanje „novih” periferija u smislu mobilizacije zatamljenih kolektivnih identiteta i političke mobilizacije regionalnog tipa. Na temelju teorijske razrade u zaključnom dijelu članka formulirane su temeljne pretpostavke za istraživanje kolektivne identifikacije u periferiji tranzicijskog društva.*

**Ključne riječi:** modernizacija, kolektivni identiteti, detradicionalizacija, tranzicija, periferija.

Tranzicijski procesi u Hrvatskoj aktualiziraju probleme gospodarskog i društvenog razvoja. Raspad socijalističkog sustava dodatno je zaoštrio pitanja

---

\* Članak je nastao u okviru rada na projektu «Modernizacija i kolektivna identifikacija u hrvatskoj periferiji», kojeg financira Ministarstvo obrazovanja, znanosti i športa.

policentričnosti i integracije hrvatskog društva. Zato uspješnost tranzicijskih procesa u velikoj mjeri zavisi od razumijevanja društvenih procesa kako na nacionalnoj tako i na "subnacionalnim" razinama. Raspad sustava realnog socijalizma označio je i kraj procesa jednog posebnog oblika modernizacije društva<sup>1</sup>, što je uključilo i „dekonstrukciju“ različitih oblika kolektivne identifikacije koji su predstavljali sastavni dio modernizacijskih procesa. Temeljno obilježje kolektivnih identiteta na kojima je počivao takav sustav bila je njihova ideologijska utemeljenost. Raskid s modernizacijskim modelom „realnog socijalizma“ otvara čitav niz razvojnih problema, pri čemu pitanje „rekonstrukcije“ kolektivne identifikacije predstavlja jedno od ključnih pitanja budući da je riječ o društvenoj reintegraciji, odnosno zasnivanju zajednice na drugačijim osnovama. Upravo zbog toga diskurs kolektivne identifikacije treba biti smješten u širi teorijski i društveni kontekst. Reintegracija društva u novim uvjetima složen je proces u kojem postoji međutjecaj različitih dimenzija društvenosti.

Dominantna je, barem u prvoj fazi, nacionalna. Raspad socijalističkih sustava značio je u svim tranzicijskim društvima krah dominacije centara moći i mobilizaciju dotadašnjih periferija koje se uspostavljaju kao nove države. Stvaranja novih, nacionalnih centara moći praćeno je u pojedinim periferijama mobilizacijom lokalnih identiteta, koji su uglavnom bili zatumljivani u razdoblju socijalističke modernizacije. Nije trebalo dugo čekati da se formuliraju zahtjevi za decentralizacijom i regionalizacijom tranzicijskih društava. Drugo, paralelno s procesom, u mnogočemu povijesno zakašnjele, rekonstrukcije nacionalnih identiteta odvija se suvremeni proces europske integracije. Ovaj posljednji se u većini tranzicijskih društava doživljava kao „povratak u Europu“ kojoj su ova društva pripadala prije realno-socijalističkog iskustva.<sup>2</sup> Nesporno je da je ubrzavanje integracijskih procesa u okviru EU pozitivno utjecalo na razvoj regionalizma u tranzicijskim zemljama, posebice kad je riječ o tzv. dodirnim periferijama.

Proces rekonstrukcije ili, da upotrijebimo izraz B. Andersona, zamišljanja zajednice<sup>3</sup> predstavlja se kao složen proces konstrukcije identiteta, pri čemu veliku važnost za odvijanje integrativnih procesa u novostvorenim uvjetima imaju različiti aspekti prostorne identifikacije - od nacionalne preko regionalne do lokalne. Otud i važnost istraživanja kolektivnih identiteta u rubnim područjima

<sup>1</sup> Iako su u političkom i intelektualnom „optičaju“ za označavanje ovog tipa društva bili različiti pojmovi, možda je najadekvatniji pojam „realnog socijalizma“. Navedena kovanica najbolje izražava bit takvih društvenih sustava bez obzira na varijacije koje su bile prisutne u stvarnom iskustvu.

<sup>2</sup> J. Batt: Introduction: Region, State and Identity in Central and Eastern Europe, u Judy Batt and Kataryna Wolczuk (eds.) *Region, State and Identity in Central and Eastern Europe*, Frank Cass, London 2002, str. 9.

<sup>3</sup> B. Anderson, *Nacija: zamišljena zajednica. Razmatranja o porijeklu i širenju nacionalizma*, Školska knjiga, Zagreb, 1990.

tranzicijskih društava kakvo je i hrvatsko. Cilj ovog rada je u formuliranju teorijskog okvira i pretpostavki za istraživanje procesa kolektivne identifikacije na lokalnoj i regionalnoj razini. U radu se polazi od opće pretpostavke o procesu modernizacije kao stvarnom društvenom kontekstu u kojem nastaju različite dimenzije kolektivnih identiteta.

### 1. Modernizacija i kolektivna identifikacija

Učestalost rasprava o osobnim i kolektivnim identitetima najbolji je pokazatelj problematičnosti identifikacijskih procesa u suvremenim društvenim uvjetima. Ovi problemi nastaju s pojavom društva kasne modernizacije koje destabilizira sve tradicionalne oslonce identiteta. Za razliku od klasičnih socioloških teorija koje su pokušavale objasniti razvoj modernog društva na evolucionistički način, A. Giddens posebno naglašava *diskontinuitet* kao bitno obilježje modernizacije. Po njegovu mišljenju širina i intenzitet promjena koje donosi modernizacija takvi su da ih nije moguće objasniti na temelju promjena u ranijim povijesnim razdobljima.<sup>4</sup> Sa stajališta problema identiteta modernizacija u svakom slučaju znači izdvajanje pojedinca iz predmodernih holističkih struktura u koje je on bio u potpunosti integriran. Tek je moderno društvo omogućilo izdvajanje iz ovih širih kozmoloških struktura i uspostavljanje autonomnog subjekta.<sup>5</sup> Na iskustvenoj razini promatranja prvi put postaje sasvim razgovjetna razlika između prirodnih i društvenih promjena, dok se na teorijskom planu kao glavni problem postavlja pitanje odnosa društvene integracije, diferencijacije i sukoba.<sup>6</sup> Oko ovih pitanja nastaju prvi pokušaji objašnjenja u sklopu velikih socioloških teorija u 19. st.

Modernitet uključuje mogućnost različitosti i raznolikosti u postojanju, za razliku od nepokretnosti i pripisanog karaktera životnih uvjeta u predmodernom svijetu. To otvara emancipacijske mogućnosti za pojedince i društvene grupe, koji uvijek imaju mogućnosti konstruiranja drugačijih identiteta.<sup>7</sup> Kao što ističe T. Verhelst „identitet je podložan promjenama i dio je složene cjeline u kojoj se

<sup>4</sup> A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Stanford University Press, Stanford Cal. 1990, str. 5.

<sup>5</sup> J. Friedman, *The Implosion of Modernity*, u M. J. Shapiro, H. R. Alker (eds), *Challenging Boundaries*, University of Minnesota Press, Minneapolis 1996, str. 248.

<sup>6</sup> Vidjeti o tome: H. Haferkamp, N. Smelser (ed), *Social Change and Modernity*, University of California Press, Berkeley 1992, str. 7.

<sup>7</sup> Ovu pojavu možda najbolje izražava koncept transkulturalnosti pri čemu se moderni život može shvatiti kao stalno kretanje kroz različite kulturne svjetove. U ovim fizičkim i mentalnim migracijama suvremenog čovjeka nastaju različite vrste "hibridnih" identiteta, a kulturni identitet se može bitno razlikovati od npr. nacionalnog, koji je u pravilu izražen državljanstvom. O tome vidjeti: W. Welsh: "Transculturality. The Puzzling Form of Cultures Today", u M. Featherstone, S. Lash (ed.) *Spaces of Culture. City, Nation, World*, London, Sage, 1999., str. 194-213.

zbiva interakcija gospodarskih čimbenika i odnosa moći".<sup>8</sup> Tijekom modernizacijskih procesa, koji se u osnovi poklapaju s racionalizacijom koju donosi kapitalistički način proizvodnje i industrijalizacija, problemi identiteta se neprestano zaoštravaju. Kao što naglašava J. Friedman, društveni poremećaji modernog svijeta mogu se shvatiti kao sustavna fragmentacija različitih aspekata društvenog života. Znanstveno utemeljene spoznaje relativiziraju se alternativnim oblicima intelektualnog i duhovnog djelovanja<sup>9</sup>. Umjesto političke i ekonomske hegemonije, koja je bila karakteristična za ranije faze modernizacije, prevladavaju multicentrična politika i ekonomska akumulacija, a univerzalni modernistički identitet zamjenjuju multikulturalni oblici identifikacije. Cijena proširenja slobode koju donosi modernitet jest "krhkost" i fluidnost identiteta, povezana s autonomijom pojedinca koji više nije nužno i do kraja određen pripisanim kulturnim obilježjima društvene grupe.<sup>10</sup>

Na razini pojedinca na mjesto stvaranja modernog ega često nastupa narcističko rastvaranje osobnosti.<sup>11</sup> Potrebno je pri tome naglasiti da nije riječ o izoliranim pojedincima koji djeluju u zrakopraznom prostoru. Identitet je svojstvo pojedinca pomoću kojeg on gradi odnos prema vanjskom svijetu (prirodnom i društvenom), način na koji on odgovara na temeljna egzistencijalna pitanja (A. Giddens). Uprkos tome identitet je uvijek društveno uvjetovan - povezan je s pripadnošću pojedinca klasi, naciji, etničkoj grupi, teritoriju, religiji, kulturi i tradiciji, društvenim institucijama itd. Prema tome, osobni i kolektivni identiteti predstavljaju samo različite aspekte jedne te iste pojave. Odgovori na bitna egzistencijalna pitanja nisu uvijek i svugdje jednaki. Oni zavise od vremena i prostora, a to znači da je konstrukcija identiteta uvijek povezana s općenitijim procesima koji usmjeravaju i određuju društveni život. Ne treba smentnuti s uma da identitet ne predstavlja uvijek pozitivan odnos prema društvenoj i prirodnoj okolini. Destruktivna je moć identiteta ogromna. Različiti oblici vjerskog fanatizma i fundamentalizma (npr. Sjeverna Irska), balkanizacija sukoba na području bivše Jugoslavije, tribalizam etniciteta u Africi tek su primjeri razorne snage kolektivnih identiteta koji su negativno usmjereni prema socijalnoj okolini. Agresivnost kolektivnih identiteta u spomenutim primjerima neki autori pokušavaju objasniti širim sukobom tradicionalnog i modernog.

<sup>8</sup> Thierry Verhelst, *The Impact of Identity on Local Development and Democracy*, u N. Švob-Đokić (ed.), *Redefining Cultural Identities*, Institute for International Relations, Zagreb 2001., str. 5-6.

<sup>9</sup> Na taj način može se objasniti i popularnost vjerovanja u iscjeliteljske sposobnosti, različite oblike alternativne medicine, astrologiju, magiju i sl.

<sup>10</sup> U modernim uvjetima svaki pokušaj da se nekog pojedinca definira na temelju pripisanih grupnih karakteristika, mora nužno završiti u nekom obliku rasizma.

<sup>11</sup> J. Friedman, isto, str. 250.

## 2. Modernizacija kao detradicionalizacija

Modernizacija društva se često shvaća kao raskid s tradicionalnim oblicima društvenosti. Takvo je radikalno stajalište sadržano na određeni način i u navedenom Giddensovom određenju modernizacije. Ono predstavlja svojevrsni izraz prosvjetiteljskog optimizma u pogledima na perspektive modernog društva.<sup>12</sup> Promatrano s tog stajališta tradicija i modernost uključuju sasvim različite tipove društvenih odnosa na različitim razinama: zatvorenost naspram otvorenosti, vjerovanje u sudbinu naspram refleksivnosti, izvjesnost naspram neizvjesnosti, sigurnost spram rizika, sociocentriizam naspram autonomnosti (pojedince) itd.<sup>13</sup> Identifikacija s kolektivitetom je neupitna (pripisana) i služi legitimiranju postojećeg poretka. Drugim riječima, moderno društvo nije moguće sve dok prevladava osjećaj pripadnosti pojedinca društvenoj grupi kao cjelini. Detradicionalizacija otvara pukotine u ovom jedinstvenom subjektu i vodi k odmaku od onoga što se shvaća kao glavni izvor legitimnosti predmodernog poretka. Raspad dirkemovskog subjekta, čiji autoritet počiva na svetom, beskonačnom i nad-individualnom, odvija se kao proces detradicionalizacije društvenog života u najširem smislu. Na razini pojedinca ovaj se proces manifestira kao individualizacija potencijala i utjecaja na vlastitu životnu situaciju. Na opće društvenoj razini detradicionalizacija se izražava prvenstveno kao zaokret od tradicionalnih, sakraliziranih vrijednosti k materijalističkim i post-materijalističkim vrijednostima (R. Inglehart).<sup>14</sup> U njemačkoj klasičnoj sociologiji diskurs detradicionalizacije izražen je kroz protustavljenost zajednice (Gemeinschaft) i društva (Gesellschaft). Zajednica i društvo shvaćeni su u ovoj intelektualnoj tradiciji kao suprotnosti, a svaki od ova dva oblika društvenih odnosa uključuje oblike identifikacije koji su međusobno isključivi. U Weberovoj sociologiji društveni je razvoj shvaćen na evolucionistički način - kao proces racionalizacije. Na pitanje o tome zašto tradicija gubi autoritet i kredibilitet, suvremeni autori u odgovorima naglašavaju različite momente: tehnologiju i njezin utjecaj na razvoj komunikacije i prometa, kulturnu logiku kasnog kapitalizma (F. Jameson 1991), trivijalizaciju potrošačke kulture, procese sekularizacije i nestanak sakralne aure nad normativnom strukturom društva. Međutim, kao što s pravom ističe T. Luke, u suvremenom društvu izvan priče o suprotstavljenosti zajednice i društva „ostaje aktualna među-igra brojnih

<sup>12</sup> Vidjeti o tome P. Hellas, *Detraditionalization and its Rivals*, u P. Helelas, S. Lash, P. Morris (eds.), *Detraditionalization*, Blackwell publishers, Malden (MA) 1996, str. 2.

<sup>13</sup> Prema Durkheimu "individualne svijesti su zatvorene jedne prema drugima". One mogu komunicirati samo putem simbola, pri čemu materijalni predmeti predstavljaju tek sredstva u stvaranju "kolektivne svijesti". Vidjeti o tome u: E. Durkheim, *Elementarni oblici religijskog života*, Prosveta, Beograd, 1982., str. 213.

<sup>14</sup> R. Inglehart, *Modernization and Postmodernization: Cultural, Economic, and Political Change in 43 Societies*, Princeton University Press, 1997.

identiteta i razlika u kojima se može raspoznati tradicija-u-modernosti ili modernitet-u-tradiciji" čime čitava priča dobiva drugačiji smisao.<sup>15</sup>

Kako pokazuje upravo navedeni citat, pored radikalnog shvaćanja modernizacije kao detradicionalizacije, postoje i umjerenija shvaćanja prema kojima modernizacija društva ne znači nužno raskid s tradicijom. Prema tom stajalištu elementi modernog i tradicionalnog mogu koegzistirati u vrlo različitim konkretnim oblicima. Argumentacija teze o koegzistenciji tradicionalnog i modernog naglašava kako moderna i postmoderna društva nisu tako detradicionalizirana kako se čini na prvi pogled te kako su procesi detradicionalizacije društva često praćeni proturječnim procesima održavanja i rekonstrukcije tradicionalnih oblika života, pa čak i konstrukcijom „novih“ tradicija. Prema takvom stajalištu tradicije predstavljaju tek tragove djelovanja, znakove vjerovanja i predstave kontinuiteta prisutne u ljudskom mišljenju i praksi. Kao takve one se prenose kroz generacije često na kaotičan način i zato su otvorene za različite interpretacije, upitne su i podložne reviziji.<sup>16</sup> Drugim riječima, refleksivnost nije isključivo proizvod društva kasne modernizacije jer istraživanja antropologa pokazuju kako pripadnici takozvanih „zatvorenih“ (predmodernih) društvenih grupa također ne sagledavaju društvene činjenice (religiju, vrijednosti, norme) na istovjetan način. S druge strane, u društvima kasne modernizacije, bez obzira na ideologiju individualizma, često je onemogućena afirmacija individualnih potreba, interesa i mogućnost odabira.<sup>17</sup>

Ne ulazeći na ovom mjestu u podrobniju analizu koegzistencije tradicionalnog i modernog, moglo bi se zaključiti kako diskontinuitet koji sa sobom donose procesi modernizacije i nema tako oštru oštricu kako se ponekad pokušava ustvrditi.

### 3. Kolektivna identifikacija i tranzicija

Spomenuti problemi dodatno su pojačani raspadom socijalističkih sustava. Osobne i kolektivne frustracije što proizlaze iz često nerealnih težnji da se u kratkom razdoblju dostigne razina modernizacije najrazvijenijih društava imaju za posljedicu dodatnu destabilizaciju same osnove identifikacijskih procesa. U tranzicijskim procesima ne događa se samo odbacivanje gospodarskog i političkog „prtljaga“ realnog socijalizma već se odbacuje i sustav vrijednosti koji je nastao kao rezultat industrijalizacije u bivšem društvenom sustavu, a čiji su bitni elementi egalitarizam, kolektivizam, internacionalizam i sl. Istodobno,

<sup>15</sup> T. Luke, Identity, Meaning and Globalization: Detraditionalization in Postmodern Space-time Compression, u P. Helelas, S. Lash, P. Morris (eds.), Detraditionalization, Blackwell publishers, Malden (MA) 1996, str. 110.

<sup>16</sup> Isto, str. 116.

<sup>17</sup> Vidjeti o tome u: G. Ritzer, Mekdonaldizacija društva, Jesenski i Turk, Zagreb, 1999., str. 239-240.



vrijednosti karakteristične za modernu građansku individualnost ne uspijevaju se uobličiti u novi vrijednosni obrazac budući da njegove strukturalne i materijalne pretpostavke moraju biti tek stvorene. Rezultat ovih procesa su «heterogeni» i često proturječni vrijednosni sklopovi koji produbljuju stare i generiraju nove crte sukoba. Ove proturječnosti najjasnije dolaze do izražaja na normativnoj razini, u anomijskim situacijama, koje su karakteristične za tranzicijska društva, a obiluju pojavama gospodarskog kriminala i korumpiranih političkih elita.

Nemogućnost zadovoljenja temeljnih potreba, koje uključuju potrebe za preživljavanjem, životnim standardom, ali i potrebe za autonomijom djelovanja i identitetom, stvara frustracijske situacije koje na duži rok povećavaju vjerojatnost latentnih i manifestnih sukoba.<sup>18</sup> Pored toga što predstavlja temeljnu ljudsku potrebu, kolektivni identitet ima funkcionalno značenje za grupu kao glavni izvor grupe solidarnosti. Uspješna izgradnja kolektivnih identiteta i samoidentifikacija pojedinca kao člana grupe bitni su uvjeti društvene integracije, što znači da je identitet bitan uvjet samoodržanja čovjeka kao društvenog bića. Zato i poremećaji u konstrukciji osobnih i kolektivnih identiteta imaju za posljedicu duboke socijalne krize kao i krize osobnosti.<sup>19</sup> Identitet kao refleksija o pripadnosti zajednici važan je element društvenih promjena budući da je djelovanje društvenih aktera glavni čimbenik promjena. Kriza identiteta se tako predstavlja i kao kriza društvenog razvoja.<sup>20</sup> Nije zato ništa neobično u činjenici da su danas "u igri" različite strategije obrane kolektivnog identiteta. U tom smislu su još uvijek najefikasnije različite varijante nacionalne homogenizacije, ali ona danas više nije neupitna i neosporiva.

Višestruki su izvori ovih sukoba i proturječnosti. Na njih utječe prvenstveno sam karakter i dostignuti stupanj modernizacije u okviru bivšeg socijalističkog društvenog sustava. Modernizacijski procesi, bez obzira kako ih shvatili,<sup>21</sup> predstavljali su zajedno s ideološkim prtljagom glavni temelj legitimnosti bivših elita, pri čemu su postojale bitne razlike u ostvarivanju modernizacijskih ciljeva. Nejednake polazne pozicije uvjetuju i različitu razinu konfliktnosti tranzicijskog procesa. U tom smislu razložno je pretpostaviti da će dostignuti

---

<sup>18</sup> Vidjeti o tome: J. Galtung, *Emerging Conflict Formations and New World Order*, u: A. Gasparini; V. Yadov(ed.), *Social Actors and Designing the Civil Society of Eastern Europe*, Greenwich, JAI Press 1995.

<sup>19</sup> V. Yadov, *Process of Emerging New Social Identities in the Changing Post-totalitarian Society*, u: A. Gasparini; V. Yadov(ed.), *Social Actors and Designing the Civil Society of Eastern Europe*, Greenwich: JAI Press 1995, str. 37.

<sup>20</sup> Dobar primjer je apatija koja je bila karakteristična za posljednju fazu razvoja tzv. društava "realnog socijalizma" i koja je predstavljala jedan od glavnih uzroka neuspjeha svih pokušaja reformiranja spomenutih sustava.

<sup>21</sup> U literaturi se rabe različiti pojmovi kako bi se označile posebnosti modernizacije u zemljama u razvoju: modernizacija odozgo, politička modernizacija, nedovršena modernizacija, jednostrana modernizacija.

viši stupanj modernizacije u okviru bivšeg sustava imati za posljedicu nižu razinu sukoba u tranzicijskom procesu, bilo da je riječ o ekonomskoj racionalnosti (razvoj tržišnog gospodarstva), bilo političkoj (razvoj demokratskih institucija).<sup>22</sup> Razlog tomu je u činjenici da viši dostignuti stupanj u modernizacijskom procesu omogućuje višu razinu institucionalizacije i lakše upravljanje društvenim sukobima. Na području gospodarske politike to znači smanjenje jaza između racionalnosti odnosa kapitala i socijalnih zahtjeva za institucionalizacijom industrijskog konflikta. Na političkom planu razlike u stupnju modernizacije mogu olakšati ili otežati stvaranje i djelovanje aktera civilnog društva, što je jedan od glavnih ciljeva političkog programa tranzicije.

Pravo iskušenje tranzicijskih društava predstavlja područje kulture. Sustav težnji, vrijednosti spoznaja proširenih unutar određenog društva predstavlja središnje elemente kulture. Iako su ciljevi tranzicije definirani prije svega u gospodarskim (tržište) i političkim (demokratizacija) kategorijama, dostizanje recentnih postignuća zapadnih društava nije moguće bez promjene vrijednosti, i to kako na razini društva, tako i na razini pojedinca. Uostalom, jedan od glavnih problema modernizacije u zemljama u razvoju uvijek je bio u stvaranju vrijednosnog sustava koji bi odgovarao društveno-ekonomskim ciljevima modernizacije. Dosadašnja iskustva modernizacije ukazuju na dva moguća načina promjene vrijednosnog sustava. Prvi je egzogenog karaktera, pri čemu promjene vrijednosti proizlaze kao rezultat promjena u društveno-ekonomskoj strukturi. Klasičan primjer predstavlja industrijalizacija kao posljedica kolonijalnog osvajanja. Na sličan način djelovali su modeli tzv. nekapitalističke modernizacije u bivšim socijalističkim zemljama. I u jednom i u drugom primjeru implementacija novih vrijednosti odvijala se pod pretpostavkom izvanredne centralizacije političke i ekonomske moći kojom se tradicionalne vrijednosti nastojalo potisnuti na margine društvenog života. Drugi oblik predstavlja endogeni proces promjene vrijednosnog sustava. Ove promjene su također rezultat promjena u strukturi društva, ali one nisu implementirane na izvanjski način, već predstavljaju izraz unutarnjih potreba društva kad tradicionalne vrijednosti postaju preprekom daljnjem razvoju. U tranzicijskim procesima dolazi do odbacivanja vrijednosnog sustava koji je nastao kao rezultat industrijalizacije u sustavu realnog socijalizma, a čiji su bitni elementi egalitarizam, kolektivizam, internacionalizam i sl. Istodobno, vrijednosti karakteristične za moderno građansko društvo ne uspijevaju se uobličiti u novi vrijednosni sustav budući da njegove strukturalne pretpostavke moraju tek biti stvorene. Ovaj raskorak je pravi izvor retraditionalizacije kulturne sfere koja se javlja "kao revizija do sada

<sup>22</sup> Naravno ovu "unutarnju" pretpostavku mogu "korigirati" različiti oblici interkonfliktnih situacija, kao što su eskalacije međunacionalnih i međuetničkih sukoba i uporaba sile od strane političkog središta. Kako pokazuje primjer bivše Jugoslavije, takvi sukobi mogu poništiti većinu dostignutih materijalnih i političkih pretpostavki tranzicijskih procesa.

vladajuće interpretacije kulturne povijesti".<sup>23</sup> Retradicionalizacija do koje dolazi u većini tranzicijskih društava duboko je proturječan proces, što posebno dolazi do izražaja na planu vrijednosnih usmjerenja. Budući da su ciljevi tranzicije izvedeni iz modernih, demokratskih vrijednosti, retradicionalizacija u vidu zatvaranja u nacionalne, etničke, religijske i lokalne okvire djeluje konzervativno na procese prijelaza iz totalitarnog u demokratsko društvo. Na razini socijalnih aktera retradicionalizacija se izražava u različitim oblicima kolektivne identifikacije na premodernim osnovama.

U sferi politike i gospodarstva racionalizacija je znatno lakše ostvariva, što ne znači da se ona odvija bez problema. Iako su gospodarski ciljevi, čija je okosnica privatizacija i uspostavljanje odnosa kapitala, najmanje sporni, do problema dovodi nedostatnost institucionalnih rješenja i, posebno, nedorečenost normativnog sustava. Pravi problemi tranzicije, iako neposredno manje uočljivi, dolaze do izražaja u kulturnoj sferi. Ona predstavlja pravi prostor podjela i dualizma vrijednosti, ciljeva i normi.

Raspad jednopartijskih sustava u istočnoj i srednjoj Europi skinuo je koprenu monizma i univerzalizma i razotkrio svu složenost identifikacijskih procesa što se čitavo vrijeme održavala iza privida ideološki implementirane političke, klasne i nacionalne jednoobraznosti. Raznolikost legitimnih interesa i težnji za njihovim slobodnim izražavanjem koja karakterizira moderno društvo predstavlja stvarnu osnovu za stvaranje raznolikih identiteta. U tom smislu opravdano je očekivati da će tranzicijski proces, otklanjajući totalitarno djelovanje ideoloških vrijednosti, osloboditi autonomno djelovanje pojedinca. Pri tome, međutim, treba imati u vidu dva aspekta ove "zamjene" vrijednosti. Prvo, glavni akteri tranzicijskog procesa nastoje u svakom trenutku naglasiti vrijednosni *diskontinuitet* u odnosu na bivši sustav. Na mjesto vrijednosti kao što su: partija, vođa, država, akteri tranzicije postavljaju demokratske vrijednosti (pluralizam, višepartijski sustav, parlamentarna kontrola moći, slobodni izbori itd.). S druge strane, "zamjena" vrijednosti zbiva se u situaciji materijalne oskudice i potpunog nedostatka institucija civilnog društva, što onemogućava stvarni vrijednosni zaokret. U takvom rascjepu u pravilu se uporište legitimiteta, a onda i kolektivnih identiteta, traži i nalazi u tradicionalnim vrijednostima (religija, nacionalni mitovi, etnicitet). Dualizam modernog i tradicionalnog predstavlja stvarni kontekst tranzicijskog procesa. U takvim uvjetima identifikacija društvenih aktera je, bez obzira na izvanjske pritiske, bremenita proturječnostima i latentnim i manifestnim sukobima. Kad je riječ o konstrukciji kolektivnih identiteta u tranzicijskim društvima, posebno bi trebalo voditi računa o nizu proturječnosti koje mogu poslužiti kao iskustveni izvor hipotetičkih postavki.

<sup>23</sup> R. Kalanj, Tranzicija, konsolidacija demokracije i pitanje kulture, u I. Cifrić (ur.), Društveni razvoj i ekološka modernizacija. Prilog sociologiji tranzicije, HSD - Filozofski fakultet, Zagreb, 1998., str. 30.

1. Nova je stratifikacijska struktura društva u nastajanju, što znači da je otežana statusna identifikacija. Na to utječe relativno visoka stopa nezaposlenosti, što je posebno obilježje gotovo svih tranzicijskih društava.<sup>24</sup> Realno je pretpostaviti da na slabljenje statusnog identiteta utječu i pretjerana očekivanja koje tranzicija pobuđuje u različitim stratifikacijskih skupina. Liberalizacija na gospodarskom planu i ukidanje ideologijskog anatemiziranja slobodnog poduzetništva pokrenuli su kod velikog dijela pučanstva nerealne težnje za uspinjanjem na stratifikacijskoj ljestvici. S druge strane, uski sloj poduzetnika koji dominiraju ekonomskim resursima se zbog više razloga nalazi u ambivalentnoj situaciji. Povezanost neoliberalnih vrijednosti i retradicionalizacije pogoduje stvaranju hibridnih modela ponašanja u gospodarstvu, u kojima su povezane ekonomska i politička moć. S druge strane nedostatnost mehanizama socijalne države čini društvene suprotnosti jasno vidljivima. Stereotipi koji se stvaraju u takvoj situaciji često su povezani s drugim oblicima identitetnih podjela, kao što su nacionalne, etničke, religijske i teritorijalne, što samo pojačava socijalne napetosti.
2. Politička i ideologijska identifikacija su krajnje nestabilne. Razlog tomu je dijelom u težnji većine pučanstva da se distancira od ideologijskog monizma iz socijalističkog razdoblja. Međutim, glavni utjecaj na stvaranje novih političkih identiteta imaju društveni čimbenici koji djeluju u političkoj areni tranzicijskog društva. Političke stranke i pokreti još uvijek traže svoju ulogu na političkoj sceni, ali je političko-ideološka identifikacija otežana zbog fragmentacije političkog prostora koji se sastoji od starih i novih ideoloških elemenata. U takvim uvjetima političke stranke i društveni pokreti nisu jasno prepoznatljivi po svojim ideološkim i programskim obilježjima, već se birači identificiraju više s vođama nego sa strankama i pokretima.
3. Proces demokratizacije i afirmacija interesnog pluralizma potiče zahtjeve za decentralizacijom moći u tranzicijskim društvima. Rezultat ovog procesa je bitno izmijenjena prostorna identifikacija. Do izražaja sve više dolaze različiti oblici uže teritorijalne identifikacije kao što su lokalna i regionalna. Identifikacija sa širim teritorijalnim cjelinama gubi primat koji je imala u totalitarnim sustavima.<sup>25</sup> Novi lokalizam

<sup>24</sup> U istočnoeuropskim zemljama je nakon 1990.g. ukinuto više od sedam milijuna radnih mjesta. Vidjeti: R. Kalanj, *Tranzicija, konsolidacija demokracije i pitanje kulture*, u I. Cifrić (ur.), *Društveni razvoj i ekološka modernizacija. Prilog sociologiji tranzicije*, HSD - Filozofski fakultet, Zagreb, 1998., str. 23.

<sup>25</sup> Prema rezultatima istraživanja regionalne pripadnosti u hrvatskom dijelu Istre najviši stupanj vezanosti utvrđen je na regionalnoj razini, na drugom je mjestu lokalna vezanost (grad,

nema mnogo zajedničkog sa zatvorenošću starog "kampanilizma".<sup>26</sup> Za razliku od starog lokalizma koji je nespojiv s demokratskim promjenama, novi lokalizam uključuje izrazito demokratske vrijednosti kao što su otvorenost granica, transgranična suradnja, interkulturalnost i multietničnost. Kad je riječ o pojavi lokalne identifikacije u tranzicijskim društvima, treba očekivati pojave koje mogu bitno odstupati od idealno-tipske slike, što je povezano s nizom čimbenika.<sup>27</sup> S druge strane, to ne znači da nestaje identifikacija s nacionalnom državom. Kako pokazuju empirijska istraživanja suvremenog regionalizma, posebno u pograničnim regijama, uobičajena je pojava višestrukih hijerarhijski organiziranih prostornih identiteta koji se međusobno ne isključuju.<sup>28</sup>

Spomenute naznake nemaju namjeru zalaganja za neke homogene oblike identifikacije koji bi trebali uroditi stvaranjem modernog identiteta. Identitet u društvima kasne modernizacije ima otvorenu strukturu i može obuhvatiti ne samo različite nego i proturječne vrijednosti. Upravo u tome je složenost identifikacijskih procesa u suvremenim društvima. Međutim, ova struktura mora biti hijerarhijski organizirana kako bi se izbjegle krizne situacije na individualnoj i društvenoj razini. Individualnu i društvenu razinu povezuju formalne i neformalne institucije. One predstavljaju organizirane i strukturirane oblike normativnog ponašanja i vrijednosti. Tranzicijski proces se u tom smislu može shvatiti kao proces institucionalnog uobličavanja postkomunističke društvene strukture, pri čemu su "u igri" različite opcije strukturiranja individualnih i kolektivnih identiteta. Kakva će vrijednosna struktura prevladati na pojedinim područjima društvenog života (gospodarstvo, kultura, znanost, obrazovanje, politički prostor), najviše zavisi od polaznih pretpostavki (razina ekonomske, kulturne i političke razvijenosti) započetog procesa strukturiranja te od glavnih društvenih aktera tranzicije kao što su političke elite, oporbene skupine, društveni pokreti i nosioci ekonomske moći.

---

kvart), a na trećem je mjestu vezanost za nacionalni teritorij. Vidjeti o tome: B. Banovac, *Društvena pripadnost, identitet, teritorij. Sociološko istraživanje regionalne pripadnosti u Istri*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 1998., str. 156.

<sup>26</sup> Vidjeti o tome: H. Teune, *New Localisms and Old Identities in Global Political Economies*, u A. Gasparini (ed.), XXXII World Congress. *Dialogue between cultures and changes in Europe and the world. After, during, before*, Università di Trieste, Trieste 1995., str. 114.

<sup>27</sup> Ključni je svakako dostignuti stupanj modernizacije, ali važnu ulogu može imati i zemljopisni položaj, razina komunikacije sa socijalnim okruženjem, prometna povezanost itd.

<sup>28</sup> Vidjeti o tome: B. Banovac, *Društvena pripadnost, identitet, teritorij. Sociološko istraživanje regionalne pripadnosti u Istri*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 1998.

#### 4. Centar i periferija

Opći okvir od kojeg se polazi u nastojanju da se objasne spomenuti procesi jest model središta i periferije, pri čemu se periferija shvaća prvenstveno kao socio-kulturna pojava. Sa stajališta difuzionističke teorije svaki otpor centraliziranoj državi može se shvatiti kao otpor procesu modernizacije.<sup>29</sup> Pokreti periferije doživljavaju se kao suprotnost gospodarskim modelima kapitalističkog tipa, kao nastojanje da se održi socijalna struktura zasnovana na srodstvu, tradiciji i pripisanim statusnim obilježjima. Racionalizmu moderne države suprotstavlja se primordijalizam etničkih identiteta na periferiji. U sklopu sociologije takvo je stajalište najbolje izraženo kod E. Shilsa.<sup>30</sup> Iako Shils problem odnosa centra i periferije razmatra prvenstveno sa stajališta vrijednosne integracije, riječ je u osnovi o istom teorijskom ishodištu, koje je kod drugih autora izraženo u ekonomskim ili zemljopisnim kategorijama. Društvena integracija se odvija na gospodarskim osnovama i uzroke društvenih sukoba treba tražiti prvenstveno u ekonomskoj sferi. Oni mogu poprimiti različite oblike - od čisto gospodarskog karaktera, kao što je sukob agrarne periferije i industrijskog središta, ili pak sukob religijskih elemenata, koji su utjecajni na periferiji nego u sekulariziranom središtu.

Međutim, ne mora svaki model odnosa središta i periferije nužno završiti u ekonomskom determinizmu. Lipset i Rokkan su još šezdesetih godina ustvrdili kako model središte-periferija zavisi od čitavog niza čimbenika koji su različiti u različitim društvenim situacijama.<sup>31</sup> Unatoč tome oni još uvijek smatraju da različite teritorijalne težnje dolaze do izražaja u situaciji nedovršene modernizacije koja ostavlja periferiju u izolaciji. Međutim, da li će to biti zaista tako, zavisi i od kulturnih specifičnosti periferije, komunikacijskih veza, stupnju gospodarske nezavisnosti, kao i od komunikacije sa susjednim središtima kulturnog i gospodarskog utjecaja. T. Hueglin u razmatranju odnosa između regionalizma i modernizacije polazi od pretpostavke koja je upravo suprotna difuzionističkoj tezi. On nastoji pokazati da se suvremeni regionalizam javlja upravo kao odgovor na krizu modernizacije uzrokovane potpunom centralizacijom na političkom i gospodarskom polju. Po njegovu mišljenju "jakobinske institucije" moderne države, koje su nastale pred 200 godina, ne mogu se nositi s kompleksnim političkim i gospodarskim strukturama suvremenog društva. To posebno dolazi do izražaja u uvjetima oskudice resursa,

<sup>29</sup> Takvo stajalište zastupa primjerice M. Hechter. Vidjeti o tome u: M. Hechter, *Internal Colonialism Revisited* u E. A. Tiryakian; R. Rogowski (eds.) *New Nationalism of the Developed West: Toward an Explanation*, Alen & Unwin, London, 1985.

<sup>30</sup> Usp. E. Shils, *Center and Periphery. Essays in Macrosociology*, The University of Chicago Press, Chicago, 1975.,

<sup>31</sup> Lipset, S. M.; Rokkan, S., (ed.) *Party Systems and Voters Alignments*, The Free Press, New York, 1967.

granica rasta, ograničenih mogućnosti širenja globalnog i nacionalnog tržišta. Regionalizam se u tom smislu javlja kao odgovor na zastarjelost političkih institucija koje žrtvuju regionalne interese u nastojanju maksimizacije nacionalnih. U tom smislu, regionalizam bi trebalo shvatiti kao "autentični dio modernizacije, a ne kao njezino odbacivanje".<sup>32</sup>

Sedamdesetih i osamdesetih godina Rokkan i Urwin u sklopu projekta ETI (*Economy, Territory, Identity*) nastoje otkloniti slabosti modela uvođenjem višedimenzionalnog pristupa. Prvu dimenziju čini vojno-administrativni segment u izgradnji nacija, drugu ekonomski i treću kulturni.<sup>33</sup> Oni ističu kako ne postoji jednostavna polarizacija središta i periferije u kulturi, ekonomiji i politici. Mobilizacija periferije proizlazi iz nesklada između kulturnih, ekonomskih i političkih uloga, što je karakteristično za Europu od nastanka nacionalnih država na tom području.<sup>34</sup> Političko, kulturno i gospodarsko središte ne moraju se uvijek poklapati. U takvim slučajevima nastaje policentrična struktura države, u kojoj se periferija može uspješno suprotstaviti integracijskim procesima s obzirom da posjeduje vlastite institucionalne i gospodarske resurse. Za razliku od ekonomskog determinizma difuzionističke teorije, niti jedna od spomenutih dimenzija nema primat. Različita kombinacija političkih, ekonomskih i kulturnih elemenata utjecat će na način i tip mobilizacije periferije. Ovakav koncept čini od modela središte-periferija vrlo prihvatljivo analitičko sredstvo u empirijskim istraživanjima jer omogućava zahvate u različite empirijske situacije. Model se može primijeniti kako na situacije u kojima periferija nakon političke integracije zadržava kulturnu autonomiju, tako i na slučajeve u kojima je periferija bolje gospodarski razvijena od središta.

Do mobilizacije na periferiji dolazi ukoliko su prisutne dvije osnovne pretpostavke: prvo, ukoliko postoje uvjeti za nastanak posebnog grupnog identiteta; drugo, ukoliko dolazi do promjena koje mijenjaju društvenu situaciju grupe na periferiji.<sup>35</sup> Za nastanak prve pretpostavke bitni su teritorijalno-politički, kulturni i gospodarski resursi dostupni grupama na periferiji, kao i odnosi koji se uspostavljaju između centra i periferije na toj osnovi. Značajnu ulogu u tom kontekstu može imati utjecaj središta (političkog, gospodarskog, kulturnog) izvan države. Stvaranje regionalnog identiteta moguće je ukoliko postoji značajna koncentracija moći barem u jednom od tri navedena izvora (teritorijalno-politički, kulturni, gospodarski).

Postojanje regionalnog identiteta nužan je, ali ne i dovoljan uvjet mobilizacije. Društvene promjene su "katalizatori" koji pokreću periferiju. U tom smislu,

<sup>32</sup> T. Hueglin, "Better Small and Beautiful than Big and Ugly? Regionalism, Capitalism and the Postindustrial State", *International Political Science Review*, Vol. 10, No. 3/1989., str. 213-214.

<sup>33</sup> Usp. S. Rokkan, D. Urwin, *Economy Territory Identity. Politics of West European Peripheries*, Sage, London, 1983., str. 15.

<sup>34</sup> Usp. isto, str. 192.

<sup>35</sup> Usp. isto, str. 124.

nastanak pojedinih političkih pokreta na periferiji vezuje se uz prvi veliki val promjena u Europi: oni su "neposredni proizvodi nacionalne revolucije u Europi 19. stoljeća ... ili su posljedica propasti pokušaja stvaranja imperija u središnjoj Europi 1918. g.".<sup>36</sup> Drugi val promjena zahvatio je zapadnoeuropske zemlje nakon Drugog svjetskog rata, a poklapa se s razdobljem "druge industrijske revolucije". Ove promjene dovode do mobilizacije periferije u slučajevima kad središte pokušava nametnuti takva politička rješenja koja ne odgovaraju stvarnoj strukturi moći u kontroli političko-teritorijalnih, kulturnih i ekonomskih resursa.

Rokkan i Urwin uspješno obilaze empirijski problematičnu tezu o depriviranosti kao dostatnom uzroku mobilizacije periferije. Regionalizam je proširen i u natprosječno razvijenim područjima pojedinih država (Katalonija). Isto tako, u uvjetima gospodarske nerazvijenosti regionalni identiteti mogu mirovati dugo vremena, a do mobilizacije dolazi upravo u uvjetima poboljšavanja životnog standarda<sup>37</sup>. Izgleda da je u tom pogledu u pravu Hueglin kad naglašava modernizacijski karakter regionalizma. Regionalistički i etnički pokreti nazočni su i u uvjetima materijalne oskudice i nerazvijenosti, ali kao što primjećuje Hueglin, tamo gdje su nedostajale materijalne i političke pogodnosti, regionalizam je ostao ili socio-kulturni pokret unutar intelektualne ili književne elite ili se pretvorio u nasilne oblike pobune.<sup>38</sup>

Strukturalne karakteristike središta i periferije u Europi su prema Rokkanu i Urwinu rezultat povijesnih procesa u kojima su stvorene nacionalne države na ovom prostoru. Kako su se procesi stvaranja država (*state building*) samo djelomično poklopili s procesima stvaranja nacija (*nation building*), neke etničke grupe uspjele su stvoriti vlastite države, dok su druge bile u svojim namjerama osujećene. Posljedica toga je višetetnički sastav europskih država, a društvene promjene koje povremeno zahvaćaju europski prostor zbog toga djeluju poput katalizatora koji aktiviraju i pospješuju procese etničko-teritorijalne mobilizacije.

Model predstavlja sintetički prikaz temeljnih kulturnih, političkih i ekonomskih procesa koji su na djelu od sredine 17. stoljeća i bitno obilježili europski socio-kulturni prostor. Značajni doprinos ovog koncepta je u tome što je jasno ocrtao teritorijalnu dimenziju u kojoj se odvija etnička i regionalna mobilizacija.

U Rokkan-Urwinovom konceptu periferije mogu se razlikovati dvije osnovne dimenzije: prva je geopolitičkog karaktera i poklapa se s državnim granicama; druga je geokulturna, a izražava se kao zasebni kulturni identitet. Bitan uvjet

<sup>36</sup> Usp. isto, str. 136.

<sup>37</sup> U Škotskoj je do eskalacije regionalnog nacionalizma došlo u vrijeme opadanja tradicionalnih gospodarskih djelatnosti, ali istodobno s otkrivanjem podzemskih nalazišta nafte na tom području. Vidjeti o tome: J. Milton, *Scottish Nationalism, North Sea Oil, and the British Response*, u M. J. Esman (ed), *Ethnic Conflict in the Western World*, Ithaca: Cornell U. P. 1977., str. 267-269.

<sup>38</sup> Primjer za prvi oblik regionalne mobilizacije može biti regionalizam u južnim dijelovima Francuske (Provansa), a za drugi separatistički pokret Baska u Španjolskoj.



za mobilizaciju periferije upravo je kulturna pripadnost. Ukoliko ne postoji zasebna kulturna pripadnost, još uvijek je moguća mobilizacija na teritorijalnoj osnovi unutar države, ali će ona imati prvenstveno karakter zahtjeva za gospodarskim ili političkim poboljšanjem položaja periferije u odnosu na središte. U tom slučaju neće se dovoditi u pitanje procesi izgradnje države i nacije. Nasuprot tome, ukoliko se geopolitička dimenzija poklopi s geokulturnom, mobilizacija periferije može dovesti u pitanje spomenute procese i u većoj ili manjoj mjeri osporiti legitimnost političke vlasti na određenom teritoriju. Ali i u takvim slučajevima mobilizacija periferije predstavlja iznimno složenu pojavu u kojoj dolazi do interakcije tri bitna elementa: periferije, političkog središta i kulturnog središta prema kojem su usmjerene težnje zasebnih kulturnih identiteta. Kombinacija djelovanja ovih čimbenika dovodi do niza različitih pojavnih oblika mobilizacije - od regionalizma do iredentizma i separatizma.

Paradigma središte-periferija ne predstavlja radikalni raskid s difuzionističkim teorijama. Ona zadržava pretpostavku o pretežno evolucijskom nastanku državno-teritorijalnih cjelina, koji u krajnjoj liniji dovodi do uspostavljanja uvjeta političke dominacije i zavisnosti teritorijalnih jedinica. Središta postaju funkcionalni centri jer kroz daljnju centralizaciju ekonomskih, političkih i kulturnih resursa uspijevaju uspostaviti kontrolu nad modernizacijskim procesima. Ali, kao što ističe C. H. Williams, "centralizacija nužno proizvodi regionalne nejednakosti, protu-centralizacijske zahtjeve i razvoj procesa teritorijalnog usklađivanja kao što su pripojenje (aneksija), separatizam, iredentizam".<sup>39</sup> Krize nastaju često i zbog toga što u procesu izgradnje država izostaje institucionalizirana zaštita etničkih manjina. Do toga dolazi zato jer se etničke veze smatraju "primordijalnim" i kao takve trebaju biti podređene racionalnijim oblicima povezivanja, kao što su npr. klasni odnosi.

Najveći doprinos Rokkan-Urwinova modela nije toliko u objašnjenju etničke mobilizacije koliko u tome što je ovu smjestio u prostorni kontekst povijesnih zbivanja. Analizirajući različite dimenzije odnosa periferije i središta on pokazuje kako društveni i gospodarski razvoj ne vodi nužno besprijekornoj integraciji u državnu cjelinu unitarnog tipa s jedinstvenom kulturom. Povijesna analiza formiranja teritorijalno-političke mape Europe pokazuje raznolikost procesa stvaranja nacija i država, kao i različitost problema s kojima se suočavaju centri i periferije u pojedinim slučajevima. Mobilizaciju periferije i sukobe koji nastaju na toj osnovi ne treba shvaćati kao prepreku modernizaciji, već kao dio šire društvene dinamike koja bitno utječe na profiliranje modernog društva.

---

<sup>39</sup> C. H. Williams, *Ethnic Regionalism in the Celtic Periphery: The Welsh Experience*, u B. De Marchi, A. M. Boileau (eds.) *Boundaries and Minorities in Western Europe*, Franco Angeli Editore, Milano, 1982., str. 114.

### 5. Treći val

Posebno je aktualna teza o tome kako šire društvene promjene utječu na aktiviranje latentnih proturječnosti unutar socio-kulturnih i teritorijalno-političkih cjelina. Uz dva vala takvih promjena koje spominju Rokkan i Urwin trebalo bi danas navesti i treći: dezintegraciju socijalističkih sustava i stvaranje Europske unije. Oblici etničko-teritorijalne mobilizacije nastali na ruševinama socijalističkih federacija predstavljaju svakako specifične pojave u usporedbi s pojavama zapadnoeuropskih etno-teritorijalnih pokreta nakon Drugog svjetskog rata. Specifičnosti proizlaze prvenstveno iz drugačijih putova modernizacije društva koji su bili na djelu u društvima realnog socijalizma. Pored toga, procesi demontiranja autoritarnih društvenih i političkih struktura omogućili su ispoljavanje najrazličitijih, dugo vremena potiskivanih, oblika pripadnosti i identiteta. Univerzalizam koji je zagovarala komunistička ideologija raspao se na niz posebnih aspekata društvene pripadnosti, što je otvorilo prostor za afirmaciju različitih dimenzija osobnih i kolektivnih identiteta. U tom smislu mogu se povući određene analogije između poslijeratnih procesa demokratizacije društvenih odnosa u zapadnim zemljama i promjena koje doživljavaju istočnoeuropske zemlje krajem 80-ih i u 90-im godinama. I u jednom i u drugom slučaju procesi obnove i učvršćivanja etničko teritorijalnih identiteta nastaju u rascjepu između demokratizacije krutih političkih struktura i novih oblika funkcionalne centralizacije. Ipak, nova funkcionalna organizacija imala je u socijalnoj državi na Zapadu pretežito gospodarski karakter, dok u novostvorenim istočnoeuropskim državama prevladavaju politički elementi. Posebnost ovih posljednjih je u tome što su procesi nacionalne emancipacije i državotvornosti i zahtjevi za decentralizacijom moći povijesno i vremenski zgusnuti u jedinstveni proces događanja. To daje procesima konstrukcije prostorne identifikacije još dramatičniji oblik u odnosu na onaj koji je svojstven većini zapadnih država.

Drugi bitan aspekt društvenih promjena jest ubrzanje integrativnih procesa na europskoj razini, što se vremenski poklapa s raspadom socijalističkih i komunističkih sustava. Danas nema dvojbe o tome da se ovi procesi moraju razmatrati u njihovoj povezanosti. Nastojanja usmjerena na zamišljanje nove europske zajednice nailaze na niz problema u konstrukciji prostornih identiteta novog tipa. Pitanje odnosa globalnog, nacionalnog i lokalnog u konstrukciji novog europskog identiteta predstavlja jednu bitnu dimenziju problema.<sup>40</sup> U tom vidokrugu dominira pitanje o odnosu tradicionalnog i modernog, pitanje kako očuvati tradicionalne vrijednosti, običaje i posebnosti načina življenja s jedne strane i istodobno, kako bi rekao E. Moren, „misliti Europu“ kroz ideje tehnološkog napretka, znanja, novih horizonta pravde i međunacionalne suradnje.

<sup>40</sup> Vidjeti o tome: B. Banovac, *Otvorena pitanja europskog identiteta*, u S. Mežnarić (ur.), *Etničnost i stabilnost Europe u 21. stoljeću*, Jesenski i Turk, Zagreb, 2002.

Čini se da je u tom pogledu u pravu J. E. Fossum kad kaže kako se EU u potrazi za vlastitim identitetom „nalazi zarobljena između Scile univerzalizma i Haribde posebnosti i razlika”.<sup>41</sup> Drugu dimenziju problema predstavlja pitanje o odnosu centra i periferije u novim uvjetima. Pojmovi centra i periferije očito trebaju još jednom biti redefinirani u europskoj povijesnoj perspektivi. U prostornom smislu problem se može promatrati u vidu podjela koje su određene Schengenskim granicama. Odgovori na ova pitanja će ipak morati biti složeniji i tiču se svih, kako onih unutar, tako i onih izvan Schengenskih ograda. Međutim, za redefiniranje centra i periferije nedostaju neki bitni teorijski i politički elementi. Dilema o Europi regija ili Europi nacija još uvijek nije razjašnjena na zadovoljavajući način. Kompromisna formula o Europi nacija bez nacionalnih država na prvi pogled zvuči dosta plauzibilno, ali je teško ostvariva. Nacije koje su netom izborile svoju zakašnjelu državnost teško će se odreći svoje stečevine. Pri tome ne treba zanemariti činjenicu da će proširenje europske zajednice uskoro dovesti do toga da će većina članica biti upravo tranzicijske zemlje. Čini se da je društvenim sustavima koji su se emancipirali od idelogijskog centralizma ipak prihvatljivija decetralizacija u obliku regionalizma nego gubitak tek stečenog nacionalnog suvereniteta.

Zahtjevi za decentralizacijom moći u vidu regionalizma otvaraju prostor za mobilizaciju teritorijalnih identiteta u rubnim područjima sustava moći. Kako pokazuje europsko iskustvo, regionalizam kao pokret i alternativa nacionalnoj homogenizaciji ima više izgleda u pograničnim područjima koja su, promatrano u povijesnoj perspektivi, bila pod utjecajem različitih političkih središta. U takvim „dodirnim periferijama”<sup>42</sup> multietničnost i multikulturalnost su u većini slučajeva uobičajene pojave (Istra, Furlanija, Alto Adige, Alzas). U nekim slučajevima, kao što pokazuje primjer Istre, međuetnički i međunacionalni sukobi u prošlosti učvrstili su vrijednosti tolerancije i suživota. U takvim situacijama teritorijalna i lokalna identifikacija je često snažnije izražena nego nacionalna, a državne granice funkcioniraju češće kao komunikacijske membrane nego kao barijere.

---

<sup>41</sup> J. E. Fossum, *The European Union In Search for Identity*, European Journal for Political Theory, 2 (3) /2003, 319-340, str. 319

<sup>42</sup> Dodirna periferija je ona u kojoj postoji nesklad između političko-administrativnih teritorijalnih zahtjeva i kulturnih identiteta bilo koje vrste. Ona nastaje u presjeku između kulturno određenog prostora i politički-administrativno određenog prostora. Vanjska periferija određena je udaljenošću od svog središta. Ove periferije nisu samo različite od središta u kulturnom pogledu, već su istovremeno i izolirane od sličnih područja u drugim državama. Primjer takvih periferija su jug Italije i Škotska u Velikoj Britaniji. Vidjeti o tome: F. H. Arebrot, *On the Structural Basis of Regional Mobilization in Europe*, u B. De Marchi, A. M. Boileau (eds.), *Boundaries and Minorities in Western Europe*, Franco Angeli Editore, Milano 1982., str. 42-43.

## 6. Umjesto zaključka

Poduzeta rasprava o teorijskim aspektima konstrukcije kolektivnih identiteta na sub-nacionalnim razinama tranzicijskog društva ukazuje na neke bitne aspekte problema koji mogu biti formulirani u vidu hipotetičkih odnosa.

Prije svega, treba pretpostaviti da je kolektivna identifikacija općenito povezana s dostignutim stupnjem i karakterom modernizacije određene sredine. U tom smislu moguće je govoriti o predmodernim, modernim i post-modernim obilježjima identiteta. Kad je riječ o hrvatskom društvu, stupnjeve modernizacije pojedinih sredina trebalo bi shvatiti prije kao kontinuitet prijelaza iz jednog obrasca u drugi nego kao prostorno odvojeno funkcioniranje različitih modela modernizacije. U krajnjoj liniji mogu se razlikovati dva osnovna obrasca kolektivne identifikacije koji su smješteni na krajnjim točkama navedenog kontinuiteta. Prvi, u kojem su prisutni tek rudimentarni elementi modernog i u kojem prevladavaju odnosi tipični za tradicionalna predmoderna društva (kolektivna čuvstva, održanje tradicionalnih vrijednosti, grupni mentalitet, preživljavanje u oskudici) i drugi, u kojem se raspoznaju elementi «kasne modernizacije» (instrumentalizam, individualizam, razvojna pitanja, potrošački mentalitet). Sukladno tome, u sredinama koje su bliže predmodernom obrascu može se očekivati veći stupanj homogenizacije kolektivnih identiteta i primordijalna obilježja, dok bi u sredinama uznapredovale modernizacije identitet trebao imati više instrumentalna obilježja. Ove razlike imale bi se odraziti i na razinu tolerancije u međuetničkim i međunacionalnim odnosima.

(Pred)modernost hrvatskih rubnih područja zavisi od niza geokulturnih i geopolitičkih varijabli, od kojih većina ima porijeklo u daljoj i bližoj povijesti (etničke i političke podjele i sukobi, procesi industrijalizacije i urbanizacije, prometna i kulturna povezanost). Opravdano je pretpostaviti da će se razlike odraziti na razinu i oblik političke mobilizacije periferije u razdoblju tranzicije. Intenzitet lokalne identifikacije može biti sličan u periferijama različitog tipa, ali izrazitije težnje k regionalizmu treba očekivati kod gospodarski razvijenijih periferija. Kod slabije razvijenih periferija prevladavat će „stari“ tip lokalizma („parohijalizam“, „kampanilizam“) koji ne nalazi neposredni izraz u političkoj mobilizaciji. To znači da se u sredinama koje su bliže «predmodernom obrascu» može očekivati izrazitija vezanost uz politički centar nego u sredinama obrasca «kasne modernizacije».

Konačno, bitan aspekt modernizacije izražava se kroz oblike i funkcioniranje lokalnih društvenih institucija. U tom kontekstu posebnu važnosti ima problem upravljanja konfliktima interesa na razini svakodnevnog života. Institucionalizacija društvenog života u pojedinoj sredini povezana je s dostignutim stupnjem gospodarskog, kulturnog i političkog razvoja. U «u obrascu kasne modernizacije» veća je raznolikost institucionaliziranih sadržaja nego u «predmodernom obrascu» što se izražava kako u broju organizacija, tako i u njihovoj specijalizaciji. Zadovoljstvo građana s funkcioniranjem institucija trebalo bi biti veće u razvijenijim sredinama nego u manje razvijenim.

### *Literatura*

- B. Anderson, *Nacija: zamišljena zajednica. Razmatranja o porijeklu i širenju nacionalizma*, Školska knjiga, Zagreb, 1990.
- F. H. Arebrot, *On the Structural Basis of Regional Mobilization in Europe*, u B. De Marchi, A. M. Boileau (eds.), *Boundaries and Minorities in Western Europe*, Franco Angeli Editore, Milano 1982.
- B. Banovac, *Društvena pripadnost, identitet, teritorij. Sociološko istraživanje regionalne pripadnosti u Istri*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 1998.
- B. Banovac, *Otvorena pitanja europskog identiteta*, u Mežnarić, Silva (ur.): *Etničnost i stabilnost Europe u 21. stoljeću*, Jesenski i Turk, Zagreb, 2002.
- J. Batt, *Introduction: Region, State and Identity in Central and Eastern Europe*, u Judy Batt and Kataryna Wolczuk (eds.) *Region, State and Identity in Central and Eastern Europe*, Frank Cass, London 2002.
- E. Durkheim, *Elementarni oblici religijskog života*, Prosveta, Beograd, 1982.
- J. Friedman, *The Implosion of Modernity*, u M. J. Shapiro, H. R. Alker (eds), *Challenging Boundaries*, University of Minesota Press, Minneapolis 1996.
- J. Galtung, *Emerging Conflict Formations and New World Order*, u: A. Gasparini; V. Yadov(ed.), *Social Actors and Designing the Civil Society of Eastern Europe*, Greenwich, JAI Press 1995.
- A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Stanford University Press, Stanford Cal. 1990.
- H. Haferkamp, N. Smelser (ed), *Social Change and Modernity*, University of California Press, Berkeley 1992.
- M. Hechter, *Internal Colonialism Revisited* u E. A. Tiryakian; R. Rogowski (eds.) *New Nationalism of the Developed West: Toward an Explanation*, Alen & Unwin, London, 1985.
- P. Hellas, *Detraditionalization and its Rivals*, u P. Helelas, S. Lash, P. Morris (eds.), *Detraditionalization*, Blackwell publishers, Malden (MA) 1996.
- T. Hueglin, *Better Small and Beautiful than Big and Ugly? Regionalism, Capitalism and the Postindustrial State*, *International Political Science Review*, Vol. 10, No. 3/1989.
- R. Inglehart, *Modernization and Postmodernization: Cultural, Economic, and Political Change in 43 Societies*, Princeton University Press, 1997.
- R. Kalanj, *Tranzicija, konsolidacija demokracije i pitanje kulture*, u I. Cifrić (ur.), *Društveni razvoj i ekološka modernizacija. Prilog sociologiji tranzicije*, HSD - Filozofski fakultet, Zagreb, 1998.
- Lipset, S. M.; Rokkan, S., (ed.) *Party Systems and Voters Alignments*, The Free Press, New York, 1967.
- T. Luke, *Identity, Meaning and Globalization: Detraditionalization in Postmodern Space-time Compression*, u P. Helelas, S. Lash, P. Morris (eds.), *Detraditionalization*, Blackwell publishers, Malden (MA) 1996.
- J. Milton, *Scottish Nationalism, North Sea Oil, and the British Response*, u M. J. Esman (ed), *Ethnic Conflict in the Western World*, Ithaca: Cornell U. P. 1977.
- G. Ritzer, *Mekdonaldizacija društva*, Jesenski i Turk, Zagreb, 1999.
- S. Rokkan, D. Urwin, *Economy Territory Identity. Politics of West European Peripheries*, Sage, London, 1983.
- E. Shils, *Center and Periphery. Essays in Macrosociology*, The University of Chicago Press, Chicago, 1975.
- H. Teune, *New Localisms and Old Identities in Global Political Economies*, u A. Gasparini (ed.), XXXII World Congress. *Dialogue between cultures and changes in Europe and the world. After, during, before*, Università di Trieste, Trieste 1995.

C. H. Williams, *Ethnic Regionalism in the Celtic Periphery: The Welsh Experience*, u B. De Marchi, A. M. Boileau (eds.) *Boundaries and Minorities in Western Europe*, Franco Angeli Editore, Milano, 1982.

J. E. Fossum, *The European Union In Search for Identity*, *European Journal for Political Theory*, vol. 2 (3)/2003.

Thiery Verhelst, *The Impact of Identity on Local Development and Democracy*, u N. Švob-Đokić (ed.), *Redefining Cultural Identities*, Institute for international Relations, Zagreb, 2001.

W. Welsh: *Transculturality. The Puzzling Form of Cultures Today*, u M. Featherstone, S. Lash (ed.) *Spaces of Culture. City, Nation, World*, London, Sage, 1999.

V. Yadov, *Process of Emerging New Social Identities in the Changing Post-totalitarian Society*, u: A. Gasparini; V. Yadov(ed.), *Social Actors and Designing the Civil Society of Eastern Europe*, Greenwich: JAI Press 1995.

### Summary

## COLLECTIVE IDENTITIES AND "NEW" PERIPHERIES

The article presents elaboration of a theoretical and hypothetical framework for research of problems of collective identities within transitional societies. In that view, the author analyses process of society modernization as a real social context within which the construction of identity takes place. Mentioned processes are particularly complex in transitional societies since transition could be understood as a process of terminating links with special modernization models in real socialism and introducing of western type modernization. Insufficiency of real material and normative conditions for such a turn, renders the relationship between tradition and modernization particularly tense forming a framework of a process that might be viewed as a detraditionalization of a given society. Framework theoretical model for analysis is a model of center and periphery. The author applies this model to transitional societies that create new centers of power in a new formed national state, but also form a "new" periphery incorporated in mobilization of suppressed collective identities and regional type of political mobilization. On the basis of theoretical elaboration, the final part of this article formulates basic presumptions for a research of collective identification in periphery of a transitional society.

**Key words:** *modernization, collective identity, detraditionalization, transition, periphery.*

### Zusammenfassung

## KOLLEKTIVE IDENTITÄTEN UND "NEUE" PERIPHERIEN

Der Artikel stellt die Ausarbeitung eines theoretisch hypothetischen Rahmens für die Untersuchung des Problems kollektiver Identitäten unter den Bedingungen

einer Transitions-gesellschaft dar. Dabei analysiert der Autor den Modernisierungsprozess der Gesellschaft als realen gesellschaftlichen Kontext, in dem sich die Konstruktion der Identität abspielt. Der erwähnte Prozess entwickelt sich auf besonders komplexe Art gerade in den Transitions-gesellschaften, indem Transition als Prozess des Bruchs mit besonderen Modernisierungsmodellen des realen Sozialismus aufgefasst werden kann und als Einführung einer Modernisierung westlichen Typs. Die Unzulänglichkeit wirklicher materieller und normativer Voraussetzungen für diesen Wendepunkt verschärft die Frage hinsichtlich Tradition und Modernisierung im Rahmen eines Prozesses, der als Detraditionalisierung der Gesellschaft bezeichnet werden kann. Das theoretische Modell, innerhalb dessen sich die Analyse abwickelt, ist das Modell von Zentrum und Peripherie. Dieses Modell wendet der Autor auf die Situation der Transitions-gesellschaft an, was die Herstellung eines neuen Zentrums der Macht in Form des neugegründeten Nationalstaates, aber ebenso die Herstellung «neuer» Peripherien im Sinne von Mobilisierung unterdrückter kollektiver Identitäten und eine Mobilisierung regionalen Typs bedeutet. Auf Grund der theoretischen Erarbeitung werden im Schlussteil des Artikels grundlegende Voraussetzungen für die Untersuchung von kollektiver Identifizierung in der Peripherie der Transitions-gesellschaft formuliert.

*Schlüsselwörter: Modernisierung, kollektive Identität, Detraditionalisierung, Peripherie.*

#### Sommario

### IDENTITÀ COLLETTIVE E "NUOVE" PERIFERIE

L'articolo presenta l'elaborazione di un quadro teorico e ipotetico nella ricerca sui problemi delle identità collettive nelle società in transizione. A questo proposito l'autore analizza il processo della modernizzazione della società come un contesto sociale reale nel quale avviene la costruzione dell'identità. Tali processi sono particolarmente complessi nelle società in transizione poiché la transizione può essere intesa come un processo di rottura dei legami con particolari modelli di modernizzazione nel socialismo reale e di introduzione della modernizzazione di tipo occidentale. L'insufficienza dei materiali reali e delle condizioni normative per una tale svolta rende la relazione tra tradizione e modernizzazione particolarmente tesa, formando la cornice di un processo che potrebbe essere visto come la detradizionalizzazione di una data società. Il modello teorico dentro il quale si svolge questa analisi è un modello di centro e periferia. L'autore applica questo modello alle società in transizione che creano nuovi centri di potere nella visione di un neofornato stato nazionale, ma anche formano delle "nuove" periferie nell'elaborazione della mobilitazione di identità collettive soppresse e di tipologie regionali di mobilitazione politica. Sul fondamento dell'elaborazione teorica, la parte conclusiva dell'articolo formula

le ipotesi basilari per la ricerca dell'identificazione collettiva nella periferia della società in transizione.

**Parole chiave:** *modernizzazione, identità collettive, detradizionalizzazione, transizione, periferia.*



## KONFESIONALNA I RELIGIJSKA IDENTIFIKACIJA U GORSKOM KOTARU, ISTRI I LICU

Mr. sc. Željko Boneta, viši predavač  
Viša učiteljska škola Sveučilišta u Rijeci

UDK: 316.347:2](497.5-3 Gorski kotar)  
316.347:2](497.5-3 Istra)  
316.347:2](497.5-3 Lika)  
Ur.: 28. travnja 2004.  
Pr.: 28. svibnja 2004.  
Prethodno priopćenje

*U tekstu se na temelju podataka iz terenskog dijela istraživanja na projektu «Modernizacija i kolektivna identifikacija u hrvatskoj periferiji» analiziraju sličnosti i razlike u konfesionalnom i religijskom identitetu Gorskog kotara, Istre i Like. Osnovna teza rada je da su razlike u religioznosti posljedice različitog intenziteta modernizacijskih procesa u tri regije. Sekularizacijske posljedice ostavile su najviše traga u Istri, dok desekularizacijske dosege nalazimo više u Lici i Gorskom kotaru.*

**Ključne riječi:** *modernizacija, konfesionalnost, religioznost, Lika, Istra, Gorski kotar, anketno istraživanje.*

### I

Namjera je ovog teksta usporedba konfesionalne i religijske identifikacije u tri regije u Hrvatskoj: Gorskom kotaru, Istri i Lici<sup>1</sup>. U tekstu se polazi od osnovne hipoteze da je konstrukcija kolektivnih identiteta neodvojivo povezana sa stupnjem modernizacije pojedine sredine (predmoderni, moderni, «post-moderni» oblici identifikacije). Religijski se identitet promatra kao bitni, u predmodernim društvima i središnji dio kolektivnog identiteta. Proces modernizacije problematizira tradicionalne oblike identiteta, pa i onaj religijski. Sklad i neprotuslovlje individualnog i kolektivnog identiteta, prisutni u predmodernom razdoblju, modernizacijom su dokinuti. Drugim riječima, modernizacijski procesi imaju za posljedicu decentriranje (Hall) i segmentiranje (Bradley) identiteta

<sup>1</sup> Tekst je nastao u okviru rada na projektu «Modernizacija i kolektivna identifikacija u hrvatskoj periferiji», kojeg financira Ministarstvo obrazovanja, znanosti i športa.

(Haralambos, 2002.), pa religijski identitet više nije stožerni, već postaje samo jedan od identiteta pojedinca. Erozijska se ne zbiva progresivno i podjednako u svim segmentima identiteta, pa će neke zahvatiti snažnije od drugih. Budući da se modernizacijski procesi ne zbivaju svugdje istim intenzitetom i njihove će posljedice u različitim sredinama biti različite.

Istraživanje polazi od pretpostavke da između tri analizirane regije postoje značajne razlike u stupnju i dosezima modernizacijskih procesa, što se manifestira u razlikama u religijskoj i konfesionalnoj identifikaciji. Neke od najvažnijih sličnosti triju područja jesu: prvo, da je svaka od njih povijesno i geografski cjelovita regija, i da se kao takva prepoznaje u hrvatskom kontekstu. Drugo, da u sve tri regije postoji jasna razina kolektivne regionalne identifikacije (Gorani, Istrani/Istrijani, Ličani). Treće, da su sve tri regije kroz najveći dio svoje povijesti bile periferne regije bez obzira o kojoj je državnj tvorevini riječ. Perifernost je bila izvor različitih oblika kolektivne traumatiziranosti. Četvrto, sve tri regije pripadale su istim državama u razdobljima prvog (Austro-Ugarska) i drugog vala modernizacije (SFR Jugoslavija).

Najbitnije razlike triju područja jesu: prvo, ove regije pripadaju različitim državama poslije raspada Austro-Ugarske (Istra - Italiji, a Lika i Gorski kotar - Kraljevini Jugoslaviji). Pripadnost različitim državama proizvela je različita kolektivna iskustva, koja utječu na aktualne kolektivne stavove i stereotipe. Drugo, značajne su razlike u današnjoj ekonomskoj razni razvijenosti regija. Sve tri regije su do 1945. godine bile periferne, dakle i zapostavljene u okviru svojih država. U SFR Jugoslaviji one doživljavaju bitno različitu dinamiku razvoja, odnosno ekonomske modernizacije. Primjerice, Istra je 80-tih godina imala 2,5 puta veću stopu rasta BDP od prosjeka RH. (Izvešće, 1995:43-45). Istodobno, Istra je od područja intenzivne emigracije postala područje intenzivne imigracije. Nasuprot tome, Lika zaostaje za prosječnim modernizacijskim trendom Hrvatske, zbog čega je ona kontinuirano značajno emigracijsko područje. Treće, sva su tri područja prije Domovinskog rata bila multietnička, odnosno u njima je bila prisutna značajna komponenta etnički manjinskih skupina (vidi Tablicu 1.).

Tablica 1 - *Nacionalni sastav stanovništva (u %, prije i poslije rata)*

		HRVATI	SRBI	TALIJANI	OPREDIJELJENI	OSTALI
GORSKI KOTAR	1991.	81,47	10,95	*	*	7,58
	2001.	85,65	9,87	0,02	0,00	4,46
ISTARSKA ŽUPANIJA	1991.	51,61	8,66	7,49	18,12	14,12
	2001.	71,88	3,20	6,92	4,30	13,70
LIČKO- SENJSKA ŽUPANIJA	1991.	71,78	23,90	0,01	0,06	4,25
	2001.	86,15	11,54	0,01	0,00	2,30

Tablica 1. pokazuje nejednake poratne promjene u etničkom sastavu triju regija. Najmanje su se promjene zbile u Gorskom kotaru, gdje je neznatno (za 1,08%) smanjen udio Srba i ostalih etničkih skupina u korist povećanja udjela Hrvata (za 4,18%). U Istri se četiri puta smanjio udio regionalno opredijeljenih ispitanika<sup>2</sup> (za 13,82%), a više od dva puta udio Srba (za 5,46%), uz isto toliko povećanje udjela Hrvata (za 20,13%). U Lici se dvostruko smanjio udio Srba (za 12,36%), a povećao udio Hrvata (za 14,37%). Zajedničko trima regijama jest smanjenje udjela ne-Hrvata i povećanje udjela Hrvata u populaciji.

Četvrto, za razumijevanje teme bitna je razlika u načinu na koje su rat proživjele tri regije. Lika je njime silovito zahvaćena i podijeljena, a jedan je njen dio bio pod kontrolom pobunjenih Srba. U čitavom ratnom razdoblju svi aspekti «normalnog društvenog života» u njoj bili su suspendirani. Nakon «Oluje» dolazi do masovnog iseljavanja Srba i doseljavanja bosanskih Hrvata, čime se demografska struktura pojedinih dijelova Like bitno mijenja. Rat je pokidao veze između društvenih grupa, zahvaćajući i primarnu razinu (brakovi, prijateljstva, susjedstva), te proizveo traumatiziranost i besperspektivnost na čitavom prostoru, čije su posljedice i danas vidljive. Uprkos etnički miješanom stanovništvu (značajan udio srpske manjine), Gorski kotar nije bio izravno zahvaćen ratom. Zbog blizine ratnih zbivanja i angažmana stanovnika u vojnim formacijama, ratne posljedice su i u njemu ipak očite. Primjerice, na ekonomskom planu (najčešće) neuspjela privatizacija državnih firmi i smanjenje tranzita preko Gorskog kotara imali su za posljedicu pad životnog standarda. Istra je u ratu imala specifičnu poziciju zbog svoje perifernosti, pa je posredno zahvaćena ratom ponajprije angažmanom svojih građana - branitelja. Zbog relativne udaljenosti ratnih zbivanja u njoj se, uz iznimku prvih dviju ratnih godina, stjecao dojam prividno «normalnog funkcioniranja života». Iako i tu dolazi do drastičnog pada životnog standarda, kao i u ostatku Hrvatske, u priobalnim dijelovima Istre dio građana ima nezanemariv dodatni izvor prihoda od iznajmljivanja turističkih soba i apartmana.

Sličnosti i razlike triju regija nalazimo i na planu konfesionalnosti. Sve tri regije smještene su u doseg religijskog i kulturnog povijesnog utjecaja rimskog biskupa. No, za razliku od Istre koja je kroz povijest bila katolički monokonfesionalna<sup>3</sup>, Lika i Gorski kotar su dominantno katolička područja s nezanemarivim udjelom pravoslavnih i blizinom granice s islamom. Navedene činjenice imale su za posljedicu da u povijesti Istri konfesionalnost nikada nije bila marker među najvećim etničkim skupinama, jer su i Slovenci i Talijani i Hrvati dijelili istu religiju. Nasuprot tome, konfesionalnost je bila najznačajniji marker između etničkih grupa Hrvata i Srba u Lici i Gorskom kotaru. Kroz povijest se konfesionalna raznolikost u ova dva bikonfesionalna područja manifestirala permanentno kao izvor konflikata (Vrcan, 2003:16). Naime, religijska identifikacija

<sup>2</sup> O fenomenu regionalno opredijeljenih u Istri vidi više u Banovac (1998).

<sup>3</sup> Izuzetak je kratkotrajan utjecaj protestantizma u renesansnom razdoblju, koji nije ostavio značajniji trag u puku, te mala enklava pravoslavnih u Peroju.

je u Lici i Gorskom kotaru postala bitnim dijelom nacionalne identifikacije. Međukonfesionalni i međuetnički sukobi bili su generatori potrebe za razlikovanjem od jezično sličnih susjeda, čime jača simbolički značaj religije kao najvidljivijeg razlikovnog čimbenika. Nasuprot tome, u Istri su jezik i socijalno porijeklo najznačajniji markeri među etničkim grupama, a konfesionalnost im je zajednički nazivnik. Procesi političke i ekonomske modernizacije i sekularizacije nagrizaju tradicionalnu konfesionalnost u sva tri područja različitim intenzitetom. Erozija se manifestira, ne toliko kroz potpuno odbacivanje konfesionalnog identiteta, već kroz jaz između religijske deklaracije i religijskog ponašanja te probiranja prihvatljivih religijskih sadržaja<sup>4</sup>.

Društvenim promjenama 90-tih godina, koje se lapidarno mogu označiti kao prijelaz iz socijalizma u kapitalizam, dolazi do oslobađanja prostora za, dijelom politički, a dijelom ekonomski i kulturno, potisnuti religijski identitet. Istodobno, religijski identitet od društveno proskribiranog postaje poželjan i normalan (Vrcan, 2003:21), drugim riječima, dominantan proces sekularizacije premeće se u proces desekularizacije. Proces desekularizacije, uostalom kao ni proces sekularizacije, ne zbiva se istim intenzitetom u ova tri područja. U prostorima koji su bili jače zahvaćeni modernizacijom, njegove posljedice biti će manje vidljive nego u onima slabije zahvaćenim.

## II

U sklopu projekta «Modernizacija i kolektivna identifikacija u hrvatskoj periferiji» korištene su tri različite metode prikupljanja podataka. Metodom intervjuva u svakoj je regiji intervjuirano 8-10 ispitanika iz skupine opinion makers, kako pripadnika elitnih skupina (političko-upravljačka, gospodarska; kulturna; crkvena, službe obrane i zaštite), tako i predstavnika civilnog društva (novinari, nacionalne manjine, NGO, kulturna alternativa). Metodom analize sadržaja (kvantitativna i kvalitativna) analizirano je pisanje lokalnih medija. Provedeno je i terensko anketno istraživanje stavova populacije u sve tri regije. Terensko istraživanje provedeno je krajem 2003. godine, s jedinstvenim upitnikom koji je sadržavao 105 varijabli. Anketiran je ukupno 721 ispitanik iz 26 mjesta, i to: 435 ispitanika iz 16 mjesta u Istri, 153 ispitanika iz 7 mjesta u Gorskom kotaru i 133 ispitanika iz 3 mjesta u Lici. Struktura uzorka u Istri i Gorskom kotaru rađena je proporcionalno brojčanoj zastupljenosti stanovništva u jedinicama lokalne uprave.<sup>5</sup> Uzorak u Lici je zbog teškoća financijske i organizacijske prirode te hipersenzibilnosti sredine na osjetljive međuetničke teme sadržane u upitniku ograničen na tri veća mjesta (Gospić, Otočac i Perušić). Broj ispitanika je i u Lici proporcionalan udjelu građana ova tri grada u cjelokupnoj populaciji regije. Terenski rad su obavili anketari - studenti Pravnog fakulteta u Rijeci.

<sup>4</sup> Više o istarskom slučaju vidi u Boneta, 2000.

<sup>5</sup> Zbog velikog broja malih općina u Istri, u kojima bi proporcionalno trebalo anketirati manje od petoro ispitanika, te su jedinice nadomještene ispitanicima iz drugih, po ekonomskoj strukturi i položaju (priobalje-unutrašnjost) sličnih općina.

U nastavku će biti predstavljeni rezultati terenskog istraživanja izravno vezani uz problem religijskog identiteta, odnosno dviju varijabli koje mjere vezanost s religijom i crkvom. Prva varijabla je konfesionalna identifikacija mjerena pitanjem: «Kojoj vjeroispovijesti pripadate?». Ona je u istraživanom prostoru dio kolektivnog identiteta značajno inficiranog nacionalnim sadržajem. Rat (međuetnički konflikt) i nastojanje elita će značaj ovog segmenta identiteta potencirati kao jednog od najbitnijih razlika «nas» i «njih». Druga varijabla je religijska samoidentifikacija mjerena pitanjem: «Kako bi odredili svoj odnos prema religiji?». Ona je osobnijeg karaktera i znači samoprepoznavanje vlastite religioznosti.

U ovom segmentu istraživanja pošlo se od sljedećih hipoteza:

H1. Prepoznavanje pripadnosti konfesiji ili konfesionalna identifikacija, bit će, kao što pokazuju zadnja dva popisa stanovništva u RH, u sve tri regije većinski proširena.

H2. Zbog povijesnog značaja konfesionalnog identiteta (kao razlikovnog) u Lici i Gorskom kotaru ovaj aspekt religioznosti će u ove dvije regije biti prošireniji (kao «normalna društvena činjenica») nego u Istri.

H3. Religijska samoidentifikacija kao osobniji i zahtjevniji vid religioznosti bit će u sve tri regije manje proširen od konfesionalne identifikacije.

H4. Religiozna identifikacija će se također razlikovati u tri regije. Što je regija dosegla viši stupnja modernizacije, individualno će opredjeljenje značajnije odudarati od kolektivne pripadnosti. Stoga će ovaj aspekt religioznosti biti rasprostranjeniji u Lici i Gorskom kotaru nego u Istri. Ukratko, sekularizacijski trendovi bit će primjetniji u Istri nego u Lici i Gorskom kotaru.

### III

Podaci iz popisa stanovništva 2001. godine (tablica 2.), pokazuju da je u Lici i Gorskom kotaru više pravoslavnih. U Istri je više muslimana i onih koji ne prepoznaju svoju konfesionalnu identifikaciju, a manje katolika od hrvatskog prosjeka.

Tablica 2 - Stanovništvo prema vjeroispovijesti po popisu 2001. godine

		KATOLICI	PRAVO-SLAVNI	MUSLI-MANI	OSTALI	NISU VJERNICI, AGNOSTICI I NEIZJAŠNJENI	UKUPNO
REPUBLIKA HRVATSKA	F	3.897.332	195.969	56.777	56.474	230.908	4.437.460
	%	87,83	4,42	1,28	1,26	5,21	100
GORSKI KOTAR	F	21.841	2.565	285	216	1.213	26.120
	%	83,62	9,82	1,09	0,76	4,71	100
LIČKO-SENJSKA ŽUPANIJA	F	45.856	5.936	280	435	1.170	53.677
	%	85,43	11,06	0,52	0,81	2,18	100
ISTARSKA ŽUPANIJA	F	161.132	6.096	8.623	2.381	28.112	206.344
	%	78,09	2,95	4,18	1,15	13,63	100

Uspoređujući distribuciju konfesionalnosti po jedinicama lokalne uprave u tri regije uočavamo značajne razlike. U Istri svih devet gradova i polovica općina (15 od 30) ima veći udio od hrvatskog prosjeka onih koji ne prepoznaju svoju konfesionalnost (općina Fažana čak 19,97%)<sup>6</sup>. Od tri grada u Gorskom kotaru dva (Delnice i Vrbovsko) imaju za nijansu više nekonfesionalnih od prosjeka RH, ali samo jedna od šest općina (Fužine). U Lici su svi gradovi i općine ispod državnog prosjeka udjela nekonfesionalnih.

Anketnim istraživanjem dobiveni su rezultati koji pokazuju trend unificiranja konfesionalne scene.

Tablica 3 - *Kojoj vjeroispovijesti pripadate? (u %)*

	KATOLIČKA	PRAVOSLAVNA	ISLAMSKA	NEKA DRUGA	NIJEDNA
<b>GORSKI KOTAR</b>	90,85	4,58	1,31	0,00	3,27
<b>ISTRA</b>	84,30	1,39	2,54	0,23	11,55
<b>LIKA</b>	88,46	3,08	0,00	3,08	5,38

Podaci u tablici 3. govore u prilog tezi o prepoznavanju konfesionalnog identiteta kao normalnoj društvenoj činjenici zbog procesa deprivatizacije religije (Vrcan). U istraživanoj populaciji riječ je o prepoznavanju konfesionalnog identiteta, ponajviše katoličkog, kao bitnog dijela kolektivnog identiteta. Naime, u Gorskom kotaru i Lici je udio onih koji se nisu konfesionalno deklarirali izuzetno malen (3,27% i 5,38%). Zbog svega toga možemo zaključiti da u sve tri regije nalazimo trend oblikovanja monokonfesionalnog društva u kojem nestaju konfesionalne različitosti.

Podatak o 11,55% onih koji ne pripadaju nijednoj konfesiji u Istri, nasuprot svega 3,27% u Gorskom kotaru i 5,38% u Lici, sugerira da je problematizacija ove dimenzije kolektivnog pripadanja značajnije prisutna samo na istarskom poluotoku.

Slabašan utjecaj modernizacijskih procesa u ovom aspektu religioznosti, manifestira su i u statističkoj vezi općih obilježja ispitanika i konfesionalnosti. Naime, ukoliko je sekularizacijska paradigma još uvijek operabilna, morale bi postojati razlike u prepoznavanju vlastite nekonfesionalnosti u pojedinim društvenim skupinama i pojedinim područjima.

<sup>6</sup> Sekularizacijsku paradigmu učvršćuje podatak da je od 15 istarskih općina u kojima je nereligioznih ispod hrvatskog prosjeka, trinaest smješteno u slabije razvijenoj unutrašnjoj Istri, a samo su dvije, slabije turistički razvijene općine, priobalne (Marčana i Barban).

Tablica 4 - *Neprepoznavanje konfesionalnog identiteta (u%)*

	LIKA	ISTRA	GORSKI KOTAR
<b>DOB</b>			
18-27	9,62	9,59	0,00
28-40	3,33	13,13	0,00
41-50	4,76	8,41	6,06
51-60	0,00	19,35	4,17
61 i više	0,00	9,89	5,13
<b>SPOL</b>			
MUŠKI	4,62	12,86	1,39
ŽENSKI	6,25	10,31	4,94
<b>ŠKOLSKA SPREMA</b>			
OSNOVNA ŠKOLA	0,00	3,85	0,00
SREDNJA ŠKOLA	4,60	11,67	3,00
VIŠA ŠKOLA I FAKULTET	10,00	15,45	10,00
<b>RADNI STATUS</b>			
UMIROVLJENIK	0,00	11,76	4,00
NA ŠKOLOVANJU	5,26	17,24	0,00
KUĆANICA	0,00	12,50	0,00
NEZAPOSLENI	10,53	13,95	0,00
ZAPOSLENI	6,45	10,34	3,70

Iz tablice 4. razvidne su nemale razlike između tri područja. Kada je u pitanju dob, specifičnost Like je da se nitko stariji od 50 godina ne prepoznaje kao nekonfesionalna osoba, dok je statistički relevantan udio nekonfesionalnih primjetan samo u najmlađoj dobnoj kategoriji. Nasuprot tome, u Gorskom kotaru se u nekonfesionalne ne svrstava nitko mlađi od 40 godina. Riječ je o zanimljivoj pojavi da se mlađe dobne skupine, inače sklone samostalnom i nekonvencionalnom traganju za identitetom u potpunosti uklapaju u društveno poželjnu matricu. U Istri nekonfesionalnih ima u svim skupinama, a najviše među onima rođenim neposredno nakon II. svjetskog rata. Moguće je objašnjenje ove činjenice da je to posljedica odrastanja u za religiju netolerantnom vremenu (kraj 40-tih i početak 50-tih godina). Ova je hipoteza utemeljena na dvojbenoj pretpostavci da je politička sekularizacija bila puno učinkovitija u Istri<sup>7</sup> nego u Lici i Gorskom

<sup>7</sup> Zbog uloge mons. Bože Milanovića u pripojenju Istre Hrvatskoj na Pariškim pregovorima, RKT crkva je vraćena zgrada sjemeništa u kojoj je otvorena sjemenišna gimnazija, osnovano je "Društvo svećenika", počinje s izdavanjem vjerski list, a književno "Društvo sv. Mohora" seli iz Trsta u Pazin. (Milanović, 1973:601)

kotaru. S druge strane, ovoj pretpostavci proturječi podatak da je u dobnoj skupini od 41 do 50 godina najmanje nekonfesionalnih. Čini se da bi uvjerljiviji pokušaj objašnjenja ovih razlika trebao, uz egzogamne (političke), uzeti u obzir i čimbenik endogamne (ekonomske i kulturne) modernizacije (Touraine, 1990). Treća skupina razlika između regija vezana je uz korelaciju prepoznavanja vlastite nekonfesionalnosti i školske spremne ispitanika. U sve tri regije udio nekonfesionalnih raste porastom stručne spremne. Ipak, u Istri je neprepoznavanje konfesionalnosti značajnije prisutno već u skupini srednje obrazovanih (11,67%), a postoji i u skupini najmanje obrazovanih (3,85%). Slično, jedva primjetno nepriznavanje vlastite konfesionalnosti postoji u Lici i Gorskom kotaru tek u skupini srednje obrazovanih, dok među najmanje obrazovanim takvih uopće nema. Kada je u pitanju radni status, u skladu sa sekularizacijskom paradigmom, u Lici i Gorskom kotaru nijedna kućanica sebe ne svrstava u one bez konfesije. U Istri se sukladno toj paradigmi ispitanici na školovanju najviše svrstavaju (17,24%), ali i nasuprot njoj, radno aktivni ispitanici - najmanje svrstavaju u one bez konfesije (10,34%). Mladi u Istri očito najviše nose nonkonformistički potencijal i najjače se opiru procesu deprivatizacije religije. Konačno, u Istri muškarci se češće svrstavaju u nekonfesionalne od žena, dok je u druge dvije regije obratno.

Pitanje u vezi s religijskom samoidentifikacijom glasilo je: «Kakav je vaš odnos prema religiji?». Ponudeni modaliteti odgovora su: «uvjereni sam vjernik i prihvaćam sve što moja vjera uči» (uvjereni vjernik); «religiozan sam prema ne prihvaćam sve što moja vjera uči» (vjernik); «dosta razmišljam o tome, ali nisam siguran da li vjerujem ili ne» (neodlučan); «prema religiji sam ravnodušan» (ravnodušan); «nisam religiozan, iako nemam ništa protiv religije» (nereligiozan); «nisam religiozan i protivnik sam religije». Budući da modalitet «protivnici religije» nigdje nisu bili zastupljeni više od 0,7%, uvršteni su u kategoriju nereligioznih.

Distribucija odgovora prikazana u tablici 5. otkriva očekivanu manju proširenost (približno 20%) religijske nego konfesionalne samoidentifikacije.

Tablica 5 - *Religijska samoidentifikacija (u %)*

	RELIGIOZAN		NE-ODLUČAN	RAVNO-DUŠAN	NE-RELIGIOZAN
	UVJERENI VJERNIK	VJERNIK			
GORSKI KOTAR	71,89		10,46	8,50	9,15
	38,56	33,33			
ISTRA	59,22		9,45	8,99	22,35
	21,20	38,02			
LIKA	63,57		10,85	17,83	7,75
	41,86	21,71			

Zajedničko trima regijama je da su religiozno deklarirani ispitanici svugdje većina, kao što je i svugdje podjednak udio neodlučnih. Nadalje, primjetno je



da, kao i kod konfesionalnosti, postoje razlike između triju regija. Najviše nereligioznih i najmanje religioznih je u Istri, dok je najviše religioznih u Gorskom kotaru. U Lici je najviše «uvjerenih vjernika» tj. «onih koji prihvaćaju sve što njihova vjera uči» (41,86%) i ravnodušnih (17,83% - dvostruko više nego drugdje), a najmanje nereligioznih (7,75%). U Gorskom kotaru je najviše religioznih (71,89%), uz napomenu da je udio «uvjerenih vjernika» i «vjernika» gotovo podjednak. Jedino u Istri u strukturi religioznih prevladavaju «vjernici koji ne prihvaćaju sva učenja crkve» nad «uvjerenim vjernicima». Istodobno, u Istri je znatno više nereligioznih ispitanika nego u Lici (tri puta više) i Gorskom kotaru (gotovo dva i po puta više). Navedene razlike koje pokazuju veću proširenost nereligioznosti u Istri u odnosu na druge dvije regije mogu se pripisati različitom intenzitetu modernizacijskih procesa u tri regije. Snažnija ekonomska i kulturna modernizacija Istre potaknuta ponajviše turizmom, ali i različitim povijesnim iskustvom koje je ova regija imala, reflektira se u vezi ljudi uz religiju i crkvu.

Promotrimo izdvojene podatke o socio-demografskim karakteristikama samo onih ispitanika koji su se svrstali u kategoriju «vjernik sam i prihvaćam sve što moja religija uči» (tablica 6.).

Tablica 6 - *Uvjereni vjernici (u %)*

	LIKA	ISTRA	GORSKI KOTAR
<b>DOB</b>			
18-27	23,53	13,70	30,77
28-40	46,67	22,22	25,81
41-50	61,90	23,36	42,42
51-60	52,94	17,74	25,00
61 i više	66,67	25,27	58,97
<b>SPOL</b>			
MUŠKI	34,28	20,00	41,67
ŽENSKI	50,00	22,32	35,80
<b>ŠKOLSKA SPREMA</b>			
OSNOVNA ŠKOLA	72,73	35,85	51,52
SREDNJA ŠKOLA	43,02	21,79	39,00
VIŠA ŠKOLA I FAKULTET	26,67	13,82	15,00
<b>RADNI STATUS</b>			
UMIROVLJENIK	66,67	25,83	50,00
NA ŠKOLOVANJU	21,05	6,90	50,00
KUĆANICA	75,00	50,00	0,00
NEZAPOSLENI	36,84	18,60	27,27
ZAPOSLENI	37,70	20,26	30,86

Primjetno je da u Istri uvjerenih vjernika nema ni u jednoj dobnoj skupini više od četvrtine, dok su u Lici oni u svim dobnim skupinama (izuzev najmlađim)

natpolovična većina. U Gorskom su kotaru, koji se po rezultatima nalazi između ove dvije regije, uvjereni vjernici natpolovična većina samo u najstarijoj dobnoj skupini. Kada su u pitanju razlike po spolu, vidljiva je zanimljiva razlika između Like i Gorskog kotara. Ličanke se puno češće svrstavaju u uvjerenе vjernike od Ličana, a Gorani od Goranki. Razlog tome treba tražiti u činjenici da su u ličkom uzorku značajnije zastupljenije kućanice, koje se gotovo bez iznimki smatraju uvjerenim vjericama, nego u uzorku Gorskog kotara. Indikativna je korelacija religijske samoidentifikacije i školske spreme. U Lici (Cramer's  $V=0,2129$ ,  $\chi=13,9486$ ;  $df=8$ ;  $p<0,08$ ) najslabije su obrazovani ispitanici većinom uvjereni vjernici (72,73%), a nijedan se nije svrstao ni u ravnodušne ni u nereligiozne, dok je među najobrazovanijim dva puta više nereligioznih (26,67%) nego uvjerenih vjernika (13,33%). U Gorskom kotaru (Cramer's  $V=0,2848$ ;  $\chi=24,812$ ;  $df=8$ ;  $p<0,05$ ) su najslabije obrazovani ispitanici većinom uvjereni vjernici (51,52%), a nijedan se nije svrstao u nereligiozne, dok je među najobrazovanijim više nereligioznih (20%) nego uvjerenih vjernika (15%). U Istri (Cramer's  $V=0,1362$ ;  $\chi=16,062$ ;  $df=8$ ;  $p<0,05$ ) se i nezanemariv postotak najslabije obrazovani ispitanici svrstao u nereligiozne (11,32%). Ovi podaci pokazuju da su sekularizacijske posljedice u Istri, za razliku od drugih dviju regija, zahvatile sve slojeve stanovništva.

#### IV

Usprkos činjenici da su Gorski kotar, Istra i Lika od sredine XX. stoljeća u istoj državi, tri su regije imale različita modernizacijska iskustva. Istra je modernizacijskim procesima bila snažnije i duže izložena od Gorskog kotara i, naročito, Like. Posljedica snažnijih modernizacijskih utjecaja je sekularizacija koja se manifestira kroz problematizaciju tradicionalnih kolektivnih identiteta. Rat i društvena kriza izazvana raspadom real-socijalizma krajem prošlog stoljeća imali su za posljedicu revival tradicionalnih identiteta. Jačanju značaja konfesionalnih i religijskih identiteta prožetih etničkim primjesama pridonose i ciljane akcije elita. Revival tradicionalnog ima veći uspjeh u područjima u kojima su modernizacijski procesi bili manje učinkoviti.

Podaci iz anketnog istraživanja potvrđuju osnovnu hipotezu istraživanja o različitim posljedicama modernizacijskih procesa u tri regije. Najvidljivije sekularizacijske posljedice su u razlikama proširenosti pojedinih dimenzija religijskog identiteta. Zajedničko trima regijama je da konfesionalni identitet nije ni u jednoj doživio značajniju problematizaciju. Konfesionalna identifikacija je većinski prisutna u sve tri regije, a jedino je u Istri primjetan udio onih koji se konfesionalno ne opredjeljuju. U sve tri regije primjetna je tendencija smanjenje udjela nekatolika i povećanja katolika u populaciji. Sukladno trećoj hipotezi, proširenost religijskog identiteta manja je od proširenosti konfesionalnog. Regionalne razlike u religijskoj samoidentifikaciji se trendom podudaraju s razlikama u proširenosti konfesionalnosti, ali su naglašenije prisutne. U Istri kao najrazvijenijoj regiji religijski identitet je doživio najsnažniju problematizaciju, vidljivu kroz veći udio vjernika koji ne prihvaćaju sva učenja

crkve, kao i u većem udjelu nereligioznih u populaciji. Iz navedenog je moguće pretpostaviti da je neformalan pritisak većinskog religioznog identiteta kao društvene činjenice, jači u Lici i Gorskom kotaru nego u Istri. Čini se da je na temelju ograničene analize dviju varijabli moguće pokazati operabilnost sekularizacijske paradigme za objašnjenje razlika u proširenosti religijskog identiteta u nas.

### *Literatura*

- Banovac, Boris (1998.) *Društvena pripadnost, identitet, teritorij, sociološko istraživanje regionalne pripadnosti u Istri*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
- Boneta, Željko (2000.) *Stabilizacija vjerničke strukture i/ili njihanje klatna - Religioznost u Istri*. Prilog socio-religijskoj karti Hrvatske. *Revija za sociologiju* (3-4):133-152.
- Giddens, Anthony (1990.) *The consequences of modernity*. Cambridge: Polity Press.
- Haralambos, Michael i Holborn, Martin (2002) *Sociologija, teme i perspektive*. Zagreb: Golden marketing.
- Izvešće o stanju u prostoru Županije Istarske*. (1995.) Pazin: Odjel za prostorno planiranje, graditeljstvo i zaštitu okoliša Županije Istarske.
- Jenkins, Richard (1997.) *Rethinking ethnicity: Arguments and Explorations*. London: SAGE Publications.
- Kalanj, Rade (1994.) *Moderno društvo i izazovi razvoja*. Zagreb: Hrvatsko sociološko društvo i Zavod za sociologiju Filozofskog fakulteta u Zagrebu.
- Milanović, Božo (1973.) *Hrvatski narodni preporod u Istri*, knjiga II (1883-1947). Pazin: Istarsko književno društvo sv. Ćirila i Metoda u Pazinu.
- Pollack, Detlef. *Modifications in the Religious Field of Central and Eastern Europe*, <http://www.kuwi.euv-frankfurt-o.de/~vgkulsoz/Lehrstuhl/Pollack/>
- Šekulić, Duško (1997.) *Prostor i identitet*. *Erasmus* (19):46-57.
- Statistički ljetopis hrvatskih županija 1993*. (1994.) Zagreb: Državni zavod za statistiku.
- Statistički podaci popisa stanovništva u Republici Hrvatskoj 2001. <http://www.dzs.hr>
- Touraine, Alain (1990.) *Modernost i kulturne specifičnosti*, u Kuvačić, Ivan (priredio) *Suvremene sociološke teorije*. Zagreb: Sociološko društvo Hrvatske.
- Vrcan, Srđan (2003.) *Religija i politika, simptomatični primjer bivše Jugoslavije devedesetih godina 20. stoljeća*, *Republika - Glasilo građanskog samooslobođanja*, Godina XV:320-3211
- Vrcan, Srđan (2001.) *Vjera u vrtlozima tranzicije*. *Split*: Glas Dalmacije, *Revija Dalmatinske akcije*.
- Županov, Josip (1995.) *Poslije potopa*. Zagreb: Nakladni zavod Globus.
- Županov, Josip (2002.) *Od komunističkog pakla do divljeg kapitalizma*. Zagreb: Hrvatska sveučilišna naklada.

### Summary

## CONFESSIONAL AND RELIGIOUS IDENTIFICATION IN GORSKI KOTAR, ISTRIA AND LIKA

On the basis of field exploration carried out within the project "Modernization and Collective Identification in Croatian Periphery", this paper analyses similarities and differences in confessional and religious identity in the regions of Gorski kotar, Istria and Lika. Basic hypothesis of the paper is that differences in religious inclination result from different intensity of process of modernization in those three regions. Consequences of secularization have mostly influenced Istria, while desecularization is more present in Lika and Gorski kotar.

**Key words:** *modernization, confession, religiousness, Lika, Istria, Gorski kotar, questionnaire.*

### Zusammenfassung

## KONFESSIONELLE UND RELIGIÖSE IDENTIFIKATION IN GORSKI KOTAR, ISTRILIEN UND LIKA

Im Text werden auf Grund der Daten aus dem praktischen Teil der Untersuchung im Rahmen des Projekts «Modernisierung und kollektive Identifikation in der kroatischen Peripherie» Ähnlichkeiten und Unterschiede bei der konfessionellen und religiösen Identität in Gorski kotar, Istrien und Lika analysiert. Die Hauptthese der Arbeit ist, dass Unterschiede bei der Religiosität Folgen der unterschiedlichen Intensität der Modernisierungsprozesse in den drei Regionen sind. Säkularisierungsfolgen hinterliessen in Istrien die meisten Spuren, während die Desäkularisierung stärker in Lika und Gorski kotar zum Tragen kommt.

**Schlüsselwörter:** *Modernisierung, Konfession, Religiosität, Lika, Istrien, Gorski kotar, Fragebogen-Untersuchung.*

### Sommario

## IDENTIFICAZIONE CONFESIONALE E RELIGIOSA IN GORSKI KOTAR, ISTRIA E LIKA

In forza dell'esplorazione sul campo condotta dal progetto "Modernizzazione e identificazione collettiva nella periferia croata", nel testo si analizzano affinità e differenze nell'identità confessionale e religiosa in Gorski Kotar, Istra e Lika. L'ipotesi fondamentale del lavoro è che le differenze nell'inclinazione religiosa risultano dalla differente intensità del processo di modernizzazione nelle tre

regioni. Le conseguenze della secolarizzazione hanno influito di più in Istra, mentre la desecolarizzazione è più presente in Lika e Gorski Kotar.

***Parole chiave:*** *modernizzazione, confessione, religiosità, Lika, Istra, Gorski Kotar, ricerca di indagine.*



## SUSTAV PROPISIVANJA KAZNE ZATVORA U KAZNENOM ZAKONU I KAZNENOM ZAKONIKU (*DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA*)

Dr. sc. Leo Cvitanović, izvanredni  
profesor  
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 343.26::343.2/.7(497.5)(094.5)  
Ur.: 14. ožujka 2004.  
Pr.: 28. srpnja 2004.  
Pregledni znanstveni članak

*Relativno je malo znanstvenih i stručnih radova koji obrađuju temu zakonskog propisivanja kazne zatvora. Ne ulazeći a priori detaljnije u razloge zašto je tome tako, valja se zadržati na konstataciji da u hrvatskoj znanstveno-stručnoj bibliografiji posljednji rad ove vrste datira iz kasnih osamdesetih godina prošlog stoljeća<sup>1</sup> i od onda se o tome više nije pisalo. To bi trebalo značiti da je odnosna tema apsolvirana i da više nema potrebe njome se posebno baviti. No je li stvarno tako? Analiza sustava sankcija Kaznenog zakona (s osvrtom na posljednju, ukinutu novelu) pokazuje da to nije slučaj. Koji su onda stvarni razlozi njezinom zanemarivanju i s kakvim posljedicama?*

**Ključne riječi:** kazneno pravo, kriminalna politika, zakonsko propisivanje kazne.

### 1. Uvod

Iako to (i) danas mnogi zanemaruju, problematika propisivanja kazni u kaznenom zakonodavstvu jedno je od ključnih, vjerojatno i najznačajnijih, pitanja suvremene politike suzbijanja kažnjivih ponašanja i kaznenopravnog sustava, pri čemu pod pojmom kaznenopravnog sustava u najširem smislu valja razumjeti ne samo sustav kaznenog već neizostavno i prekršajnog prava, koji u kriminalnopolitičkom smislu zajedno čine funkcionalnu cjelinu. Teorijski primat kaznenopravne dogmatike imao je, između ostaloga, za posljedicu djelomičnu

<sup>1</sup> Horvatić, Željko: Sustav propisivanja kazni u Krivičnom zakonu SR Hrvatske (de lege lata i de lege ferenda), Naša zakonitost, 43/1989.(2-3):238-255.

marginalizaciju ove problematike, koja po mnogima 'izvorno i nije problematika kaznenoga prava' s obzirom da u konačnome svojom političkom dimenzijom značajno nadilazi znanstveni segment. U tome, međutim, i jest problem. Tijekom šestogodišnjeg (1991.-1997.) razdoblja rada na donošenju pozitivnog Kaznenog zakona Republike Hrvatske, sačinjeno je točno osam različitih verzija nacрта prijedloga Kaznenog zakona RH. I dok se u dogmatskoj komponenti mogao osjetiti jasan kontinuitet rada, to s obzirom na prvu verziju i u njoj sustav propisanih kaznenih sankcija, u prvome redu kazni, nije bio slučaj. U ovom su segmentu daljnje intervencije u pravilu narušavale temeljni koncept zakonskog sustava sankcija, i svaka je verzija bila sve udaljenija od prvotnih pozicija zakonopisca. Takvim intervencijama, međutim, većinom nisu prethodile odgovarajuće znanstvene analize. Nepobitna je činjenica da u posljednje vrijeme nema opsežnijih istraživanja odnosa zakonskog i sudskog izbora vrste i mjere kaznenopravnih sankcija, napose kazne, niti kriminalnopolitičkih studija njihove opravdanosti. To se odrazilo i u kasnijim izmjenama Kaznenog zakona (NN 129/00. i 51/01.) posebno u dijelu koji se odnosi na visinu propisanih kazni za pojedina kaznena djela, kao i u najnovijem tekstu Kaznenog zakonika (iz srpnja 2003. g., ukinute u studenome iste godine).

## **2. Opća kaznenopravna i kriminalnopolitička problematika sustava zakonskog izbora vrste i mjere kazne i njegove značajke u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu**

Problematika zakonskog izbora vrste i mjere kazne uobičajeno obuhvaća dva komplementarna aspekta: kaznenopravni i kriminalnopolitički. Oba aspekta valja sagledati u najširem smislu, što će reći s obzirom na sva kažnjiva ponašanja (uključujući prekršaje i njihovu diferencijaciju od kaznenih djela), te u njihovoj multidisciplinarnoj dimenziji. Kriminalna politika ili politika suzbijanja kažnjivih ponašanja nezamisliva je bez kaznenopravnog instrumentarija, no kazneno pravo, i kaznenopravne znanosti u cjelini ne mogu ostvariti svoju funkciju bez jasnog kriminalnopolitičkog koncepta njegovih ciljeva. Također, unutar svakog od tih segmenata postoji kompleksnost odnosa različitih kaznenopravnih sadržaja, kao i njihova odnosa s drugim znanstvenim disciplinama, u prvom redu kaznenih znanosti (kriminologije i penologije). Spomenuta problematika u okviru znanstvene studije zakonske politike kažnjavanja podrazumijeva nekoliko glavnih skupina pitanja:

1. Pitanje definiranja kriminalnopolitičke, kaznenopravne i penološke svrhe kažnjavanja u svjetlu suvremenih relativnih teorija<sup>2</sup>, pri čemu je svaka dimenzija

<sup>2</sup> Što, *eo ipso*, ne poriče retributivnu dimenziju suvremene kazne, s odgovarajućim implikacijama na sustav zakonske kaznene politike: v. Horvatić-Novoselec, *Kazneno pravo - opći dio*, 2001., str. 404.



prevencije (generalne i specijalne) u tom smislu različito aspektirana. Sasvim je nepotrebno u okviru ove teme detaljnije eksplanirati dobro poznate teorijske postavke o svrsi kažnjavanja<sup>3</sup>, no glede aktualne tendencije jačanja generalno-preventivne orijentacije u suvremenom kaznenom zakonodavstvu<sup>4</sup> valja primijetiti da se ona ostvaruje upravo kroz segment zakonskog propisivanja kazni. I dok u kriminalnoj politici pojam generalnopreventivnog nije nužno vezan uz jačanje represije, u kaznenome pravu, u pravilu, radi se upravo o tome. Glede sustava zakonskog odmjerenja kazni, ova se tendencija očituje kroz povećanje posebne najveće mjere kazne zatvora, te napose povećanje njezine posebne najmanje mjere. S obzirom na poznatu činjenicu o tzv. blagoj kaznenoj politici i svojevrsnoj 'inertnosti' sudova, zakonodavcu se ovo nerijetko čini jedinim prikladnim instrumentom utjecaja na sudsko izricanje kazni. S druge strane, tradicionalni pojam inkapacitacije (njem. *Unschädlichmachung*), kao jedan od najznačajnijih specijalnopreventivnih učinaka kažnjavanja,<sup>5</sup> općenito je preformuliran u smislu očekivanja da počinitelj nakon izdržane kazne ubuduće poštuje pravni sustav. Ništa više, no niti manje od toga. To je, istodobno, i vladajuća pozicija domaće teorije<sup>6</sup>. Svrha kažnjavanja zapravo je primarna kategorija, odnosno kriterij izbora vrste i mjere kazne općenito, ne samo s obzirom na sferu zakonske već podjednako sferu sudske kaznene politike.

2. Pitanje zakonskog propisivanja kažnjivih ponašanja, od najlakših do najtežih, i njihova međusobna odnosa jedno je od najsloženijih pitanja suvremene kriminalne politike i kaznenoga prava.<sup>7</sup> Sustav zakonskog propisivanja kazni izravno je povezan s različitim kriterijima nomotehničke konstrukcije zakonskog opisa, točnije zakonskog bića kaznenog djela. Radi se o diferencijaciji različitih oblika kažnjivih ponašanja (kaznenih djela): razlikovanje temeljnih od kvalificiranih i privilegiranih kaznenih djela, posebno prema stupnju ugrožavanja

<sup>3</sup> Iako se, kako je svojedobno zapisao Roxin (*Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973.), „die Frage nach dem Sinn der staatlichen Strafe stellt sich zu allen Zeiten neu“ (pitanje značenja /cilja/ i granica državne kazne uvijek se postavlja ponovno). Utoliko v. klasičnu udžbeničku literaturu: domaću - Šilović 1902., 1905., 1929.; Frank, 1950., 1955.; Zlatarić 1958., Bačić 1986., 1995., 1998.; Horvatić-Novoselec 2001.; inozemnu, u prvome redu njem. govornog područja - npr. Jescheck odnosno Jescheck-Weigend 1996.; Roxin 1997.-2003.; Meier 2001.; Triffterer 1994.; Fuchs 1997. itd.; kao i najpoznatije komentare: Schoenke-Schroeder, *Leipziger Groskommentar* itd. V. također Cvitanović, *Svrha kažnjavanja u suvremenom kaznenom pravu*, Zagreb 1999.

<sup>4</sup> Trend od devedesetih godina prošlog stoljeća. O kontroverzama u svezi s tim v. npr. Dölling, Dieter: *Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 102/1990. (1):1-20.

<sup>5</sup> Hirsch, Andrew von - Jarborg, Nils: *Strafmass und Strafgerechtigkeit (Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität)*, Bonn, 1991., str. 33.

<sup>6</sup> Horvatić, Željko: *Pravno utemeljenje i suvremeno tumačenje svrhe izvršavanja kazne oduzimanja slobode*, *Zakonitost*, 45/1991.(6):646-660.

<sup>7</sup> V. npr. *StGb - Leipziger Kommentar (Grosskommentar)*, 11. neubarb. Auflage, 18. Lieferung: §§ 44-51 (Geppert, Hirsch, Gribbohm), herausgegeben. Jähnke - Laufhütte - Odersky, Berlin 1994, str. 87 i dalje.

ili povrede zaštićenog dobra, razlikovanje kaznenih djela prema kriteriju stupnja odnosno oblika krivnje (namjera-nehaj), razlikovanje s obzirom na stadij (pripremanje-pokušaj-dovršeno djelo) te druge posebne okolnosti (posebne uvjete kažnjivosti). Propisana kazna mora pravilno odražavati navedene kriterije raščlambe te s obzirom na njih biti odgovarajuće balansirana.<sup>8</sup> Navedeni kriteriji u izravnoj su korelaciji s doktrinarnim uređenjem općeg dijela kaznenog zakonodavstva, opetovano u segmentu povezanim s kažnjavanjem - kroz primjenu institucije blažeg kažnjavanja kao i institucije oslobođenja od kazne. Dakako, sustav propisivanja kazne zatvora mora uzeti u obzir i normativne uvjete primjene tzv. parapenalnih sankcija, od kojih na prvome mjestu uvjetne osude sa zaštitnim ili bez zaštitnog nadzora, te alternativnim sankcijama kao općeprihvaćenim modelima supstitucije kazne zatvora. Problematika propisivanja kazni iscrpljuje se nadalje pitanjem primjene institucija rehabilitacije, pomilovanja, pravnih posljedica osude te, napose, zastare.

3. Pitanje međuodnosa zakonskog i sudskog izbora vrste i mjere kazne za pojedina kažnjiva ponašanja kao pitanje međuodnosa apstraktne i konkretne težine djela. Apstraktna težina djela, *prima facie*, izražena je sukladno kriterijima pod 2., a iskazuje prije svega kriminalnopolitičku dimenziju zakonske kaznene politike. Upravo u ovom segmentu aspekt političkog u najmanju ruku ekvivalentan je po svom značenju aspektu normativnog, pravnog uređenja sustava kažnjivih ponašanja te je utoliko kazneno pravo nezamislivo bez politike suzbijanja kažnjivih ponašanja i, dakako, kaznenih znanosti, napose kriminologije. Sekundarna težina djela izražava se kao konkretna težina i operacionalizira se u postupku sudskog izbora vrste i mjere kazne. Pitanje sudskog izbora vrste i mjere kazne odnosno, općenito, uloge suda u postupku izbora zakonom propisane vrste i mjere kazne komplementarno je i nedovojivo od problematike zakonskog izbora vrste i mjere kazne<sup>9</sup>. Zakonska diferencijacija kažnjivih ponašanja i propisanih kazni svoj naravni slijed ostvaruje individualizacijom kazne od strane suda (da bi se okončala u penološkoj sferi). Pri tome, odnos zakonskog i sudskog izbora vrste i mjere kazne u kaznenopravnom smislu definiran je funkcionalnim načelom zabrane dvostrukog vrednovanja okolnosti relevantnih za taj izbor. Dakle, sudski odabir vrste i mjere kazne ostvaruje se izvan okolnosti koje egzistiraju kao zakonska obilježja

<sup>8</sup> Schönke, Adolf - Schröder, Horst: *Strafgesetzbuch - Kommentar*, 25. neub. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München 1997., str. 635-659.

<sup>9</sup> U domaćoj literaturi dva ključna monografska rada koja se posebno bave ovom problematikom datiraju iz osamdesetih godina - v. Horvatić, Željko: *Izbor kazne*, Informator, 1980., Grubiša, Mladen: *Krivični postupak (Postupak o pravnim lijekovima)*, Informator, Zagreb 1987.; u znanstvenoj i stručnoj periodici pojavljuje se još nekoliko autora (Bačić, Kramarić, Šeparović et. al.), a najmanje je radova temeljenih na operativnom istraživanju - kao npr. Tabaković, Đuro: *Odmjeravanje kazne od strane raznih subjekata kao jedan od načina za utvrđivanje odnosa zakonske i sudske linije kažnjavanja - rezultati jednog eksperimenta* (koautor: dr. Josipa Čaval), *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, 1980.

kaznenog djela, čime je, konačno, definiran tzv. 'spielraum' (njem.), prostor u kojem se kreće sud odlučujući se za konkretnu kaznu. Temeljni kriteriji zakonskog izbora (svrha kažnjavanja, podredno načelo razmjernosti stupnju krivnje odnosno jačini ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra) egzistiraju i kao sekundarni kriteriji sudski odmjerene kazne matematički izražene jedinicom vremena (dan, mjesec, godina), a doktrinarno kroz odnos najmanje i najveće mjere kazne (kao poseban omjer ili koeficijent kazne). Jasno je da se tako individualizirana kazna nikada ne može poistovjetiti s pukom formulom koja bi egzaktno izražavala odnos objektivnih i subjektivnih kriterija takvog jednog izbora, iako ima takvih pokušaja.<sup>10</sup> Uobičajeno se ističe da se u odnosu zakonske i sudske kaznene politike ova potonja ostvaruje kao korektiv, u smislu njezina ublažavanja. Čini se da je tu ulogu sudskoj kaznenoj politici neizravno namijenio već Anselm Feurbach svojom teorijom 'psihološke prisile', tj. jednom od najpoznatijih klasičnih teorija generalne prevencije s početka 19. st. Dapače, od tada mnogi teoretičari kaznenoga prava rezignirano zaključuju o 'blagoj' i 'preblagoj' kaznenoj politici sudova, poput primjerice, našeg istaknutog enciklopedista kaznenoga prava - Marijana Derenčina - koji 1879. u svojoj glasovitoj „Osnovi” zapisuje da „neda se tajiti, da je kaznena naša praksa kod odmjerivanja kaznah udarila preblagim pravcem, koj je u mnogih probudio opravdanu bojazan, da bi taj pravac u daljem razvoju mogao škoditi ugledu zakona i sigurnosti društva”, smatrajući ovu praksu „nekorektnom, jer je sudac pozvan da zakona uporavlja, a ne da ga izpravlja”<sup>11</sup>. Istodobno, sudska je praksa (i tada) često bila sklona izvjesnom konzervativizmu, inertno ustrajući na ustaljenim tzv. 'tarifama' kazne za određena kaznena djela, bez obzira na možebitne izmjene zakonskih okvira. Tako je jedno pretežito teorijsko pitanje (odnosa apstraktne i konkretne težine djela) postalo, pa i danas predstavlja u dobrom dijelu, praktično i političko pitanje sa značajnim posljedicama.

4. Posljednje, no ne najmanje važno pitanje iz ovog kompleksa jest pitanje zakonskog izbora vrste i mjere kazne promatrano kroz prizmu ostvarivanja penoloških sadržaja, kao najdiskretnijeg segmenta kaznenog pravosuđa. Načelo individualizacije u konačnome se ostvaruje na razini izvršenja kaznene sankcije,<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Znakovit je primjer američkog sustava odmjeravanja kazne (sentencing). V. npr. „Federal Sentencing Guideline Manual” (<http://www.ussc.gov/2001guid/TABCON01.htm>, 01/05/2004), priručnik, svojevrsnu 'tablicu množenja' za američke suce. Težina djela i stupanj krivnje izravno se dovode u korelaciju s tzv. kriminalnom karijerom počinitelja te se iz toga izvodi minimum i maksimum kazne izražen u mjesecima. O ovoj problematici v. napose Hirsch, Andrew von - Jarborg, Nils: *Strafmass und Strafgerechtigkeit (Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität)*, Bonn, 1991., str. 35-40; U domaćoj literaturi ima vrijednih pokušaja egzaktno valorizacije pojedinih okolnosti relevantnih za odmjeravanje kazne: v. Mrčela, Marin: *Obrazlaganje izbora vrste i mjere kazne*, zbornik „Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva”, Inženjerski biro, Zagreb 2003.

<sup>11</sup> „Osnova novoga kaznenog zakona o zločinstvima i prestupcima za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju”, 1879., reprint, Zagreb 1997., str. 206.

<sup>12</sup> V. Šakić, V.: *Ostvarivanje principa individualizacije u izvršenju krivičnih sankcija*, Penološke teme, 3/1988.(3-4):143-150.

ma kakva ona bila, te tzv. postinstitucionalnog prihvata.<sup>13</sup> Opetovano valja istaknuti da pitanje politike kažnjavanja nije jedino, čak ni primarno, pitanje vremenskog trajanja kazne,<sup>14</sup> već prije svega njezina sadržaja. Drugim riječima, valja se ponovno zapitati da li su opravdana punitivna očekivanja temeljena na učincima koji proizlaze iz same težine odnosno duljine kazne, što svakako treba imati na umu pri zakonskoj odmjeri kazne, napose njezine posebne najmanje mjere.

### ***3. Temeljne značajke koncepta zakonskog izbora vrste i mjere kazne u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu u njegova kritička analiza***

#### ***3.1. Opći aspekti povijesnog razvitka koncepta zakonskog izbora vrste i mjere kazne u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu***

Problematika zakonskog odnosno sudskog izbora vrste i mjere kazne u suvremenom je kaznenom pravu dio ukupne problematike izbora vrste i mjere kaznenih sankcija, dakle ne isključivo kazne, već i drugih sankcija kaznenoga prava. Iako kazna već više od jednog stoljeća nije ekskluzivna kaznenopravna sankcija, a u posljednjim desetljećima izgubila je i primat formalno najvažnije sankcije kaznenoga prava (imajući u vidu njezin udio u ukupnoj strukturi izrečenih odnosno primijenjenih sankcija), u kriminalnopolitičkom smislu još uvijek joj pripada taj atribut. Povijest izbora vrste i mjere kazne može se u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu pratiti od samog početka razdoblja koje se uobičajeno naziva razdobljem modernog hrvatskog zakonodavstva i politike suzbijanja kriminala. Nedvojbeno je da on u cijelosti korelira s europskim trendovima koncem 18. stoljeća, kada se pod snažnim utjecajem filozofije racionalizma i prosvjetiteljstva izgrađuje klasični sustav kaznenoga prava. Autonomno hrvatsko kazneno pravo, koje je taj pridjevnik zadržalo u svim, pa i u relativno nesklonim političkim okolnostima, nije u tom pogledu bilo iznimka. Dakako, ne samo stoga što se u određenom početnom razdoblju i formalno temeljilo na stranim izvorima, već i stoga što je svojim ukupnim kaznenopravnim nasljeđem kao i osebujnim detaljima u potpunosti odgovaralo obrascu razvitka europskog kontinentalnog kaznenog zakonodavstva u spomenutom razdoblju.

Povijesni pregled ove problematike u hrvatskom se, kao uostalom uopće europskom kaznenom pravu, preciznije može temeljem različitih kriterija podijeliti u odgovarajuća razdoblja: 1. prema spomenutom kriteriju ekskluzivnosti kazne kao kaznenopravne sankcije na razdoblje do uvođenja novih supsidijarnih kaznenopravnih sankcija i nakon toga (početkom 20. stoljeća); 2. prema kriteriju zakonske vrste kazne na razdoblje do i nakon afirmacije kazne

<sup>13</sup> V. Bunata-Blagović, V.: Postinstitucionalni prihvata kao zadnja faza individualizacije u izvršenju krivičnih sankcija, *Penološke teme* 4/1989.(1-2)21-28.

<sup>14</sup> Kao zanimljivost v. Tabaković, Đ. - Sušan, Z. - Turčinović, P.: Mišljenje građana o veličini kazne u funkciji vremena, *Penološke teme*, 6/1991.(1-4):91-96.

oduzimanja slobode te, 3. prema kriteriju zakonskog koncepta kazne zatvora, na razdoblje pluralističkog i monističkog koncepta ove kaznene sankcije.

Apstrahirajući dugo razdoblje koje mu prethodi, razvitak hrvatskog modernog kaznenog zakonodavstva moguće je odrednicom pravnih izvora pratiti od 1788. godine odnosno „Opchinske naredbe od zlocinstvah i njihovih pedepsah” i „Skupozakonika” od 1804. (pod kojim nazivjem se krije *Constitutio Criminalis Josephina*, poznat i pod nazivom „*Sanctio criminalis universalis*” ili „Opći red za kaznene sudove” Josipa II. /u njem. originalu: „*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*”/ odnosno austrijski kazneni zakon - „*Codex poenalis criminibus*”, Franje I. - od 3. rujna 1803. godine objavljen pod nazivom „*Skupozakonik iliti naredbe cesarske kraljeve varhu zločinstva i pedipse odredjen protiva zločincem*” u Zadru 1804. godine<sup>15</sup>). Taj se razvitak dalje može slijediti preko dobro poznatog noveliranog austrijskog „Kaznenog zakonika o zločinstvih, prestupcih i prekršajih” iz 1852. godine, koji se u Hrvatskoj primjenjivao sve do 1. siječnja 1930. kada stupa na snagu Krivični zakon Kraljevine Jugoslavije. U međuvremenu, od 1916. godine, hrvatsko kazneno zakonodavstvo poznaje kao sankciju uvjetnu osudu (na kojem se projektu radilo već od 1905. godine). Sustav tzv. 'dvostrukog kolosjeka' (njem. *Zweispurigkeit*) privremeno je napušten 1945. godine donošenjem Zakona o vrstama kazni, odnosno donošenjem Općeg dijela Krivičnog zakonika od 4. prosinca 1947., koji nisu poznavali sigurnosne mjere (dok je potonji poznao osnovu odmjerivanja kazne”.<sup>16</sup> Situacija se promijenila donošenjem Krivičnog zakonika FNRJ 1951. godine, čime je završen desetogodišnji 'kaznenopravni intermezzo' u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu i kaznenopravnoj znanosti 20. stoljeća. Posljednji stadij u njezinu razvitku obuhvaća razdoblje od donošenja Krivičnog zakona SFRJ, odnosno temeljem ustavnog načela podijeljene nadležnosti Krivičnog zakona SRH 1977. godine, pa do hrvatskog državnog osamostaljenja 1990. godine i početka izgradnje sustava novog hrvatskog kaznenog prava okončanog 1. siječnja 1998. stupanjem na snagu novog Kaznenog zakona. Za razliku od procesa diferencijacije kazne i uvođenja novih kaznenopravnih sankcija započetog početkom stoljeća, glede kazne oduzimanja slobode odvijala se suprotna tendencija - tendencija unifikacije, no koja je ostvarena tek 1977. godine, kada se definitivno uspostavlja samo jedna vrsta te kazne - kazna zatvora (ne kao do tada: zatvora i strogog zatvora, odnosno još ranije, različitih varijanti kazne oduzimanja slobode uz prisilni rad ili pak samo prisilni rad). Ovo su, dakle, bile glavne povijesne činjenice relevantne za problematiku izbora vrste i mjere kazne i drugih kaznenopravnih sankcija.

<sup>15</sup> Skupozakonik illiti naredbe cesarske kraljeve varhu zlocinstva i pedipse odredjene protiva zlocincem, U Utistaonici olliti stamparij Antona Luigia Battare, kgnixara i utistaocza kraglskogha, u Zadru godista 1804. - Nacionalna i sveučilišna biblioteka u Zagrebu, sign. RIIC-80-85 a, b. - R 1.206 (st. sig. primj. a). - S.M. 20. D. 8 (st. sig. primj. a).

<sup>16</sup> Frank, Stanko: Kazneno pravo, Izdavački zavod JA, Zagreb, 1950., str. 135-141.

### 3.2. *Teorijski koncept zakonskog izbora vrste i mjere kazne u aktualnom hrvatskom kaznenom zakonodavstvu*

Polazni teorijski koncept zakonskog izbora vrste i mjere kazne u aktualnom hrvatskom kaznenom zakonodavstvu obuhvaća dva međusobno povezana sustava: sustav kaznenih sankcija u općem dijelu i sustav zakonskog izbora vrste i mjere kazne u užem smislu, tj. sustav propisivanja kaznenih sankcija u posebnom dijelu. Na spomenuta dva sustava, kao njihova svojevrsna sinteza, nadovezuje se treći sustav - sustav sudskog izbora vrste i mjere kaznenih sankcija. Zakonski izbor vrste i mjere kazne u užem smislu ili tzv. zakonsko odmjeravanje kazne zakonodavna je djelatnost propisivanja kazni za pojedina kaznena djela u posebnom dijelu kaznenog zakona. Polazeći od relevantnih općih konstatacija glede pozitivnog hrvatskog kaznenog zakonodavstva (*de lege lata*) valja ponoviti da se radi o sustavu relativno određenih kazni zatvora i novčanih kazni te sustavu alternativno propisanih kazni tih dviju vrsti kazne, što je značajka gotovo svih poznatih sustava suvremenog kaznenog zakonodavstva. Posebne se konstatacije odnose na činjenicu da je kazna zatvora u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu (Kaznenom zakonu, NN 110/97., 27/98., 129/00., 51/01.) propisana u rasponu od 30 dana do 15 godina, uz postojanje kazne dugotrajnog zatvora od 20 do 40 godina, dok je zakonski raspon novčane kazne, temeljen na sustavu dnevnih dohodaka, propisan u odnosu od 10 do 300 dnevnih dohodaka, a izuzetno i 500 dnevnih dohodaka kada se radi o kaznenim djelima počinjenim iz koristoljublja. Daljnja posebnost odnosi se na mogućnost zamjene kazne zatvora tzv. radom za opće dobro na slobodi, odnosno mogućnost zamjene novčane kazne kaznom zatvora.

Propisana kazna općenito izražava stupanj apstraktne težine kaznenog djela prema njegovoj pogibeljnosti ('društvenoj opasnosti'), naznačenu kroz njezinu opću ili posebnu najmanju mjeru te opću ili posebnu najveću mjeru te, eventualno, alternativno propisanom novčanom kaznom. Kombinacijom ovih mjerila sva se kaznena djela (točnije: sve inkriminacije u posebnom dijelu kaznenog zakonodavstva) mogu svrstati u određen broj kategorija ili skupina kaznenih djela različite pogibeljnosti (opasnosti), što je istodobno i njihova najuočljivija kriminalnopolitička *differentia specifica*. Na taj je način moguće kaznena djela primarno podijeliti na tzv. lakša i teža, a svaka se od ovih kategorija može razlikovati prema daljnjim kriterijima:

Lakša kd

1. Kaznena djela s posebnom najvećom mjerom kazne zatvora do **šest mjeseci** (koja *in abstracto* spadaju u kategoriju kaznenih djela za koja je propisana kratkotrajna kazna oduzimanja slobode);
2. Kaznena djela za koja je moguće izreći sudsku opomenu (s posebnom najvećom mjerom od **jedne** godine),
3. Kaznena djela za koja je moguće izreći novčanu kaznu (s posebnom najvećom mjerom do **tri** godine),
4. Kaznena djela za koja se može izreći uvjetna osuda (s posebnom najvećom mjerom kazne zatvora do **pet** godina),

### Teža kd

5. Kaznena djela s posebnom najvećom mjerom iznad pet (npr. osam, deset ili dvanaest) a do **petnaest** godina zatvora,
6. Najteža kaznena djela svakako su ona za koja se može izreći kazna **dugotrajnog zatvora**.

Između navedenih postoji niz prijelaznih kategorija, pri čemu za međusobno razlikovanje pojedinih kaznenih djela prema njihovoj apstraktnoj težini dolazi u obzir primjena dva kriterija: propisana najveća mjera kazne ili propisana najmanja mjera kazne te eventualno alternativno propisana novčana kazna. Ne radi se samo o legislativnotehničkim već, prije svega, o kriminalnopolitičkim značajkama. Primjerice, propisivanjem posebne najveće mjere iznad pet godina zatvora načelno se ograničuje primjena uvjetne osude kao najznačajnije parapenalne, nekustodijalne kaznenopravne sankcije. Doziranjem posebne najmanje mjere određuje se mogućnost ublažavanja kazne ispod propisane najmanje mjere itd. U smislu primjene blažeg zakona hrvatska sudska praksa prednost daje kriteriju propisane najmanje mjere. Blaži je zakon koji propisuje nižu najmanju mjeru kazne. Utoliko, moguće je istaknuti nekoliko temeljnih pravila: a) kod kaznenih djela s istim propisanim kaznama ili s propisanom istom najmanjom mjerom kazne blaže je ono kazneno djelo kod kojega se ublažavanjem kazne može izreći manja mjera kazne zatvora ili novačana kazna, b) kaznena djela za koja je novim zakonom propisana niža najmanja mjera, a viša najveća mjera, blaža su, s time da stvarno izrečena kazna ne smije prelaziti posebnu najveću mjeru propisanu ranijim zakonom, c) kaznena djela za koja je po novom zakonu propisan viši minimum a niži maksimum stroža su, s time da stvarno izrečena kazna ne smije prelaziti posebnu najveću mjeru propisanu novim zakonom te d) kod ostalih kaznenih djela sud treba, uzimajući u obzir odredbe o ublažavanju kazne, zamjeni kazne zatvora, odredbe o mjerama upozorenja, ako se odluči na primjenu tih institucija - imajući u vidu načelo alternativiteta - ocijeniti koji je zakon u cjelini blaži.<sup>17</sup> Novi zakon pruža mogućnost blažeg kažnjavanja optuženika s obzirom na nižu posebnu najmanju mjeru kazne propisanu za konkretno kazneno djelo.<sup>18</sup> Tako npr. kazneno djelo teškog ubojstva iz čl. 91. toč. 3. KZ blaže je od kaznenog djela ubojstva iz čl. 34. st. 2. toč. 2 bivšeg KZRH zbog manje najmanje mjere propisane kazne zatvora.<sup>19</sup>

Prema načelnom programu kriminalnopolitičkih i legislativnotehničkih standarda izgradnje sustava propisivanja kazni, njegovo oblikovanje i ostvarenje trebalo bi se temeljiti na sljedećim premisama:

<sup>17</sup> Zaključak sjednice Kaznenog odjela ŽS u Bjelovaru od 19. studenog 1997., Izbor odluka 1, 224/98.

<sup>18</sup> VS RH, I Kž-271/98 od 20. listopada 1998.

<sup>19</sup> VS RH, I Kž-768/96 od 12. listopada 1999.

I. Sustav propisanih kazni trebalo bi zasnivati na rasporedu kaznenih djela u određeni broj skupina prema njihovoj apstraktnoj društvenoj opasnosti koja se izražava propisivanjem najmanje i najveće posebne mjere kazne zatvora. Na taj način afirmira se načelo zakonitosti te se istodobno omogućuje individualizacija u kažnjavanju;

II. Opću najmanju mjeru kazne zatvora načelno bi valjalo propisivati kod najlakših kaznenih djela, pri čemu valja voditi računa o distinkciji u odnosu na prekršajnu zonu, a opću najveću mjeru kod najtežih kaznenih djela;

III. Sukladno trendu suvremenih zakonodavaca k smanjenju ukupnog broja varijanti kaznenih okvira (barem deklarativno), valjalo bi izostaviti one varijante kaznenih okvira koje se primjenjuju samo za jednu inkriminaciju ili za sasvim mali broj kaznenih djela, ako se ne radi o posebnim razlozima koji opravdavaju takve izuzetnosti;

IV. Raspon kazne odnosno raspon kaznenog okvira trebao bi se temeljiti na odgovarajućim kriminalnopolitičkim postulatima, posebno uvažavajući načelo individualizacije u kažnjavanju. Mogućnost individualizacije upravno je proporcionalna odnosno obrnuto proporcionalna veličini raspona (što veći raspon, to je već mogućnost individualizacije, a što je raspon manji, manja je i mogućnost individualizacije). Što se pak tiče zakonitosti kazne kao izvjesnosti o tome kojom će vrstom i mjerom kazne počinitelj kaznenog djela biti kažnjen i individualizacije, odnos je sasvim drugačiji. Što je veća mogućnost individualizacije, to je izvjesnost o mjeri kazne koja će se počinitelju izreći u konkretnom slučaju manja, i obrnuto, što je manja mogućnost individualizacije, to je izvjesnost mjere kazne veća.<sup>20</sup> Utoliko sustav mora biti relativno uravnotežen, napose glede propisivanja najmanje mjere kazne i mogućnosti njezine individualizacije kroz odnos njezine najmanje i najveće mjere.

V. Novčana kazna, kao alternativna kazna, trebala bi u pravilu biti propisana za sva lakša kaznena djela, tj. kaznena djela s posebnom najvećom mjerom kazne zatvora do tri godine.<sup>21</sup>

#### **A. Kazneni zakon - aktualno stanje<sup>22</sup>**

Ove opće konstatacije polazište su za kritičku analizu sustava propisanih kazni u nekom kaznenom zakonodavstvu. Sustav propisanih kazni za pojedina kaznena djela u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, prema primarnom kriteriju propisane najmanje mjere novčane kazne i kazne zatvora, moguće je prikazati kako slijedi:

<sup>20</sup> Horvatić et al., Rječnik kaznenog prava, 2002., 499-500

<sup>21</sup> Usp. Horvatić, 1989, 246

<sup>22</sup> Stanje na dan 1. ožujka 2004.: Kazneni zakon (NN, 110/97-3461. 27/98-588(ispr.). 50/00-1630-Odluka USRH, br. U-I-241/2000 od 10. svibnja 2000. (ukinute su odredbe čl. 204. st. 2. i 3.). 129/00-5022. 51/01-1457.



Propisana kazna	Broj inkriminacija	%
Novčana kazna do sto dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do tri mjeseca	9	1,34
Novčana kazna do sto pedeset dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do šest mjeseci	38	5,69
Novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine	133	19,94
Novčana kazna ili kazna zatvora do dvije godine	7	1,04
Novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine	66	9,89
Kazna zatvora do pet godina	1	0,15
Kazna zatvora od tri mjeseca do jedne godine	2	0,30
Kazna zatvora od tri mjeseca do tri godine	67	10,04
Kazna zatvora od tri mjeseca do pet godina	35	5,24
Kazna zatvora od šest mjeseci do jedne godine	1	0,15
Kazna zatvora od šest mjeseci do tri godine	16	2,39
Kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina	93	13,94
Kazna zatvora od šest mjeseci do osam godina	1	0,15
Kazna zatvora od jedne do tri godine	3	0,45
Kazna zatvora od jedne do pet godina	20	2,99
Kazna zatvora od jedne do osam godina	23	3,34
Kazna zatvora od jedne do deset godina	56	8,39
Kazna zatvora od jedne do dvanaest godina	1	0,15
Kazna zatvora najmanje jednu godinu	8	1,19
Kazna zatvora od tri do deset godina	9	1,34
Kazna zatvora od tri do dvanaest godina	3	0,45
Kazna zatvora najmanje tri godine	28	4,19
Kazna zatvora najmanje pet godina	20	2,99
Kazna zatvora najmanje tri godine ili kazna dugotrajnog zatvora	1	0,15
Kazna zatvora najmanje pet godina ili kazna dugotrajnog zatvora	12	1,79
Kazna zatvora najmanje osam godina ili kazna dugotrajnog zatvora	1	0,15
Kazna zatvora najmanje deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora	13	1,94
<b>UKUPNO</b>	<b>667</b>	<b>100,00</b>

#### Markantnije skupine inkriminacija:

- kaznena djela za koja se može izreći novčana kazna
- kaznena djela s posebnom najmanjom mjerom kazne zatvora od tri mjeseca
- kaznena djela s posebnom najmanjom mjerom kazne zatvora od šest mjeseci
- kaznena djela s posebnom najmanjom mjerom kazne zatvora od jedne godine
- kaznena djela s posebnom najmanjom mjerom kazne zatvora od tri godine
- kaznena djela za koja se može izreći kazna dugotrajnog zatvora

Prema sekundarnom kriteriju, propisane najveće mjere kazne zatvora, sustav inkriminacija u pozitivnom hrvatskom kaznenom zakonodavstvu izgleda ovako:

Propisana kazna	Broj inkriminacija	%
Novčana kazna do sto dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do tri mjeseca	9	1,34
Novčana kazna do sto pedeset dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do šest mjeseci	38	5,69
Novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine	133	19,94
Kazna zatvora od tri mjeseca do jedne godine	2	0,30
Kazna zatvora od šest mjeseci do jedne godine	1	0,15
Novčana kazna ili kazna zatvora do dvije godine	7	1,04
Novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine	66	9,89
Kazna zatvora od tri mjeseca do tri godine	67	10,04
Kazna zatvora od šest mjeseci do tri godine	16	2,39
Kazna zatvora od jedne do tri godine	3	0,45
Kazna zatvora do pet godina	1	0,15
Kazna zatvora od tri mjeseca do pet godina	35	5,24
Kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina	93	13,94
Kazna zatvora od jedne do pet godina	20	2,99

Propisana kazna	Broj inkriminacija	%
Kazna zatvora od šest mjeseci do osam godina	1	0,15
Kazna zatvora od jedne do osam godina	23	3,44
Kazna zatvora od jedne do deset godina	56	8,39
Kazna zatvora od tri do deset godina	9	1,34
Kazna zatvora od jedne do dvanaest godina	1	0,15
Kazna zatvora od tri do dvanaest godina	3	0,45
Kazna zatvora najmanje jednu godinu	8	1,19
Kazna zatvora najmanje tri godine	28	4,19
Kazna zatvora najmanje pet godina	20	2,99
Kazna zatvora najmanje tri godine ili kazna dugotrajnog zatvora	1	0,15
Kazna zatvora najmanje pet godina ili kazna dugotrajnog zatvora	12	1,79
Kazna zatvora najmanje osam godina ili kazna dugotrajnog zatvora	1	0,15
Kazna zatvora najmanje deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora	13	1,94
<b>UKUPNO</b>	<b>667</b>	<b>100,00</b>

Markantnije skupine inkriminacija:

- kaznena djela s posebnom najvećom mjerom kazne zatvora do jedne godine
- kaznena djela s posebnom najvećom mjerom kazne zatvora do tri godine
- kaznena djela s posebnom najvećom mjerom kazne zatvora do pet godina
- kaznena djela s posebnom najvećom mjerom kazne zatvora do deset godina
- kaznena djela s najvećom mjerom kazne zatvora do petnaest godina
- kaznena djela za koja se može izreći kazna dugotrajnog zatvora

Iz prikazanih podataka proizlazi:

1. Za ukupno 667 inkriminacija (apstrahirajući varijante koje uključuju pokušaj) propisano je 27 različitih varijanti kaznenih okvira;

2. Najblaža propisana kazna - novčana kazna do sto dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do tri mjeseca - propisana je za 9 inkriminacija (1,34%), dok je najteža propisana kazna - kazna zatvora najmanje deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora - propisana za 13 inkriminacija (1,94%);

3. Varijanta propisana za najveći broj inkriminacija, kao najčešći kazneni okvir - novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine - propisana je za 133 inkriminacije (19,94%);

4. U šest slučajeva jedna varijanta kaznenog okvira propisana je isključivo za jednu inkriminaciju(!):

- Kazna zatvora do pet godina - Čl. 145. st. 2. Objavljivanje sadržaja državne ili vojne tajne
- Kazna zatvora od šest mjeseci do jedne godine - Čl. 201. st. 2. Iznošenje osobnih ili obiteljskih prilika
- Kazna zatvora od šest mjeseci do osam godina - Čl. 99. st. 2. Teška tjelesna ozljeda
- Kazna zatvora od jedne do dvanaest godina - Čl. 173. st. 2. Zlouporaba opojnih droga
- Kazna zatvora najmanje tri godine ili kazna dugotrajnog zatvora - Čl. 173. st. 3. Zlouporaba opojnih droga
- Kazna zatvora najmanje osam godina ili kazna dugotrajnog zatvora - Čl. 90. Teško ubojstvo;

5. Udio alternativno propisane novčane kazne (kaznena djela s propisanom najvećom mjerom kazne zatvora do tri godine bez propisane posebne najmanje mjere) iznosi 37,93% (253 inkriminacije);

Novčana kazna do sto dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do tri mjeseca	9	1,34
Novčana kazna do sto pedeset dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do šest mjeseci	38	5,69
Novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine	133	19,94
Novčana kazna ili kazna zatvora do dvije godine	7	1,04
Novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine	66	9,89

6. Udio kaznenih djela za koja se ublažavanjem može izreći novčana kazna («ako je za kazneno djelo propisana kazna zatvora s posebnom najvećom mjerom od tri godine ili manje, bez obzira na posebnu najmanju mjeru, umjesto kazne zatvora može se izreći novčana kazna», čl. 57. st. 2. toč. a) KZ) iznosi 13,34% (89 inkriminacija odnosno 5 različitih varijanti kaznenih okvira).<sup>23</sup>

Kazna zatvora od tri mjeseca do jedne godine	2	0,30
Kazna zatvora od tri mjeseca do tri godine	67	10,04
Kazna zatvora od šest mjeseci do jedne godine	1	0,15
Kazna zatvora od šest mjeseci do tri godine	16	2,39
Kazna zatvora od jedne do tri godine	3	0,45

7. Udio kaznenih djela za koja se ublažavanjem može izreći najmanja zakonska mjera kazne zatvora od 30 dana («ako je za kazneno djelo kao najmanja mjera kazne propisana kazna zatvora u trajanju od jedne godine ili manje, a kao posebna najveća mjera više od tri godine zatvora, kazna se može ublažiti do najmanje zakonske mjere kazne zatvora», čl. 57. st. 2. toč. b) KZ) iznosi 35,53% (237 inkriminacija).

Kazna zatvora od tri mjeseca do pet godina	35	5,24
Kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina	93	13,94
Kazna zatvora od šest mjeseci do osam godina	1	0,15
Kazna zatvora od jedne do pet godina	20	2,99
Kazna zatvora od jedne do osam godina	23	3,44
Kazna zatvora od jedne do deset godina	56	8,39
Kazna zatvora od jedne do dvanaest godina	1	0,15
Kazna zatvora najmanje jednu godinu	8	1,19

8. Udio kaznenih djela za koja se ublažavanjem može izreći kazna zatvora od najmanje 6 mjeseci («ako je za kazneno djelo propisana kazna zatvora od najmanje dvije godine, kazna se može ublažiti do najmanje šest mjeseci zatvora», čl. 57. st. 2. toč. c) KZ) iznosi 0% (!), tj. ne postoji varijanta kaznenog okvira s propisanom najmanjom mjerom kazne zatvora od dvije godine.

9. Udio kaznenih djela za koja se ublažavanjem može izreći kazna zatvora od najmanje 1 godine («ako je za kazneno djelo propisana kazna zatvora od najmanje tri godine ili više, kazna se može ublažiti do jedne godine zatvora», čl. 57. st. 2. toč. d) KZ) iznosi 13,04% (87 inkriminacija):

Kazna zatvora od tri do deset godina	9	1,34
Kazna zatvora od tri do dvanaest godina	3	0,45
Kazna zatvora najmanje tri godine	28	4,19
Kazna zatvora najmanje pet godina	20	2,99

<sup>23</sup> Usp. Horvatić-Novoselec, *Kazneno pravo - opći dio*, Zagreb, 2001., str. 439.

Kazna zatvora najmanje tri godine ili kazna dugotrajnog zatvora	1	0,15
Kazna zatvora najmanje pet godina ili kazna dugotrajnog zatvora	12	1,79
Kazna zatvora najmanje osam godina ili kazna dugotrajnog zatvora	1	0,15
Kazna zatvora najmanje deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora	13	1,94

10. Udio kaznenih djela za koja se može primijeniti sudska opomena (kaznenopravna sankcija koja se kao mjera upozorenja može primijeniti prema počinitelju kaznenog djela za koje je zakonom propisana kazna zatvora do jedne godine ili novčana kazna, čl. 66. st. 1. KZ) iznosi 26,98% (180 inkriminacija):

Novčana kazna do sto dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do tri mjeseca	9	1,34
Novčana kazna do sto pedeset dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do šest mjeseci	38	5,69
Novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine	133	19,94

11. Udio kaznenih djela za koja se može primijeniti uvjetna osuda («Uvjetna osuda može se primijeniti prema počinitelju kaznenog djela za koje je zakonom propisana kazna zatvora do pet godina», čl. 67. st. 3. KZ) iznosi 73,16% (488 inkriminacija):

Novčana kazna do sto dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do tri mjeseca	9	1,34
Novčana kazna do sto pedeset dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do šest mjeseci	38	5,69
Novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine	133	19,94
Novčana kazna ili kazna zatvora do dvije godine	7	1,04
Novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine	66	9,89
Kazna zatvora do pet godina	1	0,15
Kazna zatvora od tri mjeseca do jedne godine	2	0,30
Kazna zatvora od tri mjeseca do tri godine	67	10,04
Kazna zatvora od tri mjeseca do pet godina	35	5,24
Kazna zatvora od šest mjeseci do jedne godine	1	0,15
Kazna zatvora od šest mjeseci do tri godine	16	2,39
Kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina	93	13,94
Kazna zatvora od jedne do pet godina	20	2,99

12. Udio kaznenih djela za koja se ublažavanjem može primijeniti uvjetna osuda («Uvjetna osuda može se primijeniti prema počinitelju kaznenog djela /.../ za koje je propisana kazna /zatvora/ do deset godina ako su primijenjene odredbe o ublažavanju kazne», čl. 67. st. 3. KZ), iznosi 13,34% (89 inkriminacija):

Kazna zatvora od šest mjeseci do osam godina	1	0,15
Kazna zatvora od jedne do osam godina	23	3,44
Kazna zatvora od jedne do deset godina	56	8,39
Kazna zatvora od tri do deset godina	9	1,34

13. Udio kaznenih djela s posebnom najvećom mjerom kazne zatvora do šest mjeseci, tj. kaznenih djela za koja je zakonom propisana kratkotrajna kazna oduzimanja slobode iznosi 7,04% (47 inkriminacija):

Novčana kazna do sto dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do tri mjeseca	9	1,34
Novčana kazna do sto pedeset dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do šest mjeseci	38	5,69

14. Udio kaznenih djela za koja je propisana kazna dugotrajnog zatvora iznosi 4,04% (27 inkriminacija):

Kazna zatvora najmanje tri godine ili kazna dugotrajnog zatvora	1	0,15
Kazna zatvora najmanje pet godina ili kazna dugotrajnog zatvora	12	1,79
Kazna zatvora najmanje osam godina ili kazna dugotrajnog zatvora	1	0,15
Kazna zatvora najmanje deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora	13	1,94

15. Udio lakših i najlakših kaznenih djela (sva kaznena djela s propisanom posebnom najvećom mjerom kazne zatvora ispod pet godina) iznosi 51,27% (342 inkriminacije):

Novčana kazna do sto dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do tri mjeseca	9	1,34
Novčana kazna do sto pedeset dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do šest mjeseci	38	5,69
Novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine	133	19,94
Novčana kazna ili kazna zatvora do dvije godine	7	1,04
Novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine	66	9,89
Kazna zatvora od tri mjeseca do jedne godine	2	0,30
Kazna zatvora od tri mjeseca do tri godine	67	10,04
Kazna zatvora od šest mjeseci do jedne godine	1	0,15
Kazna zatvora od šest mjeseci do tri godine	16	2,39
Kazna zatvora od jedne do tri godine	3	0,45

16. Udio teških i najtežih kaznenih djela (sva kaznena djela s propisanom posebnom najvećom mjerom kazne zatvora od pet ili više godina, s propisanom općom najvećom mjerom kazne zatvora odnosno propisanom kaznom dugotrajnog zatvora) iznosi 48,72% (325 inkriminacija):

Kazna zatvora do pet godina	1	0,15
Kazna zatvora od tri mjeseca do pet godina	35	5,24
Kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina	93	13,94
Kazna zatvora od jedne do pet godina	20	2,99
Kazna zatvora od šest mjeseci do osam godina	1	0,15
Kazna zatvora od jedne do osam godina	23	3,44
Kazna zatvora od jedne do deset godina	56	8,39
Kazna zatvora od tri do deset godina	9	1,34
Kazna zatvora od jedne do dvanaest godina	1	0,15
Kazna zatvora najmanje jednu godinu	8	1,19
Kazna zatvora od tri do dvanaest godina	3	0,45
Kazna zatvora najmanje tri godine	28	4,19
Kazna zatvora najmanje pet godina	20	2,99
Kazna zatvora najmanje tri godine ili kazna dugotrajnog zatvora	1	0,15
Kazna zatvora najmanje pet godina ili kazna dugotrajnog zatvora	12	1,79
Kazna zatvora najmanje osam godina ili kazna dugotrajnog zatvora	1	0,15
Kazna zatvora najmanje deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora	13	1,94

17. Poseban problem, s obzirom na mogućnost individualizacije kazne, predstavlja raspon pojedinih varijanti propisane kazne zatvora. Za potrebe ove analize prvi je put primijenjen kriterij odnosa (tj. omjera) najmanje i najveće mjere propisane kazne zatvora, na način da se posebna najmanja mjera kazne zatvora označi kao temeljna veličina («1»). Tako primjerice, propisana kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina podrazumijeva omjer 1:10 - tj. propisana najmanja mjera kazne zatvora deset je puta manja od propisane najveće mjere. Varijacije koje uključuju novčanu kaznu i dugotrajni zatvor pritom nisu uzete u obzir. Tako su dobiveni sljedeći omjeri (raspona kazne):

Propisana kazna %	Raspon	Br.in.
<i>Novčana kazna do sto dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do tri mjeseca</i>	9	1,34
<i>Novčana kazna do sto pedeset dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do šest mjeseci</i>	38	5,69
<i>Novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine</i>	133	19,94
<i>Novčana kazna ili kazna zatvora do dvije godine</i>	7	1,04
<i>Novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine</i>	66	9,89
Kazna zatvora do pet godina	<b>(1:60)</b>	1
Kazna zatvora od tri mjeseca do jedne godine	<b>(1:4)</b>	2
Kazna zatvora od tri mjeseca do tri godine	<b>(1:12)</b>	67
		10,04

Propisana kazna %	Raspon	Br.in.	
Kazna zatvora od tri mjeseca do pet godina	(1:20)	35	5,24
Kazna zatvora od šest mjeseci do jedne godine	(1:2)	1	0,15
Kazna zatvora od šest mjeseci do tri godine	(1:6)	16	2,39
Kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina	(1:10)	93	13,94
Kazna zatvora od šest mjeseci do osam godina	(1:16)	1	0,15
Kazna zatvora od jedne do tri godine	(1:3)	3	0,45
Kazna zatvora od jedne do pet godina	(1:5)	20	2,99
Kazna zatvora od jedne do osam godina	(1:8)	23	3,44
Kazna zatvora od jedne do deset godina	(1:10)	56	8,39
Kazna zatvora od jedne do dvanaest godina	(1:12)	1	0,15
Kazna zatvora najmanje jednu godinu	(1:15)	8	1,19
Kazna zatvora od tri do deset godina	(1:3,33)	9	1,34
Kazna zatvora od tri do dvanaest godina	(1:4)	3	0,45
Kazna zatvora najmanje tri godine	(1:5)	28	4,19
Kazna zatvora najmanje pet godina	(1:3)	20	2,99
Kazna zatvora najmanje tri godine <i>ili kazna dugotrajnog zatvora</i>		1	0,15
Kazna zatvora najmanje pet godina <i>ili kazna dugotrajnog zatvora</i>		12	1,79
Kazna zatvora najmanje osam godina <i>ili kazna dugotrajnog zatvora</i>		1	0,15
Kazna zatvora najmanje deset godina <i>ili kazna dugotrajnog zatvora</i>		13	1,94
		<b>667</b>	<b>100,00</b>

Vidljivo je da su ti rasponi vrlo šaroliki i kreću se od 1:2 (kazna zatvora od šest mjeseci do jedne godine) do 1:60 (kazna zatvora do pet godina). Ako se zanemare varijacije s alternativno propisanom novčanom kaznom odnosno kaznom dugotrajnog zatvora, ekstremni rasponi kreću se od 1:2 (kazna zatvora od šest mjeseci do jedne godine) do 1:60 (kazna zatvora do pet godina). Potonji omjeri zastupljeni su samo po jednom inkriminacijom. Prosječna mjera raspona iznosi 1:10,76.

\*

### **Kritičke primjedbe:**

**Ad. 1. i 4.** Načelna primjedba odnosi se na tzv. nesustavna rješenja. Od propisanih dvadeset i sedam različitih varijanti kaznenih okvira šest varijanti propisano je samo za jednu inkriminaciju (v. 4.), što je općenito neprihvatljivo. Nije upitno da se radi o rijetkim varijantama propisanih kazni gotovo nasumce preuzetih iz starog (ili eventualno nekog drugog zakonodavstva) ili, jednostavno, kreiranih samo za pojedini slučaj<sup>24</sup>. Uopće, takvih *ad hoc* intervencija bilo je napretek u posljednjoj fazi donošenja novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva (tijekom rasprave u tijelima Vlade i Sabora, kao i prilikom saborske rasprave uoči izglasavanja zakona 1997. godine), a potom i naknadnih novela 2000. i 2001. godine. U pravilu, njima nisu prethodile relevantne kriminološke i napose kriminalnopolitičke studije opravdanosti, niti se vodilo računa o unutarnjoj konzistentnosti sustava propisanih kazni (otuda 'nesustavnost'). Dobro je podsjetiti da je teorijski model propisivanja kazni predložen u nas krajem osamdesetih, polazio od dvanaest standardnih varijanti propisanih kazni. I tada

<sup>24</sup> Tako Horvatić, 1989., 242.

upozoreno je da «djelatnost modeliranja odgovarajućeg sustava propisivanja kazni obuhvaća uspostavljanje nove hijerarhije krivičnih djela po njihovoj društvenoj opasnosti, izostavljanje nekih od postojećih kažnjivih ponašanja (dekriminalizaciju), unosenje novih krivičnih djela i posebno, prije svega, znanstveno vrednovanje kriminalnopolitičkog smisla odnosa zabranjenosti određenog ponašanja, njegove apstraktne društvene opasnosti i nekog od predloženih standarda za propisivanje kazni. To znanstveno vrednovanje mora se, između ostalog, temeljiti i na istraživanju dosadašnje primjene krivičnopravne represije u suzbijanju svakoga kriminalnog ponašanja. Konfrontacija tzv. kaznene politike zakonodavca i sudske kaznene politike ima pri tome smisla samo ako se obje te 'politike' racionalno i potpuno objektivno definiraju i spoznaju».<sup>25</sup> Istina je, međutim, da je takvo što u hrvatskim uvjetima uglavnom izostalo, pa i danas izostaje.

Znanstvena studija zakonske politike kažnjavanja, tj. zakonskog izbora vrste i mjere kazne, mora se primarno temeljiti na tri glavne sastavnice: studiji fenomenologije kažnjivih ponašanja ili fenomenologije kriminala, studiji sudske politike kažnjavanja ili sudskog izbora vrste i mjere kazne (posebno se to odnosi na nužnost sustavnog a ne sporadičnog i sasvim fragmentarnog) praćenja ukupne kaznene politike) te odgovarajućoj penološkoj studiji odnosno raščlambi pojedinih aspekata izvršavanja kaznenih sankcija, posebno kazne zatvora, novčane kazne te primjene parapenalnih (prije svega uvjetne osude) i alternativnih sankcija kaznenoga prava. Sistemski zakoni, međunarodnopravni aspekti, komparativno pravo, zakonska raščlamba otegotnih i olakotnih, odnosno kvalificirajućih i privilegirajućih okolnosti temeljena prije svega na iskustvima sudske prakse, odnos kaznenih djela i prekršaja itd. samo su neka od pitanja koja pritom valja analizirati. Razumljivo da i stav laičke javnosti, no znanstveno verificiran, mora u tom kompleksu dobiti odgovarajuću pozornost. Takve studije u ovom trenutku nedostaju, i to je zapravo potencijalni generator 'nesustavnosti' zakonskih rješenja.

S druge strane, komparativna rješenja (drugih kaznenih zakonodavstava) valja preuzimati vrlo oprezno i kritički. Tim više, jer je svaki takav sustav (ili bi to trebalo biti) samostojna, konzistentna i koherentna cjelina: tako npr. njemačko kazneno zakonodavstvo poznaje devetnaest varijanti propisanih kazni, austrijski dvadeset i tri, dok švicarsko kazneno zakonodavstvo predviđa čak četrdeset i tri varijante propisanih kazni (uključivo i samo novčanu kaznu). Niti za jedan od njih ne može se unaprijed reći da je dobar ili loš, ili pak bolji ili lošiji od hrvatskog modela, a također to se ne može *a priori* tvrditi za pojedinačna rješenja preuzeta iz bilo kojega od njih. To stoga, jer se pretpostavlja da su zasnovani na sasvim specifičnim i relativno teško usporedivim teorijskim i empirijskim kriminalnopolitičkim i kaznenopravnim polazištima.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Horvatić, 1989., 253.

<sup>26</sup> Samo uzgredno, neke komparativne zanimljivosti:

U njemačkom kaznenom zakonodavstvu ([www.bib.uni-mannheim.de/bereiche/jura/gesetze/](http://www.bib.uni-mannheim.de/bereiche/jura/gesetze/))

Ne treba, međutim, dvojiti da je koncept zakonske politike kažnjavanja nužno u određenoj mjeri podložan klasičnom političkom utjecaju, počevši od općeg kritičkog stava pretežito laičke javnosti glede pojedinačnih ili načelnih rješenja, stava pojedinih interesnih skupina, pa sve do stava tzv. 'službene politike'. No, i u tom slučaju valja razlikovati vulgarni aspekt 'političkog' od onoga što se uobičajeno naziva aspektom 'znanstvene politike' ili 'političke znanosti'. Utoliko je koncept zakonske kaznene politike uvijek bio i bit će vrlo osjetljiv na utjecaj čimbenika izvan tipičnog znanstveno-stručnog kruga. Nesumnjivo da, primjerice, upravo stav laičke javnosti prema ukupnoj kaznenoj politici ili jednom njezinom segmentu predstavlja značajnu kriminalnopolitičku odrednicu, jer radi se o korektivu koji ne smije biti zanemaren u suvremenoj politici suzbijanja kažnjivih ponašanja, no svakako valja izbjeći da se ta politika kreira i ostvaruje u funkciji efemerne 'dnevnopolitičke' svrhe. Jasno je da će to u pravilu rezultirati

---

stgb-inh.html) (29/02/2004) najblaža propisana kazna je novčana kazna ili kazna zatvora do šest mjeseci, a najstroža kazna doživotnog zatvora, propisana u pravilu alternativno s kaznom zatvora od najmanje pet odnosno najmanje deset godina. Samo izuzetno (3 inkriminacije) kazna doživotnog zatvora propisana je kao isključiva kazna. Njemački sustav poznaje varijantu propisane novčane kazne u alternaciji s kaznom zatvora do dvije, tri ili čak do pet godina (propisana za najveći broj inkriminacija). Poznaje varijante s relativno visokim omjerom raspona: kazna zatvora od tri mjeseca do pet godina ili, primjerice, od tri mjeseca odnosno od šest mjeseci do deset godina itd. pri čemu je varijanta propisane kazne zatvora od tri mjeseca do deset godina propisana za samo jednu inkriminaciju. Opća najmanja mjera kazne zatvora: jedan mjesec; opća najveća mjera kazne zatvora: petnaest godina.

U austrijskom kaznenom zakonodavstvu ([www.sbg.ac.at/ssk/docs/stgb/stgb\\_index.htm](http://www.sbg.ac.at/ssk/docs/stgb/stgb_index.htm)) (29/02/2004) najblaža propisana kazna je kazna zatvora od jednog mjeseca ili šezdeset dnevnih dohodaka, a najteža kazna zatvora od deset do dvadeset godina ili kazna doživotnog zatvora odnosno isključivo doživotnog zatvora (koja je varijanta propisana samo u jednom slučaju). Najčešća propisana varijanta je kazna zatvora do tri godine. Novčana kazna kombinira se uz kaznu zatvora do najviše tri godine, izuzetno za dvije inkriminacije propisana je kumulativno uz kaznu zatvora od šest mjeseci do pet godina. Opća najmanja mjera kazna zatvora: jedan dan; opća najveća mjera kazne zatvora: dvadeset godina. S obzirom na to austrijsko kazнено zakonodavstvo poznaje varijante propisanih kazni s relativno vrlo visokim omjerom raspona (najveći onaj kod varijante propisane kazne zatvora do pet godina). Poznaje, međutim, i varijante s minimalnim omjerom raspona, kao što je primjerice kazna zatvora od pet do deset godina odnosno deset do dvadeset godina.

U švicarskom kaznenom zakonodavstvu ([www.admin.ch/ch/d/sr/311\\_0/index.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/311_0/index.html)) (29/02/2004) heterogenost propisanih varijanti je najveća: od novčane kazne kao najblaže do kazne doživotnog zatvora. Švicarsko zakonodavstvo diferencira kazne oduzimanja slobode razlikujući pritvor (Haft: najmanje jedan dan do najviše tri mjeseca), zatvor (Gefängnis: najmanje tri dana do tri godine) i upućivanje u kazneni zavod (kaznionicu) kao najtežu kaznu oduzimanja slobode odnosno varijantu tzv. strogog zatvora (Zuchthaus: najmanje jednu godinu, najviše dvadeset godina). U pojedinim slučajevima kazne oduzimanja slobode propisane su alternativno, uključivo i varijante s kumulativno propisanim novčanom kaznom (u apsolutnom iznosu najviše do jedan milijun Sfr). Sustav obilježava heterogenost i elastičnost s relativno visokim omjerima raspona. U slučaju kada je zakonom propisana varijanta kazne zatvora alternativno uz novčanu kaznu, počinitelju je moguće izreći i samo tzv. pritvor. Ponekad su alternirane dvije varijante kazne oduzimanja slobode uz propisanu novčanu kaznu. U pojedinim slučajevima propisana je samo kazna zatvora ili novčana kazna, bez određenja posebne najmanje odnosno najveće mjere itd.



spomenutim 'nesustavnim', *in extremis* neznanstvenim i štetnim rješenjima.

Uz ove načelne primjedbe glede nesustavnosti, nije upitna potreba brisanja spomenutih šest varijanti kaznenih okvira predviđenih za samo šest pojedinačnih inkriminacija. Nema doista niti jednog razloga za njihovo zadržavanje. Pri tome, to treba učiniti na sljedeći način:

- u čl. 145. st. 2. (Objavljivanje sadržaja državne ili vojne tajne) umjesto propisane kazna zatvora do pet godina valjalo bi propisati kaznu zatvora od šest mjeseci do pet godina;
- u čl. 201. st. 2. (Iznošenje osobnih ili obiteljskih prilika) umjesto kazne zatvora od šest mjeseci do jedne godine valjalo bi propisati kaznu zatvora od tri mjeseca do jedne godine;
- u čl. 99. st. 2. (Teška tjelesna ozljeda) umjesto kazne zatvora od šest mjeseci do osam godina načelno dolaze u obzir dvije mogućnosti - povećati posebnu najmanju mjeru sa šest mjeseci na godinu dana, dakle propisati kaznu zatvora od jedne od osam godina, ili smanjiti posebnu najveću mjeru s osam na pet godina, dakle propisati kaznu zatvora od šest mjeseci do pet godina (preporučljivo);
- u čl. 173. st. 2. (Zloupotrebavanje opojnih droga) umjesto kazne zatvora od jedne do dvanaest godina također načelno dolaze u obzir dvije mogućnosti - smanjiti posebnu najmanju mjeru s dvanaest na deset godina, dakle propisati kaznu zatvora od jedne do deset godina (preporučljivo), ili pak povećati posebnu najveću mjeru s dvanaest na petnaest godina, dakle propisati kaznu zatvora od jedne do petnaest godina ili kaznu zatvora najmanje jednu godinu. Ovo je sukladno svojedobno izraženom mišljenju da se «izostavljanjem posebnog maksimuma od dvanaest godina zatvora i razvrstavanjem inkriminacija (ovo se odnosi i na tri inkriminacije s propisanom kaznom od tri do dvanaest godina) za koja je sada propisana ta kazna kao poseban maksimum u grupu sa deset ili petnaest godina zatvora kao posebnim maksimumom ne mijenja bitno kriminalnopolitički smisao propisivanja kazne»<sup>27</sup>.
- u čl. 173. st. 3. (Zloupotrebavanje opojnih droga) umjesto kazne zatvora najmanje tri godine ili kazne dugotrajnog zatvora valjalo bi propisati kaznu zatvora najmanje pet godina ili kaznu dugotrajnog zatvora. Naime, posebna najmanja mjera od tri godine (uz opću najveću mjeru) uz alternaciju dugotrajnog zatvora ukazuju na izvjesnu nedorečenost kriminalnopolitičke ocjene odnosnog kaznenog djela. Kaznu dugotrajnog zatvora trebalo bi alternirati isključivo s kombinacijama posebne najmanje mjere od pet ili deset godina;
- stoga i u čl. 90. (Teško ubojstvo) umjesto kazne zatvora najmanje osam godina ili kazne dugotrajnog zatvora valjalo bi propisati kaznu zatvora najmanje deset godina ili kaznu dugotrajnog zatvora.

<sup>27</sup> Horvatić, 1989., 248.

Daljnje intervencije odnosile bi se na varijante propisane kazne zatvora koje nisu u skladu s odgovarajućim standardima raspona (v. ad 17.).

**Ad. 5.** Udio od 37,93% inkriminacija s alternativno propisanom novčanom kaznom značajno (više od 4x) nadilazi udio takvih inkriminacija u nekadašnjem OKZRH-KZRH (9,3%) i u europskim je komparacijama relativno visok.<sup>28</sup> Na ovom mjestu nužno je ukazati na dimenziju sudske kaznene politike. Posljednjih godina ona očekivano prati ovaj trend, naime, udio izrečenih novčanih kazni u ukupnoj strukturi izrečenih kaznenopravnih sankcija u RH gotovo je udvostručen (od 10, 47% 1998. do 19,63% 2002. godine).<sup>29</sup> Zasigurno, unatoč nekim nedostacima u primjeni, upravo je novi koncept novčane kazne osigurao njenu (re)afirmaciju. Problem propisivanja novčane kazne u kaznenom pravu nameće odgovarajuće pitanje njezina propisivanja u prekršajnom pravu i, dosljedno tome, propisivanja samih kažnjivih ponašanja (inkriminacija kaznenih djela i prekršaja), gdje još uvijek postoji znatna kriminalnopolitička disharmonija, no to je tema koja zaslužuje posebnu razradu. Vidljivo je da Kazneni zakon nije išao slijedom svojedobnog prijedloga da se „u skupini s maksimumom od tri godine ne propisuje poseban minimum od tri odnosno šest mjeseci jer se time osim vizualnih dojmova ne postiže kriminalnopolitički efekt”.<sup>30</sup> Sada je za ukupno 83 inkriminacije (12,43%) s propisanom posebnom najvećom mjerom od tri godine zatvora propisana posebna najmanja mjera od tri (67 ili 10,04%) odnosno šest (16 ili 2,39%) mjeseci. Pitanje uklanjanja donjih granica kod svih kaznenih okvira s najvećom posebnom mjerom od tri godine zatvora ili manje (često rješenje u europskim kaznenim zakonodavstvima), sukladno načelnom programu kriminalnopolitičkih i legislativnotehničkih standarda, valja rješavati uzimajući u obzir diferencijaciju prekršajnopravne i kaznenopravne zone, ali i raspon propisane kazne (v. ad 17.). Taj se raspon, naime, kod navedenih inkriminacija bitno razlikuje.

**Ad. 6-9.** Institucijom ublažavanja kazne iz čl. 57. st. 2. toč. a)-d) tehnički je obuhvaćen velik broj inkriminacija: prema čl. 57. st. 2. toč. a) - 89 odnosno 13,34%; prema čl. 57. st. 2. toč. b) - čak 237 inkriminacija odnosno 35,53%; prema čl. 57. st. 2. top. d) - 87 inkriminacija odnosno 13,04%. Odredba čl. 57. st. 2. toč. c) u ovome trenutku predstavlja samo mrtvo slovo na papiru jer, kao što je upozoreno, ne postoji varijanta kaznenog okvira s propisanom najmanjom mjerom kazne zatvora do dvije godine. Uпитno je, međutim, da li je propisivanjem posebne najmanje mjere od jedne godine kazne zatvora trebalo ostaviti mogućnost ublažavanja kazne (do najmanje zakonske mjere kazne zatvora) i onda kada se radi o inkriminacijama za koje je propisana kazna zatvora s posebnom najvećom mjerom od dvanaest i napose općom mjerom od petnaest godina zatvora (ukupno 9 inkriminacija odnosno 1,34%). *In abstracto*, s obzirom na relativno značajan raspon spomenutih kaznenih okvira (v. ad 17.), posebno u potonjem slučaju - uz

<sup>28</sup> V. Horvatić, Ž: *Novo hrvatsko kazneno pravo*, 1997., str. 253.

<sup>29</sup> V. [www.dzs.hr](http://www.dzs.hr) (29/02/2004)

<sup>30</sup> Horvatić, 1989., 249.

istodobnu nemogućnost primjene uvjetne osude - takva je mogućnost kriminalnopolitički osjetljiva.

**Ad. 10-12.** Značajan udio inkriminacija (180 - 26,98%) za koje je moguće izreći sudsku opomenu, ali istodobno relativno zanemariv broj izrečenih sudskih opomena u sudskoj praksi - u petogodišnjem razdoblju 1998.-2002. nikada taj broj nije prelazio 3% u strukturi ukupno osuđenih - ukazuje na potrebu konceptualnog redefiniranja ove kaznenopravne sankcije. Isto to, na svoj način, odnosi se na uvjetnu osudu. Za čak 488 (73,16%) inkriminacija moguće je primijeniti ovu sankciju, i doista, gotovo da je taj postotak dostignut kada se radi o njezinoj primjeni u sudskoj praksi. U spomenutom petogodišnjem razdoblju on je pojedinih godina prelazio 70% u ukupnoj strukturi osuđenih osoba. Ipak, od 1998. uočljiv je izvjestan pad broja osuđenika prema kojima je primijenjena uvjetna osuda 1998. - 74,16%, a 2002. - 63,49%.<sup>31</sup> Postaju li sudovi oprezniji, čuvajući se nekritičke primjene ove sankcije, ili se ipak radi o blagom zaoštavanju kaznene politike, teško je reći. Zanimljiv je u tom kontekstu svojedoban prijedlog Državnog odvjetništva RH<sup>32</sup> za izmjenu čl. 67. KZ na način da se omogući primjena uvjetne osude uvijek kada zakon propisuje mogućnost oslobođenja od kazne, čime bi se 'na mala vrata' uvela mogućnost primjene uvjetne osude za niz inkriminacija teških kaznenih djela za koja je propisana kazna zatvora s posebnom najvećom mjerom iznad deset godina. Kao što je poznato u općem dijelu mogućnost fakultativnog oslobođenja od kazne (sukladno odredbi čl. 58. st. 2.) propisana je u čl. 29. st. 3. (Nužna obrana) čl. 33. st. 3. (Pokušaj), čl. 34. st. 1. (Dragovoljni odustanak), čl. 36. st. 4. (Kažnjavanje sudionika), čl. 37. st. 3. (Poticanje) te čl. 59. (Posebni slučajevi oslobođenja od kazne za kaznena djela počinjena iz nehaja), a u posebnom dijelu između ostalih u čl. 173. st. 8. (Zlouporaba opojnih droga). Dosljedno tome, temeljem primjene spomenutih institucija općega dijela došla bi u obzir primjena uvjetne osude za više od 80 inkriminacija u posebnom dijelu čija posebna najveća mjera propisane kazne prelazi deset godina, između ostalih i za kazneno djelo iz čl. 173. st. 2. (propisana kazna zatvora od jedne do dvanaest godina) i st. 3. (propisana kazna zatvora najmanje tri godine, ili kazna dugotrajnog zatvora). Tijekom rasprave o mogućim konzekvencama prihvaćanja takvog prijedloga ukazano je na njegovu kriminalnopolitičku, ali i doktrinarnu, neopravdanost, pa je prijedlog većinom glasova odbačen. Riječ je o očitom primjeru nerazumijevanja kriminalnopolitičke i pravne naravi ove mjere upozorenja. Iako to pitanje zahtijeva posebnu znanstvenu i stručnu raščlambu, nema sumnje da je upravo uvjetna osuda ona sankcija čije su kriminalnopolitičke mogućnosti relativno neiskorištene, kako glede koncepta posebnih obveza uz nju tako i glede elementa nadzora<sup>33</sup> uz odnosno kroz uvjetnu osudu.

<sup>31</sup> [www.dzs.hr](http://www.dzs.hr)

<sup>32</sup> V. Zapisnik 1. sjednice Radne skupine za izmjenu hrvatskog kaznenog zakonodavstva Ministarstva pravosuđa RH od 15. ožujka 2000., str. 3

<sup>33</sup> Naime, upravo je element nadzora i njegovo inkorporiranje u sustav kaznenopravnih sankcija taj koji će presudno odrediti njegov razvitak u ovom stoljeću (kao što je uvođenje

**Ad. 13-16.** Promatrajući sustav propisanih kazni u cijelosti, uočljiva je njegova relativna izbalansiranost i na konceptualnoj razini, isto tako relativno dosljedno provedeno načelo ograničenja kaznenopravne prisile. Samo je za 27 odnosno 4,04% inkriminacija alternativno propisana najteža kazna dugotrajnog zatvora. Suprotno tome, za 47 ili 7,04% inkriminacija propisana je kazna zatvora s posebnom najvećom mjerom do šest mjeseci (kratkotrajna kazna oduzimanja slobode). Udio lakših i najlakših kaznenih djela (ona s propisanom posebnom najvećom mjerom kazne zatvora ispod pet godina) i udio teških i najtežih kaznenih djela (s propisanom posebnom najvećom mjerom od pet ili više godina odnosno općom mjerom od petnaest godina zatvora te propisanom kaznom dugotrajnog zatvora) otprilike su izjednačeni: u prvoj skupini svrstano je 342 inkriminacija ili 51,27%, a u drugoj skupini 325 inkriminacija ili 48,72%.<sup>34</sup>

**Ad. 17.** Jedno od najvažnijih pitanja sustava zakonskog propisivanja kazni povezano je, međutim, s mogućnošću ostvarivanja načela individualizacije u kažnjavanju (premissa IV.). Propisani rasponi pojedinih varijanti pokazuju značajna odstupanja, što je neprihvatljivo: u jednom slučaju prostor za individualizaciju kazne preuzak je, dok je u drugom preširok. Poželjno bi bilo da raspon bude izražen minimalno omjerom 1:4, izuzetno 1:3, a maksimalno

---

uvjetne osude i sigurnosnih mjera presudno obilježilo razvitak sustava sankcija i kaznenoga prava uopće krajem 19. i poč. 20. stoljeća). Kao što je poznato, u hrvatsko kazneno zakonodavstvo uvjetna je osuda ('uvjetno osuđenje') uvedena 1916., a uvjetna osuda sa zaštitnim nadzorom 1977. godine. Znanstvena prognoza daje naslutiti daljnju afirmaciju parapenalnih i napose alternativnih sankcija na račun kazne zatvora, koja će postupno izgubiti svoje dosadašnje značenje, čak do te mjere da će u tom obratu i sama postati svojevrsnom 'alternativnom' odnosno sekundarnom sankcijom. V. primjerice [www.foresight.gov.uk/e-sight.html](http://www.foresight.gov.uk/e-sight.html) (Foresight Project: Cyber Trust & Crime Prevention) (29/02/2004), jedan od specijaliziranih projekata znanstvene prognoze u području kriminalne politike. U tom smislu, znanstvena se prognoza definira kao 'očekivanje budućeg razvitka' i 'utvrđivanje prioriteta' temeljem analize znanstvenih i tehnoloških otkrića te suvremenih trendova u (kriminalnoj) politici (Leon Cremonini, Andrew-Rathmell, Caroline Wagner, Cyber Trust & Crime Prevention: Foresight Overview, RAND Europe prepared for the Foresight Directorate, Office of Science & Technology, 2003., UK, str. 9 Postoji i niz drugih sličnih izvora).

Slijedom rečenoga, klasična generalnoproventivna dimenzija, koja je danas opet naglašena u kaznenom pravu i kriminalnoj politici, trebala bi konačno biti supstituirana novim specijalnoproventivnim modelima temeljenim na djelotvornoj kontroli i nadzoru, sukladno novim znanstvenim i tehnološkim standardima. Kriminalnopolitički trend jačanja kontrole i nadzora već je uočljiv u svakodnevnom životu, ne samo u pravu i kaznenom pravu. Drugo je što se na taj način u svojoj kompleksnosti zaoštava pitanje zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda.

Problem nadzora svojedobno je na osebujan način povezao s kaznenim pravom franc. filozof Michel Foucault (1926.-1984.) u poznatom djelu „Surveiller et punir: naissance de la prison” (1975.) (Nadzor i kazna: radanje zatvora, Informativ, 1994.). Jedan od onih koji se bavio nadzorom bio je i slovenski kriminolog Janez Pečar, u svojim djelima „Formalno nadzorstvo” (1988.) i „Neformalno nadzorstvo” (1991.) itd. Izlazilo bi, međutim, iz okvira tematike ovoga rada podrobnije raspravljanje o spomenutom problemu.

<sup>34</sup> Razumljivo da sudska kaznena politika pokazuje oprečnu distribuciju: tako, primjerice, od 12.911 punoljetnih počinitelja osuđenih na kaznu zatvora u 2003. godini (ukupno osuđenih 16.466) njih je 11.916 ili 92,29% osuđeno na zatvor do jedne godine, dok je samo jednom počinitelju pravomoćno izrečena kazna dugotrajnog zatvora. [www.dzs.hr](http://www.dzs.hr)

1:12 (ukoliko ne postoji koji drugi razlog zbog kojega bi ovaj omjer bio neodgovarajući<sup>35</sup>). Slijedom tog kriterija ne udovoljava cijeli niz varijanti propisane kazne zatvora. Opetovano valja istaknuti da se ova primjedba ne odnosi na posebne slučajeve odnosno varijacije s alternativno propisanom novčanom kaznom ili kaznom dugotrajnog zatvora. Spomenutom zahtjevu tako ne bi odgovarale ove varijante propisane kazne zatvora:

Kazna zatvora do pet godina	(1:60)	1	0,15
Kazna zatvora od tri mjeseca do pet godina	(1:20)	35	5,32
Kazna zatvora od šest mjeseci do jedne godine	(1:2)	1	0,15
Kazna zatvora od šest mjeseci do osam godina	(1:16)	1	0,15
Kazna zatvora najmanje jednu godinu	(1:15)	8	1,21

Čak tri od pet navedenih varijanti propisane su samo za po jednu inkriminaciju, jedna od njih propisana je za osam, a jedna za trideset i pet inkriminacija (ukupno 46 inkriminacija ili 7% od njihovog ukupnog broja). U četiri slučaja ti su rasponi nedopustivo široki (1:15, 16, 20 odnosno čak 60), a u jednom raspon je preuzak (samo 1:2). Primjerice, istaknuto je da bi opća najmanja mjera kazne zatvora (30 dana) trebala biti propisana za najlakša i lakša kaznena djela, a to svakako nije kazneno djelo za koje je propisana najveća mjera kazna zatvora pet godina. Osim toga, valja se složiti s onima koji smatraju da «kazneni okviri kod pojedinih djela ne bi smjeli biti preširoki, jer to u suštini predstavlja prenošenje ovlaštenja zakonodavca u kažnjavanju na suca».<sup>36</sup> Drugim riječima, tradicionalne metode odnosno instrumentarij izbora mjere (odmjeravanja) kazne ne omogućuje sofisticiranost takvog stupnja.<sup>37</sup> Napokon, takav kazneni okvir indicira nepostojanje jasnog kriminalnopolitičkog stava glede određenog kaznenog djela. Nasuprot tome, raspon kaznenog okvira u omjeru 1:2 (kazna zatvora od šest mjeseci do jedne godine) do te je mjere uzak da ne udovoljava minimalnim zahtjevima ostvarivanja načela individualizacije. Slična konstatacija odnosi se i na raspon 1:3, pa čak i 1:4 (radi se o varijanti s posebnim maksimumom od petnaest odnosno deset godina, pri čemu je u prvom slučaju neodgovarajuća posebna najmanja mjera od jedne odnosno u drugom slučaju od tri godine). Stoga bi valjalo predložiti barem sljedeće najvažnije korekcije:

- u skupini inkriminacija s propisanom općom najvećom mjerom kazne zatvora od petnaest godina valjalo bi brisati posebnu najmanju mjeru od najmanje jedne godine (1:15). Točno je naime da su «u grupi s posebnim maksimumom od petnaest godina samo dva posebna minimuma potrebna -

<sup>35</sup> V. ad 6-9- (t. 7.).

<sup>36</sup> Tako primjerice Bačić *Ustavni sud* (Otežavajuće i pooštavajuće okolnosti u kažnjavanju u jugoslavenskom krivičnom pravu, JRKKP, 2/1964.(1):220-231, str. 229.

<sup>37</sup> Osim toga, doktrinarno, varijanta propisane kazne s preširokim rasponom moguće indicira potrebu boljeg određenja odnosno raščlambe samog zakonskog bića djela, prije svega u smislu diferencijacije njegova temeljnog od kvalificiranog oblika.

od tri i od pet godina».<sup>38</sup> Radi se o osam inkriminacija za koje je propisana kazna zatvora najmanje jednu godinu;

- u skupini inkriminacija s propisanom posebnom najvećom mjerom kazne od osam godina brisati posebnu najmanju mjeru od šest mjeseci (1:16), a ostaviti samo posebnu najmanju mjeru od jedne godine. Samo je jedna takva inkriminacija;
- u skupini s propisanom najvećom mjerom od pet godina brisati kombinacije s posebnom najmanjom mjerom od tri mjeseca (1:20), te napose, propisanu opću najmanju mjeru kazne zatvora uz ovaj maksimum (1:60).<sup>39</sup> U prvom slučaju radi se o 35, a u drugom o samo jednoj inkriminaciji;
- u skupini s propisanom posebnom najvećom mjerom kazne zatvora od jedne godine neizostavno brisati posebnu najmanju mjeru od šest mjeseci (1:2). Radi se također o samo jednoj takvoj inkriminaciji.

Također,

- u skupini s propisanom posebnom najvećom mjerom kazne zatvora od deset godina brisati varijantu s posebnom najmanjom mjerom od tri godine (raspon 1:1,3), a zadržati samo varijantu s propisanom kaznom zatvora od jedne do deset godina. Isto tako nije prihvatljiv prijedlog o ostavljanju opće najmanje mjere kazne zatvora u kombinaciji s posebnom najvećom mjerom od deset godina;<sup>40</sup>
- u skupini s propisanom posebnom najvećom mjerom kazne zatvora od tri godine brisati varijantu s posebnom najmanjom mjerom od jedne godine (1:3).

To bi značilo da u skupini varijanti s omjerom 1:3 ostaje samo varijanta s propisanom najmanjom mjerom od pet godina te općom najvećom mjerom od petnaest godina zatvora.

### **B. Kritički osvrt na koncept propisivanja vrste i mjere kazne u Kaznenom zakoniku<sup>41</sup>**

Sustav zakonskog izbora vrste i mjere kazne (prema propisanoj kazni, broju inkriminacija i relativnom udjelu izraženom u postotku) u ukinutom Kaznenom zakoniku izgledao je ovako:

Novčana kazna do sto dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do tri mjeseca	8	1,14
Novčana kazna do sto pedeset dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do šest mjeseci	26	3,71
Novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine	<b>111</b>	<b>15,85</b>
Novčana kazna ili kazna zatvora do dvije godine	7	1,00
Novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine	90	12,85

<sup>38</sup> Horvatić, 1989., 248.

<sup>39</sup> Drugačije Horvatić, 1989., 249.

<sup>40</sup> Horvatić, 1989., 249.; suprotno premisi II. da bi opću najmanju mjeru kazne zatvora načelno valjalo propisivati isključivo za najlakša kaznena djela.

<sup>41</sup> Kazneni zakonik, NN 111/03., koji se trebalo početi primjenjivati 1. prosinca 2003., ukinut je u cijelosti Odlukom Ustavnog Suda RH te prestao važiti dana 27. studenoga 2003. (NN 190/03. od 3. prosinca 2003.)

Kazna zatvora do pet godina	1	0,14
Kazna zatvora od tri mjeseca do jedne godine	1	0,14
Kazna zatvora od tri mjeseca do tri godine	66	9,42
Kazna zatvora od tri mjeseca do pet godina	37	5,28
Kazna zatvora od šest mjeseci do jedne godine	1	0,14
Kazna zatvora od šest mjeseci do tri godine	16	2,28
Kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina	94	13,42
Kazna zatvora od šest mjeseci do osam godina	1	0,14
Kazna zatvora od šest mjeseci do deset godina	5	0,71
Kazna zatvora od jedne do tri godine	3	0,42
Kazna zatvora od jedne do pet godina	3	4,42
Kazna zatvora od jedne do osam godina	33	4,71
Kazna zatvora od jedne do deset godina	59	8,42
Kazna zatvora od jedne do dvanaest godina	1	0,14
Kazna zatvora od jedne do petnaest godina	2	0,28
Kazna zatvora najmanje jednu godinu	5	0,71
Kazna zatvora od tri do deset godina	9	1,28
Kazna zatvora od tri do dvanaest godina	3	0,42
Kazna zatvora od tri do petnaest godina	28	4,00
Kazna zatvora najmanje tri godine	13	1,85
Kazna zatvora od pet do petnaest godina	3	0,42
Kazna zatvora najmanje pet godina	17	2,42
Kazna zatvora najmanje tri godine ili kazna doživotnog zatvora	1	0,14
Kazna zatvora najmanje pet godina ili kazna doživotnog zatvora	14	2,00
<del>Kazna zatvora najmanje osam godina ili kazna dugotrajnog zatvora</del>	<del>1</del>	<del>0,14</del>
Kazna zatvora najmanje deset godina ili kazna doživotnog zatvora	14	2,00
<b>UKUPNO</b>	<b>700</b>	<b>100,00</b>

Temeljem iznijetih podataka moguće je izvesti nekoliko glavnih zaključaka:

1. Kaznenim zakonikom povećan je broj propisanih inkriminacija sa 667 na 700 te je za njih propisano 30 različitih varijanti kaznenih okvira. Uvedene su četiri nove varijante raspona propisanih kazni odnosno kaznena okvira:

- kazna zatvora od šest mjeseci do deset godina, 5 inkriminacija, 0,71%
- kazna zatvora od jedne do petnaest godina, 2 inkriminacije, 0,28%
- kazna zatvora od tri do petnaest godina, 28 inkriminacija, 4,0%
- kazna zatvora od pet do petnaest godina, 3 inkriminacije, 0,42%.

Istodobno, brisan je kazneni okvir

- kazna zatvora najmanje osam godina ili kazna dugotrajnog zatvora, propisana do tada samo za jednu inkriminaciju.

Spomenute nove varijante s maksimumom od petnaest godina (koji ovdje predstavlja posebnu najveću mjeru kazne zatvora), posljedica su uvođenja nove zakonske opće najveće mjere kazne zatvora od dvadeset godina (izmijenjen čl. 53. st. 1.).<sup>42</sup> Kombinacija posebnih najmanjih mjera kazne zatvora od jedne, tri i pet godina, s općom najvećom mjerom od dvadeset godina zatvora (ukupno 35 inkriminacija, 5,0%), nesumnjivo upućuje na zaključak o intenciji pooštavanja zakonske politike kažnjavanja.

<sup>42</sup> Čl. 20. st. 1. Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona (NN 111/03.).

2. Najblaža propisana kazna - novčana kazna do sto dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do tri mjeseca - propisana je za 8 inkriminacija (1,44%) (Kazneni zakon /KZ/ 9, - 1,34%), dok je najteža propisana kazna - kazna zatvora najmanje deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora - propisana za 14 inkriminacija (2,0%)(KZ 13, - 1,94%);

3. Varijanta propisana za najveći broj inkriminacija, kao najčešći kazneni okvir - novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine - propisana je za 111 inkriminacija (15,85%) (KZ 133 - 19,94%);

4. Kazneni zakonik i dalje poznaje varijante kaznenog okvira propisane isključivo za jednu inkriminaciju: u odnosu na Kazneni zakon brisana je već spomenuta varijanta propisane kazne zatvora od najmanje osam godina ili kazna dugotrajnog zatvora (supstituiranog u Kaznenom zakoniku kaznom doživotnog zatvora), te je istodobno za samo jednu inkriminaciju propisana kazna zatvora od tri mjeseca do jedne godine. Na taj način nije ispravljen propust nesustavnosti u Kaznenom zakonu, što je neizostavno trebalo učiniti.<sup>43</sup>

5. Neznatno je smanjen broj inkriminacija za koje je alternativno propisana novčana kazna (kaznena djela s propisanom najvećom mjerom kazne zatvora do tri godine bez propisane najmanje mjere): ranije 253 (37,93%), sada 242 (34,57%). Dakako, da i ovo nesumnjivo sugerira pooštavanje zakonske kaznene politike.

6. Kako je istaknuto pod 1., varijanta u Kaznenom zakonu propisane kazne zatvora od najmanje jednu godinu (8 inkriminacija, 1,19%) postaje u Kaznenom zakoniku varijanta s novom općom najvećom mjerom od 20 godina (5 inkriminacija, 0,71%), pa su stoga uvedeni novi okviri: kazna zatvora od jedne do petnaest godina (2 inkriminacije, 0,28%), od tri do petnaest (28 inkriminacija, 4,0%) te od pet do petnaest godina zatvora (3 inkriminacije, 0,42%), pri čemu spomenuti maksimum predstavlja novu posebnu najveću mjeru kazne zatvora. Već je upozoreno na kriminalnopolitičku<sup>44</sup> manjkavost varijanti s propisanom kaznom zatvora od jedne do dvanaest (1 inkriminacija) odnosno od jedne do petnaest godina, a sada se uvodi i treća varijanta - najmanje jednu godinu s općom najvećom mjerom od čak dvadeset godina zatvora. Spomenutim je varijantama obuhvaćeno ukupno 8 inkriminacija ili 1,14%. Neprihvatljivo, s obzirom na ranije iznesene argumente glede institucije ublažavanja kazne *in abstracto*.

7. Udio kaznenih djela za koja se može primijeniti sudska opomena po Kaznenom zakoniku iznosi 145 (20,71%) (KZ 180 - 26,98%). Također, u relativnom smislu, smanjen je broj inkriminacija za koje se može primijeniti uvjetna osuda: Kaznenim zakonikom predviđena je ta mogućnost za ukupno 494 inkriminacije<sup>45</sup> (70,57%) (KZ 488 - 73,16%). I ovaj podatak svjedoči o

<sup>43</sup> V. ad 1. i 4.

<sup>44</sup> V. ad 6-9. (t. 7.)

<sup>45</sup> Uključivo i pet inkriminacija za koje je propisana nova varijanta kaznenog okvira: kazna zatvora od šest mjeseci do deset godina.



spomenutoj intenciji izvjesnog zaoštavanja kaznene politike zakonodavca, neovisno o činjenici da je istodobno neznatno povećan udio kaznenih djela za koja se uvjetna osuda može primijeniti nakon prethodnog ublažavanja kazne: Kazneni zakonik 107 - 15,28%; KZ 89 - 13,34%.

8. Smanjen je udio kaznenih djela s propisanom posebnom najvećom mjerom kazne zatvora do šest mjeseci sa 7,04% (47 inkriminacija) na 4,85% (34 inkriminacije). Istodobno, neznatno je povećan udio kaznenih djela za koja je propisana kazna doživotnog (ranije dugotrajnog) zatvora (KZ 27 inkriminacija odnosno 4,04% - Kazneni zakonik 29 inkriminacija odnosno 4,14%). Uopće, udio lakših i najlakših kaznenih djela (sva kaznena djela s propisanom posebnom najvećom mjerom kazne zatvora ispod pet godina) smanjen je s 51,27% (342 inkriminacije) na 47% (329 inkriminacija), dok je istodobno udio teških i najtežih kaznenih djela (s propisanom posebnom najvećom mjerom kazne zatvora od pet ili više godina, s propisanom općom najvećom mjerom kazne zatvora odnosno propisanom kaznom doživotnog zatvora) povećan sa 48,72% (325 inkriminacija) na 53% (371 inkriminacija), čime je narušen dosadašnji odnos ovih skupina kaznenih djela! Sve to upućuje na zaključak o pomaku k generalnopreventivnim obrascima kaznene represije.

9. Konačno, Kazneni zakonik nije riješio problem neodgovarajućih raspona kaznenih okvira (v. ad. 17), već je - suprotno tome - uveo još dvije neprihvatljive varijante s rasponom omjera 1:20. Riječ je o varijanti propisane kazne zatvora od šest mjeseci do deset godina (5 inkriminacija, 0,71%), odnosno nominalno staroj varijanti propisane kazne zatvora od najmanje jednu godinu, sada u kombinaciji s novom općom najvećom mjerom kazne zatvora od dvadeset godina, što je vidljivo iz priložene tabele:

**Propisana kazna**

Novčana kazna do sto dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do tri mjeseca	8	1,14
Novčana kazna do sto pedeset dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do šest mjeseci	26	3,71
<b>Novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine</b>	<b>111</b>	<b>15,85</b>
Novčana kazna ili kazna zatvora do dvije godine	7	1,00
Novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine	90	12,85
<b>Kazna zatvora do pet godina</b>	<b>(1:60)</b>	<b>1</b>
Kazna zatvora od tri mjeseca do jedne godine	(1:4)	0,14
Kazna zatvora od tri mjeseca do tri godine	(1:12)	66
Kazna zatvora od tri mjeseca do pet godina	(1:20)	37
Kazna zatvora od šest mjeseci do jedne godine	(1:2)	1
Kazna zatvora od šest mjeseci do tri godine	(1:6)	16
Kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina	(1:10)	94
Kazna zatvora od šest mjeseci do osam godina	(1:16)	1
Kazna zatvora od šest mjeseci do deset godina	(1:20)	5
Kazna zatvora od jedne do tri godine	(1:3)	3
Kazna zatvora od jedne do pet godina	(1:5)	31
Kazna zatvora od jedne do osam godina	(1:8)	33
Kazna zatvora od jedne do deset godina	(1:10)	59
Kazna zatvora od jedne do dvanaest godina	(1:12)	1
Kazna zatvora od jedne do petnaest godina	(1:15)	2
Kazna zatvora najmanje jednu godinu	(1:20)	5
Kazna zatvora od tri do deset godina	(1:3,3)	9
Kazna zatvora od tri do dvanaest godina	(1:4)	3
Kazna zatvora od tri do petnaest godina	(1:5)	28
Kazna zatvora najmanje tri godine	(1:6,6)	13
Kazna zatvora od pet do petnaest godina	(1:3)	3
Kazna zatvora najmanje pet godina	(1:4)	17

Kazna zatvora najmanje tri godine ili kazna doživotnog zatvora	1	0,14
Kazna zatvora najmanje pet godina ili kazna doživotnog zatvora	14	2,00
<del>Kazna zatvora najmanje osam godina ili kazna dugotrajnog zatvora</del>	<del>1</del>	<del>0,15</del>
Kazna zatvora najmanje deset godina ili kazna doživotnog zatvora	14	2,00
	<b>700</b>	<b>100,00</b>

Temeljem izloženoga, sam se po sebi nameće zaključak da Kaznenim zakonikom, uz općenito jačanje generalnopreventivnih represivnih tendencija, nije otklonjen niti jedan nedostatak Kaznenog zakona glede propisivanja kazne zatvora.

### 3. Zaključak

Sustav propisivanja kazne zatvora u aktualnom hrvatskom kaznenom zakonodavstvu obilježava 'nesustavnost' u kriminalnopolitičkom, kaznenopravnom i nomotehničkom smislu. Nedovoljno afirmirano načelo znanstvenosti i nedosljedno provedeno načelo konzistentne diferencijacije kaznenih djela po težini temeljne su značajke kriminalnopolitičke 'nesustavnosti'. Zakonska politika kažnjavanja u izvjesnom je dijelu sporadična i improvizirana. Za niz inkriminacija propisana kazna improvizirana je tradicionalnim naslijeđem, dnevnopolitičkom svrhom ili očekivanjima, što čini dvojbenom njihovu kriminalnopolitičku opravdanost. Posljedica je to izostanka multidisciplinarnе analize pojedinih kaznenih djela (uopće kažnjivih ponašanja), počevši od utvrđivanja same potrebe i odgovarajućeg načina njihova propisivanja, pa do za njih propisane vrste i mjere kazne. Nedostaju pravi kriteriji temeljem kojih bi se kaznenopravne inkriminacije svrstavale u pojedinu kategoriju prema njihovoj apstraktnoj težini s uravnoteženim prostorom za sudsku individualizaciju kazne. Istodobno, u kaznenopravnom smislu, ne postoji uvijek definiran odnos načela zakonitosti i načela individualizacije, napose onaj izražen u omjerima raspona kaznenog okvira. Dimenzija pogibelnosti djela često je zakonski nedefinirana ili nedovoljno dobro definirana, pa se njezino određenje konstituira kao primarno sudski temelj za izbor vrste i mjere kazne. Sustav propisivanja kazni s više istančanosti treba uzeti u obzir kriminalnopolitičke i kaznenopravne aspekte pretpostavki primjene mjera upozorenja. To se u određenoj mjeri odnosi i na novčanu kaznu kao i važnu instituciju ublažavanja kazne, koncept koje u zakonu nije sasvim dosljedno proveden. U nomotehničkom smislu nepotrebna heterogenost propisanih kaznenih okvira (ponekad samo za jednu jedinu inkriminaciju) ukazuje na izostanak cjelovitog koncepta uređenja odnosne materije. Ostaje dojam da se doista nitko posebno ne bavi ovim problemom, iako je teško reći koji su stvarni razlozi njegova zanemarivanja. Ove se ocjene podjednako odnose na Kazneni zakon kao i ukinuti Kazneni zakonik, kojega bi valjalo ocijeniti i negativnije.

Cijeli niz pitanja, koja su samo usputno spomenuta, ali koja su organski povezana s materijom zakonskog propisivanja kazne zatvora, ostaje otvoren. Kako je istaknuto, napose se to odnosi na uređenje novčane kazne, sudske opomene i uvjetne osude, s posebnim osvrtom na problematiku diferencijacije

kaznenopravne i prekršajnopravne zone, te problematiku odnosa zakonske i sudske politike kažnjavanja koje ovoga trenutka dopuštaju zaključak o 'dvije paralelne kaznene politike': one zakonske, posebno prema projektu Kaznenog zakonika inspirirane značajnom, ali neizdiferenciranom generalnoproventivnom tendencijom jačanja kaznenopravne represije, i one sudske, na liniji specijalno-preventivne tendencije odnosno općenito mnogo blažeg, dosljednijeg, ali već pomalo prevladanog, obrasca kaznenopravne reakcije. Sve to u funkciji smanjenja generalnoproventivnih pritisaka, s izravnim reperkusijama na zakonsku kaznenu politiku.

Ostaje činjenica da u nas nije zamišljen i ostvaren plan odgovarajućih istraživanja kaznene politike, napose sudske kaznene politike, na temelju kojega bi konačno bilo moguće postaviti hipoteze koje predmnijeva ozbiljna, dakle znanstvena politika suzbijanja kažnjivih ponašanja u segmentu zakonskog izbora vrste i mjere kazne. Vjerojatno bismo tada bili korak bliže 'apsolviranju' tog problema.

Pred novim zakonopiscem ostaje zadaća uređenja ove problematike barem u okvirima predloženoga u ovom članku. U protivnom, dovodi se u pitanje ne samo ostvarivanje deklarativno navedene opće svrhe propisivanja kaznenopravnih sankcija i posebne svrhe svake od njih, već i realan kriminalnopolitički učinak njihova izricanja odnosno primjene.

### Summary

## **IMPRISONMENT AS A SANCTION IN CRIMINAL ACT AND CRIMINAL CODE (*DE LEGA LATA* AND *DE LEGE FERENDA*)**

There is a relatively small number of scientific and expert papers dealing with imprisonment as a legal sanction. Without prior interpretation of reasons for this fact, it is important to note that the last paper of this kind in Croatian scientific-expert bibliography is published in late 80's of the last century and the topic was not tackled ever since. This would mean that the topic has been exhausted and that there is no need for its further elaboration. Is it really so? Analysis of sanctioning system in the Criminal Act (with overview of last, repealed revision) demonstrates that this is not the case. What are, then, the real reasons for neglecting the topic and what are the consequences?

**Key words:** *criminal law, criminal policy, imprisonment as a legal sanction.*

## Zusammenfassung

**DAS SYSTEM DER ANORDNUNG VON FREIHEITSSTRAFE  
IM STRAFGESETZ UND STRAFGESETZBUCH  
(DE LEGE LATA UND DE LEGE FERENDA)**

Relativ wenige wissenschaftliche und Facharbeiten beschäftigen sich mit dem Thema der gesetzlichen Anordnung von Freiheitsstrafe. Ohne gründlicher auf die Gründe dafür einzugehen, muss man gelten lassen, dass in der kroatischen Wissenschafts- und Fachbibliographie die letzte Arbeit auf diesem Gebiet aus den späten achtziger Jahren stammt und man danach nicht mehr darüber geschrieben hat. Damit scheint das bezügliche Thema erledigt zu sein und es sollte nicht mehr nötig sein, sich damit besonders zu beschäftigen. Ist das aber wirklich so? Die Analyse des Systems der Sanktionen des Strafgesetzes (mit Berücksichtigung der letzten, aufgehobenen Novelle) zeigt, dass dies nicht der Fall ist. Welches sind dann die Gründe für die Vernachlässigung mit derartigen Folgen?

*Schlüsselwörter:* Strafrecht, Kriminalpolitik, gesetzliche Strafanordnung.

## Sommario

**SISTEMA DI REGOLAMENTAZIONE DELLA PENA  
DELLA CARCERAZIONE NELLA LEGGE PENALE E  
NEL CODICE PENALE (DE LEGE LATA E DE LEGE FERENDA)**

C'è relativamente un piccolo numero di lavori scientifici e specialistici che affrontano il tema della regolamentazione legislativa della pena della carcerazione. Senza una precedente interpretazione delle ragioni di questo fatto, è importante notare che l'ultimo lavoro di questo tipo nella bibliografia scientifico-specialistica croata è pubblicato negli ultimi anni '80 del secolo scorso e da allora il tema non è stato più trattato. Questo significherebbe che il tema è stato esaurito e non c'è bisogno della sua ulteriore elaborazione. È realmente così? L'analisi del sistema delle sanzioni nella Legge penale (con lo sguardo all'ultima, abrogata versione) dimostra che non è questo il caso. Quali sono le ragioni reali per trascurare il tema e quali sono le conseguenze?

*Parole chiave:* diritto penale, politica criminale, regolamentazione legislativa della pena.

## SLOBODNO I ZATVORENO MORE: GROTIUS I SELDEN

Dr. sc. Davorin Rudolf, ml., viši asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 341.225 GROTIUS, H.  
341.222 SELDEN, J.  
Ur.: 8. travnja 2004.  
Pr.: 3. lipnja 2004.  
Pregledni znanstveni članak

*Autor izlaže nauk dvojice znamenitih pravника 17. i 18. stoljeća o pravu država na upotrebu i iskorištavanje mora: Nizozemca Huga Grotiusa i Engleza Johna Seldena. Hugo Grotius, koji se u znanosti smatra začetnikom novovjeke škole prirodnoga prava, a također i ocem modernoga međunarodnoga prava (jer je u svojem djelu De iure belli ac pacis, 1625., prvi izložio sveobuhvatan sustav međunarodnoga prava) zalagao se za slobodu mora. U djelu Mare liberum (napisanom 1604./5., pronađenom tek 1868.), kritizirao je španjolske i portugalske zahtjeve za vlašću na širokim morskim prostranstvima. On je, u skladu s interesima Nizozemske i drugih pomorskih sila toga vremena, branio načelo slobode plovidbe.*

*More je Grotius podijelio u dva osnovna dijela s obzirom na pravni status. Izvan obalnoga mora je otvoreno more, za koje u punoj mjeri vrijedi maksima "upotreba mora pripada svima".*

*Nasuprot Grotiusu, John Selden se u djelu Mare clausum založio za tzv. "zatvorena mora", tj. mora koja bi pripadala u cijelosti ili dijelom pojedinim državama. U skladu sa zahtjevima vremena, posebice razvojem masovne proizvodnje dobara i proširenom međunarodnom trgovinom, pobijedilo je shvaćanje Grotiusa.*

*Sukobljena su teorijska shvaćanja postala klasični dijelovi povijesti međunarodnoga prava mora i njenim najslikovitijim isječkom. Grotiusovo učenje održalo se u međunarodnome pravu mora sve do sredine dvadesetoga stoljeća. Unošenjem u međunarodno pravo novih instituta epikontinentskog pojasa i gospodarskog pojasa, klasične slobode otvorenoga mora i ogromna morska prostranstva otvorenoga mora znatno su sužena.*

**Ključne riječi:** *Slobodno more, Grotius, Zatvoreno more, Selden.*

1. Nakon što je genoveški pomorac u službi španjolskoga dvora Kristof Kolumbo otkrio 1492. Ameriku, a brodska veza zapadnoeuropskih država s dalekim područjima Indije postala stalna i relativno sigurna, s gospodarskim i vojnim usponom Španjolske, Francuske, Portugala, Engleske i Nizozemske, međunarodno pravo mora je počelo dobivati svoje čvrste podloge. Napredak u proizvodnji dobara, međunarodna trgovina, razvoj tehnike i tehnologije otvorili su vrata novoj revolucionarnoj ideji: *načelu slobode mora*.<sup>1</sup>

2. Još su u srednjemu vijeku jake države prisvajale čitava mora uz svoje obale: Engleska je od 10. stoljeća zahtijevala more uz obale Britanskih otoka. Englezi su bili povukli ravne crte između najizbočenijih rtova (*headlands*) i more unutar tako povučenih crta proglasili vlasništvom kralja, Kraljevim odajama (*King's Chambers*), jer su držali da se vladavina engleskoga prava (*common lawa*) proteže i na te morske prostore.<sup>2</sup> U Kraljevim odajama zahtijevali su poštovanje statusa neutralnosti<sup>3</sup>, isključivo pravo ribolova<sup>4</sup>, obalne plovidbe, obavljanja sudbenosti i pravo na iskazivanje počasti engleskoj zastavi.<sup>5</sup>

3. U zahtjevima za golemim morskim prostorima osobito su prednjačili Španjolska i Portugal. Španjolska je svojatala Pacifik i Karipsko more, a Portugal Indijski ocean i Atlantski ocean južno od Maroka. U sporovima koji

<sup>1</sup> Ta ideja je doista bila revolucionarna u određenome povijesnom razdoblju. Valja, međutim, imati na umu da je zapravo počivala na temeljima rimskoga prava, shvaćanju da je more neiscrпно, zajedničko dobro, koje se ne može - zbog svoje veličine - staviti pod vlast ni jedne države. Naprosto takve sile (ratne mornarice) u svijetu nema, koja može goleme morske prostore držati efektivno pod svojom vlašću.

<sup>2</sup> To su bila tzv. uska mora (*narrow seas*) između Engleske i Irske, Bristolski tjesnac, Tjesnac sv. Jurja, Irsko more i Sjeverni tjesnac. Širenjem britanskoga kolonijalnog carstva težnje za vlašću na morima bile su sve izrazitije i obuhvatnije (zalazile su npr. u Atlantik do američkih kontinenata), a očitovale su se ne samo u zahtijevanju pozdravljanja i ukazivanja počasti britanskoj zastavi već i u zaustavljanju i pretrazi brodova na svim morima svijeta.

<sup>3</sup> Kralj Jakov I. je proklamacijom 1. ožujka 1604. zabranio svaki ratni čin stranih brodova zaraćenih država u britanskim lukama i moru u granicama *Kraljevih odaja*, dakako, ako je Engleska neutralna. Do tada je neutralna plovidba bila zaštićena jedino u lukama, a u morskim prostorima izvan luka samo ako je brod imao tzv. *zaštitno pismo*. Današnjom terminologijom, kraljevom proklamacijom su, zapravo, proširene granice unutrašnjih morskih voda u pogledu prava neškodljive plovidbe. Taj je režim u praksi izričito napušten tek početkom 20. stoljeća.

<sup>4</sup> Proklamacijom 6. svibnja 1609. u *Kraljevim odajama* bio je zabranjen ribolov stranim ribarima bez posebne dozvole, koja se izdavala uz novčanu naknadu (od Nizozemaca se za ribolov naplaćivala, primjerice, naknada u visini od 30 tisuća funti). Ta se odredba, međutim, nije mogla ostvariti u praksi zbog otpora Francuske i Nizozemske, pa su uz engleske obale francuski, nizozemski (i španjolski) ribari slobodno lovili sve do 19. stoljeća (obično su pristajali u engleske luke i malim brodicama obavljali obalni ribolov).

<sup>5</sup> Pozdravljanje brodova (engl. *maritime ceremonials*) pod engleskom zastavom i engleskih luka (*rights of salute*), razvilo se još u srednjemu vijeku. Premda je Engleska zahtijevala da pozdravljanje bude izraz poštovanja njene vlasti na moru, države su ga shvaćale isključivo kao izraz učtivosti.

su zbog toga nastajali te su se države obraćale rimskome papi<sup>6</sup>, koji im je posebnom bulom priznavao prava na morima.<sup>7</sup>

U buli pape Aleksandra VI. *Inter caetera*, od 4. svibnja 1493., kojom je povukao crtu razgraničenja između posjeda Španjolske i Portugala na stotinu milja zapadno od Azorskih otoka (bula je bila osnovom španjolsko-portugalskog ugovora u Tordesillasu 1494. godine kojim su međusobno podijelili mora, isključujući pomorce trećih država od uživanja prava plovidbe u tim morskim prostorima<sup>8</sup>) među ostalim kaže se:

*"...Kralju Ferdinandu... darujemo, ustupamo, i dodjeljujemo... za uvijek, na osnovu ovih pisama, sve pronađene otoke i kopna i one koji će se još pronaći, otkrivene i one koji će se otkriti na zapadu i jugu, koji idu od Sjevernog pola, tj. od sjevera, do Južnoga pola, tj. juga, i kopna i otoke, koji jesu i budu pronađeni prema Indiji ili prema bilo kojoj drugoj strani, i koji su od crte Azorskih otoka i Zelenog rta, kako se obično zovu, udaljeni stotinu milja prema zapadu i jugu, sa svim njihovim posjedima, državama, gradovima, mjestima, pravima i jurisdikcijama kao i sa svim pripadnostima, te vas i spomenute vaše potomke i nasljednike određujemo, postavljamo i smatramo njihovim gospodarima s potpunom slobodom i svekolikom vlašću...*

*I svima, bilo kojeg dostojanstva, pa i carskog i kraljevskog, čina, položaja, reda ili uvjeta, pod kaznom sudski izrečenog izopćenja, u koje odmah upadaju ako protivno učine, osobito strogo naređujemo da se ne usude, kao što se pretpostavlja zbog trgovanja ili zbog bilo kojeg drugog razloga, pristupiti, bez posebne dozvole vaše i vaših spomenutih potomaka i nasljednika, k otocima i kopnima, pronađenim i koji će se pronaći..."*<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Arbitri su bili pape Martin V., Nikola V. i Aleksandar VI.

<sup>7</sup> Zanimljivo je da se tim zahtjevima suprotstavila engleska kraljica Elizabeta, tvrdeći da na otvorenom moru ne može biti privilegija, premda je u isto vrijeme inzistirala na sličnim vlastitim zahtjevima. U pravnoj literaturi navodi se njena izjava 1580. španjolskom veleposlaniku Mendози (Španjolac je prosvjedovao zbog gusarskih ekspedicija moreplovca Francis Drakea uzduž obala Sjeverne i Južne Amerike protiv Španjolaca) da brodovi svih zastava smiju ploviti Pacifikom, jer je upotreba mora, kao i upotreba zraka, zajednička. Nijedna država nema pravo vlasti na oceane, ustvrdila je engleska kraljica, jer se mora i oceani, zbog svoje naravi, ne mogu podvlastiti. - Oppenheim, *International Law, A Treatise*, Vol. I., Eight edition ed. by H. Lauterpacht, London, 1955., str. 584.

<sup>8</sup> Španjolci i Portugalci su zabranjivali rad stranih mornara na svojim brodovima, čak su ubijali posade stranih brodova koje bi zatekli u morima koja su prisvojili, bojeći se da će odati plovne putove. O zahtjevima za isključivom vlašću nad morima v. dva pisma španjolskog kralja Filipa III. portugalskom vicekralju u prilogu Grotiusove knjige "Mare liberum", koju je s latinskog na engleski preveo Ralph van Deman Magoffin: *The Freedom of the Seas or Right which belongs to the Dutch to take part in the East Indian Trade*. Izdavač je Oxford University Press, New York, 1916., str. 77-79.

<sup>9</sup> Prema tekstu koji je objavio Ibler, *Sloboda mora*, Zagreb, 1965., str. 101-102.

Grotius je oštro kritizirao papinu bulu. Papa je mogao biti samo medijator između dviju zavađenih država, nikako darovatelj morskih prostranstava. "Nitko ne može ustupiti nekome nešto što osobno ne posjeduje... Papa ne može kazati da univerzalno pravo u pogledu trgovine pripada njemu. To je, eto, istina, jer je trgovina vezana isključivo uz materijalne prohibitke i nije u nikakvoj vezi s duhovnim stvarima izvan kojih, svi se slažu, papska nadležnost prestaje."<sup>10</sup>

4. Venecija je vrlo rano započela borbu za vlast i dominaciju u Jadranu. Papa Aleksandar III., npr., priznao je Mlečanima 1177. tobožnje pravo supremacije nad Jadranskim morem, na koje će se Mlečani pozivati sve do kraja 18. stoljeća,<sup>11</sup> usprkos protivljenju njemačkoga cara i Austrije (tek se za Karla VII. zapravo uspjelo uspostaviti slobodnu trgovinu i plovidbu u tome moru).

5. Genova je bila prisvojila Ligursko more, Danska Baltik, Norveška sjeverni dio Sjevernoga mora, Škotska more uokolo svojih obala. Pozivajući se na rimsko pravo, sve su te države smatrale da imaju vrhovnu vlast (vlasništvo) nad morima uz svoje obale.<sup>12</sup>

6. Razvoj trgovine i pomorstva, posebice napredak u proizvodnji koji je omogućio obilnu proizvodnju dobara za tržište, zahtijevali su da se oslobode plovni putovi stega (raznih zabrana, zaustavljanja i pregleda brodova, propisivanja raznih naknada, pljenidbe i sl.) koje su nametale obalne države. Počeo se rušiti sustav vlasti država na širokim morskim prostorima, a na njegovim ruševinama izranjalo je za ono doba revolucionarno *načelo slobode mora*, pod kojim valja razumijevati, u ono doba, slobodnu upotrebu mora (plovidbu) i slobodno iskorištavanje živih bogatstava mora i morskoga dna (ribolov, skupljanje školjki) za sve države.<sup>13</sup>

7. U sučeljavanju s načelom *zatvorenoga mora*, načelo *slobode mora* pobijedilo je jer je odgovaralo interesima svih jakih pomorskih država. Osim toga, nijedna država nije raspolagala ratnom mornaricom koja je bila u stanju

<sup>10</sup> *The Freedom of the Seas* (nav. prijevod na engleski), str. 66. "Ako bi papa želio dati pravo jedino Portugalcima, a da sve ostale ljude liši istoga prava, načinio bi dvostruku nepravdu. Načinio bi, najprije nepravdu ljudima Istočne Indije koji su, kao što smo rekli, izvan Crkve i nisu ni na koji način podložni papi. Prema tome, pošto im papa ne može oduzeti bilo što njihovo, ne može ih lišiti njihova prava trgovanja s bilo kim s kojim to žele. Drugo, načinio bi nepravdu svim drugim ljudima kršćanima i nekršćanima kojima se ne mogu oduzeti ta ista prava bez da ih sasluša... Mora se, dakle, znati da autoritet pape nema nikakve snage protiv vječnoga prava prirode i naroda". - *Ibidem*.

<sup>11</sup> Nizozemac Cornelius van Bynkershoek (1673.-1743.) je oštro kritizirao mletačke teze. V. njegovo djelo *De Dominio Maris Dissertatio* (prijevod na engleski), nakladnik Oxford University Press, New York, 1923.

<sup>12</sup> Povijesni zapisi govore da su se zahtjevi za vlašću na morima poštivali poglavito zbog uvjerenja da se na taj način osigurava zaštita brodova od otimačina (intervencijom ratnih brodova iz luka ili oružjem s obale), posebice od napadaja gusara i morskih razbojnika.

<sup>13</sup> O različitim shvaćanjima slobode mora (slobode od napadaja morskih razbojnika, slobode neutralnih država da njihovi brodovi nesmetano plove i u vrijeme rata između trećih i sl.) v. *Ibler, o.c.*, str. 3-15.



efektivno ostvarivati na otvorenom moru isključivu vlast jedne države nasuprot svih ostalih država.

## II.

**Hugo Grotius** - 1. Zamisao o *slobodi mora* je u znanosti sustavno izložio Nizozemac Hugo Grotius (1583.-1645.), humanist, filozof, pravnik i pjesnik.<sup>14</sup> Godine 1609. objavio je knjigu "Mare liberum" (u stvari XII. poglavlje svoga

---

<sup>14</sup> Pravo ime Huig de Groot. Rođen je u Delftu, u Nizozemskoj, a umro je u Rostocku, današnjoj Njemačkoj (na brodu, putujući iz Stockholma u domovinu, zateklo ga je nevrijeme, brod se nasukao, a Grotius se pri tome teško razbolio i nakon kraćeg vremena umro). Obavljao je razne službe u nekoliko europskih država. U vjersko-političkim borbama 1618. bio je utamničen (1619. osuđen je na doživotnu robiju). Uspio se, međutim, dočepati Pariza i tu je dobio mirovinu francuskog kralja. Potom se vratio u domovinu. Tu su ga progonili neprijatelji, pa je iz Nizozemske doživotno prognan. Prihvatio je ponudu da bude švedski poslanik tako da je deset godina proveo na francuskome dvoru (1634.-1644.). Napisao je brojna povijesna i teološka djela. Bio je i izvrstan novolatinski pjesnik. U području međunarodnoga prava napisao je prvi sveobuhvatan sustav međunarodnog prava *De iure belli ac pacis*. Godina izdanja toga njegova djela, 1625., smatra se godinom rođenja znanosti međunarodnog prava kao posebne i samostalne grane pravne znanosti. Razlikovao je dva vrela međunarodnog prava: *ius naturale*, prirodno pravo, koje se može spoznati umovanjem, i *ius voluntarium*, pravo osnovano na privoli država, voljno pravo (dijelio ga je, dalje, na božansko voljno pravo, *ius voluntarium divinum*, koje je Bog propisao čitavome čovječanstvu ili nekim narodima, posebno npr. Židovima, i ljudsko voljno pravo, *ius voluntarium humanum*). Sva su ta pravila obvezna za države, a većina ih se može mijenjati sporazumom između država (*ius dispositivum*). Ne mogu se mijenjati jedino apsolutno obvezna pravila u kategoriji *ius cogens* (imaju prisilan karakter). Učenje Huga Grotiusa o postojanju dva prava - prirodnog i stvorenog voljom ljudi - potaklo je osnivanje u 17. i 18. stoljeću dviju odvojenih škola: prirodnopravne (vezivali su pravila prirodnog prava za ljudski razum) i pozitivističke (međunarodni ugovori i običaji su jedini izvori međunarodnog prava). O Grotiusu u našoj međunarodnopravnoj literaturi v. Andrassy, Bakotić, Vukas, *Međunarodno pravo 1*, Zagreb, 1998., str. 47-48; Degan, *Međunarodno pravo*, Rijeka, 2000., str. 39-42. O Grotiusovu učenju u području prava mora Katičić, *More i vlast obalne države*, Zagreb, 1953., str. 69-74, str. 104 i d. (Mare liberum Huga Grotiusa i jadranska polemika XVIII. stoljeća).

Valja imati na umu da je prije Grotiusa Talijan Albericus Gentilis (Alberico Gentile, 1552.-1608.), koji je od 1587. bio profesor rimskoga prava na sveučilištu u Oxfordu, sustavno i opsežno obradio međunarodno pravo u svojim djelima, posebice u trima knjigama o pravu rata *De iure belli, libri tres* (umro je godinu dana prije negoli je objavljeno Grotiusovo djelo "Sloboda mora"), pa neki analitičari smatraju da je on zapravo istinski otac znanosti međunarodnog prava. Gentilis je, čini se, prvi upotrijebio izraz "teritorijalno more" i izjednačio ga s kopnenim područjem. Prihvaćao je granicu vlasti obalne države na moru do stote, odnosno šezdesete milje računajući od obale. Pozivao se na učenje glosatora i postglosatora (Bartolusa i Baldusa) i feudalno pravo. U Londonu (Gentilis se 1580. bio sklonio u Englesku jer mu je inkvizicija progonila obitelj zbog protestantskih uvjerenja), u nizozemsko-španjolskom sporu zbog zapljene španjolskih brodova od strane nizozemske ratne flote u moru pred Britanijom, Gentilis je zahtijevao da se brodovi oslobode (zastupao je u sporu Španjolsku), jer je zapljena obavljena u engleskom teritorijalnom moru unutar granice od stotinu milja. Na sudu je izložio gledište da je područje

djela o pravu plijena *De iure praedae*<sup>15</sup>), koja je obilježila pobjedu nove ideje na morima i oceanima.<sup>16</sup>

2. Grotius je preuzeo gledišta Španjolaca da je osnovno i nepromjenjivo pravo naroda - slobodna plovidba morem. Uz to je prihvatio rimsko načelo da more, zbog svoje veličine, ne može biti ni u čijemu vlasništvu (niti je podložno okupaciji), poput sunčeve svjetlosti i zraka. Također je prihvatio stajalište postglosatora da obalna država ostvaruje svoju vlast u dijelovima mora uz obalu. Tu je dihtomiju vlasti i slobode riješio tako što je morska prostranstva podijelio na ona uz obalu, pod stanovitom vlašću država, i golema područja otvorenoga ili slobodnog mora u kojemu niti jedna država nema isključivu vlast.

3. More je slobodno prema zakonu prirode, ustvrdio je Grotius. Upotreba mora pripada svima. Prirodno pravo ne dopušta nikome prisvojiti ono što je neiscrpivo i što može služiti svima, bez šteta za bilo koga. Raznim narodima treba omogućiti razmjenu dobara, pa je i to razlog zbog kojega je more zajedničko dobro. Ni jedna ga država ne smije, a i ne može podvlastiti, jer u svijetu nema mornarice koja more može efektivno okupirati.

4. Najvažnije komponente slobode mora jesu sloboda plovidbe i sloboda ribolova.

5. Osporavajući valjanost zahtjeva Portugalaca, koji su priječili Nizozemcima plovidbu u Istočnu Indiju, napisao je u početku svoga znamenitog djela "Mare liberum" (u Odjeljku I.) pod naslovom "Na temelju prava naroda plovidba je slobodna svim osobama svuda":

*"Moja nakana je da kratko i jasno izložim da Nizozemci - tj. podanici Ujedinjene Nizozemske - imaju pravo plovidbe u Istočnu Indiju, kao što i sada rade, i da trguju s ljudima koji su tamo nastanjeni. Oslonit ću svoj argument*

---

mora pod vlašću obalne države još i šire, zapravo sve do crte sredine između obala, Engleske i drugih država. Engleski admiralski sud to Gentilisovo stajalište nije prihvatio. Kasnije je napustio to gledište pa se u knjizi *Hispanicae advocaciones*, koja je objavljena nakon njegove smrti, nalaze zamisli o slobodi mora. Gentilisove tri knjige o pravu rata *De iure belli libri tres* prevedene su na engleski (izdanje iz 1612., prevoditelj je John Rolfe) i objavljene 1933. u Oxfordu (Clarendon Press) i Londonu (Humphrey Milfor). U našoj pravnoj literaturi v. Andrassy, Bakotić, Vukas, o. c., str. 47; Katičić, o. c., str. 77 i d. .

<sup>15</sup> Napisao ga je 1604./5., a pronađeno je i objavljeno tek 1868. Taj spis je predstavljao Grotiusovo pravno mišljenje koje je načinio na osnovi narudžbe nizozemske Istočno-indijske kompanije (povod je bio zapljena jednog portugalskog broda tijekom nizozemsko - španjolskog rata; Portugal je u to vrijeme bio pod vlašću Španjolske).

<sup>16</sup> Doktrina *slobode mora* izlagana je i proučavana u znanosti prije Grotiusa. U 16. stoljeću su španjolski pisci, među njima osobito Franciscus de Vitoria (1480.-1546.), dominikanac, profesor teologije na sveučilištu u Salamanci, odricali caru i papi vlasništvo nad morima, zalažući se za osnovno načelo slobode komunikacija. Vitoria je tvrdio da svaki narod ima pravo posjećivati druge narode, pa je nedopustivo braniti pristup (plovidbu) u nove krajeve i kolonijalne posjede. Paul de Castro je zagovarao *usus communis* mora, smatrajući da postoji od početka svijeta.

na sljedeći vrlo bitan i neosporiv aksiom prava naroda (*Law of Nations*), koji se naziva primarnim pravilom ili prvim načelom, duh kojega je sam po sebi očigledan i nepromjenjiv, naime: svaki narod je slobodan putovati svakom drugom narodu i trgovati s njim."<sup>17</sup>

To pravo pripada svima. Ustvrdio je da Portugalci nisu stekli suverenitet (nad morima i područjem Istočne Indije) na osnovi otkrića<sup>18</sup>, niti na temelju papina darovanja<sup>19</sup>, niti na temelju okončanoga rata<sup>20</sup>. Jednako tako Indijski ocean, a ni pravo plovidbe tim morem, ne pripadaju Portugalu na temelju okupacije<sup>21</sup>, niti na osnovi papina darovanja<sup>22</sup>, niti na temelju običaja<sup>23</sup>.

6. Grotius je potanko obrazložio zbog čega nije moguće steći vlast nad morem okupacijom.

More se ne može okupirati zbog svoje naravi, niti je ikad bilo okupirano, pa ne može biti nečija imovina. Tako je danas i tako će uvijek biti. Služi svima.<sup>24</sup> Citirao je rimskog političara Marka Tulija Cicerona: "Zajedničko pravo na stvarima koje je proizvela priroda za zajedničku upotrebu ljudi, mora se održati" i rimske pjesnike Nazona Ovidija: "Zašto mi odbijaš dati vode? Njena upotreba je slobodna za sve. Priroda nije učinila sunce, zrak ili more privatnom imovinom; oni su javni darovi" i Marona Vergilija: "Zrak, more i obala su dostupni svima".

Zrak, na primjer, pripada kategoriji stvari koje su u skladu sa zakonima prava naroda (engl. *Laws of the Law of Nations*) zajednička imovina svih, nije ničija privatna imovina. "Prvo, nije podložan okupaciji. Drugo, njegova zajednička upotreba je namijenjena svim ljudima. Zbog istih razloga je more zajedničko svima, jer je tako beskrajno da ne može postati bilo čijim posjedom i jer je prilagođeno upotrebi svih, bilo da o njemu razmišljamo sa stajališta plovidbe ili ribolova."<sup>25</sup>

Ista načela koja se primjenjuju na plovidbu<sup>26</sup> primjenjuju se i na ribolov, pa ribolov ostaje slobodan i otvoren svima.<sup>27</sup>

---

<sup>17</sup> Grotius, *The Freedom of the Seas...* (nav. prijevod na engleski), str. 7. Pozvao se na poznate pravnike, posebice na preteču Albericusa Gentilisa. Citirao je Baldusa de Ubaldisa, učenika slavnog Bartolusa, koji je rekao da su "široki putovi slobodni po svojoj prirodi". - *O.c.*, str. 9-10.

<sup>18</sup> *O.c.*, odsjek II., str. 11. Stjecanje jurisdikcije na temelju otkrića nema osnove ni u pravu ni u činjenicama. Nije dovoljno nešto zahvatiti samo pogledom, valja ga uzeti u stvaran posjed. - *O.c.*, str. 11-12.

<sup>19</sup> *O.c.*, odsjek III., str. 15-17.

<sup>20</sup> *O.c.*, odsjek IV., str. 18-21. Istočna Indija nije bila *res nullius*, niti su stanovnici Istočne Indije portugalska pokretna imovina, već slobodni ljudi i *sui iuris*. - *O.c.*, str. 21.

<sup>21</sup> *O.c.*, odsjek V, str. 22-44.

<sup>22</sup> *O.c.*, odsjek VI., str. 45-46.

<sup>23</sup> *O.c.*, odsjek VII., str. 47-60.

<sup>24</sup> Izuzetak su maleni dijelovi mora u kojima se podižu objekti na moru. - *O.c.*, str. 31.

<sup>25</sup> *O.c.*, str. 28.

<sup>26</sup> "Općenito se smatra da je plovidba morem otvorena svima, čak i ako dopuštenje nije dobijeno od bilo kojeg zakonodavca." - *O.c.*, str. 44.

<sup>27</sup> *O.c.*, str. 32.

Pod vlašću obalne države mogu biti kopnom zatvoreni dijelovi mora (npr. zaljevi, tjesnaci) i dijelovi mora do one točke na moru do koje dopire pogled čovjeka s obale.<sup>28</sup> To je *obalno more* u kojemu je na snazi dvojaki režim:

- (a) uvale i tjesnaci čine unutrašnje more (danas bismo upotrijebili termin *unutrašnje morske vode*) u kojemu država ima neograničenu vlast, čak vlasništvo.
- (b) Drugi dio obalnoga mora čini morski pojas od kopna prema pučini, tj. otvorenome moru, do određene granice (granice ljudskog pogleda). Taj morski prostor nije pod punom vlašću obalne države, a nema ni status slobodnoga mora. Nad njim država nema pravo vlasništva, već u njemu ostvaruje jurisdikciju.<sup>29</sup>

More se, stoga, prema Grotiusu, dijeli na tri dijela s obzirom na svoj pravni status:

- (a) otvoreno ili slobodno more u kojemu nijedna država nema isključive vlasti (osim na brodovima svoje zastave);
- (b) pojas mora uz obalu u kojemu obalna država ostvaruje ograničenu vlast, uglavnom jurisdikciju (sudsku i redarstvenu vlast);
- (c) unutrašnje more, tj. područje pune vlasti obalne države na moru koje je i njeno vlasništvo. Pravni status unutrašnjeg mora jednak je onome na kopnenome dijelu državnog teritorija.

Za naša razmatranja zanimljivo je i Grotiusovo gledište o vanjskoj granici (širini) obalnoga mora. Već je rečeno da je u početku bio prihvatio kriterij dosega vida, a za razgraničenje između država kojima su obale sučelice ili, ako graniče bočno, crte sredine. Kasnije, u djelu *De iure belli ac pacis* (1625.), ustvrdio je da vlast obalne države seže toliko daleko koliko se s obale može ostvariti prisila na one koji se nalaze na moru, jednako kao da su na kopnu<sup>30</sup>.

### III.

**John Selden** - I. Grotiusovim stajalištima o slobodi mora usprotivio se u znanosti Englez John Selden (1584.-1654.), historičar, diplomat i orijentalist, "ideolog državnog dominija", kako ga je nazvao Katičić<sup>31</sup>. Kao odgovor na knjigu *Mare liberum* objavio je 1635. djelo *Mare clausum sive de Dominio Maris*, braneći energično englesku pomorsku politiku.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> To su unutrašnja mora, okružena sa svih strana kopnom, na nekim mjestima ne prelaze širinu rijeka, za razliku od vanjskog mora, oceana. - *O.c.*, str. 37.

<sup>29</sup> Postglosatori su pojam jurisdikcije definirali tako da se pod njim razumijeva ostvarivanje redarstvene i kaznene vlasti, po nekima i građanske sudbenosti, radi očuvanja javnoga reda na moru.

<sup>30</sup> Tu je zamisao kasnije potanko razradio Cornelius van Bynkershoek ustvrdivši: vlast obalne države seže dokle dopire snaga njena oružja s obale.

<sup>31</sup> Katičić, *o.c.*, str. 78.

<sup>32</sup> Knjiga je bila napisana 1618. ali je objavljena tek 1635. zbog Seldenovih drastičnih stajališta o širenju ekskluzivne državne vlasti na širokim morskim prostorima, koja su nadilazila

2. Engleska je zastupala teze o slobodi otvorenoga mora sve do 1603.<sup>33</sup> Nakon smrti kraljice Elizabete Tudor (1533.-1603.),<sup>34</sup> pobornice slobode mora, na englesko je prijestolje stupio kralj Jakov I.<sup>35</sup> iz škotske dinastije Stuarta.<sup>36</sup> On je promijenio pomorsku politiku Engleske i odlučno je zahtijevao poštivanje svoje vlasti u morima uokolo Britanskih otoka (*Maria Britannica*), posebice u tzv. *Kraljevim odajama* (*King's Chambers*), koje su bile omeđene crtama povučenim između najizbočenijih rtova. Posebnom proklamacijom (1. ožujka 1604.) zabranio je, dok je Engleska neutralna, svaki ratni čin u obližnjem moru, jednako kao i u lukama, pa je na taj način proširio status unutrašnjih morskih voda (u pogledu neškodljive plovidbe) i na morska područja *Kraljevih odaja* (u skladu s tadašnjim ratnim pravom brodovi su bili zaštićeni od nasrtaja zaraćenih jedino u lukama, a u obalnim vodama samo ako su imali tzv. *zaštitno pismo*). Potom je, 1609. (kad je Grotius objavio knjigu «*Mare liberum*») u *Kraljevim odajama* zabranio ribolov stranim ribarima, osim uz posebnu dozvolu lokalnih vlasti i plaćanje novčane naknade.

Promjenu je u pomorskoj politici izazvalo jačanje engleske pomorske flote,<sup>37</sup> koja je, zahvaljujući svojoj moći, efektivno nadzirala plovidbu i ribolov u blizini engleskih obala.

3. Engleska, koja je zajedno s Nizozemskom, zbog politike zatvaranja mora ratovala sa Španjolskom, sada je došla u sukob s Nizozemcima. U tome nadmetanju našla su se i dvojica velikih pisaca kojima je posvećen ovaj rad, Grotius i Selden.<sup>38</sup>

---

čak i zahtjeve Stuarta. Neki pisci navode da je djelo *Mare clausum* napisao po narudžbi engleskoga kralja. Uz Seldena, politiku zatvornih mora branili su engleski pisci William Welwood u knjizi *Dominio maris* (1613.), John Boroughs u knjizi *The Sovereignty of the British Seas proved by Records, History, and the Municipal Laws of this Kingdom* (napisana je 1633., a objavljena tek 1651.) i dr.

<sup>33</sup> Zajedno s Nizozemskom, vodila je dugogodišnje ratove sa Španjolskom zbog španjolske politike zatvaranja mora i oceana za plovidbu engleskih i nizozemskih brodova.

<sup>34</sup> Vladala je od 1558.

<sup>35</sup> James Stewart, vladao je od 1603.

<sup>36</sup> O pomorskoj politici Stuarta opširno je pisao Gidel, *Le Droit international public de la mer*, Tome I., Paris, Chateauroux, 1932., str. 152 i d. Nova dinastija Stuarta bila je pod utjecajem škotskih tradicija o isključivom pravu ribolova ribara obalne države na moru u širokim prostorima uz obalu do granice dokle dopire pogled čovjeka s obale, do tzv. *land-kenning*. Ta je granica s vremenom pretočena u mjeru za duljinu pa je iznosila 14 milja (u Engleskoj je, međutim, duljina *kena* bila 21 milju).

<sup>37</sup> Donijeti su unutarnji propisi o gradnji trgovačke i ratne flote. Oliver Cromwell (1599.-1658.), utro je put engleskoj svjetskoj pomorskoj moći borbom za prevlast u pomorskoj trgovini (ratom s Nizozemskom 1652.-54. i sa Španjolskom 1654.-59.) Aktom o plovidbi 9. listopada 1651. propisao je da se prijevoz uvozne robe u velikoj mjeri rezervira isključivo za engleske prevoznike.

<sup>38</sup> Zanimljivo je da je nekoliko godina prije negoli je Selden napisao *Mare clausum*, novu englesku politiku zahvaćanja mora bio podržao Alberico Gentilis.

4. Selden je zastupao gledište o maksimalnim granicama Engleske na moru: na jugu do Francuske i Nizozemske, na zapadu do Sjeverne Amerike, a na sjeveru do predjela oko Spitzbergena (osim mora između Norveške i Islanda, koje, smatrao je Selden, pripada danskim i norveškim kraljevima).

5. *Kraljeve odaje* su dijelovi mora koji apsolutno pripadaju Engleskoj (*Maria Britannica*), dio su njena teritorija, pertinencija kopna. U njima se može pravno valjano zabraniti plovidba ako zahtijeva javni interes, ribolov je strancima dopušten samo uz plaćanje naknada, a opća je dužnost svih stranih brodova pozdraviti englesku zastavu. Vlast na moru je jedinstvena<sup>39</sup>, u rukama je kralja, a izvire iz pomorske sile.

6. Pošto je sve zasnovano na sili, more se po Seldenu može i okupirati (vlasništvo nad morem stječe se valjano kao i na svakom drugom imovinskom predmetu). More, prema tome, nije *res communis*, već *res nullius*.

7. Potanja analiza kazuje da su se Selden i Grotius ipak u nečemu slagali: more je u načelu slobodno. Po Seldenu, dok ga nitko ne okupira (u najvećem svom dijelu more je slobodno, jer ga nitko nije okupirao<sup>40</sup>). Po Grotiusu, ne može se okupirati, jer nema takve ratne mornarice u svijetu koja bi mogla istinski nadzirati golema morska prostranstva. Na kraju, ipak se vlast obalnih država svodi na more uz obalu.<sup>41</sup>

8. Seldenovo učenje Englezi su ubrzo napustili, čim su uvidjeli da njihovoj moćnoj ratnoj, trgovačkoj, posebice ribarskoj, floti više odgovaraju uski pojasi mora pod vlašću obalnih država (ratni brodovi mogu se približiti obalama stranih država i tako demonstrirati silu, najbogatija ribolovna područja su u blizini obala stranih država, a ne na pučini).<sup>42</sup> S druge strane, prihvaćeno je učenje Grotiusa jer su ga podupirali zahtjevi za slobodom mora koje su postavljali poslovni ljudi i tvrtke, razvijena i obilnija proizvodnja roba za tržište, sve razvijenija međunarodna trgovina, porast broja brodova i sigurnosti plovidbe, napredak u brodogradnji, umnoženi međudržavni odnosi i promjene u političkoj strukturi ondašnjega društva u kojemu počinju dominirati relativno dobro organizirane suverene europske države.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Za razliku od Gentilisa (premda je i on smatrao da u obližnjemu moru - *mare proximum* - obalna država ostvaruje i jedan i drugi oblik vlasti), Selden nije razlikovao imperij (suverenost) od *dominija* (vlasništva). Po Seldenu kralj obavlja punu građansku i kaznenu sudbenost, može zabraniti svaki ratni čin. Za takvu vlast upotrijebio je samo jedan termin - *dominij* ili vlasništvo.

<sup>40</sup> Zalažući se za *Maria Britannica* Selden je istodobno nijekao valjanost zahtjeva Portugalaca i Španjolaca za vlašću na morima i oceanima tvrdeći da tim državama fizički nedostaje sila potrebna za okupaciju.

<sup>41</sup> Katičić, oslanjajući se na gledišta nekih starijih pisaca, zaključuje: "...Teza o *mare clausum* na kraju (se) svodi na proširenje obalnog pojasa, u kojem državi pripada ista vlast kao i na kopnu, tj. suverenost promatrana u duhu tadanjih pravnih pojmova kao vlasništvo nad teritorijem". - O. c., str. 79-80.

<sup>42</sup> Pošto je Selden knjigu *Mare clausum* napisao vješto, s obilnom povijesnom argumentacijom, analitičari su zaključili da u pravnoj literaturi nikada jedna loša stvar, kao što je zatvoreno more, nije bila tako dobro branjena.

<sup>43</sup> Na ovome mjestu valja spomenuti još jednog znamenitog pravnika i historičara iz 17. stoljeća, Nijemca Samuela Pufendorfa (1632.-1694.). On je prvi izložio gledište o akcesornosti

### **Zaključak**

Grotiusovo učenje održalo se u međunarodome pravu mora sve do polovine 20. stoljeća. Nakon završetka Drugoga svjetskog rata, zahvaljujući prije svega napretku tehnike i tehnologije vađenja mineralnih bogatstava iz podmorja, Sjedinjene Američke Države su jednostrano 1945. proširile svoju jurisdikciju u podmorju izvan vanjske granice teritorijalnoga mora, do morske dubine od 200 metara.<sup>44</sup> To je bio znak drugim državama (prije svega latinskoameričkim) da donesu vlastite akte o širenju vlasti u morskim prostorima udaljenim od obale, pa su nastali novi instituti međunarodnoga prava, epikontinentski pojas, potom, sedamdesetih godina prošloga stoljeća, gospodarski pojas. Konsenzusom stvorenim tijekom Treće konferencije Ujedinjenih naroda o pravu mora (1973.-82.), posebice stupanjem na snagu Konvencije UN-a o pravu mora, iz 1982., klasične slobode otvorenoga mora i ogromna morska prostranstva otvorenoga mora, znatno su suženi. Terminom «*creeping jurisdiction*» (puzajuća jurisdikcija) označava se očita tendencija nastojanja obalnih država da prošire svoju vlast i u udaljenim morskim i podmorskim prostorima, pa bi Selden, nakon dugoga razdoblja, mogao opet biti zadovoljan.

### Summary

## **THE FREEDOM OF THE SEAS AND CLOSED SEAS: GROTIVS AND SELDEN**

The author illustrates teachings of the two famous jurists of the 17th and 18th centuries on the right of states to use and make the most of the sea: Dutchman Hugo Grotius and Englishman John Selden. Hugo Grotius, who is in the scientific world considered the father of the modern school of natural law and international law (because in his work *De iure belli ac pacis*, 1625, he was the first to exhibit the universal system of international law), pleaded for the freedom of the seas. In his work *Mare liberum* (written in 1604/5, found only in 1868) he criticized Spanish and Portuguese demands for control of the extensive seas. In accordance with the interests of Netherlands and other maritime powers of that time, he defended the principle of free navigation.

Grotius divided the sea in three parts according to its legal status. Outside the coastal sea there is a high sea, for which we can apply the maxim: "use of sea belongs to everyone".

---

mora kopnu, koje je zabacilo stajališta o moru kao *res nullius*. More je podređeno vlasti obalne države *ipso iure*, država ga stječe samim tim što je obalna. Kopno je glavna stvar, a more je pripadak. To se gledište održalo do danas.

<sup>44</sup> Proklamacija američkog predsjednika Trumana o "politici Sjedinjenih Država u pogledu prirodnih bogatstava podzemlja i morskog dna kontinentske ravnine" objavljena 28. rujna 1945.

In contrast to Grotius, John Selden in his work *Mare clausum* pleaded for the "closed seas", seas which would belong to the individual states, fully or partly. In accordance with demands of the time, especially with the expansion of mass production of goods and wider international trade, doctrine of Grotius was adopted.

These conflicting theories have become a classic part of the history of international law of the sea and its most figurative issue. The teachings of Grotius were maintained in international law of the sea until the middle of the 20th century. Introduction of new institutions - continental shelf and exclusive economic zone - in international law has considerably limited the classic freedoms of high sea and its enormous spaces.

**Key words:** *freedom of the seas, Grotius, closed seas, Selden.*

#### Zusammenfassung

### OFFENES UND GESCHLOSSENES MEER: GROTIUS UND SELDEN

Der Autor stellt die Lehren über den Rechtsstaat und die Nutzung und Ausnutzung des Meeres von zwei bekannten Juristen aus dem 17. und 18. Jahrhundert vor und zwar die des Niederländers Hugo Grotius und des Engländers John Selden. Hugo Grotius, der in der Wissenschaft als Gründer der neuzeitlichen Schule des Naturrechts betrachtet wird und auch als Vater des modernen Völkerrechts, (denn in seinem Werk *De iure belli ac pacis*, 1625 hat er als erster ein umfassendes System des Völkerrechts ausgearbeitet) setzte sich für die Freiheit des Meeres ein. In dem Werk *Mare liberum* (1604/5 verfasst und erst 1868 aufgefunden), kritisierte er die spanischen und portugiesischen Forderungen, über weite Meeresbereiche zu herrschen. In Übereinstimmung mit den Interessen der Niederlande und anderer Seemächte hat er das Prinzip der freien Seefahrt verteidigt.

Grotius hat das Meer hinsichtlich seines rechtlichen Statuses in zwei Grundteile aufgeteilt. Außerhalb des Küstenmeeres ist das offene Meer, für das die Maxime gilt „die Nutzung des Meeres kommt allen zu“.

Im Gegensatz zu Grotius hat sich John Selden in seinem Werk *Mare clausum* für das sog. "geschlossene Meer" eingesetzt, d.h. das Meer, das völlig oder teilweise einzelnen Staaten gehören würde. Im Einklang mit den Forderungen der Zeit, besonders der Entwicklung der Massenproduktion von Waren und dem erweiterten internationalen Handel, hat die Auffassung von Grotius gesiegt.

Diese strittigen theoretischen Auffassungen wurden zu klassischen Teilen der Geschichte des internationalen Seerechts und zu dessen anschaulichstem Abschnitt. Grotius` Lehre hielt sich im internationalen Seerecht bis zur Mitte des neunzehnten Jahrhunderts. Durch die Einführung des neuen Instituts der kontinentalen Zone und der Wirtschaftszone in das internationale Seerecht wurde die klassische Freiheit des offenen Meeres und die riesige Weite des offenen Meeres wesentlich eingeengt.



**Schlüsselwörter:** *offenes Meer, Grotius, geschlossenes Meer, Selden.*

### Sommario

## MARE LIBERO E CHIUSO: GROTIUS E SELDEN

L'autore illustra gli insegnamenti di due famosi giuristi del 17° e 18° secolo sul diritto degli stati all'utilizzazione e allo sfruttamento del mare: l'olandese Hugo Grotius e l'inglese John Selden. Hugo Grotius, che è considerato nel mondo scientifico il padre della moderna scuola di diritto naturale e diritto internazionale (poiché nel suo lavoro *De iure belli ac pacis*, 1625, egli è stato il primo a esibire il sistema universale del diritto internazionale), si dichiarava per il mare libero. Nel suo lavoro *Mare liberum* (scritto nel 1604/5, trovato solo nel 1868) egli criticava le pretese spagnole e portoghesi per il controllo del mare vasto. In accordo con gli interessi dei Paesi Bassi e altre potenze marittime di quel tempo, egli difendeva il principio della libera navigazione.

Grotius divideva il mare in tre parti secondo il loro stato legale. Fuori dal mare costiero c'era il mare aperto, per il quale si poteva applicare la massima "l'utilizzazione del mare appartiene a tutti".

In contrasto con Grotius, John Selden nel suo lavoro *Mare clausum* si dichiarava per i cosiddetti "mari chiusi", mari che apparterebbero ai singoli stati, pienamente o parzialmente. Secondo le pretese del tempo, particolarmente con l'espansione della produzione di massa di merci e del più ampio commercio internazionale, veniva adottata la dottrina di Grotius.

Queste teorie contrastanti sono diventate una parte classica della storia del diritto internazionale del mare e la sua questione più rappresentativa. Gli insegnamenti di Grotius sono stati mantenuti nel diritto internazionale del mare sino alla metà del 20° secolo. Con l'introduzione nel diritto internazionale dei nuovi istituti della zona continentale e della zona esclusiva la classica libertà del mare aperto e le enormi vastità marine del mare aperto sono state considerevolmente limitate.

**Parole chiave:** *mare libero, Grotius, mare chiuso, Selden.*



**PRAVNA POMOĆ I NEPROFITNE ORGANIZACIJE U RH**  
**- s posebnim osvrtom na iskustva RI-Centra i Klinike Pravnog**  
**fakulteta u Rijeci -**

Mr. sc. Sanja Barić, asistentica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.921.8  
378.12:378.634(497.5)  
Ur.: 22. ožujka 2004.  
Pr.: 4. svibnja 2004.  
Pregledni znanstveni članak

*Namjera je ovog rada istražiti mogućnosti pružanja (besplatne) pravne pomoći u kontekstu djelovanja neprofitnih organizacija. U prvom dijelu rada ukratko definiramo pojam neprofitnih organizacija budući da upravo njih uzimamo kao okosnicu daljnjeg razmatranja tematike. U drugom dijelu prikazujemo postojeći zakonski okvir pružanja pravne pomoći. Raspravljamo o pitanju ovlaštenja za pružanje pravne pomoći i ukazujemo na najnovije izmjene odredbi Zakona o parničnom postupku o punomoćniku koje drastično sužavaju krug mogućih ovlaštenika pružanja ovog oblika pravne pomoći. Ovdje također razmatramo i mogućnost dobivanja besplatne ili «jeftinije» pravne pomoći od odvjetnika. Treći dio razmatra pravne probleme koje imaju pojedine neprofitne organizacije. Daljnja dva dijela odnose se na dosadašnja iskustva pružanja pravne pomoći samih neprofitnih organizacija i to, prvo, RI-Centra i, drugo, Pravnog fakulteta u Rijeci, u sklopu izbornog predmeta četvrte godine studija - Klinika za građansko pravo. U zadnjem dijelu iznosimo prijedloge koji imaju zajednički cilj olakšati i povećati mogući udio doprinosa neprofitnih organizacija u zadovoljavanju nesumnjivo velike potrebe za specifičnom, ali i besplatnom (odnosno «jeftinijom») pravnom pomoći u Republici Hrvatskoj.*

**Ključne riječi:** *pravna pomoć, neprofitne organizacije, nevladine organizacije, besplatna pravna pomoć, RI-Centar, Klinika za građansko pravo.*

**Uvod**

Jedna od najvažnijih komponenti prava na pošteno suđenje jest pravo na pristup sudu (engl. *access to justice*). Ovo je pravo zajamčeno kako na

međunarodnoj,<sup>1</sup> tako i na nacionalnoj<sup>2</sup> razini. Ne ulazeći u mnogobrojna važna pitanja obuhvaćena pravom na pristup sudu (razumni rok okončanja postupka, jednostavnost i ekonomičnost postupka, transparentnost postupka, itd.), koncentriramo se na pružanje pravne pomoći te na cijenu takve pomoći kao elemente prava na pristup sudu u užem smislu. Pravna je pomoć u Republici Hrvatskoj (dalje: RH) u najvećem dijelu vezana uz (i ograničena na) djelovanje odvjetništva kao ustavom zajamčene samostalne i neovisne službe.<sup>3</sup> Međutim, pojam «pravna pomoć» osim imenovanja punomoćnika, izrade isprava i podnesaka, uključuje i čitav niz drugih «pravnih usluga» poput pomoći u prikupljanju potrebnih dokumenata za ostvarivanje određenih prava, davanja pravnih savjeta o mogućnostima i uvjetima za ostvarivanje tih prava, pravodobnog i stručnog informiranja osobe kojoj je pravna pomoć potrebna, pomoći u komunikaciji stranaka s upravnim tijelima ili pružanje pravne pomoći prometno izoliranim osobama, odnosno starijim i nepokretnim osobama, izlaskom na teren. Mnoge od tih potreba u RH *de facto* zadovoljavaju nevladine organizacije koje se bave promicanjem i zaštitom ljudskih prava, a koje redovito i besplatno pružaju razne oblike pravne pomoći. Potreba za pružanjem besplatne pravne pomoći od strane neprofitnih organizacija u RH posljedica je nekoliko faktora: velike migracije stanovništva zbog ratnih okolnosti i s tim povezana izloženost kršenju ljudskih prava velikih razmjera; raspad pravnog sustava SFRJ i uspostava država sljednica, što je dovelo u pitanje različita statusna prava stanovništva (državljanstvo, mirovinska prava, priznavanje diploma, različita imovinska prava, itd.); sposobnost neprofitnih organizacija u ostvarivanju komunikacije između područja različitih država sljednica u razdoblju kada izbjeglice nisu mogle ostvariti kontakt s tijelima matične države; diskriminacija određenih skupina stanovništva, najčešće po nacionalnoj ili vjerskoj osnovi; znatno povećanje udjela stanovništva teškog imovinskog položaja uz istovremeno ukidanje besplatnog pružanja pravne pomoći u sudovima<sup>4</sup>; netransparentnost, često i nekonzistentnost velikog broja zakonskih, a još više podzakonskih propisa, itd. Iako je većina ovih okolnosti vezana za ratna zbivanja u RH, od čijeg je završetka proteklo gotovo deset godina, neprofitne organizacije i dalje igraju odsudnu ulogu u zaštiti prava i pružanju pravne pomoći socijalno ugroženim osobama (prognanici i izbjeglice, azilanti) odnosno specifično ranjivim grupama stanovništva (starije osobe, invalidi, žrtve nasilja u obitelji, pripadnici manjinskih skupina). Hrvatska odvjetnička komora godišnje zaprimi 600-1000 zahtjeva za

<sup>1</sup> Najvažniji međunarodni instrument, posebice u odnosu na Republiku Hrvatsku, svakako je Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Europska konvencija), Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 6/99., čiji čl. 6. jamči pravo pristupa sudu. Isti termin se u literaturi još prevodi i kao «pravo na pristup pravosuđu».

<sup>2</sup> Ustav Republike Hrvatske (dalje: Ustav RH), Narodne novine br. 41/01. (pročišćeni tekst) i 55/01. (ispravak), čl. 29.

<sup>3</sup> Ustav RH, čl. 27.

<sup>4</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima, Narodne novine br. 100/96., čl. 4 i 24.

pružanjem besplatne pravne pomoći, a Koalicija udruga za zaštitu i promicanje ljudskih prava iznosi podatke da godišnje takvu pomoć u RH treba oko 156.000 osoba.<sup>5</sup> Prije razmatranja mogućnosti pružanja besplatne pravne pomoći u RH od neprofitnih organizacija ukratko određujemo krug pravnih osoba koje se smatraju neprofitnim organizacijama.

### **1. Pojam neprofitne organizacije**

Neprofitna organizacija ili nevladina organizacija (u daljnjem tekstu: NPO) jedan je od pojmova koji se gotovo svakodnevno upotrebljava i/ili susreće u društvenom i političkom kontekstu domaćeg i međunarodnog karaktera. Ipak, konsenzusa oko točnog sadržaja i opsega ovog pojma nema čak ni u stručnim krugovima. Pravne definicije NPO polaze od konkretnog zakonskog određivanja pojma NPO u pojedinoj zemlji. Ovaj je pristup, naravno, izuzetno praktičan za neposredni rad lokalnih NPO, ali svojim uskim gledanjem onemogućava shvaćanje biti nevladinog sektora, usporednu analizu te, posljedično, otežava kvalitetnu i argumentiranu (pozitivnu ili negativnu) kritiku. Funkcionalne definicije ukazuju na ciljeve takvih organizacija, naglašavajući «javnu dobrobit» kojoj one služe. Pritom, one apstrahiraju činjenicu da mnoge NPO prvenstveno služe zadovoljavanju uskih interesa njihovih članova (primjerice, filatelističko društvo). Ekonomske definicije primjenjuju kriterij neprofitnosti. To, naravno, ne znači da NPO nemaju prihode, već da ih stječu isključivo radi ostvarivanja svojih primarnih, neprofitnih ciljeva te se njihova dobit ne dijeli članovima ili trećim osobama, nego «vraća» neprofitnoj djelatnosti. Zbog svoje se sveobuhvatnosti najprihvatljivijom čini strukturalno-operativna definicija Salomona i Anheiera<sup>6</sup> koja identificira nevladinu organizaciju prisutnošću pet čimbenika: određeni stupanj organiziranosti, privatnost, neprofitna distribucija, samouprava i dobrovoljnost.

Iako u svojem najširem smislu pojam NPO uključuje i vjerske zajednice, sindikate, udruge poslodavaca te političke stranke, uobičajeno se pod njime podrazumijevaju samo udruge, zaklade i ustanove.<sup>7</sup> Udruživanje se može širiti prema višim ustrojbenim razinama (krovne organizacije u okviru istog područja djelovanja) ili preko državnih granica (međunarodne NPO).<sup>8</sup> U RH je trenutno

<sup>5</sup> Podatke iznijeli na okruglom stolu «Besplatno pružanje pravne pomoći organizacija za zaštitu ljudskih prava u RH» održanom u Europskom domu, Zagreb, 16. ožujka 2003. godine, D. Horvat ispred Hrvatske odvjetničke komore te A. Gorkić ispred Srpskog demokratskog foruma.

<sup>6</sup> L. M. Salamon i H. K. Anheier, «In Search of the Nonprofit Sector. I: The Question of Definitions», u: *Voluntas* (1992), 3(2), str. 125-151.

<sup>7</sup> Ovo su subjekti koje poznaje pravni poredak RH, a ovdje spadaju odgovarajući subjekti u pojedinim nacionalnim pravnim sustavima.

<sup>8</sup> Zakon o udrugama, Narodne novine br. 88/01. i 11/02. (ispravak), čl. 7. (udruživanje udruga i ustrojstveni oblici) te čl. 8. Potonji govori samo o stranim udrugama, tj. o udrugama

registrirano preko 20.000 udruga od čega oko 2.000 na nacionalnoj razini i oko 70 stranih udruga te 50 zaklada i nekoliko fundacija.<sup>9</sup> Ukupni broj ustanova je teško utvrditi s obzirom na njihovu funkcionalnu raznolikost koja ih svrstava u nadležnost većeg broja središnjih državnih upravnih tijela (napose, resornih ministarstava).

Konačno, treba razlikovati pojam civilno društvo od pojma neprofitnih organizacija koje u svakom slučaju predstavljaju značajni dio prethodnog pojma, međutim, civilno društvo označava mnogo širi krug subjekata. Osim NPO u najširem smislu, on obuhvaća i različite neformalne skupine unutar društva. Zapravo, civilnim društvom označava se kvaliteta ustroja cjelokupnog društva po idealnim načelima pluralizma, demokratičnosti i otvorenosti, u kojem su NPO jedan od pojavnih oblika, a njihov položaj, uloga i tretman jedno od mjerila stupnja konkretizacije idealnih načela.<sup>10</sup>

## **2. Mogućnosti pružanja (besplatne) pravne pomoći - pozitivno pravni okvir u RH**

Pružanje pravne pomoći u RH utemeljeno je na nekoliko propisa.<sup>11</sup> Međutim, njihov izričaj omogućava različita tumačenja, a najnovije izmjene Zakona o parničnom postupku (dalje: ZPP) koje su stupile na snagu 1. prosinca 2003. godine<sup>12</sup> mijenjaju dosadašnju interpretativnu ravnotežu u odnosu na širinu kruga

---

«valjano osnovanim na temelju pravnog poretka strane države», a koje djeluju na području RH. Detaljnije vidi M. Dika, S. Ljubišić, D. Medvedović i I. Šprajc, *Komentar Zakona o udrugama - s obrascima*, ICNL - B.a.b.e., Zagreb, 2003., str. 52-57.

<sup>9</sup> Podaci Ureda za udruge Vlade RH, prosinac 2003. godine. <http://www.uzuvrh.hr/index.htm>, 15. prosinac 2003. godine.

<sup>10</sup> Pojam civilno društvo, njegove karakteristike, uloga u suvremenom društvu, a posebice u tzv. društvima u tranziciji predmet su mnogobrojnih rasprava. One, međutim, prelaze okvire ovog rada. Stoga, ovdje samo navodimo izbor literature o toj temi: G. Bežovan, «Struktura civilnog društva u RH», u: *Politička misao*, vol. 39, 1/2002, str. 63-87; M. Ovsenik i M. Ambrož, *Neprofitni autopoeitični sustavi*, Alinea, Zagreb, 1999.; J. L. Cohen i A. Arato, *Civil Society and Political Theory*, Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge, Mass., 1992.; A. B. Seligman, *The Idea of Civil Society*, Princeton University Press, New Jersey, 1992.; M. Mesić, «Civilno društvo i postsocijalizam», u: *Revija za sociologiju*, vol. 22, 3-4/1991, str. 307-314; A. Bibič, *Civilno društvo i politički pluralizam*, Omladinski kulturni centar, Zagreb, 1990.

<sup>11</sup> U radu se nećemo baviti braniteljima u kaznenom postupku temeljem Zakona o kaznenom postupku, Narodne novine br. 62/03. (pročišćeni tekst), jer tema obveznog zastupanja i imenovanja punomoćnika po službenoj dužnosti u kaznenim postupcima nema izravne veze s neprofitnim organizacijama i njihovom ulogom u pružanju pravne pomoći u RH. Slične odredbe sadrže i Zakon o sudovima za mladež, Narodne novine br. 111/97., 27/98. i 12/02., Zakon o prekršajima, Narodne novine br. 88/02., 122/02. i 187/03., te Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, Narodne novine br. 111/97., 27/98., 128/99. i 79/02. Svi ovi zakoni predviđaju da branitelj može biti samo odvjetnik.

<sup>12</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, Narodne novine br. 117/03.

ovlaštenika za pružanje pravne pomoći. Postavljaju se dva temeljna pitanja: a) koji su subjekti, osim odvjetnika, ovlašteni na pružanje pravne pomoći, u kojem opsegu i pod kojim uvjetima; i b) da li i pod kojim uvjetima odvjetnici mogu pružati besplatnu (ili «jeftiniju») pravnu pomoć.

## **2.a) Ovlast pružanja pravne pomoći**

Sukladno novom čl. 89.a ZPP-a stranku kao punomoćnik može zastupati samo odvjetnik, ako zakonom nije drugačije određeno, te se precizira da stranku pravnu osobu može zastupati kao punomoćnik osoba koja je s njome u radnom odnosu i ako ima potpunu poslovnu sposobnost, odnosno stranku fizičku osobu srodnik po krvi u pravoj liniji, brat, sestra ili bračni drug, ako je potpuno poslovno sposoban i ako se ne bavi nadriparstvom. Za punomoćnika pravne osobe se i dalje zahtijeva položeni pravosudni ispit u slučaju da vrijednost predmeta spora u imovinskopравnim zahtjevima prelazi 50.000 HRK. Odredba čl. 89.a predstavlja drastičan zaokret u pravcu odvjetničkog monopola, barem u pogledu zastupanja stranaka kao oblika pružanja pravne pomoći, s obzirom da je stara odredba ZPP-a omogućavala svakoj osobi koja je potpuno poslovno sposobna, osim osoba koje se bave nadriparstvom, da bude punomoćnik stranke (dosadašnji čl. 90. st. 1., ZPP). Dakle, punomoćnik osim odvjetnika može od 1. prosinca 2003. godine biti samo bliski srodnik ili zaposlenik pravne osobe (tzv. pravnik u gospodarstvu ili korporacijski pravnik) u građanskim parnicama i drugim postupcima na koje se primjenjuje ZPP. U upravnim postupcima, međutim, sukladno Zakonu o općem upravnom postupku (dalje: ZUP),<sup>13</sup> punomoćnik i dalje može biti svaka osoba koja je potpuno poslovno sposobna, osim ako se bavi nadriparstvom (čl. 58. st. 1., ZUP).

Nadriparstvo, kao razlog isključenja bliskog srodnika iz kruga mogućih punomoćnika, ali i kao šira djelatnost neovlaštenog pružanja pravne pomoći, kriminalizirana je odredbom čl. 310. Kaznenog zakona (dalje: KZ).<sup>14</sup> Novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine kaznit će se tko se neovlašteno bavi pružanjem pravne pomoći, a ista je kazna propisana i za osobu koja drugom neovlašteno pruži pravnu pomoć za unaprijed dogovorenu ili nakon toga primljenu nagradu. Pojam «neovlašteno» sukladno čl. 89.a ZPP-a sada obuhvaća svako zastupanje stranke od strane drugih subjekata osim onih navedenih u dotičnom članku. Međutim, postavlja se pitanje koje su daljnje odrednice identifikacije nadriparstva jer pravna pomoć, osim zastupanja stranke, uključuje i čitav niz drugih radnji, poput davanja pravnih mišljenja i savjeta, sastavljanja raznih isprava (ugovora, izjava, oporuka, i sl.), pripremanja i sastavljanja podnesaka (tužbi, žalbi i sl.), itd.

<sup>13</sup> Zakon o općem upravnom postupku, Službeni list SFRJ br. 47/86., te Narodne novine br. 53/91., 58/93. i 103/96.

<sup>14</sup> Kazneni zakon, Narodne novine br. 110/97., 27/98., 50/00., 129/00. i 51/01.

Sukladno Zakonu o odvjetništvu (dalje: ZO)<sup>15</sup>, pružanjem pravne pomoći kao zanimanjem smiju se baviti samo odvjetnici, ako zakonom nije drugačije određeno (čl. 5, ZO).<sup>16</sup> Zakon dalje precizira da profesori i docenti pravnih predmeta na sveučilištima u RH smiju za nagradu davati pravne savjete i mišljenja, pod čime se ne podrazumijeva sastavljanje isprava ni sastavljanje tužbi, žalbi, prijedloga, zahtjeva, molbi i drugih podnesaka. O takvoj svojoj nakani profesori i docenti moraju obavijestiti Odvjetničku komoru (dalje: Komora) koja, pak, nema ovlasti uskraćivanja ovog prava, već isključivo vodi evidenciju pružatelja pravnih mišljenja i savjeta.

Imajući, dakle, u vidu sve gore navedene relevantne odredbe pozitivne zakonske regulative u RH uočavamo nekoliko nejasnoća i interpretativnih problema. ZO ograničava pružanje pravne pomoći na odvjetnike kada se ta djelatnost obavlja *kao zanimanje*. Naslov čl. 5. ZO-a, međutim, glasi «Pružanje pravne pomoći za nagradu». Kakav je status osobe koja je *stalno zaposlena* u nekoj neprofitnoj organizaciji i čiji se sadržaj radnih zadataka, djelomično ili u potpunosti, sastoji od pružanja pravne pomoći bilo članovima bilo drugim korisnicima usluga dotične neprofitne organizacije, a pravnu pomoć neprofitna organizacija daje *besplatno* svojim korisnicima (*beneficiaries*)? Jasno je da ta osoba ne može zastupati stranku na sudu, s iznimkom zastupanja same neprofitne organizacije u kojoj je zaposlena. Međutim, bavi li se takva osoba nadripisarstvom kada sastavlja ugovor ili žalbu, iako svoje usluge ne naplaćuje jer se neprofitna organizacija financira iz drugog izvora (u praksi najčešće stranim donacijama)? Nadalje, bavi li se nadripisarstvom osoba koja u okviru neprofitne organizacije radi *volonterski* te pruža pravnu pomoć, a za svoj rad ne dobiva nikakvu nagradu ni naknadu ni od same NPO? ZO koji uređuje pružanje pravne pomoći ne pruža jasan odgovor, a KZ sugerira potvrđan odgovor. Zaposlenik ili volonter NPO doista pruža pravnu pomoć na stalnoj osnovi, a nedavno ukinuta široka odredba ZPP-a o punomoćnicima više ne podržava benevolentnu interpretaciju navedenih odredbi ZO-a i KZ-a.

Zanimljivo je naglasiti dva slučaja-iznimke koje propisuje ZPP. Prvi se odnosi na slučajeve postavljanja punomoćnika bez naknade. ZPP kao pravilo predviđa postavljanje odvjetnika, ali ako u sjedištu suda nema dovoljno odvjetnika, «za punomoćnika se može postaviti *i druga osoba s pravnom spremom, sposobna da dade potrebnu pravnu pomoć.*» (čl. 174. st. 3., ZPP). Valja stoga uočiti kako sam ZPP poznaje iznimku od općeg pravila o zastupanju pred sudom, i to iznimku vezanu uz *imovinsko stanje stranke* uvodeći kategoriju «osobe s pravnom spremom sposobnom pružiti pravnu pomoć.» Čini se da bi pravnici iz pojedinih NPO mogli biti na sudskom popisu potencijalnih punomoćnika,

<sup>15</sup> Zakon o odvjetništvu, Narodne novine br. 9/94.

<sup>16</sup> Druge osobe koje mogu pružiti pravnu pomoć u posebnim zakonima preciziranom obimu su, primjerice, javni bilježnici (Zakon o javnom bilježništvu, Narodne novine br. 78/93. i 29/94.) i revizori (Zakon o reviziji, Narodne novine br. 90/92.).



posebice kada su u pitanju neke specifične kategorije stranaka (prognanici, izbjeglice, azilanti, žene, i sl.) kojima su ti isti pravnici već pružali pravnu pomoć prije samog sudskog postupka. Drugi slučaj odnosi se na zastupanje radnika i poslodavaca u sporovima iz radnog odnosa. Sukladno novom čl. 434.a ZPP-a radnika odnosno poslodavca može «kao punomoćnik zastupati osoba koja je u radnom odnosu u sindikatu/udruzi poslodavaca čiji je on član ili u udruzi sindikata/udruzi poslodavaca u koju je udružen sindikat/udruga poslodavaca čiji je on član.» Važno je, dakle, da radnik/poslodavac bude član dotične udruge kako bi ga zaposlenik mogao zastupati. Moguće je stoga da se *de lege ferenda* predvidi proširenje primjene ovih odredbi na neke specifične NPO vezano za zaštitu ljudskih prava.

Nadalje, pitamo se smiju li profesori i docenti pravnih predmeta pružati *besplatno* druge oblike pravne pomoći? Naime, ZO nakon određivanja mogućnosti davanja pravnih savjeta i mišljenja u sljedećoj rečenici navodi kako oni *nisu ovlašteni* pružati druge oblike pravne pomoći. Ipak, sistematsko i teleološko tumačenje ove rečenice (naslov članka, prethodna odredba), suprotno doslovnom jezičnom tumačenju (izostanak izričitih riječi «za nagradu»), dovode do zaključka da je odricanje ovlaštenja pružanja drugih oblika pravne pomoći vezano isključivo za *lukrativno* svojstvo. S druge strane, ranije spomenuta odredba KZ-a omogućava i suprotno tumačenje.

I konačno, navedene odredbe KZ-a moguće je tumačiti kao kriminalizaciju *svakog* jednokratnog naplatnog pružanja pravne pomoći.<sup>17</sup> KZ, naime u st.1. čl. 310. sadrži formulaciju «*neovlašteno bavi*» koja upućuje da je kriminalizirano *višekratno* i *kontinuirano* neovlašteno besplatno pružanje pravne pomoći, dok st. 2. koristi riječi «*neovlašteno pruži* pravnu pomoć za unaprijed dogovorenu ili nakon toga primljenu nagradu» koje pak upućuju na *jednokratno* naplatno pruženu pravnu pomoć. U praksi je ovaj izričaj tumačen kao olakšanje tereta dokazivanja, dovoljno je da se dokaže jednom ugovorena ili primljena nagrada da se utvrdi neovlašteno pružanje pravne pomoći.<sup>18</sup>

Ustavni sud RH bio je u prilici razmotriti ustavnost odredbe čl. 5. ZO-a.<sup>19</sup> Tom prilikom nije prihvatio prijedlog za ocjenu njene ustavnosti smatrajući neutemeljenom tvrdnju podnositelja prijedloga da ona dovodi do «staleškog uzdizanja» unutar struke te naveo kako je «smisao i cilj odvjetništva prvenstveno

<sup>17</sup> Na temelju te odredbe može se pokrenuti kazneni postupak protiv, primjerice, pravnika koji nije odvjetnik, a koji pruži pravnu pomoć vezanu za održavanje nebodera u kojem i sam stanuje te za tu jednokratnu uslugu primi određenu novčanu nagradu od drugih stanara.

<sup>18</sup> Slično stajalište zauzima i Čizmić te navodi da se i jednokratno besplatno pružanje pravne pomoći može smatrati nadripisarstvom ako se dokaže namjera bavljenja pružanjem pravne pomoći. Jozo Čizmić, «Neka zapažanja o pravnoj pomoći nastavnika pravnih fakulteta u Republici Hrvatskoj», u: *Pravo i porezi*, vol. X, br. 9/2001, str. 40.

<sup>19</sup> Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-I-1085/1997, U-I-23/1999 i U-I-824/1999, Narodne novine br. 51/00. i Ispravak, Narodne novine br. 56/00. Podnositelj prijedloga je, između ostalih, bila i Udruga pravnika u gospodarstvu Zagreb.

u pružanju stručne pravne pomoći onima kojima je to potrebno», odnosno da je «pravna pomoć kao strogo definirano zanimanje odvjetnika, bitan činitelj pravne sigurnosti demokratske i pravne države Republike Hrvatske, te predstavlja jedan od vidova djelovanja pravosuđa i uprave.» Prethodno iznesene nejasnoće i moguće dvosmislenosti u tumačenju nisu bile predmet ustavnosudskog postupka.

U praksi položaj zaposlenika ili volontera NPO nisu dovodila u pitanje nadležna ili zainteresirana tijela (ovdje prvenstveno mislimo na Komoru) s obzirom da je većina slučajeva s kojima se oni susreću male ekonomske isplativosti i/ili se odnosi na ugrožene skupine stanovništva sa specifičnim pravnim problemima vezanim za njihov osobni status (prognanici, nacionalne manjine, žene, itd.). Besplatno pružanje određenih oblika pravne pomoći (savjetovanje, davanje mišljenja, izuzetno čak i pomoć u izradi isprava odnosno podnesaka, ali ne i zastupanje pred državnim tijelima) moguće je braniti i u kontekstu slobode mišljenja i izražavanja misli. Ipak, problem nadripisarstva ne bi smio imati temelj isključivo u ekonomskom interesu, već prije svega u interesu osiguranja kvalitete pružene pravne pomoći. Dosadašnja praksa o tome nije iskristalizirala jasan stav.<sup>20</sup> Pitanje besplatnog pružanja ostalih oblika pravne pomoći od sveučilišnih nastavnika pravnih znanosti u praksi, također, ne bi smjelo dolaziti u pitanje s obzirom da ni ovdje ekonomski interesi cehovske organizacije nisu u većoj mjeri ugroženi. Uz to, u mnogim je slučajevima jasna paradoksalnost pokušaja dovođenja u sumnju njihove stručnosti.

## ***2.b) Besplatno ili «jeftinije» pružanje pravne pomoći odvjetnika***

Povreda prava na pristup pravosuđu zbog visokih troškova postupka i nemogućnosti dobivanja besplatne pravne pomoći u građanskom postupku prvi je put utvrđena u okviru Vijeća Europe i primjene Europske konvencije 1979. godine.<sup>21</sup> Europski sud je ujedno naglasio da ta odluka ne znači da je država dužna osigurati besplatnu pravnu pomoć u svim građanskim postupcima, već potreba besplatne pravne pomoći ovisi o okolnostima svakog pojedinog slučaja. Vijeće Europe je, osim toga, donijelo čitav niz rezolucija i preporuka koje se

---

<sup>20</sup> Prema podacima Srpskog demokratskog foruma i Ureda Pučkog pravobranitelja RH iznesenim na okruglom stolu «Besplatno pružanje pravne pomoći organizacija za zaštitu ljudskih prava u RH», održanom u Zagrebu 16. ožujka 2003. godine, u praksi su reprezentativna dva slučaja utvrđenja nadripisarstva. Ministarstvo pravosuđa je, tako, smatralo da osobe, zaposlenici NPO, koje temeljem valjane punomoći pribavljaju izvratke iz državnih matica za druge «nisu ovlaštene pružati pravnu pomoć jer nisu odvjetnici». U drugom je slučaju Vrhovni sud RH nadripisarom proglasio zaposlenika NPO za zaštitu ljudskih prava, nesumnjivo pravnog stručnjaka, nekadašnjeg suca koji nije bio odvjetnik. Osoba je pružala pravnu pomoć bez lukrativnog svojstva te isključivo osobama u teškim socijalnim uvjetima. Zaključeno je stoga da nije jasno na temelju kojih kriterija zainteresirane osobe, Komora ili državna tijela odlučuju u kojim slučajevima pokrenuti kazneni progon radi nadripisarstva.

<sup>21</sup> Slučaj Airey v. Ireland, A32, odluka od 9. listopada 1979. godine.

odnose na pružanje pravne pomoći i savjetovanje.<sup>22</sup> Sve one ističu da je za ostvarenje prava na pristup sudovima i pravično suđenje važno poduzeti sve potrebne korake kako bi se uklonile ekonomske prepreke za sudjelovanje u pravnom postupku. Između ostalog, određeno je da se pravo na besplatnu pravnu pomoć ne smije smatrati darom siromašnima već obvezom zajednice, da osiguranje pravne pomoći mora biti jednako za strance i domaće državljane, te se potiču vlade da ustanove sustav besplatne pravne pomoći za siromašne, odnosno sustav pravnog savjetovanja za socijalno isključene kojima je potrebna neodgodiva pomoć. Takav sustav, neovisno je li ga ustanovila izravno država ili odvjetnička komora na temelju zakonske obveze, ne predstavlja prisilni ili obvezni rad za odvjetnike koji moraju pružiti besplatnu pravnu pomoć (bez nagrade i naknade stvarnih troškova).<sup>23</sup>

Ustav RH ne spominje izričito pravo na besplatnu pravnu pomoć. No, s obzirom da su sloboda, jednakost i socijalna pravda «najviše vrednote ustavnog poretka i temelj za tumačenje Ustava» (čl. 3., Ustav RH), država je nesumnjivo dužna osigurati da socijalni i ekonomski položaj stanovništva ne utječe na mogućnost ostvarenja temeljnih ljudskih prava zajamčenih Ustavom, tj. na oživotvorenje prava na pristup sudu u užem smislu.

Iz dosadašnje rasprave, *supra* 2.a), proizlazi da NPO mogu pružati isključivo besplatnu pravnu pomoć, a i tada uz istaknuta ograničenja i dvojbe. Odvjetnici od 1. prosinca 2003. godine imaju gotovo ekskluzivnu ovlast zastupanja stranaka pred sudovima u građansko-pravnim sporovima te u drugim postupcima na koje se primjenjuje ZPP, a jasno je da će NPO u mnogim situacijama trebati odvjetničke usluge kako bi mogle pružiti adekvatnu pravnu pomoć svojim korisnicima. Stoga je zanimljivo razmotriti mogućnost za korisnike ekonomski povoljnijih uvjeta pružanja pravne pomoći.

Sukladno ZPP-u, osobe koje nisu u mogućnosti predujmiti odnosno snositi troškove postupka pa su oslobođene snošenja svih troškova postupka imaju pravo, na vlastiti zahtjev, i na pravnu pomoć bez naknade, što uključuje oslobođenje od plaćanja nagrade, ali i stvarnih izdataka punomoćnika (čl. 174. st.1. i 2., ZPP). Punomoćnika tada postavlja sud. ZUP ne sadrži slične odredbe budući da se, u pravilu, postupak pred upravnim tijelom odvija pisanim putem, bez javnih rasprava, a većina postupovnih radnji ne zahtijeva angažiranje posebnog punomoćnika.<sup>24</sup> Međutim, isto pitanje regulira i ZO čije se odredbe o

<sup>22</sup> Ovdje prije svega mislimo na Rezoluciju (78) 8 o pravnoj pomoći i savjetovanju, usvojenu 2. ožujka 1978. godine; Preporuku (93) 1 o učinkovitom pristupu zakonu i sudovima za siromašne, usvojenu 8. siječnja 1993. godine; i Preporuku 1355 (1998) o borbi protiv socijalne isključivosti i jačanju socijalne kohezije u Europi.

<sup>23</sup> Slučaj *Van der Musselle v. Belgium*, A70, odluka od 23. studenog 1983. godine. Sud je također utvrdio da odvjetnički vježbenik radeći bez nagrade i naknade troškova ima i određenu korist, tj. da stječe iskustvo i ugled jednako kao da radi na plaćenim slučajevima.

<sup>24</sup> Uz to, čl. 14., ZUP, sadrži i obvezu organa koji vodi postupak da skrbi kako neznanje i neukost stranke i drugih osoba koje sudjeluju u postupku ne budu na štetu prava što im po zakonu pripadaju. Sličnu odredbu sadrži i čl. 11., ZPP, ali se u praksi ona rijetko primjenjuje.

ovom pitanju u praksi jedino i primjenjuju. Tako ZO u čl. 21. navodi kako je Komora dužna osigurati besplatno pružanje pravne pomoći žrtvama Domovinskog rata i socijalno ugroženim osobama u pravnim stvarima u kojima te osobe ostvaruju prava koja su u svezi s njihovim položajem, kao i u drugim slučajevima predviđenim općim aktima Komore. Drugi opći akti Komore koji se odnose na pružanje besplatne pravne pomoći, Statut Hrvatske odvjetničke komore<sup>25</sup> i Kodeks odvjetničke etike,<sup>26</sup> ne navode daljnje kategorije osoba ili slučajeve u kojima bi se ona imala pružiti. Tako Statut samo određuje da odluku o dodjeljivanju besplatnog punomoćnika donosi Predsjednik Komore, dok Kodeks u točkama 35. do 39. pobliže regulira ovo pravo. Odvjetnici su, sukladno tome, dužni prihvatiti besplatno zastupanje ovih kategorija stranaka kada im to odredi nadležno tijelo Komore, ali u slučaju uspjeha u besplatnom zastupanju odvjetnik može od zastupanih osoba tražiti nagradu za pružene usluge u mjeri u kojoj zastupanje ne gubi svoje socijalno i humano obilježje, no u svakom slučaju smije tražiti onu nagradu koju je zastupana stranka ostvarila po osnovi njegova zastupanja na teret protivne stranke.<sup>27</sup>

Iz izloženog je vidljivo da je u praksi skupina stranaka koje ostvaruju besplatnu pravnu pomoć odvjetnika vrlo uska jer uključuje isključivo *žrtve Domovinskog rata i socijalno ugrožene osobe*, a i tada isključivo *u pravnim stvarima u kojima te osobe ostvaruju prava koja su u svezi s njihovim položajem*. Osim toga, takva «besplatna pravna pomoć» uključuje samo oslobođenje od *nagrade odvjetniku*, a ne i oslobođenje od *stvarnih izdataka*, dakle, troškova koje je odvjetnik imao tijekom zastupanja, a koje ZPP uključuje u besplatnu uslugu određujući mogućnost da sud koji vodi postupak imenuje besplatnog punomoćnika. Uz to, odvjetnici će, uz spomenuta ograničenja, ipak moći tražiti nagradu od besplatno zastupanih osoba u slučaju uspješnog zastupanja. I konačno, Komora u praksi traži da se uz zahtjev za ostvarenje prava na besplatnu pravnu pomoć dostavi i preslika domovnice, čime ograničava pružanje besplatne pravne pomoći isključivo na *hrvatske državljane*. Ovakva je praksa vrlo sumnjive ustavnosti u odnosu na načelo jednakosti hrvatskih državljana i stranaca (čl. 14. i 26., Ustav RH), a u svakom je slučaju protivna ranije spomenutim međunarodnim standardima kao i duhu Zakona o azilu.<sup>28</sup> Naime, taj Zakon izriječno spominje pravo pristupa sudovima i pravo na pravnu

<sup>25</sup> Statut Hrvatske odvjetničke komore, Narodne novine br. 25/95. i 92/99.

<sup>26</sup> Kodeks odvjetničke etike od 18. veljače 1995. godine s izmjenama i dopunama od 12. lipnja 1999. godine. <http://www.odvj-komora.hr/WebStuff/Kodeks.html>, 3. ožujak 2004.

<sup>27</sup> Ove su odredbe derogirale Tbr. 43. st. 3. Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika, Narodne novine br. 69/93., koji određuje da odvjetnik, kojeg Odvjetnička komora Hrvatske imenuje kao zastupnika ili branitelja stranke iz socijalnih razloga nema pravo od stranke tražiti nagradu za zastupanje.

<sup>28</sup> Zakon o azilu, Narodne novine br. 103/03. Zakon stupa na snagu 1. srpnja 2004. godine. Vidi, primjerice, čl. 10.; čl. 20. st. 1. t. 6; čl. 24. t. 8. i čl. 33.

pomoć, kako tražiteljima azila tako i azilantima, a uvodi i pravo na «besplatnu pravnu pomoć od strane predstavnika Hrvatskog Crvenog križa, Hrvatskog Caritasa, UNHCR-a i predstavnika drugih organizacija koje se bave zaštitom prava izbjeglica.»<sup>29</sup> Zanimljivo je naglasiti kako je takvim organizacijama potrebna prethodna suglasnost Ministarstva unutarnjih poslova (dalje: MUP). Međutim, nisu određeni kriteriji kojima se MUP ima rukovoditi prilikom davanja ili odbijanja suglasnosti te nije jasno hoće li oni uključivati i ocjenu osposobljenosti za *kvalitetno pružanje pravne pomoći*.

Nadalje, prema čl. 18. ZO-a, odvjetnici imaju pravo na nagradu za svoj rad te na naknadu troškova u svezi s obavljenim radom sukladno tarifi koju utvrđuje i donosi Komora. Tarifa o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika poznaje mogućnost snižavanja cijene odvjetničkih usluga. Tako Tbr. 37 u točki 2. određuje da se u jednostavnim predmetima, uzimajući u obzir sve okolnosti obavljenog posla i koristi koje ima stranka, pojedine tarifne stavke mogu sniziti za 25%, ali ne u poslovima za koje je već po Tarifi određena nagrada u visini od 50% ili manje.<sup>30</sup> Međutim, Kodeks odvjetničke etike u točki 18. al. 9., primjerice nabrajajući nelojalnosti u poslovanju odvjetnika koje se protive časti i ugledu odvjetničke profesije, navodi i *ponude jeftinog zastupanja*, kao i suradnju s osobama koje se bave nadripisarstvom odnosno koje su sumnjive zbog nadripisarstva. Ovakve djelatnosti ("traženje ili pribavljanje stranaka na nedostojan način ili potpomaganje nadripisarstva time što potpisuje podneske nadripisara") čl. 111. t.11. Statuta Komore smatra težim povredama dužnosti i ugleda odvjetništva, podložnim disciplinskom postupku i disciplinskim sankcijama (novčana kazna, a u najtežim slučajevima, gubitak prava na obavljanje odvjetništva). Redovito, dakle, odvjetnicima nije dopušteno *nuditi jeftino zastupanje*, što uključuje i *prethodno* odobravanje popusta, već je popust dopušteno odobriti po završetku postupka i to u opravdanim slučajevima, a osobito ako je tražbina neutjeriva (t. 145., Kodeks). No, ista točka preporučuje odobravanja takvog popusta ako se stranka nalazi u teškom imovinskom položaju. Kodeks, međutim, ne navodi najveći dopušteni iznos naknadno odobrenog popusta bilo zbog teškog imovinskog položaja ili zbog drugih opravdanih okolnosti. Ograničenje popusta postavljeno na 25% od cijene odvjetničkih usluga odnosi se samo na jednostavne slučajeve pa se čini da bi odvjetnici, primjerice, zbog teškog imovinskog položaja stranke, mogli još više sniziti cijenu svoje usluge, pa čak pružiti i u potpunosti besplatnu uslugu. Ovo tim više što dodatne, *opravdane* okolnosti propisuje Kodeks odvjetničke etike, donesen nakon Tarife i od višeg tijela (Skupštine Komore). Odvjetnici ujedno

<sup>29</sup> Zakon o azilu, čl. 22. st. 3.

<sup>30</sup> Pravilnik o visini nagrade za obranu po službenoj dužnosti, Narodne novine br. 29/94., također sadrži odredbe o snižavanju cijene pružene pravne pomoći za 50% u slučajevima obrane po službenoj dužnosti.

moraju voditi računa da takvim radom ne krše zabranu oglašavanja i pribavljanja stranaka nelojalnim poslovanjem. U svakom slučaju, navedeni propisi ne stvaraju transparentnu i jasnu sliku uvjeta koje stranka mora ostvariti za stjecanje prava na sponzoriranu pravnu pomoć te ostavljaju mnogo prostora za arbitrarno tumačenje i primjenu.

Ovdje još valja iznijeti kako, sukladno čl. 19. ZO-a, u imovinsko-pravnim stvarima odvjetnici mogu sa strankom pismeno ugovoriti nagradu za rad u razmjeru s uspjehom u postupku odnosno u pravnim radnjama koje će za stranku poduzeti, sukladno odvjetničkoj tarifi. Osim toga, sukladno Tbr. 38, pružanje pravne pomoći odvjetnik može ugovoriti<sup>31</sup> s pravnom osobom u paušalnom iznosu, osim za radnje zastupanja pred sudovima i državnim organima. Obje su mogućnosti zanimljive kako za korisnike usluga NPO, tako i za same NPO.

### ***3. Neprofitne organizacije u RH i potreba za pravnom pomoći***

Odredivši pojam i subjekte koji se smatraju neprofitnim organizacijama u RH te općenito utvrdivši mogućnosti pružanja pravne pomoći, prelazimo na analizu pravnih problema s kojima se suočavaju NPO u RH. S obzirom na sadržaj mogućih slučajeva koji uključuju NPO, utvrdili smo sljedeće tematske skupine: a) statusna pitanja NPO; b) sporovi unutar NPO, napose odnosi s članstvom; c) odnosi s trećim osobama, odnosno nespecifični pravni odnosi; i d) pružanje pravne pomoći članovima ili drugim korisnicima.

#### ***3.a) Statusna pitanja NPO***

Sa statusnim se pitanjima susreću sve NPO bilo u fazi osnivanja, bilo kasnije tijekom svoga rada, odnosno u vrijeme svog prestanka. Ova skupina uključuje potrebu za savjetovanjem potencijalnih osnivača, pripremanje osnivačkih dokumenata (zapisnika, odluka, statuta), registracijski postupak, izradu potrebnih pravilnika i drugih općih akata, eventualne promjene statusa tijekom postojanja, uključujući osnivanje podružnica, udruživanje s drugim NPO u krovne organizacije i institucionalnu suradnju s drugim NPO ili profitnim sektorom, te odnose tijekom likvidacije odnosno stečaja. Ovdje spadaju i svakodobne promjene statuta (promjena imena, tijela NPO ili proširenje djelatnosti na do sada neregistrirane djelatnosti). Obavljanje specifične djelatnosti zahtijeva poznavanje posebnih zakona koje ih reguliraju (socijalna skrb, predškolsko obrazovanje, znanost) te pribavljanje potrebnih potvrda i dozvola. Konačno, tu je i izuzetno važna skupina pitanja vezanih za porezopravni status NPO.

---

<sup>31</sup> Takav ugovor mora biti u pisanom obliku, mora sadržavati opis radova ili poslova koje će odvjetnik za stranku obavljati te ga odvjetnik mora prijaviti Komori.

Velika se većina pitanja iz ove skupine u praksi rješava bez odvjetničkih usluga s obzirom da potrebna pravna pomoć uglavnom nosi zanemarivu zaradu, ne uključuje zastupanje pred sudom te se svodi na savjetovanje i korištenje obrazaca. U pitanjima osnivanja zaklade također nije potrebna odvjetnička pomoć s obzirom da državna tijela imaju presudnu nadzornu ulogu tijekom osnivanja, a zadržavaju i značajan uvid u rad zaklada tijekom njihova djelovanja.<sup>32</sup> Veću važnost mogu imati statusna pitanja ustanova (primjerice, Hrvatsko narodno kazalište, klinički bolnički centri, sveučilišta) odnosno pojedinih udruga koje raspolažu s velikom imovinom (primjerice, nogometni klubovi), što može rezultirati potrebnom angažiranjem odvjetnika. Općenito uzevši, pravna pitanja iz ove skupine rješavaju zakonski zastupnici NPO odnosno osobe zaposlene u pojedinoj NPO, uključujući i savjetnike u posebnim NPO osnovanim radi pružanja podrške razvoju civilnog društva.

### **3.b) Sporovi unutar NPO i odnosi s članovima**

Sporovi unutar NPO često se odnose na tumačenje statuta, valjanost odluka pojedinih tijela, sumnje na propust ili zlouporabu funkcije te na prava i obveze članova. Neki od tih sporova rješavaju se uz savjetovanje s trećim osobama, izuzetno rijetko odvjetnicima. Postupak i način rješavanja sporova određen je statutom (ili drugim temeljnim aktom NPO). U krajnjoj instanci za rješavanje spora između članova i udruge nadležan je županijski sud (čl. 26, Zakon o udrugama<sup>33</sup>) pa u tom slučaju dolazi u obzir imenovanje punomoćnika. Udrugu može zastupati njen zakonski zastupnik, tj. osoba ovlaštena sukladno odredbama statuta, ali i zaposlenik udruge, a članovi mogu ovlastiti punomoćnika sukladno odredbama ZPP-a. Identična je situacija u svim drugim slučajevima u kojima spor nije uspješno riješen unutar same NPO na temelju njenih općih akata te je potrebno posredovanje državnih tijela, napose sudova.

### **3.c) Odnosi s trećim osobama, «nespecifični pravni odnosi»**

NPO poput svih drugih pravnih subjekata stupaju u veliki broj najraznovrsnijih odnosa u kojima prava i obveze koje stječu ne ovise o njihovom neprofitnom statusu. U tim, nazovimo ih, «običnim, nespecifičnim» pravnim

<sup>32</sup> Zakon o zakladama i fundacijama, Narodne novine br. 36/95. i 64/01., određuje imenovanje prvog upravitelja; nadzor nad njegovim radom, posebice nad prikupljanjem osnivačke imovine; davanje suglasnosti na statut te predviđa donošenje čak pet rješenja prije odobravanja početka rada zaklade. Komplikiranost postupka osnivanja zaklade i općenito paternalistički položaj države u odnosu na zaklade duže su vrijeme predmet kritike stručne javnosti. Vidi G. Bežovan, M. Dika i M. Ivanović, *Zaklade - djelatnost i osnivanje*, Centar za razvoj neprofitnih organizacija, Zagreb, 1999.

<sup>33</sup> Vidi i M. Dika et al., op. cit., str. 91-94.

odnosima NPO nastupaju kao i drugi pravni subjekti uz potrebu za pravnom pomoći opsegom i sadržajem ovisnom o samom pravnom odnosu. NPO, tako, sklapaju ugovore o zakupu poslovnog prostora, naručuju ili pružaju različite usluge, sklapaju ugovore o radu, kupuju ili prodaju, itd. Jasno je da je zaposlenik udruge ovlašten sastavljati isprave i podneske te zastupati udrugu pred državnim tijelima, no u određenim će slučajevima biti uputno obraćanje odvjetniku. Moguće je da NPO sklopi ugovor s odvjetničkim uredom za dogovoreni paušalni iznos. Veliki se broj udruga bavi društveno korisnim djelatnostima (humanitarni rad, organiziranje slobodnog vremena mladeži, zaštita ljudskih prava, kultura, itd.), a država odnosno jedinice lokalne samouprave im stoga priznaju određene povlastice (izravno financiranje, porezne olakšice, povoljnija cijena zakupa gradskih/općinskih prostora). Također je moguće da odvjetnici, sukladno ranije iznesenim odredbama odvjetničke Tarife i Kodeksa, odobre pojedinim NPO naknadni popust na svoje nagrade. Pravnu pomoć u odnosu na ovu skupinu pravnih pitanja NPO djelomično pružaju i NPO specijalizirane za podršku razvoja civilnog sektora.

### **3.d) Pružanje pravne pomoći članovima ili drugim korisnicima**

Najzanimljivije je pitanje ovlaštenja NPO na pružanje pravne pomoći svojim članovima odnosno trećim osobama. Valja uzeti u obzir analizirane odredbe ZPP-a, ZO-a i KZ-a. NPO ne mogu zastupati stranke pred sudom; to ovlaštenje pripada isključivo odvjetnicima. Ovdje valja razlikovati stranačku legitimaciju jedne NPO, njen *ius standi*, od mogućnosti zastupanja treće osobe. Tako se NPO može pojaviti pred državnim ili međunarodnim tijelima (Europski sud za ljudska prava) kao *žrtva* povrede ljudskih prava, ali u RH ne može *zastupati* drugu osobu koja je žrtva takve povrede.<sup>34</sup> U postupku pred sudom NPO mogu pružiti stručnu pomoć (vještačenje) odnosno članovi NPO mogu biti pozvani svjedočiti. Jedina mogućnost sudjelovanja NPO u postupku povrede prava njenih članova ili trećih osoba, a da ujedno sama nije žrtva povrede, jest u ulozi pratioca stranke.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> NPO se mogu javiti kao tužitelji jedino u slučaju da su povrijeđena njima imanentna kolektivna prava (primjerice, sloboda udruživanja, sloboda misli i savjesti i vjeroispovijesti). Vidi, primjerice, odluke Europskog suda za ljudska prava, *Sigurður A. Sigurjonsson v. Island*, odluka od 30. lipnja 1993.; slučaj *Freedom and Democracy Party v. Turkey*, odluka od 8. prosinca 1999. Pred Europskim sudom NPO, nadalje, imaju potencijalno važnu ulogu kao *amicus curiae*. Naime, izmijenjeni članak 36. stavak 2. Europske konvencije eksplicitno utvrđuje da predsjednik Suda može pozvati «... svaku zainteresiranu osobu, koja nije podnositelj zahtjeva, da podnese pisana očitovanja ili da sudjeluje u raspravi.»

<sup>35</sup> Postoji još i teoretska mogućnost da se NPO u postupak uključi u svojstvu umješača, sukladno čl. 206.-209.a, ZPP. Međutim, da bi stekla takvo svojstvo, NPO bi morala dokazati da ima pravni (naglašavamo, pravni!) interes da u parnici koja teče među drugim osobama jedna od stranaka uspije. Takva je situacija u praksi rijetka.



Ostali oblici pružanja pravne pomoći vraćaju nas pitanju ovlaštenosti kontinuiranog pružanja pravne pomoći. NPO u svakom slučaju ne smije naplaćivati pružanje pravne pomoći. U RH pravnici koji nisu odvjetnici učestalo pružaju u okviru NPO razne oblike pravne pomoći. Kao što je ranije rečeno, državna tijela i Komora takvu praksu ne dovode ozbiljno u pitanje. Činjenica je, međutim, da odredbe ZO-a i KZ-a omogućavaju tumačenje koje takvo djelovanje stavlja u «sivu zonu» legalnosti.

#### **4. Case-study I: RI-Centar, Rijeka**

Regionalni centar za razvoj neprofitnih organizacija, Rijeka, skraćenog naziva RI-Centar, osnovan je sredinom 2000. godine u sklopu CERANEO-ovog projekta potpore razvoja civilnog društva. RI-Centar djeluje kao udruga čije su temeljne djelatnosti vezane uz pružanje raznih oblika podrške ostalim NPO u regiji. Neki od važnijih projekata RI-Centra uključuju tzv. inkubator za udruge (potpora novim udrugama koje nemaju vlastite prostorije i resurse u vidu tjednog korištenja prostora, telefona, kompjutera, fotokopirnog stroja), volonterski centar (baza podataka volontera, edukacija i povezivanje s NPO koja traži volontere), izradu povelje suradnje između lokalnih vlasti i neprofitnog sektora, trosektorsku suradnju, organiziranje godišnjeg foruma udruga iz regije (tzv. FURka), edukacije, inicijativu za osnivanje zaklade lokalne zajednice i sl. Udruga se pretežnim djelom financira iz stranih donacija, a djelomično i dotacijama iz državnog odnosno gradskog proračuna. U sklopu RI-Centra djeluje pravno i računovodstveno savjetovalište za NPO.

Pravno savjetovalište započelo je s radom u listopadu 2000. godine na volonterskoj osnovi. Narednih je godina Međunarodni centar za neprofitno pravo (ICNL) financiran putem USAID-a dodijelio namjenska sredstva RI-Centru za održavanje pravnog savjetovališta (materijalni troškovi, troškovi održavanja prostora i ukupna nagrada u visini ¼ prosječne plaće u RH). U savjetovalištu su u pojedinim razdobljima do sada radila dva diplomirana pravnika i dva studenta četvrte godine Pravnog fakulteta u Rijeci, nakon odslušanog i položenog predmeta «Pravo neprofitnih organizacija», a pod nadzorom predmetnog nastavnika.

NPO dobivaju usluge besplatno, a savjeti se pružaju tri sata tjedno uz moguće kontaktiranje telefonom i elektroničkom poštom. Tijekom više od tri godine postojanja pravnom se savjetovalištu obratilo nešto manje od 250 NPO odnosno osnivača budućih NPO, kao i 40-ak fizičkih osoba koje su pogrešno smatrale da se radi o besplatnom pružanju opće pravne pomoći. Daleko najveći broj slučajeva odnosio se na prvu i drugu gore izdvojenu skupinu statusnih pitanja i sporova unutar NPO. Savjetnici RI-Centra su većinu slučajeva u cijelosti mogli sami riješiti. Zbog zakonskih ograničenja, savjetnici RI-Centra nikada nisu zastupali stranke pred bilo kojim državnim tijelom, ali su izradili više nacрта isprava i podnesaka u jednostavnijim slučajevima te savjetovali stranke ukazujući im na nužnost angažiranja odvjetnika.

Važnost ovakvih savjetovališta, po našem je mišljenju, velika. Prvo, učestale promjene postojećih propisa (spomenimo samo, u kontekstu NPO, promjene

poreznih zakona) otežavaju laicima praćenje i shvaćanje za njih relevantne regulative. Problemi s kojima se susreću NPO najčešće zahtijevaju kompetentno savjetovanje, a tek rjeđe odvjetničke usluge. Drugo, građani koji su u trogodišnjem razdoblju posjetili RI-Centar mahom su bile osobe lošeg imovinskog stanja, čije se pravne dvojbe često nisu odnosile na ostvarivanje prava vezanih za njihov socijalni položaj. Iako im je pravna pomoć pružana samo u vrlo uskom opsegu, ova pojava ukazuje na potrebu proširenja mogućnosti pružanja besplatne ili «jeftinije» pravne pomoći.

### 5. Case-study II: Pravna klinika Pravnog fakulteta u Rijeci

Od akademske godine 1996./1997. na četvrtoj se godini pravnog studija na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci izvodi izborni predmet "Klinika za građansko pravo". Izvođenje predmeta organizirano je uz materijalnu potporu Američke odvjetničke komore (ABA/CEELI) čijim je sredstvima opremljena posebna učionica, nabavljena kompjutorska oprema i osigurana dodatna mjesečna potpora nastavnika nositelja predmeta. Mogućnost upisa vezuje se uz prethodno položeno građansko materijalno i/ili procesno pravo, a rang lista sastavlja se na temelju uspjeha na ispitu. Godišnje predmet upisuje 20-25 studenata.

Po uzoru na angloameričke *legal clinics*, odnosno talijanske *laboratori giuridici*, ovaj predmet omogućava povezivanje studija i prakse pružajući studentima raznoliko praktično iskustvo. Nastava se sastoji od nekoliko zasebnih dijelova, a osim nastavnika u njenom izvođenju sudjeluju odvjetnici, suci, po potrebi državni odvjetnici odnosno javni bilježnici. Studenti zajednički prolaze jedan ili više zamišljenih slučajeva prolazeći, uz stručno vodstvo, sve faze redovitog postupka koji bi se vodio u dotičnom slučaju. Osim toga, manje grupe od 3 - 4 studenata imaju zadatak samostalno riješiti posebno dodijeljeni slučaj, sastaviti spis i prezentirati ga plenumu. Istovremeno, svaki je student dodijeljen jednom od odvjetnika (državnih odvjetnika, javnih bilježnika) koji su prihvatili takvu suradnju te je dužan provesti u dotičnom uredu određeni broj sati obavljajući zadatke koje mu povjeri principal.

Konkretnog pružanja pravne pomoći građanima nije bilo, napose zbog nepostojećih zakonskih odredbi koje bi definirale takvu djelatnost. Sudjelovanje studenata četvrte godine u radu RI-Centra organizirano je izvan nastave i isključivo na temelju osobnog interesa i članstva u udruzi. Međutim, tijekom akademske godine 2002./2003. dio studenata Klinike preuzeo je ponuđene slučajeve vezane uz pravo neprofitnih organizacija te u vrlo malom opsegu ipak sudjelovao u radu pravnog savjetovaništa RI-Centra. Sedam godina rada Klinike pokazalo je da među studentima postoji velik interes za ovakvim vidom nastave. Ocjena studentskih radova pokazala je visok stupanj kvalitete. Osim zakonskih odredbi, konkretne prepreke pružanju pravne pomoći građanima u okviru pravne klinike svode se na organizacijske i financijske okolnosti. Obje skupine okolnosti su relativno lako rješive s obzirom na interes, kako Fakulteta, tako i stranih

donatora, a mogući su i drugi izvori financiranja (zaklade, lokalna zajednica). Nema razloga sumnjati da će ovu djelatnost i nadalje pomagati Komora te državna pravosudna tijela. U svakom je slučaju za daljnji razvoj potencijala pravnih klinika u pružanju pravne pomoći presudna izmjena zakonskih propisa.

## **6. Mogućnosti povećanja doprinosa NPO pružanju pravne pomoći u RH**

Doprinos NPO pružanju pravne pomoći u RH ovisi o dva ranije istaknuta elementa: ovlaštenju za pružanje pravne pomoći i cijeni pružene pravne pomoći. Naravno, oba elementa ovise o općoj društvenoj svijesti koja logično prethodi svakoj promjeni. Izdvajamo nekoliko prijedloga kojima bi se, po našem mišljenju, na adekvatan način povećao udio doprinosa NPO u pružanju pravne pomoći u RH, a zatim ih ukratko obrazložimo.

- Izmjena i pojašnjenje zakonskih odredbi vezanih za ovlast pružanja pravne pomoći,
- Izmjena čl. 89.a ZPP-a omogućavanjem da punomoćnik stranke, osim navedenih osoba, bude i predstavnik NPO koja se bavi promicanjem prava koja su predmet spora,
- Reguliranje djelovanja pravnih klinika,
- Zakonsko određivanje skupine subjekata koji imaju pravo na besplatnu ili "jeftiniju" pravnu pomoć,
- Uvrštavanje zaštite temeljnih ljudskih prava (poput slučajeva diskriminacije ili slučajeva proizašlih iz nasilja u obitelji) među razloge odobravanja popusta, uz povećanje postotka mogućeg umanjenja cijene odvjetničkih usluga,
- Preciziranje i usklađivanje odredbi odvjetničke Tarife i Kodeksa odvjetničke komore o mogućnosti odobravanja popusta na odvjetničke usluge,
- Osnivanje pravnih savjetovališta za povrede temeljnih ljudskih prava, diskriminacije na temelju osobnih svojstava, slučajeve nasilja u obitelji, i sl. uz suradnju Odvjetničke komore i NPO.

Smatramo da je, unatoč dosadašnjem restriktivnom i za osobe koje nisu odvjetnici povoljnom tumačenju propisa o pružanju pravne pomoći za nagradu (ZO), te napose o nadripisarstvu (KZ), potrebno izmijeniti zakonske odredbe i razjasniti dvojbe koje smo ranije istaknuli. Uzor se može naći u spomenutoj odredbi čl. 174. st. 3. ZPP-a, o imenovanju besplatnog punomoćnika u osobi «s pravnom spremom» odnosno u odredbi čl. 244. st. 1. KZ-a o nadriliječništvu koja, opisujući biće tog kaznenog djela, navodi nepostojanje «propisane stručne spreme». Time se izbjegava nejasni sadržaj pojma «neovlašteno pružanje pravne pomoći» iz čl. 310. KZ-a o nadripisarstvu, koji pojam, pokazali smo, nije u dostatnoj mjeri preciziran ni čl. 5. ZO-a. Osim toga, čl. 244. st. 2. KZ-a, razlikuje besplatno nadriliječništvo od nadriliječništva «za nagradu ili zbog zarade» tretirajući potonje kao kvalificirano kazneno djelo. Smatramo da slično razlikovanje sankcija valja uvesti i za nadripisarstvo.

Prilikom izmjene zakonskih odredbi treba imati na umu raširenu, opće poznatu i prešutno prihvaćenu praksu velikog broja NPO u RH čiji zaposlenici, doduše besplatno, ali kontinuirano, pružaju različite oblike pravne pomoći. Pri tome bi valjalo utvrditi razlikovanje opsega pružene pravne pomoći. Dok zastupanje pred sudovima, posebno na županijskoj i višoj razini, treba prepustiti isključivo odvjetnicima, sastavljanje pojedinih isprava i podnesaka na nižim razinama, a posebice različite uvodno navedene difuzne oblike pravnih usluga izrijeckom dopustiti i ostalim subjektima (pravnim klinikama, NPO).

Nadalje, valja razmisliti o uključivanju predstavnika NPO koje se bave promicanjem specifičnih ljudskih prava u pravu osoba ovlaštenih punomoćnika u postupcima na koje se primjenjuje ZPP. Pri tome imamo na umu u RH respektabilne NPO, poput HPC-a, HHO-a ili B.a.B.a., koje raspolazu s posebno stručnim kadrovima. Izbor pojedinih NPO koje bi imale takve ovlasti moguće je urediti po uzoru na spomenute odredbe Zakona o azilu koje nalažu prethodnu suglasnost MUP-a za pružanje besplatne pravne pomoći tražiteljima azila. Smatramo da bi u ovom slučaju bilo primjerenije odrediti nadležnost Ministarstva pravosuđa koje može utvrditi kvalificiranost pojedine NPO za pružanje pravne pomoći, kao i vršiti naknadni periodični nadzor nad nastavkom ispunjavanja uvjeta osposobljenosti za kvalitetno pravno zastupanje.

U sklopu zakonskih izmjena valjalo bi svakako izdvojiti i zasebno regulirati, kako u ZPP-u tako i u ZO-u, pitanje djelovanja pravnih klinika. U praksi je postojeće propise eventualno moguće tumačiti *in favorem* pravnih klinika u okviru kojih bi studenti pružali pravnu pomoć. No, radi se o suviše važnom pitanju i tu ne smije biti nikakve dvojbe. Opseg pravne pomoći koju bi studenti mogli pružati, po našem bi mišljenju, trebao uključivati i zastupanje stranaka pred sudom, a zakon mora predvidjeti pretpostavke i stručni nadzor nastavnika ili, čak, odvjetnika. Za te slučajeve valja urediti mogućnost pružanja u cijelosti ili djelomično besplatne pravne pomoći.

Proširenje kruga zakonski definiranih subjekata koji imaju pravo na besplatnu ili jeftiniju pravnu pomoć odvjetnika pridonijelo bi većoj razini dostupnosti pravosuđa građanstvu. U svakom bi slučaju zakon, a ne opći akti Komore, morao propisivati uvjete za ostvarivanje prava na besplatnu ili dijelom sponzoriranu pravnu pomoć. Kriteriji moraju osigurati jasnoću, isključiti arbitrarnost te osigurati jednaku kvalitetu naplatne i besplatne pravne pomoći. Valjalo bi također propisati mogućnost da odvjetnici u određenim slučajevima po vlastitom izboru zastupaju stranke *pro bono*. Struka ističe<sup>36</sup> da bi ovakvo rješenje bilo uputno za pokretanje tzv. strateških postupaka, tj. postupaka koji mogu dovesti do promjene određenog zakona ili prakse za koje odvjetnik smatra da predstavljaju povredu ljudskih prava. Svakako valja prekinuti s praksom pružanja besplatne pravne pomoći samo hrvatskim državljanima.

<sup>36</sup> Stav iznijet na okruglom stolu «Besplatno pružanje pravne pomoći organizacija za zaštitu ljudskih prava u RH» održanom u Zagrebu, 16. ožujka 2003. godine, ispred HHO-a, L. Kušan, odvjetnica iz Zagreba.

Komoru bi također trebalo senzibilizirati za specifične potrebe u zaštiti temeljnih ljudskih prava. Zakonski okvir za osnivanje pravnih savjetovaništa po teritorijalnom i funkcionalnom principu mogao bi zadovoljiti posebne potrebe pojedinih regija RH (primjerice, područja posebne državne skrbi, prometno izoliranih krajeva) i, još važnije, pojedine kritične pojave u hrvatskom društvu (rasizam, nasilje u obitelji, ženska prava i prava seksualnih manjina, itd.). Takva bi savjetovaništa morala djelovati na temelju institucionalne suradnje između odvjetničkih zborova ili pojedinih odvjetničkih ureda i zainteresiranih NPO. Eventualno dobivena suglasnost Ministarstva pravosuđa za zastupanje u postupcima na koje se primjenjuje ZPP za dotičnu bi NPO predstavljala dodatnu preporuku, ali takva se suglasnost nikako ne bi smjela tražiti kao uvjet suradnje s odvjetničkim zborom ili uredom. Pomoć koju NPO mogu pružiti odvjetnicima u mnogim je slučajevima od velike važnosti za uspješno pružanje pravne pomoći. Za pravna je savjetovaništa moguće osigurati posebno financiranje putem dotacija iz državnog proračuna, proračuna jedinica lokalne i područne samouprave, posebnih namjenskih fondova ili zaklada. Tome bi svakako doprinijelo i ranije spomenuto proširenje kruga subjekata koji imaju pravo na popust na odvjetničke usluge, kao i općim aktima Komore predviđeno veće maksimalno dopušteno umanjenje odvjetničke nagrade.

Ostvarenje prava na pristup sudu primarno je obveza države. Ipak, odredba čl. 174. ZPP-a, koja za stranku oslobođenu plaćanja troškova predviđa i mogućnost postavljanja punomoćnika, ne primjenjuje se u praksi jer zahtijeva izravno financiranje iz državnog proračuna. Država bi, sukladno spomenutim međunarodnim standardima, morala predvidjeti i državne službe za besplatnu pravnu pomoć. Takve bi službe morale biti ustrojene neovisno o prihvaćanju i uvođenju gore predloženih promjena, a njihova bi se misija trebala međusobno nadopunjavati.

### **Zaključak**

Analizom postojećeg zakonskog okvira pružanja pravne pomoći u RH utvrdili smo da postoji čitav niz nejasnoća i "sivih područja" koja omogućavaju različito tumačenje zakonskih odredbi. Pokazali smo također da je država u praksi svoju obvezu ostvarenja značajnog aspekta prava pristupa sudovima - sponzorirano pružanje pravne pomoći - prebacila na Hrvatsku odvjetničku komoru, dakle, profesionalnu udrugu javnog prava. Neprofitne se organizacije u RH, međutim, u praksi vrlo dobro snalaze i redovito pružaju razne oblike pravne pomoći svojim članovima ili trećim osobama. Ta pomoć, naravno, nema lukrativni značaj; korisnici dobivaju usluge besplatno. NPO ovu djelatnost najčešće financiraju iz stranih ili domaćih donacija, uključujući donirani rad pojedinih odvjetnika, te neznatno uz pomoć dotacija. Odnos profitne i neprofitne djelatnosti, Komore i NPO, ne bi smio biti konkurentnog već partnerskog karaktera. Ostvarenje prava na pristup sudu, ali i rasterećenje odvjetništva ostvarivi su uz veće oslanjanje na NPO u kojima rade vrsni pravnici, neki s položenim pravosudnim ispitom, neki s iskustvom iz pravosuđa. NPO, osim toga, imaju veći utjecaj u zajednici, mogućnost pristupa medijima i javnosti te osiguravaju suradnju s međunarodnim

organizacijama. Zastupanje stranka pred sudom, sukladno ZPP-u, s manjim je iznimkama ekskluzivno odvjetničko pravo. Međutim, NPO u RH imaju značajnih potencijala u odnosu na pružanje pravne pomoći, pri čemu ističemo pravne klinike pri pravnim fakultetima te pravna savjetovaništa. Njihovo je aktiviranje moguće tek uz izmjene pozitivnog zakonodavstva ili, eventualno, na temelju jasnog i jednoznačnog stajališta sudske prakse i Komore. Zastupamo tezu da u ovoj materiji valja izbjeći pravnu nesigurnost i ukazati zakonodavcu na potrebu i pravac izmjene i dopune zakonskih odredbi. Ministarstvo pravosuđa najavilo je izradu nacрта jedinstvenog Zakona o pružanju pravne pomoći kojim bi se na cjelovit način trebalo regulirati ovu materiju. Nadati se je da će u tu svrhu biti pokrenuta široka javna rasprava koja bi doprinijela kvalitetnom rješenju i uključivanju/aktiviranju istaknutih, a do sada zanemarenih resursa.

#### Summary

### **LEGAL AID AND NON-PROFIT ORGANIZATIONS IN CROATIA**

#### **- with a Special View to Experiences of the Ri-Center and Legal Clinics of the Law Faculty in Rijeka -**

This article's purpose is to explore possibilities of providing (free) legal aid in the context of non-profit organizations. The first part of the article briefly defines notion of "non-profit organizations" since they are a crucial element in further elaboration of the topic. The second part presents existing legal framework for providing legal aid. Issue of entitlement for providing legal aid is discussed and the newest revision of the Civil Procedure Code on legal representation is presented. The relevant provisions drastically reduce a number of potential representatives. Furthermore, the possibility of receiving free or "cheaper" legal services from attorneys is discussed. The third part examines legal problems of non-profit organizations. The next two parts discuss experiences of providing legal aid by non-profit organizations themselves, i.e., by Ri-Centar and by Law Faculty in Rijeka in the framework of an elective, fourth year course, Legal Clinics in Civil Law. The final part presents a number of proposals whose common aim is to facilitate and increase a possible contribution of non-profit organizations in satisfying undoubtedly enormous need for specific but also free (or, at least, "cheaper") legal aid in the Republic of Croatia.

*Key words:* legal aid, non-profit organizations, non-governmental organizations, free legal aid, Ri-Center, Legal Clinics in Civil Law.

Zusammenfassung

**RECHTSHILFE UND NONPROFIT ORGANISATIONEN IN  
DER REPUBLIK KROATIEN**  
**- Erfahrungen des RI-CENTARS und der Klinik der  
Rechtswissenschaftlichen Fakultät Rijeka -**

Absicht dieser Arbeit ist es zu untersuchen, welche Möglichkeiten für Nonprofit Organisationen bestehen (kostenlose) Rechtshilfe zu leisten. Im ersten Teil der Arbeit wird kurz der Begriff Nonprofit Organisationen definiert, da er als Disposition bei der weiteren Betrachtung des Themas benutzt wird. Im zweiten Teil wird der bestehende gesetzliche Rahmen zur Leistung von Rechtshilfe aufgezeigt. Es wird die Frage der Befugnis zur rechtlichen Hilfeleistung diskutiert und auf die neuesten Änderungen der Bestimmungen des Gesetzes zum Gerichtsverfahren über den Bevollmächtigten hingewiesen, das den Kreis der möglichen Befugten für diese Form der rechtlichen Hilfeleistung drastisch begrenzt. Hier wird auch die Möglichkeit kostenlose oder «billigere» Rechtshilfe seitens eines Advokaten zu erhalten, betrachtet. Der dritte Teil beschäftigt sich mit den Rechtsproblemen einiger Nonprofit Organisationen. Die folgenden zwei Teile beziehen sich auf die bisherigen Erfahrungen über rechtliche Hilfeleistung seitens der Organisationen selbst und zwar des RI-Centars und zweitens der rechtswissenschaftlichen Fakultät im Rahmen der Klinik für Zivilrecht, einem Wahlfach des vierten Studienjahrs. Im letzten Teil werden Vorschläge angeführt, die das gemeinsame Ziel haben, den möglichen Anteil der Nonprofit Organisationen an der rechtlichen Hilfeleistung zu erleichtern und zu vergrößern, da an dieser spezifischen und «billigen» Hilfe in der Republik Kroatien zweifelsohne großer Bedarf besteht.

*Schlüsselwörter:* *Rechtshilfe, Nonprofit Organisationen, nongovernment Organisationen, kostenlose Rechtshilfe, RI-Centar, Klinik für Zivilrecht.*

Sommario

**ASSISTENZA LEGALE E ORGANIZZAZIONI NON LUCRATIVE  
NELLA REPUBBLICA DI CROAZIA**  
**– con uno sguardo particolare alle esperienze del Centro-RI e delle  
Cliniche della Facoltà di giurisprudenza in Rijeka –**

Lo scopo di questo lavoro è esplorare le possibilità di fornire (gratuita) assistenza legale nel contesto delle organizzazioni non lucrative. La prima parte del lavoro definisce sinteticamente la nozione di organizzazioni non lucrative poiché sono un elemento cruciale nella successiva elaborazione dell'argomento. La seconda parte presenta il quadro giuridico esistente per fornire assistenza legale. È discussa la questione dell'esercizio del diritto a fornire assistenza legale

ed è presentata la nuova revisione della Legge sul processo civile per la rappresentanza legale. La terza parte esamina i problemi giuridici delle organizzazioni non lucrative. Le successive due parti trattano le esperienze del fornire assistenza legale delle stesse organizzazioni non lucrative, cioè dal Centro-RI e dalla Facoltà di giurisprudenza in Rijeka nel contesto di un corso elettivo del quarto anno degli studi, Clinica di diritto civile. L'ultima parte presenta una serie di proposte il cui obiettivo comune è di agevolare e accrescere il possibile contributo delle organizzazioni non lucrative nella soddisfazione dell'indubbiamente enorme bisogno di specifica, ma anche gratuita (o relativamente "economica") assistenza legale nella Repubblica di Croazia.

***Parole chiave:*** *assistenza legale, organizzazioni non lucrative, organizzazioni non governative, assistenza legale gratuita, Centro-RI, Clinica di diritto civile.*



## ODGOVORNOST POSLOPRIMCA ZA ŠTETU UZROKOVANU POSLODAVCU NA RADU I U VEZI S RADOM PREMA NJEMAČKOM PRAVU

Mr. sc. Sandra Laleta, stručna suradnica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 349.23(430)  
Ur.: 7. lipnja 2004.  
Pr.: 2. rujna 2004.  
Pregledni znanstveni članak

*U radu se analizira stajalište njemačke teorije i sudske prakse o problemu ograničenja odgovornosti posloprimca za štetu koju na radu ili u svezi s radom uzrokuje poslodavcu. Razmatraju se nedostaci primjene općeg, građanskog prava te razlozi i način ograničenja te odgovornosti u radnom pravu, posebice u svjetlu reforme njemačkog obveznog prava 2002. godine. Posebno se obrađuje stupnjevanje krivnje kao osnova za ograničenje odgovornosti te teorijska objašnjenja tih ograničenja.*

**Ključne riječi:** *odgovornost za štetu, posloprimac, poslodavac, reforma obveznog prava, Njemačka.*

### 1. Uvod

U njemačkom pravu sve do reforme obveznog prava 2002. godine<sup>1</sup> nije postojala posebna zakonska regulativa odgovornosti za štetu posloprimca. Reformom Građanskog zakonika (Bundesgesetzbuch, dalje: BGB)<sup>2</sup> od 1.1. 2002.<sup>3</sup> u zakonik su unesene dvije odredbe relevantne za pitanje radnopravne odgovornosti za štetu: §§ 280. i 619.a. Odredba § 280. predstavlja generalnu

<sup>1</sup> Više o modernizaciji njemačkog obveznog prava: Pürner, Stefan, *Reforma njemačkog Građanskog zakonika s posebnim osvrtom na europske aspekte te reforme*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24 br. 1, 2003., str. 549-570.

<sup>2</sup> Bürgerliches Gesetzbuch, vom 18.8.1896 (RGBl. S. 195), v. 2.1.2002., BGBI. I 42; <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/BJNR001950896BNJG002402377.html>, 13.7.2004.

<sup>3</sup> Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001. (BGBI. I S. 3138).

odredbu o povredi ugovorne obveze. Odredba § 619.a uređuje pitanje tereta dokazivanja odgovornosti posloprimca tako da teret dokaza krivnje prebacuje na poslodavca. Takvo rješenje predstavlja iznimku od odredbe § 280. st. 1. koja sadrži oborivu presumpciju krivnje štetnika.

Valja napomenuti da, bez obzira na navedena nova rješenja koja bitno utječu na položaj posloprimca kao štetnika, značajnu ulogu u uređenju ovog područja odgovornosti za štetu i dalje imaju opća pravila građanskog prava kao i razvijena sudska praksa.

Kad je riječ o općim pravilima njemačkoga građanskoga prava, iz njihove primjene na odgovornost posloprimca proizlazilo bi da bi posloprimac koji pri obavljanju (činidbe) rada (*bei Arbeitsleistung*) ili pri obavljanju djelatnosti u vezi s radom u pogonu (*während einer betrieblich veranlaßten Tätigkeit*) prouzroči štetu poslodavcu, ili trećoj osobi morao odgovarati neograničeno za cjelokupnu štetu koju joj je prouzročio deliktom, pa čak i kada je postupao s lakom nepažnjom.<sup>4</sup>

Pod općim pravilima podrazumijevaju se odredbe BGB-a koje uređuju odgovornost za štetu.<sup>5</sup> § 823. BGB-a *Obveza naknade štete* propisuje: <sup>1</sup> "Tko namjerno ili nepažnjom protupravno povrijedi život, tijelo, zdravlje, slobodu, vlasništvo ili slično pravo drugoga, obvezan je drugome naknaditi otuda nastale štete. <sup>2</sup> Istu obvezu ima onaj tko povrijedi zakon kojim se štiti druga osoba (nečija prava, op. a.). Ako je prema sadržaju zakona moguća povreda zakona bez obzira na krivnju, obveza naknade štete postoji samo u slučaju postojanja krivnje."

Ovakvo uređenje odgovornosti značilo bi da i najmanja nepažnja posloprimca može dovesti do štete za koju on odgovara i time ugroziti njegovu ekonomsku egzistenciju. Rizik štete povećava se sa složenošću i tehnizacijom radne okoline. Iako radni proces postaje sve sigurniji, neprekidno raste broj i vrijednost stvari i sredstava rada tako da se nerijetko pri obvezi naknade štete dovode u pitanje prihodi posloprimca stečeni za trajanja čitavog njegovog radnoga vijeka.

Ipak, kada je riječ o odgovornosti posloprimca za štetu koju je prouzročio svom poslodavcu, na odgovornost za štetu primjenjuju se u njemačkom pravu načela o tzv. poravnanju štete unutar pogona (*innerbetrieblicher Schadensausgleich*). To su pravila koja su se oblikovala u sudskoj praksi Saveznoga radnog suda (*Bundesarbeitsgericht*, u daljnjem tekstu: BAG), a kojima se odstupa od općih načela odgovornosti za štetu BGB-a. Cilj im je smanjiti rizik odgovornosti posloprimca kao štetnika prema poslodavcu kao oštećeniku za štetu koju mu je prouzročio radom u pogonu. Zajedničko je obilježje ovih pravila

<sup>4</sup> Löwisch, Manfred, *Arbeitsrecht* (Ein Studienbuch), 5., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Düsseldorf, Werner Verlag, 2000., str. 316.

<sup>5</sup> §§ 280., 823. i d., 276., 249. i d. BGB-a. V. Blomeyer, Wolfgang, *Vierter Titel: Haftung des Arbeitnehmers - § 59-§61*, u: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht* (Hrsg. von Reinhard Richardi, Otfried Wlotzke), Band 1, Individualarbeitsrecht I, C.H. Beck, München, 2000., Rn. 2-11, str. 1149-1153.

ograničenje, odnosno ublažavanje odgovornosti posloprimca prema poslodavcu za naknadu štete na stvarima i imovini, ovisno o utvrđenom stupnju krivnje, ili nepostojanje prava poslodavca na zahtjev za naknadu štete kada je šteta prouzročena najlakšom nepažnjom. Legitimnost primjene ovih pravila, upravo zbog odstupanja od općih pravila BGB-a, nastoji se opravdati različitim teorijama.

Valja napomenuti da se, za razliku od toga, posloprimac koji je štetnom radnjom prouzročio štetu trećoj osobi, nalazi u težem položaju. Naime, on se, prema mišljenju većine njemačkih pravnih teoretičara, ne može pozvati na načela o poravnanju štete unutar pogona.<sup>6</sup> U ovom se slučaju posloprimcu jamči samo sudskom praksom priznato pravo na zahtjev prema poslodavcu da mu ovaj naknadi iznos koji je posloprimac isplatio trećoj osobi, ili da ga oslobodi te odgovornosti namirujući štetu umjesto njega (tzv. *Freistellungsanspruch*, odn. *Erstattungsanspruch*).<sup>7</sup> U takvom zahtjevu za oslobođenjem od odgovornosti jedni vide način kojim se posredno ostvaruju načela o ograničenju odgovornosti posloprimca, u okviru njegova (unutarnjeg) odnosa poravnanja štete s poslodavcem,<sup>8</sup> dok se prema drugima ovime osigurava zaštita posloprimca.<sup>9</sup> Zahtjev za oslobođenjem od naknade štete neće moći ispuniti svoju funkciju rasterećenja posloprimca u slučaju kada je poslodavac platežno nesposoban pa su zato u literaturi brojni prijedlozi da se *de lege ferenda* ukloni "nepravedna" neograničena odgovornost posloprimca prema trećim osobama, tzv. odgovornost prema vani (*Außenhaftung*).<sup>10</sup>

U radu se najprije daje prikaz osnovnih načela odgovornosti BGB-a<sup>11</sup> te pravila o ograničenju odgovornosti posloprimca prema poslodavcu, tzv. unutarnjem poravnanju štete između posloprimca i poslodavca, utemeljenih na stalnoj sudskoj praksi BAG-a.

<sup>6</sup> Više: Laleta, Sandra, *Odgovornost za štetu koju prouzroči radnik na radu i u vezi s radom trećim osobama (usporedba s njemačkim, austrijskim i europskim pravom)* (magistarski rad), Rijeka, 2003.

<sup>7</sup> Löwisch, M., *Arbeitsrecht*, op. cit., str. 317.; Kreuder, Thomas, Potočnjak, Željko, *Gradanskopravni elementi radnoga prava, Pravo u gospodarstvu*, vol. 33, br. 5-6 (1994.), str. 384.

<sup>8</sup> Löwisch, M., loc. cit.

<sup>9</sup> Sandmann, Bernd, *Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten (Zugleich ein Beitrag zu den Grundprinzipien der Haftung und Haftungsprivilegierung)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001., str. 156.

<sup>10</sup> Annuß, Georg, *Die Haftung des Arbeitnehmers (unter besonderer Berücksichtigung der Haftung des angestellten Arztes)*, Dissertation, 1997., str. 60-64. (dalje: *Die Haftung des Arbeitnehmers*); Baumann, Horst, *Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Dritten*, *BB*, Heft 26 (1990.), str. 1833. i d.; Denck, Johannes, *Leasing und Arbeitnehmerhaftung*, *JZ*, 45. Jhrg., H. 4 (1990.), str. 176, 180; Gamillscheg, Franz, Hanau, Peter, *Die Haftung des Arbeitnehmers*, 2. Auflage (von Peter Hanau), Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft e.V., 1974., str. 96. i d.; Krause, Rüdiger, *Die Beschränkung der Außenhaftung des Arbeitnehmers*, *VersR*, Heft 19 (1995.), str. 758.; Otto, Hansjörg, Schwarze, Roland, *Die Haftung des Arbeitnehmers*, 3., völlig neubearbeitete Auflage, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 1998., str. 5.

<sup>11</sup> Nužnost uzimanja u obzir sustava i načela odgovornosti za štetu BGB-a obrazlaže se, s jedne strane, time što svako novo, posebno radnopravno rješenje kojim se odstupa od općih

## **2. Pretpostavke odgovornosti posloprimca za štetu prouzročenu poslodavcu**

Pretpostavke odgovornosti posloprimca za štetu koju je prouzročio poslodavcu jesu: subjekti odnosa odgovornosti za štetu, štetna radnja, šteta, uzročna veza i krivnja posloprimca.

### **2.1. Subjekti odnosa odgovornosti za štetu**

#### **2.1.1. Posloprimac kao štetnik**

Da bi bio štetnik, posloprimac prema njemačkom pravu mora imati svojstvo ubrojivosti i poslovne sposobnosti te svojstvo radnika.

*Ubrojivost (deliktna sposobnost) i poslovna sposobnost.* U njemačkom pravu nemaju svojstvo ubrojivosti maloljetnici do navršene sedme godine života (§ 828. st. 1., BGB). Neubrojivima se smatraju osobe koje su se u trenutku uzrokovanja štete nalazile "u stanju bez svijesti ili u stanju mentalne poremećenosti koje isključuje slobodno odlučivanje" (§ 827. st. 1.). Onaj tko se u ovakvo stanje doveo svjesnim uzimanjem alkohola ili sličnih sredstava odgovarat će za štetu koju je prouzročio na isti način kao da je postupao s nepažnjom. Smatra se da djeluje "na vlastiti rizik" ("*auf eigene Gefahr*"). Odgovornosti nema ako je u ovo stanje doveden bez svoje krivnje (§ 827. st. 2.). Maloljetnici stariji od 7 i mlađi od 14 godina ne odgovaraju za štetu koju su uzrokovali drugome ako prilikom počinjenja štetne radnje nisu imali sposobnost za rasuđivanje koja se zahtijeva za odgovornost. Isto vrijedi za gluhoonijeme osobe (§ 828. st. 2.). Odgovornost se utvrđuje pojedinačno. Pod "sposobnošću za rasuđivanje" (*Einsicht*) razumije se intelektualna sposobnost maloljetnika da prepozna opasnosti svoga djelovanja i bude svjestan svoje odgovornosti za moguće posljedice.<sup>12</sup>

Poslovna sposobnost uređena je u njemačkom pravu §§ 104.-113. BGB-a. Odredbom § 104. utvrđene su pretpostavke poslovne nesposobnosti. Tako se poslovno nesposobnom smatra: 1) osoba koja je mlađa od sedam godina te 2) osoba koja se nalazi u stanju trajne duševne poremećenosti koje isključuje postupanje slobodnom voljom. Prema § 105. ništava je izjava volje poslovno nesposobne osobe, kao i izjava volje koja je dana u stanju bez svijesti ili privremene duševne poremećenosti.

Maloljetnici stariji od sedam godina ograničeno su poslovno sposobni (§ 106.). Ograničena poslovna sposobnost uređena je §§ 107.-113. BGB-a. Za

---

građanskopravnih načela traži određenu legitimaciju upravo u tim istim načelima, dok, s druge strane, postojanje posebnih normi o odgovornosti posloprimca ne otklanja potrebu da se posegne za općim stajalištima o odgovornosti. Otto, H., Schwarze, R., op. cit., str. 1.

<sup>12</sup> Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München, Beck, 1987.

valjanost izjave volje kojom maloljetnik ne stječe samo pravnu korist, potreban je pristanak zakonskog zastupnika (§ 107.). Zaključi li maloljetnik ugovor bez potrebnog pristanka zakonskog zastupnika, valjanost takvog ugovora ovisit će o odobrenju zakonskog zastupnika (§ 108.).

Odredba § 113. uređuje neograničenu (potpunu) poslovnu sposobnost maloljetnika u slučaju ugovora o službi, odnosno ugovora o radu. Prema st. 1., ovlasti li zakonski zastupnik maloljetnika na zasnivanje radnog ili službeničkog odnosa, maloljetnik stječe neograničenu poslovnu sposobnost za one pravne poslove koji se odnose na sklapanje ili raskid takvog službeničkog ili radnog odnosa određene vrste, ili na ispunjavanje obveza koje iz tih odnosa nastaju. Iznimku predstavljaju pravni poslovi za koje je zastupniku potrebno odobrenje skrbničkog suda (st. 1.). Ovakvu punomoć zakonski zastupnik može povući ili ograničiti (st. 2.). U slučaju kada je zakonski zastupnik skrbnik, ovlaštenje koje bi ovaj uskratio maloljetniku može zamijeniti skrbnički sud, na zahtjev maloljetnika. Skrbnički je sud dužan izdati ovlaštenje kada je to u interesu šticećenika (st. 3.). Ovlaštenje dodijeljeno za pojedinačni slučaj smatra se u sumnji općim ovlaštenjem za sklapanje poslova iste vrste (st. 4.).

*Svojstvo radnika.* U njemačkom pravu pojam radnika nije zakonski određen. Tko se smatra radnikom, određuje se prema obilježjima ugovora o radu te radnog odnosa uopće, kao i razgraničenjem kategorije radnika i drugih kategorija zaposlenih.

Ugovor o radu ulazi u kategoriju ugovora o službi (*Dienstvertrag*), uređenu odredbom § 611. BGB-a. Posloprimac se ovim ugovorom obvezuje izvršiti činidbu obećanog rada, a poslodavac na isplatu obećane naknade. No pojam ugovora o radu ne poklapa se u potpunosti s pojmom ugovora o službi.<sup>13</sup>

Karakteristika ugovora o radu je nepostojanje samostalnosti posloprimca, odnosno osobna zavisnost kod obavljanja činidbe rada. Nju nije uvijek lako odrediti.<sup>14</sup> Prema § 84. st. 1. al. 2. Trgovačkog zakonika (*Handelsgesetzbuch*, HGB)<sup>15</sup> samostalno radi (*Selbstständiger*) "onaj tko svoj rad uglavnom slobodno uređuje i može odrediti svoje radno vrijeme". Bitan je sadržaj (pravnog) posla, a ne željena pravna posljedica ili oznaka ugovora, koja ne mora odgovarati sadržaju posla. Prema § 7. st. 4. revidiranog Socijalnog zakona IV (*Sozialgesetzbuch*, u daljnjem tekstu: SGB)<sup>16</sup> pretpostavlja se da osoba obavlja

<sup>13</sup> Liječnici i odvjetnici koji imaju svoju praksu čine to kao obavljanje službe, ali se samo zbog toga ne smatraju posloprimcima.

<sup>14</sup> Graničnim slučajevima smatraju se primjerice dostavljači novina, prijevoznici. Löwisch, M., *Arbeitsrecht*, op. cit., str. 2.

<sup>15</sup> *Handelsgesetzbuch* vom 10. Mai 1897 (RGBl. S. 219) zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Dezember 2000 (BGBl. i S. 1983). *Arbeitsgesetze* (Textausgabe mit ausführlichem Sachverzeichnis und einer Einführung von Prof. Dr. R. Richardi) 59., nebearbeitete Auflage, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2001, str. 30. i d.

<sup>16</sup> *Sozialgesetzbuch, Viertes Buch (IV) (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung)* vom 23.12.1976 (BGBl. i S. 3845) zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Dezember 2000 (BGBl. i S. 1983). *Arbeitsgesetze*, op. cit., str. 224. i d.

zavisan rad, kao uvjet za ostvarivanje prava iz zakona, ako su ispunjena barem tri od sljedećih pet obilježja: osoba redovito ne zapošljava posloprimca čija plaća prelazi 325 eura mjesečno; vezanost uglavnom uz jednog nalogodavca; vezanost uputama nalogodavca; rad kod kojeg nema tipičnih obilježja poduzetničke djelatnosti; rad prema svojim vanjskim obilježjima odgovara onom radu koji je osoba obavljala ranije kod istog nalogodavca na temelju odnosa zaposlenja (*Beschäftigungsverhältnis*). Osobna nezavisnost ne smije se izjednačiti s ekonomskom ovisnošću onoga tko obavlja rad.<sup>17</sup>

U kategoriju posloprimaca ulaze osobe koje rade kod kuće (*Heimarbeiter*) te radnici s kućnim obrtom (*Hausgewerbetreibenden*) koji zapošljavaju manje od dva radnika koji nisu osobe iz kruga obitelji. Posebne zaštitne odredbe za ovu kategoriju radnika sadrži Zakon o radu kod kuće (*Heimarbeitsgesetz*).<sup>18</sup>

Osnovni kriterij za razlikovanje posloprimca i službenika (*Beamter*) jest karakter ugovora na temelju kojih obavljaju rad. Za razliku od radnika koji radi na osnovi ugovora o radu privatnog prava, službenik obavlja rad na temelju javnopravnog službeničkog odnosa koji je uređen posebnim pravilima.

Posloprimca valja razlikovati od namještenika (*Angestellten*). Temelji razlikovanja jesu odredbe o savjetima pogona,<sup>19</sup> o predstavnicima osoblja<sup>20</sup> i o pravu suodlučivanja.<sup>21</sup> Razlikovanje postoji i u okviru socijalnog osiguranja s obzirom na organizaciju nositelja osiguranja. Zakonsko razgraničenje sadrži § 133. st. 2. SGB-a VI.<sup>22</sup> Namještenikom se smatraju posebice: namještenici na rukovodećim mjestima; tehnički namještenici u poduzećima, biroima i upravi, rukovodioci i drugi namještenici na sličnim ili višim položajima; namještenici u uredima, osim ukoliko nisu zaposleni isključivo na poslovima čišćenja, pospremanja ili sličnim poslovima, trgovački pomoćnici i drugi namještenici u trgovačkoj službi, čak i kada predmet poduzeća nije trgovački obrt, pomoćnici i praktikanti u apotekama; članovi kazališta, radnici i muzičari bez obzira na umjetničku vrijednost njihova rada; namještenici u zanimanjima odgoja i

<sup>17</sup> Löwisch, M., *Arbeitsrecht*, op. cit., str. 3.

<sup>18</sup> *Heimarbeitsgesetz* vom 14. März 1951 (BGBl. i S. 191) zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Dezember 2000 (BGBl. i S. 1983). *Arbeitsgesetze*, op. cit., str. 463. i d.

<sup>19</sup> Sadržane u Zakonu o radničkim vijećima. *Betriebsverfassungsgesetz* in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Dezember 1988 (BGBl. 1989 i S. 1, ber. S. 902) zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Dezember 2000 (BGBl. i S. 1983). *Arbeitsgesetze*, op. cit., str. 519. i d.

<sup>20</sup> Pandan radničkom vijeću za zaposlenike u javnim službama, reguliran Saveznim zakonom o predstavnicima osoblja, *Bundespersönalvertretungsgesetz*, vom 15. März 1974, BGBl I 1974, 693, Änderung durch Art. 9 G v. 9.7.2001 I 1510, <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bpersvg/zitierhinweise.html>, 27.10.2003.

<sup>21</sup> Zakon o suodlučivanju posloprimaca. Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz - MitbestG) vom 4. Mai 1976 (BGBl. i S. 1153) zuletzt geändert durch Gesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210). *Arbeitsgesetze*, op. cit., str. 617. i d.

<sup>22</sup> Sozialgesetzbuch, Sechstes Buch (VI.) (Gesetzliche Rentenversicherung) vom 18. Dezember 1989 (BGBl. i S. 2261, ber. 1990 S. 1337) zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Dezember 2000 (BGBl. i S. 1983). *Arbeitsgesetze*, op. cit., str. 252. i d.

obrazovanja, informiranja, skrbi, njege bolesnika i organizacijama socijalne skrbi; pomorci, časnici službe palube i službe stroja, brodski liječnici, časnici za vezu, blagajnik, upravitelj i pomoćnici upravitelja kao i članovi posade broda na sličnim ili višim položajima na brodovima unutrašnje plovidbe i njemačkim pomorskim brodovima; posada civilnih zrakoplova.

### 2.1.2. *Poslodavac*

Pojam poslodavca (*Arbeitgeber*) određuje se u ovisnosti o pojmu posloprimca. Tako se može reći da je riječ o fizičkoj osobi, društvu osoba ili pravnoj osobi koja zapošljava posloprimca.

Pojam poslodavca valja razlikovati od pojma poduzetnika (*Unternehmer*). Poduzetnik može biti i netko tko nema posloprimaca, primjerice trgovački zastupnik, kao što poslodavac može biti netko tko istovremeno nije poduzetnik, primjerice posloprimac, ili rentijer koji zapošljava nekoga za ispomoć u održavanju kućanstva. Pojam poduzetnika govori o samostalnom sudjelovanju osobe u gospodarskim odnosima. Pojam poslodavca je, nasuprot tome, kao što je već rečeno, vezan uz pojam posloprimca.<sup>23</sup>

### 2.2. *Šteta*

Njemački BGB ne određuje pojam štete. Definiciju nalazimo u teoriji i sudskoj praksi. Prema Larenzu, šteta je, po svojoj naravi, gubitak koji netko pretrpi na svojim dobrima za život, kao što su njegovo zdravlje, tjelesni integritet, profesionalno napredovanje, očekivani dobici, ili na određenim imovinskim dobrima.<sup>24</sup> Stvaranje normativnog pojma štete, dakle onog kojeg određuje pravni poredak, koji bi u sebi na razumljiv način sadržavao pravne ocjene, a čijoj se ukupnosti ne bi moglo prigovoriti, u njemačkom pravu nije u dovoljnoj mjeri uspjelo.<sup>25</sup>

U njemačkoj pravnoj teoriji štete se dijele prema nekoliko kriterija na: imovinske i neimovinske štete (*Vermögens- und Nichtvermögensschaden*); stvarne i buduće štete, štete s kojima treba računati (*konkreter, realer und rechnerischer Schaden*); neposredne (objektivne) i daljnje štete (*unmittelbarer (Objekt-) und Vermögensfolgeschaden*); štete zbog neispunjenja i štete povjerenja (*Nichterfüllungsschaden und Vertrauensschaden*).

<sup>23</sup> Löwisch, M., *Arbeitsrecht*, op. cit., str. 3-5.

<sup>24</sup> Larenz, K., op. cit., str. 426.

<sup>25</sup> Larenz ustvrđuje kako u nedostatku definicije valja poći od različitih vrsta šteta, relevantnih za pravni poredak i od kriterija prema kojima se određuje opseg takvih šteta. Za pravni poredak nije važna šteta kao takva, već upravo šteta za koju štetnik prema pravnim načelima može biti odgovoran drugome, dakle, "pravno nadoknativa šteta" ("*rechtlich ersatzfähigen Schaden*"). Misli se na štetu koju osoba obvezna na naknadu štete, ako su

Prema BGB-u od važnosti je podjela na materijalne (imovinske) i nematerijalne (neimovinske) štete. Kod nematerijalnih šteta dopušten je jedino zahtjev za popravljajem štete (u naturi), prema § 249., koji predstavlja opće pravilo o vrsti i opsegu naknade štete.<sup>26</sup> Iznimno, kod nematerijalne štete je prema § 253. BGB-a dopuštena naknada u novcu samo u zakonom određenim slučajevima. Iz ovoga proizlazi da je popravljaje nematerijalne štete pravilo, ali će ono često biti nemoguće.

Materijalna šteta može nastati kao oduzimanje, uništenje ili pogoršanje pojedinih imovinskih dobara ili u obliku opće imovinske štete, tj. umanjenje imovine kao takve ili sprječavanje njezinog očekivanog uvećanja. Za određivanje materijalne štete postoji u njemačkoj literaturi nekoliko stajališta. Najprihvaćenija je tzv. teorija ili hipoteza razlike (*Differenztheorie, Differenzhypothese*), čiji je tvorac Friedrich Mommsen.<sup>27</sup> Nelogičnosti ove teorije pokušala je ispraviti teorija o normativnoj šteti (*Lehre von normativem Schaden*).<sup>28</sup> Kao korektiv poslužila je i ideja o komercijalizaciji (*Kommerzialisierungsgedanke*), koja se javlja u stalnoj sudskoj praksi Saveznog vrhovnog suda (*Bundesgerichtshof*, dalje BGH) još od 1956. godine.<sup>29</sup> Ipak, korekcije hipoteze razlike danas su dopuštene samo iznimno, ukoliko za to postoji normativno i ekonomsko opravdanje.<sup>30</sup>

---

ispunjene zakonom određene pretpostavke obveze naknade štete, u načelu treba naknaditi. Takva šteta nije jednaka onoj koju stvarno valja naknaditi u pojedinačnom slučaju. *ibid.*, op. cit., str. 427.

<sup>26</sup> Ono glasi: "Tko je obvezan naknaditi štetu, mora uspostaviti stanje koje bi postojalo da okolnost koja obvezuje na naknadu nije nastupila. <sup>2</sup>Ako postoji obveza naknade štete zbog povrede osobe ili zbog oštećenja stvari, vjerovnik može umjesto uspostavljanja prijašnjeg stanja zahtijevati odgovarajući iznos u novcu."

<sup>27</sup> Prema njoj šteta koju valja naknaditi u skladu s § 249. BGB-a utvrđuje se na temelju usporedbe (stvarnog) imovnog stanja koje je rezultat štetnog događaja s onim (hipotetskim) imovnim stanjem koje bi postojalo da nije bilo takvog događaja. Materijalna šteta sastoji se u umanjenju dobara ili u izmakloj dobiti. Primjer materijalne štete zbog izmakle dobiti sadržan je u presudi kojom je gubitak u proizvodnji uzrokovan protupravnim skrivljenim štrajkom ocijenjen kao izmakla dobit. BAG, 5.3.1985. AP Nr. 85 zu Art 9 GG Arbeitskampf. Kritičari ove teorije prigovaraju da nije opravdano shvaćanje imovinske štete kao štetne promjene cjelokupnog imovinskog stanja oštećenika, jer često imovinska šteta nastaje ponajprije, ili jedino, na određenim imovinskim dobrima. Larenz, K., op. cit., str. 480-482.

<sup>28</sup> Ona ograničava, ali u pojedinim slučajevima i proširuje "štete (utvrđene metodom) razlike" (*Differenzschaden*) na tzv. "pravno nadoknadle štete" ("*rechtlich ersatzfähigen Schaden*"). Prema tom stajalištu, šteta ne predstavlja razliku između stvarnog i hipotetskog imovinskog stanja, nego izvire iz mjerodavne pravne norme. *ibid.*, str. 427-428.

<sup>29</sup> Ona polazi od stajališta da imovinu u smislu odštetnog prava čine i ona dobra za život, koja se mogu steći uz naknadu u gospodarskom prometu, te da nastali gubitak koji se može izraziti u novcu predstavlja materijalnu štetu i onda kada iz računanja razlike (*Differenzberechnung*) cjelokupne imovine ne proizlazi nikakav trajni gubitak (*dauerhafte Einbuße*). Blomeyer, W., op. cit., str. 1150.

<sup>30</sup> Ideja komercijalizacije primjenjuje se samo na ekonomska dobra od središnjeg značenja za čovjekovu egzistenciju, primjerice vlastitu kuću, osobni automobil. Blomeyer, W., op. cit., str. 1150.



### 2.3. Uzročna veza

Sljedeća pretpostavka odgovornosti posloprimca jest postojanje uzročne veze u obliku tzv. uzročnosti koja ispunjava odgovornost (*haftungsausfüllende Kausalität*). Povreda pravnog dobra, odnosno pravne norme čija je svrha zaštita oštećenika, treba biti uzrokom otuda nastale štete.

Zahtjev za postojanjem uzročne veze kao pretpostavke odgovornosti sadržan je u više odredbi BGB-a. O uzročnoj vezi između događaja na kojem se temelji odgovornost i štete zakonodavac govori uređujući obvezu naknade i upotrebljavajući sintagmu "otuda nastale štete".<sup>31</sup> I u načelu sadržanom u § 249. dolazi do izražaja nužnost postojanja uzročne veze.

U načelu smatra se da uzrokom može biti svaka okolnost "koja se ne može otkloniti, a bez koje bi tijekom događaja bio drukčiji, događaj ne bi nastupio, ili barem ne bi nastupio u to vrijeme (teorija o *condicio sine qua non*)".<sup>32</sup>

U teoriji i judikaturi pretežno je prihvaćena adekvacijska teorija. Samo jedna, tzv. "adekvatna" kauzalna veza može biti uzročna veza "u pravnom smislu". Njemačka pravna teorija postupno prepoznaje da ovdje nije riječ o uzročnosti (*Ursächlichkeit*), nego o problemu uračunavanja (*Zurechnungsproblem*).<sup>33</sup> Sud Rajha (*Reichsgericht*, dalje RG) prihvatio je kao stalnu praksu, kojoj se kasnije pridružio i BGH, stajalište prema kojem je uzročna veza "adekvatna" onda kada je "jedno činjenje ili propuštanje općenito, a ne samo prema okolnostima koje su potpuno posebne, potpuno nevjerovatne i koje prema redovitom tijeku stvari ne treba uzeti u obzir, prikladno da izazove rezultat koji je nastupio".<sup>34</sup>

Značajna kritika adekvacijske teorije pokazala je neprikladnost njezine isključive primjene te dovela do potrebe stvaranja drugih kriterija kojima se ograničava područje odgovornosti osobe obvezne naknaditi štetu.<sup>35</sup> Danas je

<sup>31</sup> § 823. st. 1. i 2., §§ 824., 833., 836. BGB-a.

<sup>32</sup> Larenz ovakvu definiciju ne smatra egzaktnom definicijom kauzaliteta nego definicijom koja će olakšati primjenu prava, budući da se njome može obuhvatiti veliki broj slučajeva, a pokazuje se i kao zadovoljavajuća. Time ona predstavlja "*Faustregel*", osnovno pravilo. Larenz, K., op. cit., str. 433.

<sup>33</sup> Naime, zakonodavcu ne stoji na raspolaganju pojam uzročnosti. Riječ je o pitanju kriterija kojim će se odrediti koliko daleko može ići uzročna veza da bi se na njoj temeljila odgovornost za daljnje štete. Kriterij koji koristi adekvacijska teorija polazi otuda da se području odgovornosti osobe obvezne na naknadu štete treba uračunati samo one daljnje štetne posljedice koje su povezane s događajem na kojem se temelji odgovornost, a čije se nastupanje u trenutku ovog događaja sa stajališta iskusnoga promatrača ne bi moglo činiti kao potpuno nevjerovatno. *ibid.*, str. 435-436.

<sup>34</sup> *ibid.*, str. 436.

<sup>35</sup> U radnopravnoj teoriji raspravljalo se o pitanju da li specifičnost odgovornosti za štetu u okvirima radnog prava zahtijeva drugačiji sadržaj pojma uzročne veze. Kako je svrha tog posebnog režima odgovornosti da se olakša položaj radnika - oštećenika, zaključuje se da su i okviri koje pruža adekvacijska teorija preuski i da bi bila puno prikladnija primjena teorije ekvivalentnih uzroka. U prilog prihvaćanju takve koncepcije uzročne veze govore i neki tekstovi

široko prihvaćena tzv. teorija o (zaštitnoj) svrsi norme (*Normzwecklehre*).<sup>36</sup> Kriterij za razgraničenje koje se štetne posljedice mogu uračunati, a koje ne mogu, jest u tome da li naknadu jedne takve štete opravdava zaštitna svrha norme koja je osnova odgovornosti ili, u slučaju kada obveza naknade štete počiva na povredi ugovora, zaštitna svrha odnosnog ugovora.<sup>37</sup>

## 2.4. Krivnja posloprimca

U njemačkom pravu krivnja posloprimca kao pretpostavka odgovornosti za štetu obuhvaća, prema prihvaćenoj sudskoj praksi i stavu teorije, namjeru i grubu nepažnju.

Načelo krivnje predstavlja temelj uračunavanja kako kod ugovornog prava povrede obveze, tako i u deliktnom pravu BGB-a. Osnovna pravila o stupnjevima građanskopravne krivnje sadržana su u dvije odredbe BGB-a. Odredbom § 276. st. 1. BGB-a<sup>38</sup> o ugovornoj odgovornosti za štetu zbog povrede obveze utvrđena je odgovornost štetnika za namjeru i nepažnju, osim ako stroža ili blaža odgovornost nije određena, ili ne proizlazi iz drugog sadržaja obveznog odnosa, posebice iz preuzimanja garancije ili rizika ostvarenja (*Beschafungsrisiko*). Odredba § 823. BGB-a o deliktnoj odgovornosti predviđa odgovornost za štetu uzrokovanu namjerom ili nepažnjom.<sup>39</sup>

---

starijeg datuma. Primjerice, francuski zakon iz 1946. godine navodi da se «smatra kao šteta pri radu, bez obzira na njen uzrok, šteta koja je nastala pri radu ili povodom njega». Više: Toroman, Marija, *Odgovornost privrednih organizacija za štetu koju pretrpe radnici pri radu*, Beograd, Institut za uporedno pravo, 1965., str. 91. i d. Brojni su primjeri domaćih sudskih odluka u kojima je prihvaćena teorija ekvivalentnih uzroka, primjerice: Vs, Rev-3283/93 od 15.3.1995. Izv.; Vs, II Rev-48/93 od 08.09.1993. *Izbor 1/95-65*. Cit. prema: Crnić, Ivica, *Zakon o obveznim odnosima (s opsežnom sudskom praksom)*, Zagreb, Organizator, 1997., str. 173.-174.; Vrhovni sud Hrvatske, odluka br. GŽ-1069/78 od 20.2.1979. Cit. prema: Momčinović, Zlatko, Crnić, Ivica, *Radni odnosi*, Beograd, Poslovna politika, 1986., str. 302.

<sup>36</sup> Razvili su je Rabel, Wilburg i v. Caemmerer, a ima brojne pristalice. Neki od njih vide u zaštitnoj svrsi norme kriterij uračunavanja nadređen svim ostalim kriterijima, pa uzročnost, krivnja, kao i vrsta i opseg štete trebaju biti "relevantni sa stajališta norme." Drugi ovu teoriju prihvaćaju uz adekvacijsku teoriju. *ibid.*, str. 440-441.

<sup>37</sup> *ibid.*, str. 440.

<sup>38</sup> § 276. BGB *Odgovornost štetnika* glasi: (1) <sup>1</sup> Štetnik odgovara za namjeru i nepažnju, ako stroža ili blaža odgovornost nije određena ili ne proizlazi iz sadržaja obveznog odnosa, posebice iz preuzimanja jamstva ili rizika ispunjenja. <sup>2</sup> Propisi §§ 827. i 828. odgovarajuće se primjenjuju. (2) S nepažnjom postupa onaj tko ne upotrijebi pažnju koja se zahtijeva u prometu. (3) Odgovornost štetnika zbog namjere ne može se unaprijed isključiti.

<sup>39</sup> U teoriji se smatra da ovakva podjela, u odnosu na istu podjelu u kaznenome pravu, u građanskom pravu nema veće značenje. U većini slučajeva bit će dovoljno postojanje nepažnje. Osim toga, zakonske odredbe o odgovornosti dužnika mogu se mijenjati sporazumom sudionika obveznopravnog odnosa, izuzev u slučaju iz § 276. st. 3. prema kojem odgovornost zbog namjere ne može biti unaprijed ugovorno isključena. Löwisch, M., *Staudingers Kommentar*, op. cit., Rn 16; Larenz, K., op. cit., str. 281.

Primjena načela krivnje ublažena je u BGB-u uvođenjem elemenata garancije.<sup>40,41</sup> Zahtjev da se primijene one sposobnosti (pažnje) koje se zahtijevaju u prometu, a ne individualne sposobnosti, proizlaze iz tzv. načela povjerenja (*Vertrauensgesetz*). Svaki sudionik u pravnom prometu mora imati povjerenje u to da će svaki drugi sudionik postupati s pažnjom koja je normalna.

#### 2.4.1. Namjera

Njemački zakonodavac nije definirao pojam namjere. U teoriji postoji jednodušno stajalište o elementima koji je pojmovno određuju. «Namjerno» je jednako «svjesnom i voljnom» (*wissentlich und willentlich*); počinitelj mora poznavati okolnosti na kojima se temelji odgovornost i istovremeno htjeti svoju radnju.<sup>42</sup> Štetnik povrjeđuje obveze iz obveznopravnog odnosa s namjerom kada je sebi predočio posljedicu svoje radnje i, znajući da je njeno poduzimanje protivno obvezi (*pfllichtwidrig*), ipak je prihvatio svojom voljom. Pritom nije nužno da se posljedica namjerava ostvariti, dovoljno je da se ona prihvaća kao mogući rezultat njegova postupanja.<sup>43</sup>

Njemačko pravo razlikuje tri stupnja namjere: «čistu» (*Absicht*), izravnu i neizravnu (eventualnu) namjeru.<sup>44</sup> Prema općim načelima odštetnoga prava

---

<sup>40</sup> To je slučaj sa zakonom prihvaćenim objektivnim shvaćanjem pojma nepažnje (*objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab*, § 276.), bezuvjetnom obvezom jamstva za krivnju (*Einstehenmüssen*) zakonskih zastupnika i pomoćnika kod ispunjenja (§ 278.); elementi garancije mogu se pronaći i kod ugovora, i to njegovim dopunskim tumačenjem. Ovakva ograničenja načela krivnje približavaju u praksi njemačko pravo stranim pravnim porecima. Löwisch, Manfred, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-292, 13. Bearb., Berlin, Sellier - de Gruyter, 1995., Rn. 16. (dalje: Staudingers Kommentar)

<sup>41</sup> Ograničenja načela krivnje u deliktnom pravu veća su nego u ugovornom. S jedne strane, snažnija je objektivizacija pojma nepažnje, posebice stvaranjem brojnih obveza zaštite, tj. opće dužnosti pažnje (*Verkehrssicherungspflichten*); u području tehničkih rizika načelo krivnje ograničeno je načelom odgovornosti iz ugrožavanja (osobito Zakonom o zračnom prijevozu, Zakonom o atomskoj energiji, Zakonom o zaštiti potrošača, Zakonom o medicinskim sredstvima itd.) *ibid.*, Rn 5. Zato se može tvrditi da odgovornost za krivnju u privatnom pravu ima karakter odgovornosti za rizik u ne malom broju slučajeva. Deutsch, Erwin, *Privilegierte Haftung und Schadensfolge*, *NJW*, H. 16 (1966.), str. 705.

<sup>42</sup> Löwisch, M., Staudingers Kommentar, *op. cit.*, Rn. 17.

<sup>43</sup> U skladu s prihvaćenom "teorijom volje" ("Willenstheorie"), koja je zamijenila ranije često zastupanu "teoriju predodžbe", nije dovoljna samo "predodžba" o rezultatu radnje, već mora postojati "pristanak" barem u tom smislu da je onaj koji djeluje ozbiljno računao s nastupanjem posljedice i da ga to nije odvratio od njegove radnje. Larenz, K., *op. cit.*, str. 280.

<sup>44</sup> Čista namjera postoji kada se upravo želi nedopuštena posljedica. O izravnoj je namjeri riječ kada se doduše ne namjerava postići posljedica, ali se ipak zna da će ona nužno nastupiti. Neizravna namjera obuhvaća slučaj kada se nedopuštena posljedica drži samo kao moguća, ali se ipak pristaje na njeno nastupanje. U odnosu na diobu stupnjeva namjere u hrvatskom pravu

dovoljno je da namjera obuhvaća samo povredu pravnog dobra, a ne i samu štetu.<sup>45</sup> U njemačkom pravu u potpunosti je prihvaćeno shvaćanje da postupanje s namjerom uključuje i svijest o protivnosti obvezi (*Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit*).<sup>46</sup> Iz navedenoga proizlazi da posloprimac odgovara za namjeru onda kada je svjesno uzrokovao štetu ili kada je svjesno pristao da kao posljedica njegova djelovanja nastupi šteta.<sup>47</sup>

#### 2.4.2. Nepažnja

*Općenito.* Posloprimac odgovara za nepažnju koja se prema § 276. st. 2. BGB-a određuje kao zanemarivanje pažnje koja se zahtijeva u prometu, ako za pojedinačni slučaj nije drugačije određeno.<sup>48</sup> To uključuje svjesnu i nesvjesnu nepažnju.<sup>49</sup>

Kriterij pažnje posloprimca određuje se u pravilu prema ugovorom utvrđenim uvjetima rada te prema grupi djelatnosti i dobnoj skupini kojoj pripada.<sup>50</sup> Unutar pojedinih grupa zanimanja (*Berufsgruppe*) kriterij tipične pažnje određuje se objektivno - prema standardu činidbe (*Leistungsstandard*). Riječ je o pažnji urednog trgovca (§ 347. HGB), urednog i savjesnog člana uprave dioničkog društva (§ 84. st. 1. Zakona o dionicama, *Aktiengesetz*, dalje: AktG<sup>51</sup>), urednog

---

razlika postoji upravo u odnosu na tzv. čistu namjeru, koju hrvatsko pravo ne poznaje, ali čiji je sadržaj obuhvaćen pojmom izravne namjere.

<sup>45</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1153.

<sup>46</sup> Larenz, K., op. cit., str. 280. U kaznenom pravu, koje ne prihvaća ovo shvaćanje, ono se naziva teorija namjere («Vorsatztheorie»). U građanskome pravu Nipperdey pod utjecajem novijih teorija kaznenog prava zastupa primjenu tzv. teorije krivnje («Schuldtheorie»). Prema ovoj teoriji, namjera ne predstavlja poseban oblik krivnje, odnosno skrivljenog ponašanja već samo volju za djelovanjem u njenom ostvarenju («in ihrer Tatsächlichkeit»). Krivnja je pravno mišljenje o nevaljanosti (*das rechtliche Unwerturteil*). Prema tome, da li je počinitelj znao ili je barem mogao i morao znati za pravnu obvezu koju je povrijedio, samo je pitanje prijekora krivnje i njegove težine, a nikakvo značenje pritom nema to da li je on postupao «namjerno». Ova teorija, međutim, nije naišla na veće odobravanje. O nekim argumentima protiv prihvaćanja ove teorije u građanskom pravu vidjeti: ibid., str. 280-281.

<sup>47</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1153.

<sup>48</sup> O tumačenju pojma nepažnje i odgovornosti za nepažnju više: Deutsch, Erwin, *Die Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der äußeren und der inneren Sorgfalt*, JZ, 43. Jhrg, H. 21 (1988.), str. 993. i d. (dalje: *Die Fahrlässigkeit*).

<sup>49</sup> Svjesna nepažnja (*bewußte Fahrlässigkeit*) postoji kada posloprimac prepoznaje stanje opasnosti, ali postupa tako da zanemaruje propisane mjere sigurnosti vjerujući da šteta neće nastupiti. Kod nesvjesne nepažnje (*unbewußte Fahrlässigkeit*) posloprimac ne predviđa mogućnost nastupanja štetnog događaja, ali bi ga, da je primijenio pažnju koja se u prometu zahtijeva, bio predvidio i mogao se i morao u skladu s time ponašati na odgovarajući, drugačiji način. Nepažnja se također odnosi samo na povredu pravnog dobra. Blomeyer, W., op. cit., str. 53.

<sup>50</sup> loc. cit.; Schaub, Günter, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 8. überarb. Aufl., München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996., str. 355.

<sup>51</sup> *Aktiengesetz*, vom 6.9.1965, BGBl I 1965, 1089, zuletzt geändert durch Art. 2 G v. 12.6.2003, I 838.

prijevoznika (§ 429. st. 1 HGB) itd.<sup>52</sup> U skladu s time, od nekog rukovodećeg zaposlenika ili od stručnjaka valja očekivati veću pažnju nego od običnog radnika, a od djece i mladeži manju pažnju nego od odraslih.

U teoriji se nailazi na stajalište da bi u radnome pravu, kada je riječ o običnoj nepažnji, osim objektivnog kriterija trebalo uzeti u obzir i subjektivne elemente.<sup>53</sup> Kao polazište za ovo shvaćanje uzima se § 613. BGB-a, koji utvrđuje osobnu narav (neprenosivost) činidbe rada. U skladu s time, obveza posloprimca na činidbu rada trebala bi biti određena samo prema njegovim subjektivnim sposobnostima. Od eventualnih poteškoća u vezi sa zapošljavanjem posloprimca čija bi obveza činidbe rada bila subjektivno ograničena poslodavac bi se mogao zaštititi ugovaranjem probnog rada.<sup>54</sup> Ipak, prevladava mišljenje da se subjektivni elementi nepažnje mogu uzeti u obzir samo u okviru grube nepažnje.

Od ovoga treba razlikovati tzv. krivnju zbog preuzimanja (*Übernahmever schulden*), koja postoji kada posloprimac kod preuzimanja posla precijeni svoje sposobnosti i ne prepozna da za njega nije sposoban.<sup>55</sup> Prijekor krivnje odnosi se na preuzimanje posla. Iznimno, bit će isključena subjektivna nepažnja kada je poslodavac prepoznao ili morao prepoznati da posloprimac nije u stanju pravilno izvršiti činidbu.<sup>56</sup> U literaturi se navodi primjer brodovlasnika koji je poslao na putovanje jedrenjakom kapetana za kojega je znao da nema nikakvog iskustva u jedrenju, pa treba pretpostaviti da u ovom slučaju može vrijediti samo individualni kriterij nepažnje, primjeren neiskustvu kapetana.<sup>57</sup>

Kombinaciju objektivno-subjektivnog kriterija nepažnje predviđalo je i više prijedloga zakona o radu. Zahtijeva se odgovornost posloprimca za takvu činidbu rada i pažnju koji se mogu očekivati "prema ugovorenim radnim zadacima" i onim (sporazumno utvrđenim) sposobnostima i kvalifikacijama koji su pretpostavka za njih.<sup>58</sup>

U okviru ugovornih odnosa vrijedi također u pravilu objektivni kriterij nepažnje.<sup>59</sup> Valja voditi računa o tome da se kriterij pažnje određuje, u prvom redu, prema sadržaju odnosnog ugovora.<sup>60</sup> S druge strane, ugovorne stranke mogu ublažiti ili pojačati kriterij pažnje, primjerice za posloprimce koji su

---

<sup>52</sup> U sudskoj praksi utvrđeno je da pažnja urednog odvjetnika uključuje poznavanje, tj. stalno praćenje relevantne sudske prakse, ali i specijaliziranih časopisa; liječnik povrjeđuje kriterij dužne pažnje kada ne prati stručne časopise koji informiraju o napretku medicinske znanosti. Löwisch, M., Staudingers Kommentar, op. cit., Rn 33.

<sup>53</sup> Schaub, G., op. cit., str. 355.

<sup>54</sup> loc. cit.

<sup>55</sup> loc. cit., str. 355; Blomeyer, W., op. cit., str. 53.

<sup>56</sup> Schaub, G., op. cit., str. 355.

<sup>57</sup> Löwisch, M., Staudingers Kommentar, op. cit., Rn 26.

<sup>58</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1153.

<sup>59</sup> Löwisch, M., Staudingers Kommentar, op. cit., Rn 26.

<sup>60</sup> ibid., Rn 35.

stručnjaci ili početnici.<sup>61</sup> Promatrano izvan pojedinačnog ugovora o radu, činjenica da je neki posloprimac početnik ne ublažava zahtjev potrebne pažnje koju je ovaj dužan primijeniti. U judikaturi se, naime, smatra da je za pravne odnose karakteristično da svatko tko obavlja određeno zanimanje raspolaže za to potrebnim znanjima i sposobnostima.<sup>62</sup>

*Gruba nepažnja.* Za odgovornost posloprimca prema poslodavcu i radnim kolegama značajan je stupanj grube nepažnje, jer ona, s obzirom na prihvaćenu sudsku praksu koja tvori tzv. načela o poravnanju štete unutar pogona, predstavlja granicu do koje posloprimac u potpunosti odgovara za štetu.<sup>63</sup>

U njemačkom pravu općenito je prihvaćen pojam grube nepažnje kako ga određuje sudska praksa Suda Rajha i BGH-a. Tako se smatra da gruba nepažnja postoji «kada je u posebno teškoj mjeri povrijeđena obveza pažnje koja se zahtijeva u prometu»,<sup>64</sup> kada se netko ne pridržava onoga što u odnosnom slučaju svakome mora biti jasno,<sup>65</sup> kada ne bude poduzet najjednostavniji, potpuno razumljivi oprez.<sup>66</sup> U navedenim definicijama dolaze do izražaja objektivni i subjektivni element ovog stupnja nepažnje: kod grube nepažnje riječ je o objektivno gruboj, ali istovremeno i subjektivno neispričivoj povredi obveze; prijekor krivnje uvijek je subjektiviziran, odnosi se na osobne prilike štetnika.<sup>67</sup> Nužno je ocjenjivati pojedinačna znanja, iskustvo i sposobnosti rasuđivanja štetnika.<sup>68</sup>

<sup>61</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1153.

<sup>62</sup> Na početniku je da si eventualno osigura potrebnu potporu od strane profesionalno iskusnog kolege. Löwisch, M., Staudingers Kommentar, op. cit., Rn 43.

<sup>63</sup> O gruboj nepažnji kao jednom od otvorenih pitanja ograničenja odgovornosti posloprimca vidi: Gamillscheg, Franz, *Die unbewältigte Gegenwart der Haftung des Arbeitnehmers, Festschrift Walter Schwarz*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1991., str. 495.-505.

<sup>64</sup> RGZ 1941, 131., cit. prema: Blomeyer, W., Münchner Kommetar, op. cit., str. 1154.; slično BAG govori o gruboj nepažnji kao o, prema ukupnim okolnostima, u neuobičajenoj mjeri povrijeđenoj obvezi pažnje koja se zahtijeva u prometu kada se ne primjećuje ono što u dotičnom slučaju svakome mora biti jasno, BAGE 9, 243 [248]=AP Nr 19 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, cit. prema: Richardi, R., Staudingers Kommentar, op. cit., str. 514.

<sup>65</sup> RGZ 1963, 106., cit. prema: Blomeyer, W., op. cit., str. 1154.

<sup>66</sup> BGHZ 10, 14, 16f. cit. prema Blomeyer, W., op. cit., str. 1154.

<sup>67</sup> loc. cit. U literaturi se smatra da iz takvih formulacija sudske prakse jasno proizlazi objektivni element, dok je nejasan subjektivni prijekor krivnje sadržan u gruboj nepažnji. Svrhovitim se drži izabrati primjerice formulaciju poput one iz saveznog Socijalnog zakonika: gruba nepažnja zahtijeva postojanje posebno grube i također subjektivno potpuno neispričive povrede obveze, koja znatno prelazi uobičajenu mjeru nepažnje, pri čemu "mjeru nepažnje treba ocijeniti posebice prema osobnim prilikama, sposobnosti ocjenjivanja, sposobnosti rasuđivanja odnosno osobe kao i posebnim okolnostima slučaja". Löwisch, M., Staudingers Kommentar, op. cit., Rn 84.

<sup>68</sup> ibid., Rn 85.

U sudskoj praksi gruba nepažnja utvrđena je, primjerice, u slučaju nepostojanja vozačkog iskustva, o čemu se obmanulo poslodavca,<sup>69</sup> prekoračenja brzine,<sup>70</sup> pri prolasku kroz crveno svjetlo,<sup>71</sup> neopreznog pretjecanja,<sup>72</sup> umora posloprimca,<sup>73</sup> nepoštivanja prometnih znakova itd.<sup>74</sup> Na isključenje grube nepažnje, usprkos postojanju objektivnih okolnosti, utjecat će, među ostalima, sljedeće subjektivne okolnosti: neiskustvo i nesnalažljivost štetnika,<sup>75</sup> kao i premorenost zbog prekomjernog opterećenja poslom, potreba hitnog obavljanja posla, pad koncentracije uvjetovan poslom.<sup>76</sup> U slučaju nezgoda vozača motornih vozila odlučujuće mogu biti dob posloprimca, duljina posjedovanja vozačke dozvole, vozačko iskustvo.<sup>77</sup> No iste okolnosti u sudskoj praksi ocjenjivale su se, posebice kada je riječ o profesionalnim vozačima teretnih vozila, i na teret posloprimca.<sup>78</sup>

## 2.5. *Pravne osnove zahtjeva za naknadu štete*

Pravne osnove zahtjeva poslodavca za naknadu štete koju mu je na radu ili prigodom izvršavanja rada (*durch oder gelegentlich der Arbeitsleistung*) uzrokovao posloprimac sadržane su u više odredbi BGB-a.

Osnovu ugovorne odgovornosti posloprimca predstavljaju odredbe §§ 280. - 282. Osnova deliktne odgovornosti posloprimca sadržana je u odredbi § 823. BGB-a.

### 2.5.1. *Odredbe §§ 280. - 282.*

Prije reforme njemačkog obveznog prava osnove zahtjeva za naknadu štete u slučaju djelomičnog ili potpunog neispunjenja obveze rada predstavljale su odredbe § 325. [*Nemogućnost ispunjenja za koju odgovara dužnik*]<sup>79</sup> i § 326.

<sup>69</sup> BAG 24.1.1974 AP Nr. 74 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers. Cit. prema: Blomeyer, W., op. cit., str. 1154.

<sup>70</sup> BAG 7.7.1970 AP Nr. 59 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers. Cit. prema: Blomeyer, W., op. cit., str. 1154.

<sup>71</sup> BAG 10.3.1961 AP Nr. 23 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers. Cit. prema Blomeyer, op. cit., str. 1154.

<sup>72</sup> LAG Saarbrücken DB 1962, str. 340. Cit. prema Blomeyer, W., op. cit., str. 1154.

<sup>73</sup> BAG 29.6.1964, 13.3.1968. AP Nr. 33 odn. 42 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers. Cit. prema Blomeyer, W., op. cit., str. 1154.

<sup>74</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1154.

<sup>75</sup> Löwisch, M., Staudingers Kommentar, op. cit., Rn 85.

<sup>76</sup> Hübsch, Michael, Arbeitnehmerhaftung bei Versicherbarkeit des Schadensrisikos und bei grober Fahrlässigkeit, *BB*, 53. Jhrg, H. 13 (1998.), str. 693.

<sup>77</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1154.

<sup>78</sup> BAG, 22.2.1972 Cit. prema Hübsch, M., op. cit., str. 693.

<sup>79</sup> [*Vom Schuldner zu vertretendes Unmöglichwerden*]

[*Utvrđivanje (primjerenog) roka uz prijetnju odbijanja prihvaćanja činidbe u slučaju zakašnjenja*],<sup>80</sup> kojima je bila uređena ugovorna odgovornost. U slučaju povrede tzv. sporednih (ugovornih) obveza (*Nebenpflichten*, obveza obzirnog i pažljivog postupanja) zahtjev se temeljio na tzv. pozitivnoj povredi zahtjeva (ugovora, *positive Forderungsverletzung*).<sup>81</sup>

Ovakva rješenja, koja čine dio tzv. prava nedostatka činidbi (*Leistungsstörungenrecht*), doživjela su u reformi bitne izmjene, čija je svrha ukloniti negativne posljedice njihove primjene.<sup>82</sup> Pojavni oblici nedostatka činidbi (nemogućnost činidbe (*Unmöglichkeit*), zakašnjenje (*Verzug*), loše ispunjenje (*Schlechterfüllung*), povreda sporednih obveza (*Verletzung von Nebenpflichten*)) obuhvaćeni su jednim širim, središnjim pojmom «povrede obveze»

<sup>80</sup> [*Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bei Verzug*]

<sup>81</sup> Prema vladajućem mišljenju pozitivna povreda zahtjeva obuhvaća loše ispunjenje činidbe i ostale povrede obveza (*die Schlechtleistung und sonstige Pflichtverletzungen*), čime se razlikuje od neispunjenja odnosno zakašnjenja s ispunjenjem ugovorne obveze. Radi se o povredi cjelovitosti postojećeg pravnog i imovinskog stanja vjerovnika, utemeljenog na načelu *neminem laedere*, do koje dolazi u okviru izvršenja ugovora. Riječ je o šteti koju dužnik uzrokuje vjerovniku nepažljivim izvršenjem činidbe, kojim, međutim, ne postaje nemoguć uspjeh činidbe niti se njegovo ostvarenje ne odgađa zbog zakašnjenja. Uz povredu obveze činidbe, oštećenje se može odnositi i na povredu tzv. daljnje obveze ponašanja (*weitere Verhaltenspflicht*) koja proizlazi iz obveznog odnosa. Daljnje obveze ponašanja zakonodavac nije priznavao kao takve. Njihova je svrha prije svega zaštita vjerovnika od mogućih šteta, koje mogu nastati na njegovim pravnim dobrima ostvarenjem obveznog odnosa (tzv. obveze zaštite od šteta, *Schutzpflichten*), kao i očuvanje odnosa povjerenja, neophodnog za ostvarenje trajnijeg obveznog odnosa, posebice radnog ili poslovnog odnosa (tzv. obveze lojalnosti, *Loyalitätspflichten*, ili lojalne suradnje, *loyaler Zusammenarbeit*). Pozitivna povreda zahtjeva uključuje ponašanje koje je protivno ugovoru (*vertragswidrig*), odnosno ponašanju u skladu s ugovorom (*vertragsgerechtes Verhalten*). Ovaj institut nije bio zakonski izričito uređen, već su ga stvorile teorija i sudska praksa, nastojeći time pokriti zakonsku prazninu u BGB-u. Pri tome su se služile teleološkim tumačenjem odredaba BGB-a. Posljedica pozitivne povrede zahtjeva očitovala se u obvezi popravljivanja ukupnih "čistih" imovinskih šteta (*reine Vermögensschaden*), čime se razlikuje od deliktne odgovornosti. Naime, za razliku od štetnika kod deliktne odgovornosti, kod pozitivne povrede zahtjeva dužnik stoji u posebnoj ugovornoj vezi s oštećenikom (vjerovnikom), a svoju pažnju može, prema kriteriju "posebne veze" usmjeriti na zaštitu interesa. U tom je smislu kod pozitivne povrede zahtjeva, zbog posebne veze, ovlaštenik zahtjeva unaprijed utvrđen, tj. poznat. Institut pozitivne povrede zahtjeva reformom BGB-a uređen je u okviru tzv. prava nedostatka činidbi. Larenz, K., op. cit., str. 6-15, 363-370; Richardi, Reinhard, § 611 Dienstvertrag, u: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch (Recht der Schuldverhältnisse §§ 611-615), 13. Bearbeitung 1999 von R. Richardi, Berlin, Sellier - de Gruyter, 1999., str. 501.; Blomeyer, W., op. cit., str. 1149.

<sup>82</sup> Naime, težište ranijih zakonskih odredbi bilo je na nemogućnosti izvršenja činidbe, što se u praksi rijetko javljalo. Nasuprot tome, u praksi najčešće, neuredno izvršenje nije uopće bilo uređeno u općem dijelu obveznog prava, a u posebnom samo djelomično. Pürner, S., op. cit., str. 551. i d. Vidi i: Dauner-Lieb, Barbara, Einführung, [www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/pdf\\_docs/einfuehrung.pdf](http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/pdf_docs/einfuehrung.pdf), 12.7.2004.



(*Pflichtverletzung*)<sup>83</sup> u odredbi § 280.<sup>84</sup> Prema st. 1. te odredbe vjerovnik iz nekog (ugovornog ili zakonskog) obveznog odnosa može zahtijevati naknadu štete ako dužnik povrijedi neku obvezu iz obveznog odnosa. Sjedinivši ovim pojmom pretpostavke i pravne posljedice različitih oblika nedostatka činidbi,<sup>85</sup> prema modelu pozitivne povrede zahtjeva, ova je odredba postala temeljna odredba prava naknade štete.<sup>86</sup>

Iz odredbe st. 1. § 280. proizlazi da je na vjerovniku teret dokazivanja postojanja pretpostavki zahtjeva za naknadu štete: postojanja povrede obveze, nastanka štete te uzročne veze između povrede obveze i štete.<sup>87</sup>

Pojam povrede obveze zahtijeva, dakle, postojanje objektivne povrede obveza štetnika, a ne i njegovu odgovornost. Odgovornost predstavlja samostalnu, odnosno dodatnu kategoriju (pretpostavku),<sup>88</sup> predviđenu u al. 2. st. 1. § 280., kojom se određuje da vjerovnik neće imati pravo zahtijevati naknadu štete ako dužnik nije odgovoran za povredu obveze. Ovime je prihvaćena presumpcija odgovornosti štetnika koji će se moći osloboditi odgovornosti ako dokaže da nije odgovoran za povredu obveze.

Polazište novih odredbi ostaje, u skladu s ranijim rješenjima BGB-a, načelo krivnje, odnosno odgovornosti za štetu počinjenu namjerom i nepažnjom.<sup>89</sup> Uz

<sup>83</sup> Ovaj pojam sadržajno je, iako ne terminološki, u skladu s međunarodnim razvojem prava, primjerice «načelima europskog ugovornog prava» što ga je izradila Landova grupa, te «Načelima za međunarodne trgovačke ugovore» UNIDROIT-a. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, 62., neubearb. Aufl., München, 2003., str. 358.

<sup>84</sup> [*Schadensersatz wegen Pflichtverletzung*] <sup>1</sup> Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. <sup>2</sup> Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen. <sup>3</sup> Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen. [*Naknada štete zbog povrede obveze*] <sup>1</sup> Ako dužnik povrijedi neku obvezu iz obveznog odnosa, vjerovnik može zahtijevati naknadu štete koja je otuda nastala. Ovo ne vrijedi kada dužnik ne odgovara za povredu obveze. <sup>2</sup> Naknadu štete zbog zakašnjenja s izvršenjem činidbe vjerovnik može zahtijevati samo uz dodatne pretpostavke iz § 286. <sup>3</sup> Umjesto izvršenja činidbe vjerovnik može zahtijevati naknadu štete zbog zakašnjenja s izvršenjem činidbe samo uz dodatne pretpostavke iz § 286, § 282 ili § 283.

<sup>85</sup> Više o pojavnim oblicima: Medicus u Haas, Lothar, Medicus, Dieter, Rolland, Walter, Schäfer, Carsten, Wendtland, Holger, *Das neue Schuldrecht*, München, Beck, 2002. str. 79.-132.

<sup>86</sup> Odredbom § 323. uređen je raskid ugovora zbog neispunjenja činidbe ili ispunjenja protivnog ugovoru, kao poseban oblik nedostatka činidbe, čime se postiglo „približavanje” strukturi prava koje je ranije bilo na snazi. Rolland u Haas et al., op. cit., str. 4-5.

<sup>87</sup> Više: Palandt, op. cit., str. 364., Rn 34-38.

<sup>88</sup> Haas et al., op. cit., str. 5.

<sup>89</sup> No iz sadržaja nekog obveznog odnosa, posebice kad je riječ o ugovaranju garancije, može proizaći i stroža odgovornost. Na ovo izričito upućuje izmijenjena odredba § 276 st. 1. BGB-a. Löwisch, Manfred, *Neues Schuldrecht in Deutschland*, *Ritsumeikan Law Review*, No. 20, 2003., str. 162. [www.ritsumeikan.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr20/Manfred157.pdf](http://www.ritsumeikan.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr20/Manfred157.pdf), 12.7.2004. O načelu krivnje više: *supra*, 2.4.

to, prihvaćeno je i načelo ograničenja odgovornosti na pažnju koja se primjenjuje u vlastitim stvarima (*diligentia quam in suis*).<sup>90</sup>

Kad je riječ o zakašnjenju s izvršenjem činidbe, u st. 2. § 280. upućuje se na pretpostavke iz odredbe § 286. BGB-a (raniji §§ 284., 285.).

Zahtjev za naknadu štete na koji vjerovnik ima pravo prema odredbi § 280. st. 1. i 2. neovisan je o zahtjevu za izvršenje činidbe, što znači da se ova dva zahtjeva mogu kumulirati. Zakonodavac je u § 280. st. 3. posebno uredio pretpostavke pod kojima vjerovnik može zahtijevati naknadu štete *umjesto* činidbe. Upućuje se na odredbe § 281., 282. i 283. BGB-a.<sup>91</sup>

Odredbe §§ 281. i 282. uređuju pravo vjerovnika da od dužnika zahtijeva naknadu štete umjesto izvršenja činidbe.

Odredba § 281. uređuje naknadu štete umjesto činidbe u slučaju neizvršenja činidbe ili izvršenja koje ne odgovara onome što se duguje. Uz pretpostavke iz § 280. vjerovnik može zahtijevati naknadu štete umjesto činidbe ako je dužnik neuspješno propustio postavljeni rok za izvršenje činidbe ili naknadno ispunjenje (*Nacherfüllung*), ili ako postoje posebne okolnosti zbog kojih se postavljanje roka čini nepotrebnim.

U § 282. pravo vjerovnika da zahtijeva naknadu štete umjesto izvršenja činidbe ako mu više ne odgovara izvršenje činidbe od strane dužnika, vezuje se uz povredu obveze pažnje iz § 241. st. 2. Odredba st. 2. § 241. nova je odredba BGB-a kojom je kodificirano postojeće pravno načelo o obvezi svake strane nekog obveznog odnosa da, ovisno o njegovom sadržaju, vodi brigu o pravima, pravnim dobrima i interesima druge strane.<sup>92</sup>

### 2.5.2. Odredba § 823.

Osnova deliktne odgovornosti posloprimca sadržana je u odredbi citiranog § 823. BGB-a: st. 1. odnosi se na povredu apsolutno zaštićenih pravnih dobara poslodavca skrivljenim protupravnim radnjama, st. 2. na povredu tzv. zaštitnog zakona (*Schutzgesetz*), dok je odredbom § 826.<sup>93</sup> BGB-a uređena odgovornost zbog namjerne štete protivne moralu.

<sup>90</sup> Vidi Medicus u Haas et al., op. cit., str. 111., Rn 137-138.

<sup>91</sup> Prema odredbi § 283. vjerovnik može od početka zahtijevati naknadu štete umjesto izvršenja činidbe ako štetnik ne mora izvršiti činidbu zbog nemogućnosti ili neprimjerenosti činidbe prema § 275. st. 1-3.

<sup>92</sup> Palandt, op. cit., str. 242., Rn 1, 6.

<sup>93</sup> § 826 [*Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*] Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet. [*Namjerno nanošenje štete protivno moralu*] Tko drugome namjerno prouzroči štetu na način kojim se povrjeđuje moral, obvezan je štetu naknaditi.

## **2.6. Postojanje povrede ugovorne obveze odnosno pravnog dobra kao uzrok štete**

Pretpostavka odgovornosti posloprimca za štetu jest da je djelovanjem posloprimca nastala povreda obveze protivna ugovoru (*vertragswidrige Pflichtverletzung*), te, kada je riječ o deliktnoj odgovornosti, protupravna povreda apsolutnog prava (*rechtswidrige Verletzung eines absoluten Rechts*). Ponašanje posloprimca koje predstavlja povredu obveze mora biti uzrokom povrede pravnog dobra.<sup>94</sup> Prema § 287. Zakona o građanskom postupku (*Zivilprozessordnung*, dalje: ZPO)<sup>95</sup> na poslodavcu je teret dokazivanja uzročnosti na kojoj se temelji odgovornost.

## **3. Ograničenje odgovornosti posloprimca za štetu prouzročenu poslodavcu - institut poravnanja štete unutar pogona**

### **3.1. Potreba ograničenja odgovornosti posloprimca za štetu**

Njemačka pravna teorija jedinstvena je u stajalištu da je potrebno ograničiti neprimjereno široku odgovornost posloprimca za štetu koju je uzrokovao poslodavcu, koja bi proizašla iz neograničene primjene općih pravila građanskog prava. Razlozi za to su pravne i socijalnopolitičke naravi.<sup>96</sup>

Najvažnija stajališta kojima se opravdava ovakva ocjena odnose se prije svega na razmišljanja o tzv. riziku pogona (poduzeća) (*Betriebsrisiko*): o poslovima u pogonu koji uključuju rizike štete koje treba ubrojiti poslodavcu, jer on brine i upravlja procesom rada, a koji se ne smiju prevaliti na posloprimca. Nadalje se ističe kako je zbog trajnosti rada kojeg posloprimac obavlja u pogonu gotovo

---

<sup>94</sup> Riječ je o tzv. uzročnosti na kojoj se temelji odgovornost (*haftungsbegründende Kausalität*). Određuje se kao uzročna veza koja pripada činjeničnom stanju one pravne norme na kojoj se temelji odgovornost (*Haftpflicht*). Kao primjer može se uzeti uzročna veza između djelovanja osobe koja je obvezna naknaditi štetu i tjelesne povrede, ili oštećenja neke stvari onoga koji je pretrpio povredu. Larenz, K., op. cit., str. 432. Blomeyer navodi primjer poslodavca koji je, saznajući da njegov posloprimac u jednom letku javno osuđuje neke postupke u poduzeću želeći dovesti do propasti poduzeća, pretrpio slom živaca. U ovom slučaju ne postoji uzročna veza na kojoj se temelji odgovornost. Za razliku od toga, o uzročnosti koja ispunjava odgovornost (*haftungsausfüllende Kausalität*) govori se kada je povreda pravnog dobra, odnosno pravne norme čija je svrha zaštita oštećenika bila uzrokom otuda nastale štete. Ako se uzme prethodni primjer, uzročna veza koja ispunjava odgovornost bit će ona između tjelesne povrede, ili oštećenja stvari i otuda proizašlih daljnjih štetnih posljedica. Larenz, K., op. cit., str. 432.; Blomeyer, W., op. cit., str. 1150.-1151.

<sup>95</sup> Zivilprozessordnung, vom 12. September 1950, BGBl. 1950, 455, 512, 533, zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 23.7.2002., 2850, 4410, <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/zpo/zitierhinweise.html>, 27.10.2003.

<sup>96</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1157.

neizbježna njegova odgovornost zbog malih pogrešaka svojstvenih obavljajući posla, ili da poduzetnik mora dijelom snositi štete koje svojom krivnjom uzrokuje posloprimac, jer on koristi dobit koju ostvaruje poduzeće. Argumenti su i mogućnost ugrožavanja egzistencije posloprimca u slučaju kada je on obvezan naknaditi veliku štetu, kao i nepostojanje ekvivalentnosti između nagrade za rad i rizika odgovornosti.<sup>97</sup>

Na području ugovora o radu praksa pokazuje da se pojedinačnim ugovorima o radu propušta ugovoriti izričito ublažavanje odgovornosti i na taj način izvršiti korekciju BGB-om uređene odgovornosti posloprimca. Razlog za to je u disparitetu stranaka ugovora o radu, njihovoj neravnoteži snaga. Kada je riječ o kolektivnim ugovorima o radu, odredbe o ograničenju odgovornosti vrlo su rijetke, izuzev u onima za područja javnih službi.<sup>98</sup>

O važnosti pitanja odgovornosti posloprimca govore i statistički podaci. Godišnje se u Njemačkoj vodi između 4.000 i 5.000 sporova za naknadu štete iz radnog odnosa. Podaci pokazuju da se u oko 2-3% sudskih postupaka (godišnje oko 10.000 do 15.000 sporova) dotakne pitanje odgovornosti posloprimca za naknadu štete. Odštetni zahtjevi odnose se na slučajeve teških povreda ponašanja posloprimca, nepažljivo ponašanje čije je obilježje niz povreda obveza posloprimca te slučajeve naknade štete u vezi s prestankom radnog odnosa.<sup>99</sup>

### **3.2. Narav instituta (načela) poravnjanja štete unutar pogona**

Institut (načelo) poravnjanja štete unutar pogona (*die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs*) nastao je kao rezultat sudačkog stvaranja prava.<sup>100</sup> Služeći se pojmom sudačkog stvaranja prava, teorija je ponudila različita tumačenja naravi ovog instituta. Različita stajališta moguće je svrstati u tri osnovne skupine.<sup>101</sup>

<sup>97</sup> Otto, H., Schwarze, R., op. cit., str. 5.

<sup>98</sup> To se tumači kao znak da su stranke tarifnih ugovora prihvatile sudačko stvaranje prava. Za primjere kolektivnih ugovora vidi: Otto, Hansjörg, *Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?* Gutachten E/F, *Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages*, Beck, München, 1986., str. E 11- E 94. (dalje: *Ist es erforderlich*); Gamillscheg, F., Hanau, P., op. cit., str. 35-36.

<sup>99</sup> Otto, H., Schwarze, R., op. cit., str. 6-7.

<sup>100</sup> Ovlaštenje, a ponekad i obveza sudaca na stvaranje prava u njemačkoj je teoriji prihvaćeno kao nesporno. Rasprave koje se vode tiču se pitanja granica do kojih sudovi pritom mogu ići. Veliki senati BGH i BAG-a izvode svoje ovlaštenje na stvaranje prava iz zakona: §§ 132 IV VVG (Zakona o ustavnom sudu), 45 IV ArbGG (Zakona o radnom sudu). Sandmann, B., op. cit., str. 17. Dio radnopravne literature smatra da su upravo kod uređenja odgovornosti posloprimca sudovi djelomično prekoračili granice. Mayer-Maly, Theo, *Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages*, (1964.), G 42. Cit. prema: Sandmann, B., op. cit., str. 17.

<sup>101</sup> S obzirom na ograničeni opseg ovog rada navode se samo u kratkim crtama, prema novijoj klasifikaciji koju je dao B. Sandmann. Sandmann, B., op. cit., str. 17-155.

Prva se bavi pitanjem mogu li se pravila o poravnanju štete unutar pogona svrstati u običajno pravo. U teoriji se o tome mogu naći suprotna stajališta.<sup>102</sup>

Druga skupina autora smatra da je narav razmatranog načela moguće analizirati i protumačiti s aspekta postojanja nenamjernih zakonskih praznina, kao općepriznate pretpostavke sudačkog stvaranja prava. Objašnjenja ograničene odgovornosti posloprimca traže se u odredbama BGB-a o ugovorima,<sup>103</sup> prešutnom ugovornom sporazumu o odgovornosti između poslodavca i posloprimca, deliktnom pravu BGB-a, odnosu između deliktne i ugovorne odgovornosti te popunjavanju praznina uz pomoć pojma rizika pogona.

U treću skupinu ulaze stajališta koja načelo odgovornosti posloprimca tumače kao slučaj sudačkog stvaranja prava *extra legem*. Tu ulazi, prije svega, ideja o povjerenju, dobroj vjeri i poštenju te riziku pogona kao pravnoetičkim načelima na kojima se temelji načelo poravnanja štete unutar pogona (a istovremeno to su pretpostavke sudačkog stvaranja prava).<sup>104</sup> Na koncu ograničena odgovornost posloprimca obrazlaže se odredbama ustavnog prava.<sup>105</sup>

### **3.3. Dosadašnji razvoj oslobođenja posloprimca od odgovornosti za štetu**

Kao uvod u razmatranje obilježja ograničene odgovornosti posloprimca prema načelu poravnanja štete unutar pogona daje se kratki pregled razvoja ovog instituta.

Još je Prusko Zemaljsko pravo (*Das Allgemeines Preußisches Landrecht*), iz 1794. g., izričito predviđalo da "... običan fizički radnik ... odgovara samo za grubu ili tešku grešku".<sup>106</sup>

Kao početak posebnog radnopravnog razvoja odgovornosti posloprimca za štetu obično se smatra presuda Radnog suda Plauen, od 4. studenoga 1936. U

<sup>102</sup> Kao običajno pravo shvaćaju ga Canaris, Claus-Willhelm, *Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse*, *RdA*, 19. Jhrg., H. 2 (1966.), str. 41., 49.; Gamillscheg, F., Hanau, P., op.cit., str. 6, 34. Protiv takvog stajališta izjasnio se Däubler, Wolfgang, *Die Haftung des Arbeitnehmers - Grundlagen und Grenzen*, *NJW*, H. 14. (1986.), str. 867., 868.; djelomice ga prihvaćaju: Kohte, Hans-Wolfgang, *Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberberrisiko*, Königstein/Ts., Athenäum, 1981., str. 242. (dalje: *Arbeitnehmerhaftung*); Otto, H., *Ist es erforderlich*, op. cit., str. E 45; Annuß, Georg, *(Nichts) Neues zur Arbeitnehmerhaftung?*, *NZA*, H. 20 (1998.), str. 1089.; Richardi, R., *Staudingers Kommentar*, op. cit., Rn. 519., str. 511.; Otto, H., *Schwarze*, R., op. cit., str. 44. i d.

<sup>103</sup> Kohte, H.-W., *Arbeitnehmerhaftung*, op. cit., str. 307.; Gamillscheg, F., Hanau, P., op. cit., str. 34.

<sup>104</sup> Annuß, G., *Die Haftung des Arbeitnehmers*, op. cit.; Canaris, Claus-Willhelm, *Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971., str. 467 i d., cit. prema Sandmann, B., op. cit., str. 55 i d.

<sup>105</sup> BAG, v. 12.10.1989, AP Nr. 97 zu § 611 BGB *Haftung des Arbeitnehmers* i dr., cit. prema Sandmann, B., op. cit., str. 82.

<sup>106</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1157.

presudi, u kojoj je riječ o odgovornosti vozača kamiona za oštećenje kamiona, sud je prihvatio pretpostavku prešutnog stranačkog isključenja odgovornosti za laku nepažnju. To je obrazložio velikom opasnošću od štete (*hohe Schadensgeneigtheit*) koju u sebi sadrži posao vozača kamiona, s jedne, te nepostojanjem kompenzacije za takav rizik posloprimcu (*fehlende Abgeltung des Haftungsrisikos*), tj. dovoljno visoke plaće koja bi mogla pokriti takve štete, s druge strane.<sup>107</sup>

Slično stajalište zastupao je Radni sud Rajha (*Reichsarbeitsgericht*, dalje RAG) u presudi od 12. lipnja 1937.<sup>108</sup> Rezultat njegovih odluka jest i priznanje prava posloprimca na zahtjev za oslobođenjem od naknade štete prema poslodavcu (*Freistellungsanspruch*). Značajna je njegova presuda od 18. prosinca 1940., u kojoj je po prvi puta dana definicija tzv. opasnog rada, ili rada sklonog opasnosti (*Gefahrgeneigtheit der Tätigkeit*). Uz ovaj je institut njemačko pravo više od pola stoljeća vezivalo ublažavanje odgovornosti posloprimca. Riječ je o takvom radu čije je posebno obilježje da se i savjesnom posloprimcu može potkrasti pogreška, koja se doduše, promatrana sama za sebe, svaki put mogla izbjeći, ali s kojom se s obzirom na nedostatke čovjeka treba na temelju iskustva računati kao s tipičnom pogreškom u obavljanju rada (*typischen Abbiren der Dienstleistung*).<sup>109</sup>

Ova rješenja prihvatili su nakon 1945. godine i Zemaljski radni sudovi (*Landesarbeitsgerichte*, LAG), kao i BGH.<sup>110</sup> U sudskoj praksi, a i literaturi, probilo se shvaćanje da pri opasnom radu i postupanju s običnom nepažnjom posloprimca treba uvijek djelomično osloboditi od odgovornosti.<sup>111</sup>

Zaključkom od 25. rujna 1957.<sup>112</sup> Veliki senat BAG-a načelno je prihvatio stajalište o ograničenoj odgovornosti posloprimca. Kao pretpostavke ograničenja

<sup>107</sup> Shvaćanje o ograničenoj odgovornosti posloprimca vozača sud je okarakterizirao kao zajedničko dobro osoba na koje se to odnosi. Pritom je ustvrdio da bi se drugačija volja stranaka morala ocijeniti kao protivna dobrim običajima. *Arbeitsrechts-Sammlung (ARS)* 29, 62. Cit. prema: Otto, H., Schwarze, R., op. cit., str. 8.; Richardi, R., Staudingers Kommentar, op. cit., str. 503.

<sup>108</sup> Otto, H., Schwarze, R., op. cit., str. 8. RAG se u drugim odlukama za obrazloženje ograničenja odgovornosti koristio i prigovorom nedopuštenog vršenja prava, idejom o obostranom odnosu povjerenja i idejom o zajedništvu u poduzeću. Blomeyer, W., op. cit., str. 1157.

<sup>109</sup> RAG je u pitanju ograničenja odgovornosti razlikovao, u skladu s odredbama BGB-a, običnu nepažnju (*leichtes Versehen*) i grubu nepažnju (*gröbliches Verschulden*). U pogledu značenja stupnjeva krivnje za oslobođenje od odgovornosti, nije razvio ujednačenu sudsku praksu, pa se kod obične nepažnje pretežno odlučivao za raspodjelu štete, ali je u nekim slučajevima odlučio i o potpunom isključenju odgovornosti posloprimca. Otto, Schwarze, op. cit., str. 8.

<sup>110</sup> AP Nr. 1 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers. Cit. prema: Blomeyer, W., op. cit., str. 1157.

<sup>111</sup> Kriteriji ublažavanja odgovornosti bili su različiti: prešutno isključenje odgovornosti, obveza povjerenja i pažnje, zajedništvo u poduzeću, raspodjela rizika pogona, specifičan radnopravni pojam nepažnje i dr. loc. cit.

<sup>112</sup> AP Nr. 4 zu §§ 898, 899 RVO.

uzima postojanje opasnoga rada te "krivnje koja nije teška" (*nicht schwere Schuld*),<sup>113</sup> a ograničenje odgovornosti obrazlaže idejom o obostranoj obvezi povjerenja i skrbi (*gegenseitige Treue- und Fürsorgepflicht*) te nužnošću uzimanja u obzir rizika pogona (*Betriebsrisiko*).<sup>114</sup>

Stajališta Velikog senata konkretizirala su se u sudskoj praksi BAG-a. Prihvaćeno je tipizirano utvrđivanje opasnosti rada na temelju svojstava i činidbi rada. Uz to, sudska je praksa razvila trostupanjnsku odgovornost<sup>115</sup> u slučaju postojanja opasnoga rada: 1. za namjeru i grubu nepažnju (*Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit*) posloprimac uvijek sam odgovara za cjelokupnu štetu; 2. za laku nepažnju (*geringe, leichte, leichteste Fahrlässigkeit*) treba doći do primjerenog potpunog isključenja odgovornosti; za normalnu, "srednju" (običnu) nepažnju (*normale, mittlere Fahrlässigkeit*) zagovara se raspodjela štete po kvotama između poslodavca i posloprimca, uz sveobuhvatnu ocjenu svih okolnosti slučaja, pozivanjem na odredbu § 254. BGB-a o podijeljenoj odgovornosti.<sup>116</sup>

Kod ograničenja odgovornosti posloprimca nije se postavljalo samo pitanje može li se uopće isticati zahtjev za naknadu štete, nego i hoće li posloprimac, ako se utvrdi njegova obveza naknade štete, biti opterećen štetnim posljedicama u punom opsegu. U odnosu (ne)jednakosti između naknade za rad i rizika vidi se razlog što se posloprimca ne smije opteretiti onim štetnim posljedicama koje su nerazmjerne njegovim prihodima s osnove rada. Otuda se zaključuje da ograničenje odgovornosti posloprimca dolazi u obzir samo kada je posloprimac postupao s nepažnjom, dok je u slučaju postupanja s namjerom obvezan nadoknaditi cjelokupnu štetu. Kod nepažnje koristi se pravni institut poravnanja štete unutar pogona između poslodavca i posloprimca, gdje prema sudskoj praksi dolazi do izražaja stupanj nepažnje.

Kada je riječ o opasnosti rada kao pretpostavci oslobođenja posloprimca od

<sup>113</sup> Ovakvim elastično određenim pojmovima željelo se dati više prostora budućoj sudskoj praksi. Osim toga, htjelo se izbjeći stupnjevanje obične i krajnje nepažnje, jer Veliki senat BAG-a nije još želio isključiti ograničenje odgovornosti u slučaju grube nepažnje. Otto, H., Schwarze, R., op. cit., str. 10.

<sup>114</sup> U okolnosti koje treba uzeti u obzir prilikom utvrđivanja udjela posloprimca u šteti ubraja: opasnost rada, rizik što ga je poslodavac pokrio osiguranjem, radno mjesto posloprimca u poduzeću, visinu naknade za rad, stupanj krivnje, osobne prilike posloprimca. loc. cit.; Blomeyer, W., op. cit., str. 1158.

<sup>115</sup> Pritom je uzet u obzir interes posloprimca da se zaštiti od financijskih posljedica uzrokovanja štete, potreba zaštite poduzetnika od šteta, te interes javnosti za očuvanjem poretka bez šteta kroz prevenciju i kažnjavanje. Blomeyer, W., op. cit., str. 1158.

<sup>116</sup> "[*Podijeljena odgovornost*] (1) Ako je u nastanku štete sudjelovao svojom krivnjom i oštećenik, tada obveza na naknadu kao i opseg dugovane naknade ovisi posebice o okolnosti da li je štetu uzrokovala pretežno jedna ili druga strana. (2) <sup>1</sup> Ovo vrijedi i onda kada je krivnja oštećenika ograničena na to da je on propustio upozoriti štetnika na opasnost od jedne neuobičajeno velike štete, za koju štetnik nije znao niti je morao znati, ili na to da je propustio otkloniti ili smanjiti štetu. <sup>2</sup> Propis § 278 primjenjuje se na odgovarajući način."

odgovornosti za štetu, valja napomenuti da je sudska praksa BAG-a u početku prihvatila kriterij tipične opasnosti rada, koja se utvrđivala na temelju svojstava i činidbi rada. Postupno se, ipak, počelo uzimati u obzir konkretno stanje opasnosti u trenutku uzrokovanja štete.<sup>117</sup>

Ipak, sve brojniji bili su oni pravni teoretičari koji zahtijevaju izostavljanje opasnoga rada kao pretpostavke ograničenja odgovornosti posloprimca za štetu.<sup>118,119</sup>

Rasprava o tome da li načelo o ograničenju odgovornosti posloprimca proširiti na sve, a ne samo na opasne poslove koji se vrše u pogonu, okončana je zaključkom Velikog senata BAG-a, od 27. rujna 1994., kojim je utvrđeno da "načela o ograničenju odgovornosti vrijede za svaki rad ... koji je naređen u poduzeću (pogonu) i koji se obavlja na temelju radnog odnosa, čak i onda kada ovi poslovi nisu opasni".<sup>120</sup>

U novijem razvoju promatranog instituta posebno je značajna modifikacija trostupanjske odgovornosti proizašla iz odluke BAG-a od 17. rujna 1998. Radilo se o slučaju u kojem je prizivni sud utvrdio da je posloprimac povrijedio svoje obveze postupajući vjerojatno s najlakšom nepažnjom. BAG se na to nadovezao načelnim tumačenjem utvrđenih stupnjeva krivnje. U odluci se navodi sljedeće: "...povreda obveze nastaje već onda kada je zbog ponašanja posloprimca poslodavcu nastala šteta. Obveza je posloprimca da ne oštećuje vlasništvo ni imovinu poslodavca. Stupanj krivnje određuje se ovisno o povredi ove obveze. To znači da pri utvrđivanju stupnja nepažnje treba dokazati u kojem je opsegu posloprimac, u vezi sa štetnim posljedicama, postupao skrivljeno, dakle s namjerom ili nepažnjom. Ako posloprimac ne može primjerenim naprezanjem

<sup>117</sup> Dio literature vidio je u tome miješanje subjektivnih i objektivnih elemenata koje, uz mnoga otvorena sporna pitanja, vodi pravnoj nesigurnosti te se zalaže za vraćanje tipiziranom kriteriju. Smatralo se da kriterij tipičnog opasnog rada nije provediv u praksi, te da su na koncu za sudove odlučujuće samo okolnosti pojedinačnog slučaja, što rezultira "samovoljnom" sudskom praksom. Blomeyer, W., op. cit., str. 1160.

<sup>118</sup> Däubler, W., op. cit., str. 871. i d.; Kohte, Wolfhard, Abschied von der dreigeteilten Fahrlässigkeit im Recht der Arbeitnehmerhaftung, *BB*, H. 25 (1983.), str. 1608. i d. (dalje: Abschied); Otto, H., Ist es erforderlich, op. cit., str. E 52 i d.

<sup>119</sup> Trostupanjski model odgovornosti posloprimca zamijenjen je dvostupanjskom koncepcijom odgovornosti presudom Sedmog senata BAG-a. Prema njoj, posloprimac odgovara za štete kod vršenja opasnoga rada počinjene s namjerom i grubom nepažnjom. Osmi senat BAG-a vratio se trostupanjskoj odgovornosti 1987. godine, ne prihvaćajući opće oslobođenje od odgovornosti pri običnoj (normalnoj) nepažnji. Odlukom od 12. listopada 1989. ostao je kod mogućnosti ublažavanja odgovornosti posloprimca pri običnoj pa čak i gruboj nepažnji, ako se na temelju ocjene svih okolnosti pojedinačnog slučaja, a posebice na osnovi visine nastale štete, pokaže nužnim raspodijeliti štetu, tj. prebaciti je u većem dijelu na posloprimca. Pritom je predložio ograničenje od tri bruto mjesečne plaće kao gornju granicu. Sandmann, B., op. cit., str. 7.

<sup>120</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1159.



svojih snaga i sposobnosti izbjeći štetu, ispunio je svoje ugovorne obveze i objektivna povreda obveze je isključena."<sup>121</sup>

Ova je odluka naišla na oštru kritiku. Smatra se, protivno stajalištu BAG-a, da se stupanj krivnje ne smije određivati u vezi s nastalom štetom, iako on u većini slučajeva značajno utječe na ublažavanje odgovornosti. Štetnik najčešće može lako raspoznati koja je radnja obvezna, ali nema mogućnost bezuvjetno procijeniti da li i u kojoj mjeri šteta prijete ako se bude ponašao protivno obvezi. BAG-u se prigovara da je u obrazloženju izbrisao upravo to razgraničenje, navodeći kako se stupanj nepažnje odmjerava prema tome u kojem je opsegu posloprimac postupao skrivljeno u vezi sa štetnim posljedicama, čime se prešlo od objektivne mogućnosti da se prepozna povreda obveze na objektivnu mogućnost prepoznavanja štetnih posljedica. Odlukom je promijenjeno i stajalište o pitanju mogućnosti izbjegavanja štete. Više nije bitno da li je povredu obveze mogao izbjeći prosječan posloprimac, kojemu je povjeren određen zadatak, već to da li je štetu mogao izbjeći konkretan posloprimac, uz primjereno naprezanje svojih snaga i sposobnosti. Smatra se da je sud time odstupio od vladajućeg mišljenja u teoriji građanskog prava, prema kojem se mjerilo nepažnje određuje samo prema objektivnim kriterijima, a ne prema subjektivnim sposobnostima štetnika.<sup>122</sup>

Na koncu valja napomenuti da je u njemačkome pravu bilo pokušaja da se pitanje odgovornosti posloprimca za štetu uredi zakonom. Postojalo je nekoliko zakonskih prijedloga,<sup>123</sup> ali niti jedan nije prihvaćen. Njihova zajednička karakteristika bila je da su predviđali potpunu odgovornost posloprimca za štetu prouzročenu s namjerom, a u potpunosti je isključili za običnu nepažnju. Za grubu nepažnju u pravilu su predviđali ublažavanje odgovornosti prema kriteriju pravičnosti s obzirom na okolnosti svakog pojedinačnog slučaja.

### **3.4. "Rad naređen u pogonu" kao pretpostavka ublažavanja odgovornosti posloprimca**

Kriterij "rada/poslova naređenih u pogonu" (*betrieblich veranlaßte Tätigkeiten*) kao pretpostavka za ublažavanje odgovornosti posloprimca u

---

<sup>121</sup> BAG v. 17.9.1998, AP Nr. 2 zu § 611 BAG Mankohaftung (II 2 a der Gründe) Cit. prema: Sandmann, B., op. cit., str. 7-8.

<sup>122</sup> ibid., str. 8.

<sup>123</sup> Prijedlog 2. pročišćenog teksta radnog zakona, iz 1971. g. (Der Entwurf zum 2. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz); Prijedlog Komisije za Zakon o radu, iz 1977. g. (der Entwurf der Kommission für ein Arbeitsgesetzbuch); Prijedlog prava o radnom odnosu Njemačkog saveza sindikata, iz 1977. g. (der DGB-Entwurf zum Arbeitsverhältnisrecht); Prijedlog zakona o reguliranju odgovornosti posloprimca Socijaldemokratske partije, iz 1989. i 1995. g. (die SPD-Gesetzentwürfe zur Regelung der Arbeitnehmerhaftung). SPD-ov prijedlog iz 1995. postavio je kao gornju granicu odgovornosti za grubu nepažnju iznos 3-mjesečne neto plaće. Cit. prema: Blomeyer, W., op. cit., str. 1158.

njemačkom pravu, koji je zamijenio kriterij "opasnoga rada", nametnuo je potrebu da se svaki rad koji se vrši u pogonu razgraniči od drugih djelatnosti ili poslova koji se mogu uračunati općem životnom riziku posloprimca (*allgemeines Lebensrisiko des Arbeitnehmers*).<sup>124</sup>

"Rad naređen u pogonu" složen je pojam. Po svom sadržaju odgovarao bi sintagmi "na radu i u vezi s radom" koja se upotrebljava u hrvatskom pravu. Opsegom obuhvaća različite poslove, koje je s obzirom na njihova obilježja moguće i stupnjevati.<sup>125</sup>

Najjednostavnije je razgraničenje od ostalih životnih aktivnosti posloprimca onoga rada koji je neposredno naređen u pogonu (*unmittelbar betrieblich veranlaßt*), tj. rada koji je posloprimac obvezan obavljati na temelju ugovora o radu, ili mu je dodijeljen od poslodavca, ili pretpostavljene osobe u skladu s uvjetima ugovora o radu. Sljedeći stupanj predstavlja rad posloprimca koji se obavlja u interesu pogona (*im Interesse des Betriebs*). Naime, čak i kada rad kojim je uzrokovana šteta ne ulazi u krug poslova posloprimca, kada ga on nije obvezan vršiti, ili ga nije naredio poslodavac, takav rad može biti u interesu poduzeća, tj. poduzetnika. Bitno je da takav rad izvan kruga zadataka prenesenih na posloprimca bude prikladan, što se, u pravilu, ocjenjuje prema objektivnom kriteriju razumnoga posloprimca. Posljednji stupanj predstavlja rad koji je u uskoj vezi s pogonom (*Tätigkeit im nahen Zusammenhang mit dem Betrieb*). Njegovo postojanje ocjenjuje se prema tome je li ponašanje posloprimca usko povezano s poduzećem i njegovom poslovnom djelatnošću ili je veza tako slaba da rad treba svrstati u opći životni rizik posloprimca. Iz sudske prakse mogu se izdvojiti sljedeći primjeri. Utvrđeno je da ne postoji bliža veza kada posloprimac radnjom koja uzrokuje štetu ide za ostvarenjem vlastitih interesa, kao i onda kada je vođenje brige o vlastitim interesima utjecalo na vrstu i način obavljanja rada. To će biti slučaj kada posloprimac prilikom rada u poduzeću poduzme radnju koja nema nikakve veze s njegovim radom u poduzeću, ili s poduzećem, primjerice slučaj očito neopravdanog prekida službenog puta zbog privatnih razloga (npr. posjet rodbini), ukoliko za to ne postoji poseban opravdan razlog. Ili slučaj kada posloprimac na putu do radionice ošteti motorno vozilo koje mu je poslodavac prepustio kao naknadu za rad i koje sam koristi, jer mu je vozilo bilo prepušteno u interesu posla.<sup>126</sup>

<sup>124</sup> Formulacija je preuzeta iz sudske prakse vezane uz primjenu Socijalnog zakonika. "Djelatnostima naređenim u pogonu" obuhvaćeni su poslovi, rad koji posloprimac obavlja "u interesu poduzeća" (*im Interesse des Betriebs*). Novija judikatura teži proširenju područja primjene, koje ne bi bilo vezano uz razvoj prava socijalnog osiguranja. *ibid.*, str. 1163.

<sup>125</sup> *loc. cit.*

<sup>126</sup> *loc. cit.*

### **3.5. Pretpostavke za ograničenje odgovornosti posloprimca za štetu prouzročenu poslodavcu**

Današnji režim ograničenja odgovornosti posloprimca počiva na temeljima postavljenima odlukom Velikog senata BAG-a, iz 1957. godine, i oživotvorenima u sudskoj praksi istoga suda. Osnovu predstavlja trustupanjaska odgovornost u vezi s radom naređenim u pogonu.

Za štete počinjene poslodavcu i svojim radnim kolegama posloprimac odgovara prema sljedećim pravilima: 1. za štetu počinjenu s namjerom ili grubom nepažnjom uvijek odgovara sam za cjelokupnu štetu; 2. za tzv. laku nepažnju potrebno je primjereno u potpunosti isključiti njegovu odgovornost; 3. za običnu ("srednju") nepažnju zagovara se raspodjela štete po kvotama između poslodavca i posloprimca (tzv. poravnanje štete unutar pogona), uz ocjenu svih okolnosti slučaja.<sup>127</sup>

Zakonodavac je prilikom reforme BGB-a 2002. g. izričito naglasio da ne želi, čak niti odredbom § 619.a o prebacivanju tereta dokaza, mijenjati sadržaj ovakve privilegirane odgovornosti posloprimca. Spor, međutim, izaziva teorijska osnova takve odgovornosti. Sudska praksa pronalazila ju je do sada u odredbi § 254. BGB-a o podijeljenoj odgovornosti, dok zakonodavac koji je donio zakon o modernizaciji obveznog prava smatra da bi prikladnija bila odredba § 276. st. 1. al. 1. BGB-a o odgovornosti štetnika.<sup>128</sup> O tome više *infra* poglavlje 4.

#### **3.5.1. Stupnjevi krivnje kao kriterij ograničene odgovornosti posloprimca**

*Namjera.* Posloprimac u načelu odgovara za postupanje s namjerom. Prema vladajućem mišljenju namjera se, kao i nepažnja, mora odnositi na uzrokovanje štete (*Schadenszufügung*).<sup>129</sup> Pritom mora postojati barem *dolus eventualis*, dakle posloprimac mora štetu i njezinu visinu barem predvidjeti kao moguću i pristati na njezino nastupanje. Drugim riječima, nije dovoljna samo namjera usmjerena povredi nekog naloga poslodavca<sup>130</sup> ili nekog zaštitnog zakona. Ovakvo odstupanje od načela općeg privatnog odštetnog prava proizlazi stoga što

---

<sup>127</sup> Ovakvu podjelu ipak valja uzeti uz određenu uzdržanost, s obzirom na ranije navedeno, kontroverzno stajalište BAG-a iz 1998. g.

<sup>128</sup> Gotthardt, Michael, *Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform*, München, Beck, 2002., str. 82.

<sup>129</sup> Najveći broj zakonom utvrđenih ograničenja odgovornosti zahtijevaju da se namjera ili kvalificirana nepažnja odnose na uzrokovanje štete i njezin opseg. Osim privilegirane odgovornosti koja proizlazi iz radnog ili službeničkog odnosa, tu ulazi i ona koja proizlazi iz pravnih odnosa s osobnopravnim obilježjima, te onih iz usluge. Deutsch, E., *Privilegierte Haftung...*, op. cit., str. 711.

<sup>130</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1164. Gamillscheg je tvrdio da se namjerno nepoštivanje naloga poslodavca ne može izjednačiti s namjernim uzrokovanjem štete, nego ga određuje kao "nešto treće između namjere i nepažnje", što je, ako je učinjeno iz objijesti, moguće izjednačiti

radnopravno ograničenje odgovornosti nije usmjereno na radnju (*Handeln*) kao takvu, već je njegov cilj isključivo računanje rizika štete. Odstupanje je dakle posljedica poravnjanja štete unutar pogona.<sup>131</sup>

*Gruba nepažnja.* Pri gruboj nepažnji posloprimac u pravilu sam snosi nastalu štetu. Prema vladajućem mišljenju nepažnja se mora odnositi na uzrokovanje štete kao takve.

U nekim su slučajevima grube nepažnje sudovi ipak smatrali da je, s obzirom na okolnosti pojedinačnog slučaja, opravdano ograničiti odgovornost posloprimca. S tim u vezi značajna je već spomenuta odluka BAG-a od 12. listopada 1989.<sup>132</sup> Njome je sud odstupio od svoje ranije prakse prema kojoj, u pravilu, nije bilo mjesta ograničenju odgovornosti u korist posloprimca koji je postupao s grubom nepažnjom.<sup>133</sup> Odlukom je prihvaćeno ograničenje odgovornosti i za slučaj kada se odgovornost posloprimca za cjelokupnu štetu čini neprimjerenom u odnosu na visinu rizika štete koji se, kao rizik pogona, pripisuje poslodavcu. Ocijenjeno je da ograničenje odgovornosti dolazi u obzir posebice kada postoji "jasan nerazmjer između naknade za rad i rizika štete".<sup>134</sup>

Istim se argumentima poslužio i Veliki Senat BAG-a u svojem Zaključku od 12. lipnja 1992. kako bi obrazložio svoje stajalište o načelu ograničenja

---

s grubom nepažnjom. Kasnije prihvaća da je ustvari riječ o određenju sadržaja namjere. Gamillscheg, Franz, *Zum Vorsatz bei der Haftung des Arbeitnehmers*, *RdA*, Heft 10 (1967.), str. 375. (u daljnjem tekstu: *Zum Vorsatz bei der Haftung*)

<sup>131</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1164.; Deutsch, E., *Privilegierte Haftung...*, op. cit., str. 710.; Gamillscheg, F., *Zum Vorsatz bei der Haftung*, op. cit., str. 375.; Richardi, Reinhard, *Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?*, *JZ*, 41. Jhrg., H. 17 (1986.), str. 805 (dalje: *Ist es erforderlich*).

<sup>132</sup> Izvor: Makrolog, *Deutsche Rechtsprechung*; *BB* 1989, str. 2113, 2404.

<sup>133</sup> Kao jedini izuzetak od ovog pravila ograničenje odgovornosti bilo je dopušteno u slučaju kada je poslodavac vlastitim ponašanjem povećao rizik pogona. Kao primjer može se navesti odluka BAG-a, od 18.1.1972. Radilo se o prometnoj nezgodi koju je na zaleđenom kolniku, vozeći brzo u zavoju uzrokovao posloprimac automobilom svoga poslodavca, izvršavajući nalog poslodavca da njegovu suprugu što prije dovede na posao. U odluci se navodi da je niži sud (LAG) uzeo u obzir samo objektivne okolnosti slučaja, što nije dovoljno. Subjektivne okolnosti na koje upućuje BAG kao relevantne odnose se na dob posloprimca, koji je u vrijeme nezgode bio malodoban, kratko vozačko iskustvo od godine dana, te veličinu vozila koje je poslodavac povjerio posloprimcu. Sud je smatrao da su ove okolnosti bile poznate tužitelju (poslodavcu) ili su mu barem morale biti poznate. BAG, 18.1.1972., AP Nr. 69 zu §611 BGB *Haftung des Arbeitnehmers*, Bl. 840-841.

<sup>134</sup> Hübsch, M., *Arbeitnehmerhaftung*, op. cit., str. 694. U odluci je utvrđeno kako nerazmjer postoji kada posloprimac vozi skupa vozila ili koristi vrijedne strojeve ili stvari poslodavca. Ipak, neće uvijek postojati podijeljena odgovornost poslodavca, jer ponekad može biti korisno "niže kvalificiranim posloprimcima povjeriti nadzor nad najskupljim strojevima", pa ublažavanje odgovornosti nameće potreba za pravičnom raspodjelom rizika u radnom odnosu. Izvor: Makrolog, *Deutsche Rechtsprechung*.

odgovornosti u radnom odnosu<sup>135</sup> uopće.<sup>136</sup> Veliki Senat poziva se prije svega na sociološke činjenice, kao i na odgovarajuću primjenu § 254. BGB-a o podijeljenoj odgovornosti kao temelja ublažavanja odgovornosti.<sup>137</sup> Osim toga, dokazuje da postoje ustavne norme<sup>138</sup> o ograničenju odgovornosti posloprimca koje se mogu primijeniti upravo u onim slučajevima štete u kojima očekivani imovinski gubitak posloprimca (zbog obveze naknade štete) stoji u grubom nerazmjeru s visinom plaće koja se uzima kao temelj za naknadu štete.<sup>139</sup>

U literaturi se smatra da ovakvo stajalište sudske prakse, kojim se u slučaju grube nepažnje ograničenje odgovornosti posloprimca prihvaća ne više kao iznimka, nego kao pravilo, dovodi do suvišnosti trodiobe odgovornosti.<sup>140</sup> Ipak, literatura i sudska praksa slažu se da načelo ograničenja odgovornosti nalazi svoju primjenu u slučaju obične i grube nepažnje pri određivanju kvota odgovornosti posloprimca na temelju ocjene relevantnih okolnosti pojedinačnog slučaja.<sup>141</sup> Posebno se ističe da se postojanje grube nepažnje ne protivi raspodjeli štete na temelju ocjene okolnosti pojedinačnog slučaja. Tako će posloprimac biti obvezan sam snositi manju štetu uzrokovanu grubom nepažnjom. Što se smatra manjom štetom, određuje se prema kriteriju ugrožavanja egzistencije posloprimca. Kao osnova za život u pravilu se uzima prihod od rada. Veći

---

<sup>135</sup> Koristi se sintagma "za sve poslove koji su naredeni u pogonu i u okviru radnog odnosa" / "für alle Arbeiten... die durch den Betrieb veranlaßt sind und aufgrund eines Arbeitsverhältnisses geleistet werden..."

<sup>136</sup> U izreci Zaključka izričito se navodi kako to pravno shvaćanje odstupa od sudske prakse BGH.

<sup>137</sup> Ocjenjuje da se suodgovornost oštećenika prema navedenom paragrafu može tumačiti i kao suodgovornost za opasnost od stvari ili pogona koju poslodavac kao oštećenik mora snositi. Obrazloženje Zaključka, točka II. Za tekst odredbe vidi *infra*: bilješka 116.

<sup>138</sup> Čl. 2. st. 1. Ustava Savezne Republike Njemačke (Grundgesetz, dalje: GG) (*freie Entfaltung der Persönlichkeit* - slobodan razvoj osobnosti) koji jamči opću slobodu postupanja u najširem smislu obuhvaća, s jedne strane, slobodu gospodarske djelatnosti poslodavca i pruža prostor razvijanju poduzetničke inicijative, a s druge štiti opće pravo osobnosti i time jačanje osobnosti posloprimca, koja se ostvaruje kroz suvremen razvoj poslovnog života i s time povezanih novih opasnosti po čovjekovu osobnost. Čl. 12. st. 1. al. 2. GG-a (*Recht auf freie Berufsausübung* - pravo na slobodan izbor zanimanja) osigurava područje slobodnog obavljanja zanimanja kako za poslodavca, tako i za posloprimca, kroz jamstvo mogućnosti ostvarenja temelja ekonomske egzistencije. U vezi s načelom socijalne države iz čl. 20. st. 1 GG osigurava opće životne potrebe i minimum egzistencije kao minimalne pretpostavke za život dostojan čovjeka. Obrazloženje, op. cit., točka III, podtočka 3.

<sup>139</sup> Posloprimac je kroz organizaciju rada, stvarno i pravno uređenje posla, svrstavanje u organizaciju pogona izložen rizicima koje ne može izbjeći. U takvoj organizaciji rada koju određuje netko drugi (poslodavac) ustavom garantirana prava posloprimca bivaju ugrožena kada prihodi od rada stoji u značajnom nerazmjeru s visinom štete koju posloprimac mora nadoknaditi, ili kada obveza naknade štete ugrožava njegovu ekonomsku egzistenciju. Takvo pretjerano i neprimjereno financijsko opterećenje posloprimca guši svaki poticaj posloprimca za daljnje obavljanje rada, jer mu to izgleda beskorisnim.

<sup>140</sup> Hübsch, M., *Arbeitnehmerhaftung*, op. cit., str. 694.

<sup>141</sup> loc. cit.

nerazmjer između plaće i štete postojat će kada posloprimac ne bude u stanju nadoknaditi štetu od svoje zarade. Pravu granicu "grubog" ili "jasnog" nerazmjera nije moguće postaviti na osnovi pojedinačnih sudskih odluka. No uobičajeno je da se takvim smatra onaj odnos između plaće i visine štete kod kojeg iznos nastale štete prelazi tri mjesečne plaće.<sup>142</sup>

Ipak, pitanje da li ograničiti odgovornost za grubu nepažnju na unaprijed utvrđeni iznos, ostalo je sporno. BAG se izjasnio protiv toga, s obrazloženjem da *de lege lata* nije moguće dati teorijsko obrazloženje takvog ograničenja, da nema temelja za sudačko stvaranje prava.<sup>143</sup> Neki od prijedloga zakona o odgovornosti posloprimca s tim u vezi sadržavali su različita rješenja.

Kada je riječ o razdoblju plaćanja naknade štete, BAG je potvrdio odluku nižega suda kojom je posloprimac bio obvezan na plaćanje u razdoblju od pet godina. Time se istovremeno izbjegava dugogodišnje (doživotno!) dugovanje posloprimca i naglašava potreba da poslodavac vodi računa o riziku koji stvara.

*Obična nepažnja.* Pri postojanju obične nepažnje šteta se, prema vladajućem stajalištu, dijeli između poslodavca i posloprimca. Pritom je potrebno ostvariti ravnotežu između dijela kojeg snosi sam poslodavac, kao svoj rizik štete u pogonu, i dijela koji se pripisuje posloprimcu. Bitne su okolnosti svakog pojedinačnog slučaja, ali se i ovdje primjenjuju opći kriteriji koje su razvile sudska praksa i literatura.<sup>144</sup>

*Najlakša nepažnja.* Stajalište je BAG-a i pretežnog dijela literature da pri lakoj (*leichte*) odnosno najlakšoj nepažnji (*leichteste Fahrlässigkeit*) otpada u potpunosti odgovornost posloprimca. Takvi se slučajevi nepažnje nazivaju tzv. tipičnim pogreškama (*typisches Abirren*, "*Sich-Vergreifen*", "*Sich-Versprechen*", "*Sich-Vertun*").<sup>145</sup> Smatra se da u ovakvom slučaju pretežno značenje ima rizik pogona što ga snosi poslodavac, pa zbog toga on sam snosi nastalu štetu. Rješenje se temelji na primjeni analogijom § 254. BGB-a, koji uređuje podijeljenu odgovornost oštećenika.<sup>146</sup>

*Kritika trodiobe stupnjeva krivnje i prijedlozi de lege ferenda.* Navedena podjela krivnje naišla je na različite kritike u njemačkoj pravnoj teoriji. Prigovori se odnose na "neprirodnost" trodiobe, nejasno teorijsko tumačenje koje ju je pratilo, nedostatak praktičnosti rezultata te ponajviše na nepostojanje njezine socijalne opravdanosti.<sup>147</sup>

U literaturi se ističe da je "dvodioba" nepažnje na običnu i najlakšu nespojiva s BGB-om, jer najlakšu nepažnju zakon ne poznaje. Smatra se da pri radu u

<sup>142</sup> *ibid.*, str. 695.

<sup>143</sup> BAG 12.10.1989. Izvor: Makrolog, Deutsche Rechtsprechung. Blomeyer, W., *op. cit.*, str. 1165; Hübsch, M., *Arbeitnehmerhaftung*, *op. cit.*, str. 695.

<sup>144</sup> Blomeyer, W., *op. cit.*, str. 1165.

<sup>145</sup> *ibid.*, str. 1166.

<sup>146</sup> Sandmann, B., *op. cit.*, str. 6.

<sup>147</sup> Blomeyer, W., *op. cit.*, str. 1166.

tuđem interesu uopće ne dolazi u obzir odgovornost za najlakši oblik nepažnje.<sup>148</sup> Prijedlozi zakonskih tekstova iz oblasti rada<sup>149</sup> razlikuju samo namjeru, nepažnju i grubu nepažnju. Pored toga, i stajalište sudske prakse upućuje na postupno ukidanje razlika pri razlikovanju između obične i grube nepažnje, dokazujući nepraktičnost modela trodiobe.

Kao socijalno neopravdana ocjenjuje se (su)odgovornost posloprimca za štetu koju je uzrokovao običnom nepažnjom.<sup>150</sup> Kao argumenti navode se postojeća pravna nesigurnost,<sup>151</sup> ometanje stranačke ravnopravnosti, nejednako postupanje prema posloprimcu.<sup>152</sup> Sedmi senat BAG-a predlagao je potpuno isključenje odgovornosti za običnu nepažnju, ali njegov prijedlog do danas nije zaživio.

Prijedlozi *de lege ferenda* uključuju zahtjev da se odgovornost za nepažnju u potpunosti isključi<sup>153</sup> ili barem ograniči na dvije mjesečne bruto plaće.<sup>154</sup> Time bi stupnjevanje krivnje izgubilo na značenju.<sup>155</sup> Opće isključenje odgovornosti posloprimca za nepažnju *de lege lata* odbijeno je s Osmim senatom BAG-a, jer je ocijenjeno da ne bi bilo spojivo s općim normama građanskog prava koje je na snazi.<sup>156</sup> Smatra se da jedno takvo isključenje odgovornosti u slučaju obične i grube nepažnje *de lege ferenda* nije prihvatljivo jer ne bi bila ispunjena preventivna funkcija.<sup>157</sup> Za sudačko stvaranje prava kroz praksu BAG-a nedostaje nužna pretpostavka promjene općeg pravnog shvaćanja. Odredbe tarifnih ugovora o isključenju odgovornosti za nepažnju vrlo su rijetke.

### 3.5.2. Kriteriji za određivanje udjela u šteti

Utvrđivanje udjela u šteti što ga treba snositi posloprimac za štete uzrokovane običnom i (u izuzetnim slučajevima) grubom nepažnjom sud prosuđuje ocjenom

<sup>148</sup> Richardi, R., Staudingers Kommentar, op. cit., str. 500. i d.

<sup>149</sup> Prijedlog Zakona o ugovorima o radu, te SPD-ov prijedlog zakona o odgovornosti posloprimca.

<sup>150</sup> Denck, Johannes, Zum pauschalen Ausschluß der Arbeitnehmerhaftung unterhalb der Grenze der groben Fahrlässigkeit, *NZA*, Heft 3 (1986.), str. 84. (dalje: Zum pauschalen Ausschluß); Preis, U., op. cit., str. 369; Däubler, W., op. cit., str. 870.; Kohte, Wolfhard, Die Bedeutung der Unfallversicherung für das Recht der Arbeitnehmerhaftung, *AuR*, H. 8 (1983.), str. 229. (dalje: Die Bedeutung der Unfallversicherung)

<sup>151</sup> Steindorff, E., op. cit., str. 7.

<sup>152</sup> Otto, H., Ist es erforderlich..., op. cit., str. E 54., 94.

<sup>153</sup> Entwurf eines Gesetzes über Arbeitnehmerhaftung der SPD, *BT-Drucks.* 13/2195 cit. prema Blomeyer, W., op. cit., str. 1167.

<sup>154</sup> Entwürfe für ein Arbeitsvertragsgesetz übereinstimmend in § 99 Abs. 3. Cit. prema Blomeyer, W., op. cit., str. 1167.

<sup>155</sup> Odgovornost službenika koji obavljaju «nedržavne djelatnosti» (*nichthoheitliche Tätigkeiten*) ograničena je 1992. godine na grubu nepažnju. Ovo ograničenje primjenjuje se preko upućujućih normi tarifnih ugovora na cjelokupnu javnu službu. Blomeyer, W., op. cit., str. 1167.

<sup>156</sup> Richardi, R., Ist es erforderlich..., op. cit., str. 796., 803. i d.; Richardi, R., Staudingers Kommentar, op. cit., Rn 505, str. 507. i d.; Dütz, W., op. cit., str. 1786.

<sup>157</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1167.

svih okolnosti slučaja, posebice uzroka i posljedica štete, prema stajalištu o pravičnosti i primjerenosti.<sup>158</sup> Katalog kriterija nije taksativan.<sup>159</sup> Okolnosti koje BAG smatra značajnima brojne su i raznolike,<sup>160</sup> što je suprotno nastojanju za ograničenjem odgovornosti i protivno pravnoj sigurnosti.<sup>161</sup> Prema stajalištu nekih sudova te pravne teorije na strani posloprimca mogu biti relevantne samo one okolnosti koje proizlaze iz radnog odnosa i uzroka štete, dok su na strani poslodavca to okolnosti na kojima se temelji rizik od štete i njegovo uračunavanje.<sup>162</sup>

### 3.5.2.1. Kriteriji na strani posloprimca

Sud najprije utvrđuje i ocjenjuje tijek događaja (djela), a zatim sklonost posla koji posloprimac obavlja opasnosti odnosno šteti (*Gefahr- bzw. Schadensneigung*).

Posebno značenje pridaje se stupnju krivnje jer je ograničenje odgovornosti veće ako je manji prijekor nepažnje.<sup>163</sup> Kao mjerodavne uzimaju se sljedeće okolnosti: predvidivost nastupanja štete, vrsta i težina rada, konkretno opterećenje, osoba posloprimca, njegova spremnost na odgovornost, obrazovanje, iskustvo u poduzeću, opseg i vrsta uputa poslodavca, životna dob, položaj u poduzeću. Od važnosti je i ranije ponašanje posloprimca na poslu.<sup>164</sup> Ocjenjuje se postoji li sklonost šteti, tj. rizik od štete, kao element koji utječe na odgovornost posloprimca. Posebna okolnost koju sud treba utvrditi jest visina štete. Kod manjih šteta, u pravilu, neće postojati odgovornost posloprimca, dok je kod većih šteta treba utvrđivati. Naknada za rad bit će značajna kao jedna od okolnosti jer se njenom analizom i usporedbom s naknadom drugih posloprimaca zaposlenih kod istog ili drugih poslodavaca može utvrditi sadrži li u sebi primjerenu naknadu za rizik od štete.<sup>165</sup>

Ne uzimaju se u obzir osobne okolnosti posloprimca kao što su dob, obiteljsko stanje, obveze uzdržavanja jer ne ulaze u sadržaj ugovora o radu i nisu u vezi sa štetnim događajem.<sup>166</sup> Isto vrijedi i za duljinu pripadanja poduzeću, osim ako

<sup>158</sup> BAG GS 27.9.1994. Izvor: Makrolog: Deutsche Rechtsprechung; Hübsch, M., op. cit., str. 695.; Blomeyer, W., op. cit., str. 1168.

<sup>159</sup> loc. cit.

<sup>160</sup> Gamillscheg govori o "Kasselskoj mješavini" ("Kasseler Allerlei"), Blomeyer o "potpuriju odgovornosti" ("Haftungspotpourrie"), Blomeyer, W., op. cit., str. 1168.

<sup>161</sup> Hanau, Peter, Preis, Ulrich, Anm. zum BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers, *JZ*, 43. Jhrg., H. 22 (1988.), str. 1074. i d.

<sup>162</sup> Canaris, C.-W., op. cit., str. 47.; Hanau, P., Preis, U., op. cit., str. 1074. i d.

<sup>163</sup> Richardi, R., *Ist es erforderlich...*, op. cit., str. 801. i d.

<sup>164</sup> Ocjenjuje se da će onaj tko je pri radu griješio, morati u konkretnom slučaju odgovarati za štetu uzrokovanu i lakšim povredama. Pritom je potrebno utvrditi da li ponavljanje pogrešaka ukazuje na nemarnost posloprimca, ili je posljedica opasnosti posla koji obavlja.

<sup>165</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1169.

<sup>166</sup> Canaris, C.-W., op. cit., str. 47.; Deutsch, E., *Privilegierte Haftung...*, op. cit., str. 705.



ne upućuje na iskustvo i znanje posloprimca. Sporno je pitanje da li postojanje osiguranja posloprimca od odgovornosti isključuje mogućnost ograničenja odgovornosti.<sup>167</sup>

### 3.5.2.2. Kriteriji na strani poslodavca

Temelj za utvrđivanje kriterija prema kojima će sud određivati udio u šteti poslodavca predstavlja odredba § 254. BGB-a o podijeljenoj odgovornosti.<sup>168</sup> U vezi s navedenom odredbom za sud će biti značajna ponajprije mogućnost poslodavca da preventivno, različitim organizacijsko-tehničkim mjerama, djeluje na ograničenje, odnosno ublažavanje šteta. S druge strane, mjerodavni će biti kriterij učestalosti šteta (*Schadensfälligkeit*) i visine štete.<sup>169</sup>

Prema uobičajenom stajalištu sudske prakse odredba § 254. primjenjuje se na dva načina: posredno i neposredno. U slučaju obične nepažnje posloprimca navedena odredba primijenit će se u prvom stupnju na temelju analogije s obzirom na rizik pogona koji treba snositi poslodavac, a u drugom stupnju izravno s obzirom na «pravu» suodgovornost poslodavca. U slučaju grube nepažnje posloprimca odredba § 254. BGB-a primjenjuje se, u pravilu, direktno ako postoji suodgovornost poslodavca. U sudskoj praksi mogu se naći odluke prema kojima posebno težak slučaj podijeljene odgovornosti poslodavca dovodi do potpunog isključenja odgovornosti posloprimca.<sup>170</sup>

Pri neposrednoj primjeni navedene odredbe valja, dakle, uzeti u obzir krivnju poslodavca kao oštećenika. To će biti slučaj kada je poslodavac u sferi svojih pravnih dobara postupao s namjerom ili nepažnjom ili kada je neko ponašanje, koje treba uračunati njegovom području rizika, skrivljeno prouzročilo ili potpomoglo nastanak štete.<sup>171</sup>

Pri odmjeravanju krivnje poslodavca valja uzeti u obzir stupanj vjerojatnosti povrede pravnog dobra od strane oštećenika, stupanj oštećenikove krivnje i njegovu ubrojivost. O podijeljenoj odgovornosti može se govoriti kod organizacijskih propusta, manjkavih uputa, nedovoljnog nadzora, neupućivanja posloprimca, posebice početnika, u rad uz pretpostavku da poslodavac poznaje ili je morao poznavati opasnosti posla itd. Ako je oštećeni poslodavac prouzročio štetu namjerno, otpada odgovornost posloprimca koji je postupao s nepažnjom.<sup>172</sup>

Primjena odredbe § 254. BGB-a o suodgovornosti poslodavca kao oštećenika neće biti isključena već samim time što je posloprimac postupao s namjerom.<sup>173</sup>

<sup>167</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1169.

<sup>168</sup> O stajalištu zakonodavca nakon reforme vidi *infra*, poglavlje 4.

<sup>169</sup> *ibid.*, str. 1170. Nije od važnosti ekonomski položaj poslodavca. Hübsch, M., op. cit., str. 690-695.

<sup>170</sup> *loc. cit.*

<sup>171</sup> Schaub, G., *Arbeitsrechts-Handbuch...*, op. cit., str. 360.

<sup>172</sup> BAG 18.1.1973. Cit. prema: Blomeyer, W., op. cit., str. 1172.

<sup>173</sup> BAG 18.6.1870 AP Nr. 57 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers. Cit. prema Blomeyer, W., op. cit., str. 1172.

Kod odmjeravanja udjela poslodavca u šteti kao sporno javlja se pitanje je li se i u kojoj mjeri poslodavac obvezan osigurati od rizika štete. Pravni temelj takve obveze mogu biti ugovor o radu, tarifni ugovor ili običaji u prometu. U protivnom, smatra se da ne postoji pravna obveza poslodavca na zaključenje osiguranja.<sup>174</sup>

#### **4. Neka pitanja utjecaja reforme obveznog prava na odgovornost posloprimca za štetu uzrokovanu poslodavcu**

##### **4.1. Teorijska osnova privilegirane odgovornosti**

Kao što je navedeno, zakonodavac reforme nije imao namjeru dirati u općeprihvaćena načela o ograničenju odgovornosti posloprimca za štetu uzrokovanu poslodavcu, tzv. privilegiranu odgovornost posloprimca. Ipak, za razliku od sudske prakse koja se poziva na odredbu § 254. kao teorijsku osnovu takve odgovornosti, zakonodavac drži da je prikladnija (izmijenjena) odredba § 276. st. 1. al. 1. BGB-a o odgovornosti štetnika. Prema toj odredbi moguće je odstupanje od načela odgovornosti štetnika za namjeru i nepažnju, «ako to proizlazi iz sadržaja obveznog odnosa», što se tumači kao ugovorno ograničenje odgovornosti.<sup>175</sup>

Kako je zakonodavac u obrazloženju zakona izričito dopustio sudovima da ostanu pri svojem stajalištu (pozivanju na § 254.), njegovo inzistiranje na odredbi § 276. st. 1. al. 1. imat će jedno drugo, sasvim praktično značenje.

Naime, sudska praksa načelo privilegirane odgovornosti posloprimca smatra pravom kojim se štiti posloprimca (*Arbeitnehmerschutzrecht*), a koje nije dispozitivne, već prisilne naravi (*unabdingbar*). Takvo se stajalište o prisilnom karakteru privilegirane odgovornosti u literaturi ocjenjuje neodrživim i bez teorijske osnove. Iako je u obrazloženju zakona zakonodavac istaknuo da ne želi ništa mijenjati u području privilegirane odgovornosti posloprimca, to je u suprotnosti s njegovim pozivanjem na ugovorno ograničenje takve odgovornosti iz § 276. st. 1. al. 1. BGB-a. U literaturi se smatra da namjera zakonodavca nije bila priznati prisilni karakter privilegirane odgovornosti posloprimca. Ako

---

<sup>174</sup> Blomeyer, W., op. cit., str. 1170. Kada je riječ o štetama od motornih vozila, BAG je zauzeo stajalište da ne postoji pravna obveza poslodavca da zaključenjem osiguranja ublaži moguće štete. BAG 24.11.1987. AP Nr. 92 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers. Cit. prema Blomeyer, W., op. cit., str. 1170; Gamillscheg, F., Hanau, P., op. cit., str. 109. i d. No s druge je strane, u slučaju kada je utvrđena obveza posloprimca da snosi udio u šteti (raspodjela štete po kvotama), utvrdio odgovarajuću dužnost (*Obliegenheit*) poslodavca na osiguranje. Detaljnije: Hübsch, M., op. cit., str. 690, 693.

<sup>175</sup> Gotthardt, M., op. cit., str. 82. Starija je sudska praksa zastupala i takvo stajalište, ali je u literaturi kritizirano kao fikcija o presumiranoj volji stranaka.

se ograničenje odgovornosti posloprimca utemelji na § 254. BGB-a, riječ je o sudačkom stvaranju dispozitivnog prava odgovornosti za štetu, koje zakonodavac priznaje kao takvo.<sup>176</sup>

U pogledu primjene § 276. st. 1. al. 1. BGB-a, nameće se i pitanje kontrole ugovornih odredbi kojima se odstupa od prihvaćenih pravila o ograničenju odgovornosti, pa se, primjerice, opseg odgovornosti posloprimca može i proširiti. Kontrola ugovornih odredbi temelji se na primjeni § 307. BGB-a. Kod svakog odstupanja od prihvaćenih pravila postoji opasnost neprimjerenog oštećivanja posloprimca. U literaturi se navodi primjer kada je ugovorom predviđena odgovornost posloprimca za cjelokupnu nastalu štetu, bez obzira na stupanj njegove krivnje. No kao primjerena može se prihvatiti ona ugovorna odredba kojom je poslodavac predvidio primjereno ograničenje odgovornosti posloprimca u unaprijed utvrđenom iznosu, neovisno o stupnju krivnje posloprimca. Bitno je da pri takvom odstupanju od općih pravila o ograničenju odgovornosti posloprimca ovome bude osigurano primjereno ekonomsko poravnanje.<sup>177</sup>

#### **4.2. Odredba § 619.a o prebacivanju tereta dokaza**

Kao što je već navedeno, iz formulacije odredbe § 280. st. 2. BGB-a proizlazi da je na štetniku teret dokaza da nije odgovoran za povredu obveze. Riječ je o jedinstvenom pravilu o teretu dokaza za sve oblike povrede obveza.

Ranije pravo poznavalo je dva različita uređenja. Za nemogućnost i zakašnjenje s izvršenjem činidbe teret dokaza bio je na štetniku (§§ 282. i 285. BGB-a), dok se kod pozitivne povrede zahtjeva u judikaturi (posebice BGH) pravila razlika ovisno o tome ulazi li takva povreda u područje opasnosti i odgovornosti dužnika ili vjerovnika.<sup>178</sup> Uzimajući u obzir mnoge prigovore protiv neograničene analogne primjene ranijih odredbi na pozitivnu povredu zahtjeva, u teoriji se i danas postavlja pitanje koliko je opravdano prebacivanje tereta dokaza na štetnika u slučaju pozitivne povrede zahtjeva.<sup>179</sup>

Odredba § 619.a o teretu dokaza kod odgovornosti posloprimca određuje da je, za razliku od § 280. st. 1., posloprimac obavezan poslodavcu naknaditi štetu koju mu je prouzročio povredom neke obveze iz radnog odnosa samo ako je odgovoran za povredu obveze. Ova odredba predstavlja, dakle, iznimku od općeg pravila iz § 280. st. 1. kojom je teret dokaza odgovornosti posloprimca na poslodavcu. Poslodavac mora, dakle, dokazati ne samo postojanje povrede obveze nego i odgovornost posloprimca za tu povredu.

<sup>176</sup> Gotthardt, M., op. cit., str. 83.

<sup>177</sup> LAG Düsseldorf vom 24.11.1965, cit. prema Gotthardt, M., op. cit., str. 126.

<sup>178</sup> Löwisch, M., *Neues Schuldrecht in Deutschland*, op. cit., str. 164.; Medicus u Haas et al., op. cit., str. 108, Rn 123.

<sup>179</sup> Medicus, u Haas et al., op. cit., str. 94 (Rn 55), 108 (Rn 123); Löwisch, M., *Neues Schuldrecht in Deutschland*, op. cit., str. 164.

Svrha je ovakvog pravila iznimke izbjeći neprikladnost primjene opće odredbe o teretu dokaza na odgovornost posloprimca, jer je činjenica da je poslodavac bliži dokazima i da zbog svojeg prava davanja uputa snosi organizacijski rizik.<sup>180</sup> U teoriji postoji mišljenje da se ovakva odredba ne može mijenjati na teret posloprimca.<sup>181</sup>

Da bi se primijenila odredba § 619.a, moraju se ispuniti sljedeće pretpostavke: postojanje povrede obveze posloprimca, šteta koja je prouzročena poslodavcu povredom obveze te da nije drukčije ugovoreno ugovorom o radu ili naknadnom izmjenom ugovora. Ovo posljednje dopušteno je samo ako se posloprimcu osigura odgovarajuće poravnanje (*Ausgleich*) za teret krivnje koji mu se ne može dokazati. Ako to poravnanje nije primjereno, sporazum nije valjan.<sup>182</sup>

Prebacivanje tereta dokaza u slučaju odgovornosti posloprimca predstavlja velik teret za poslodavca. On u postupku mora iznijeti i dokazati činjenice na kojima se može temeljiti krivnja. Posloprimac nasuprot tome treba iznijeti one činjenice koje mogu isključiti njegovu odgovornost, primjerice, da je njegovo ponašanje posljedica neke bolesti ili radnje treće osobe.<sup>183</sup>

Kad je riječ o području primjene navedenog pravila, važno je napomenuti da se primjenjuje samo na odgovornost posloprimca poslodavcu, a ne i na slučaj odgovornosti poslodavca posloprimcu, kao ni odgovornosti posloprimca svojim radnim kolegama ili trećoj osobi. Odredba se, nadalje, primjenjuje samo na posloprimca (ne u slučaju samostalnog ugovora o službi) te samo na rad naređen u pogonu.<sup>184</sup> Odredba o prebacivanju tereta dokaza primjenjuje se samo na zahtjeve čija je osnova odredba § 280. st. 1. BGB-a, a ne i na one iz deliktne odgovornosti.

## 5. Zaključak

U njemačkom pravu već je dugo prihvaćeno ograničenje odgovornosti posloprimca za štetu koju na radu uzrokuje poslodavcu, tzv. privilegirana odgovornost. Ovo ograničenje, izraženo kroz institut poravnania štete unutar pogona, nastalo je kao rezultat sudačkog stvaranja prava, točnije sudske prakse Saveznog radnog suda, kojom se odstupa od postojećeg sustava odgovornosti što ga čine nejasna rješenja BGB-a.

Na to je snažno utjecala pravna teorija, koja je danas jedinstvena u stajalištu o potrebi ograničenja neprimjereno široke odgovornosti posloprimca za štetu

<sup>180</sup> Odredba se nadovezuje na sudsku praksu BAG-a koji je opće pravilo prema kojem bi posloprimac morao dokazati da nije odgovoran držao neprimjenjivim u okviru radnopravne odgovornosti. Gotthardt, M., op. cit., str. 83.

<sup>181</sup> Palandt, op. cit., str. 899.

<sup>182</sup> loc. cit.

<sup>183</sup> loc. cit.

<sup>184</sup> Gotthardt, M., op. cit., str. 84.

uzrokovanu poslodavcu. Mnoštvo teorija koje su se razvile cilj je bio ponuditi rješenje kojim bi se takvo ograničenje odgovornosti ipak uklopilo u pravo na snazi te time izbjegli prigovori o povredi zakona. No unatoč mnogobrojnim pokušajima ne postoji jedno, općeprihvaćeno teorijsko stajalište o ograničenju odgovornosti posloprimca.

Osnovu ograničene odgovornosti posloprimca za štetu predstavlja tzv. trostupanjnska odgovornost, koja se temelji na stupnju krivnje posloprimca. Prihvaćeno je da posloprimac u pravilu sam odgovara za cjelokupnu štetu koju je radom u pogonu prouzročio poslodavcu namjerom ili grubom nepažnjom. Za štetu počinjenu lakom nepažnjom njegova se odgovornost isključuje, a u slučaju štete počinjene običnom nepažnjom dolazi do raspodjele štete između poslodavca i posloprimca. Budući da je riječ o rješenjima koja su stvorena u sudskoj praksi, postavlja se pitanje pravne sigurnosti, odnosno moguće samovolje sudova u primjeni navedenih kriterija. To dokazuje i jedna novija, kontroverzna, presuda BAG-a iz 1998. godine, u kojoj on zastupa stajalište da posloprimac odgovara i u slučaju najlakše nepažnje, što je izazvalo oštre kritike.

Reforma njemačkog obveznog prava iz 2002. godine donijela je novine i u području radnopravne odgovornosti za štetu. Na odgovornost posloprimca za štetu uzrokovanu poslodavcu primjenjuje se nova odredba § 280. BGB-a, koja predstavlja opće pravilo o povredi ugovorne obveze. Uz to, položaj posloprimca olakšan je novom odredbom § 619.a, koja predstavlja iznimku od općeg pravila o teretu dokaza, a kojom je teret dokaza odgovornosti posloprimca prebačen na poslodavca.

U izmijenjenoj odredbi § 276. BGB-a zakonodavac vidi novu (teorijsku) osnovu ograničene odgovornosti posloprimca, iako priznaje i stajalište sudske prakse koja se poziva na § 254. BGB-a o podijeljenoj odgovornosti. Prema odredbi § 276. st. 1. al. 1. moguće je i ugovorno ograničenje odgovornosti posloprimca, pa i ugovaranje nepovoljnije, strože odgovornosti posloprimca prema poslodavcu.

Zbog ovih promjena zanimljivo je promatrati u kojem će se pravcu razvijati njemačko pravo radnopravne odgovornosti za štetu, posebice sudska praksa. Upravo stoga, vjerujemo da na značenju ne gubi ni već dugo aktualno pitanje donošenja posebnog zakona o odgovornosti posloprimca za štetu, kojim bi se zajamčila veća pravna sigurnost svim stranama radnog odnosa.

### *Kratice*

AktG	Aktiengesetz
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
DB	Der Betrieb
HGB	Handelsgesetzbuch

JZ	Juristenzeitung
LAG	Landesarbeitsgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
VersR	Versicherungsrecht

### *Literatura*

1. Annuß, Georg, (Nichts) Neues zur Arbeitnehmerhaftung?, *NZA*, H., 20 (1998.), str. 1089-1095.
2. Annuß, Georg, Die Haftung des Arbeitnehmers (unter besonderer Berücksichtigung der Haftung des angestellten Arztes), Dissertation, 1997.
3. Baumann, Horst, Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Dritten, *BB*, Heft 26 (1990.), str. 1833-1839.
4. Blomeyer, Wolfgang, Vierter Titel: Haftung des Arbeitnehmers - § 59-§61, u: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (Hrsg. von Reinhard Richardi, Otfried Wlotzke), Band 1, Individualarbeitsrecht I, C.H. Beck, München, 2000.
5. Canaris, Claus-Willhelm, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse, *RdA*, 19. Jhrg., H. 2 (1966.), str. 41-51.
6. Crnić, Ivica, Zakon o obveznim odnosima (s opsežnom sudskom praksom), Zagreb, Organizator, 1997.
7. Däubler, Wolfgang, Die Haftung des Arbeitnehmers - Grundlagen und Grenzen, *NJW*, H. 14. (1986.), str. 867-874.
8. Dauner-Lieb, Barbara, Einführung, [www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/pdf\\_docs/einfuehrung.pdf](http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/pdf_docs/einfuehrung.pdf), 12.7.2004.
9. Denck, Johannes, Leasing und Arbeitnehmerhaftung, *JZ*, 45 Jhrg., H. 4 (1990.), str. 175-181.
10. Denck, Johannes, Zum pauschalen Ausschluß der Arbeitnehmerhaftung unterhalb der Grenze der groben Fahrlässigkeit, *NZA*, Heft 3 (1986), str. 80-84.
11. Deutsch, Erwin, Die Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der äußeren und der inneren Sorgfalt, *JZ*, 43. Jhrg., H. 21 (1988.), str. 993-996.
12. Deutsch, Erwin, Privilegierte Haftung und Schadensfolge, *NJW*, H. 16 (1966.), str. 705-711.
13. Gamillscheg, Franz, Die unbewältigte Gegenwart der Haftung des Arbeitnehmers, Festschrift Walter Schwarz, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1991., str. 495-510.
14. Gamillscheg, Franz, Hanau, Peter, Die Haftung des Arbeitnehmers, 2. Auflage (von Peter Hanau), Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft e.V., 1974.
15. Gamillscheg, Franz, Zum Vorsatz bei der Haftung des Arbeitnehmers, *RdA*, Heft 10 (1967.), str. 375-376.
16. Gotthardt, Michael, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, München, Beck, 2002.
17. Haas, Lothar, Medicus, Dieter, Rolland, Walter, Schäfer, Carsten, Wendtland, Holger, Das neue Schuldrecht, München, Beck, 2002., str. 4.
18. Hanau, Peter, Preis, Ulrich, Anm. zum BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers, *JZ*, 43. Jhrg., H. 22 (1988.), str. 1067-1075.
19. Hübsch, Michael, Arbeitnehmerhaftung bei Versicherbarkeit des Schadensrisikos und bei grober Fahrlässigkeit, *BB*, 53. Jhrg., H. 13 (1998.), str. 690-695.
20. Kohte, Hans-Wolfhard, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberberrisiko, Königstein/Ts., Athenäum, 1981.

21. Kohte, Wolfhard, Abschied von der dreigeteilten Fahrlässigkeit im Recht der Arbeitnehmerhaftung, *BB*, H. 25 (1983.), str. 1603-1610.
22. Kohte, Wolfhard, Die Bedeutung der Unfallversicherung für das Recht der Arbeitnehmerhaftung, *AuR*, H. 8 (1983.), str. 229-238.
23. Krause, Rüdiger, Die Beschränkung der Außenhaftung des Arbeitnehmers, *VersR*, Heft 19 (1995.), str. 752-760.
24. Kreuder, Thomas, Potočnjak, Željko, Građanskopravni elementi radnoga prava, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 33, br. 5-6 (1994.), str. 370-390.
25. Laleta, Sandra, Odgovornost za štetu koju prouzroči radnik na radu i u vezi s radom trećim osobama (usporedba s njemačkim, austrijskim i europskim pravom) (magistarski rad), Rijeka, 2003.
26. Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München, Beck, 1987.
27. Löwisch, Manfred, Arbeitsrecht (Ein Studienbuch), 5., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Düsseldorf, Werner Verlag, 2000.
28. Löwisch, Manfred, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-292, 13. Bearb., Berlin, Sellier - de Gruyter, 1995.
29. Löwisch, Manfred, Neues Schuldrecht in Deutschland, *Ritsumeikan Law Review*, No. 20, 2003., str. 157.-179., [www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr20/Manfred157.pdf](http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr20/Manfred157.pdf), 12.7.2004.
30. Momčinović, Zlatko, Crnić, Ivica, Radni odnosi, Beograd, Poslovna politika, 1986.
31. Otto, Hansjörg, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen? Gutachten E/F, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Beck, München, 1986., str. E 11- E 94.
32. Otto, Hansjörg, Schwarze, Roland, Die Haftung des Arbeitnehmers, 3., völlig neubearbeitete Auflage, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 1998.
33. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, 62., neubearb. Aufl., München, 2003.
34. Pürner, Stefan, Reforma njemačkog Građanskog zakonika s posebnim osvrtom na europske aspekte te reforme, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 24 br. 1, 2003., str. 549-570.
35. Richardi, Reinhard, § 611 Dienstvertrag, u: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch (Recht der Schuldverhältnisse §§ 611-615), 13. Bearbeitung 1999 von R. Richardi, Berlin, Sellier - de Gruyter, 1999., str. 500-517.
36. Sandmann, Bernd, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten (Zugleich ein Beitrag zu den Grundprinzipien der Haftung und Haftungsprivilegierung), Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.
37. Schaub, Günter, Arbeitsrechts-Handbuch, 8. überarb. Aufl., München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996.
38. Toroman, Marija, Odgovornost privrednih organizacija za štetu koju pretrpe radnici pri radu, Beograd, Institut za uporedno pravo, 1965.

### *Izvori*

1. Aktiengesetz, vom 6.9.1965, BGBl I 1965, 1089, zuletzt geändert durch Art. 2 G v. 12.6.2003, I 838.
2. Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Dezember 1988 (BGBl. 1989 I S. 1, ber. S. 902) zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1983).
3. Bundespersonalvertretungsgesetz, vom 15. März 1974, BGBl I 1974, 693, Änderung durch Art. 9 G v. 9.7.2001 I 1510, <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bpersvg/zitierhinweise.html>, 27.10.2003
4. Bürgerliches Gesetzbuch, vom 18.8.1896 (RGBl. S. 195), BGBl. III/FNA 400-2..., u: Bürgerliches Gesetzbuch (Textausgabe mit ausführlichem Sachregister und einer Einführung

von Universitätsprofessor Dr. Helmut Köhler), 48., überarbeitete Auflage, Stand: 20. Dezember 2000., München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2001.

5. Bürgerliches Gesetzbuch, vom 18.8.1896 (RGBl. S. 195), v. 2.1.2002., BGBl. I 42; <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/BJNR001950896BNJG002402377.html>, 13.7.2004.

6. Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz - MitbestG) vom 4. Mai 1976 (BGBl. i S. 1153) zuletzt geändert durch Gesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210).

7. Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (RGBl. S. 219) zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Dezember 2000 (BGBl. i S. 1983).

8. Heimarbeitsgesetz vom 14. März 1951 (BGBl. i S. 191) zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Dezember 2000 (BGBl. i S. 1983).

9. Makrolog, Deutsche Rechtssprechung.

10. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001. (BGBl. i S. 3138).

11. Sozialgesetzbuch, Viertes Buch (IV) (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung) vom 23.12.1976 (BGBl. i S. 3845) zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Dezember 2000 (BGBl. i S. 1983).

12. Zivilprozessordnung, vom 12. September 1950, BGBl. 1950, 455, 512, 533, zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 23.7.2002., 2850, 4410, <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/zpo/zitierhinweise.html>, 27.10.2003.

## Summary

### **LIABILITY OF EMPLOYEE FOR DAMAGES TO EMPLOYER CAUSED DURING WORK AND IN RELATION TO WORK IN GERMAN LAW**

The article analyses views of German theory and case-law on limitation of employee's liability for damages to employer caused during work and in relation to work. The shortcomings of general civil law application are discussed together with the reasons and methods of limitations applicable to this liability in labor law, especially in light of 2002 Reform of the German law on obligations. Special attention is given to levels of guilt as a basis for liability limitation and to their doctrinal explanation.

**Key words:** *liability for damages, employee, employer, reform of law on obligations, Germany.*



### Zusammenfassung

## **HAFTUNG DES ARBEITNEHMERS FÜR DEN SCHADEN, DER DEM ARBEITGEBER DURCH ODER GELEGENTLICH DER ARBEITSLEISTUNG ENTSTANDEN IST, NACH DEUTSCHEM RECHT**

In der Arbeit wird der Standpunkt der deutschen Theorie und Gerichtspraxis hinsichtlich des Problems der beschränkten Haftung des Arbeitnehmers für Schaden, der dem Arbeitgeber durch oder gelegentlich der Arbeitsleistung entstanden ist, analysiert. Es werden Mängel bei der Anwendung des allgemeinen, bürgerlichen Rechts betrachtet sowie Gründe und Arten der Beschränkung dieser Haftung im Arbeitsrecht, besonders im Lichte der Reform des deutschen Schuldrechts von 2002. Besonders werden Abstufungen der Schuld als Grundlage für die Beschränkung der Haftung sowie deren theoretische Begründungen bearbeitet.

*Schlüsselwörter: Haftung für Schaden, Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Reform des Schuldrechts, Deutschland.*

### Sommario

## **RESPONSABILITÀ DEL PRESTATORE D'OPERA PER DANNO CAUSATO SUL LAVORO E IN CONNESSIONE CON IL LAVORO AL DATORE DI LAVORO NEL DIRITTO TEDESCO**

Nel lavoro si analizzano i punti di vista della teoria e della prassi giudiziale tedesca sul problema della limitazione della responsabilità del prestatore d'opera per danno sul lavoro o in connessione con il lavoro causato al datore di lavoro. Sono esaminate le insufficienze dell'applicazione del diritto civile generale e le ragioni e i metodi delle limitazioni e delle responsabilità nel diritto del lavoro, in particolare alla luce della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni dell'anno 2002. Particolare attenzione si riconosce alla graduazione della colpevolezza come base per la limitazione della responsabilità e alla spiegazione teorica della sua limitazione.

*Parole chiave: responsabilità per danno, prestatore d'opera, datore di lavoro, riforma del diritto delle obbligazioni, Germania.*



## MAIN FEATURES OF RECENT CORPORATE GOVERNANCE THEORIES AND TENDENCIES IN TRANSITION ECONOMIES<sup>1</sup>

Ph.D., LL.M. Katarina Zajc, assistant professor  
Faculty of Law University of Ljubljana  
Slovenia

UDK: 347.721(497.4)  
339.13  
Ur.: 11. lipnja 2003.  
Pr.: 17. veljače 2004.  
Stručni članak

### *Glavne značajke suvremenih teorija i tendencija u korporacijskom upravljanju u tranzicijskim gospodarstvima*

*Članak daje pregled recentne literature iz područja korporacijskog upravljanja i nastoji dati odgovor na pitanje što je korporacijsko upravljanje i koji je njegov oblik učinkovit na način da doprinosi ispunjenju obećanja danog subjektu koji je investirao u određenu pravnu osobu te koji oblik korporacijskog upravljanja povećava bruto nacionalni proizvod (BNP), odnosno utječe na dobrobit određenog društva.*

*Članak zaključuje da postoje četiri ključna uvjeta koji utječu na opseg, distribuciju i učinkovitost ex post kvazirenti, pa stoga i na djelotvornost korporacijskog upravljanja u trgovačkim društvima: ex ante učinkovita motivacija, uspješni pregovori za ex post distribuciju kvazirenti, učinkovita raspodjela rizika te opseg i kvaliteta prava kao i učinkovitost njihove zaštite. Dioničari mogu očekivati učinkovitost društva i visoke kvazirente koje doprinose dobrobiti svakog gospodarstva samo ako su navedeni uvjeti usklađeni u okviru djelatnosti društva te s pravnom i institucionalnom sredinom u kojoj društvo djeluje. Stoga je za svako društvo koje želi poboljšati svoje gospodarsko stanje važno stvoriti podržavajući pravni okvir u kojem su troškovi poslovanja niski, prava uspješno zaštićena a struktura tržišta omogućava dobru raspodjelu rizika, što sve doprinosi djelotvornom korporacijskom upravljanju trgovačkim društvima, pa tako i većoj primamljivosti osnivanja trgovačkih društva.*

***Ključne riječi:*** *korporacijsko upravljanje, trgovačka društva, kvazirente, učinkovita raspodjela rizika, učinkovitost, kvantiteta i kvaliteta prava, dobrobit.*

---

<sup>1</sup> I would like to thank Matjaž Jager, Sašo Matas, Jože Mencinger, Špela Mežnar, Gregor Pajek, Marko Simoneti and Sonja Zver for helpful comments and suggestions.

## **I. Introduction**

The incorporation of commercial legal entity poses many questions. Why a subject or a group of subjects decide to incorporate a legal entity or invest their capital in them instead of carrying out all the transactions in the market, without incorporating. Also, a connecting question arises of how and in whose interest the incorporated legal entities will be governed. These questions are relevant because the incorporators and/or investors only get an undefined promise of future payments in form of dividends or the increase of the value of their initial investment in return for their initial investment in the legal entity.<sup>2</sup> From the legal point of view, a transaction is risky because the execution and the fulfillment parts of the transaction are not carried out at the same time, which increases the risk associated with the promise. From the economic point of view, on the other hand, the incorporators or investors have no guarantee that the payment of dividends or the increase of investments will actually materialize and to what extent this will happen. Furthermore, the question arises what the corporate governance is, and what type of it is efficient and thus contributes to the fulfillment of the promise given to the subject, which has invested in the legal entity and to the increase of gross domestic product (GDP) or welfare of a certain society.<sup>3,4</sup>

This paper overviews most of the recent literature in the field of corporate governance. The introduction is followed by an extensive presentation of the most recent theories in the field of corporate governance and the empirical studies of shareholders' market and the extent of shareholders' and stakeholders' rights around the world. Conclusion follows.

## **II. Overview**

### **II.1. Introduction**

Governance system is a complex set of constraints that shape the ex post bargaining over the quasi-rents generated in the course of relationship (Zingales, 1998). Quasi-rents appear in the world of imperfect competition and present the difference between the value which contracting parties can generate in mutual

---

<sup>2</sup> From the legal point of view we can talk about commitment to effort and not about commitment to a certain success.

<sup>3</sup> I will focus mostly on corporate governance of investor-owned companies and from those especially on joint-stock companies as data shows that on the aggregate level they are, regarding the capital at their disposal, the strongest, excluding financial institutions.

<sup>4</sup> "To be most effective, the environment should foster the development of efficient corporate governance structures, that is, systems of corporate governance that lead to the most efficient use of resources to create the wealth for society as a whole" (Blair, 1995).

relationship, and the value, which they can generate in the market.<sup>5</sup> For the corporate governance to exist, two conditions have to be satisfied: imperfect competition, which is the condition for the occurrence of quasi-rents, and the fact that quasi-rents cannot be ex ante efficiently allocated.<sup>6</sup> In other words, quasi-rents appear in the imperfect markets with relatively high transaction costs. Therefore, contracting parties cannot ex ante deal with all the details, which could arise in their relationships efficiently (relationships are governed by »incomplete« contracts), which indicates that some form of ex post bargaining over the quasi-rents will exist.<sup>7</sup>

If the definition of governance system is applied to governance system of companies or any associations, corporate governance system is a complex set of constraints that shape ex post bargaining over the quasi-rents generated by the company or association (Zingales, 1998). There are, of course, also other definitions of corporate governance. Shleifer and Vishny (1997) claim that governance system deals with different ways of protecting investors (owners, shareholders and stakeholders) in such a way, that they are guaranteed a certain return on their investment in the company.<sup>8</sup> Blair (1995) claims that corporate governance system deals with an entire set of legal, cultural and institutional regulations which define and regulate public companies: what companies are allowed to do, how they are supervised and by whom, and how profits and risks arising during company's existence are distributed. Dyck (2001) defines corporate governance as "*...the complex set of socially defined constraints that affect expectations for how authority in firms will be exercised - and thus how the system affects the willingness to make investments in corporations in exchange for promises.*"<sup>9</sup>

The formal governance structure is primarily divided into two groups of participants. Primary governance structure includes shareholders, the managing board and the supervisory board. Secondary governance structure is composed of stakeholders, groups and institutions cooperating in corporate governance

---

<sup>5</sup> For presentation and explanation of quasi-rents see Klein, Crawford and Alchian, 1978, and Klein and Leffler, 1981.

<sup>6</sup> According to Arrow-Debreu, in the world where non-restricted or perfect competition rules, all contracting parties are supposed to compose complete contracts (contracts including solutions for every possible situation) without any costs. This means that all decisions are taken ex ante and ex post negotiations thus never occur (Arrow and Kahn, 1978, and Debreu, 1959).

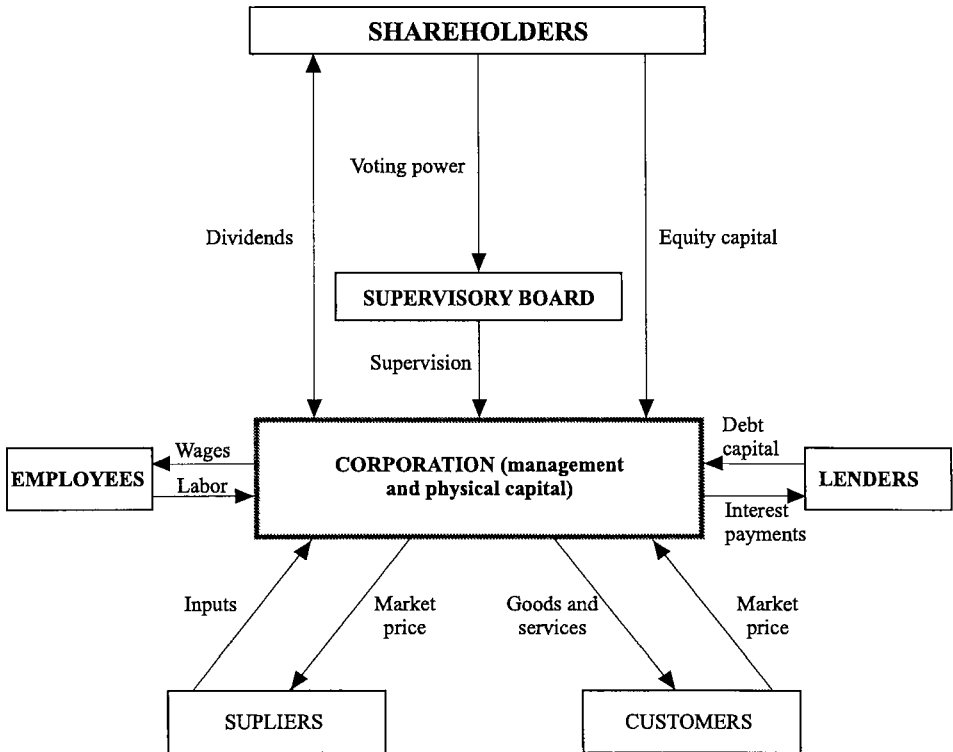
<sup>7</sup> A complete contract is one, which contains provisions for every possible situation. As transaction costs are normally high, contracts are necessarily incomplete in the sense that they do not offer solutions to every possibly arising situation.

<sup>8</sup> For excellent overview of bibliography and the issue of corporate governance see Shleifer and Vishny, 1997.

<sup>9</sup> EBRD defines corporate governance as "*...governance is the system by which an organization pursues the over-riding purpose for which it was established, and avoids pursuing other purposes.*"

i.e. creditors or lenders and individual markets which are associated with companies (e.g. finance market (capital and money market), managers market, product market and supervisory institutions (e.g. The Securities and Exchange Commission) (Klein and Coffee, 1996, Zajc, 1999). Primary and secondary governance structure is presented in the following figure:

Figure 1: Primary and secondary participants in corporate governance structure (Blair, 1995)



## II.2. Reasons for incorporation

Legal and economic definitions and explanations of the existence and governance of the company as a legal entity are important, especially to ascertain why the companies are incorporated and in whose interest they operate. In other words, why would the companies be incorporated, if subjects could carry out all the transactions in the market.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> For presentation and explanation of the problem see Coase, 1937.

If shareholders and stakeholders would operate in the Arrow-Debreu world, there would be no room for companies and corporate governance system.<sup>11</sup> All the participants would ex ante agree on what would be ex post implemented and all transactions would be carried out in the market. However, as the Arrow-Debreu world does not exist and we live in the world of imperfect competition, quasi-rents occur. In the world of imperfect competition and transaction costs, quasi-rents cannot be optimally distributed ex ante (because of the incomplete contracts) but only ex post. It is therefore reasonable that certain transactions are carried out within the company and not in the market (where they would be relatively more expensive).<sup>12</sup>

Several (economic) theories and definitions of companies exist. Coase (1937) offered the explanation of why a company is incorporated. According to him, the company will be incorporated when transaction costs within legal entity are less than the costs of comparable transactions carried out in the market.<sup>13</sup> Williamson (1991) described the benefits of carrying out the transaction within the company as compared to the markets as: "...within hierarchy, information is more easily acquired, less formal documentation is necessary, direct costs of using more formal mechanisms (e.g. lawyer, court of arbitration costs) can be avoided, disputes can be resolved in a more timely fashion, and the potential for defection within a hierarchical relationship is reduced."

The legal definition of a company defines the framework or legal structure of an organization in which an economic activity can be carried on. At the same time, a company is valuable because it has a "claim" to the economic substratum. As defined by the Slovenian Companies Act: "Companies in their capacity as legal persons may own movable and immovable property, acquire rights and assume obligations, and sue or be sued."<sup>14</sup> The economic substratum enables the company to create value, which directly or indirectly belongs to shareholders.<sup>15</sup> The size of

---

<sup>11</sup> See footnote no. 6.

<sup>12</sup> Transaction costs are the prime reason for the necessity of adjusting the contractual relationship type to the actual situation. Williamson (1985) exposed the situation in which it is sensible to organize the activity in the company rather than in the market. This occurs when the following conditions are met: 1) repetitive relationships, 2) use of specialized assets and 3) uncertainty.

<sup>13</sup> "A firm ... (has) a role to play in economic system if ... transactions (can) be organized within the firm at less cost than if some transactions were carried out through the market. The limit of the size of the firm ... (is reached) when the costs of organizing additional transactions within the firm (exceed) the costs of carrying out the same transactions through the market." (1937)

<sup>14</sup> The Companies Act (Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 30-1298/93 and further changes) defines a company as a legal entity with profitable activity as its sole activity in the market. Profitable activity is any activity carried out in the market for gaining profit. (Article 1, Companies Act).

<sup>15</sup> I will only focus on two commercial companies as defined by The Companies Act: joint-stock companies and limited liability companies.

the share belonging to the company and the acquisition of the share by shareholders and stakeholders is determined by legal and informal rules and agreements between contracting parties (shareholders).<sup>16</sup>

Two explanations of companies prevail in the economic theory. The first (Grossman and Hart, 1986, and Hart and Moore, 1990) is called property rights theory. The second describes a company as a nexus of contracts, signed by the company on one side and by different legal entities and individuals on the other side (Alchian and Demsetz, 1972).<sup>17</sup>

Rajan and Zingales (1997 and 1998) formulated the most recent theory on the companies. They defined a company as "... *firm as a nexus of specific investment: a combination of mutually specialized assets and people. Unlike the nexus of contracts approach, this definition explicitly recognizes that a firm is a complex structure that cannot be instantaneously replicated. Unlike the property rights view, this definition recognizes that all parties who are mutually specialized belong to the firm, be they workers, suppliers or customers. While this definition does not necessarily coincide with the legal definition, it does coincide with the economic essence of a firm: a network of specific investments that cannot be replicated by the market.*" (Zingales, 1998).

From the economic theory point of view, the most important concept regarding the quasi-rents is the one of residual rights (Grossman and Hart, 1986, and Hart and Moore, 1990). Grossman and Hart (1986) divide the rights into specific and residual. In other words, in the world of incomplete contracts, when the costs of anticipation and enumeration of all specific rights are (too) high (high transaction costs), the contract should refer to specific rights (in case an ownership is not transferred in whole). What remains to the original owner are called the residual rights. Hence, the owner is the person who is left with residual rights.<sup>18</sup> Residual rights are important because they contain discretionary entitlements to the decisions on ex post distribution of quasi-rents and more importantly, their value depends on the fact that holders can use them strategically when negotiating ex post distribution of quasi-rents.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> In Slovenia, these are represented by The Companies Act, along with other important regulations directly or indirectly dealing with commercial companies.

<sup>17</sup> Alchian and Demsetz define company not as an individual entity but as a part of continuum of contractual relations, as "The essence of the classical firm is identified here as a contractual structure with: 1) joint input of production, 2) several input owners, 3) one party who is common to all contracts of the joint inputs, 4) who has the right to renegotiate any input's contract independently of contracts with other input owners, 5) who has a residual claim, 6) who has the right to sell their central contractual residual status. The central agent is called the firm's owner and the employer."

<sup>18</sup> The owner can also have all the rights or entitlements relating to a specific right.

<sup>19</sup> If the theory is applied to relations within companies, property rights of shareholders are divided into the entitlement to claim the residual profit, and the entitlement to residual control over the object of rights or entitlement.



### ***II.3. How and why do companies operate or who is an efficient owner?***

It is presumed that all owners (holders of residual rights) wish for »their« company to make maximum possible quasi-rent. In other words, investments should bring maximum possible yields taking given limitations into account.<sup>20</sup> However, it depends on owners or holders how and in what form maximum rents shall be distributed.<sup>21</sup> They can be distributed either in the form of dividends or in the form of investment in the company. Another form of distribution of rents is buying certain products at a price, which is higher than the market price, or selling them at a price, which is lower than the market price, although commercial companies are presupposed to be maximizing the value for their shareholders.<sup>22</sup>

Residual rights (and the shareholders' structure determined by them) which decide on ex post quasi-rent distribution, are of crucial importance for efficiency or amount of quasi-rents and consequently for the efficiency or the size of the company. Zingales (1998) emphasized three key ways on how residual rights influence the amount of quasi-rents: ex ante efficient motivation, efficient ex post negotiations and attitude towards risk. In my opinion the fourth factor should be added: the extent and quality of residual rights and other rights and liabilities connected to them, and the efficiency of residual and other rights protection in a certain economy, as presented by Shleifer and Vishny (1997), La Porta et al. (1998) and Pistor et al. (2000).

#### ***1) ex ante efficient motivation***

How and to what extent quasi-rents are ex post distributed (which depends above all on the holders of residual rights, and formal and informal rules by which they are constrained), influences ex ante motivation for acquisition of quasi-rents. Rational contracting parties will not invest optimally if they believe they will not be ex post appropriately awarded. Also, in negotiations for distribution of quasi-rents, assets may be inefficiently used as each holder competes for a bigger share of ex post quasi-rents (Shleifer and Vishny, 1989).

---

<sup>20</sup> The presumption of economics is that subjects in a company are rational and that they maximize their own content.

<sup>21</sup> Note that non-profit organizations also have the motive of acquiring profit in the long run. Their fundamental characteristic is not the lack of profit but rather the prohibition of distributing the profit among "owners".

<sup>22</sup> However, there are points of view claiming that commercial companies do not operate only for the benefit of shareholders but also for the benefit of the society as a whole (society should here be understood as a sociological term and not as a legal institute, e.g. a company as a legal entity) (Blair, 1995). See German and Austrian corporate law and legal practice.

## ***2) Inefficiency of negotiations for ex post distribution of quasi-rents***

Efficient governance system should assure reduction of information asymmetry between the parties involved, reduction of coordination costs (as part of transaction costs), and at the same time it should take into account liquidity constraints of all contracting parties involved (see Hansmann, 1996, and the summary below) to such an extent that ex post negotiations for distribution of quasi-rents are efficient.

## ***3) Efficient risk-bearing***

Governance system can influence the level and spread of risk among the shareholders if shareholders have a different attitude towards risk.<sup>23</sup> Widely spread shareholding can (under certain conditions) contribute to a more efficient spread of risk, which, *ceteris paribus*, means that risk is incurred by shareholders, who can incur it with the least costs involved. In other words, ownership structure should (and could) minimize governance risks.

## ***4) Extent and quality of rights and efficiency of their protection***

Only rights and entitlements that are defined can be efficient and therefore, it is the task of legal system to ensure optimal implementation of rights through instruments such as legal system and other institutions (Coase, 1960). First of all, legal order has to protect (ownership) rights and at the same time it has to draw near to its ideal - to enable the exchange of rights with minimal transaction costs. In order for the rights to function, the legal order has to be efficient (Zajc, 2000).

### *Ad 1) ex ante efficient maximization*

Zingales (1998) has created a theoretical model explaining whose investment in the company should have the highest protection (and who should be determined as an owner or a shareholder), especially in the process of negotiations for ex post distribution of quasi-rents. The theory, according to Zingales (1998) gave three arguments for why it is shareholders who need the highest protection: 1) shareholders' investments are the most valuable, 2) stakeholders' interests are satisfactorily protected with contracts defining their relationship with a company and 3) stakeholders' formal or informal capacity to protect their interests is high enough. Zingales and Rajan (1998) demonstrated the validity of only the third argument and analysed it and explained it further. Residual rights always give the holders the right to increase or improve their share of quasi-rents and at the

---

<sup>23</sup> For excellent overview and explanation see Fama and Jensen, 1983a and 1983b.

same time they do not give them the marginal motivation for specialization (which influences the efficient operation of a company).<sup>24</sup> The specialization decreases the holders' possibilities outside the relationship in which they specialize, and consequently reduces their share of quasi-rents. If residual right to control is to be efficient, it has to be obtained by the persons investing in the company (shareholders) and having only little control over the extent of specialization of company's assets. The management board and consequently the supervisory board should have the control over the extent of specialization of assets. If the rights and entitlements are distributed as proposed, ex ante optimal company investments will occur, leading to the company's efficient operation.<sup>25</sup> Shareholders should therefore become owners of capital and leave everyday management to subjects who have no share in the company. The factor, which influences the realization of ex-post quasi-rents is thus precisely the separation of ownership and control, enabling the company to be more efficient.<sup>26</sup>

#### *Ad 2) Inefficiency of negotiations for ex post rents distribution*

The efficient shareholders structure depends also on maximizing net benefits of subjects using services or products produced by that company (consumers or patrons).<sup>27</sup> Costs should be minimized (or net benefits maximized) when those patrons become shareholders, whose contractual relationship costs with the company might be high, and at the same time, the costs of ownership are not too high or rather when the sum of costs of market transacting and governance costs is minimized for them.

Hansmann (1996) determined the possible contractual relationship costs in the market as follows:

- market power of the company or the degree of restricted competition;
- the possibility of ex post formation of restricted competition;
- risk connected to long-term contractual relationships;
- informational asymmetry;
- strategic bargaining;
- communicating patrons' preferences;
- compromises between patrons' different interests and;
- alienation.

Hansmann (1996) determined the following costs as ownership costs:

- supervision of management costs:

---

<sup>24</sup> For explanation of specialization in economic sense, see Smith (1776).

<sup>25</sup> For detailed argumentation and mathematical model see Rajan and Zingales (1998).

<sup>26</sup> Bearle and Means (1932).

<sup>27</sup> Net benefits are defined as benefits reduced by transaction costs among the service users of a certain company, Hansmann calls them »patrons«, however in this article I will also use the term "consumers".

- monitoring company's operation:
  - acquiring information about operation of the company;
  - communicating the acquired information to all shareholders;
  - deciding on the basis of acquired information;
- opportunism of managers;
- collective decision-making:
  - costly decisions;
  - costly process;
  - conflict solving;
  - cooperation;
- risk and
- entrepreneurships.

Hansmann (1996) uses the above mentioned costs when explaining the different shareholder structure, ranging from investor-owned companies whose shareholders are investors, companies whose shareholders are employees, companies whose shareholders are investors and employees at the same time, to non-commercial companies, banks and insurance companies.<sup>28</sup>

Below, only the variables, which influence optimal ownership structure of the investor or worker owned joint-stock companies, (where shareholders are employees or investors) are discussed.

#### *Ad 2.1. Investor - owned companies*

None of the borrowers have a monopoly in the capital market. Therefore, there is no reason why external shareholders (or lenders) should reduce costs by becoming shareholders. High market costs for external shareholders on the other hand, are caused by information asymmetry in the market and the possibility of ex post formation of monopoly in the market. The fundamental problem of information asymmetry and ex post monopoly formation in the market is the relation between shareholders and lenders/creditors (known also as debt/equity problem).<sup>29</sup> Lenders run the biggest risk when the company is not performing well because the amount of their fixed income is limited. Moreover, the amount of their loss is not limited or, more precisely, is limited to the amount of their return on investment (plus interest rates). Shareholders' yields are not limited upside, their risk, however, is limited downside as their liability is limited to the value of their investment in the company. As supervision of shareholders by lenders is costly, it may occur that none of the lenders invest in the company. Shareholders can avoid this situation by putting a part of company's or their

<sup>28</sup> In this paper I only focus on shareholders-investors (external investors) and shareholders-employees (internal shareholders or insiders).

<sup>29</sup> Theoretically speaking, owners hardly need to invest any capital (equity) as they can borrow it from the market (debt).

own assets at stake. They can also reach an agreement with lenders, which would give the latter a right to decision making in case of company's non-compliance towards them. Transaction costs (information asymmetry and ex post monopoly formation) can also be avoided by allowing lenders to become shareholders. If lenders are prepared to become shareholders, they show the willingness to lose everything that they have invested in the company in case of company's poor performance.<sup>30</sup>

External shareholders can, compared to employees (internal shareholders), spread risk more efficiently. Yet, they can face higher supervision of management costs, especially if shareholding is widely spread. However, supervision of the managing board in case of widely spread shareholding is not characteristic only of external shareholders, since internal shareholders also bear high costs. External shareholders' interests are very homogeneous as they normally have the same goal - to increase the actual value of future yields of their investments in the company, which decreases collective decision-making costs.

#### *Ad 2.2. Employees and managers as shareholders*

##### *Ad 2.2.A: Contractual relationship costs in the market*

Empirical data show that costs of hiring workforce are reasonably high, which could motivate the employees to become the owners (which would decrease operation costs). However, the correlation between costs and shareholding pattern is rather weak which shows that high costs do not motivate the employees to become shareholders. Another factor, which is motivating employees to become shareholders, is information asymmetry, which would enable them to have the motivation to supervise other employees. Alchian and Demsetz (1972) claimed that employees should become shareholders especially in the activities where their supervision is costly. Yet, empirical data shows exactly the opposite - employees appear as shareholders precisely in the companies where the employee productivity is well documented (e.g. in law firms as attorneys' and lawyers' products are quite transparent and their quality and quantity easily verifiable). External shareholders (especially in the West) are shareholders especially in the activities where work groups are large and where productivity is extremely difficult to measure. Information asymmetry between management and owners is considerably lower in internal shareholding than in the external. Moreover, communication between internal shareholders and management is more efficient than communication between external shareholders and management.

Regarding the situation of monopoly and the possibility of ex post monopoly formation in the market, it must be noted, that very few companies have monopoly in the market. However, there is a problem of workers specialization.

---

<sup>30</sup> In the economic literature the mentioned situation is known as "posting a bond" which means that the subject is willing to secure its liabilities with all or part of its assets.

With the increase of specialization, the value in alternative employment decreases. Empirical data show, however, that the correlation between internal shareholders and specialization is low. On the other hand, there are many cases when the company in which predominantly internal shareholders acquire capital in the market on harsher conditions. Yet this fact alone cannot explain the pattern of internal shareholding.

*Ad 2.2.B: Ownership costs*

The fact that employees are present at work means that they have comparative advantage at reducing the principal-agent costs. It can also be claimed that ownership of shares influences x-efficiency of a company as it can be assumed that employees put more effort into the companies in which they are shareholders.<sup>31,32</sup> According to that, it is possible to conclude that employees will become shareholders in the activities where the principal-agent costs are markedly high, and that companies with internal shareholding structure will, *ceteris paribus*, reduce x-inefficiency. Empirical data also shows that external shareholders have no comparative advantage in risk spreading, which should not present impediment for internal shareholders. The highest expenses defining non-ownership of employees, is a collective decision-making process, because internal shareholders do not have such a homogeneous interest in management and goals of the company as external shareholders do. Internal shareholding is therefore usually present in companies where employees are alike and have similar goals. Moreover, internal shareholders frequently have the same status and do the same line of work. In companies with internal shareholding, rules and regulations, which aim at the unification of interests of employees and the amount of the salary, are frequently adopted.

*Ad 3) Risk-bearing attitude<sup>33</sup>*

Risk attitude is inseparably connected to optimal distribution of entitlements or rights to residual control and profit. In certain situations, as Fama and Jensen

---

<sup>31</sup> The principal-agent problem arises as a consequence of division of management and ownership. It relates to situations where goals of the principal and goals of the agent are different. In the theory of companies, goals of the managing board and shareholders are more or less different. Shareholders (principals) cannot or will not manage the company themselves and therefore they hire the managing board (agent). As shareholders cannot supervise the managing board continually, the above-mentioned problem arises. Namely, the managing board can follow their own interests that might be different from the interests of shareholders, that is, to maximize their assets invested in the company.

<sup>32</sup> See Simon (1957) and Leibenstein (1975). X-efficiency or x-inefficiency indicates the situation in which overall production costs are not minimized because taking into consideration the invested production assets, no optimal product is produced.

<sup>33</sup> Taken from Fama (1980), and Fama and Jensen (1983a) and (1983b).

(1983a and 1983b) argue, it is efficient for the two to be separated whereby a specific ownership structure and agency costs arise. Furthermore, they argue that certain mechanisms exist, which reduce the principal-agent problem.<sup>34</sup>

They define shareholders as those who face the risk connected to residual profit, and managers as the ones who bear the burden of decision-making and control without having to face the risk connected to residual profit. The higher the risk connected to operation of the company, the greater the need to spread it if we want the company to continue operating successfully or to increase its prospects for remaining present in the market.

Residual rights in public companies<sup>35</sup> (in legal terminology also called entitlements arising from ordinary shares) are transferable, include the right to yield for as long as the company is in existence, and do not require shareholders to take active part in the company (e.g. in company's bodies, other than the general meeting). A public company has, *ceteris paribus*, (by facing the principal agent problem and having a relatively widely spread shares) more chances of survival if its activity:

- brings more benefits than unlimited spread of risk;
- brings more benefits than specialized management would;<sup>36</sup>
- has relatively many specialized assets needed for its activity;
- has relatively many assets needed to bond certain contracts and;
- has low principal agent problem costs.

A public company with the above mentioned characteristics should therefore be a company with economies of scale and an activity which involves considerable risk spread among many shareholders, an activity which needs specialized management and assets, as well as plenty of shareholders' funding to be able to bond its contracts. Such companies are highly likely to have greater benefits from separated ownership and control than such separation costs. Companies without the above mentioned characteristics most likely have a low number of shareholders and do not separate the residual rights to profit and the right to control.

To develop their thesis further, the same can apply to majority shareholders, or in other words, to situations optimally having widely spread shareholding, and to situations optimally not having dispersed shareholding

---

<sup>34</sup> Marks (2000) identified six factors which reduce the principal agent problem: (1) the possibility of bankruptcy of a company, (2) takeover market, (3) the level of managers' conscientious conduct, (4) financial motivation of managers, (5) supervision of institutions in the company, and (6) rights of employees. Property rights consist of the entitlement to claim the residual profit and the entitlement to residual control over the object of right or entitlement.

<sup>35</sup> In this paper, public companies are defined as those, which are quoted on an organized market.

<sup>36</sup> "... authority, the centralization of decision-making, serves to economize on the transmission and handling of information." (Arrow, 1974)

but shareholders who can, in most cases, control the managers to such an extent that they become majority shareholders.<sup>37</sup>

#### *Ad 4) Rights and their protection*

Shleifer and Vishny (1997) postulated that company ownership structure and liquidity of finance markets depend on legal rights protection. In countries with a high level of shareholders protection, dispersed shareholding is efficient. However, in countries with a low level of legal protection, dispersed shareholding is not optimal. In most cases, the weak legal protection is substituted by acquisition of a dominant position in a company through which shareholders rights can be better protected.

The thesis is supported by empirical data. La Porta et al. (1998), analysed the influence of shareholders protection, the quality of regulations implementation and concentration of shareholding on a sample of 49 countries, and have concluded the following:<sup>38</sup>

- legal systems vary greatly from one another and give a set of rights or entitlements, limited and differing in content, to shareholders and other subjects. Compared to the countries of the continental legal system, especially the ones originating from the French legal system, shareholders from common law countries have the most entitlements;
- legal rights protection varies and depends a lot on the legal system. The countries originating from the German and Scandinavian legal systems have the highest protection (in the context of shareholders protection) whereas the countries originating from the French legal system have the lowest;
- empirical data shows that certain mechanisms which substitute the insufficient or relatively small set of rights or entitlements, are formed in countries with a low level of rights protection. Substitution mechanisms can be defined by regulations (e.g. obligatory dividend in France) or are formed in the market (concentration of ownership).

Studies have shown that insufficient protection of shareholders influences the development of finance markets. The more the rights are protected, the more developed they are (La Porta et al., 1997, Rajan and Zingales, 1998b, King and Levine 1993, Levine and Zervos, 1996).

The theses mentioned above were also confirmed and elaborated on by Pistor et al. (2000). In addition to the 49 countries from La Porte's sample (et al. 1998), they also included countries in transition. They studied the impact the rights and their protection have on the possibility to raise finance in finance markets

---

<sup>37</sup> Majority shareholders are defined as all the shareholders with enough »power« in a company to run the company according to their wishes; not only shareholders, owing more than 51% or 75% of the company's shares.

<sup>38</sup> The sample of 49 countries did not include countries in transition; in fact, it only included the states where public companies exist.



as opposed to raising finance from profits retained in business or raising external finance. According to empirical data, they have concluded, that apart from the extent and quality of rights, the efficiency of institutions taking part in enforcing them is a factor, which has an effect on the possibility and price of raising corporate finance in a market.

Table 1: *Efficiency of legal systems in countries in transition*

Country/Year	Rule of Law	Efficiency of Law	Efficient Rights Protection	
	1998	1998	Present (2000)	Three Years Ago
Albania	2.7	2	NA	NA
Armenia	4.9	3	0.58	0.51
Azerbaijan	3.2	2	0.73	0.66
Belarus	2.3	2	0.46	0.48
Bosnia and Herzegovina	2.1	1	NA	NA
Bulgaria	5.9	4	0.58	0.59
Croatia	7	3	0.65	0.64
Czech Republic	8.3	4	0.45	0.44
Estonia	8.5	4	0.77	0.61
Macedonia	5.4	4	NA	NA
Georgia	4	3	0.62	0.39
Hungary	8.7	4	0.71	0.76
Kazakhstan	4.5	2	0.45	0.43
Kyrgyzstan	4.4	2	0.3	0.35
Latvia	7.5	2	NA	NA
Lithuania	7.2	3	0.35	0.39
Moldavia	4.7	3	0.26	0.33
Poland	8.7	4	0.75	0.70
Romania	5.6	4	0.57	0.52
Russia	3.7	2	0.27	0.25
Slovakia	6.4	2	0.64	0.59
Slovenia	8.4	3	0.74	0.65
Tadzhikistan	1.4	3	NA	NA
Turkmenistan	2.5	NA	NA	NA
Ukraine	3.4	2	0.26	0.30
Uzbekistan	2.7	2	0.77	0.75
Correlation between rule of law and efficiency of law				0.64
Correlation between rule of law and efficient rights protection				0.39
Correlation between legal efficiency and efficient rights protection				0.35

**Key:** Rule of law was estimated in Central European Economic Review (1996, 1997 and 1998). Efficiency of law is derived from EBRD and can take on values 1-4, 4 being the maximum efficiency. Efficient rights protection was estimated on the basis of a BEEPS questionnaire where the following statement had to be assessed: "*I am confident that the legal system will uphold my contract and property rights in business disputes.*" The values in the table are percentages of the companies where affirmative answer was obtained.

Table 2: *Legal protection in various countries*

Country	Anti-director Index (max 6) 1998	Rule of Law (max 10) 1998
Australia	4	10
Canada	5	10
New Zealand	4	10
the United States of America	5	10
Great Britain	5	8.57
Belgium	0	10
France	3	8.98
Greece	2	6.18
Italy	1	8.33
the Netherlands	2	10
Portugal	3	8.68
Spain	4	7.80
Turkey	2	5.18
Austria	2	10
Germany	1	9.23
Japan	4	8.98
Switzerland	2	10
Denmark	2	10
Finland	3	10
Norway	4	10
Sweden	3	10
Armenia	5.5	4.9
Azerbaijan	2	3.2
Belarus	1.5	2.3
Bulgaria	4	5.9
Czech Republic	3	8.3
Estonia	3.75	8.5
Georgia	3	4

Country	Anti-director Index (max 6) 1998	Rule of Law (max 10) 1998
Hungary	3	8.7
Kazakhstan	5.25	4.5
Kyrgyzstan	2.25	4.4
Latvia	3.5	7.5
Lithuania	3.75	7.2
Moldavia	3.5	4.7
Poland	3	8.7
Romania	3	5.6
Russia	5.5	3.7
Slovakia	2.5	6.4
Slovenia	2.5	8.4
Ukraine	2.5	3.4
Uzbekistan	3.5	2.7

Source: Dyck, 2001<sup>39</sup>

Another interesting study of corporate governance was carried out by EBRD (Ramasastry et al., 1999). Using a questionnaire, they obtained the results about countries in transition presented below.<sup>40</sup> Respondents pointed out several areas they wished to be improved in the future:

- protection of shareholders' rights by using proxies at general meetings,
- more transparent general meetings where shareholders could exercise their rights,
- precise definition of specific standards of managing and supervisory boards' conduct,
- implementation of shareholders' rights in court,
- an operating register of shares.

A question about how they evaluate the corporation governance system in their own countries was asked, and the respondents could choose among the following answers: the protection of rights is high; the protection of rights is reasonable; the protection of rights is limited; there is no protection of rights; or the protection is inefficient.

<sup>39</sup> In this paper, some countries and variables included in the original study were left out. The anti-director index shows what kind of rights and how many rights shareholders have as opposed to managing and supervisory boards (see La Porta et al., 1998).

<sup>40</sup> The questionnaire was designed to get answers about shareholders' rights (including minor shareholders') and about managing board's duties. In addition to that, other data was collected, too: data regarding the establishment of joint-stock companies (time and expenses), protection of shareholders and their rights, conscientious conduct of the managing board, the role of auditors and accountants, and efficiency of corporate law.

### **III. Conclusion**

Corporate governance system is a complex set of constraints that shape ex post bargaining over the quasi-rents generated by the company or association. It exists in the world of imperfect competition, high transaction costs and therefore in the world of incomplete contracts where some transactions are cheaper within the company than in the market.

Governance structure in the joint stock companies is divided into two groups of participants, primary governance structure, which consists of shareholders, management and supervisory board and the secondary governance structure, which is composed of stakeholders, different markets and supervisory institutions.

In a given company the structure of shareholders, the rules, contracts and legal systems affect the extent and the distribution of the quasi-rents among the shareholders and consequently the efficiency of the company and the economy as a whole. Four key conditions affect the extent, the distribution and the efficiency of ex post quasi-rents: ex ante efficient motivation, efficiency of negotiations for ex post distribution of quasi-rents, efficient risk-bearing and the extent and quality of rights and efficiency of their protection. Only if the above conditions are harmonized with the activities of the company and the institutional environment in which the company exists, can the shareholders expect efficient companies and high quasi-rents, which contribute to the welfare of any given economy. It is therefore important for any given society, which wants to improve its welfare, to structure an enabling legal environment, in which the transaction costs are low, rights are efficiently protected and the market structure enables the efficient risk spreading, which all contribute to the efficient corporate governance of commercial companies.

### **Bibliography**

- Alchian and Demsetz, 1972, »Production, Information Costs, and Economic Organization«, American Economic Review, 62
- Arrow, K.J., 1963, Social Choice and Individual Values, John Wiley and Sons, New York
- Arrow, K.J., 1974, The Limits of Organization, Norton, New York
- Arrow, K.J. in F.H. Hahn, 1977, General Competitive Analysis, North Holland Publishing Company, Amsterdam
- Barzel, Y., 1997, Economic Analysis of Property Rights, Cambridge University Press, Cambridge
- Berkowitz, D., Pistor, K. in J.-F. Richard, 2001, »Economic Development, Legality and the Transplant Effect«, European Economic Review, November
- Berle, A.A. in G.C. Means, 1933, The Modern Corporation and Private Property, Macmillan, New York
- Blair, M. M., 1995, Ownership and Control: Rethinking Corporate Governance for the Twenty-First Century, The Brookings Institution, Washington, D.C.
- Bohinc, R., 2001, Korporacijsko upravljanje, ZDA, Evropa, Slovenija, Fakulteta za družbene vede, Ljubljana
- Coase, R., 1960, »The Problem of Social Cost«, Journal of Law and Economics, 3

- Coase, R., 1937, »The Nature of the Firm«, *Economica*, 4
- Company Law, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 30-1298/1993 and further changes
- Debreu, G., 1959, *The Theory of Value*, John Wiley and Son, New York
- Demsetz, H. in K. Lehn, 1985, »The Structure of Corporate Ownership: Causes and Consequences«, *Journal of Political Economy*, 93
- Dyck, I.J.A., 2000, »Ownership Structure, Legal Protections, and Corporate Governance«, Annual World Bank Conference on Development Economics
- Fama, E.F., 1980, »Agency Problems and the Theory of the Firm«, *Journal of Political Economy*, 88
- Fama E.F. in M.C. Jensen, 1983, »Agency Problems and Residual Claims«, *Journal of Law and Economics*, 26 (a)
- Fama E.F. in M.C. Jensen, 1983, »Separation of Ownership and Control«, *Journal of Law and Economics*, 26 (b)
- Gregorič, A., Prašnikar, J. in I. Ribnikar, 2000, »Vladanje v Slovenskih podjetjih - primerjava s podjetji v razvitih državah«, v *Internacionalizacija slovenskega podjetja*, uredil Prašnikar, J., Finance, Ljubljana
- Grossman S.J. in O.D. Hart, 1986, »The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and lateral Integration«, *Journal of Political Economy*, 94
- Hansmann, H., 1996, *The Ownership of Enterprise*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts
- Hart, O.D., 1989, »An Economist's Perspective on the Theory of the Firm«, *Columbia Law Review*, 89
- Hart, O.D. in J. Moore, 1990, »Property Rights and the Nature of the Firm«, *Journal of Political Economy*, 98
- Jensen, M.C. in W.H. Meckling, 1976, »Theory and the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure«, *Journal of Financial Economics*, 3
- King, R.G. in R. Levine, 1993, »Finance and Growth: Schumpeter Might be Right«, *Quarterly Journal of Economics*, XX
- Klein, B. in C.J. Jr. Coffee, 1996, *Business Organization and Finance: Legal and Economic Principles*, The Foundation Press, New York
- Klein, B., Crawford, R. in A. Alchian, 1978, »Vertical Integration, Appropriable Rents and the Competitive Contracting Process«, *Journal of Law and Economics*, 21
- Klein, B. in Leffler, K.B., 1981, »The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance«, *Journal of Political Economy*, Vol. 89, No. 4
- Komentar zakona o gospodarskih družbah, I. del, 2002, *Gospodarski vestnik*, Ljubljana
- La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer A. in R. Vishny, 1997, »Legal Determinants and External Finance«, *Journal of Finance*, 3
- La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F. in A. Shleifer, 1998, »Law and Finance«, *Journal of Political Economy*, 106
- Leibenstein, H., 1975, »Aspects of the X-inefficiency Theory of the Firm«, *The Bell Journal of Economics*, Vol. 6, No. 2
- Levine R. in S. Zervos, 1996, »Stock Markets, Banks and Economic Growth«, Working paper, Washington D.C., The World Bank
- Marks, S., 2000, »The Separation of Ownership and Control«, *Encyclopedia of Law and Economics*, ur. Bougart B. in G. De Geest, Edward Elgar, Northampton, Massachusetts
- Mueller, D.C., 1989, *Public Choice II*, Cambridge University Press, Cambridge

- Pistor, K., Raiser, M. in S. Gelfer, 2000, »Law and Finance in Transition Economies«, *Economics of Transition*, 8
- Perčič, N., 1999, 1. člen zakona o gospodarskih družbah - naloge in cilji uprave delniške družbe, diplomska naloga, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani
- Prašnikar, J. (ur.), 1999, Poprivatizacijsko obnašanje slovenskih podjetij, *Gospodarski vestnik*, Ljubljana
- Rajan, R.G. in L. Zingales, 1998, »Power in a Theory of the Firm«, *Quarterly Journal of Economics*, 108
- Rajan, R.G., 1998, »Financial Dependence and Growth«, *American Economic Review*, 88
- Ramasastry, A., Slavova. S. in Bernstein D., 1999, »Market Perceptions of Corporate Governance - EBRD Survey Results«, *Law in Transition*, Autumn
- Shleifer, A., in R. W. Vishny, 1997, »A Survey of Corporate Governance«, *Journal of Finance*,
- Shleifer, A., in R. W. Vishny, 1989, »Management Entrenchment: The case of Manager-Specific Assets«, *Journal of Financial Economics*, 25
- Simon, H., 1957, *Models of Man*, New York, John Wiley and Sons, Inc.
- Simon, H., 1962, »New Developments in the Theory of the Firm«, *The American Economic Review*, Vol. 52, No. 2
- Simoneti, M, Rems, M. in M. Rojec, 1999, »Prikaz Agregatnih sprememb v lastniški strukturi podjetij v Sloveniji: 1994-1998 (študija), MEOR, Ljubljana
- Simoneti, M, Boehm, A., Damijan J.P., Majcen, B., Rems, M. in M. Rojec, 2001, *Spremembe v strukturi in koncentraciji lastništva ter poslovanje podjetij po razdelitveni privatizaciji v Sloveniji v razdobju 1995-99: Empirična in institucionalna analiza*, CEEP, Ljubljana
- Smith, A., 1776, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Great Books in Philosophy Edition, Prometheus Books, Amherst, New York
- Williamson, O.,E., 1975, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press
- Williamson, O.,E., 1985, *The Economic Institutions of Capitalism*, The Free Press, New York
- Williamson, O.E., in S.G. Winter (ur.), 1991, *The Nature of the Firm, Origins, Evolution and Development*, Oxford University Press, New York, Oxford
- Zajc, K., 1999, »Obvladovanje in vodenje družb (corporate governance) in nadzorni svet«, *Podjetje in delo*, št.1
- Zajc, K., 2000, »Pomen lastninskih pravic in veljavnosti pogodb za gospodarski razvoj«, *Zbornik znanstvenih razprav*, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta
- Zakon o gospodarskih družbah, Uradni list RS, št. 30/1993 in nadaljnje spremembe
- Zakon o lastninskem preoblikovanju podjetij, Uradni list RS, št. 55/1992 in nadaljnje spremembe
- Zingales, L., 1998, »Corporate Governance«, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Uredil Peter Newman, Macmillan, Reference Limited, London

## Summary

### **MAIN FEATURES OF RECENT CORPORATE GOVERNANCE THEORIES AND TENDENCIES IN TRANSITION ECONOMIES**

The article overviews most of the recent literature in the field of corporate governance and tries to answer the question what is corporate governance and what type of it is efficient and thus contributes to the fulfillment of the promise given to the subject, which has invested in the legal entity and what type of corporate governance increases gross domestic product (GDP) or welfare of a certain society.

The article concludes that there are four key conditions that affect the extent, the distribution, and the efficiency of *ex post* quasi-rents, and therefore the efficiency of the corporate governance in incorporated entities: *ex ante* efficient motivation, efficiency of negotiations for *ex post* distribution of quasi-rents, efficient risk-bearing and the extent and quality of rights and efficiency of their protection. Only if the above conditions are harmonized with the activities of the company and the legal and institutional environment in which the company exists, can the shareholders expect efficient companies and high quasi-rents, which contribute to the welfare of any given economy. It is therefore important for any given society, which wants to improve its welfare, to structure an enabling legal environment, in which the transaction costs are low, rights are efficiently protected and the market structure enables the efficient risk spreading, which all contribute to the efficient corporate governance of commercial companies and therefore their incorporation.

*Key words:* corporate governance, commercial companies, quasi-rents, efficient risk bearing, efficiency, quantity and quality of rights, welfare.

## Zusammenfassung

### **HAUPTMERKMALE ZEITGENÖSSISCHER THEORIEN UND TENDENZEN BEI KÖRPERSCHAFTLICHER FÜHRUNG IN TRANSITIONSÖKONOMIEN**

Der Artikel gibt einen Überblick über die neueste Literatur auf dem Gebiet der körperschaftlichen Führung und versucht eine Antwort auf die Frage zu geben, was körperschaftliche Führung ist und welche ihrer Form auf die Weise so effektiv ist, dass sie die Versprechen eines gegebenen Subjektes erfüllt, das in eine bestimmte juristische Person investiert hat, und welche Form körperschaftlicher Führung das Bruttonationalprodukt (BPN) vergrößert bzw. den Wohlstand einer bestimmten Gesellschaft beeinflusst.

Die Autorin kommt zu dem Schluss, dass vier wichtige Bedingungen bestehen, die den Umfang der Distribution und Leistung der *ex post* quasi-rents und demnach auch die Leistung der körperschaftlichen Führung in Handelsgesellschaften beeinflussen: *ex ante* effektive Motivation, erfolgreiche Verhandlungen für die *ex post* Distribution der quasi-rents, effektive Verteilung des Risikos sowie Umfang und Qualität der Rechte und Effektivität ihres Schutzes. Die Aktionäre können die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft und hohe quasi-rents, die zum Wohle jeder Wirtschaft beitragen, nur erwarten, wenn die angeführten Bedingungen mit dem Rahmen der Tätigkeiten der Gesellschaft sowie der rechtlichen und institutionellen Umgebung, in der die Gesellschaft wirkt, in Einklang stehen. Deshalb ist es für jede Gesellschaft, die ihre ökonomische Situation verbessern möchte, wichtig, einen begrüßenswerten rechtlichen Rahmen zu schaffen, in dem die Geschäftskosten niedrig sind, die Rechte effektiv geschützt und die Handelsstruktur eine effektive Verteilung des Risikos ermöglicht, was insgesamt zu einer erfolgreichen körperschaftlichen Führung von Handelsgesellschaften und somit auch ihrem Wirken beiträgt.

**Schlüsselwörter:** *körperschaftliche Führung, Handelsgesellschaft, quasi-rents, effektive Verteilung des Risikos, Leistungsfähigkeit, Quantität und Qualität des Rechts, Wohl.*

### Sommario

## PRINCIPALI CARATTERISTICHE DELLE RECENTI TEORIE E TENDENZE SULL'AMMINISTRAZIONE SOCIETARIA NELLE ECONOMIE IN TRANSIZIONE

L'articolo passa in rassegna grande parte della recente letteratura nel campo dell'amministrazione societaria e cerca di rispondere alla domanda di cosa sia l'amministrazione societaria e quale sua tipologia sia efficiente e contribuisca a mantenere la promessa fatta al soggetto che abbia investito nella figura legale e quale tipologia di amministrazione societaria accresca il prodotto interno lordo (PIL) o il benessere di una determinata società.

L'articolo conclude che ci sono quattro condizioni chiave che interessano l'estensione, la distribuzione e l'efficienza delle rendite *ex post*, e quindi l'efficienza dell'amministrazione societaria nelle figure costituite: efficiente motivazione *ex ante*, efficienza delle negoziazioni per la distribuzione *ex post* di rendite, efficiente ripartizione del rischio ed estensione e qualità dei diritti ed efficienza della loro tutela. Solo se tali condizioni sono armonizzate con le attività della società e l'ambiente giuridico e istituzionale nel quale la società opera, gli azionisti possono aspettarsi società efficienti e alte rendite, che contribuiscono al benessere di qualunque economia. Quindi è importante per qualsiasi società che voglia migliorare il proprio benessere costruire un ambiente giuridico performante, nel quale i costi delle transazioni sono bassi, i diritti sono efficientemente tutelati e la struttura del mercato consente l'efficiente



distribuzione del rischio, ciò che complessivamente contribuisce all'efficiente amministrazione societaria delle imprese commerciali e quindi alla loro costituzione.

***Parole chiave:*** *amministrazione societaria, società commerciali, rendite, efficiente distribuzione dei rischi, efficienza, quantità e qualità dei diritti, benessere.*



## UNITED STATES OPPOSITION TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Ivana Radačić, M. Phil., LL.M.  
Zagreb

UDK: 341.492.2::327  
Ur.: 5. travnja 2004.  
Pr.: 4. lipnja 2004.  
Stručni članak

### *Suprotstavljanje SAD-a Međunarodnom kaznenom sudu*

*Članak kritički analizira negativan stav Sjedinjenih Američkih Država (SAD) prema Međunarodnom kaznenom sudu (Sud) te posljedice takvog stajališta na učinkovitost i integritet Suda i međunarodnog pravnog poretka. Članak razmatra rezolucije Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda, kojima se članovi mirovnih snaga UN-a izuzimaju iz nadležnosti Suda (a donesene su na prijedlog i inzistiranje SAD-a), te bilateralne ugovore koje SAD sklapa s državama svijeta, a kojima se američki državljani izuzimaju iz nadležnosti Suda. Članak tvrdi da ovakvi postupci SAD-a, čiji je cilj uspostava dva paralelna sustava međunarodne pravde (jedan bi vrijedio za američke državljane, a drugi za ostatak svijeta), umanjuju jednu od najbitnijih karakteristika Suda, naime, njegov širok jurisdikcijski opseg i potencijalnu univerzalnu nadležnost. Postupci SAD-a šalju poruku da načela jednakosti pred zakonom, vladavine prava i zaštite ljudskih prava nisu univerzalne vrijednosti. Postupci SAD-a, na taj način, mogu imati ozbiljne posljedice za kredibilitet i učinkovitost Suda i međunarodnog prava. Međunarodna zajednica mora stoga zauzeti jasan stav protiv takvog ponašanja, a Sud mora obavljati svoje dužnosti neovisno o političkim pritiscima.*

*Prvi dio članka ukratko opisuje povijesni razvoj odnosa između SAD-a i Suda. Drugi dio analizira rezolucije Vijeća sigurnosti, a treći dio bilateralne ugovore. Članak završava analizom posljedica postupka SAD-a na integritet Suda i međunarodnog pravnog poretka.*

**Ključne riječi:** *SAD i Međunarodni kazneni sud, dvostruki kriteriji međunarodne pravde, izuzeće članova mirovnih snaga UN-a od nadležnosti Suda, Rezolucije Vijeća sigurnosti UN-a 1422(2002), 1487(2003) i 1497(2003), izuzeće američkih državljana od nadležnosti Suda, bilateralni ugovori o imunitetu, legalnost i posljedice američkih akcija.*

## 1. Introduction

Ever since the 15<sup>th</sup> century, there has been a need for the creation of a permanent international criminal court.<sup>1</sup> However, it was only in the late 20<sup>th</sup> century - in the bloodiest decades of humankind - that there existed a strong political will for the creation of such an institution, pushed in particular by the creation of the two *ad hoc* tribunals: the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (the ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (the ICTR). Thus, as Bassiouni writes, at the time of the negotiations of the Statute of the International Criminal Court (the Rome Statute) there was an extraordinary "change in the political climate and in attitudes by governments towards an ICC [International Criminal Court]."<sup>2</sup> This was exemplified by the short period it took for the Rome Statute to be negotiated, with only 7 votes cast against its adoption.<sup>3</sup>

Six years after the Rome Conference, and two years after the Rome Statute entered into force (July 1, 2002), there still is, in general, great support for the Court and immense optimism about the possibilities of achieving its goals, as exemplified in the number of ratifications of the Statute.<sup>4</sup> However, the world's only superpower, the United States (the U.S.), has been extremely negative about the Court and has persistently attempted to undermine its effectiveness. The U.S. has engaged in a two-prong strategy aimed at undermining the Court: securing United Nations (U.N.) Security Council Resolutions exempting U.N. peacekeepers from the Court's jurisdictions (and wider efforts at blocking any reference to the ICC),<sup>5</sup> and negotiating bilateral agreements with both State

---

<sup>1</sup> See William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, (2001), at 1, who tracks the development of international justice to the 1474 trial of Peter von Hagenbach for atrocities committed during the occupation of Braisach.

<sup>2</sup> Cherif Bassiouni, "Historical Survey: 1919-1998," In: Cherif Bassiouni (ed.), *Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, Transnational Publishers, Inc, Ardsley, New York, pp. 1-39, (1998), at 18.

<sup>3</sup> United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (the Rome Conference) was held in Rome, Italy, from June 15 to July 17, 1998. The Rome Statute of an International Criminal Court was adopted on July 17, 1998 by 120 in favor, 7 against, and 21 abstentions. Rome Statute of the ICC, U.N. Doc. A/CONF.183/9 (1998), available at <http://www.un.org/law/icc/statute/rome.htm>.

<sup>4</sup> As of July 13, 2004, 94 States have ratified and 139 States have signed the Rome Statute. Source: <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty10.asp>.

<sup>5</sup> The U.S. opposed a reference to the ICC in Draft Security Council Resolution 1502 on the protection of humanitarian and U.N. personnel, which was tabled by Mexico on August 25, 2003. This resulted in Resolution 1502 (of August 26, 2003) omitting any reference to the ICC. See William R. Pace, Convenor, Coalition for the International Criminal Court, *Upon the Adoption of the Security Council Resolution on the Protection of Humanitarian and UN*

Parties and Non-party States to the ICC that exempt all U.S. citizens from the Court's jurisdiction ("bilateral immunity agreements").

By trying to create a two-tiered system of justice - one for U.S. citizens and one for the rest of the world - the U.S. has been undermining one of the Court's most important features, namely: broad jurisdictional scope and potential universal jurisdiction that could ensure equality before the law. The U.S. actions can, thus, have serious consequences on the effectiveness and credibility of the Court, as well as the system of international justice and international law. The international community should therefore oppose the U.S. actions, and the Court should exercise its powers independent of political developments.

This paper analyzes the U.S. actions aimed at securing exemption from the Court's jurisdiction and assesses their legal consequences. The first section briefly describes historical developments with regard to the U.S. and the ICC. The second section analyses efforts to use the U.N. Security Council to obtain immunity for peacekeepers, and related U.N. Security Council resolutions. The third section discusses U.S. efforts at negotiating "bilateral immunity agreements." The paper concludes with an assessment of the impact of these actions on the credibility and effectiveness of the Court.

## ***2. The Brief History of the U.S. Relations with the ICC***

As a strong supporter of the ICTR and the ICTY, the U.S. initially backed the creation of the ICC and actively participated in the preparatory work on the Court (*travaux préparatoires*). Indeed, no other delegation shaped the final text as much as did the U.S.<sup>6</sup> However, not all of the U.S. proposals and objectives were incorporated into the final text,<sup>7</sup> and in the end, the U.S. voted against the

---

*Personnel on August 26, 2003*, August 26, 2003, available at <http://www.iccnw.org/pressroom/cicmediastatements/2003/08.26.2003BillStatement.pdf>

<sup>6</sup> In accordance with the U.S. proposals, terrorism and drug trafficking are not listed as crimes under the Statute, there is no requirement of nexus with an armed conflict for crimes against humanity, there is a threshold with respect to war crimes, and the Statute recognizes gender crimes. In addition, crimes are defined in detail in the Elements of Crimes, as the U.S. requested. Finally, Article 18 and Article 98(2) were included in the Statute at the insistence of the U.S., and the provisions on national security information and the system of financing of the Court reflect U.S. concerns. See Jelena Pejic, "The United States and the International Criminal Court: One Loophole Too Many," (Vol.) 79 *University of Detroit - Mercy Law Review* (p.) 276, (2001).

<sup>7</sup> The U.S. wanted a bigger role for the Security Council, and opposed the power of the prosecutor to act proprio motu. Its main objection was directed at the provisions on the preconditions to exercise the Court's jurisdiction. The U.S. insisted that for the Court to have jurisdiction over a national of a State not a party to the Rome Statute, the consent of that State should be required (unless the Security Council triggered the Court's jurisdiction). *Ibid.*

adoption of the Rome Statute, with only 6 other delegations.<sup>8</sup> The main objection of the U.S. was directed against the possibility of the Court exercising jurisdiction over nationals of a State that is not party to the Rome Statute.<sup>9</sup> Its main fear concerned the possibility of politically motivated prosecutions against its citizens.<sup>10</sup>

Nevertheless, the U.S. decided to participate in the work of the Preparatory Commission for the Establishment of an International Criminal Court,<sup>11</sup> and former U.S. President, Bill Clinton, signed the Rome Treaty on December 31, 2000, just hours before the signature deadline.

However, with the change in the U.S. administration came a more openly hostile attitude toward the Court. On May 6, 2002, the administration of George W. Bush, "unsigned" the Treaty and precluded any further participation in the work of the Court. Although Prosper, the U.S. ambassador-at-large for war crimes, at that time said that the U.S. would "not wage war" against the ICC,<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> After a substantive vote on Indian and United States amendments was precluded by means of a "no-action" motion proposed by Norway in the final hours of the Rome Conference, the United States called for a non-recorded vote on the entire treaty. The Rome Statute was adopted by 120 in favor, 7 against, and 21 abstentions. Of the 7 states that voted against, apart from the United States, only China and Israel publicly stated their position. The other countries that cast a negative vote are believed to have been Libya, Iraq, Qatar and Yemen. For an account of the votes see Roy S. Lee, "The Rome Conference and Its Contributions to International Law," In: Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, pp. 1-41, (1999).

<sup>9</sup> Such a possibility is provided for in Article 12(2) of the Rome Statute, which states: "In the case of Article 13, paragraph (a) or (c), the Court may exercise its jurisdiction if one or more of the following States are Parties to this Statute or have accepted the jurisdiction of the Court in accordance with paragraph 3: (a) The State on the territory of which the conduct in question occurred or, if the crime was committed on board a vessel or aircraft, the State of registration of that vessel or aircraft; (b) The State of which the person accused of the crime is a national."

However, contrary to U.S. claims, Article 12 is "not a case of a non-State Party being bound and the ICC overreaching its jurisdiction, but rather the individual being amenable to the jurisdiction of the ICC where crimes are committed in the territory of a State Party." See Sharon A. Williams, "Preconditions to the Exercise of Jurisdiction," In: Otto Triffterer (ed), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pp. 329-343, (1999), at 340.

<sup>10</sup> There are many protections against such a scenario in the Rome Statute: provisions on complementarity contained in Article 17 of the Statute, the provision on judicial review of prosecutorial discretion when the prosecutor acts *proprio motu* as contained in Article 15, and a provision on judicial co-operation in Article 98(2) of the Statute.

<sup>11</sup> The Commission was established by Resolution F of the Final Act of the U.N. Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, with a mandate to prepare proposals for practical arrangements for the establishment and coming into operation of the Court. It was active from 1999-2002, when the Assembly of State Parties superseded it. Resolution F of the Final Act, U.N. Doc. A/CONF/183/10 (1998).

<sup>12</sup> Jim Lobe, *International Court Rejection Seen as Symbolic*, Inter-Press Service, May 7, 2002, available at <http://www.converge.org.nz/pma/cra0456.htm>.

this has proved false. The renunciation of the treaty has paved the way for a comprehensive U.S. campaign against the Court. Thus, when the U.S. did not succeed in securing exemption from the Court's jurisdiction for its peacekeepers in the United Nations Mission of Support in East Timor (May 2002), it vetoed the extension of the U.N. Mission in Bosnia and Herzegovina (June 30, 2002) and threatened to use its veto to block all future peacekeeping missions unless it secured immunity for its peacekeepers.<sup>13</sup> Since then, the U.S. has been using the Security Council as a vehicle for attacking the Court. In addition, in August 2002, the U.S. Congress adopted the American Servicemembers Protection Act (ASPA), which President Bush signed on August 2, 2002. The Act prohibited any cooperation with the Court, and provided a basis for negotiating "bilateral immunity agreements."<sup>14</sup>

### **3. Immunity for Peacekeepers**

#### **3.1. Security Council Resolution 1422 (2002) and Security Council Resolution 1487 (2003)**

On July 12, 2002, after the U.S. threatened to block the U.N. peacekeeping system, the Security Council unanimously adopted Resolution 1422, despite the overwhelming opposition of the international community.<sup>15</sup> Resolution 1422

---

<sup>13</sup> See Amnesty International, *International Criminal Court: Security Council must refuse to renew unlawful resolution 1422*, AI Index: IOR 40/008/2003, May 2003, available at <http://web.amnesty.org/library/index/engior400082003>.

<sup>14</sup> The major anti-ICC provisions in ASPA are: a prohibition on U.S. cooperation with the ICC; an "invasion of the Court" provision authorizing the President to "use all means necessary and appropriate" to free U.S. personnel (and certain allied personnel) detained or imprisoned by the ICC; punishment for States that join the ICC Treaty, specifically, prohibition of military aid to State Parties to the Treaty (except major U.S. allies); a prohibition on U.S. participation in peacekeeping activities unless immunity from the ICC is guaranteed for U.S. personnel. The Act, however, contains waiver provisions that allow the President to override the effects of the ASPA when "in the national interest". See 2002 Supplemental Appropriations Act for Further Recovery From and Response To Terrorist Attacks on the United States, short title: "American Servicemembers' Protection Act of 2002" (HR 4775), available at <http://www.iccnw.org/documents/otherissues/asp/asp.doc>.

<sup>15</sup> On July 3, 2002, the Plenary of the Preparatory Commission for the Establishment of an International Criminal Court held a debate on the U.S.-proposed Security Council Resolution during which statements expressing opposition to the U.S. proposal by or on behalf of more than 116 states were presented. In addition, on July 3, 2002, the U.N. Secretary General sent a letter to the U.S. Secretary of State, Colin Powell, in which he expressed his concerns about the U.S. proposal. Finally, at the Security Council Open Meeting, on July 10, 2002, representatives of approximately 70 States expressed their concern about the proposed Resolution (U.N. Doc. S/PV. 4568). See Amnesty International, *International Criminal Court: The Unlawful Attempt by the Security Council to Amend the Rome Statute*, AI Index: IOR 40/017/2002, August 2002.

requests the Court, allegedly pursuant to Article 16 of the Rome Statute, not to commence or proceed with an investigation or prosecution of any case which involves current or former officials or personnel from a contributing State not a party to the Rome Statute, over acts or omissions relating to a U.N. established or authorized operation.<sup>16</sup> The Resolution also expresses the intention of the Security Council to renew the request for further 12 month periods under the same conditions on July 1 each year for as long as may be necessary.<sup>17</sup> On June 12, 2003, the Security Council (by 12 votes in favor and 3 abstentions)<sup>18</sup> renewed the Resolution 1422 (which then became Resolution 1487),<sup>19</sup> despite the strong opposition of the international community.<sup>20</sup> The terms of Resolution 1487 are identical to those of Resolution 1422.

### ***3.1.1. The Compatibility of the Resolutions with Article 16 and other provisions of the Rome Statute***

Many of the delegates who attended the Security Council Open Meetings on July 10, 2002, and June 12, 2003, as well as representatives of many non-governmental organizations (NGOs), claimed that the Resolutions in question violate Article 16 of the Rome Statute and undermine the Statute's integrity.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> U.N. Security Council Resolution 1422 (2002), U.N. Doc. S/RES/1422.

<sup>17</sup> *Id.*

<sup>18</sup> France, Germany and Syria abstained from voting.

<sup>19</sup> UN Security Council Resolution 1487 (2003), UN Doc. S/RES/1487 (2003).

<sup>20</sup> See documents written by NGOs, such as Human Rights Watch ([www.hrw.org](http://www.hrw.org)), Lawyers Committee for Human Rights ([www.lchr.org](http://www.lchr.org)), the Coalition for the International Criminal Court ([www.iccnw.org](http://www.iccnw.org)), and Amnesty International ([www.ai.org](http://www.ai.org)). See the Council of Europe Resolution 1336 (2003), *Threats to the International Criminal Court*, Doc. 9844, of 24 June 2003, available at <http://assembly.coe.int/documents/adoptedtext/ta03/eres1336.htm>.

See also statements made at the U.N. Security Council Open Meeting on June 12, 2003 (UN. Doc. S/PV.4772). During the debate at the Security Council Open Meeting on June 12, 2003, most countries expressed concerns about the legality and necessity of the Resolution, its compatibility with Article 16 and other provisions of the Rome Statute, as well as with the UN Charter, and its negative effects on the international treaty-making system. Many delegations also stressed that the Rome Statute and the Court should not be seen as inconsistent with the U.N. peacekeeping system, but rather as a complimentary means for achieving the same goals. Finally, many delegations, and the U.N. Secretary General, expressed the hope that renewal does not become an annual routine.

<sup>21</sup> See Statements by Canada, New Zealand and Switzerland made at the Security Council Open Meeting on June 12, 2003, U.N. Doc. S/PV. 4772 (2003). Secretary General of the United Nations, Kofi Annan, in a letter to the U.S. Secretary of State, Colin Powell, of July 3, 2002, noted that Article 16 of the Rome Statute was "meant for a completely different situation from the one in the U.S. proposal." He also expressed a view during the debate at the Security Council Open Meeting on June 12, 2003 that "Article 16 was not intended to cover such sweeping request, but only a more specific request relating to particular situation." The documents are available at the Coalition for the International Criminal Court website: <http://www.iccnw.org/documents/otherissues1422.html>.



They argued that Article 16 only allows the Security Council to request a *temporary* deferral of the ICC's proceedings, when a *specific* case of a threat to the peace, breach of the peace or act of aggression demands so. Contrary to these limitations, Resolutions 1422 and 1487 request an *ex ante* deferral of *potential* cases, without a previous determination of a threat to the peace, breach of the peace or act of aggression being made by the Security Council under Article 39 of the Charter of the United Nations (U.N. Charter).<sup>22</sup>

Although Article 16 does not expressly prescribe that a request be made in relation to a *specific* case, when interpreted in line with Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties,<sup>23</sup> it is clear that the deferral power contained in Article 16 was intended to be used only in situations where the investigation or prosecution of specific cases could undermine peace efforts, this determination being made under Article 39 of the U.N. Charter. The

---

<sup>22</sup> Article 39 of the U.N. Charter reads: "The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security." The Charter of the United Nations, United Nations Reproduction Section, New York, DP I/1398, (1993), available at <http://www.un.org/aboutun/charter/>

<sup>23</sup> Article 31: General rule of interpretation:

1. "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
  - a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty,
  - b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.
3. There shall be taken into account together with the context:
  - a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
  - b) any subsequent practice in the application of the treaty which established the agreement of the parties regarding its interpretation,
  - c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.
4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32: Supplementary means of interpretation:

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and circumstance of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from application of Article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to Article 31:

- a) leaves the meaning ambiguous or obscure, or
- b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable."

Vienna Convention on the Law of Treaties, U.N. Doc. A/CONF.129/1986/WP.2, reprinted in: The American Society of International Law, *International Legal Materials, Current Documents*, Vol. III, No. 3, 1969.

contextual,<sup>24</sup> teleological,<sup>25</sup> and historical<sup>26</sup> interpretation of Article 16, as well as its exceptional nature, point to such a conclusion. Article 16 was not intended to be used as a quasi-permanent obstacle to the Court's jurisdiction, providing immunity for one category of persons. This would be contrary to the Court's goal of "put[ing] an end to impunity for the perpetrators of these crimes."<sup>27</sup>

In addition, although Article 16 allows for a renewal, it allows renewal only when a *specific* situation requires so, i.e. when there is a threat to the peace, or breach of the peace, or act of aggression, which is to be determined at the time of renewal. Article 16 did not have "perpetual immunity" in mind. Contrary to these limitations, it seems that the Resolutions in question, by *a priori* expressing intent for renewal, aim at securing permanent immunity for U.N. peacekeepers. The original Resolution (1422) has already been renewed, and the new Resolution (1487) again expressed the intention to renew the request for deferral of the ICC's proceedings with respect to U.N. peacekeepers.

Finally, Article 16 *expressis verbis* requires that the Resolution in which the Security Council requests a deferral of the ICC's proceedings be made in accordance with Chapter VII of the U.N. Charter. It is questionable whether

---

<sup>24</sup> Article 16 of the Rome Statute talks of a request for deferral of "investigation and prosecution," which seems to presuppose an existence of a particular case (already being examined in a pre-investigation phase under Article 15 of the Rome Statute). The expression can even be read as requiring an authorization of an investigation by a Pre-trial Chamber, before the deferral can be made. In addition, the Article appears in the Statute after Articles 12-15, which regulate the mechanisms triggering the ICC's jurisdiction and the pre-investigation phase. This demonstrates that, "as a matter of logic, an Article 16 deferral request is not meant to be a tool for Security Council preventative, indiscriminate action, but a response to specific ICC proceedings." Human Rights Watch, *The ICC and the Security Council Resolution 1422: Legal and Policy Analysis*, available at <http://www.hrw.org/campaigns/icc/docs/1422legal.pdf>. See also Carsten Stahn, "The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2003)," *14(1) European Journal of International Law* 85, (2003).

<sup>25</sup> The goal of the ICC, as expressed in the preamble, in particular its fourth, fifth and sixth paragraphs, is to end impunity for war crimes, genocide, crimes against humanity and aggression. The preamble does not make a distinction between different classes of possible perpetrators. It would thus be contrary to this goal to allow for a permanent exemption of one category of people--peacekeepers from States not parties to the Rome Statute. As the U.S. has not defined all of the "ICC crimes" as crimes under national law, the Resolution could lead to impunity for U.S. nationals, contrary to the ICC's goals.

<sup>26</sup> Article 23 of the ILC Draft Statute, from which Article 16 of the Rome Statute eventually evolved, gave broad powers to the Security Council, but was rejected as allowing Security Council too much influence over the Court. Each subsequent proposal (made by Singapore, Costa Rica and United Kingdom) aimed at limiting the powers of the Security Council as much as possible, while at the same time recognizing that there might be a situation where deferral would be politically expedient for the purposes of negotiating peace. See Morten Bergsmo and Jelena Pejic, "Article 16: Deferral of Investigation or Prosecution", In: Otto Triffterer (ed), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pp. 373-383, (1999).

<sup>27</sup> Paragraph 5 of Preamble to the Rome Statute.

this requirement was met for the Resolutions 1422 and 1487. This was the first time in 57 years that the Security Council did not make a determination under Article 39 of the U.N. Charter before seeking to act under Chapter VII.<sup>28</sup> In view of these arguments, Article 16 can hardly be seen as a basis for the Resolutions.

Resolutions 1422 and 1487 are also incompatible with various other provisions of the Rome Statute. The Resolutions limit the jurisdictional reach of the Court, contrary to Article 12 of the Statute.<sup>29</sup> They exempt peacekeepers from a State not a Party to the Rome Statute from the Court's jurisdiction, even when the peacekeepers have committed a crime in the territory of a State Party, or in the territory of a State which accepts the Court's jurisdiction by an *ad hoc* declaration, or when such peacekeepers are nationals of a State Party or of a State that accepts the Court's jurisdiction on an *ad hoc* basis.<sup>30</sup>

By providing for a quasi-permanent limitation to the exercise of the Court's jurisdiction, the Resolutions are also contrary to Article 27 of the Rome Statute, which rules out any kind of immunities or special procedural rules.<sup>31</sup> Finally, since operative paragraph 3 of the Resolutions requires that States abide by

---

<sup>28</sup> See Amnesty International, *International Criminal Court: Security Council must refuse to renew unlawful resolution 1422*, AI Index: IOR 40/008/2003, May 2003, available at <http://web.amnesty.org/library/index/engior400082003>.

<sup>29</sup> Article 12 (Preconditions to the exercise of jurisdiction) reads:

"1. A State which becomes a Party to this Statute thereby accepts the jurisdiction of the Court with respect to the crimes referred to in article 5.

2. In the case of article 13, paragraph (a) or (c), the Court may exercise its jurisdiction if one or more of the following States are Parties to this Statute or have accepted the jurisdiction of the Court in accordance with paragraph 3: (a) The State on the territory of which the conduct in question occurred or, if the crime was committed on board a vessel or aircraft, the State of registration of that vessel or aircraft; (b) The State of which the person accused of the crime is a national.

3. If the acceptance of a State which is not a Party to this Statute is required under paragraph 2, that State may, by declaration lodged with the Registrar, accept the exercise of jurisdiction by the Court with respect to the crime in question. The accepting State shall cooperate with the Court without any delay or exception in accordance with Part 9."

<sup>30</sup> Such a situation can occur if the expression "officials or personnel from a contributing state party" covers also non-nationals of a contributing State. See the first operative paragraph of the Resolutions. U. N. Doc. S/RES/1422(2002) and U.N. Doc. S/RES/1487(1993).

<sup>31</sup> Article 27 of the Rome Statute of the ICC: Irrelevance of official capacity

"1. This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a head of State or Government, a member of Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence.

2. Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person."

them,<sup>32</sup> if the Court decided to commence or continue with proceedings despite the Resolutions, States would be required to violate their obligations under Part IX of the Rome Statute.

### *3.1.2. Legality of Resolutions*

Even though Resolutions 1422 and 1487 are inconsistent with many of the Rome Statute's provisions, the U.N. Security Council is not bound by the terms of the Rome Statute.<sup>33</sup> However, the Security Council is bound by the U.N. Charter. The Security Council can only exercise the specific and general powers that it possesses under the Charter, and must exercise those powers in accordance with the Purposes and Principles of the U.N. Charter.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> However, operative paragraph 3 of the Resolutions in question also states that Member States shall take no action inconsistent with their international obligations. This could be read as prohibiting them to act in violation of the Rome Statute. See U.N. Security Council Resolution 1422 (2002), U.N. Doc. S/RES/1422; U.N. Security Council Resolution 1487 (2003), U.N. Doc. S/RES/1487 (2003).

<sup>33</sup> The Security Council has obligation under Article 1(1) of the U.N. Charter to respect international law only with regard to its powers under Chapter VI of the Charter. Therefore, when acting under Chapter VII of the Charter, the Security Council is not bound to respect international law apart from the Charter itself. See H. C. Jochen Abr. Frowein and Nico Krisch, "Introduction to Chapter VII," In: Bruno Simma in collaboration with Hermann Mosler et al (ed.), *The Charter of the United Nations: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, New York, pp. 703-716, (2002).

On the other hand, the ICC is not bound by the U.N. Charter (and therefore by Security Council decisions made under Chapter VII). The ICC is only bound by the terms of the Rome Statute. Thus, since the Court is the ultimate arbiter of its jurisdiction, if it finds that Resolution 1487 does not meet the requirements of Article 16, the Court may refuse to obey the request.

<sup>34</sup> Article 24 (2) of the U.N. Charter reads: "In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII and XII."

The Purposes and Principles are contained in Article 1 of the Charter. The Article reads: "The purposes of United Nations are:

1. To maintain international peace and security, and to that end: to take effective measures for the prevention and the removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of peace;
2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace;
3. To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social and cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion; and

The Security Council has a primary role in the maintenance of peace and security under the U.N. Charter.<sup>35</sup> Under Chapter VII of the U.N. Charter, it can take binding measures for the restoration of peace and security, after determining under Article 39 of the Charter that there has been a threat to the peace, breach of the peace or aggression. Such a determination is a political decision, and in this respect the Security Council exercises wide discretionary powers. This was exemplified on many occasions, one of the most far-reaching precedents being Security Council Resolution 748 (1992), in which the Council determined that "the failure by the Libyan government to demonstrate by concrete actions its renunciation of terrorism and in particular its continued failure to respond fully and effectively to the requests in Resolution 731 (1992) constitute a threat to international peace and security."<sup>36</sup>

However, no determination under Article 39 of the Charter has been made in respect to Resolutions 1422 and 1487. Frowein and Krisch argue that determination under Article 39 of the U.N. Charter is a condition for the use of the measures provided for in Chapter VII, which ensures that the Security Council will at least "enter into a principled discussion on the minimum conditions for enforcement action."<sup>37</sup> They believe that a resolution lacking this determination cannot be considered an enforcement action, and therefore is not binding on the U.N. Member States.<sup>38</sup>

Legally, it is difficult to defend the argument that the ICC and its potential proceedings against peacekeepers accused of genocide, crimes against humanity or war crimes, may constitute a threat to the peace. On the contrary, the Court was established as a means towards achieving peace.<sup>39</sup> As Payam Akhavan states, "Beyond retribution and the moral impulse to vindicate humanitarian norms, individual accountability for massive crimes is an essential part of a preventive strategy and, thus, a realistic foundation for a lasting peace."<sup>40</sup>

---

4. To be a centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends."

<sup>35</sup> Article 24, paragraph 1 of the U.N. Charter reads: "In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf."

<sup>36</sup> U.N. Security Council Resolution 748 (1992), *Libyan Arab Jamahiriya*, U.N. Doc. S/RES/748 (1992).

On Article 39 of the U.N. Charter see H. C. Jochen Abr. Frowein and Nico Krisch, "Article 39," In: Bruno Simma in collaboration with Hermann Mosler et al (ed.), *The Charter of the United Nations: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, New York, pp. 717-727, (2002).

<sup>37</sup> *Ibid*, at 726.

<sup>38</sup> *Ibid* at 727.

<sup>39</sup> See the third, the ninth, and the last paragraphs of the Preamble to the Rome Statute.

<sup>40</sup> Payam Akhavan, "Beyond Impunity: Can international criminal justice prevent future atrocities?" *95 American Journal of International Law* 7, (2001), at 10.

It might be argued that the threats by the U.S. of blocking future peacekeeping operations could represent a threat to the peace (notwithstanding that there was not a formal determination under Article 39 of the U.N. Charter, even though the term has never been used this way with respect to a determination under Article 39 of the U.N. Charter and the Security Council's enforcement powers.<sup>41</sup> Although this is not analogous to a situation of an armed conflict, blocking of the U.N. peacekeeping system may have serious consequences for the restoration of international peace and security. However, the proposition that peacekeepers may commit genocide, crimes against humanity and war crimes with impunity can also have serious consequences for peace and security. As Zwanenburg notes, "Peacekeepers purportedly act in the name of international justice. Consequently, they themselves must be held to the highest standards of justice."<sup>42</sup> The guardians cannot be judged by different standards than the guarded.

In addition, these sorts of exemptions from the ICC's jurisdiction may result in other States requesting exemptions. This could spell the end of a new system, which has been seen by many as "an essential means of promoting respect for international humanitarian law and human rights law, thus contributing to freedom, security, justice and the rule of law as well as contributing to the preservation of peace and the strengthening of international security."<sup>43</sup>

### ***3.2. Paragraph 7 of Security Council Resolution 1497 (2003)***

On August 1, 2003, the Security Council adopted Resolution 1497, which authorized the deployment of a multinational stabilization force to Liberia.<sup>44</sup> At the insistence of the U.S., the Resolution included a provision in paragraph 7 that prescribes the exclusive jurisdiction of a contributing State that is not a party to the Rome Statute over crimes committed by its personnel or officials in relation to the Liberian peacekeeping mission.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> According to Frowein and Krisch, "the threat to the peace exists when, in a particular situation, a danger of the use of force on a considerable scale arises." The authors, therefore, define the term negatively as "the absence of organized use of force" (basing the argument in the statements of the Security Council Meeting at the levels of Head of States and Governments in 1992, U.N. Doc. S/23500 (1992), at 3). H. C. Jochen Abr. Frowein and Nico Krisch, "Introduction to Chapter VII," In: Bruno Simma in collaboration with Hermann Mosler et al (ed.), *The Charter of the United Nations: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, New York, pp. 717-727, (2002), at 726.

<sup>42</sup> Marten Zwanenburg, "The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers Under Fire?" *10 (1) European Journal of International Law* 124 (1999).

<sup>43</sup> Statement by the representative of Greece on behalf of the European Union at the Security Council Open Meeting on June 12, 2003. U.N. Doc. S/PV. 4772 (2003), at 8.

<sup>44</sup> U.N. Security Council Resolution 1497 (2003), U.N. Doc. S/RES/1497 (2003). France, Germany and Mexico abstained from voting.

<sup>45</sup> Paragraph 7 of U.N. Security Council Resolution 1497 (2003) reads: The Security Council "Decides that current or former officials or personnel from a contributing State, which is not

This provision goes further than operative paragraph 1 of Resolutions 1422 and 1487; it provides the contributing State, which is not party to the Rome Statute, with exclusive jurisdiction over its personnel employed in the peacekeeping mission in Liberia, rather than requesting temporary deferral of the ICC proceedings. The provision does not even invoke Article 16 of the Rome Statute.

Paragraph 7 of Resolution 1497 clearly undermines the Rome Statute. In addition, it violates the principles of criminal jurisdiction, namely: territorial principle, nationality principle, passive nationality principle and the principle of universal jurisdiction, all of which are well established in international law, and provided for in the national laws of many countries.<sup>46</sup>

However, as noted earlier, the Security Council is not bound by international law when acting under Chapter VII of the U.N. Charter. Nevertheless, the Security Council is bound by the Charter, and therefore can act under Chapter VII only when conditions prescribed by the Charter are met, i.e. when there is a situation of a threat to the peace, breach of the peace or an act of aggression, and in accordance with the Purposes and Principles of the Charter.

In the case of Resolution 1497, the Security Council did determine that there was a "threat to international peace and security," which was not the case with Resolutions 1422 and 1487.<sup>47</sup> However, the Security Council determined that "the *situation in Liberia* (emphasis added) constitutes a threat to international peace and security," and not the potential prosecutions of peacekeepers by the ICC. Therefore, this determination only provides a legal basis for the deployment of the Multinational Force and United Nations Stabilization Force. It can hardly be seen as providing a legal justification for operative paragraph 7 of the Resolution. It is difficult to see how potential ICC proceedings can constitute a

---

a party to the Rome Statute of the International Criminal Court, shall be subject to the exclusive jurisdiction of that contributing State for all alleged acts or omissions arising out of or related to the multinational Force or United Nations stabilization force in Liberia, unless such exclusive jurisdiction has been expressly waived by that contributing State." U.N. Doc. S/RES/1497 (2003).

<sup>46</sup> The provision prohibits Liberia, as a State on which the criminal acts would potentially be committed (territorial State) to exercise jurisdiction, or to refer a case to the ICC, if it decided to accept the Court's jurisdiction on the *ad hoc* basis. This is in contravention of Liberian laws, the principles of international law and the Rome Statute. In addition, the provision prohibits a States from exercising extraterritorial jurisdiction (nationality principle, passive nationality principle and universal jurisdiction) over the covered category of persons according to their laws, in contravention of their domestic laws and principles of international law. For the principles of jurisdiction see Louis Henkin, Richard Crawford Pugh, Oscar Schachter and Hans Smit, "Chapter 12: Bases of Jurisdiction," In: Louis Henkin et al (eds.), *International Law: Cases and Materials* (3 edition), West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, pp. 1046-1126, (1993).

<sup>47</sup> Seventh preambular paragraph of U.N. Security Council Resolution 1497 (2003), U.N. Doc. S/RES/1497 (2003).

threat to the peace, and how the immunity of peacekeepers in Liberia can constitute a measure to preserve the peace.

### 3.3. *Legal Effects of the Resolutions*

Frowein and Krisch argue: "Resolutions that cannot be considered as adopted under Chapter VII, either for lack of the necessary determination or for failure to spell out their character as an enforcement action, do not create binding effects for Member States."<sup>48</sup> According to Article 25 of the U.N. Charter, Member States are only obliged "to accept and carry out ... decisions of the Security Council in accordance with the...Charter."<sup>49</sup> Therefore, *argumentum ad contrarium*, decisions which are not in accordance with the Charter are not binding for the Member States. Many NGOs believe that the Security Council acted *ultra vires* in adopting the Resolutions in question, and therefore ask U.N. Member States not to comply with them.<sup>50</sup> The above analysis supports this conclusion.

NGOs have also urged the Court to disregard the Resolutions in determining whether to open an investigation or a prosecution of a national of a Non-party State.<sup>51</sup> The Court is the ultimate arbiter of its jurisdiction. Therefore, if the case arises where a peacekeeper has committed one of the "ICC crimes," over which the ICC would have jurisdiction were there not a Resolution, the Court would be able to determine the legal effect of the Resolution based on whether the nature of the request is one that was contemplated under Article 16 of the Rome Statute. The Court also has the power to assess whether the Security Council exceeded its powers, as an incidental part of its jurisdiction. If the Court decides that the Resolution goes beyond Article 16 or that the Security Council acted *ultra vires*, the Court would be able to exercise its jurisdiction, in which case State Parties would be obliged under the Rome Statute to cooperate with its requests.

---

<sup>48</sup> See H. C. Jochen Abr. Frowein and Nico Krisch, "Article 39," In: Bruno Simma in collaboration with Hermann Mosler et al (ed.), *The Charter of the United Nations: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, New York, pp.717-727 (2002), at 727.

<sup>49</sup> Article 25 of the U.N. Charter. The Charter of the United Nations, United Nations Reproduction Section, New York, DP I/1398, (1993).

<sup>50</sup> Amnesty International, *International Criminal Court: The Unlawful Attempt by the Security Council to Amend the Rome Statute*, AI Index: IOR 40/017/2002, August 2002.

<sup>51</sup> *Ibid.*



#### **4. Exemption of U.S. Citizens - "Article 98(2) Bilateral Immunity Agreements"**

In addition to using the Security Council to exempt peacekeepers from the Court's jurisdiction, the U.S. is requesting exemption for its citizens through "bilateral immunity agreements." To date, several versions of these bilateral agreements have been proposed: those that are reciprocal, providing that neither of the two parties to the agreement would surrender the other's "persons" to the Court without first gaining consent from the other; those that are non-reciprocal, providing only for the non-surrender to the ICC of U.S. "persons"; and those that are intended for States that have neither signed nor ratified the Rome Statute, providing that those States not cooperate with efforts of third-party States to surrender U.S. "persons" to the ICC.<sup>52</sup> The U.S. argues that Article 98(2) of the Rome Statute provides a legal basis for these agreements.

Article 98(2) prohibits the Court from proceeding with a request for surrender that would require the requested State to breach its international agreements according to which the consent of a sending State is required to surrender a person of that State to the Court. This provision addresses the question of any potential discrepancies between the Rome Statute and existing international obligations, which may arise as a result of Status of Forces Agreements (SOFA) and similar agreements that several States have entered into prior to adoption of the Rome Statute.<sup>53</sup> The language of Article 98(2) tracks the language of such agreements by the use of the term: "sending State."<sup>54</sup>

Status of Forces Agreements and the Status of Mission Agreements (SOMA) have been explicitly recognized as relevant by the *Ad Hoc* Committee Report, which stated that they should be taken into consideration when determining which State has a strong interest in the issue and should consequently exercise jurisdiction.<sup>55</sup> Under Article 98(2), the Court is obliged to defer to the jurisdiction exercised by the State in accordance with SOFA or SOMA, if such State is "willing and able genuinely to pursue justice."<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> See Coalition for the International Criminal Court, *US Bilateral Immunity Agreements*, <http://www.iccnw.org/pressroom/factsheets/FS-CICC-BIAs13June03.doc>

<sup>53</sup> On existing SOFAs, see C. Jayaraj, "The International Criminal Court and the United States: Recent Legal and Policy Issues," *42(4) Indian Journal of International Law* 489 (2002).

<sup>54</sup> The paragraph reads: "The Court may not proceed with a request for surrender which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international agreements pursuant to which the consent of a sending State is required to surrender a person of that State to the Court, unless the Court can first obtain the cooperation of the sending State for the giving of consent for the surrender." Rome Statute of the ICC.

<sup>55</sup> Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of An International Criminal Court, UN Doc. A/50/22 (1995) paragraph 57.

<sup>56</sup> Article 17 of the Rome Statute.

It has been disputed whether Article 98(2) covers only existing, or also future SOFA and SOMA-type agreements.<sup>57</sup> The expression "obligations under international agreements" is not restrictive in this respect, which points to the conclusion that the provision is not limited only to the existing agreements. The scope of the provision, however, is limited by the use of the term: "sending State". Thus, from the language of Article 98(2), it is clear that this provision covers only agreements that regulate the sending State-receiving State relationship with respect to criminal jurisdiction, such as SOFA and SOMA-type agreements.

In addition, Article 98(2) is supposed to work in the framework of the principle of complementarity. Accordingly, the Court should be able to intervene when a sending State is not "able or willing" genuinely to pursue justice.<sup>58</sup> The receiving State, which signed such an agreement with a sending State, should also be able to refuse to extradite an individual to the sending State, and should instead surrender him or her to the Court, if it believes that the sending State will not be able or willing to genuinely pursue justice.

The "bilateral immunity agreements" that the U.S. is trying to negotiate are not in compliance with the above-mentioned Article 98(2) requirements. They cover a much broader category of persons, namely: "current or former Government officials, employees (including contractors), or military personnel or nationals of one party."<sup>59</sup> This includes all U.S. nationals (regardless of their link with the State), and also the foreign nationals working for the US government, or local contactors (who might even be nationals of a "receiving State"). This is a much broader class of persons than those who can properly be characterized as "being sent" by a State. In addition, such agreements preclude the Court's oversight function, which is one of the main characteristics of the whole system.

Finally, these agreements do not ensure that such individuals will be brought to justice, which contradicts the object and purpose of the Rome Statute, that is, ending impunity for the worst crimes. The agreements only express "[U.S.] intention to investigate and to prosecute *where appropriate* acts within the jurisdiction of the International Criminal Court alleged to have been committed

---

<sup>57</sup> See Kimberly Prost and Angelika Schlunck, "Article 98: Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender," In: Otto Triffterer (ed.), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pp. 1125-1129, (1999). See also James Crawford, Philippe Sands, Ralf Wilde, *Joint Opinion in the Matter of the Statute of the International Criminal Court and in the Matter of Bilateral Agreements Sought by the United States under Article 98(2) of the Statute*, available at Lawyers Committee for Human Rights' website [http://www.lchr.org/international\\_justice/Art98\\_061403.pdf](http://www.lchr.org/international_justice/Art98_061403.pdf)

<sup>58</sup> Article 17 of the Rome Statute, available at <http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm>.

<sup>59</sup> Example of a reciprocal bilateral immunity agreement (signed with east Timor), available at Human Rights Watch' website, <http://www.hrw.org/campaigns/icc/docs/bilateralagreements.pdf>

by its officials, employees, military personnel, or other nationals."<sup>60</sup> It is not really clear what "where appropriate" means, who will be the arbiter and what criteria will be used for determining "appropriateness" of the prosecution.

Such U.S.-proposed agreements are contradictory to Article 98(2) and the object and purpose of the Rome Statute. The States Parties and the States signatories of the Rome Statute should, therefore, reject such agreements. Signing these agreements would breach their obligations under the Vienna Convention on the Law of Treaties,<sup>61</sup> as well as their obligations of co-operation with the Court (as contained in Part IX of the Rome Statute).

However, under the pressure of the United States, and its threats to withdraw military and other assistance from countries that do not sign "bilateral immunity agreements," already approximately 72 States have signed the agreements, 33 being State Parties and 16 signatories of the Rome Statute (as of March 2, 2004).<sup>62</sup> Ten states (Botswana, DR Congo, Malawi, Nigeria, Uganda, Colombia, Israel, Afghanistan, India, Philippines) have signed executive agreements which ratification is not necessary.<sup>63</sup> Apparently 13 States have ratified the agreements, 10 of them being State Parties (Albania, Bosnia-Herzegovina, Gambia, Georgia, Ghana, Honduras, Macedonia, Panama, Tajikistan and Sierra Leone), and 3 being States not parties nor signatories to the Rome Statute (East Timor, Mauritania and Nicaragua).<sup>64</sup>

Most of these countries are small, poor African and Asian States, which could not stand up to the U.S. threat of losing financial aid.<sup>65</sup> A number of U.S. allies and regional bodies have rejected these agreements despite the U.S. pressure.

---

<sup>60</sup> Part C of the agreement with East Timor. Ibid.

<sup>61</sup> Article 26, *Pacta sunt servanda*, reads:

"Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith."

Article 18, Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force, reads:

"A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

(a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or

(b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed."

Vienna Convention on the Law of Treaties, U.N. Doc. A/CONF.129/1986/WP.2.

<sup>62</sup> Source of this information is Coalition for the International Criminal Court, available at <http://www.iccnw.org/documents/usandtheicc.html>, last visited on April 3, 2004.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> From the States that have signed the "bilateral immunity agreements" with the U.S., 23 are African, 10 are Latin American, 15 are Asian, 7 are Pacific, 11 are European/CIS and 6 are Middle Eastern/North African States. See Coalition for the International Criminal Court, *Signatories of U.S. Impunity Agreements (so-called Article 98 Agreements)*, available at <http://www.iccnw.org/documents/usandtheicc.html>, last visited on April 3, 2004.

Canada, New Zealand, Sweden, Norway, South Africa, Trinidad and Tobago, Slovenia, Croatia and all 15 E.U. Members States are among those countries.<sup>66</sup>

The bases for the withdrawal of military assistance from the ICC's Member States that refuse to sign "bilateral immunity agreements" is provided in the provisions of 2002 American Servicemembers' Protection Act (the ASPA).<sup>67</sup> Section 2007 of the Act provides for the prohibition of military assistance to the government of any country that is party to the International Criminal Court, effective from July 1, 2003, unless President issues "national interest waiver" (when he determines and reports to the Congress that assistance is in the national security interest) or "Article 98 waiver" (when he determines and reports to the Congress that a country has entered into an agreement with the U.S. preventing the ICC from proceeding against U.S. personnel present in such country). NATO member countries, major non-NATO allies and Taiwan are exempted from military aid prohibition.

As the deadline passed, the U.S. revoked its military assistance to many countries that refused to sign a bilateral immunity agreement, even Non-parties States of the Rome Statute, which was not provided for in the ASPA. U.S. officials went far beyond the provisions of this Act in attempting to secure the wanted agreements. For example, the U.S. questioned the accession of some Balkan countries to NATO if they did not sign an immunity agreement, such as in the case of Croatia.<sup>68</sup> It also threatened to cut financial aid and relief programs, including the withdrawal of "dual use" funding in the Bahamas,<sup>69</sup> the withdrawal of hurricane relief program in the Caribbean Community,<sup>70</sup> the relocation of a

---

<sup>66</sup> Coalition for International Criminal Court, Media Statement, *U.S. Threatens to Cut Military Assistance to Nations Supporting the International Criminal Court*, June 30, 2003, available at <http://www.iccnw/pressroom/ciccmmediastatements/2003/06.30.03ASPA.decline.doc>, last visited on April 3, 2004.

<sup>67</sup> 2002 Supplemental Appropriations Act for Further Recovery From and Response To Terrorist Attacks on the United States, short title: "American Servicemembers' Protection Act of 2002" (HR 4775), available at <http://www.iccnw.org/documents/otherissues/aspa/aspa.doc>

<sup>68</sup> The former U.S. Ambassador to Croatia, Lawrence Rossin, published an Article in Croatia raising questions about the viability of Croatia's accession to NATO if it does not sign a "bilateral immunity agreement." Kenneth Roth, Director of Human Rights Watch, *A Letter to Colin Powell on U.S. Bully Tactics against International Criminal Court*, June 30, 2003, available at <http://www.hrw.org/press/2003/06/usa063003ltr.htm>

<sup>69</sup> U.S. Ambassador, Richard Blankenship, has publicly warned that the Bahama's "unfavourable" response could result in the loss of funding for the paving and lighting of an airport runway. See Kenneth Roth, *Letter to Colin Powell on U.S. Bully Tactics against International Criminal Court*, June 30, 2003, available at <http://hrw.org/press/2003/06/usa063003ltr.htm>.

<sup>70</sup> On May 23, 2003, U.S. Assistant Secretary of State, Stephen Rademaker told the foreign minister of the CARICOM that they would lose the benefits of the New Horizon Program if they did not sign the agreement. See Kenneth Roth, *Letter to Colin Powell on U.S. Bully Tactics Against International Criminal Court*, June 30, 2003, available at <http://hrw.org/press/2003/06/usa063003ltr.htm>.

previously promised USAID program from Comoros to Djibouti,<sup>71</sup> the suspension of cooperative development program in Niger,<sup>72</sup> the withdrawal of military and other assistance to Bosnia and Herzegovina,<sup>73</sup> etc.<sup>74</sup>

On the other hand, some countries have reportedly received large sums of U.S. financial assistance upon the signature of the bilateral immunity agreements, such as Sierra Leone.<sup>75</sup> Richard Dicker, the director of the International Justice Program of Human Rights Watch, concluded that "U.S. ambassadors have been acting like schoolyard bullies,"<sup>76</sup> while Kenneth Roth, the Executive Director of Human Rights Watch, called U.S. actions "unconscionable tactics."<sup>77</sup>

Both the Council of Europe and the European Union (E.U.) have opposed U.S. proposed "bilateral immunity agreements" and the U.S. pressure exerted upon its Member States to sign such agreements. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe in June 2003 adopted Resolution 1336, entitled: *Threats to the International Criminal Court*.<sup>78</sup> In this Resolution, the Council of Europe expresses that it, *inter alia*: considers such agreements to be violations of the Rome Statute and of the Vienna Convention on the Law of Treaties, and "considers that it is possible for these agreements to be construed narrowly, such as to subject the refusal to cooperate with the ICC to strict conditions, in

---

<sup>71</sup> According to a Comorese diplomat, the U.S. has informed his country that a previously promised USAID project has been relocated to Djibouti following the latter's signing of a bilateral agreement. See Kenneth Roth, *Letter to Colin Powell on U.S. Bully Tactics Against International Criminal Court*, June 30, 2003, available at <http://hrw.org/press/2003/06/usa063003ltr.htm>.

<sup>72</sup> According to a senior Ministry of Foreign Affairs official, the U.S. has threatened to suspend cooperative development projects if Niger does not enter into an agreement. See Kenneth Roth, *Letter to Colin Powell on U.S. Bully Tactics Against International Criminal Court*, June 30, 2003, available at <http://hrw.org/press/2003/06/usa063003ltr.htm>.

<sup>73</sup> Before Bosnia and Herzegovina's signature and ratification of the agreement with the U.S., Bosnia and Herzegovina's Foreign Minister, Mladen Ivanic, said that the U.S. message was that it would be "very difficult to continue military and other assistance" if Bosnia-Herzegovina wouldn't sign. See Kenneth Roth, *Letter to Colin Powell on U.S. Bully Tactics Against International Criminal Court*, June 30, 2003, available at <http://hrw.org/press/2003/06/usa063003ltr.htm>.

<sup>74</sup> As of April 3, 2004, there is still no information on what happened in relation to the above-mentioned threats.

<sup>75</sup> In the case of Sierra Leone, upon signature of a bilateral immunity agreement, it was announced that the U.S. would invest \$25 million in the Sierra Rutile mines. Coalition for the International Criminal Court, *U.S. Threatens to Cut Military Assistance to Nations Supporting the International Criminal Court*, June 30, 2003, available at <http://www.iccnw/pressroom/ciccmmediastatements/2003/06.30.03ASPAdedline.doc>

<sup>76</sup> Richard Dicker, *US: End Bully Tactics against Court*, June 30, 2003, available at <http://www.hrw.org/press/2003/07/usa070103.htm>

<sup>77</sup> Kenneth Roth, *Letter to Colin Powell on U.S. Bully Tactics Against International Criminal Court*, June 30, 2003, available at <http://hrw.org/press/2003/06/usa063003ltr.htm>

<sup>78</sup> Council of Europe Resolution 1336 (2003), Document 9844 of June 24, 2003 available at <http://assembly.coe.int/documents/adoptedtext/ta03/eres1336.htm>

particular the credible assurance of national prosecution of persons suspected of ICC crimes by the United States themselves and to ensure that the scope of persons affected by the agreement is consistent with the text of Article 98(2) of the ICC Treaty."<sup>79</sup>

The European Union has been a strong supporter of the Court. On June 23, 2003, the Council of the European Union revised its Common Position on the International Criminal Court (first adopted in June 2001 and revised in June 2002) strongly supporting the ICC, and for the first time including a call to prevent the signature of "bilateral immunity agreements."<sup>80</sup> In addition, the E.U. General Affairs and External Relations Council adopted the Conclusions on the International Criminal Court on September 30, 2002,<sup>81</sup> to which it annexed the E.U. Guiding Principles that the Member States should take into account when considering the scope and necessity of entering into "bilateral immunity agreements.

The Guiding Principles state that entering into the proposed bilateral non-surrender agreement as presently drafted by the U.S. "would be inconsistent with ICC State Parties' obligations with regard to the ICC Statute and may be inconsistent with international agreements to which ICC State Parties are parties."<sup>82</sup> However, the Guiding Principles do envisage the possibility of entering into a bilateral non-surrender agreement provided that such an agreement satisfy certain conditions. In particular, the agreements should:

"include appropriate operative provisions ensuring that persons who have committed crimes falling within the jurisdiction of the Court do not enjoy impunity...;"

"only cover persons who are not nationals of an ICC State Party;"

"only cover persons present on the territory of a requested State because they have been sent by a sending State, cf. Article 98, paragraph 2 of the Rome Statute;"

"contain a termination or revision clause."<sup>83</sup>

Human Rights Watch revised these Guiding Principles to ensure that an agreement would not result in impunity, and added a few additional comments.<sup>84</sup> It proposed that the E.U. "no impunity" principle be secured by a number of

<sup>79</sup> Paragraph 11 of the Resolution.

<sup>80</sup> Common Position on the International Criminal Court of the Council of the European Union, 10670/03, June 23, 2003, available at <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/03/st10/st10670en03.pdf>

<sup>81</sup> Draft Council Conclusions on International Criminal Court, September 30, 2002, 12488/1/02 available at <http://www.iccnw.org/documents/declarationsresolutions/intergovbodies/EUConclusions30Sept02.pdf>

<sup>82</sup> *Id.*

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> Human Rights Watch, *Bilateral Immunity Agreements*, June 20, 2003, available at <http://www.hrw.org/campaigns/icc/docs/bilateralagreements.pdf>

specific, legally binding provisions, in particular by: a clause that commits the United States to investigate and, where appropriate, prosecute its nationals accused of committing ICC crimes; a clause that requires the U.S. government to update federal laws to ensure that U.S. national courts can exercise jurisdiction over all such crimes; and a clause to provide for the ICC's oversight function. With respect to the sunset clause, it proposed that every agreement should be of a finite duration, believing that 3 years represented a reasonable time limit.

These E.U. Guiding principles, as well as Human Rights Watch' comments, aim to put the U.S. proposed agreements into conformity with the language of Article 98(2) of the Rome Statute and the object and purpose of the Rome Statute. If a State Party or State signatory of the Rome Statute does not obey these principles, and enters into non-surrender agreements, it would be violating the Vienna Convention on the Law of Treaties<sup>85</sup> and the Rome Statute.

Despite such violations of their obligations, many State Parties and signatories of the Rome Statute have already signed broad immunity agreements. This is a regrettable development, which can limit the Court's jurisdiction in a way that was never envisaged when the provision of Article 98(2) was drafted. If the U.S. goal of signing these agreements with every country in the world, as proclaimed by U.S. Undersecretary for Arms Control and International Security, John Bolton,<sup>86</sup> be reached, the system of international justice created by the Rome Statute could be seriously undermined, even before it was given an opportunity to prove itself.

In order to prevent such a scenario, the Court will have to exercise its functions independent of these political developments. Article 98(2) is addressed to the Court. The provision prevents the ICC from proceeding with a request for surrender if such a request would make a State violate agreements contemplated under this article. However, if the Court, in a specific case, in the context of a request for surrender, interprets the "bilateral immunity agreement" in question as going beyond Article 98(2), it should proceed with a request.

---

<sup>85</sup> Article 26 (*Pacta sunt servanda*) of Vienna Convention on the Law of Treaties reads: "Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith."

Article 18, Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force, reads:

"A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

(a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or

(b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed."

<sup>86</sup> Cited in: Coalition for the International Criminal Court, *U.S. Bilateral Immunity agreements or So-called "Article 98" Agreements*, available at <http://www.iccnw.org/pressroom/factsheets/FS-CICC-BIAs13June03.doc>

In such a case, a requested State Party cannot present the "bilateral immunity agreement" as an obstacle to its cooperation with the Court. If a State nevertheless refuses to cooperate with the Court, "thereby preventing the Court from exercising its functions and powers under its Statute, the Court may make a finding to that effect and refer the matter to the Assembly of State Parties, or where the Security Council referred the matter to the Court, to the Security Council."<sup>87</sup>

There is an additional route to assess the compatibility of "bilateral immunity agreements" with the Rome Statute, provided for in Article 119(2) of the Rome Statute. The Article states: "Any other dispute between two or more States Parties relating to the interpretation or application of this Statute which is not settled through negotiations within three months of their commencement shall be referred to the Assembly of States Parties. The Assembly may itself seek to settle the dispute or may make recommendations on further means of settlement of the dispute, including referral to the International Court of Justice in conformity with the Statute of that Court." This route may be triggered upon conclusion of a "bilateral immunity agreement" by a State Party; in such a case, the dispute may arise over whether said agreement is contrary to the Rome Statute.

The States can bring the dispute over the "bilateral immunity agreement" before the International Court of Justice (regardless of the recommendation by the Assembly of State Parties). In such a case the International Court of Justice (the ICJ) will decide on the right interpretation of the Article and compatibility of the "bilateral immunity agreement" with the Rome Statute, provided that it can exercise its jurisdiction. Finally, the General Assembly can, under its own power, ask the ICJ for an advisory opinion on the legal question concerning ICC.<sup>88</sup> It is to be hoped that these routes will be used to defend the integrity of the Statute and allow for the effective functioning of the Court.

## **5. Conclusion**

Even though, as the above discussion points out, there are available means to challenge the U. S. campaign - specifically, the legality of Resolutions 1487 and the "bilateral immunity agreements" - U.S. actions seriously undermine the

---

<sup>87</sup> Article 97(7) of the Rome Statute.

<sup>88</sup> Article 96 of the U.N. Charter reads:

"(1) The General Assembly or the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question.

(2) Other organs of the United Nations and specialized agencies, which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request advisory opinions of the Court on legal questions arising within the scope of their activities."

The ICC is not a U.N. organ or a specialized agency and therefore does not have the right to ask the ICJ for an advisory opinion.



system of international justice and the system of international law. Aimed at creating a two-tiered system of justice - one for U.S. citizens, and one for the rest of the world - U.S. actions suggest that the principle of equality before the law does not apply to all, and question the supposed universality of the values of the protection of human rights and respect of the rule of law.

In addition, the U.S. campaign sets a dangerous precedent that could encourage other States to seek exemptions from the Court's jurisdiction. This could lead to the end of the fair, non-selective and effective system of justice put in place for the first time by the creation of the ICC, which was heralded by many as one of the most important human rights achievements of the 20<sup>th</sup> century that "might one day influence or even restrain the Hobbesian order established by the politics of the state."<sup>89</sup>

To prevent this kind of scenario, the international community should oppose the unfounded U.S. attacks against the ICC and voice its objections toward the U.S. policy of unilateralism. This will serve to highlight the fact that most of the world's citizens fully support the Court's goal of ending impunity and defending human rights, and that one country cannot control the development of international justice and international law.

### Summary\*

## UNITED STATES OPPOSITION TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

The paper discusses the U.S. opposition to the International Criminal Court (the Court) and its consequences for the effectiveness and credibility of the Court and international legal order. It analyses U.S.-sponsored U.N. Security Council Resolutions that exempt peacekeepers from the Court's jurisdiction, and bilateral immunity agreements that exempt U.S. nationals from the Court's jurisdiction. The paper argues that U.S. actions, aimed at creating a two-tiered system of international justice - one for U.S. citizens and one for the rest of the world, undermine one of the Court's most important features - broad jurisdictional scope and potential universal jurisdiction. These actions suggest that the principle of equality before the law does not apply to all, and question the supposed universality of the values of the protection of human rights and respect of the rule of law. The U.S. actions can, thus, have serious consequences on the

---

<sup>89</sup> Leila Nadia Sadat, "The Establishment of the International Criminal Court: From The Hague to Rome and Back Again," 8 *Journal of International Law and Practice*. 97, (1999), at 117.

\* Translated by the Author.

effectiveness and credibility of the Court, as well as the system of international justice and international law. The international community should therefore oppose the U.S. actions, and the Court should exercise its powers independent of political developments.

The first section of the paper briefly describes historical developments with regard to the U.S. and the ICC. The second section analyses efforts to use the U.N. Security Council to obtain immunity for peacekeepers, and related U.N. Security Council resolutions. The third section discusses U.S. efforts of negotiating bilateral immunity agreements. The paper concludes with an assessment of the impact of these actions on the credibility and effectiveness of the Court and international legal order.

**Key words:** *US and the International Criminal Court, two-tiered system of international justice, exempting peacekeepers from the Court's jurisdiction, Security Council Resolutions 1422(2002), 1487(2003) and 1497(2003), exempting US nationals from the Court's jurisdiction, bilateral immunity agreements, legality and consequences of the US actions.*

#### Zusammenfassung

### **OPPOSITION DER USA GEGENÜBER DEM INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSHOF**

Im Artikel werden die negative Auffassung der USA gegenüber dem Internationalen Strafgerichtshof, sowie die Folgen dieser Auffassung für den Erfolg und die Integrität des Gerichtshofs und das internationale Rechtssystem kritisch analysiert. Der Artikel beschäftigt sich mit der Resolution des Sicherheitsrates der vereinten Nationen, wodurch die Mitglieder der Friedenstruppen der UN von der Zuständigkeit des Gerichtshofs ausgenommen werden (und die auf den Vorschlag und das Insistieren des USA verabschiedet wurde), sowie bilaterale Verträge, die die USA mit Staaten der Welt schließt und wodurch amerikanische Bürger nicht dem Gericht unterstellt sind. Der Aufsatz behauptet, dass ein derartiges Vorgehen der USA, dessen Ziel die Einrichtung zweier paralleler Systeme internationaler Gerechtigkeit ist (eins, das für amerikanische Staatsbürger gälte und ein anderes für den Rest der Welt) eine der wesentlichen Charakteristiken des Gerichtshofs schwächen, nämlich dessen großen jurisdiktionalen Umfang und seine potentielle universale Zuständigkeit. Die Verfahrensweisen der USA lassen erkennen, dass die Prinzipien der Gleichheit vor dem Gesetz, der Herrschaft des Rechts und des Schutzes der Menschenrechte keine universalen Werte sind. Das Vorgehen der USA kann auf diese Weise ernsthafte Folgen für die Glaubwürdigkeit und die Wirksamkeit des Gerichtshofs und des Völkerrechts haben. Deshalb muss die internationale Gemeinschaft zu einem solchen Verhalten einen klaren Standpunkt einnehmen, und der Gerichtshof muss seine Aufgaben ungeachtet politischen Druckes erfüllen.

Im ersten Teil des Aufsatzes wird kurz die geschichtliche Entwicklung der Beziehungen zwischen den USA und dem Gerichtshof beschrieben. Im zweiten Teil folgt die Analyse der Resolution des Sicherheitsrats und die der bilateralen Verträge im dritten Teil. Der Aufsatz schließt mit der Analyse der Folgen, die das Vorgehen der USA auf die Integrität des Gerichtshofs und die internationale Rechtsordnung hat.

**Schlüsselwörter:** *Die USA und der Internationale Strafgerichtshof, zweierlei Kriterien des Völkerrechts, Ausschließung der Mitglieder der Friedenstruppen der UN von der Zuständigkeit des Gerichts, Resolutionen des Sicherheitsrats der UN 1422(2002), 1487(2003) und 1497(2003), Ausschließung der amerikanischen Staatsbürger von der Zuständigkeit des Gerichts, bilaterale Verträge über Immunität, Legalität und Folgen amerikanischer Aktionen.*

#### Sommario

### **OPPOSIZIONE DEGLI STATI UNITI D'AMERICA AL TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE**

L'articolo analizza criticamente la posizione negativa degli Stati Uniti d'America nei confronti del Tribunale penale internazionale e le sue conseguenze per l'effettività e la credibilità del Tribunale e dell'ordinamento giuridico internazionale. L'articolo considera le risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite proposte e sostenute dagli USA che escludono gli operatori di pace dalla giurisdizione del Tribunale, e gli accordi bilaterali di immunità che escludono i cittadini USA dalla giurisdizione del Tribunale. L'articolo indica che le azioni USA, finalizzate alla creazione di due sistemi paralleli di giustizia internazionale, uno per i cittadini USA e uno per il resto del mondo, minano una delle più importanti caratteristiche del Tribunale, ovvero l'ambito giurisdizionale ampio e la potenziale giurisdizione universale. Queste azioni degli USA suggeriscono che il principio dell'eguaglianza davanti alla legge non si applica a tutti, e pone in discussione la presunta universalità dei valori della tutela dei diritti umani e del rispetto dello stato di diritto. Le azioni degli USA possono avere gravi conseguenze sull'effettività e la credibilità del Tribunale, così come sul sistema della giustizia internazionale e il diritto internazionale. La comunità internazionale dovrebbe opporsi a tali comportamenti, e il Tribunale dovrebbe esercitare i suoi poteri indipendentemente dalle pressioni politiche.

La prima parte dell'articolo descrive brevemente gli sviluppi storici con riferimento agli Stati Uniti d'America e al Tribunale penale internazionale. La seconda parte analizza i tentativi di utilizzare il Consiglio di sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per ottenere l'immunità per gli operatori di pace, e le correlate risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU. La terza

parte discute dei tentativi degli USA di negoziare bilateralmente accordi di immunità. L'articolo conclude con una valutazione dell'impatto di queste azioni sulla credibilità e l'effettività del Tribunale e dell'ordinamento giuridico internazionale.

**Parole chiave:** *Stati Uniti d'America e Tribunale penale internazionale, criteri diversi di giustizia internazionale, esclusione degli operatori di pace in forza all'Organizzazione delle Nazioni Unite dalla giurisdizione del Tribunale, Risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite 1422(2002), 1487(2003) e 1497(2003), esclusione dei cittadini americani dalla giurisdizione del Tribunale, accordi bilaterali di immunità, legalità e conseguenze delle azioni americane.*

## **II. Prikazi (Surveys, Besprechungen, Recensionen)**



---

---

## **Dalibor Čepulo: Prava građana i moderne institucije - europska i hrvatska pravna tradicija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2003., 222 str.**

Kraj feudalnog razdoblja u svojem povijesnom kretanju te procesi postanka i transformacije apsolutističke monarhije prema imperativima ustavnosti i modernizacije javno-pravnih instituta određuju razdoblje tzv. «dugog devetnaestog stoljeća» (od 1780. - 1918.). To je naime vrijeme kada u iskustvu europske povijesti počinjemo govoriti o sadržajima moderne države s građansko-demokratskim atributima, o načelima pravne države, vladavine prava, odvojenosti sudstva od uprave, ili o zaštiti temeljnih ljudskih i građanskih prava i sloboda. Ti vrlo krupni i višeslojni procesi nisu bili vezani za neki općeeuropski razvojni pravac, već su slijedili pojedina iskustva europskih zemalja, od onih predvodnica (npr. Engleska, Francuska, kasnije Njemačka) pa do zemalja tzv. periferije (skandinavske zemlje, mediteransko područje, istočni dio Habsburškog Carstva i na kraju balkanske zemlje). Države predvodnice, sa svojim gospodarskim, političkim i drugim odrednicama doprinosile su stvaranju i genezi naznačenih pravnih institucija, danas tako općeprihvaćenih, te bez njih ne možemo ni zamisliti postojanje suvremenog demokratskog društva i demokratske pravne države s njezinim pravnim sustavom. Ti modernizacijski procesi navlastito nastaju transformacijom apsolutističke monarhije, kada se novostvorena uprava, okupljena oko vladara, počinje razvijati u pravcu ustavnopravnog reguliranja

međusobnih odnosa elemenata i poluga vlasti. Jak je i nezaobilazan utjecaj racionalističkih i pozitivističkog stajališta i pripadajućih filozofskih i pravnih škola toga vremena (npr. škola prirodnog prava). Tim se procesima, napose nakon Hrvatsko-Ugarske Nagodbe 1868. u okvirima specifične autonomije, priključuje i Hrvatska. Iako na periferiji i u vrlo nesklonim političkim okolnostima jozefinizma te velikougarskog nacionalnog liberalizma, ona ipak uspijeva slijediti naznačene procese u pravcu izgradnje svojih ustavnopravnih i javnopravnih institucija.

Ovim, ali i drugim temama bavi se u svojoj studiji prof. dr. sc. Dalibor Čepulo, sa zagrebačkog Pravnog fakulteta, koja nosi naslov «Prava građana i moderne institucije - europska i hrvatska pravna tradicija», što ju je izdao Pravni fakultet u Zagrebu 2003. godine. Kruna je ovo višegodišnjeg uzornog, plodnog i napose temeljitog rada značajnog predstavnika mlađe generacije pravno-povijesne i povijesne znanosti u Hrvatskoj, koji je u mnogim dosada objavljenim znanstvenim člancima te doktorskoj disertaciji znatno pridonio poredbenoj analizi europskih procesa modernizacije prava (zemlje europske jezgre i periferije), te je s njima usporedio i procese izgradnje javnopravnih institucija u Hrvatskoj toga vremena. Profesor Čepulo predaje na dodiplomskom studiju na Pravnom fakultetu u Zagrebu na kolegijima

Povijest hrvatskog prava i države i Pravo građana u modernoj europskoj i hrvatskoj tradiciji, dok na Poslijediplomskom studiju iz Europskog prava predaje kolegij Europska i hrvatska pravna povijest. Osnovni znanstveni interesi profesora Čepula usmjereni su na poredbena istraživanja modernih pravnih sustava i pravne kulture u XIX. i XX. stoljeću.

Ono što je svakako posebno zanimljivo u knjizi o kojoj govorimo, a što potvrđuje i ugledna recenzentica knjige prof. dr. sc. Neda Engelsfeld, raščlamba je pojedinih tema u poredbenoj perspektivi te naglašavanje utjecaja pravnih izvora ili zbilje na druge zemlje. To su poglavito procesi utjecaja zemalja europske jezgre na zemlje periferije, no knjiga sadrži detaljnije obradbe takvih utjecaja na hrvatsku pravnu i političku realnost toga vremena.

Uvodna pitanja ove studije autor posvećuje komparativnoj analizi procesa formiranja modernih pravnih institucija u Europi naznačenog razdoblja. To je poredbeni prikaz u kojem, s osvrtima na donošenja novih ustava ili iskustava ustavne zbilje, s definiranjima glavnih javnopravnih instituta osobitih za građansko-demokratsku državu, autor određuje te procese u specifičnim povijesnim uvjetima i okolnostima zemalja središta i periferije. Posebno su apostrofirana iskustva Francuske, Engleske i Njemačke.

Prvo je središnje pitanje ove studije posvećeno temeljnim odrednicama i ishodištima modernih ustavnih i političkih sustava. To su pravna država, vladavina prava i neovisnost sudstva. Ovi fundamenti moderne države obrazlažu se u svjetlu pojmovnog i povijesnog određenja. Autor

polazi od teze kako su ideali pravne države i vladavine prava temelj modernog državnopravnog poretka, no njihovo je pojmovno određenje nejedinstveno. Iako široka javnost rabi izraze «vladavina prava» i «pravna država», oni su počesto nejasno određeni, katkada poistovječeni, a različit je pristup njihovu određenju i u znanstvenim krugovima (npr. postoji razlika između shvaćanja engleskog pojma *rule of law* ili njemačkog određenja *Rechtsstaat* i sl.). Različitost u njihovu određenju ogleda se i u različitim iskustvima i utjecajima značajnijih pravaca političke filozofije ili ustavne zbilje u pojedinim državama (npr. njemačka politička filozofija XIX. stoljeća iznjedrila je svoje osobito poimanje pravne države - *Rechtsstaat* itd.). Na tim općeprihvaćenim temeljima stvara se u institucionalnom, ali i pravno-kulturnom smislu ideja nove građansko-demokratske države. U tom kontekstu autor osobito apostrofira procese izgradnje modernog neovisnog sudstva, nazivajući te procese «jednom od najznačajnijih odrednica modernih pravnih sustava», dok je daljnja konzekvenca tih procesa odvajanje sudstva od uprave. Autor već uvodno naznačuje kako je «proces odjeljivanja sudstva i uprave bio rodno mjesto modernog sudstva, a načelo diobe sudstva i uprave svojevrsna mjera modernosti izgradnje sudbene vlasti».

Zanimljivo je već na ovom mjestu naznačiti metodu pristupa autora ove knjige. On najprije polazi od osnovnih pojmovnih određenja u okvirima povijesne zbilje te pravno-teorijskih razmatranja, da bi kasnije izlagao poredbeni prikaz odjeka tih načela u normativnu sferu (poredbeni prikaz zakonskih akata u zemljama europske



jezgre i periferije), dok je redovito treći sastojak analize prikaz hrvatskih iskustava u recipiranju dominantnih europskih iskustava geneze javno-pravnih institucija. Analiza hrvatske pravne baštine u procesima izgradnje modernih institucija posebno je zanimljiva i temeljita s obzirom na autorova istraživanja vremena mažuranićevske Hrvatske (1870-e i dalje).

Autor posebno analizira diobu sudstva i uprave u Europi izlaganjem reprezentativnih ustavnih i zakonskih primjera pojedinih država, a u kontekstu tri dominantna modela: engleskog sustava sudskog nadzora uprave, francuskog sustava stroge diobe vlasti, a autor bilježi i njemački primjer. Posebno je obrazložen austrijski model s mješavinom nekoliko koncepcija i s razlikom od njemačkog primjera. Osobito je temeljito predstavljen i razvitak tih procesa u Hrvatskoj, koje autor predstavlja u nekoliko glavnih vremenskih cjelina: I. temelji modernog sudstva 1849. - 1959; II. sudstvo u razdoblju provizorne ustavnosti 1861. - 1867; III. oblikovanje modernog sudstva 1873. - 1880.; IV. ukidanje neovisnosti sudstva 1883. - 1903.; V. djelomična liberalizacija pravosuđa sustava 1907. - 1918. Iako se razvoj sudstva kao temelj modernih institucija može komparirati s europskim uzorima, njegov razvitak nije tekao linearno progresivno, već je u velike slijedio ukupne političke i ustavno-zbiljske okolnosti.

Rezultat razvitka modernih javno-pravnih institucija svakako je što bolja zaštita prava građana. To se poglavito odnosilo na upravnosudsku zaštitu građana i transformaciju ukupnih državnih i upravnih institucija u smjeru zaštite subjektivnih prava pojedinca. Iz toga slijedi razvitak osobnih, gra-

đanskih i političkih prava, no u XIX. stoljeću ta se prava ponajviše odnose na korelaciju građanina prema državi te utvrđivanje njegovih prava nasuprot moguće njihove zloporabe od strane državnih organa. To je i razlika u sagledavanju prava čovjeka iz našeg vremena, zapravo vremena XX. stoljeća, kada dominira koncept potpunije subjektivnosti i zaštite čovjeka kao pojedinca intencijom državne i međunarodne zaštite. Ovo je druga osnovna tema kojom se prof. Čepulo bavi u ovoj studiji. Razumije se da u takvoj koncepciji determinacije prava čovjeka institut državljanstva ima posebnu važnost jer je on pretpostavka bilo kakvoj zaštiti čovjeka-pojedinca pred državnim tijelima. Autor ukazuje na austrijsku regulativu prava državljanstva, naglašavajući postojanje i posebne zavičajne pripadnosti, npr. u Hrvatskoj. To pravo zavičajnosti, koje je vjekovima bilo u nadležnosti Sabora (tzv. *indigenatum*), može se uzimati i kao argument postojanja hrvatske državnosti u vremenu njezine političke autonomije *sui generis* u prilično složenom austrougarskom državnom okviru.

Pravo glasa jedno je od osnovnih političkih prava koje bitno determinira cijeli državno-pravni i politički sustav neke države. Njegov razvitak u specifičnim okolnostima XIX. stoljeća, u procjepu između, još uvijek, rađajuće parlamentarnodemokratske države i sukoba snažnih ideologija, osobit je u iskustvima europskih država. Autor uvodno apostrofira njegovo značenje i postojanje u europskim zemljama, da bi kasnije detaljnije izložio njegov razvitak u Hrvatskoj. Hrvatska iskustva različita su i podložna, s jedne strane, austrijskim uzorima tzv. kurijalnog sustava te, s druge strane ugarskim

uzorima, načelno predstavničkog modela, no vrlo ograničenog zakonodavnog politikom autoritarnih ugarskih vlada. Autor izlaže hrvatska iskustva, prema uobičajenom kronološkom sustavu austrijske i austrougarske ustavne povijesti. Zanimljivo je spomenuti i autorovu analizu izbornoga reda iz 1918., dakle na samom kraju postojanja Austro-Ugarske, kao i prava glasa za žene, koje je u Hrvatskoj postojalo u razmaku od 1881. do 1886.

U povijesnom kontekstu društvenih i političkih procesa autor izlaže i druga, poglavito politička prava građana, usredotočujući se na hrvatska iskustva. Tako su izloženi pravo na javno okupljanje, pravo udruživanja i pravo peticije, sloboda tiska i porotna sudbenost te jednakopravnost vjera.

Ova studija, koja je zapravo sistematizacija temeljitog i predanog istraživanja prof. Čepula, puno je više od osnovnog pregleda izgradnje javno-pravnih institucija «dugog devetnaestog stoljeća». Autor pred čitatelja postavlja vrlo zahtjevno štivo, koje pretpostavlja poznavanje osnovnih relacija pravnih znanosti (napose ustavnog prava i pravne teorije), kao i odrednica političke povijesti. No, rad koji predstavljamo svakako će imati širok krug čitatelja, te on zbog svojeg sveobuhvatnog i multidisciplinarnog pristupa nije limitiran tek na pravnike,

već će zasigurno biti namijenjen i povjesničarima, politolozima, pa i širem čitateljstvu.

Hrvatska pravna povijest, napose nakon prvog građanskog sabora iz 1848., kreće prema modernoj građanskoj državi, ipak načelno u kontekstu europskih iskustava. No dok o procesima izgradnje hrvatske kulture i drugih nacionalnih institucija ili političkih pokreta u tome vremenu znamo mnogo (primjerice u povijesnim djelima dr. Agneze Szabo ili prof. dr. Mirjane Gross), ova nam studija, kao rezultat specijalističkih i sustavnih istraživanja te širokih spoznaja autora pokazuje važne procese izgradnje hrvatskih javnopravnih i ustavnopravnih institucija u drugoj polovici XIX. stoljeća. To je trebao biti početak razvitka Hrvatske kao građansko-demokratske države, koji će međutim biti zaustavljen u vremenima nakon 1918. godine.

I baš zato u današnjem vremenu kada promišljamo o novoj Hrvatskoj kao građanskoj, demokratskoj i pravnoj državi, važno je posjedovati spoznaje o povijesnim iskustvima i sjetiti se O'Nillovih misli kako je budućnost uvijek neizvjesna i upitna, a i danas je zapravo izraz i odraz prošlog.

*Mr. sc. Budislav Vukas, ml.*

**III. Fakultetska kronika**  
**(Faculty Chronicle, Fakultätschronik, Cronaca della Facoltà)**



## Posjeti i video-konferencije na Fakultetu

Prof. dr. sc. Flórián Tremmel održao je 26. studenoga 2002. u sklopu *Susreta pravnih fakulteta* iz Rijeke i Pečuha (Mađarska) na Pravnom fakultetu u Rijeci (25. i 26. studenoga 2002.) predavanje o mađarskom kaznenom postupku.

Akademik Lujo Margetić održao je predavanje *Krsni list hrvatske državnosti, Trpimirova darovnica iz 852. g.*, 28. studenoga 2002.

Prof. dr. sc. Werner Meng, s Institute of European Studies, University of Saarbrücken, održao je predavanje *The Steel War Between the European Union and the United States*, 28. studenog 2002.

U sklopu tradicionalnog susreta pravnih fakulteta u Zagrebu, Bochumu i Krakovu, u čijem se okviru održavaju *Porezno-pravni dani*, 20. lipnja 2003. organiziran je posjet Pravnom fakultetu u Rijeci. Sudionici susreta bili su studenti - polaznici Seminara za porezno i financijsko pravo, koji su izlagali referate iz područja poreznog postupovnog prava države iz koje dolaze. Voditelji studenata bili su poznati porezno-pravni stručnjaci prof. dr. sc. A. Kostecki i prof. dr. sc. R. Seer iz Poljske te prof. dr. sc. Olivera Lončarić-Horvat iz Zagreba.

Prof. dr. Milan Zelenija iz Češke održao je 23. srpnja 2003. udaljeno predavanje *Češka Republika i Republika Hrvatska između autopoiesisa i alopoiesisa*.

U okviru *Dana EU* 6. svibnja 2004. na Pravnom fakultetu u Rijeci održana je video-konferencija na kojoj je ministrica Ministarstva europskih integracija mr. sc. Kolinda Grabar Kitarović razgovarala s mladima o procesu EU integracija i pripremama za članstvo u EU.

## Novi magistri znanosti

Znanstveni novak Budislav Vukas, ml. obranio je 6. studenog 2002. na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, pred Povjerenstvom u sastavu: prof. dr. sc. Božidar Bakotić, mentor, prof. dr. sc. Vladimir Ibler i prof. dr. sc. Neda Engelsfeld, magistarski znanstveni rad *Hrvatska državnost s gledišta međunarodnog prava*.

Znanstvena novakinja Sandra Debeljak-Rukavina obranila je 10. siječnja 2003. na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, pred Povjerenstvom u sastavu: prof. dr. sc. Jakša Barbić, prof. dr. sc. Velimir Filipović, mentor i prof. emeritus Nikola Gavella, magistarski znanstveni rad *Ugovor o prijevozu putnika, prtljage i stvari u zračnom prometu*.

Stručna suradnica Sandra Laleta obranila je 22. prosinca 2003., pred Povjerenstvom u sastavu: prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur, mentor, prof. dr. sc. Boris Buklijaš i doc. dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat, magistarski znanstveni rad *Odgovornost za štetu koju prouzroči radnik na radu i u vezi s radom trećim osobama (usporedba s njemačkim, austrijskim i europskim pravom)*.

Znanstvena novakinja Eva Kucich obranila je 14. siječnja 2004., pred Povjerenstvom u sastavu: prof. dr. sc. Damir Klasiček, prof. dr. sc. Petar Šarčević, mentor, i prof. dr. sc. Vesna Tomljenović, magistarski znanstveni rad *Pravo na poslovni nastan i priznanje pravnog subjektiviteta inozemnog trgovačkog društva prema pravu Europske unije i pravu Republike Hrvatske*.

Znanstvena novakinja Ivana Kunda obranila je 14. siječnja 2004., pred Povjerenstvom u sastavu: prof. dr. sc. Petar Šarčević, mentor, prof. dr. sc. Damir Klasiček i prof. dr. sc. Vesna Tomljenović; magistarski znanstveni rad *Internationally Mandatory Rules under Article 7(1) of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Međunarodno prisilna pravila prema čl. 7. st. 1. Europske konvencije o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze)*.

Znanstveni novak Marko Maljevac obranio je 30. ožujka 2004., pred Povjerenstvom u sastavu: prof. dr. sc. Vesna Tomljenović, mentorica, prof. dr. sc. Petar Šarčević i prof. dr. sc. Deša Mlikotin-Tomić, magistarski znanstveni rad *Zabrana količinskih ograničenja i mjera s jednakim učinkom u kontekstu slobode kretanja robe*.

Znanstvena novakinja Ana Pošćić obranila je 30. ožujka 2004., pred Povjerenstvom u sastavu: prof. dr. sc. Vesna Tomljenović, mentorica, prof. dr. sc. Petar Šarčević i prof. dr. sc. Deša Mlikotin-Tomić, magistarski znanstveni rad *Europsko pravo ugovora i zaštita potrošača*.

### **Sudjelovanje na domaćim i međunarodnim znanstvenim skupovima**

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur sudjelovao je izlaganjem na *VII. Međunarodnom simpoziju Gospodarenje otpadom*, u Zagrebu, 13.-15. studenog 2002.

Prof. dr. sc. Petar Simonetti sudjelovao je referatima *Denacionalizacija u Republici Hrvatskoj i Uspostavljanje prava vlasništva na građevinskom zemljištu u Republici Hrvatskoj* u radu *Škole prirodnog prava*, održanoj od 13. do 17. prosinca 2002. godine na Kopaoniku (SiCG).

Prof. dr. sc. Petar Šarčević sudjelovao je kao predavač na konferenciji *Beyond the UNCITRAL Digest*, na University of Pittsburgh School of Law, 7. veljače 2003. O temi *Evolution of Legal Systems and Legal Problems in Eastern Europe* predavao je na konferenciji *Nuovi scenari e politiche di sviluppo a est dell'UE*, održanoj na Sveučilištu u Padovi, 28. veljače 2003.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur izlagao je na savjetovanju *Aktualna pitanja ostvarenja i zaštite prava iz radnih odnosa* o promjenama u radnom zakonodavstvu RH u kontekstu prihvaćanja Europske socijalne povelje i usklađivanja zakonodavstva RH s europskim zakonodavstvom. Savjetovanje je organizirao 18. i 19. veljače 2003. Inženjerski biro, u Zagrebu.

Mr. sc. Dionis Jurić sudjelovao je u radu *Četvrtog okruglog stola za korporacijsko upravljanje u Jugoistočnoj Europi*, u organizaciji OECD-a i Komisije za vrijednosne papire Federacije BiH, održanom u Sarajevu od 6.-7. ožujka 2003.

Mr. sc. Nataša Žunić Kovačević sudjelovala je 27. ožujka 2003. u Zagrebu referatom *Slobodne zone i njihovo mjesto u sustavu poreznih pogodnosti* na znanstvenom skupu *Promjene u sustavu javnih prihoda*, organiziranom pri Znanstvenom Vijeću za ekonomska istraživanja i hrvatsko gospodarstvo HAZU - Sekcija za javne financije.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević održao je od 17. do 19. travnja 2003. u Veroni (Italija) predavanje o temi *The CISG and Regional Unification*. Predavanje je objavljeno u knjizi: *The 1980 Uniform Sales Law*, Franco Ferrari (ed.), Milano, 2003., str. 3-17. Od 5.-6. svibnja 2003. sudjelovao je kao hrvatski predstavnik pri Special Commission of May 2003 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, na *The Hague Conference on Private International Law*.

Doc. dr. sc. Nada Bodirola-Vukobrat podnijela je referat *Die Besonderheiten des kroatischen Arbeitsrecht bei der Angleichung an europäisches Recht* na 7. *Deutsch-Kroatischen Juristensymposium: Aktuelle Tendenzen im EU, deutschen und kroatischen Arbeitsrecht*. Skup je održan u Splitu, 24. i 25. travnja 2003. u organizaciji Friedrich Ebert Stiftung, IRZ i Pravnog fakulteta u Splitu. Na seminaru za edukaciju sudaca u Bosni i Hercegovini, koji su organizirali IRZ i Federalno ministarstvo pravde, u Neumu (BiH), 26. i 27. travnja 2003. održala je predavanje *Vrela europskoga prava*. Na javnoj tribini *Usklađivanje nacionalnoga zakonodavstva s pravnim sustavom EU i naglaskom na lokalnu upravu* u Rijeci, 6. svibnja 2003., izlagala je o zaštiti okoliša u europskome pravu, a 15. svibnja 2003. održala predavanje za mađarske odvjetnike u studijskom posjetu Hrvatskoj.

Prof. dr. sc. Petar Simonetti sudjelovao je referatom *Pretvorba trajnog prava korištenja na građevinskom zemljištu u Republici Hrvatskoj* na XII. godišnjem kongresu pravnikâ Srbije i Crne Gore u Vrnjačkoj Banji (SiCG), u svibnju 2003., a referatom *Osnove denacionalizacije u Republici Hrvatskoj* na međunarodnom savjetovanju pravnikâ u Neumu, od 6. do 8. lipnja 2003.

Mr. sc. Dario Đerđa sudjelovao je izlaganjem *Lokalna i područna samouprava u Europskoj uniji* na javnoj tribini *Usklađivanje nacionalnog zakonodavstva s pravnim sustavom Europske unije i naglaskom na lokalnu upravu i samoupravu*, održanoj u Rijeci, 6. svibnja 2003.

Prof. dr. sc. Susan Šarčević sudjelovala je izlaganjem *Creating EU Legal Terms: Internationalisms vs. Localisms* na znanstvenom skupu *Terminologija v času globalizacije - Terminology at a Time of Globalization*, u Ljubljani, 6.-7. lipnja 2003., čiji je organizator bio Znanstvenoraziskovalni Center SZU, Inštitut za slovenski jezik Frana Ramovša, Sekcija za terminološke slovarje.

Mr. sc. Budislav Vukas sudjelovao je izlaganjem *Prvi višestranački Hrvatski sabor (30. svibnja 1990.) i njegovi odjeci u riječkoj javnosti* na jednodnevnom znanstvenom skupu *Rijeka dugog pamćenja* posvećenom Rijeci, u organizaciji Zavoda za povijesne i društvene znanosti HAZU - Rijeka i Grada Rijeke, održanom 13. lipnja 2003.

Prof. dr. sc. Velinka Grozdanić sudjelovala je radom *Neke izmjene u području krivnje prema prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona* na savjetovanju održanom 16. i 17. lipnja 2003. u Zagrebu. Rad je objavljen u publikaciji *Konačni prijedlog o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona*, u izdanju Informatora, Zagreb, 2003.

Prof. dr. sc. Vladimir-Đuro Degan i prof. dr. sc. Petar Šarčević sudjelovali su na 71. zasjedanju Instituta za međunarodno pravo u Bruggeu (Belgija), od 25. kolovoza do 3. rujna 2003.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur sudjelovao je izlaganjem *Radno zakonodavstvo i kolektivni ugovor* na savjetovanju *Novosti u radnom zakonodavstvu - primjena u praksi*, održanom u organizaciji Hrvatske udruge poslodavaca, u Zagrebu, 9. rujna 2003.

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić i znanstvena novakinja Milana Trbojević sudjelovali su referatom *Strafverfahrensrechtsreformen im Kroatien und anderen neuen Staaten auf dem Gebiet der ex-Jugoslawien* na Međunarodnom znanstvenom skupu *Law and Lawyers at the Doorstep of the 21st Century - Section of Criminal Sciences*, održanom u Peci (Mađarska), u listopadu 2003. g.

Doc. dr. sc. Dorotea Čorić sudjelovala je izlaganjem *Luka skloništa za brodove u nevolji* na znanstvenom skupu *Pomorsko pravo i pravo mora - interesi Republike Hrvatske*. Skup je održan u Zagrebu, listopad 2003. g. u organizaciji Jadranskog zavoda HAZU.

Prof. dr. sc. Susan Šarčević sudjelovala je pozvanim predavanjem *Legal Translation in International Arbitration* na međunarodnoj konferenciji *Law and Language in International Arbitration*, 2.-4. listopada 2003., u Hong Kongu (organizacija Hong Kong International Arbitration Centre, WTO Law and Dispute Resolution Centre & Department of English, City University of Hong Kong).

Mr. sc. Budislav Vukas sudjelovao je 6. listopada 2003. izlaganjem *Novi Europski Ustav* na Teološko-pastoralnom tjednu *Crkva i Domovina u svjetlu Trećeg Papina posjeta Hrvatskoj*, održanom na Teologiji u Rijeci.

Prof. dr. sc. Petar Simonetti sudjelovao je izlaganjem *Rimski superficies i njegov utjecaj na suvremena prava kontinentalne Europe* na međunarodnom



znanstvenom skupu od 20. do 22. listopada 2003. u organizaciji Pravnog fakulteta Justinian Prvi, Univerziteta Sv. Kiril i Metod u Skopju.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur sudjelovao je 10. studenog 2003. izlaganjem *Participacija u odlučivanju radnika kod poslodavca*, na Okruglom stolu o suodlučivanju, u organizaciji Hrvatskog pravnog centra.

Prof. dr. sc. Vladimir-Đuro Degan podnio je referat *On the Future Community Fishing Waters in the Adriatic Sea* na skupu o istočnim granicama i odnosima susjedstva Italije nakon raspada Jugoslavije, u Rimu, 14. i 15. studenog 2003.

Doc. dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat podnijela je u Zagrebu 9. prosinca 2003. referat *Socijalni sudovi - je li njemačko iskustvo primjenjivo u Hrvatskoj*, na tribini *Treba li Hrvatska specijalizirane sudove za radne i socijalne sporove*, koju su organizirali Hrvatski pravni centar, Hanns Seidel Stiftung i Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V.

Prof. dr. sc. Petar Simonetti izlagao je o temi *Pravo građenja u Republici Hrvatskoj* u okviru *Škole prirodnog prava*, održane od 13. do 17. prosinca 2003. godine na Kopaoniku (SiCG).

Prof. dr. sc. Petar Šarčević sudjelovao je tijekom siječnja, veljače, svibnja i rujna 2004. godine na Plenarnim sjednicama *International Court of Arbitration* pri *International Chamber of Commerce (ICC)* u Parizu (Francuska), čiji je član od prosinca 2003. godine.

Mr. sc. Budislav Vukas sudjelovao je pozvanim predavanjem *Pariška mirovna konferencija (1946.) i razgraničenje između Italije i Jugoslavije s osvrtom na prostor Mošćenica* na Okruglom stolu *Svetkovina povijesnog dana Mošćenica - Svjećnica*. Skup su organizirali Zavod za kaznene znanosti - Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci i Čakavski sabor - Mošćenice, u Mošćenicama, 1. veljače 2004. U Rijeci, 3. ožujka 2004. predavao je o temi *Ustav Republike Hrvatske i ideja hrvatske državnosti* u organizaciji Hrvatskog pravničkog društva - Rijeka.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur izlagao je u Zagrebu o kolektivnim radnim odnosima na savjetovanju *Aktualna pitanja ostvarivanja i zaštite prava iz radnih odnosa*, u organizaciji Inženjerskog biroa, 10. i 11. veljače 2004.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević predavao je o temi *Registered Partnerships in Private International Law: Comparative Overview and Possible Uniform Law Solutions*, na *XVIIe Journée de droit international privé - Les partenariats enregistrés en Europe (Aspects de droit international privé)* na Institut suisse de droit comparé, Lausanne (Švicarska), 5. ožujka 2004.

Mr. sc. Sanja Barić sudjelovala je u Zagrebu 16. ožujka 2004. izlaganjem *Pravna pomoć i neprofitne organizacije u RH - s posebnim osvrtom na iskustva RI-Centra i Klinike Pravnog fakulteta u Rijeci* na skupu *Pravna pomoć i neprofitne organizacije*.

Prof. dr. sc. Vladimir-Đuro Degan održao je u Sarajevu 18. ožujka 2004. javno predavanje u *Forumu Bosna* o temi *Načela međunarodnog prava o*

*kopnenim i morskim razgraničenjima - s osvrtom na granice Bosne i Hercegovine i Hrvatske.*

Mr. sc. Sandra Debeljak-Rukavina sudjelovala je izlaganjem *Pomorsko dobro prema odredbama novog Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama* na znanstvenom skupu *Ekologija mora i turizam*, održanom 19. ožujka 2004. na m/b Liburnija, u sklopu 20. međunarodnog sajma nautičkog turizma NAUTICA 2004., u organizaciji Riječkog sajma i pod pokroviteljstvom Grada Rijeke i Primorsko-goranske županije.

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić sudjelovao je referatom *Pogled na prethodni postupak u europskom kaznenom pravu* na međunarodnom znanstvenom skupu *Suzbijanje kriminaliteta - decenija posle smrti profesora Vladimira Vodinelića*, održanom u Kragujevcu (SiCG) u svibnju 2004.

Na javnoj tribini *Hrvatska na putu u EU - neka otvorena pitanja*, održanoj u Rijeci 4. svibnja 2004. doc. dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat sudjelovala je izlaganjem *Posebnosti harmonizacije hrvatskoga prava sukladno europskome pravu*, a mr. sc. Ana Pošćić izlaganjem *Zaštita potrošača u hrvatskom pravu - dobar ili loš primjer zakonodavstva*. Mr. sc. Dario Đerđa izlagao je o temi hrvatsko državljanstvo u kontekstu državljanstva Europske unije.

Prof. dr. sc. Petar Simonetti sudjelovao je referatom *Pretvorba prava društvenih poduzeća na nekretninama u Republici Hrvatskoj na XIII. godišnjem kongresu pravnika Srbije i Crne Gore* u Vrnjačkoj Banji (SiCG), u svibnju 2004. godine. O temi oblici denacionalizacije neizgrađenog građevinskog zemljišta izlagao je na međunarodnom savjetovanju pravnika u Neumu, od 4. do 6. lipnja 2004.

Prof. dr. sc. Boris Banovac sudjelovao je izlaganjem *Istra kao dodirna periferija* na skupu - *V. Susreti uz granicu „Tomizza i mi“*, održanom 29. svibnja 2004. u Umagu - Materada. Na skupu *Europa preko granica - koliko je euroregija realna*, održanom u Brtonigli 27. svibnja 2004., u organizaciji Ambasade lokalne demokracije Vijeća Europe u Brtonigli, izlagao je o izazovima euroregionalizma, a na skupu *Identitet Istre - ishodišta i perspektive*, održanom u Puli od 16.-18. lipnja 2004., u organizaciji Instituta za društvena istraživanja „Ivo Pilar“, Zagreb, o temi prostorne identifikacije u hrvatskoj periferiji.

Mr. sc. Dionis Jurić sudjelovao je referatom *Pojam i značaj korporacijskog upravljanja u dioničkim društvima*, a znanstveni novak Loris Belanić referatom *Višestruko otuđenje nekretnina* na Drugom međunarodnom savjetovanju *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* održanom u Neumu, od 4.-6. lipnja 2004. u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević bio je predstavnik Republike Hrvatske na *General Assembly of the United Nations Commission on the International Trade Law*, održanoj 14.-25. lipnja 2004., gdje je izabran za njezina potpredsjednika.

Doc. dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat održala je predavanje *Izvori europskoga radnoga prava* na seminaru *Pravo u tržišnoj ekonomiji*, za edukaciju sudaca,

koji su organizirali na Bjelašnici (BiH), 26.-27. lipnja 2004. Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e. V. i Federalno ministarstvo pravde.

Prof. dr. sc. Miomir Matulović sudjelovao je u Zagrebu 28. lipnja 2004. izlaganjem *Napomene o društvenim i humanističkim znanostima i učenju za ljudska prava* na okruglom stolu *Društveno-humanističke znanosti i učenje za ljudska prava* (organizacija Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu - Istraživačko-obrazovni centar za ljudska prava i demokratsko građanstvo).

### **Nastavnici Fakulteta kao gostujući predavači**

Mr. sc. Nataša Žunić Kovačević u tri je navrata, od studenog 2002. g., sudjelovala u organizaciji stručnog i znanstvenog skupa *Seminar za pripremu ispita za porezne savjetnike*, na Brijunima, u sklopu kojeg je održala predavanja iz predmeta *Osnove poreznog sustava, porezne politike i financijsko izravnanje u RH*.

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić održao je na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Macerati (Italija), u prosincu 2002. i 2003. godine, na diplomskom studiju ciklus predavanja *Diritto penale comparato: Principali sistemi penali europei*. U ožujku i lipnju 2003. godine održao je ciklus predavanja o europskim ugovorima i kaznenom pravu u okviru Poslijediplomskog studija *Bosna i Hercegovina i europske integracije*, na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Mostaru (BiH).

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur predavao je o sustavu uređivanja zaštite na radu na Visokoj školi za sigurnost na radu, u Rovinju 31. ožujka 2003.

Prof. dr. sc. Vladimir-Đuro Degan održao je u proljeće 2003. u tri navrata predavanja na postdiplomskom studiju Pravnog fakulteta u Mostaru o temi *Europski sud za ljudska prava u Strasbourg*.

Doc. dr. sc. Dorotea Ćorić predavala je o građanskopravnoj odgovornosti za onečišćenje mora uljem na poslijediplomskom studiju *Pomorsko pravo i pravo mora* na Pravnom fakultetu u Splitu, u rujnu 2003. g.

Prof. dr. sc. Velinka Grozdanić održala je kao gost profesor na poslijediplomskom studiju *Kazneno pravo* 8. studenog 2003. g. na Pravnom fakultetu u Sarajevu predavanje *Načelo i sadržaj krivnje u kaznenom pravu*.

Prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić održala je predavanja *International Human Rights Instruments* u okviru poslijediplomskog studija *The European Regional Master in Democracy and Human Rights in South-East Europe* (Univerziteti u Sarajevu i Bologni), u Sarajevu, od 1.-5. prosinca 2003.

Prof. dr. sc. Velinka Grozdanić održala je 10. ožujka 2004. kao gost profesor na Filozofskom fakultetu u Rijeci predavanje studentima Psihologije o temi *Zakonska regulativa forenzičke kliničke psihologije* u okviru kolegija *Forenzička klinička psihologija*. Na Pravnom fakultetu u Zagrebu u travnju 2004. g. u

okviru poslijediplomskog studija iz Kaznenog prava održala je predavanja iz novog kolegija *Osobitosti delinkvencije žena*.

Doc. dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat održala je u travnju 2004. predavanja iz predmeta *Uvod u europsko pravo*, u okviru poslijediplomskoga studija iz europskoga prava, na Pravnom fakultetu u Mostaru.

Prof. dr. sc. Boris Banovac održao je 28. svibnja 2004. ciklus predavanja u okviru kolegija *Međuetnički odnosi i novi regionalizam u europskoj perspektivi* na znanstvenom poslijediplomskom studiju Odsjeka za sociologiju Filozofskog fakulteta u Zagrebu.

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić održao je u svibnju 2004. g. pozivno predavanje *Prethodni postupak u suvremenom europskom pravu* u okviru poslijediplomskog studija iz kaznenog/krivičnog prava na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu (BiH).

Prof. dr. sc. Petar Simonetti održao je u Sarajevu u svibnju 2004. godine predavanja na poslijediplomskom studiju iz građanskog prava.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević predavao je o temi *Universalism v. Tradition in European Court Practice: Lament of a Cheese Gourment*, na *Universität Saarbrücken* (Njemačka), 25. svibnja 2004.

### Stručna usavršavanja u zemlji i inozemstvu

Mr. sc. Sanja Barić usavršavala se na Dipartimento di ricerche Europee - Facoltà di scienze politiche, Genova (Italija), u studenom i prosincu 2002. godine.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević boravio je u srpnju 2003. te travnju 2004. godine na Max-Planck-Institutu za međunarodno privatno i poredbeno pravo u Hamburgu (Njemačka).

Znanstvena novakinja Milana Trbojević sudjelovala je u srpnju 2003. na *Gemeinsames Seminar der Universitäten Basel und Wien: Reform des Strafprozessrechts in Österreich und in der Schweiz*, u Tessinu (Švicarska).

Znanstvena novakinja Dalida Rittossa sudjelovala je od 7.-20. rujna 2003. na seminaru *International Criminal Law Specialization Course*, održanom u Siracusi (Italija), u okviru Institute of Higher Studies in Criminal Sciences.

Prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić boravila je od 21. rujna do 15. listopada 2003. u Oslu (Norveška) radi istraživanja u okviru međunarodnog znanstvenog projekta *Implementation of legal measures for protection of regional marine environment: The role of maritime jurisdiction*, kojeg Pravni fakultet u Rijeci izvodi u suradnji s Fridtjof Nansen Institute iz Osla.

Znanstvena novakinja Milana Trbojević izlagala je u Vorau (Austrija), u veljači 2004. g. o temi *Europäische Staatsanwaltschaft* u okviru seminara *Wirtschafts- und Europastrafrecht*.

Znanstveni novaci mr. sc. Marko Maljevac i mr. sc. Ana Pošćić sudjelovali su od 6. veljače do 2. srpnja 2004. na *Naprednom tečaju* iz područja europskih integracija i europskog prava, organiziranom u okviru Programa *Tempus* na Pravnom fakultetu u Rijeci.

Znanstvena novakinja Antonija Zubović pohađala je od 17.-21. svibnja 2004. *Opći tečaj* iz područja europskih integracija i europskog prava koji je u okviru Programa *Tempus* organizirao Institut za Europsko pravo i poredbeno zakonodavstvo Pravnog fakulteta u Rijeci. Od 31. svibnja do 4. lipnja 2004. sudjelovala je na *Uvodnom seminaru o suvremenim tehnikama poučavanja*, što ga je u Rijeci organiziralo Ministarstvo pravosuđa i Pravosudna akademija, u sklopu CARDS Projekta *Reforma pravosuđa - Potpora pravosudnoj akademiji u Hrvatskoj*.

Mr. sc. Ivana Kunda sudjelovala je u Splitu od 1.-2. lipnja 2004. na seminaru *Haška konvencija o međunarodnoj otmici djece*.

Mr. sc. Nataša Žunić Kovačević boravila je od 14.-29. lipnja 2004. na Odjelu za europsko i međunarodno javno pravo Pravnog fakulteta u Tilburgu (Nizozemska). Od 15. do 17. lipnja sudjelovala je na konferenciji *European taxation: Introduction and international issues*, u organizaciji Academy of European Law iz Trier, uz potporu EU.

### **Članstvo u radnim skupinama za izradu zakona**

Prof. dr. sc. Miomir Matulović član je Odbora za Ustav, poslovnik i politički sustav Hrvatskoga Sabora.

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić član je radne skupine za izradu Zakona o kaznenom postupku.

Prof. dr. sc. Petar Simonetti član je radne skupine za izradu stvarnopravnog zakona Bosne i Hercegovine.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur član je Odbora za zakonodavstvo Hrvatskog sabora.

Doc. dr. sc. Dorotea Ćorić članica je radne grupe Ministarstva mora, turizma, prometa i razvitka za izradu novog Pomorskog zakonika.

Mr. sc. Sanja Barić vanjska je članica Pododbora za ljudska prava Odbora za ljudska prava i nacionalne manjine Hrvatskog sabora od travnja 2004.

Mr. sc. Sandra Debeljak-Rukavina sudjelovala je u izradi Prijedloga Nacrta Pomorskog zakonika.

### **Predstavljanje knjiga**

Knjiga Matthiasa Herdegena *Europsko pravo* predstavljena je 8. prosinca 2003. u Aula magna Sveučilišta u Rijeci. Knjigu su na hrvatski jezik prevele

doc. dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat, doc. dr. sc. Edita Čulinović-Herc, Jelena Čurković i Miroslava Sudar-Tičić, dipl. iur. O knjizi su govorili prof. dr. sc. Petar Šarčević, prof. dr. sc. Miomir Matulović i prevoditeljice, docentice Bodiroga-Vukobrat i Čulinović-Herc.

Knjiga doc. dr. sc. Željka Bartulovića *Sušak 1919.-1947.* predstavljena je na Pravnom fakultetu u Rijeci 2. lipnja 2004. O knjizi su govorili: prof. dr. sc. Neda Engelsfeld, prof. dr. sc. Berislav Pavišić., Goran Crnković, prof., ravnatelj Državnog arhiva u Rijeci, Franjo Butorac, direktor Izdavačke kuće Adamić d.o.o., i sam autor.

### Savjetovanja i seminari u organizaciji Fakulteta

U ovom razdoblju Fakultet je organizirao dva Savjetovanja *Vlasništvo - obveze - postupak*, na kojima su izlagali ugledni profesori i suci iz Hrvatske i inozemstva. Oba savjetovanja održana su u Poreču 3. i 4. travnja 2003., te 1.-3. travnja 2004. Voditelj Savjetovanja bio je prof. dr. sc. Petar Simonetti, a radovi su objavljeni u Zbornicima Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 24. br. 1 (2003.) i vol. 25. br. 1 (2004.).

Udruga hrvatskih sudaca, ogranak Rijeka, u suradnji s Pravnim fakultetom Sveučilišta u Rijeci, organizirala je na Fakultetu *Susret pravnika* 28. svibnja 2003. U okviru skupa, kojeg su pozdravili dekan Fakulteta prof. dr. sc. Berislav Pavišić, i sutkinja Županijskog suda u Rijeci i predsjednica Upravnog odbora UHS ogranak Rijeka, Ksenija Zorc, održano je nekoliko predavanja. Doc. dr. sc. Eduard Kunštek predavao je o temi *Postupak za naknadu štete i ostvarivanje drugih prava neopravdano osuđenih i neutemeljeno uhićenih osoba*, Ivica Zelić, sudac Trgovačkog suda u Rijeci o temi *Unovčenje imovine stečajnog dužnika*, a Daniela Korlević, sutkinja istog suda, o vjerovnicima s pravom odvojenog namirenja. Sudac Trgovačkog suda u Rijeci Vlado Skorup izlagao je temu *Neka problemska pitanja u vezi postupka ovrhe prodajom broda*, a Berislav Matijević, dipl. iur. iz Croatia osiguranja d.d. Zagreb, Filijala Rijeka, o šteti i naknadi iz osiguranja.

Na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci od 31. svibnja do 4. lipnja 2004. održan je *Uvodni seminar o suvremenim tehnikama poučavanja*. Predavači su bili prof. dr. sc. Jasminka Ledić, Hrvatska i M.A. Anthony Little, Velika Britanija. Seminar je organiziran u okviru CARDS Projekta Europske unije *Reforma pravosuđa - Potpora Pravosudnoj akademiji u Hrvatskoj*, čija je svrha doprinijeti razvoju novog sustava edukacije i usavršavanja u pravosuđu putem tehničke pomoći i pilot-programima usavršavanja za više od 800 sudaca, državnih odvjetnika i sudskih vježbenika u specifičnim područjima prava uključujući i pravo Europske unije.

### **30. obljetnica pravnog studija u Rijeci - otvorenje novog dijela zgrade**

U sklopu proslave 30. obljetnice pravnog studija u Rijeci 17. lipnja 2003. svečano je otvoreno novo istočno krilo zgrade Pravnog fakulteta u Rijeci, u kojem se nalaze nova knjižnica, čitaonica, predavaonice i kabineti za profesore. Svečanosti je prisustvovao predsjednik Republike Hrvatske Stjepan Mesić, koji je za studente, nastavnike i goste održao predavanje *Hrvatski put u Europsku uniju*.

### **Dvorana Zorana Kompanjeta**

Na prigodnoj svečanosti održanoj 30. svibnja 2003. predavaonici br. II dodijeljeno je ime pokojnog profesora Pravnog fakulteta u Rijeci Zorana Kompanjeta.

### **Iz Biblioteke...**

Tijekom 2003. i 2004. godine dogodile su se značajne promjene u Knjižnici Pravnog fakulteta u Rijeci. Knjižnica je preseljena 17. veljače 2003. u novoizgrađeni prostor koji obuhvaća 320 kvadratnih metara. Prostor Knjižnice obuhvaća posudbeni dio sa studentskom čitaonicom s 48 sjedala za korisnike, urede za osoblje i zatvoreno spremište. Od 31. listopada do 1. rujna 2004. za Knjižnicu je nabavljeno 1017 svezaka knjiga (564 domaće i 453 strane) te 272 novih svezaka periodike (111 domaće i 161 strane). Fond se sustavno proširio i s neknjižnom građom, pa je tako tijekom 2003. i 2004. nabavljen 51 CD-Rom.

Nastavlja se rekatalogizacija starijeg fonda kao i izrada preglednih kataložnih jedinica knjižne građe. Kako bi omogućilo praćenje suvremenih tijekova informatizacije i informacijskih tehnologija, osobit se naglasak stavio na nabavu računalne opreme. Stoga je tijekom 2003. i 2004. knjižnica obogaćena s dvanaest novih računala. Također je 2003., izrađena *holding* baza te je započela računalna posudba knjiga putem *Crolista* (*računalno knjižnično informacijskog programa*). Knjižnica Pravnog fakulteta pridaje veliku važnost dostupnosti izvorima znanstvenih i stručnih informacija širem krugu korisnika. Stoga su u travnju mjesecu 2003. objavljene i nove web stranice Knjižnice Pravnog fakulteta na Internet adresi <http://www.pravri.hr/knjiznica/index.html>. Mrežne stranice Knjižnice omogućavaju korisnicima, pregledavanje knjižničkog fonda (*putem on line kataloga u okviru mrežnog sustava CROLIST*), opća i specijalna pretraživanja dostupnih baza znanstvenih radova, zakonodavstva i sudske prakse, popis tekuće periodike u knjižnici, domaće i strane nakladnike pravne literature te dnevni tisak. Knjižnica nastavlja svoje poslovanje u prilagođavanju novim informacijskim tehnologijama i uslugama za korisnike.

## Program *Tempus*

Nakon uspješno završenog prvog *Tempus Projekta* 2000. godine Pravnom fakultetu u Rijeci odobren je 2002. godine novi *Tempus Projekt* u trajanju od tri godine (2003. - 2006.) s ciljem osnivanja *Instituta za europsko pravo i poredbeno zakonodavstvo*. Pravni fakultet pojavljuje se u ulozi koordinatora projekta, a konzorcijski su mu partneri: Europski institut Sveučilišta iz Saarbrückena (Njemačka), Institut za međunarodno i europsko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta Tilburg (Nizozemska), Institut za europska istraživanja Fakulteta političkih znanosti Sveučilišta iz Genove (Italija), Primorsko-goranska županija i Hrvatska gospodarska komora. Djelatnost Instituta u okviru programa *Tempus* obuhvaća organizaciju i izvođenje sljedećih tečajeva: *Javna predavanja, Napredni tečaj, Opći tečaj, Specijalistički tečajevi* te popratne tečajeve: *Engleska terminologija u EU i Pretraživanje baza podataka. Javna predavanja i Napredni tečaj* održani su u razdoblju od 6. veljače do 2. srpnja 2004. godine. Prvi krug predavanja *Općeg tečaja* održan je od 17. do 21. svibnja 2004., a drugi krug *Općeg tečaja* od 18. - 27. listopada 2004. *Opći tečaj* namijenjen je širokoj javnosti, a njegova je svrha stjecanje osnovnih znanja o Europskoj uniji i njezinom povijesnom razvoju, europskim integracijama i europskom pravu. *Specijalistički tečajevi* namijenjeni su stjecanju produbljenih specijalističkih znanja iz određenih područja europskog prava.

## Studentske aktivnosti

### Moot-court natjecanja iz humanitarnog prava

Dvije ekipe studenata Pravnog fakulteta u Rijeci sudjelovale su na *Prvom regionalnom moot-court natjecanju iz Humanitarnog prava*, koje se u organizaciji Međunarodnog crvenog križa, u suradnji s Crvenim krstom Jugoslavije i beogradskim Fakultetom političkih nauka, održavalo u Beogradu od 18. do 22. studenog 2002. U sastavu grupe *Rijeka I* bili su studenti Daria Glavan, Igra Šain i Filip Vukov, te su osvojili treće mjesto. Sastav *Rijeke II* činili su Iva Šišul, Sonja Juričić i Petar Ležaja, koji su u finalu izborili drugo mjesto. Mentorica studentima bila je doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić. Suci natjecanja bili su Kate Sams (ICRC Geneva), doc. dr. sc. Tajana Petruševska (Skopje) i prof. dr. sc. Miodrag Starčević (Beograd).

Na Drugom regionalnom natjecanju iz međunarodnog humanitarnog prava sudjelovale su također dvije naše studentske ekipe. Natjecanje se održavalo u Sarajevu, od 2. do 7. studenog 2003., u organizaciji Međunarodnog odbora Crvenog križa, a sudjelovalo je šest ekipa s područja bivše Jugoslavije. Jedna naša ekipa ušla je u finale i osvojila prvo mjesto, dok je druga osvojila četvrto mjesto. Ekipu I. činili su: Jana Špero, Anja Maras i Maja Božić, a Ekipu II.: Siniša Milković, Marija Milović i Maja Lakić. Mentorica je i ovaj puta bila prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić.



### **Međunarodno natjecanje *Philip C. Jessup Moot Court Competition***

Studentski tim našeg fakulteta sudjelovao je u prestižnom natjecanju *Phillip C. Jessup Moot Court Competition in International Law* kao jedini studentski tim iz Hrvatske. Završnica natjecanja u kojem se studenti natječu u pisanoj i usmenoj argumentaciji pred simuliranim Međunarodnim sudom u Haagu, na engleskom jeziku održana je u Washingtonu, od 28. ožujka do 4. travnja 2004. godine. Sudjelovala su 94 tima iz 75 zemalja. Naši su studenti osvojili ukupno 28 mjesto. Fakultet je predstavljalo pet studenata: Leo Matić, Petra Perišić, Bojan Lalić, Nataša Poropat, Daria Glavan, te 2 trenera: Iva Ivanišević i Tihana Radojković. Mentorica je bila profesorica Međunarodnog prava, dr. sc. Vesna Crnić-Grotić.

### **Međunarodno natjecanje u trgovačkoj arbitraži *Willem C. Vis***

Studenti Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci osmi su put uzastopce sudjelovali na prestižnom natjecanju fakulteta *Willem C. Vis International Arbitration Moot* čiji je finalni dio održan od 1. - 8. travnja 2004. u Beču. Pod vodstvom mentora prof. dr. sc. Petra Šarčevića, prof. dr. sc. Vesne Tomljenović i doc. dr. sc. Edite Čulinović - Herc, studentski tim sastavljen od pet apsolventica, Maje Belušić, Andree Jelenić, Blanke Kosjek, Marijane Kršul i Sonje Marinac, u konkurenciji 146 timova iz 36 zemalja osvojio je priznanje *Werner Melis Award* u kategoriji odgovora na tužbu (*Best Memorandum for Respondent*).



## 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 autora 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 beigelegt sein.
5. Tabellen müssen übersichtlich und korrekt gegliedert sein (Nummer, Titel, Legende).
6. Anmerkungen werden dem Manuskript besonders beigelegt.
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. 25 br. 1 (2004)*

**Prilozi za Savjetovanje: "Vlasništvo - obveze - postupak" (Poreč, 1. - 3. travnja 2004.)**

*Mihajlo Dika*, Izmjena pravomoćnih odluka donesenih u parničnom postupku u povodu odluka Ustavnoga suda o neustavnosti odnosno nezakonitosti propisa; *Nevenko Misita*, Uz desetogodišnjicu Direktive 93/13/EEC o nepravičnim ugovornim odredbama; *Petar Simonetti*, Denacionalizacija neizgrađenog građevinskog zemljišta; *Nada Bodiroga-Vukobrat, Alen Bilić*, Skupno otpuštanje radnika i zbrinjavanje viška radnika pri statusnim promjenama u europskome pravu u svjetlu Smjernice 98/59/EZ, s posebnim osvrtom na harmonizaciju hrvatskoga prava; *Jozo Čizmić*, Punomoćnik u parničnom postupku - novo uređenje; *Edita Čulinović Herc*, Aktualna pitanja financijskog izvještavanja dioničkih društava - odgovornost revizora; *Silvija Petrić*, Problem pravne osnove profesionalne odgovornosti za štetu; *Stefan Pürner*, "Treu und Glauben" in der deutschen Rechtsprechung; *Marko Bevanda*, Odgovornost za štetu izazvanu lijekovima s nedostatkom; *Jasnica Garašić*, Sudsko ispitivanje podobnosti stečajnog plana; *Dionis Jurić*, Uloga revizora u dioničkom društvu; *Marinko D. Ućur*, Pravna narav prijelaznih odredbi i produžena primjena pravnih pravila sadržanih u kolektivnom ugovoru; *Eduard Kunštek*, Prijenos prava vlasništva radi osiguranja tražbina prema novelama Ovršnog zakona 2003.; *Dragutin Ledić*, Prolegomena noveli Zakona o trgovačkim društvima; *Mirko Vasiljević*, Upravljanje korporacijama (modeli i trendovi u uporednom pravu i praksi); *Aldo Radolović*, Odgovornost države za štetu prouzrokovanu nezakonitim ili nepravilnim radom organa uprave; *Zvonimir Slakoper*, Primjena odredbi Zakona o obveznim odnosima o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke na razne vrste ugovora; *Jasna Brežanski*, Najam stana - položaj zaštićenog najmoprimca (s osvrtom na predložene izmjene i dopune Zakona o najmu stana); *Loris Belanić*, Zaštita od evikcije; *Dragan Zlatović*, Opoziv žiga i novo hrvatsko žigovno pravo.

## AKCIJSKA PRODAJA ZBORNIKA!



Naručujem/o ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

• po 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
- Supplement br. 2 (2002.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 23 br. 2 (2002.): \_\_\_\_\_ primjeraka

• po cijeni od **50,00 kn**:

- Vol. 24 br. 1 (2003.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 24 br. 2 (2003.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Supplement br. 3 (2003.): \_\_\_\_\_ primjeraka

• po cijeni od **90,00 kn**:

- Vol. 25 br. 1 (2004.): \_\_\_\_\_ primjeraka
- Vol. 25 br. 2 (2004.): \_\_\_\_\_ primjeraka

**Za godišnju pretplatu odobravamo popust od 20% na postojeće cijene.**

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 050-221

Molimo da kopiju uplatnice i priloženi 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](mailto:skriptarnica@pravri.hr)

[mirjanap@pravri.hr](mailto:mirjanap@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)*

### MONOGRAFIJE:

- Robert Blažević, *Politički poretki 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)*
- Lujo 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 - meki uvez; 320,00 kn - tvrdi uvez)*

### GODIŠNJA PREDAVANJA:

- Lujo Margetić, *Rimsko pravo kao europski pravni fenomen i hrvatska pravna povijest, 1997. (rasprodano)*

### ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:

- Vinko Hlača (priređio), *Pomorsko dobro i koncesije, 1995. (rasprodano)*
- Vinko Hlača (priređio), *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 Gordana Stanković, *Pravo zaštite morskog okoliša. Priručnik odabranih propisa, 1997. (unutarnja cijena: 50,00 kn; vanjska cijena: 60,00 kn)*

**PRIJEVODI:**

- Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi, 1998. (besplatno izdanje)*
- T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice, 1999. (besplatno izdanje - nema na zalih)*
- R.L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje, 1999. (besplatno izdanje)*

**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](mailto:skriptarnica@pravri.hr)[mirjanap@pravri.hr](mailto:mirjanap@pravri.hr)**NARUDŽBA**

Tvrтка (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 050-221

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

**BIBLIOTEKA**  
**ZAVODA ZA KAZNE NE 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 Kaznenog zakona, 2. izmijenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, 1999. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o kaznenom postupku s priložima, Rijeka, 2000. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o kaznenom postupku s priložima, 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 priložima, 3. izdanje, 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: 10,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)*
- Batinica, Markov, *Zakon o prekršajima, 2. izdanje, Rijeka, 2002. (rasprodano)*
- *Zakon o kaznenom postupku, redakcijski 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)*

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*

*mirjanap@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 2004. godini za Vol. 25. br. 1 i 2  
(prema abecednom redu)*

- |   |  |
|---|--|
| Dr. sc. Magdalena Apostolova-Maršavelski - Zagreb | Dr. sc. Miomir Matulović - Rijeka      |
| Dr. sc. Boris Banovac - Rijeka                    | Dr. sc. Dragan Medvedović - Zagreb     |
| Dr. sc. Jakša Barbić - Zagreb                     | Dr. sc. Đorđe Milović - Rijeka         |
| Mr. sc. Marko Baretić - Zagreb                    | Dr. sc. Deša Mlikotin-Tomić - Zagreb   |
| Dr. sc. Ljubo Bavcon - Ljubljana/SLO              | Dr. sc. Miodrag Orlić - Beograd/SiCG   |
| Mr. sc. Marko Bevanda - Mostar/BiH                | Dr. sc. Zoran Parać - Zagreb           |
| Dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat - Rijeka           | Dr. sc. Franc Pernek - Maribor/SLO     |
| Dr. sc. Abedin Bikić - Sarajevo/BiH               | Dr. sc. Anamari Petranović - Rijeka    |
| Dr. sc. Ante Carić - Split                        | Dr. sc. Silvija Petrić - Split         |
| Dr. sc. Ivan Cifrić - Zagreb                      | Dr. sc. Siniša Petrović - Zagreb       |
| Dr. sc. Jadranko Crnić - Zagreb                   | Dr. sc. Željko Potočnjak - Zagreb      |
| Dr. sc. Vesna Crnić-Grotić - Rijeka               | Dr. sc. Zdenko Prohaska - Rijeka       |
| Dr. sc. Jozo Čizmić - Split                       | Dr. sc. Stefan Pürner - Nürnberg/D     |
| Dr. sc. Edita Čulinović-Herc - Rijeka             | Dr. sc. Aldo Radolović - Rijeka        |
| Dr. sc. Mihajlo Dika - Zagreb                     | Dr. sc. Anton Ravnić - Zagreb          |
| Dr. sc. Nikola Gavella - Zagreb                   | Dr. sc. Siniša Rodin - Zagreb          |
| Dr. sc. Velinka Grozdanić - Rijeka                | Dr. sc. Petar Simonetti - Rijeka       |
| Akademik Vladimir Ibler - Zagreb                  | Dr. sc. Zvonimir Slakoper - Rijeka     |
| Dr. sc. Šime Ivanjko - Maribor /SLO               | Dr. sc. Branko Smerdel - Zagreb        |
| Dr. sc. Tatjana Josipović - Zagreb                | Dr. sc. Petar Šarčević - Rijeka        |
| Dr. sc. Hrvoje Kačer - Split                      | Mr. sc. Marissabell Škorić - Rijeka    |
| Dr. sc. Krešimir Kufrin - Zagreb                  | Dr. sc. Ivan Šprajc - Zagreb           |
| Dr. sc. Eduard Kunštek - Rijeka                   | Dr. sc. Maja Štambuk - Zagreb          |
| Dr. sc. Anita Kurtović - Split                    | Dr. sc. Miloš Trifković - Sarajevo/BiH |
| Dr. sc. Dragutin Ledić - Rijeka                   | Akademik Siniša Triva - Zagreb         |
| Dr. sc. Vlado Leko - Zagreb                       | Dr. sc. Ksenija Turković - Zagreb      |
| Dr. sc. Olivera Lončarić-Horvat - Zagreb          | Dr. sc. Marinko Đ. Učur - Rijeka       |
| Dr. sc. Duško Lozina - Split                      | Dr. sc. Davor Vidas - Lysaker/NO       |
| Akademik Lujo Margetić - Rijeka                   | Dr. sc. Nikola Visković - Split        |
|   | Dr. sc. Mitja Žagar - Ljubljana/SLO    |

## **Vol. 25 br. 2 (2004)**

**I. Članci:** *Lujo Margetić*, Iločka pravna knjiga - važan dokument naše pravne povijesti; *Antun Jurman*, Rizik likvidnosti u poslovnoj banci; *Ivan Padjen*, Diskrecija, sudovanje i granice prava: Pouke Fullerovog "Problema kivnog doušnika"; *Ljiljana Mikšaj-Todorović*, *Mladen Singer*, Ponašajna obilježja mladih delinkvenata u Republici Hrvatskoj u prijeratnom i poslijeratnom razdoblju; *Aleksandar Štulhofer*, *Teo Matković*, *James Elias*, Pornografija i seksualno zadovoljstvo: postoje li veze?; *Vesna Crnić-Grotić*, Zajednička ribarska politika EU i treće zemlje: primjer Norveške; *Edita Čulinović-Herc*, Zlouporebe na tržištu vrijednosnih papira - nova europska smjernica i Zakon o tržištu vrijednosnih papira; *Mirela Šarac*, *Actio exercitoria*; *Nataša Žunić Kovačević*, Europski sud pravde i njegova uloga u reformama sustava neposrednog oporezivanja; *Željko Potočnjak*, Pravo na sud, pristup sudu i suđenje u razumnom roku u slučaju intervencije zakonodavca u sudske postupke u tijeku; *Boris Banovac*, Kolektivni identiteti i "nove" periferije; *Željko Boneta*, Konfesionalna i religijska identifikacija u Gorskom kotaru, Istri i Lici; *Leo Cvitanović*, Sustav propisivanja kazne zatvora u Kaznenom zakonu i Kaznenom zakoniku (*de lege lata* i *de lege ferenda*); *Davorin Rudolf, ml.*, Slobodno i zatvoreno more: Grotius i Selden; *Sanja Barić*, Pravna pomoć i neprofitne organizacije u RH - s posebnim osvrtom na iskustva RI-Centra i Klinike Pravnog fakulteta u Rijeci; *Sandra Laleta*, Odgovornost posloprimca za štetu uzrokovanu poslodavcu na radu i u vezi s radom prema njemačkom pravu; *Katarina Zajc*, Main Features of Recent Corporate Governance Theories and Tendencies in Transition Economies; *Ivana Radačić*, United States Opposition to the International Criminal Court.

## **II. Prikazi**

## **III. Fakultetska kronika**