

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 22

BROJ 2

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 22,
Br. 2, str. XII+509-870, Rijeka, 2001.

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, Sandra Laleta (svi iz Rijeke)

Izvršna urednica/Executive Editor: 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), Dalida Rittossa, dipl. iur. (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) 675-121, fax. 675-113

e-mail: zbornik@pravri.hr

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

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 500 primjeraka

Priprema i tisak/Layout & Print: 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 22

BROJ 2

RIJEKA, 2001.

SADRŽAJ

I. Članci:

- Lujo Margetić,*
Neka pitanja ranije hrvatske povijesti (U povodu knjige I. Rendića Miočevića *U potrazi za hrvatskom kolijevkom*)
(izvorni znanstveni članak) 509
- Boris Banovac, Željko Boneta, Vidoje Vujić,*
Društvene promjene i starenje (izvorni znanstveni članak) 537
- Mirela Šarac,*
Mandatum post mortem u rimskom pravu (izvorni znanstveni članak) 563
- Antun Jurman,*
Rizik kamatne stope u poslovnoj banci (prethodno priopćenje) 581
- Meliha Povlakić,*
O zakonskom uređenju prometa prava na nekretninama i stvarnopravnom osiguranju potraživanja u BiH *de lege ferenda* (prethodno priopćenje) 599
- Vesna Šendula-Jengiđ, Gordan Bošković,*
Forenzički značaj "drugih, težih duševnih smetnji"
(prethodno priopćenje) 635
- Petar Šarčević, Vesna Tomljenović,*
Primjedbe na Teze za Zakon o međunarodnom privatnom pravu, autora prof. dr. Krešimira Sajka, prof. dr. Hrvoja Sikirića i doc. dr. Vilima Boučeka (pregledni znanstveni članak) 655
- Davor Derenčinović,*
Kaznenopravna zaštita autorskih djela znanstvenog sadržaja s posebnim osvrtom na zaštitu od neovlaštene reprodukcije (pregledni znanstveni članak) 677
- Zdenko Konjić,*
Značaj ektradicije kao temeljnog oblika međunarodne kaznenopravne pomoći (pregledni znanstveni članak) 703

<i>Dragan Zlatović,</i> Zabrane u žigovnom pravu - Apolutni i relativni razlozi za isključenje (pregledni znanstveni članak)	735
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> Načelo jednakosti u poreznom pravu i sudskoj praksi nekih zemalja EU (pregledni znanstveni članak)	763
<i>Velinka Grozdanić, Anita Kurtović,</i> Osobna odgovornost i krivnja prema Statutu Međunarodnog kaznenog suda za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije (izlaganje sa znanstvenog skupa)	791
<i>Irma Kovčo, Ivan Katalinić,</i> Neka obilježja počinitelja nasilničkih delikata na području Primorsko- goranske županije s obzirom na vrstu počinjenog djela (stručni članak)	805
II. Prikazi:	
<i>Vilim Gorenc, Vjekoslav Šmid,</i> Poslovno pravo u turizmu i ugostiteljstvu (Silvija Petrić)	821
<i>Marko Pavliha,</i> Prevozno pravo (Dragan Bolanča)	825
<i>Marko Pavliha,</i> Zavarovalno pravo (Dragan Bolanča)	827
<i>Opći porezni zakon - prikaz temeljnih instituta</i> (Nataša Žunić Kovačević)	829
<i>Žajednički europski projekt suzbijanja organiziranog kriminaliteta (Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata) (Berislav Pavišić)</i>	841
<i>Stručne osnove za reformu lokalne samouprave u Hrvatskoj,</i> Okrugli stol, Zagreb, 29.-30. lipnja 2000. (Dario Đerđa)	843
<i>Državna i pravna pitanja novije povijesti sjevernojadranskog područja, Međunarodni znanstveni skup, Mošćenice - Pazin, 7.-8. rujna 2001. (Budislav Vukas, ml.)</i>	848
<i>Žene i kazna zatvora, Međunarodni znanstveni skup,</i> Rijeka, 26.-27. listopada 2001. (Dalida Rittossa)	850
III. Fakultetska kronika	855

TABLE OF CONTENTS

I. Articles:

<i>Lujo Margetić,</i> On Certain Questions Concerning the Early Croatian History (On the Occasion of the Book of I. Rendić Miočević <i>In Pursuit of the Croatian Infancy</i>)	509
<i>Boris Banovac, Željko Boneta, Vidoje Vujić,</i> Social Changes and Process of Aging	537
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Mandatum post mortem</i> in Roman Law	563
<i>Antun Jurman,</i> A Risk of Interest Rate in a Commercial Bank	581
<i>Meliha Povlakić,</i> On Legal Regulations Governing the Transaction of Real Property Rights and Real Security of the Claims in BIH <i>de lege ferenda</i>	599
<i>Vesna Šendula-Jengiće, Gordan Bošković,</i> Forensic Signification of "the Other, Severe Psychological Disturbances"	635
<i>Petar Šarčević, Vesna Tomljenović,</i> Remarks to the Thesis for the Law of Private International Law of the Authors Professor Krešimir Sajko, Professor Hrvoje Sikirić and Dr. Vilim Bouček	655
<i>Davor Derenčinović,</i> Criminal Law Protection of Authors Acts Emphasizing Unauthorized Reproduction	677
<i>Zdenko Konjić,</i> Signification of the Extradition as a Basic Form of International Criminal Legal Aid	703

<i>Dragan Zlatović,</i> Impediments in the Trademark Law - Absolute and Relative Reasons for Exclusion	735
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> The Principle of Equality in the Tax Law and Court Practice in Several Countries of the European Union	763
<i>Velinka Grozdanić, Anita Kurtović,</i> Individual Criminal Responsibility and Guilt According to the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia	791
<i>Irma Kovčo, Ivan Katalinić,</i> On Some Characteristic of Violent Crimes Committers in Primorsko- Goranska County Regarding the Type of a Committed Act	805
II. Surveys	821
III. Faculty Chronicle	855

INHALT

I. Aufsätze:

<i>Lujo Margetić,</i> Einige Fragen zur früheren kroatischen Geschichte (aus Anlass des Buches von I. Rendić Miočević <i>Auf der Suche nach</i> <i>Kroatiens Wiege</i>)	509
<i>Boris Banovac, Željko Boneta, Vidoje Vujić,</i> Gesellschaftliche Veränderungen und Altern	537
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Mandatum post mortem</i> nach römischem Recht	563
<i>Antun Jurman,</i> Das Risiko von Zinssätzen in der Geschäftsbank	581
<i>Meliha Povlakić,</i> Über die gesetzliche Bestimmung des Umsatzes des Rechts auf Immobilien und sachenrechtliche Garantie von Forderungen in Bosnien Herzegowina <i>de lege ferenda</i>	599
<i>Vesna Šendula-Jengiđ, Gordan Bošković,</i> Forensische Bedeutung "anderer, schwerer seelischer Störungen"	635
<i>Petar Šarčević, Vesna Tomljenović,</i> Bemerkungen zu den Thesen für das Gesetz über internationales Privatrecht der Autoren Prof. Dr. Krešimir Sajko, Prof. Dr. Hrvoje Sikirić und Doz. Dr. Vilim Bouček	655
<i>Davor Derenčinović,</i> Strafrechtlicher Schutz wissenschaftlicher Veröffentlichungen von Autoren unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes vor unbefugter Vervielfältigung	677
<i>Zdenko Konjić,</i> Bedeutung der Auslieferung als Grundform internationaler strafrechtlicher Hilfe	703

<i>Dragan Zlatović,</i> Verbote im Warenzeichenrecht - Absolute und relative Gründe zum Ausschluss	735
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> Das Prinzip der Gleichheit im Steuerrecht und die Gerichtspraxis einiger EU Länder	763
<i>Velinka Grozdanić, Anita Kurtović,</i> Persönliche Verantwortlichkeit und Schuld nach dem Statut des Internationalen Strafgerichts für schwere Verletzungen des internationalen humanitären Rechts auf dem Gebiet Exjugoslawiens	791
<i>Irma Kovčo, Ivan Katalinić,</i> Einige Merkmale von Gewalttättern im Bereich der Primorsko-goranska Županija im Hinblick auf die Art der Straftat	805
II. Besprechungen	821
III. Fakultätschronik	855

INDICE

I. Articoli:

<i>Lujo Margetić,</i> A proposito di alcune questioni relative all'antica storia croata (In occasione della pubblicazione del libro di Rendić Miočević <i>Alla ricerca della culla croata</i>).....	509
<i>Boris Banovac, Željko Boneta, Vidoje Vujić,</i> Cambiamenti sociali e invecchiamento	537
<i>Mirela Šarac,</i> <i>Mandatum post mortem</i> nel diritto romano	563
<i>Antun Jurman,</i> Rischio del tasso di interesse nella banca d'affari	581
<i>Meliha Povelakić,</i> Della regolazione legislativa <i>de lege ferenda</i> della circolazione dei diritti reali e dell'azione di garanzia del diritto reale in Bosnia ed Erzegovina	599
<i>Vesna Šendula-Jengi, Gordan Bošković,</i> Significato forense di "altri, gravi disturbi mentali"	635
<i>Petar Šarčević, Vesna Tomljenović,</i> Osservazioni sulle tesi per la Legge sul diritto internazionale privato degli autori Prof. Krešimir Sajko, Prof. Hrvoje Sikirić e Dott. Vilim Bouček	655
<i>Davor Derenčinović,</i> Tutela penale delle opere d'autore di contenuto scientifico con particolare riguardo alla protezione dalla riproduzione non autorizzata	677
<i>Zdenko Konjić,</i> Significato dell'extradizione come forma fondamentale di aiuto penale internazionale	703

<i>Dragan Zlatović,</i> Divieti nel diritto del marchio - Cause assolute e relative di esclusione	735
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> Principio di eguaglianza nel diritto tributario e nella prassi giurisprudenziale di alcuni paesi dell'Unione Europea	763
<i>Velinka Grozdanić, Anita Kurtović,</i> Responsabilità personale e colpevolezza secondo lo Statuto del Tribunale internazionale per il perseguimento delle persone responsabili di gravi violazioni del diritto umanitario internazionale commesse nel territorio dell'Ex Jugoslavia dal 1991	791
<i>Irma Kovčo, Ivan Katalinić,</i> A proposito di alcune caratteristiche degli autori di crimini violenti nella Contea Primorsko-Goranska rispetto alla tipologia dell'atto commesso	805
II. Recensioni	821
III. Cronaca della Facoltà	855

I. Članci (Articles, Aufsätze, Articoli)

NEKA PITANJA RANIJE HRVATSKE POVIJESTI
(U povodu knjige I. Rendića Miočevića *U potrazi za hrvatskom kolijevkom*)

Akademik Lujo Margetić,
Rijeka

UDK: 94(497.5)''800/1200''
Ur.: 28. svibnja 2001.
Pr.: 9. srpnja 2001.
Izvorni znanstveni članak

Polazeći od svojih primjedaba na upravo izašlu knjigu I. Rendića Miočevića autor raspravlja o nekim pravnim problemima organizacije Rimskoga Carstva na našim područjima, dotiče se Beucove kritike stajališta hrvatske pravnopovijesne historiografije nakon 1945. god., problema početka hrvatske države i nekoliko problema starijega hrvatskog i crkvenog obiteljskog prava.

Ključne riječi: *hrvatsko srednjovjekovno društvo, model - dinarski i sredozemni, etnopsihologija.*

I.

Pravnopovijesna problematika sastavni je dio istraživanja ne samo pravnih sustava i pravnih instituta, već je ujedno nerazdvojivi i neophodni čimbenik spoznaje kulturnih vrijednosti pojedinoga naroda. Takav je pristup u znanosti već odavno usvojen, to više što je interdisciplinarno istraživanje postalo nužna pretpostavka uspješnoga znanstvenog rada.

Vrijedi istaknuti da nimalo ne jenjava interes znanstvenika i šire kulturne javnosti za pitanja starije hrvatske povijesti, već naprotiv, on raste, a tome odgovara i sve veći broj autora iz raznih područja povijesti, koji u rješavanju velikog broja problema daju sveudilj nove, često neočekivane, vrlo zanimljive i korisne priloge. Već i nepotpuno nabranje nekoliko važnijih najnovijih radova od 1993. god. dalje, npr. Katičića,¹ knjige Tko su i odakle Hrvati,² Budaka,³ brojnih autora simpozija

¹ R. KATIČIĆ, *Uz početke hrvatskih početaka*, Split, 1993.

² Zbornik *Tko su i odakle Hrvati* (redakcija A. BAUER, F. ŠANJEK, N. KUJUNDŽIĆ), Zagreb, 1993.

³ N. BUDAK, *Prva stoljeća Hrvatske*, Zagreb, 1994.

Etnogeneza Hrvata,⁴ Goldsteina,⁵ Margetića,⁶ Raukara,⁷ Mužića,⁸ Paščenka⁹ dokazuje da je istraživanje te fascinantne teme, koja se s pravom smatra jednim od najzagonetnijih problema europske povijesti, dobilo i u najnovije vrijeme snažan zamah.

Zbog toga ne čudi što je i najnovija inspirativna knjiga Ive Rendića Miočevića¹⁰ (dalje: autor) obilato zahvatila u pravnu problematiku. Već njezin naslov - U potrazi za hrvatskom kolijevkom - daje čitatelju na znanje da će autor uzeti u obzir antičko javno i privatno pravo, osobito organizaciju Rimskog Carstva na našim područjima, jer se prema ispravnom mišljenju autora hrvatsko društvo i hrvatsko "vladanje" (kako autor naziva hrvatsku državu do njezina ulaska u vrijeme ugarskog kralja Kolomana u hrvatsko-ugarsku državnu zajednicu) uopće ne može razumjeti ako se kao njihov važni sastavni element ne uzme u obzir antičku komponentu. Osobitu je pozornost autor posvetio starom hrvatskom obiteljskom pravu, ispitao obiteljske odnose u starom hrvatskom društvu i objasnio ideju "kanonizacije" obitelji kao preduvjeta ulaska hrvatske države u onodobnu Europu.

Zbog toga smo odlučili da prodiskutiramo one dijelove spomenute autorove knjige koji su za pravnog povjesnika - i uopće za povjesnika - interesantni i poticajni. Diskusija u hrvatskoj pravnopovijesnoj znanosti jedva da postoji, tako da članci i knjige ostaju na razini monologa, a time je onemogućen stvarni napredak spoznaja, do kojeg se dolazi u prvom redu upravo diskusijom. Istina je, doduše, da postoji realna opasnost da se diskusija pretvori u polemiku, u kojoj često prevladava neargumentirana borba ličnosti, umjesto zastupanja različitih stajališta na osnovi pertinentnih argumenata, ali nam se čini da je od dviju golemih opasnosti u znanstvenom radu - grobna šutnja s jedne i svadljiva polemika s druge strane - ipak neusporedivo opasnija prva.

Razumljivo je da se pri raspravljanju pojedinog problema nismo zadržali samo na autorovim tezama, već smo prodiskutirali i pojedina stajališta naših vodećih povjesničara.

Očekujemo da će ovaj rad potaknuti plodnu i korisnu interdisciplinarnu diskusiju u kojoj će se proanalizirati druge teze autora, koje zbog raznih razloga nismo ovdje dotakli, i u kojoj će se naći mjesta i za diskusiju o pojedinim našim argumentima i zaključcima.

⁴ N. BUDAK, *Etnogeneza Hrvata*, Zagreb, 1995.

⁵ I. GOLDSTEIN, *Hrvatski rani srednji vijek*, Zagreb, 1995.

⁶ L. MARGETIĆ, *Iz ranije hrvatske povijesti, Odabrane studije*, Split, 1997.

⁷ T. RAUKAR, *Hrvatsko srednjovjekovlje*, Zagreb, 1997.

⁸ I. MUŽIĆ, *Hrvati i autohtonost*, Zagreb, 1998. (šesto izdanje djela, ranije izdanog pod raznim nazivima).

⁹ E. PAŠČENKO, *Etnogeneza i mitologija Hrvata u kontekstu Ukrajine*, Zagreb, 1999.

¹⁰ I. RENDIĆ MIOČEVIĆ, *U potrazi za hrvatskom kolijevkom*, Split, 2000.

II.

Osnovna je ideja vodilja knjige autorova želja da bi proučavanje rane hrvatske povijesti trebalo "konačno krenuti interdisciplinarnim putem, koji će nas nakon kraćih lutanja dovesti na pravo područje istraživanja" (str. 33). Autor se, slijedeći etnopsihologa G. Devereuxa, zalaže za to, da se "osim socioloških uvedu i psihoanalitička objašnjenja". Središnji problem rane hrvatske povijesti trebao bi biti u raščlambi načina "funkcioniranja (one) grupe koja se naziva hrvatskim imenom", sadržaja *matriksa*, tj. "komunikacije i odnosa" u toj grupi, odnosno, kako autor kaže: "Matriks je onaj temelj iz kojeg se izrasta". Za upoznavanje i tumačenje matriksa treba obuhvatiti istraživanje psihijatrijske komponente, ali i "kulturološke i sociološke uvjete u kojima se ona, matriks, oblikuje". (26).

Autor je svoje analize raščlanio tako da je najprije obradio sintezu hrvatske etnogeneze i nakon toga analizirao izvore koji su temelj za proučavanje hrvatske političke povijesti, etnopsihološku analizu, arheološke materijale te, na primjeru Ljetopisa popa Dukljanina, istražio ideologiju društva u razdoblju rane hrvatske povijesti (33). Autor skromno dodaje da svoja rješenja ne "smatra konačnim" (34). Po autoru su dosad ovakve analize sprječavali pozitivizam i marksizam, koji usto nisu bili ni metodološki sposobni ogledati se na području problemske interdisciplinarnosti (27). Autor zaključuje da se njegovo "rekonstruiranje prvobitne hrvatske matriks temelji na svim pisanim izvorima čime se psihoanalitički (etnopsihološki) pristup dovodi u potpuno ravnopravan položaj" s dosadašnjim konstrukcijama hrvatske političke povijesti (157).

Ukratko, politička povijest postaje *jezgro* povijesti koje treba produbiti etnopsihologijom, etnopsihijatrijom, etnopsihoanalizom, sociologijom, antropologijom i drugim znanstvenim disciplinama koje se posvećuju strukturama, društvenoj analizi, semiologiji i istraživanju moći, kao što to u europskoj znanosti pledira Le Goff (29).

Autor inzistira na tri hrvatska "podmodela: mediteranski (grad-komuna), patrijarhalni dinarski i panonsko-feudalni" i dodaje da je "bez proučavanja ovih podmodela nemoguće shvatiti hrvatsku povijest". Kako se pak panonsko-feudalni podmodel odnosi na kasnije razdoblje, to je autor u knjizi obradio samo prva dva podmodela (33).

Za hrvatski prostor, a i za prostor drugih južnoslavenskih naroda najpogodniji bi bio, nastavlja autor, naziv "stari pojam Ilirik, koji su odavno Rimljani vrlo jasno i precizno definirali" (20).

Hrvatska je etnogeneza dug proces: hrvatska se etnija formira stapanjem starosjedilačkog stanovništva i došljaka iz doba seobe naroda (56). Pri tome je važna nedvojbeno samorodna romansko-ilirska sastavnica. Ta je sastavnica drukčija na prostoru između Krke i Raše, gdje se društveni i kulturni razvoj odvija putem uključivanja stare kulture Liburna u rimski svijet u okružju razmjerno rane urbanizacije i nenasilnom uključivanju u rimski svijet: već od Cezara autohtone zajednice dobivaju *ius italicum*. Komponentu hrvatskog društva u Liburniji karakterizira konzervativizam (glagoljica i čakavština) i stara kulturna tradicija, koja se kasnije očituje u hrvatskoj općini i Vinodolskom zakonu (53).

Drukčiji je tip društva u planinskoj unutrašnjosti Dalmacije. Tamo su "došljaci iz doba seobe naroda preuzeli od starosjedilaca dinarsko naslijeđe (...): urotništvo,

nasilje, borbenost, autoritativnost, mržnju, zatim 'vojnu disciplinu' i ničim neograničenu volju za moć". Ono doduše dominira kod Srba ali se "ne može zatajiti ni u onom dijelu Hrvata u kojih dominira plemenska kultura" (54).

Što se pak tiče rane hrvatske države, po autoru valja napustiti stara stajališta koja su nekritički zastupala pojam *država* i time sugerirala istovjetnost s modernom državom (67). Bolje ga je zamijeniti s nazivom *vladavina* ili *vladanje*, (69), a treba napustiti i nazive *narodni vladari* jer i to sugerira tobožnje vladare "bez mane", ukratko, "narodnu vlast" prema suvremenom rječniku (68).

Tako je po autoru već Borna, prvi imenom poznati vladar, bio "na čelu rodovske vladavine kao vojni vladar" (69). Njegova je vlast utemeljena na nasilju, uostalom kao i vlast kasnijih vladara u hrvatskim vladavinama, a odraz toga nasilja može se konstatirati čak u doba kralja Zvonimira, čije su tijelo prema nekim izvorima Hrvati oružjem sasjekli na komade. Autor to povezuje s tezama psihoanalize, po kojima oružje ima falusno značenje, što treba povezati "s Edipovim kompleksom koji postoji u patrijarhalnom društvu". Naime, "budući da ne može riješiti sukob s ocem, patrijarhalac ubijajući druge simbolički ubija oca" (74). Usto, upravo spomenuto komadanje Zvonimirova tijela je "znak kontinuiranog kastracijskog straha" (na istom mj.). Da bi dokazao kako je nasilje bilo element matriksa u doba hrvatske vladavine od 9. do kraja 11. stoljeća, autor daje 17 takvih slučajeva (74-75) iz rane hrvatske prošlosti i ujedno naglašava da takva obilježja imaju sva onodobna europska društva (77). Ujedno autor ukazuje na to da izvori za hrvatsku ranu povijest dokazuju da je to doba hrvatske vladavine karakteriziralo "pljačkaško gospodarstvo patrijarhalnog svijeta" (79) pa daje neka svjedočanstva o tom elementu "rane hrvatske matriks" (79).

Autor se razmjerno opširno (82-93) bavi obiteljskim odnosima u starom hrvatskom društvu, osobito brakom, i naglašava da su ti bračni odnosi zanemareni u hrvatskoj historiografiji: "Siromaštvo bibliografije o braku u staroj Hrvatskoj svjedoči o nezadovoljavajućem tretiranju toga vrlo važnog problema u hrvatskoj povijesti" (87). Proširena porodica-kuća temelj je srednjovjekovne države. Autor se pri tome poziva na pismo podbana Mihajla Živkovića iz 1459. god. Crkva je imala velikih problema da ostvari kanonsko sređivanje obiteljskog života (89). Crkva se borila protiv starih ženidbenih običaja pa autor u svezi s time navodi crkvene odredbe donesene 1063., 1168./1170., 1185. i 1199. iz kojih je vidljivo nastojanje crkve da se na razne načine zabrane ženidbe među srođnicima u četvrtom (i petom) koljenu, što je čak u suprotnosti s odredbama Lateranskog koncila iz 1059. god., koji je zabranjivao ženidbe među srođnicima do sedmog koljena (90). Otpor hrvatskog pučanstva kanonizaciji obitelji temeljio se na rodovskom moralu (93).

U svemu tome autor "jasno zapaža stoljetni sukob karakterističan za Mediteran, a to je sukob između organiziranog priobalja i patrijarhalne nasilničke zagore" (81). Izmjena superega¹¹ bila je jače izražena na mediteranskom području, dok je zbog

¹¹ Autor preuzima taj naziv od Freuda, po kojem je superego dio ličnosti koji sadrži kodeks moralnih normi i ponašanja (138).

specifičnih uvjeta na tragičnom nepovijesnom patrijarhalnom području ta izmjena bila ograničena. Antička tradicija i Katolička crkva djelovali su zbog toga snažnije na mediteranskom području, dok su se u unutrašnjosti održavale prastare autohtone duhovne predaje (139-141). Naime, tradicionalni svijet priobalja prilagodljiv je pa sukobe ne rješava nasiljem (139).

Autor, nadalje, protivno Dvornikoviću (koji je razlikovao hrvatski formalizam od srpskog realizma) ističe da je "hrvatski legitimitet (...) pojam koji je čvrsto utemeljen u hrvatskoj povijesti" i, sukladno Dabinoviću, naglašava da je u Hrvata "zastupan najstabilniji državnopravni kontinuitet koji se uopće može zamisliti u evropskoj povijesti". Njega obilježavaju latinski i hrvatski statuti i državnost (151). Ipak, stupanj izmjene supererga u unutrašnjosti (Dalmacija, Lika, Bosna i Hercegovina) upravo zbog snažno izraženog sindroma Kraljevića Marka nikad nije dostignut" (154).¹²

To bi ukratko bila idejna okosnica kojom je knjiga prožeta.

Knjigu su recenzirali N. Budak, N. Jakšić i E. Klain, dakle, vodeće ličnosti naše povijesne, arheološke i psihijatrijske znanosti koji su dali, kako to pisac sa zahvalnošću naglašava, vrlo korisne primjedbe. Impresionira broj uglednih znanstvenika kojima je autor prije tiskanja dao rukopis na čitanje i ocjenu i dobio od njih vrijedne sugestije (10).

III.

Smatramo potrebnim iznijeti neka zapažanja na argumentaciju pojedinih tvrdnja autora.

1. Za povijesnu pozornicu na kojoj se odigravala povijest Hrvata i drugih južnoslavenskih naroda autor predlaže naziv *Ilirik* "koji su odavno Rimljani vrlo jasno i precizno definirali" (20). Treba ipak primijetiti da je taj naziv u rimsko doba imao najrazličitije sadržaje.

Prije svega, u najširem smislu naziv *Illyricum* rabio se kao etnografska oznaka za sve srodne narode od Alpa do ušća Dunava i južno od Dunava do Jadranskog mora.

Nakon Tiberijevih osvajanja naših krajeva god. 12. pr. Kr. osnovana je *provincia Illyricum*. Ubrzo je došlo do podjele toga područja na dvije provincije, Dalmaciju i Panoniju, s time da se ova još i kasnije kojiput naziva *Illyricum*.

Dioklecijan je razdijelio Carstvo na 12 dijeceza.¹³ Prema *Laterculus veronensis*,¹⁴ popisu dijeceza i provincija iz 304./305. god., *diocensis Pannoniarum* obuhvaćala je sedam provincija koje su pokrivala (približno) područje današnje Mađarske, Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Slovenije i Austrije, a *diocensis Misiarum* s deset provincija pokrivala je približno područje današnje Srbije, Crne

¹² Taj *sindrom Kraljevića Marka* (kurziv autora) iskazuje se u nasilju svakidašnjice, a glavni su mu simptomi projekcije, kastracijski strah, paranoja, narcizam, ekstermalizacija agresije i negativne emocije poput mržnje, što se prenose s generacije na generaciju (32).

¹³ Zapravo ih je bilo 13, jer se Italija dijelila na dvije dijeceze.

¹⁴ O. SEECK, *Notitia dignitatum*, Berolini, 1876., 247-253.

Gore, Albanije, Grčke i zapadne Bugarske. Ove dvije dijeceze nazivale su se skupno *Illyricum*.

Kada je pak 292. god. došlo do organiziranja tetrarhije (istočni car-august Dioklecijan, njegov cezar Galerije i zapadni car-august Maksimin i njegov cezar Konstancije), Dioklecijan je svome cezaru dodijelio na upravljanje uz dio Male Azije još i *Illyricum*, tj. područje južno od Dunava od rijeke Inn u današnjoj Austriji do Crnog mora.

Konstantin I. ustanovio je 318. god. četiri prefekture. Ovdje nas zanimaju samo dvije: 1) *Illyricum*, koji je obuhvaćao dvije dijeceze: Panoniju i Meziju. Meziju je Konstantin nešto kasnije podijelio na dijeceze: *Macedonia* i *Dacia*, 2) *Italia* s tri dijeceze: *Italia annonaria*, *Italia suburbicaria* i *Africa*. Uz ostale različite promjene granica prefektura, valja spomenuti barem one iz sredine 4. stoljeća, kada su tri dijeceze, Panonija, Makedonija i Dacija bile neko vrijeme u italskoj prefekturi, a neko vrijeme bile povezane s vlastitim prefektom u zasebnoj prefekturi *Illyricum*. Od cara Julijana (360.-363.) ustaljuje se povezanost tih triju dijeceza unutar italske prefekture pa njezin prefekt ima naslov *prefectus praetorio Italiae, Illyrici et Africae*.

Nakon smrti Teodozija I. (395. god.) dvije dijeceze, *Macedonia* i *Dacia*, koje su dotad potpadale pod italsku prefekturu, prelaze u vlast istočnorimskog cara Arkadija pa se za njih organizira posebna *prefectura Illyricum* sa sjedištem u Solunu, a dotadašnja panonska dijeceza, koja je ostala pod italskim prefektom, naziva se najčešće dijeceza *Illyricum*.

Na koji od tih sadržaja naziva Ilirik misli autor kada pledira da se prihvati kao "najpogodniji pojam za prostorno određivanje hrvatske povijesti (a i povijesti drugih južnoslavenskih naroda) (...) stari pojam Ilirik koji su odavno Rimljani vrlo jasno i precizno definirali" (20)?

Ne vjerujemo da će autor uspjeti sa svojim prijedlogom, a kako nije iz mnogih razloga prihvatljiv ni naziv Balkan, kao da je možda najbolje nazvati šire područje Hrvatske i susjednih zemalja *jugoistočna Europa*, što je, uostalom, već odavno prihvaćeno u stranoj literaturi.¹⁵

2. Autor vrlo naglašeno ističe antičko naslijeđe koje su preuzeli Hrvati i pri tome naglašava "društveno uređenje romansko-ilirskog stratuma", srodnost rodovskog uređenja starih Ilira i hrvatskog stanovništva patrijarhalnog područja (Lika itd.) i očuvanje mnogih ilirskih običaja, vjerovanja i simbola. Tako je, nastavlja autor, zmija "čuvarica kućnog ognjišta i simbol plodnosti" (50), a ona je ujedno "simbol moćnog penisa, što se može dovesti u svezu s Edipovim kompleksom". Autor ne dvoji da i "u običajima i mitovima poslijeseobnih Hrvata žive samorodne sastavnice koje potječu od Ilira" (51). Autor zaključuje "kako je samorodna romansko-ilirska sastavnica u hrvatskoj etnogenezi nesumnjiva" (52).

¹⁵ Ostavili smo po strani po koji *lapsus calami* (kao npr. tvrdnju da je u doba Dioklecijana-Konstantina smanjen broj provincija).

Međutim, pri njegovoj je analizi tako reći potpuno izostao romanski dio te sastavnice. Rimljani su oko 500 godina vladali "Ilirikom", a to se njihovo vladanje odvijalo u vrlo dramatičnim i burnim okolnostima s izvanredno značajnim posljedicama počevši od municipalizacije, kolonizacije i romanizacije u doba principata. Tada je Rim uspio organizirati ovo područje stvarajući specifične društvene odnose u kojima se na čelu pojedine gradske općine nalazio sloj rimskih građana iz Italije i ostalih dijelova Carstva, povezan sa stanovitim brojem romaniziranih starosjedilaca, koji su zbog potpunog prihvatanja rimske kulture i rimske vlasti postali njezina pouzdana i vjerna potpora. U vrelima se nalazi mnogo dokaza o tom kako su u naše krajeve dolazili i ostajali mnogi stanovnici iz Italije i iz ostalih dijelova Carstva, uključivši i brojne došljake iz istočnih provincija, koji su sa sobom donosili istočnjačke kultove i time u bitnoj mjeri doprinosili sveudilj novim značajkama matriksa rimskog društva. To se društvo burno mijenjalo tijekom idućih stoljeća: postupno se gubi privilegirani položaj Italije kao i organizacijske i društvene strukture municipija i kolonija. Oni dobivaju nove oblike općinske organizacije u tzv. *civitates*. Taj je proces vidljiv u cijelom Rimskom Carstvu, a naročito je uočljiv u našim krajevima, gdje je privrženost središnjoj vlasti bila toliko izražena da je dala plejadu rimskih careva upravo iz toga područja. Od četvrtog stoljeća dalje naglo raste značenje kršćanstva pa se u povodu arijanizma vode upravo kod nas najoštriji sukobi. Vladanje Gota pod Teodorikom u biti nije drugo nego produženje rimske društvene i državne stvarnosti, premda gotski element tadašnjega rimskog društva u našim krajevima nije zanemariv.

Autor nije smio propustiti problematiku glavnih karakteristika toga petstogodišnjeg (!) razvoja rimskog društva u kojem su se postupno razvijali sveudilj novi značajni elementi rimske matriks. Istina je da na jednom mjestu autor spominje *ius italicum* (53), preko kojeg je po njemu dolazilo do nenasilnog uključivanja Liburnije u rimski svijet - ali je i u ovom posve izoliranom autorovu upućivanju na rimsku matriks došlo do velikog nesporazuma. Čitatelj dobiva dojam da se rimski utjecaj ostvarivao ponajviše putem *ius italicum*, navodno već od Cezara. Problem je u nečem posve drugom: *kakav* je to neobičan *ius italicum* (koji se nikako ne može tumačiti kao "pravi" *ius italicum*) koji je dodijeljen samo *vrlo malom broju* (samo četiri!) liburnijskih municipija.

U mijenjanju društvenih struktura u Rimskom Carstvu nastaju u 4. stoljeću posve novi elementi, od kojih je sudbonosnu ulogu imalo mijenjanje položaja poljoprivrednog stanovništva, koje je sve više gubilo slobodu seljenja i ujedno u mnogim aspektima sve više potpadalo pod vlast vlasnika obrađivanih zemljišta. Taj u mnogim pogledima za europsku povijest odlučujući faktor započeo je - u *Iliriku*, i odanle se proširio na čitavo Carstvo. Matriks rimskog društva u *Iliriku* bila je njime duboko alterirana u odnosu na prethodno razdoblje.

Osobito od 6. stoljeća dalje dalmatinski se gradovi militariziraju, jer je to bio uvjet preživljavanja, pa vlast u njima preuzimaju posjednici (*possessores*)-vojnici (*milites*). Razumljivo je da je njihova matriks bila fundamentalno drukčija od raznih stupnjeva evolucije u ranijem razdoblju od 1. stoljeća dalje. Analiza te matriks po našem je mišljenju nezaobilazan čimbenik razumijevanja rimsko-antičke komponente kasnije nastale hrvatske etnije.

3. Što se tiče došljaka po kojima je hrvatski narod dobio svoje ime, po mišljenju autora "ne znamo tko su (ti) Hrvati" (41).

Ipak, iz ponekih napomena može se naslutiti autorovo shvaćanje društva došljaka-Hrvata. Naime, autor piše da je rodovski savez došljaka pri naseljavanju Ilirika početkom 7. stoljeća sklopio "*foedus* s bizantskim carem Heraklijem (610.-641.)" i ubrzo zamijenio "vlast Avara koji su prethodno sa slavenskim doseljenicima prodirali prema Iliriku" (15-16). Po autoru su, dakle, Hrvati pobijedili Avare, što, ako smo dobro razumjeli, znači da su se nametnuli ranije pridošlim Slavenima kao novi gospodari. Ali, kako autor dalje ističe, "hrvatski vojskovođe" postali su "vojni vladari" i imali svoju "vojnu družinu" kojom su tlačili hrvatsku "gentilnu strukturu". Po autoru je gentilna struktura sačuvala vitalitet sve do 12. stoljeća i stalno pokušavala "organizirati pobunu protiv vladara" (16). Ostaje nejasno, jesu li došljaci-Hrvati kao rodovski savez vladali nad Slavenima i bili u odnosu na njih u povlaštenom položaju ili su vlast prisvojili "hrvatske vojskovođe" i sa svojom družinom tlačili Slavene i došljake-Hrvate. Kako se po autoru hrvatsko gentilno uređenje žilavo održavalo još stoljećima, proizlazilo bi da je staro hrvatsko društvo bilo vrlo složeni organizam. Nije li zbog toga trebalo bar donekle naznačiti glavne karakteristike toga slavenskog društva kojim su vladali Hrvati i bar natuknuti koji su slavenski elementi ušli u matriks hrvatske etnije, ili, drugim riječima, u čemu je razlika slavenskih plemena koja su "u doba seobe na čelu plemena imala poglavare koji su s uglednim ljudima iz plemena i rodova o svemu odlučivali u vijeću uglednika" (13) od hrvatskih plemena i rodova i njihovih poglavara. Ili možda uopće nema razlike?

Kako je autor o polumilenijskoj evoluciji rimskog društva na našim područjima i o društvenom uređenju došljaka Slavena i malo kasnije pridošlih došljaka-Hrvata jedva ponešto natuknuo, a ništa o specifičnom društvenom uređenju dalmatinskih gradova u doba bizantske vlasti, on se zapravo ograničio u prvom redu na prastare ilirske prežitke i doprinos kršćanstva na matriks hrvatske etnije.

4. Značajnu ulogu u autorovim istraživanjima čine pravnopovijesne analize.

Autor se energično obara na "stara stajališta koja su nekritički zastupala pojam *država*, sugerirajući istovjetnost rane hrvatske vladavine s modernom nacionalnom državom" (67). Umjesto naziva država, autor pledira za naziv "*vladavina* ili *vladanje*" (69). Pojam *hrvatska država* (68) pogrješan je po autoru isto kao i "drugi pojmovi, poput onoga *narodni vladari*, koji sugerira idiličnost prvih hrvatskih stoljeća u Iliriku, kada su Hrvatima tobože vladali njihovi vladari bez mane", tj. rečeno "suvremenim rječnikom narodna vlast" (68). Nije jasno s kime to autor tako energično diskutira. Tko u našoj literaturi sugerira istovjetnost rane hrvatske države s modernom nacionalnom državom i idiličnost prvih hrvatskih stoljeća u Iliriku kada bi Hrvatima vladali njihovi vladari bez mana i tko zastupa stara nekritička stajališta? Autor bi, čini nam se, ipak trebao navesti s kim diskutira jer čitatelj jedino usporedbom argumenata suprotstavljenih mišljenja može zauzeti stajalište je li autorova kritika opravdana ili ne. Pokušali smo identificirati autore o kojima je riječ, ali nismo uspjeli. Zbog toga ne preostaje drugo nego razmotriti isključivo autorove teze. U obrazlaganju svojih pravnih stajališta autor se poziva na "pravnu znanost", prema kojoj srednjovjekovna država "nije bila posebna osobnost, nego je značila konkretnu državnu vlast" i "nije imala suverenitet u današnjem smislu" (14). Autor se poziva na uvaženoga hrvatskoga pravnog povjesnika, I. Beuca, koji je naglasio da je "tek nauka o državi u XIX stoljeću konstruirala pojam državne osobnosti" pa je "stoga

razumljivo da i sam izraz države nije uopće postojao u dugom nizu stoljeća".¹⁶ Beuc piše da "u srednjem vijeku nije postojala koncepcija suverenosti" koja se "tek u novom vijeku počela smatrati svojstvom državne vlasti".¹⁷ Beuc se izričito protivi shvaćanju da bi rimska država imala pravnu osobnost građana i ukazuje na to da su zbog toga oni svoju državu nazivali *populus Romanus*. Ukratko, ni Rimljani ni srednji vijek nisu po Beucu razvili pojma juridičke osobe, osobito one javnopravne. Kako nije postojao apstraktni pojam države kao javnopravne osobe, država je "predstavljala (...) konkretnu državnu vlast".¹⁸

Autor je u svojim analizama krenuo od te ispravne Beucove koncepcije. Međutim, autor za razliku od Beuca smatra da je u srednjem vijeku ipak postojala država, tj. Rimsko Carstvo i iz toga izvodi zaključak, da su se zbog toga ostali centri moći "smatrali provincijalnim vlastima ili vladavinama vazala rimske države" (68).

Ne može se sporiti autorovo pravo da svoje (po našem mišljenju neobične) teze o srednjovjekovnoj državi i suverenitetu konstruira prema vlastitom shvaćanju. Jedino mu pri tome treba prigovoriti da svoje pravne konstrukcije temelji na Beucovim dijametralno suprotnim tezama.

Autor se nadalje zadržava na nazivu *država*, koji on za ranu hrvatsku povijest odbacuje i zamjenjuje s nazivima *vladanje* ili *vladavina*, da bi se tako distancirao od svih onih koji rabe naziv i pojam *država* i za razdoblje hrvatske povijesti prije 9. stoljeća. Pri tome se autor poziva na N. Klaić i njezin prikaz teorija o postanku države, ali začudo ne spominje njezino mišljenje o pitanju "kakvim ćemo terminom označiti političku jedinicu, koju su Hrvati stvorili nakon doseljenja".¹⁹ N. Klaić žestoko prigovara tezi po kojoj se "obično govori o plemenskom savezu" koji ne bi imao značajke države. Zašto bi se, s pravom se pita N. Klaić, nazivalo pukim "plemenskim savezom političku tvorevinu koja je očito u trajnom savezu okupila sve stanovnike dalmatinskoga zaleđa" i zaključuje da "nema razloga da takav trajni politički savez pod jednim plemenom ne nazovemo državom".²⁰ Tom se svojom diskusijom N. Klaić usprotivila ondašnjoj jugoslavenskoj marksističkoj teoriji o nastanku države. Ona citira npr. D. Jankovića, po kojem se umjesto plemenskog vojskovođe javlja vladar koji "ne upravlja više u ime naroda (...), kao što to čine starešine u rodovsko-plemenskom uređenju, već vlada nad narodom" i ima "poseban aparat za nasilje". O nekoj hrvatskoj državi u 7. i 8. stoljeću nije po marksističkim shvaćanjima moglo biti govora zato što u "rodovsko-plemenskom uređenju" još nema klasa. N. Klaić otvoreno, a Beuc vrlo oprezno protive se tome. Beuc je na prvi pogled "povoljno" pisao o Engelsovim teorijama "predržavnog uređenja", tj. vojne demokracije, ali je zaključio da "ostaje i nadalje opravdano nazivati ta uređenja državama".²¹

Dodali bismo ovdje nešto i o autorovu energičnom suprotstavljanju uporabi naziva "*narodni vladari*".

¹⁶ I. BEUC, *Povijest države i prava na području SFRJ*, Zagreb, 1986., 9.

¹⁷ N. dj., 11.

¹⁸ N. dj., 10.

¹⁹ N. KLAJĆ, *Povijest Hrvata u ranom srednjem vijeku*, Zagreb, 1971., 141 i d. (ista paginacija i u drugom izdanju iz 1975.).

²⁰ N. dj., 146.

²¹ BEUC, n. dj. (bilj. 16), 7.

Naše je mišljenje da je uporaba termina "narodni vladari" kod starijih i novijih pisaca vrlo benigna. Kada npr. Einhard za godinu 821. bilježi da je po Borninoj smrti car njemu imenovao nasljednika *petente populo*²² (na zahtjev naroda), ne vjerujemo da bi itko u tim riječima mislio na narodnu volju u modernom smislu sintagme. Tako nedvojbeno treba tumačiti i brojne druge slične primjere izražavanja *narodne* volje. A kada npr. Šišić naslovljuje svoju knjigu iz 1925. god. Povijest Hrvatske u vrijeme *narodnih vladara*, bilo bi apsurdno iz toga izvlačiti zaključak da on prihvaća ideju "narodne vlasti" i hrvatske narodne vladare kao osobe bez mane. I najnedobronamjerniji čitatelj Šišićevih radova zna da Šišić želi takvim naslovom dati na znanje čitatelju da će knjiga obuhvatiti razdoblje hrvatske povijesti koje se proteže, približno, do 1102. god. Isto je mislio i Barada, kada je pisao o "kraljevima domaće krvi", pri čemu sigurno nije mislio na rasne karakteristike naših vladara, nego naprosto na okolnost da su Koloman i njegovi nasljednici potjecali iz dinastije koja nije domaća. Možda doista ima povjesničara koji pod pojmom narodnih vladara misle baš na "narodnu vlast" u ominoznom smislu te riječi, vrlo dobro poznatom iz nedavne prošlosti, ali mi ih nismo uspjeli pronaći.

I konačno, bi li prema autorovim izlaganjima termin *država* trebalo rezervirati za hrvatske teritorije tek od Kolomana ili je možda - i do kada - i država Kolomana i drugih Arpadovića još uvijek samo *vladanje* odnosno *vladavina*?

5. Autor dokazuje svoje teze analizom izvora koji su temelj za proučavanje hrvatske političke povijesti. Pri tome autor uvodi dodatne sociološke i etnopsihološke analize (33). Autor dokazuje mnogobrojnim primjerima da je nasilje (74-75) osnovna značajka hrvatske matriks u hrvatskoj vladavini (74) odnosno da je pljačka dio plemenskog gospodarstva (78) u 11. (79) i 12. stoljeću (80).

Primjeri nisu najsretnije izabrani.

Tako npr. autor kao primjer "nasilja svakodnevice" (74) navodi pismo pape Ivana VIII. kojim ovaj opominje Domagoja da ne kazni smrtnom kaznom one koji mu rade o glavi (75). Papa savjetuje Domagoju da takvog prijestupnika ne kazni smrtnom kaznom, već kaznom progonstva. Ovdje je očito riječ o vječnoj dilemi čovječanstva o opravdanosti smrtne kazne, a ne o "nasilju".

Autor navodi i slučaj provale Bugara u Hrvatsku kojeg spominje Konstantin Porfirogenet. Tom prigodom "Hrvati ih sve (potcr. autor) poubijaju" (74). Nije li ovdje riječ o obrani od agresije, a ne o "nasilju svakodanice"? Čini se da autor vidi osobito hrvatsku okrutnost u tome što su Hrvati poubijali *sve* Bugare. Događaj se zbao vjerojatno početkom 10. stoljeća, za Tomislava. Ali, kada pri osvajanju današnjih hrvatskih područja "početkom VII. stoljeća" (15) Hrvati, prema opisu istog pisca, Konstantina Porfirogeneta, pobjeđuju Avare, oni ne ubijaju *sve* Avare, nego dio prisile da im se pokore.²³ *Potpuno* uništenje bugarske vojske, koja je napala Hrvatsku, ne čini nam se dokazom da su Hrvati postali divljiji i nemilosrdniji nakon tri stoljeća (tj. od 7. do 10.), već prije dokazom hrvatske vojne vještine, jer su uspjeli

²² F. RAČKI, *Documenta historiae chroaticae periodum antiquam illustrantia* (dalje: Doc.), Zagreb, 1877., 325, br. 171/21.

²³ Doc. 271, br. 164/3.

uništiti četu bugarskih agresora.

Autor spominje i slučaj Vulfa, začetnika shizme, koji je bio "izbijen, ošišan i ožigosan na čelu" (75). Čini nam se da ovaj primjer ne govori o nasilju u hrvatskoj svakodnevici. Naime, u tekstu Tome Arcidačakona, na koji se autor poziva, riječ je o kazni, koju je *crkveni sabor* u Splitu donio po odluci pape (*sicut papa iusserat*).

Ne čini nam se dobro izabranim ni slučaj prolaza križara kroz Hrvatsku 1096. god. (dva zadnja primjera na str. 75). Istina je doduše da Rajmund de Agiles govori o Hrvatima kao divljem i grubom pučanstvu (*aggrestes et rudes*), a Viljem Tirski o vrlo divljem narodu (*populo ferocissimo*), ali središnji događaj na kojem se oba pisca podrobno zaustavljaju zbio se kada su križari uspjeli zarobiti šestoricu Hrvata pa su po nalogu svoga vojskovođe "jednima od zarobljenika iskopane oči, drugima odsječene noge, a nekima odrezani nos i ruke". Ovo križarsko postupanje sa zarobljenim Hrvatima odgovaralo bi točno psihoanalitičkom objašnjenju hrvatske matriks: oružje ima falusno značenje; simbolika se povezuje s Edipovim kompleksom "koji postoji u patrijarhalnom društvu"; "budući da ne može riješiti sukob s ocem, patrijarhalac ubijajući druge, simbolički ubija oca"; komadanje tijela je "znak kastracijskog straha" (74). Kako se ne bi moglo tvrditi da su križarski vojskovođe, cvijet feudalnog društva zapadne Europe, živjeli u patrijarhalnom društvu i kako je u Bizantu sakaćenje tijela na najrazličitije, često odurne načine, bilo posve uobičajeno, ne čini nam se komadanje tijela nekom posebnom značajkom hrvatskoga gentilnog uređenja ni patrijarhalnog društva.²⁴

Toliko o nasilju u "hrvatskoj vladavini" kao posebnoj značajki rane hrvatske matriks.

Što se pak tiče pljačke, kao karakteristike rane hrvatske matriks, autor ističe da je riječ o stoljetnom sukobu "između organiziranog priobalja i patrijarhalne nasilničke zagore, koja teži za bogatstvom stvaranim uz obalu stoljećima marljivim radom" (81).

Ipak, treba razlikovati nekoliko tipova pljačke.

Onaj tip pljačke, na koji autor očito misli govoreći o "pljačkaškom gospodarstvu

²⁴ Ne bismo dalje navodili autorove primjere nasilja kao karakteristike hrvatskog gentilnog društva. Samo usput dodajemo da autor spominje (75) "bezbožne zločine", koje su počinili Dalmatinci prema Korčulanskom kodeksu (V. FORETIĆ, Korčulanski kodeks 12. stoljeća i vijesti iz doba hrvatske narodne dinastije u njemu, Starine, 46, Zagreb, 1956., 30). Riječ je o postupku koji je vodio papin legat Majnard u povodu Krešimirova ubojstva njegova brata Gojslava. Slučajevi "bezbožnih zločina" o kojima piše Korčulanski kodeks i koje je popravio (*emendans*) taj legat, sačuvani su u potvrdi pape Aleksandra II. (Codex diplomaticus regni Croatiae, Dalmatiae et Slavoniae /dalje: CD/, sv. I., Zagreb, 1967., 95-96, br. 67). Svi se ti "bezbožni zločini" tiču zabrane zaređenja glagoljaša koji nisu naučili latinski, zabrane sklapanja brakova unutar četvrtog stupnja srodstva, zauzimanja biskupske stolice bez kanonskog izbora, držanja konkubina ili puštanja brade članova klera. Jedino bi se nasilje prema biskupu ili drugim crkvenim osobama moglo podvesti pod pojam nasilja u pravom smislu riječi, ali i ovdje sigurno nije riječ o "nasilju svakidašnjice", već očito i nedvojbeno o pojedinim ekscesima. Splitski sabor i Aleksandar II. nisu ovom zadnje spomenutom zabranom išli za time da iskorijene "nasilje svakidašnjice". Nadalje, kao "nasilje svakidašnjice" jedva bi se moglo uzeti autorov primjer, po kojem je hrvatski vladar Surinja "prevaren varkom braće izgubio kraljevsku krunu" (Doc. 427, br. 209).

patrijarhalnog svijeta" (79), mogli bismo nazvati npr. "razbojništvom"; "nasilnička zagora" navaljuje na stanovnike priobalja i oduzima im ono što su ovi "marljivim radom" stekli.

Drugi tip pljačke karakterizira organiziranje vojničkog pohoda povezanog s političkim razračunavanjima pa se tom prigodom radi pritiska na protivnu stranu tako dugo pljačka po njezinu teritoriju dok ona ne pristane u cijelosti ili djelomično ispuniti političke ciljeve agresora.

Treći tip pljačke kudikamo je najunosniji: napadač koristi svoju ekonomsku i vojnu premoć i druge svoje prednosti kako bi od napadnutoga raznim pogodnim sredstvima iznudio obvezu trajnog plaćanja određenih podavanja, koja napadaču mogu omogućiti pokrivanje troškova agresije i koja čine dobar temelj za daljnje agresivno ponašanje.

"Razbojništvo" (*prvi tip*) oduvijek je privlačilo manje oružane skupine pod vodstvom energičnog i sposobnog vođe. Ono postoji ne samo u patrijarhalnom svijetu, nego svugdje. Povijest Italije te Istre, Kvarnera i Dalmacije u nas, kao i povijest ostalih područja u Europi i svijetu bilježi ih u svim vremenima. Nezgodna je strana razbojništva što se napadnuti nastoji što bolje pripremiti radi suzbijanja idućih pljačka, a još je neugodnije za napadača da vrlo često dosta brzo dolija.

Ni *drugi tip* nije neka osobita značajka patrijarhalnog svijeta. Evo jednog primjera koji navodi autor. Ivan Đakon za godinu 875. bilježi kako su Slaveni - i Dalmatinci pljačkali istarsku provinciju. Kako se kod Ivana Đakona često spominju Dalmatinci, *i to uvijek i bez iznimke* kao stanovnici *dalmatinskih gradova*, proizlazi da su "zagorski" Hrvati zajedno sa stanovnicima dalmatinskog "priobalja" složno pljačkali Istru. O široj političkog pozadini toga slučaja pisali smo opširno na drugom mjestu.²⁵

Trpimirov se "napad na dalmatinske gradove" (79) odnosi na *treći tip*. Poznati benediktinac Gottschalk tvrdi da je "Trpimir, kralj Slavena, krenuo (u boj) proti naroda Grka i njihovog patricija". Ovdje je nedvojbeno riječ o bizantskom namjesniku provincije, strategu, s počasnom titulom patricija, pa se prema tome treba pod "Grcima" svakako pomišljati na Bizantince. U svakom slučaju jasno je da je došlo do borbe oko prevlasti nad dalmatinskim gradovima, u kojoj je Trpimir izvojevao važnu pobjedu nad bizantskom vojskom i time osigurao hrvatsku prevlast barem nad Splitom i Trogirom. Ali, iz Gottschalkove se vijesti ne bi moglo iščitati da bi Trpimir "pljačkao" dalmatinske gradove u smislu prvoga i drugoga tipa pljačke, već je riječ o jačanju Trpimirova utjecaja nad Splitom i Trogirom, u smislu našega "trećeg" primjera.

Taj treći tip "pljačke", tj. plaćanje godišnjeg podavanja radi "zaštite", Hrvati su uspjeli ostvariti ubrzo nakon Trpimira, naime u vrijeme bizantskog cara Bazilija I. (na vlasti od 867. god.). Konstantin Porfirogenet priča kako je taj car naredio da dalmatinski gradovi plaćaju hrvatskome kralju sve ono što su dotad plaćali bizantskom strategu, i to Split 200, Trogir 100, Zadar 110, Osor 100, Rab 100 i Krk 100, ukupno 710 zlatnika i povrh toga još neka podavanja u naturi. Konstantin Porfirogenet

²⁵ L. MARGETIĆ, *Marginalije uz rad V. Koščaka "Pripadnost istočne obale ..."*, Historijski zbornik XXXVI., 1983., 273-274.

ističe da "su odonda svi ti gradovi obvezani plaćati ta podavanja" hrvatskim vladarima.²⁶ Tako su hrvatski vladari stekli pristojno vrelo prihoda i sigurno im nije bilo ni na kraj pameti da pljačkanjem u smislu prvog i drugog tipa pljačke kolju koku koja nosi zlatna jaja. Vjerojatno je tu i tamo dolazilo do incidenata prvog tipa pljačke, ali takve povremene čarke nisu bile u interesu hrvatskog vladara poradi mnogo razloga (obveza plaćanja naknade štete, eventualno uskraćivanje godišnjeg podavanja, gubljenje autoriteta itd.) i zbog toga nisu mogle činiti *osnovicu* gospodarstva hrvatskoga "patrijarhalnog svijeta".

Taj treći, kudikamo najrentabilniji oblik pljačke, koji su Hrvati na strogo legalni način dobili još od bizantskog cara Bazilija I., kasnije su postupnim porastom ekonomske i vojne snage "naslijedili" Mlečani i dalje ga izgradili tijekom stoljeća.

6. Autorova analiza sankcija u ispravama iz doba hrvatske države narodnih vladara (141) ne pripada boljem dijelu knjige.

U toj analizi autor prije svega ukazuje na to da je zanimljivo da se u starim hrvatskim ispravama kao prokletstvo najčešće spominje prokletstvo 318 crkvenih otaca (zapravo ih je bilo 300) itd. i to objašnjava povijesnom situacijom "stare hrvatske države" u kojem je crkva "glavni društveni autoritet" jer izopćenje iz crkve znači isključenost pojedinca iz društva. Zbog toga bi prijetnja prokletstvom 318 otaca očito bila vrlo efikasna. Takve bi duhovne sankcije imale prednosti pred svjetovnim, koje se "na kvarnerskom području javljaju kasnije". Autor dodaje da Vinodolski zakon zabranjuje ugovorne kazne, dok se u 14. stoljeću one pojavljuju "u Krčkom i Senjskom statutu pod bizantskim i mletačkim utjecajem".

Prokletstvo 318 crkvenih otaca preuzeto je, kao što je poznato, iz bizantskog prava, gdje je ono dobro poznato već u najranijem srednjem vijeku. Nalazimo ga, dakako, i u bizantskoj južnoj Italiji i njezinom susjedstvu. Ono se i nakon nestanka bizantske vlasti tu i tamo održalo i u Dalmaciji, npr. u Zadru još sredinom 13. stoljeća!²⁷ Prema tome, ono je samo još jedan dokaz onoga što i bez toga znamo, tj. snažnog utjecaja bizantskog prava i kulture u doba hrvatske države narodnih vladara, ali nikako i navodne efikasnosti tog prokletstva, jer je ono prepisivano i prilagođavano ukusu pisara, u pravilu nekog klerika.

Duhovne sankcije nisu ni u Bizantu ni u nas imale neku osobitu prednost pred svjetovnim, a ponajmanje na Kvarneru gdje su svjetovne vrlo dobro poznate već početkom 11. stoljeća, npr. opetovano u 1018. god.²⁸ U Vinodolu je doduše ugovorna kazna zabranjena prigodom sklapanja ugovora, ali je dopuštena u postupku arbitraže. Senjski statut uopće ne regulira pitanje ugovorne kazne, a ona se na Krku pojavljuje mnogo prije Krčkog statuta.

Ovo su tek neke već na prvi pogled uočljive faktografske grješke autora. Autor bi izbjegao mnoge nepravilnosti, koje su mu se ovdje dogodile, da je, ako ništa drugo, barem prolistao neko kompetentno djelo o tim pitanjima, npr. barem Šufflaya. Uz

²⁶ Doc. 327, br. 184.

²⁷ CD IV, 509, br. 443 (1. listopada 1252.).

²⁸ CD I, 54, br. 37 (= Doc. 32, br. 24); 55, br. 38 (= Doc. 33, br. 25); 56, br. 39 (= Doc. 35, br. 27); 57, br. 40 (= Doc. 34, br. 26).

ostala, vrlo složena pitanja sankcije, uključujući i ugovornu kaznu, ne bismo ovdje dalje ulazili, ali bi nam bilo drago da se otvori diskusija koja bi i o ovom problemu naše diplomatike bila od velike važnosti.

7. Pritužba autora na siromaštvo naše literature o braku (87) nije potpuno opravdana. Tako je npr. približno četiri godine prije objavljivanja autorove knjige objavljena opsežna monografija (oko 400 stranica)²⁹ o problematici braka, obitelji i nasljeđivanja u srednjovjekovnoj Hrvatskoj. Ta se monografija bavi onim aspektima braka koji su karakteristični za srednjovjekovnu obitelj u Hrvatskoj. Autor bi izbjegao mnoge grješke u tumačenju vrela hrvatske povijesti da je uzeo u obzir raščlambe i rezultate te monografije, koja je, uostalom, sinteza ranijih radova (oko desetak) istog autora o braku u Hrvatskoj, objavljenih od 1970. do 1989. Čini se da autor ne poznaje ni neke radove u kojima se analizira razloge uočljivo popustljivog odnosa katoličke crkve u pogledu bračnih zabrana na našim područjima, dakle upravo o temi kojoj je autor posvetio svoju posebnu pozornost.³⁰

Naime, autora je osobito zainteresirao razlog zašto se katolička crkva u doba hrvatske države narodnih vladara opetovano bavila problemom bračnih zabrana. On objašnjava crkveno stajalište njezinom željom da ne dira u stare ženidbene običaje koji su bili prihvaćeni u hrvatskom gentilnom društvu. Prema autoru "povijesni izvori dokazuju da su stari Hrvati sklapali ženidbe među bliskim rođacima u 3. pa vjerojatno i u 2. koljenu" (91). Ali, uza sav oprez, koji je crkva pri tome rabila, ona je ipak nastojala da provede "kanonsko sređivanje obiteljskog života" (89).

Prije diskusije o autorovim tezama nužno je bar u najkraćim crtama dotaknuti se problema zapreka za sklapanje braka u slučaju blize rodbinske veze u njegovom razvoju kroz stoljeća.

U Bizantu³¹ je 692. god. zabranjen brak među djecom braće (bratićima), tj. brak unutar 4. stupnja rimskog računanja. Ipak, kasnije se probilo stajalište da su zabranjeni i brakovi unutar šestog stupnja, npr. između unuka jednog brata i unuke drugog brata. U 11. stoljeću počelo se postupno ograničavati mogućnost sklapanja brakova u sedmom stupnju, npr. između unuka jednog brata i praunuka drugog. Pri tome su značajnu ulogu odigrale dvije odluke konstantinopolitanskog patrijarha iz 1038. i 1057. godine. Po prvoj brakovi između rođaka *sedmog* stupnja nisu doduše ništavi, ali se bračni drugovi kažnjavaju crkvenim kaznama. Po drugoj, osobe koje su takav brak sklopile - moraju se odvojiti. Do potpune zabrane takvih brakova došlo je 1166. god.

Na Zapadu su imali oštriji stav prema zabranama ženidbe među rođacima. Tako već u 7. stoljeću piše Teodor iz Tarsa da se kod Grka smije ženiti unutar trećeg stupnja, a kod Rimljana unutar petoga, s time da se već sklopljeni brakovi ne

²⁹ L. MARGETIĆ, *Hrvatsko srednjovjekovno obiteljsko i nasljedno pravo*, Zagreb, 1996., 379. str.

³⁰ Vidi npr. L. MARGETIĆ, *O nekim vrelima hrvatske povijesti XI. stoljeća*, *Historijski zbornik*, XLII, 1989., 111-138.

³¹ Do danas je nenadmašena i nezaobilazna *Geschichte des griechisch-römischen Rechts* od K. E. ZACHARIÄ V. LINGENTHAL, 3. izd., Berlin, 1892. O bračnim zaprekama u Bizantu vidi tamo 63-71, osobito 63-65.

raskidaju.³² U devetom se stoljeću određuje nešto slično. Po odredbi Ludovika II. iz 856. god. utvrđuje se zabrana ženidbe do petog koljena (*usque in quintum genu*), s time da se brakovi unutar četvrtog stupnja ne poništavaju, nego se supružnicima zapovijeda trajna suzdržljivost (*non separentur in quarto genu, sed in poenitentia cunctis diebus conjunctionis suae perseverunt*).³³ Sva ta računanja srodstva temelje se na rimskom načinu: *tot gradus, quot generationes* (toliko stupnjeva, koliko poroda).

Nije jasno kada je na zapadu crkva prešla na računanje analogno onom po *germanskom* pravu. Po nekima se to desilo u 9., po drugima tek u 11. stoljeću.³⁴ Po tom računanju nije se više brojilo ukupni broj poroda između dvaju srodnika nego se uzimalo samo dužu liniju generacija do zajedničkog pretka, npr. unuk po jednom bratu u srodstvu je s praunukom po drugom bratu u četvrtom *koljenu* (dok su oni po rimskom računanju rođaci u sedmom stupnju, tj. računaju se *svi porodi*, koji se nalaze između njih). Germansko računanje imalo je dvije varijante. Po jednoj se računalo od oca, tako da su *braća* u srodstvu u *prvom* koljenu, a po drugoj se srodstvo računa tek od *bratića* koji su, dakle, u prvom koljenu srodstva (dakle, braća se po tom računanju uopće ne uzimaju u obzir - očito zato što se smatraju dijelom "kuće" a ne "porodice").³⁵ U *Sachsenspiegelu*, najvažnijem popisu njemačkoga običajnog prava, u primjeni je bio ovaj drugi način računanja, dok se u nekim južnonjemačkim vrelima braća računaju kao prvo koljeno. To je prihvatilo i kanonsko pravo.

Objašnjenju problematike zabrane braka među bliskim rođacima u Hrvatskoj u 11. stoljeću pomoći će uvelike vrelo koje autor ne uzima u obzir.

Prema životopisu osorskog biskupa Gaudencija, koji je sastavio neki njegov suvremenik, neki se osorski odličnik htio oženiti svojom bliskom rođakinjom unatoč papinoj zabrani. Taj uglednik upao je s oružanom pratnjom u osorsku crkvu i nasilno zahtijevao od biskupa da ovaj obavi ženidbu. Međutim, biskup ga je na to izopćio iz crkve.³⁶ Kako se Gaudencije zbog toga nije mogao održati u Osoru, bio je prisiljen skloniti se u Rim. Sve to dešavalo se približno 1041. godine. Osor je u to vrijeme bio u granicama hrvatske države s vrlo jakim utjecajem Bizanta i istočne crkve. Osorski uglednik očito se pozivao na tadašnje blaže stajalište istočne države, koje je, po svemu se čini, i inače bilo vrlo dobro poznato u Hrvatskoj. Nasuprot tomu, Gaudencije se pozivao na strože zapadno kanonsko bračno pravo. Bez obzira na to je li u

³² A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. III, *Storia del diritto privato*, 2. izd., Torino, 1894., 188.

³³ Na i. mj.

³⁴ Vidi kratke preglede npr. u P. S. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, *Il diritto privato*, Parte prima, *Diritto delle persone e di famiglia*, Milano, 1960., 128; P. TORELLI, *Lezioni di storia del diritto italiano*, *Diritto privato*, *La famiglia*, Milano, 1947., 42-43 i osobito F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, II, *La famiglia*, Città del Castello, 1913., 67.

³⁵ Izvanredno jasno prikazano u klasičnom djelu A. HEUSLERA, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Zweiter Band, Leipzig, 1886., 591-595.

³⁶ Doc., 443.

Osoru 1041. god. bilo poznato novo stajalište konstantinopolskog patrijarha iz 1038. god. o donekle otežanim uvjetima za sklapanje braka u sedmom stupnju ili nije, ipak je jasno da je osorski uglednik imao i te kako razloga da se drži bizantskoga prava jer mu je ono bilo u interesu. Približno u to doba splitski nadbiskup Dabralis živio je sa ženom i djecom i branio se pred papinim legatom Ivanom tvrdnjom da smije imati ženu "po običaju istočne crkve".³⁷

U svakom slučaju ne bi smjelo biti dvojbe da su se brakovi na zapadu i istoku sklapali u načelu u skladu sa crkvenim zakonima, a da su zabrane bile usmjerene protiv onih razmjerno vrlo rijetkih pojava onih brakova koji su se sklapali djelomično iz neznanja, ili, još vjerojatnije, iz interesa, djelomično u skladu s pučkim shvaćanjima, a djelomično zbog različitog tumačenja "stupnjeva" i "koljena". Tako npr. car Henrik II. 1023. god. prigovara biskupima³⁸ da dopuštaju da se žene osobe udaljene samo u trećem stupnju i pri tome navodi brak Konrada Koruškoga. Taj je oženio Matildu, inače poznatu povijesnu ličnost, koja je prema germanskom načinu računanja bila u rodu s Konradom u 4. koljenu - ali ako se prva generacija ne računa prema drugom tipu germanskog računanja, oni su doista bili rođaci u trećem koljenu. Ako se pak računa po rimskom načinu, Konrad i Matilda su rođaci tek u 8. stupnju. Izvanredno bogato zakonodavstvo na zapadu i istoku nije nikakav dokaz da je u Francuskoj, Njemačkoj, Italiji ili Bizantu vladao npr. "gentilni" sustav, jer bi takva tvrdnja bila, dakako, apsurdna. Isto vrijedi i za Hrvatsku, pogotovu zbog miješanja zapadnog germansko-kanonskog i rimsko-bizantskog načina računanja.

Autorovo objašnjenje odbijanja pape Aleksandra II. da 1061. god. odobri sklapanje brakova u 4. stupnju³⁹ nije prihvatljivo. Po njemu se "za postojeće brakove u četvrtom ili petom koljenu određuje rastavu ili ponovno vjenčanje". Međutim, papa smatra brakove u četvrtom stupnju srodstva *nepostojećim*. Nasuprot tomu, brakove u petom stupnju papa priznaje kao valjane, uz uvjet da se supružnici ubuduće suzdržavaju od spolnog odnosa. Tek ako se supružnici ne mogu suzdržavati, brak se smatra nepostojećim, a papa im dopušta da ponovno sklope brak. Ovakvo reguliranje nije pravno osobito uspješno.

God. 1168./1170. papa Aleksandar III. odgovara splitskom nadbiskupu Gerardu na pitanje kako postupati s nekima (*quidam*) koji su se oženili, premda su u srodstvu u četvrtom i petom stupnju. Papa mu savjetuje da zbog zaostalosti naroda (*propter duritiam*), premda su takvi brakovi protivni crkvenim propisima, pređe šutke kao da ih ne vidi (*sub silentio et dissimulatione pretereas*). Eventualne takve brakove ubuduće treba poništiti (*cassare*).⁴⁰

God. 1186. papa Urban III. ne odobrava⁴¹ odluku splitskog sabora o priznanju valjanosti ženidbe "pred peti stupanj srodstva ili tazbine", i to zato da "se ne bi dopustilo ženidbe u drugim stupnjevima".

³⁷ F. RAČKI, Thomas Archidiaconus, Historia Salonitana, Zagreb, 1877., 46.

³⁸ HEUSLER, n. dj. (bilj. 35), 592.

³⁹ CD I, 96, br. 67.

⁴⁰ CD II, 122-123, br. 117.

⁴¹ CD II, 203, br. 197.

God. 1199. papini legati ispravljaju mnoge nepravilnosti u svećenstvu i narodu Dalmacije i Duklje.⁴² Nakon što su saznali za nepoštivanje bračnih zabrana, oni određuju da onaj "za koga je god utvrđeno da je u braku" s osobom u četvrtom ili bližem stupnju srodstva, ako se ne pokori crkvenom nalogu i ne odustane od rodoskrvne veze po blizini srodstva, neka ostane tako dugo isključen od crkvene zajednice (*excommunicatus*) i lišen svih crkvenih sakramenata dok se ne odvoji od "bezbožne veze i ne pokori crkvenom nalogu". Ovime je argumentom *ex contrario* prešutno odobrena bračna veza u petom stupnju srodstva.

Kada se usporedi crkveno bračno pravo na zapadu i istoku, primjećuje se da se do sredine 11. stoljeća u Bizantu u načelu priznavalo brakove u 5. stupnju (rimskog računanja), dok je zapadno crkveno pravo upravo u tom stupnju u našim krajevima zauzelo oštrije stajalište od onoga, koje je prihvaćeno na splitskom saboru. Splitski je sabor očito uzeo u obzir shvaćanje istočne crkve, dok je papa nastojao postići kakav-takav kompromis.

Pravna se situacija drastično izmijenila u 12. stoljeću kada je u Dalmaciji (1186. i 1199.) peti rimski stupanj bez daljnijega dopušten, dok su naprotiv istodobno (1166. god.) u Bizantu ženidbe u tom stupnju zabranjene.

Papa Inocent III. na IV. Lateranskom koncilu ograničio je ženidbenu zapreku na uključivo 4. koljeno kanonskog računanja (tj. na 6. stupanj rimskog računanja), a papa Grgur IX. dodatno propisao da se u slučaju nejednake udaljenosti loza računa ona koja je *duža*, što znači da je odobrio sklapanje braka, ako je duža loza imala 4 koljena, a kraća samo 3 (npr. brak bratove unuke sa sinom drugog brata). To znači da se odobrilo brakove u kojima su u srodstvu osobe u 5. stupnju po rimskom računanju.

Novo kanonsko pravo (1928. god.) zabranilo je brakove do trećeg koljena uključivo, s time da je treće koljeno samo zapreka *manjeg* stupnja, što znači da se oprost od te zapreke može lakše postići.

Najnovije hrvatsko zakonodavstvo⁴³ odustalo je od računanja po stupnjevima (rimsko) i koljenima (kanonsko). Ako bismo ipak htjeli da ga opišemo u tim kategorijama, onda bi se moglo pojednostavljeno reći da je brak u pobočnoj lozi između osoba povezanih preko djeda (uključujući i njegova brata) zabranjen u 4. stupnju po rimskom, a u 2. po kanonskom računanju. Brak između unuka po braći u 6. rimskom stupnju, odnosno 4. kanonskom sud može iznimno dopustiti iz opravdanih razloga. Nasuprot tomu, *ne postoji* zabrana braka između srodnika po pradjedu.

Autor navodi da su "stari Hrvati sklapali ženidbe među bliskim rođacima u 3. pa vjerojatno i u 2. koljenu", uz pretpostavku da je do braka došlo izvan "hrvatskih rodbinsko-pridvornih zajednica" (91). Na koji on tip računanja misli? On vjerojatno misli na isto računanje kao i Barada, jer se i terminologijom i interpretacijom poziva na njega. Barada tvrdi na mjestu na koje se autor poziva ovo: "U 3. stepenu bili su

⁴² CD II, 337, br. 312.

⁴³ Obiteljski zakon, Narodne novine br. 162 iz 1998. god., 3917, članak 28.

to drugi bratučedi ili rođaci, a oni drugog stepena prvi bratučedi ili rođaci, od braće djeca".⁴⁴ Te se rodbinske veze po Baradi "poklapaju s uređenjem naših srednjovjekovnih rodbinsko-dvornih zajednica" tako da se "unutar njih ženidbe nisu sklapale, nego samo izvan njih, bez obzira na krvnu povezanost".⁴⁵ Dakle, po Baradi krvna povezanost u brakovima Hrvata nije uopće bila važna, već je odlučujuće bilo samo to žive li kandidati za ženidbu unutar rodbinsko-dvorne zajednice ili ne. Te svoje zaključke donio je Barada na osnovi analize crkvenih odredaba iz 1063., 1168./1170., 1185. i 1199., o kojima je upravo bilo riječi.

Ali, Barada je pri tome učinio ozbiljnu, zapravo za jednog znanstvenika njegove razine, neshvatljivu pogriješku. Naime, on ističe da kod svojih analiza rabi "*computatio germanica* ili *canonica*, a ne ona *romana*".⁴⁶ Po Baradi se kod obje komputacije računa po starom pravilu "*tot sunt gradus* (stepeni), *quot sunt generationes* (koljena) *stipite dempto*", s time da se kod germansko-kanonskog računa uzimaju u obzir "sva koljena jedne i druge loze skupa" a kod "*romana* samo ona najdulje loze".⁴⁷ Čini se da je Baradu navelo na ove neobične tvrdnje "autorsko sljepilo", kojem smo nažalost izloženi svi koji se bavimo složenim povijesnim istraživanjima. Spomenuta dva tipa računanja imaju, kao što smo vidjeli, upravo *suprotna značenja*: rimsko računanje uzima u obzir sve *porode*, a kanonsko *samo koljena* (generacije), i to ono duže loze. Je li Barada, pišući o 4., 3. i 2. stupnju doista računao na osnovi njegove krive interpretacije jednoga i drugoga načina računanja ili je njegovo objašnjenje u bilj. 30 na str. 122 samo *lapsus calami*?

Barada temelji svoje zaključke na analizi četiri crkvene odredbe koje se odnose na naše krajeve (1063. itd.). Njegova je interpretacija pogriješna. Naime, čini nam se nedvojbeno da se spomenute crkvene odredbe odnose samo na iznimne slučajeve u praksi, do kojih je moglo doći zbog raznih razloga, slično kao što je to i inače slučaj u bezbrojnim odgovarajućim crkvenim odredbama za zapadne zemlje, a u nas još i iz posebna razloga utjecaja nauka istočne crkve. Ni iz čega se ne može zaključiti da bi za stare Hrvate bila važna jedino zabrana veze unutar rodbinsko-dvorne zajednice bez obzira na krvno srodstvo. To bi značilo npr. da se u slučaju diobe braće, a ne stričeva i sl. (to nije nikako bio rijedak, već vrlo čest slučaj) mogli kod Hrvata nakon diobe ženiti brat i kćerka drugog brata, tj. osobe u trećem stupnju po rimskom, odnosno u drugom koljenu po kanonskom računanju - a za takvu situaciju u hrvatskoj državi narodnih vladara do konca 11. stoljeća nema dokaza. Da je bilo takvih slučajeva, njih bi npr. Toma Arcidakon s najvećim zadovoljstvom naveo kao daljnji dokaz njegovim ishitrenim tvrdnjama o primitivnosti i bezbožnosti Hrvata. A sigurno bi ih spomenuo Pop Dukljanin u svojem Ljetopisu, u kojem on nabroja fantastičan broj kraljeva, banova i župana od najstarijih vremena sve do 12. stoljeća - ali ni u kojoj od tih bezbrojnih vijesti nema makar i usputne napomene o nečem sličnom.

8. Još nekoliko primjedaba u svezi s autorovim analizama problematike obitelji u ranoj hrvatskoj povijesti.

⁴⁴ Tj. na M. BARADA, Starohrvatska seoska zajednica, Zagreb, 1957., 125.

⁴⁵ Na i. mj.

⁴⁶ BARADA, n. dj. (bilj. 44), 122, bilj. 30.

⁴⁷ Na i. mj.

a) Autor daje *in extenso* prijevod B. Kuntić Makvić pisma što ga je papa Nikola I. (858.-867.) uputio biskupu *sanctae Constantiae ecclesiae* o otpuštanju žene (90-91). Pismo je objavio Rački⁴⁸ smatrajući pogriješno da je riječ o pismu upućenom salonitanskom biskupu. Autor navodi da je doduše već odavno grješka ispravljena, ali da ga navodi jer "dobro ilustrira ženidbene probleme onog doba koji su se, dakako, odnosili i na Hrvatsku". Pismo Nikole I. odnosi se na rijetki ženidbeni problem: smije li se ženska osoba koja je bila kuma kod krštenja djeteta nekog muškarca, koje je on imao s nekom drugom ženom, kasnije udati za tog muškarca. Problem je složen čak i za pravnog povjesničara, koji poznaje, uz ostalo, i crkvenu pravnu povijest pa ne vjerujemo da će tekst pisma Nikole I. razumjeti pretežna većina čitatelja. Usto, problem je i marginalan. Bilo bi dobro da ga autor u eventualnom drugom izdanju knjige popratí objašnjenjem ili, još bolje, da taj tekst briše.

b) Po autoru je papa Stjepan VI. prigovorio ninskom biskupu Teodoziju "glede poučavanja da barbarski narod sklapa brak s dvije zaručnice odjednom" (89). Međutim, već je odavno utvrđeno da je Rački u regestu⁴⁹ pogriješno protumačio sadržaj tog pisma. U tom pismu papa kori Teodozija što je preuzeo upravu *splitske* crkve i ujedno ostao *ninski* biskup pa samo "slikovito piše o biskupskim crkvama kao o zaručnicama".⁵⁰

c) Autor ističe da je "hrvatsko običajno pravo ženi pružalo zaštitu, tako da je njen položaj bio bolji nego na zapadu" (84) i kao primjer navodi prastari istarski običaj po kojem se u Istri, suprotno mletačkom pravu, žena smatrala sustjecateljicom imovine. Autor pri tome misli na tzv. brak na istarski način - ali taj nije dio hrvatskog običajnog prava već je nastao, čini se, utjecajem pravne prakse u Raveni. U Istri se s druge strane doista stoljećima održalo specifično slavensko (tj. hrvatsko ili slovensko) pravo, koje ima potpuno drukčiji sadržaj od braka na istarski način.

d) Po autoru zabrana sklapanja brakova među rođacima do sedmog koljena potječe iz židovske tradicije (91). Vrela daju drukčiji odgovor: Post. 20, 12 (ženidba Abrahama s polusestrom Sarom), Lev. 18, 9-14 (zabrana braka sa sestrom, unukom, tetkom). Kasnije su rabini čak preporučivali ženidbu s nećakinjom.

9. Dodali bismo ovdje još poneku primjedbu.

a) Prema autoru rimska administrativna podjela i nazivi pokrajina nadživjeli su propast Zapadnog Carstva pa su prema vijestima Ravenskog anonima i Einharda "rimske pokrajine-patrije bile okvir za uspostavljanje i ozakonjenje rodovske vlasti koju preuzima jedan knez kao vojni vladar" (22). Autor razlikuje, uz ostalo, patrije Panonije Donja i Gornja. Međutim, Ravenski anonim najprije opisuje dvije Panonije (*inferior* i *superior*) i tek *nakon njih* spominje patriju Valeriju, "koja se naziva i Srednja provincija", i, kao jedan od njezinih dijelova, navodi gradove koji se nalaze između Siska (*Sicce*) i Ljubljane (*Atamine = Ad Emonam*). Iz toga bi slijedilo da autor u "okvir" Ljudevitove patrije ne ubraja i slovensko Dolenjsko do Ljubljane. Ali, franački izvori govore o Ljudevitu kao vojvodi Donje Panonije (*dux Pannoniae*

⁴⁸ Doc. 185, br. 145.

⁴⁹ Doc. 186, br. 147.

⁵⁰ Vidi o tome CD I, 21, br. 17, bilj. 6.

inferioris), koji je uspio privremeno pobuniti i *Carniolenses* ("Kranjce"), što znači da su oni bili samo Ljudevitovi saveznici, ali nisu potpadali pod njegovu vlast. Ukratko, kada Ravenski anonim govori o patriji Donjoj Panoniji, on u nju ne ubraja rimsku provinciju Saviju, a kada franačka vrela pišu o Ljudevitu kao vojvodi Donje Panonije, ona smještaju teritorij njegove vlasti samo u *istočni dio* rimske provincije Savije. Autorova vlastita konstrukcija navodne "patrije Donje Panonije" ne odgovara ni teritoriju o kojem govori Ravenski anonim ni onom iz franačkih vrela, a ni rimskoj provinciji Saviji. Dakle, ni rimska provincija *Savia* ni patrije Ravenskog anonima nisu bile okvir za uspostavljanje i ozakonjenje (?) Ljudevitove vlasti.

b) Autor tvrdi da su "križarski ratovi protiv bosanskih krstjana u XIII. stoljeću samo logična posljedica netolerantne ideologije, koja je bez sumnje postojala u doba stare hrvatske države". Autor objašnjava korijene mržnje takve netolerantne ideologije u plemenskom mentalitetu, koji uvijek strahuje od drugih grupa-plemena (98), kao i u činjenici da su Hrvati vrlo rano postali svjesni da pripadaju istoj "zamišljenoj zajednici". Zbog toga bi se korišteni netolerancije mogli tražiti i u početnom hrvatskom "nacionalizmu". Autor podvlači činjenicu da se u hrvatskoj literaturi nije do sada raspravljalo o ovom značajnom problemu (99).

Ipak, uvjereni smo da se križarske ratove protiv bosanskih krstjana ne može uspješno objašnjavati rano probuđenim hrvatskim nacionalizmom, već isključivo tadašnjom općom europskom političkom i vjerskom situacijom.

c) Na nekoliko mjesta (8, 60, 138 i 151) autor inzistira na hrvatskom "stabilnom pravnom sustavu" i hrvatskom državnompravnom sustavu koji su oblikovali hrvatski mentalitet.

Kao osobito lijepi primjer "stabilnog zakonitog društva" u 14. stoljeću autor spominje ugovor iz 1394. god. o pomirenju predstavnika rodova Tiskovac i Strmičani s nekim "Vladikom".⁵¹ Autor je zadivljen idejom praštanja i pomirenja i ističe: "To je prava stara Hrvatska u zaleđu Zadra" koja je nažalost za Turaka potjerana, poubijana i prodana u ropstvo, čime je "nestala stara Hrvatska čakavskog govora i glagoljaške pismenosti" koja je zbog toga "svedena na područje Istre, Hrvatskog primorja i na ograničeni dio dalmatinskog priobalja s otocima".

Autor nije baš najsretnije izabrao primjer staroga hrvatskog stabilnog i zakonitog društva. Naime, iz isprave, na koju se autor poziva, vidljivo je kako su od 1368. do 1394. god. - dakle 26 godina - trajala "najveća neprijateljstva, meteži i grube prepirke" zato što je Vladikin otac uhvatio jednoga od članova spomenutog roda i predao 1368. god. banu koji ga je dao objesiti. Rođaci obješenoga bili su proglasili smrtno neprijateljstvo (*inimicicia capitalis*) prema Vladikinom ocu, samom Vladiki i njihovim rođacima. Tek nakon 26 (!) godina dolazi do pomirbe, s time da je Vladika kupio 1394. god. mir plaćanjem 200 zlatnih dukata. Možemo zamisliti što se sve događalo tijekom 26 godina neprijateljstva kad je konačno Vladika očito bio prisiljen platiti vrlo visoki iznos kako bi izbjegao daljnje nepravilike. Kako ovo nije bio osamljen

⁵¹ Autor ga naziva "vladika Grgurev" kao da je riječ o dužnosniku vladiki. Vjerojatno je riječ o tiskarskoj grješci.

slučaj - što je lako dokazati - skloni smo ovaj slučaj "ideje praštanja" kudikamo prije ubrojiti među slučajeve "nasilja". Mnogo više i vrlo podrobnih nasilja, ubojstva, istrebljenja cijelih obitelji i upravo užasnih međusobnih razračunavanja može se lako naći u Mlecima, Firenci, Rimu itd. od 9. do 15. stoljeća, ali, dakako, ne zato što bi "na zapadu" nemilosrdna borba za vlast i osvećivanje bila učestalija, već zato što je riječ o pismenijem društvu, koje je preko svojih analista, kroničara, sudskih presuda i drugih isprava mnogo više zabilježilo od onog što je bila svakodnevica u tim društvima, a, dakako, i neusporedivo više nego što je zabilježeno u nas, gdje tek tu i tamo do nas dopire koja vijest.

Po autoru je pojam hrvatskoga legitimiteta čvrsto utemeljen u hrvatskoj povijesti, pri čemu zajedno s Dabinovićem tvrdi da je u Hrvata zastupan najstabilniji državnopravni kontinuitet koji se uopće može zamisliti u europskoj povijesti (?).

Nije li autor pretjerao temeljeći hrvatski državnopravni kontinuitet na specifičnom hrvatskom mentalitetu koji bi oblikovao svijest o hrvatskom legitimitetu u jačoj mjeri od legitimiteta ostalih europskih naroda? Uostalom, ideja državnopravnog kontinuiteta hrvatske povijesti sadrži toliko vrlo složenih elemenata da se o njoj može raspravljati tek nakon svestrane analize.⁵² Nije posve lako pokušati uskladiti autorove teze o nasilju i pljački, kao temeljnim crtama Hrvata u ranoj hrvatskoj povijesti, s idejom snažno izraženog legitimiteta. Nadalje, nije jasno, kako bi hrvatski državnopravni kontinuitet bio obilježen latinskim i hrvatskim statutima (151). Ne vidimo kako je npr. Splitski statut - ili bilo koji drugi - odraz hrvatskoga državnopravnog kontinuiteta.

10. U ostale teme, koje je autor obradio u svojoj knjizi, ne bismo ovdje ulazili. Vjerujemo da bi diskusija o autorovim interpretacijama pojedinih grana kulture (likovnih umjetnosti, bratovština, glazbe, književnosti itd.) bila vrlo korisna. Ovdje bismo se zadržali samo na pletornoj mreži i uopće na pleteru, kojima autor posvećuje prilično veliku pozornost (101-105). Po autoru se simbolika povezana s mrežom i pleterom uopće "može lako uklopiti u hrvatsku povijesnu situaciju od IX. do XI. stoljeća" (105). Naime, naglašava autor, projekcije, paranoje i strahovi sputavaju ljude, a taj je unutrašnji zaplet vrlo teško riješiti pa se zbog toga izlazi "često traži u nasilju" (na i. mj.) pa oružje koje krase neke hrvatske spomenike otkriva "psihoanalitičku falusnu simboliku, koja nas upućuje na edipovske zaplete u starom hrvatskom društvu". U tim se zapletima "zapaža sukob između oca i sina". Ujedno, pleter, "koji je tako čest na hrvatskim spomenicima znači poziv na ulazak u cjelinu, što tijekom cijeloga tog razdoblja nastoji postići Katolička crkva". S druge strane, autor inzistira na pleteru kao tipično crkvenom ukrasu, "karakterističnom za mediteransko područje". Njegovi su korijeni u antici (103).

Smatramo da je objašnjenje pletera kao simbola hrvatske povijesne situacije od 9. do 11. stoljeća isforsirano kako bi se i u tom segmentu dokazalo nasilje kao glavnu karakteristiku tadašnje hrvatske svakodnevice. A, ako je po autoru pleter

⁵² Složenost tog pitanja u nekim razdobljima hrvatske povijesti vidi npr. u L. MARGETIĆ, *Cetinski sabor, Senjski zbornik 17, 1990.*, 35-44; ISTI, *Državnopravni položaj Hrvatske u doba krbavske bitke, Rad HAZU 471, 1995.*, 5-22.

karakterističan za mediteransko područje, koje je po mišljenju autora razvilo mentalitet stabilnosti, zakonitosti i mudrog organiziranja pučanstva (138), onda je u najmanju ruku neobično u njemu vidjeti značajku hrvatskog društva, upravo u 9. i 11. stoljeću, kada je ono po autoru ispunjeno paranojom i Edipovim kompleksom koji nalaze izlaz u nasilju.

11. Na više se mjesta autor nedovoljno precizno izražava. Dobronamjerni će stručnjak prigodom čitanja odmah uočiti nepreciznosti i prijeći preko njih, ali bi bilo mnogo bolje da ih nema.

Tako npr. autor konstatira da se u 13. stoljeću u Vinodolskom zakonu u članku 72 "zastupnike zove arsal" i da je "Istraninu već u 14. stoljeću sasvim jasno da je njegov jezik hrvatski" što da se vidi po tome da se u Razvodu istarskom iz 1325. godine jezik Istrana izričito naziva "hrvacki" (57). Oba primjera nisu najsretnije izabrana, jer "hrvacki" naziv arsal otvara mnogobrojne u literaturi poznate probleme, a datiranje Razvoda Istarskog s 1325. god. zahtijevalo bi bar neku bilješku. Nadalje, autor opetovano (97, 146) govori o "općeslavenskom jeziku". Sigurni smo da autor misli na općeslavenski *književni* jezik.

Analizom podataka iz Ljetopisa Popa Dukljanina po kojima su "vladarevi sinovi mogli dijeliti zemlju" autor dokazuje da je takva podjela zemlje posljedica "mentaliteta starog plemenskog društva Ilirika u kakvom su živjeli i Hrvati". Takva bi podjela bila navodno "u očitoj suprotnosti" sa situacijom "na Zapadu" (125). Tvrdnja je neobična i evidentno netočna poradi više razloga.

Autor neoprezno ističe "da su Vinodolskim zakonom oblikovani pravni okviri konfederacije prije švicarske konfederacije 1292." (97). Sigurni smo da autor ne misli na "konfederaciju" (!) vinodolskih općina.

Autor nadalje iznosi neobičnu tvrdnju da se može "pretpostaviti da za bizantske pisce Hrvatska jednostavno simbolizira prostor kojim dominira Rim" (135). Sigurni smo da autor nije imao namjeru da se nepotrebno izloži opravdanoj kritici bizantologa, pa čak i onih koji prate povijest Bizanta neizravno putem literature, već da je riječ o rečenici koja je "pobjegla iz pera" u trenutku slabije pozornosti.

Ove i druge nespretnosti moglo se vrlo lako izbjeći. Najjednostavnije bi bilo da je na njih upozorio bilo recenzent bilo neki od uglednih autora koji su dobili tekst na čitanje prije tiskanja. Ovako ne preostaje drugo nego prepustiti ispravku eventualnom drugom izdanju.

IV.

Autor se na nekim mjestima dotiče feudalizma.

Autor tvrdi da je "feudalizam na području hrvatske vladavine (...) nakalemljen izvana". To bi proizlazilo iz okolnosti da "hrvatsko društvo u X. i XI. stoljeću nije bilo zrelo za feudalizam" (72).

Nije jasno koji sadržaj autor daje pojmu feudalizam. Jedva da mu se to može prigovoriti. Naime, ni naši drugi noviji povjesničari nisu tom pitanju posvetili tako reći nikakvu pozornost. U nas se očito ne uzima u obzir da pojam feudalizam obuhvaća najrazličitije sadržaje u različitim vremenima i društvima. Mi smo sa

svoje strane ispitali pojedine tipove feudalizma i utvrdili sličnosti i razlike.⁵³ Ne bi li bilo korisno da se naše raščlambe i rezultate prodiskutira? Naša historiografija mogla bi takvom diskusijom samo dobiti.

V. Zaključak

1. Osnovnu autorovu ideju da pokuša prikazati ranu hrvatsku mrežu komunikacija i odnosa, matriks, treba pozdraviti. Nadati se je da će tu ideju i on sam i mnogi drugi dalje razrađivati. Nedvojbeno je korisna njegova opetovano u knjizi naglašena nužnost da se povijesna znanost više poveže s psihologijom, etnopsihologijom, etnopsihijatrijom i etnopsihoanalizom. Riječ je o vrlo korisnom proširenju dosad uporabljenog interdisciplinarnog pristupa. Dosad se ta interdisciplinarnost očitala u nezaobilaznom dobrom vladanju metodama i rezultatima pomoćnih povijesnih znanosti, npr. paleografijom, diplomatikom, kronologijom, numizmatikom itd. povezanih s poznavanjem pravnih, ekonomskih, socioloških i drugih parcijalnih pristupa rješavanju povijesne problematike. Uvođenje u taj široki dijapazon nezaobilaznih povijesnih disciplina u užem smislu te riječi još i psihijatrije itd. moglo bi se možda pokazati kao produktivno.

Manje je zadovoljavajuće autorovo ostvarenje te osnovne ideje.

Naša je prethodna raščlamba pokazala da autor ne vlada problematikom onoga što on s pravom naziva jezgrom povijesti. Na više smo mjesta upozorili na njegovo nesnalaženje u pravno-povijesnoj problematici, kojoj je autor morao posvetiti mnogo više proučavanja vrela i literature. To isto vrijedi i za poznavanje kritičke analize vrela na osnovi koje se utvrđuje vjerodostojnost neke vijesti. Vrelo može biti prvorazredno, ali to još ne znači da su sve vijesti iz njega vjerodostojne, a istraživanje se još više komplicira postojanjem velikog broja neautentičnih vrela: neke vijesti u tim vrelima treba odbaciti, ali neke su zbog raznih razloga prihvatljive. Nismo stekli dojam da je autor bilo koji problem takve vrsti temeljitije i sveobuhvatnije istražio i na osnovi toga, a ne na osnovi autoriteta pojedinog znanstvenika, prihvatio određenu interpretaciju. Ali, možda nas dojam vara.

Autor nas nije uvjerio ni u svoju etnopsihološku interpretaciju povijesnih zbivanja. U namjeri da dokaže razliku dvaju tipova ranohrvatskih matriksa (patrijarhalno-dinarsku i mediteransko-gradsku), autor kao osnovnu značajku patrijarhalno-dinarskog tipa ističe (74) neprevladivi sukob člana obitelji s ocem u kojem odlučujuću ulogu ima neutažena želja spolnog općenja s majkom, koja stvara u "patrijarhalčevoj" psihi snažno izraženi Edipov kompleks. Iz toga pak stvarao bi se u "patrijarhalca" nasilnički mentalitet, koji ima za posljedicu snažno izraženu želju za ubijanjem drugih ljudi izvan obitelji. Pri tome bi "patrijarhalac" rabio oružje (npr. bodež, sablju, koplje, buzdovan) koje ima falusni karakter. Takvo objašnjenje patrijarhalno-dinarske matriks niti je uvjerljivo niti jedino moguće jer se nasilje u tom tipu može vjerojatno i bolje

⁵³ Vidi npr. L. MARGETIĆ, *Antika i srednji vijek*, Zagreb, 1995., 227-247.

objašnjavati voljom za moći, koja se u primitivnijoj i siromašnjoj sredini ostvaruje primitivnijim sredstvima (bodežom itd.) umjesto sofisticiranijim načinom u bogatijim sredinama (npr. dalekosežnim spletkama), pri čemu npr. bodež ne bi imao nikakav falusni karakter, već bi predstavljao vrlo pogodan alat da ga se u pogodnom trenutku zarije u protivnikovo tijelo i odstrani (ubije) onoga koji stoji na putu ostvarenju volje za moći. Međutim, koje god ćemo objašnjenje prihvatiti kao vjerojatnije, velika je i nepremostiva nepravilnost s Edipovim kompleksom i ostalim psihoanalitičkim tezama u tome što se, ako ih se prihvati kao uvjerljive, nužno moraju uzeti u obzir i u nepatrijarhalnim društvima, npr. mediteransko-gradskim. Ne vidimo pravog razloga zašto se ne bi npr. za bogate i napredne Mletke primijenilo isto psihoanalitičko objašnjenje: bogati trgovci brane svoj dominirajući položaj, u članovima obitelji raste bijes zbog neizvijenog Edipova kompleksa i zato oni kreću na nasilne pljačke, pa npr. početkom 11. stoljeća pokoravaju Lastovo, u 12. stoljeću uništavaju Biograd na moru i osvajaju 1202. god. (uz pomoć križara) Zadar. Takvih je primjera u mletačkoj povijesti bilo upravo nebrojeno, da i ne govorimo o kontinuiranom ubijanju i protjerivanju članova drugih mletačkih obitelji, o čemu nas mletački kroničari marljivo obavještavaju. Ne vidimo razloga zašto se i na mletačke pljačke i ubijanja ne bi primijenilo objašnjenje oružja kao predmeta koji imaju falusni karakter. Ako je to tako, onda nestaje opravdanost autorova razlikovanja tipova patrijarhalno-dinarskog i mediteransko-gradskog matriksa rane hrvatske povijesti pa treba potražiti drugu *differentia specifica* između ta dva tipa. Naše smo mišljenje posve ukratko upravo iznijeli: prava razlika tih dvaju tipova matriksa leži u gospodarskoj zaostalosti rane hrvatske države u odnosu na naprednije gospodarstvo gradova u Sredozemlju, uključujući u njih i talijanske, istarske i dalmatinske gradove. Siromaštvo (dakle ekonomski razlozi) dovodi čitave krajeve na drukčiji pristup ostvarenju volje za moći nego li u ostvarenju želje za vladanjem u bogatijim sredinama. Članovi siromašnije sredine u potrazi za boljim životom rado se premještaju u bogatije sredine, gdje se manje sposobni zadržavaju na razmjerno skromnom podizanju životnog standarda, a oni sposobniji i agresivniji često nalaze puta i načina da se nametnu sredini koja ih je primila.

Uostalom, ne čini nam se da je Hrvatska u doba države narodnih vladara bila toliko gospodarski zaostala, kao što nam se to čini danas nakon što su turska osvajanja Liku, Dalmatinsko Zagorje i Hercegovinu pretvorila u stoljetno graničarsko područje, izloženo neusporedivo većem broju raznih nasilja i pljački nego li što je to bilo u doba stare Hrvatske. Bizantska Dalmacija plaćala je hrvatskim vladarima pristojne financijske iznose i druga podavanja da bi tako postigla "zaštitu", a Gottschalk sigurno ne bi neko vrijeme našao utočište kod uglednog hrvatskog vladara da je taj bio zaostali brdski nasilnik i pljačkaš. Konstantin Porfirogenet izvješćuje o razdoblju hrvatske države u kojem je ona, navodno, imala nevjerojatnu vojnu silu. Caru-piscu ni ovdje ne treba vjerovati svaku riječ, ali radi se o vremenu, koje nije bilo previše udaljeno od careva doba (možda oko 50 godina) pa nije bilo toliko izvrgnuto prekrajanjima tradicije i mašti onih koji su bizantskim dužnosnicima u Dalmaciji davali uljepšanu i iskrivljenu sliku davne hrvatske prošlosti. Ali ako deset puta (!) smanjimo nevjerojatne brojke Konstantina Porfirogeneta (60 tisuća konjanika, 200 tisuća pješaka, 80 sagena - brodovi s 40 mornara posade - i oko 100 kondura - brodova s 10 do 20 članova posade!), još uvijek je riječ o respektabilnoj vojnoj sili,

odnosno, da se izrazimo modernom terminologijom, o uglednoj regionalnoj sili. A tu je silu trebalo hraniti, oblačiti, vježbati i plaćati. Otkud navodnom brdskom pljačkašu takva sila? Pa čak ako i pretpostavimo da su dalmatinski gradovi, pa i sam Bizant, izdašno pomagali Hrvatsku, opet je jasno da je dobar dio sredstava za održavanje svoje regionalne sile morao hrvatski vladar sam priskrbiti, a to ne bi bilo moguće bez bar donekle izdašnog gospodarstva same hrvatske države.

Dodajmo da još oko 100 godina prije Konstantina Porfirogeneta Gottschalk govori o hrvatskoj konjici koja se bori s bizantskom vojskom - i pobjeđuje. Hrvatsku, kao respektabilnu vojnu silu spominje Konstantin Porfirogenet na još dva pouzdana mjesta, i to u vrijeme Trpimira i Tomislava. Približno u vrijeme Trpimira ili nešto kasnije napali su Hrvatsku moćni Bugari pod Borisom, ali su bili uspješno odbijeni. A u vrijeme Tomislava Bugari su ponovno napali Hrvatsku, ali su opet doživjeli težak poraz.

Tako i povijesne činjenice, to "jezgro povijesti" kako ga s pravom naziva autor (29), ne govore u prilog autorovoj tezi o nasilju i pljački kao osnovnim značajkama stare hrvatske države narodnih vladara.

2. Autor je uložio veliki napor u prikupljanje i interpretaciju vrela o dva matriksa starije hrvatske povijesti pa njegovi rezultati, unatoč primjedbama koje smo u ovome radu dali, ne bi smjeli proći nezapaženi u našoj historiografiji. Autor ističe da ne smatra svoj rad konačnim (34) i da njegovi rezultati "iako možda ne daju uvijek čvrste odgovore, upućuju nas na nova rješenja" (157). Autor, kojemu treba priznati ne samo marljivost, nego i talent za povijesna istraživanja, sigurno će u svojem budućem radu uvelike napredovati. Nikako se ne bi smjelo dogoditi da ovako inspirativnu knjigu dočeka grobna tišina i da se autorov trud pretvori u puki monolog uz kuloarske razgovore da na knjigu "nema smisla trošiti vrijeme". Takav bi stav samo odavao provincijalizam i primitivizam, kojih u našoj historiografiji ne bi smjelo biti.

Autor je u knjizi iznio veliki broj analiza i zapažanja, koje ovdje nismo ni dotaknuli, pa bi bilo vrlo korisno da se njima posveti pozornost kritičkom diskusijom. A možda bi, tko zna, i naša zapažanja o ovoj knjizi mogla biti poticaj da se o njima povede diskusija.

Za sebe možemo reći da nam je diskusija o autorovim tezama bila od velike koristi u prvom redu zato što smo neka naša shvaćanja, za koja smo mislili da su evidentna, tek sada podrobnije uobličili.

Summary

**ON CERTAIN QUESTIONS CONCERNING THE EARLY
CROATIAN HISTORY**
(On the Occasion of the Book of I. Rendić Miočević *In Pursuit of the
Croatian Infancy*)

Starting with his own remarks regarding the recently published book of I. Rendić Miočević, the author discusses some legal issues correlated with the organization of the Roman Empire in our region. He also analyses Beuc's critique of the standpoint of Croatian legal and historical historiography after 1945, problems concerning the outset of Croatian state and several issues related to early Croatian and canon family law.

Key words: *Croatian Middle-Ages' society, models - Dinaric and Mediterranean, ethnopsychology.*

Zusammenfassung

**EINIGE FRAGEN ZUR FRÜHEREN KROATISCHEN
GESCHICHTE**
(aus Anlass des Buches von I. Rendić Miočević *Auf der Suche nach
Kroatiens Wiege*)

Von seinen Bemerkungen zu dem soeben erschienenen Buch I. Rendić Miočevićs ausgehend, diskutiert der Autor einige Rechtsprobleme der Organisation des Römischen Reichs auf unserem, kroatischem Gebiet, berührt Beucs Kritik des Standpunktes der kroatischen rechtshistorischen Historiografie nach 1945, das Problem der Anfänge des kroatischen Staates und einige Fragen des älteren kroatischen und kirchlichen Familienrechts.

Schlüsselwörter: *kroatische Gesellschaft des Mittelalters, dinarisches und mediterranes Modell, Ethnopsychologie.*

Sommario*

**A PROPOSITO DI ALCUNE QUESTIONI RELATIVE
ALL'ANTICA STORIA CROATA**
(In occasione della pubblicazione del libro di Rendić Miočević *Alla
ricerca della culla croata*)

Nel presentare le sue osservazioni concernenti il libro di I. Rendić Miočević pubblicato recentemente l'Autore discute di alcune questioni giuridiche relative

* Traduzione dell'Autore.

all'organizzazione dell'Impero romano nella nostra regione, prendendo spunto dall'analisi della critica di Beuc del punto di vista della storiografia storica e giuridica croata dopo il 1945, ai problemi della formazione dello stato croato e a numerosi altri relativi all'antico diritto familiare canonico e quello croato.

Parole chiave: *società medioevale croata, modello dinarico e mediterraneo, etnopsicologia.*

DRUŠTVENE PROMJENE I STARENJE

Dr. sc. Boris Banovac, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Mr. sc. Željko Boneta, viši predavač
Visoka učiteljska škola u Rijeci
Dr. sc. Vidoje Vujić, docent
Fakultet za turistički i hotelski menadžment, Opatija

UDK: 316.42-053.9
Ur.: 27. travnja 2001.
Pr.: 28. kolovoza 2001.
Izvorni znanstveni članak

Rad se temelji na rezultatima empirijskog istraživanja koje su autori proveli tijekom 1999. i 2000. godine na uzorku od 501 ispitanika starije dobi na području Primorsko-goranske županije. U prvom dijelu rada postavljen je teorijski okvir istraživanja, pri čemu se problem starenja i starosti povezuje s modernizacijskim procesima koji se odvijaju na makro razini suvremenog društva. Spomenuti globalni procesi određuju osnovne hipoteze istraživanja i interpretaciju statističkih pokazatelja o starenju stanovništva u povijesnoj i prostornoj perspektivi. Drugi dio rada predstavlja analizu rezultata dobivenih u empirijskom istraživanju društvenog položaja i potreba starijih osoba na području Primorsko-goranske županije. Rezultati istraživanja ukazuju na potrebu osmišljavanja inoviranih oblika socijalne skrbi za starije osobe koji će biti sukladni ciljevima tranzicijskih procesa kroz koje prolazi hrvatsko društvo. Analizirajući različite aspekte položaja i potreba "treće dobi", autori u zaključku ukazuju na proturječnost između zahtjeva koje nameću novi društveni uvjeti i prisutnog tradicionalizma u odnosu na sadržaje i rješenja socijalne skrbi za starije. Jedan od glavnih razloga takvih nazora je siromaštvo starijih, koje usmjerava ovu dobnu grupu na preživljavanje i zadovoljavanje temeljnih egzistencijalnih potreba. Takva situacija znatno ograničava mogućnosti inoviranja skrbi o starijima, posebno kad je riječ o prodoru privatne inicijative i neprofitnog sektora u ovo područje.

Ključne riječi: *starenje društva, starenje, starost, socijalna skrb, društveni položaj starijih.*

Starenje društva je pojava karakteristična za sva društva u razdoblju kasne modernizacije. Pod pojmom starenja društva podrazumijevamo povećanje udjela starijeg stanovništva u svim segmentima društvenog života tako da starije dobne skupine postaju brojnije od mlađih. Međutim, starenje društva također znači da se dobna granica pomiče naviše kad je riječ o bitnim aktivnostima u društvu kao što

su: obrazovanje, zaposlenje i sklapanje brakova (Gasparini 1993:23). Problem starenja se ne može zato svesti na kvantitativno povećanje najstarijih skupina u dobnoj strukturi društva već je riječ o složenoj pojavi koja otvara čitav niz pitanja na makro i mikro planu. Tako skrb o najstarijim osobama u suvremenom društvu treba razmatrati u općem kontekstu starenja društva u cjelini. Tek se u ovom općem okviru mogu razumjeti promjene vrijednosnog određenja prema starenju i starosti, kao i institucionalne promjene na području skrbi o starijim osobama, koje dolaze do izražaja u razvijenim društvima. Cjelovitije objašnjenje problema starenja u suvremenom društvu kao i predikcija budućeg razvoja ovog procesa pretpostavljaju analizu povezanosti makro i mikro aspekata pojave o kojoj je riječ. Zbog toga ćemo u uvodnom dijelu ovog rada ukratko ocrtati glavne makrosociološke aspekte starenja, da bismo se nakon toga pozabavili problemom starenja s aspekta životnih problema i potreba starijih osoba. Pri tome ćemo se poslužiti rezultatima empirijskog istraživanja koje smo proveli na području Primorsko-goranske županije tijekom 1999. i 2000. godine.

I. Starenje društva

Starenje društva je složen i višedimenzionalan proces koji je tek posredno povezan s biološkim promjenama. Promatrano sa sociološkog stajališta, pojava starenja društva predstavlja društvenu konstrukciju¹ koja uključuje različite aspekte života u uvjetima kasne modernizacije. Kako bismo izbjegli uobičajena pojednostavljenja o starenju i starosti, navodimo glavne aspekte ovog važnog društvenog procesa.

Demografski okviri u kojima se odvija konstrukcija starenja i starosti obilježeni su u razvijenom svijetu nizom karakteristika. Za razvijena društva karakteristično je opadanje nataliteta, što u aktualnoj situaciji dovodi neposredno do starenja društva budući da se već sada počinju osjećati posljedice "baby booma" 40-tih i 50-tih godina (Crandall 1991:43-44). Procesi će postajati sve očitiji u prvih nekoliko desetljeća 21. stoljeća. U razdoblju koje će uslijediti nakon toga treba očekivati drastično smanjivanje apsolutnog (ali i relativnog) udjela starijeg stanovništva u razvijenim zemljama budući da će u starije dobne skupine početi "ulaziti" pojedinci rođeni u uvjetima opadanja nataliteta, što je na djelu već nekoliko desetljeća. Demografski procesi kao što su migracije iz nerazvijenih zemalja također mogu bitno utjecati na starenje razvijenih društava budući da će već u prvoj polovici 21. stoljeća današnji migranti uglavnom predstavljati skupinu starijih od 60 godina. Njihove kulturne, profesionalne i etničke posebnosti mogu utjecati na probleme starenja, posebno u sredinama koje su više izložene migracijskim "naletima".

Društveni aspekti starenja ne mogu biti odvojeni od utjecaja tehnološkog razvoja na društvene odnose. Razvoj tehnologije mora se uzeti u obzir zbog više razloga. On utječe izravno na produljenje životnog vijeka (medicinska tehnologija) i proširenje

¹ Starenje kao društvena konstrukcija znači da se proces starenja više ne povezuje neposredno s neizbježnim opadanjem bioloških funkcija. Održavanje bioloških funkcija organizma zavisi danas, u mnogo većoj mjeri nego nekada, od načina ishrane, higijene, životnog stila. Time i samo starenje postaje kulturno uvjetovano. Vidjeti o tome: A. Giddens: *Sociology*, Polity Press, Cambridge, 1997., str. 132.

materijalne osnove za život (proizvodna tehnologija). Pored toga, tehnološki razvoj izaziva niz neizravnih posljedica koje se tiču promjena u dobnoj strukturi društva. Uvođenje visoke tehnologije u proizvodne procese ima za posljedicu promjene u obrazovnom sustavu, pri čemu se obrazovanje stalno produžuje, a sve značajnije postaje permanentno profesionalno obrazovanje odraslih. Na taj način se proces starenja ugrađuje u obrazovni sustav. Smanjenje broja radnih mjesta koje donosi visoka tehnologija i dinamičnost ukidanja postojećih i otvaranja novih radnih mjesta također se odražava u procesu starenja društva. Nezaposlenost koja nastaje na toj osnovi postaje stalno obilježje društvenog sustava kasne modernizacije. Sa stajališta pojedinca ova situacija strukturne nezaposlenosti pojavljuje se kao privremena situacija koja se može pojaviti u različitim životnim fazama i višekratno u tijeku života. U tom smislu se može očekivati da će tržište radne snage biti također podložno starenju. Pri tome treba naglasiti da starenje društva u uvjetima trajne nezaposlenosti može biti funkcionalno sa stajališta sistema jer se kroz smanjenje broja stanovnika smanjuje pritisak na socijalne institucije i izbjegavaju se društveni sukobi.

Kulturni aspekti starenja društva predstavljaju ključ za razumijevanje promjena do kojih dolazi kad je riječ o odnosu članova društva prema starijim osobama, ali i promjena stavova starijih osoba prema vlastitoj društvenoj situaciji. Na ove promjene će u neposrednoj budućnosti djelovati niz čimbenika. Do naglog povećanja udjela starijih osoba u cjelokupnom stanovništvu doći će upravo u prvim desetljećima 21. stoljeća, što će samo po sebi utjecati na promjene stavova prema starijima. Međutim, to nije jedini čimbenik promjena. Poboljšanje psiho-fizičke kondicije, koje omogućava suvremeni način života također djeluje u smjeru promjena stavova spram starenja. Ono je danas manje nego ranije povezano s predstavom nemoći, bolesti i bliske smrti.² Ipak, najvažniji je generator promjena vrijednosnog odnosa prema starijima i starenju izmijenjeni društveni kontekst u kojem se odvija proces starenja. Ranije faze u razvoju modernog, industrijskog društva potencirale su materijalistički sklop vrijednosti koje su izraz nalazile prvenstveno u proizvodnji, kontroli, efikasnosti i impersonalnosti odnosa. Jasno je da u sklopu takvog vrijednosnog konsenzusa nije preostalo puno mjesta za ljude treće dobi. Za društva kasne modernizacije, kako pokazuje Inglehart, karakterističan je drugačiji vrijednosni sklop, koji u većoj mjeri afirmira individualne slobode, znanje, osobnost i emocionalni izričaj (Inglehart 1997:108).

Promjenama u odnosu spram starenja i starijih doprinosi i izmijenjen koncept vremensko-prostorne dimenzije društvenosti. Jedno od najvažnijih uporišta industrijskog društva bilo je uvjerenje da za sve postoji točno određeno mjesto i vrijeme. Svijet industrijske proizvodnje je neizbježno vezan uz prostorno jasno ograničen tvornički krug. Na isti način bile su povučene granice između dobnih skupina kojima je bio dopušten pristup u proizvodni prostor i onih kojima to nije. Na sličan način segmentirani su i ostali aspekti društvenog života, kao što su obrazovanje,

² Ne postoji egzaktno određena granica starosti. Kao što pokazuju različita istraživanja, stariji ljudi procjenjujući vlastitu dobnu pripadnost najčešće smatraju da prava starost počinje tek za nekoliko godina.

rekreacija, godišnji odmori i turistička putovanja ili emocionalne veze i seksualnost. Takvo segmentiranje posebno pogađa upravo ljude "treće dobi" koji su isključeni iz većine spomenutih odnosa. U uvjetima kasne modernizacije prostorno-vremenska određenja postaju sve maglovitija, što se predstavlja kao proces liberalizacije na različitim područjima društvenog života. Fleksibilniji oblici proizvodnje oslobađaju ovu aktivnost čvrste vezanosti za određeni prostor i fiksno radno vrijeme, omogućuju radne uloge koje nisu strogo definirane i koje mogu u stanovitim uvjetima igrati oni kojima je to ranije bilo onemogućeno. Slične mogućnosti za društvenu afirmaciju starijih otvaraju se i na drugim područjima društvenog života.³

Spomenute promjene na demografskom, gospodarskom i kulturnom planu neminovno vode k promjenama institucionalnih modela skrbi o starijim osobama. Suvremeni način života u razvijenim društvima i porast autonomije starijih dovode u pitanje tradicionalne oblike skrbi karakteristične za ranije faze u razvoju modernog društva. Proces starenja društva i personifikacija starenja⁴ neizbježno dovodi do diferenciranja institucionalnih i organizacijskih oblika skrbi. U tom smislu više nisu dovoljni "starački domovi" koje financira država i koji predstavljaju oblik pukog preživljavanja za članove društva koji su izgubili sve svoje društveno korisne uloge. U suvremenim uvjetima usluge namijenjene zadovoljavanju potreba ljudi treće dobi moraju biti definirane na temelju nestabilnog odnosa autonomije (samostalnosti) i pomoći (skrbi), odnosa koji je uvjetovan društvenom situacijom i osobnim preferencijama i sposobnostima korisnika (Lawton 1993:127). U okviru ovih odnosa sve važnije postaje pitanje resursa koje je moguće koristiti u zadovoljavanju potreba "treće dobi".

Komparativno istraživanje socijalne politike i prakse u zapadnoeuropskim zemljama, koje je proveo Danski nacionalni institut, ukazuje na nekoliko glavnih trendova promjena u odnosu na pitanje usluga skrbi za "treću dob" u zapadnoeuropskim zemljama.⁵ Prvi trend je od "standardiziranih prema fleksibilnim i koordiniranim sustavima". Takav trend omogućava efikasnije korištenje materijalnih resursa jer se brine o individualnim potrebama korisnika. Drugi trend je "od korisnika do potrošača", čime se naglašava zaokret od pasivnog primanja usluga skrbi ka kreiranju aktivne potražnje. Ova promjena pretpostavlja promjene na području financijske potpore korisnicima usluga. Tradicionalni oblici novčane potpore, koja je bila jednaka za sve socijalno ugrožene skupine, zamjenjuje se diferenciranim oblicima pomoći i sufinanciranja potreba za "treću dob" (osiguranje za starost,

³ Tipičan primjer je politička sfera u kojoj je već uobičajeno osnivanje pokreta i stranaka umirovljenika. S porastom udjela starijih dobnih skupina u društvenoj strukturi, takve stranke bi u skoroj budućnosti mogle igrati sve značajniju ulogu. Vidjeti o tome: A. Giddens: *Sociology, Polity Press, Cambridge, 1997.*, str 134.

⁴ Pod pojmom personifikacije starenja podrazumijeva se naglašavanje osobnosti u ovom procesu što je upravo suprotno od impersonalnog shvaćanja starenja kakvo je bilo prisutno u dosadašnjem razvoju modernog društva. Takvo (impersonalno) shvaćanje počiva na stereotipima i predrasudama jer se pripadnost dobnoj skupini shvaća kao niz obilježja koja se jednostavno pridaju svakom pojedincu koji pripada navedenoj skupini.

⁵ Vidjeti o tome u: Rostgaard, T; Fridberg, T. (1998) *Caring for Children and Older People - A Comparison of European Policies and Practices*, The Danish National Institute of Social Research, Copenhagen, posebno str. 61-72.

diferencirana potpora obiteljima i skrbnicima i sl.). Treća promjena sastoji se u rastućoj raznolikosti pružanja usluga starijim osobama, pri čemu *mix* različitih čimbenika i uključenih subjekata postaje sve složeniji. Na razini sustava socijalne politike uz državu, koja je ranije imala monopolističku ulogu u opskrbi uslugama i odgovornosti za nemoćne, sve značajnija postaje podjela odgovornosti između države, obitelji i neprofitnog sektora. Tomu treba pridodati i sve brojnije oblike neformalne skrbi, koji za razliku od tradicionalnih postaju javni budući da su podložni nadzoru i regulaciji.⁶

II. Starenje i starost

Sve veća zastupljenost starijih osoba u strukturi stanovništva potiče izmjenu stavova prema starijim osobama. To je potaklo Ujedinjene narode da 2000. godinu proglase godinom starijih osoba. Širom svijeta, pa tako i u Hrvatskoj, organizirane su stručne rasprave iz kojih se može zaključiti da je položaj starijih osoba jedan od najsloženijih strukturnih, socijalnih i gospodarskih problema u suvremenom društvu.

Čovjek je oduvijek bio svjestan smrtnosti, o tome nam svjedoče brojne spoznaje iz njegove daleke prošlosti (Becker 1987:14). Kroz mnoge milenije mitovi o vječnoj mladosti, besmrtnosti duše, eliksiru života i sličnim tvorevinama neumorne čovjekove mašte, bili su jedina kompenzacija za tjeskobu starosti i smrti (Defilipis, Zvonarević 1969:25).

Njemačka psihologinja Ch. Bühler prva je među psiholozima dala model životnog ciklusa koji se odvija u pet faza. Psihoanalitičar E. H. Erikson smatrao je da čovjek u toku svog života prolazi kroz osam faza, prvih pet odnosi se na djetinjstvo i mladost, a posljednje tri na zrelost i starost. Suić dijeli čovjekov život u četiri faze: mladost (do 30. godine), zrelo doba (od 30 do 60 godina), treće životno doba (od 60 do 85 godina) i starost (od 85 godina dalje); duboka starost je poslije 90. godine života. Suić se ograđuje i kaže da su te kronološke granice teoretske, pa ne vrijede za svakoga jednako i ne podudaraju se uvijek s fiziološkim procesom starenja; neke osobe mogu oronuti fizički i mentalno već u 40., a mnogi stari pokazuju vitalnost i aktivnost i poslije 70. godine, skoro jednako kao osobe zrele dobi (Suić 1981:28).

Puno je različitih podjela koje se odnose na životni vijek i karijeru čovjeka. Ilustracije radi navodimo još neke koje se odnose samo na starost. **Jedna** je podjela na ranu starost (60-70 godina), uznapređovalu starost (70-80 godina) i duboku starost (od 80 godina i dalje) (Špan 1991:227). **Druga** je podjela na sensencijum (40-60 godina), senijum (60-80 godina) i senilnost (individualno stanje nezavisno od godina). **Treća** podjela razlikuje srednje doba (od 45. do 64. godine), rani period starosti (od 65. do 74. godine) i poznu starost (iznad 75 godina). S motrišta profesionalne aktivnosti starijih ljudi izvršena je podjela na period zrelosti (45-54 godine), predumirovljenički (55-64 godine), rani umirovljenički (65-74 godine) i kasni umirovljenički period (poslije 75. godine).

⁶ Tradicionalni oblici neformalne skrbi su imali karakter privatne (osobne) potpore nemoćnima i kao takvi nisu bili priznati. Nadalje, formalna skrb se pojavljivala kao alternativa neformalnoj i obrnuto, pa se primjerice država morala pobrinuti za nemoćne u slučajevima kad je izostala pomoć članova obitelji, prijatelja, susjeda i sl.

Danas se kao početak starosti uglavnom uzima dob od 65 ili 70 godina, ovisno o autoru. Dob od 65 godina se najčešće uzima u različitim studijama i analizama, uz napomenu da je to samo statistička osnova za označavanje ljudskog života treće dobi. Autori još dodaju da u praktičnom radu treba smatrati starošću ono životno razdoblje kada su nastupile promjene ili situacije koje karakteriziraju to životno razdoblje, bez obzira na dobnu granicu. Furlan piše da je u kulturnim sredinama s višim životnim standardom prosječna dob pojave starosti 65 godina, uz određena individualna odstupanja u oba smjera od te brojke. Autor još dodaje da je starost za pojedince najduže razdoblje života, jer traje čak tridesetak godina, no neki taj period uopće ne dožive jer umiru već u zreloj ili predstaračkoj dobi (Furlan 1983:67).

Pojmovi *starost* i *starenje* ne znače isto. Starenje je proces koji počinje relativno rano i traje dugo. Starost je period u životu osobe, ona je finalni produkt procesa starenja. Ističu razliku između procesa i stanja s obzirom na starenje i starost, oni kažu da se pojam "starenje" tek u zadnjoj fazi svoga tijeka podudara sa pojmom "biti star". Autori tvrde da je starenje tijekom života ireverzibilno propadanje struktura i funkcija organizma, smanjenje psihofizičkih svojstava, te pad prilagodbe i odgovora odnosno adaptacije i reakcije (Defilipis i Havelka 1984:54).

Dvije su osnovne grupe mišljenja o tome koji su uzroci starenja. Zastupnici prve grupe smatraju da je to postupni gubitak "nečega" što je važno za održavanje života. Prema drugoj grupi autora starenje je uzrokovano nagomilavanjem "nečega" što je suvišno za organizam.

Stanovništvo i životni vijek čovjeka

U ovome radu ne mislimo se osvrnuti na sve implikacije porasta stanovništva i životnog vijeka čovjeka. Želimo samo prikazati kako se u povijesti kretala prosječna životna dob i što se dogodilo u zadnjih 150 godina. Posebice nas zanima što se događalo na području Republike Hrvatske i Primorsko-goranske županije.

Porast prosječne dužine života svuda u svijetu se znatno povećao.⁷ U samo zadnja dva stoljeća životni vijek čovjeka skoro se podvostručio. Takve se tendencije nastavljaju. Procjenjuje se da će starijih od 65 godina biti u prvoj četvrtini 21. stoljeća više od milijarde. Sve to ukazuje da je potrebno osobama treće životne dobi omogućiti da ostatak svog života provedu u zadovoljstvu, koristeći pri tome po osobnom izboru i potrebi organizirane vidove angažiranja pomoći i usluga.

U nekim zemljama osnivaju se neovisne neprofitne udruge koje okupljaju starije osobe, poglavito umirovljene stručnjake i poduzetnike. Neke od tih udruga, kao što su Senior Expert Service (SES-Njemačka), Nederlands management cooperation

⁷ Znanost danas raspolaže dovoljno istančanim metodama kojima može pomoću kostura utvrditi približnu dob jedinke i tako izračunati srednju dob osobe sahranjene u nekoj nekropoli. Prema istraživanjima Johna L. Angela (1974; prema Grmek, 1989.) srednja dob u času smrti za novo kameno i staro brončano doba iznosila je 32,1 godina (muškarci 34,7; žene 29,6); za srednje brončano doba 34,7 (muškarci 39,3; žene 31,9); za klasično doba 38,1 (muškarci 42,6; žene 33,7); za rimsko doba 36,8 (muškarci 42,1; žene 31,6) i za bizantsko doba 33,7 (muškarci 36,5; žene 31). Nadgrobnni natpisi iz V. i IV. stoljeća p.n.e. daju tako brojku između 29 i 30 godina u času smrti, grčki natpisi iz vremena rimske vladavine oko 29. a natpisi iz grčko-rimskog Egipta oko 34 (Grmek 1989: 33).

programme (NMCP - Nizozemska), British executive service overseas (BESO - Velika Britanija), Međunarodna organizacija za tehnički razvoj i savjetovanje (ECTI - Francuska), osnovale su konzorcij European Senior Service Consortium. U okviru tog konzorcija i pojedinačno nude usluge srednjim i malim poduzećima širom svijeta. Naznačene udruge i njihovi članovi putem svojih vlada pružaju "besplatnu" savjetodavnu pomoć i stručnu ekspertizu zemljama u tranziciji. Ove udruge okupljaju stručnjake iz svih gospodarskih djelatnosti i javnog sektora. Stručnjake većinom pozivaju ona poduzeća koja nemaju dovoljno financijskih sredstava za angažiranje vanjskih konzultanata na tržišnoj osnovi. Poduzeća tim stručnjacima plaćaju troškove smještaja, prehrane i lokalnog prijevoza, a ostale troškove snose njihove udruge. Osnivanje naznačenih udruga ukazuje na sve veću brigu društva o starijima.

Možemo konstatirati da je dvadeseto stoljeće počelo kao vijek mladih, a završava kao stoljeće starih. Promatrajući povijest može se uočiti da je od pojave pračovjeka na zemlji bilo potrebno oko milijun godina da se broj živućih ljudi poveća na 250 milijuna, koliko ih je živjelo na početku naše ere. Početkom prošlog stoljeća broj ljudi dostigao je milijardu, a početkom ovoga 1.650.000 (Suić 1981: 44). Broj se udvostručio u toku zadnjih pet decenija, tako da početkom 21. stoljeća svjetsko "selo" ima preko 6 milijardi stanovnika. Podaci o stanovništvu svijeta prikazuju se u tablici 1.

Tablica 1: Stanovništvo svijeta u razdoblju 1850.-2000. g.

Područje/zemlja	Broj stanovnika (u milijunima) po godinama				
	1850.	1900.	1950.	1980.	2000.
SVIJET	1.256	1.650	2.524	4.447	5.926
EUROPA	198	272	340	463	526
HRVATSKA	2,08	3,2	3,8	4,6	4,5
KANADA I SAD	25	82	167	252	304
LATINSKA AMERIKA	33	64	162	358	449
KINA	412	400	555	999	1.237
INDIJA	188	236	358	689	984
INDONEZIJA	23	43	79	151	213
JAPAN	32	44	84	117	126

Izvor: *Svijet u brojkama, Privredni vjesnik: Data press, Zagreb 1998.* - podaci grupirani i korigirani. Za 2000. podaci su procijenjeni na temelju podataka iz 1990. g.

Iz tablice 1. može se uočiti da se broj stanovnika u Europi povećao za 91%. U Hrvatskoj za 52%. Nasuprot tome Kanada i SAD povećale su svoje stanovništvo 3,7 puta, a Latinska Amerika 7,8 puta. Kina i Japan uvećavaju svoje stanovništvo 3 puta. Indija za više od četiri puta, a Indonezija za skoro pet puta više.

Zastupljenost osoba treće životne dobi: Hrvatska i Primorsko-goranska županija

Prosječno je 1901. godine u Republici Hrvatskoj život trajao 50 godina, a početkom 2000. godine 75 godina. Osoba starijih od 65 godina*1953. godine bilo je 275.000 ili 6,9% od ukupnog broja (3,936.000) stanovništva. Godine 1971. u Hrvatskoj broj stanovnika iznosio je 4,426.000, od kojih je 451.000 ili 10,1% bilo

starije od 65 godina. Prema Statističkom ljetopisu od 1998. g. u RH je 1991. godine bilo 4,784.000 stanovnika, od kojih je 628.000 ili 13,12% bilo starije od 65 godina. Procjenjuje se da je udio stariji u ukupnoj populaciji danas (lipanj 2000. g.) još i veći i da iznosi blizu 15%. Prema kriterijima UN-a Hrvatska pripada državama sa starim stanovništvom, u koje se ubrajaju države koje imaju preko 10% stanovnika starijih više od 65 godina. Udio stanovnika starijih od 65 godina na području Primorsko-goranske županije vidljiv je iz tablice br. 2.

Tablica 2: Stanovništvo Primorsko-goranske županije prema starosti (31. 03. 1991.)

GRAD/OPĆINA	UKUPNO STANOVNIKA	DOB 65 i više god.	UDIO (%)
CRES	2.971	602	20,26
MALI LOŠINJ	8.825	1.005	11,39
CRIKVENICA	10.584	1.485	14,03
NOVI VINODOLSKI	4.978	657	13,20
VINODOLSKA	3.592	722	20,10
ČABAR	5.169	689	13,33
BROD MORAVICE	1.196	286	23,91
DELNICE	6.858	912	13,30
FUŽINE	2.000	346	17,30
LOKVE	1.255	145	11,55
MRKOPALJ	1.823	301	16,51
RAVNA GORA	3.087	484	15,68
SKRAD	1.629	280	17,19
BAŠKA	1.456	354	24,31
DOBRINJ	1.944	538	27,67
KRK	4.997	702	14,05
MALINSKA	2.161	326	15,09
OMIŠALJ	2.723	185	6,79
PUNAT	1.808	309	17,09
VRBNIK	1.313	315	23,99
LOVRAN	4.386	575	13,11
MATULJI	10.124	1.299	12,83
MOŠČENIČKA DRAGA	1.723	376	21,82
OPATIJA	13.566	2.032	14,98
RAB	9.205	1.099	11,94
BAKAR	7.577	1.046	13,80
ČAVLE	6.469	481	7,44
JELENJE	4.921	446	9,06
KASTAV	5.995	453	7,56
KLANA	1.998	322	16,12
KOSTRENA	3.979	550	13,82
KRALJEVICA	4.513	560	12,41
RIJEKA	163.859	20.183	12,32
VIŠKOVO	6.918	385	5,57
VRBOVSKO	7.528	1.090	14,48
SVEUKUPNO	323.130	41.540	12,86

Izvor: Statistički ljetopis hrvatskih županija - Državni zavod za statistiku Zagreb, 1994. uz korekciju autora za općine Rijeka, Kostrena, Jelenje i Bakar zbog drugačijeg teritorijalnog ustroja.

Postotak ljudi starijih od 65 godina na području Primorsko-goranske županije iznosio je 1971. godine 9,4%, 1981. godine 11,1%, a 1991. godine 12,86%. Postotak starijih ljudi u nekim općinama i gradovima (Cres, Vinodolska, Brod Moravice, Baška, Dobrinj, Vrbnik, Mošćenička Draga) iznosi od 20% - 27,67%. Iz tablice 2 može se uočiti (osim općina i gradova Omišalj, Čavle, Jelenje, Kastav i Viškovo) da se udio starijih osoba na području Primorsko-goranske županije u svim ostalim jedinicama lokalne samouprave kreće iznad 10%.

III. Društveni položaj i potrebe starijih osoba u Primorsko-goranskoj županiji

Metodologija istraživanja

Glavni cilj empirijskog istraživanja sastojao se u ispitivanju mogućnosti inoviranja socijalne skrbi o starijim osobama u uvjetima društvenih promjena kroz koje prolazi hrvatsko društvo. U tom smislu se u istraživanju pošlo od opće pretpostavke da je skrb o starijim osobama u razvijenim zemljama značajan čimbenik društvenog razvoja. Sukladno tome, u našem društvu potrebno je inovirati sustav socijalne skrbi primjenjujući pozitivna iskustva razvijenih zemalja i prilagođavati ta iskustva socijalnim uvjetima u Hrvatskoj. Uvođenje kombiniranih oblika skrbi i razvoj neprofitnog sektora na području socijalne skrbi je neosporno jedno takvo iskustvo. Na tragu ove opće pretpostavke, u sklopu projekta provedeno je empirijsko istraživanje na području Primorsko-goranske županije, koje je trebalo ukazati na društvene pretpostavke, mogućnosti i probleme osnivanja privatne neprofitne ustanove za skrb o starijim osobama.

U sklopu navedene opće pretpostavke formulirane su sljedeće posebne hipoteze, što je trebalo usmjeriti istraživanje na neka specifična pitanja skrbi o starijim osobama:

1. pretpostavili smo da su životni problemi s kojima se susreću stariji ljudi na području Primorsko - goranske županije složena društvena pojava, te da se oni ne mogu rješavati na tradicionalni način;
2. oblici potpore društvene sredine su bitan element u osmišljavanju socijalne skrbi za treću dob;
3. nedostatnost potpore u socijalnom okruženju ispitanika potiče kod starijih pozitivne stavove spram razvoja *različitih* oblika skrbi, čime se stvaraju pretpostavke za inoviranje socijalne skrbi o starijima;
4. konačno, pretpostavili smo da će takav opći pozitivan stav prema inoviranju socijalne skrbi uključivati i pozitivan odgovor na posebne aspekte skrbi kao što su: participacija korisnika u osiguranju materijalnih osnova skrbi, složenija "ponuda" sadržaja i usluga inoviranih oblika skrbi.

Uzorak i anketiranje

Istraživanjem "Društveni položaj i potrebe starijih osoba" obuhvaćen je 501 ispitanik starije životne dobi s područja Primorsko-goranske županije. Najveći dio uzorka (379 ispitanika) izabran je slučajnim odabirom iz prethodno izdvojenih biračkih

spiskova osoba starijih od 60 godina. Dio ispitanika (86) izabran je iz popisa osiguranika mirovinskog osiguranja Royal d.d. Na području županije u vrijeme anketiranja bilo je ukupno 711 osiguranika, nejednako raspoređenih po pojedinim mjestima. U dobnoj strukturi osiguranika dominira skupina prosječne starosti između 50 i 55 godina, pa, iako su i iz ove podgrupe preferirani stariji ispitanici, ona ponešto pomlađuje uzorak. Treća ciljana skupina bile su osobe koje čekaju smještaj u dom na temelju rješenja Centara za socijalnu skrb, kojih je anketirano ukupno 36.

Terenski dio istraživanja izvršen je u studenom i prosincu 1999. godine. Terenski su rad obavili posebno instruirani anketari. Anketiranje se odvijalo individualno u domu ispitanika. Samo anketiranje provedeno je uz nemale teškoće. Osnovni problemi bili su neažurni birački spiskovi kada je u pitanju brisanje umrlih te otežana komunikacija s najstarijim ispitanicima zbog njihovih godina.

Instrumentarij

Anketni upitnik za ispitanike je sadržavao 75 uglavnom zatvorenih pitanja, tematski podijeljenih na sljedeće cjeline:

1. Osnovna obilježja ispitanika
2. Socio-ekonomski položaj ispitanika
3. Životni problemi starijih
4. Procjena postojećih oblika skrbi o starijima
5. Stavovi i mišljenja o privatnoj neprofitnoj ustanovi za skrb o starijima.

Statistička obrada podataka

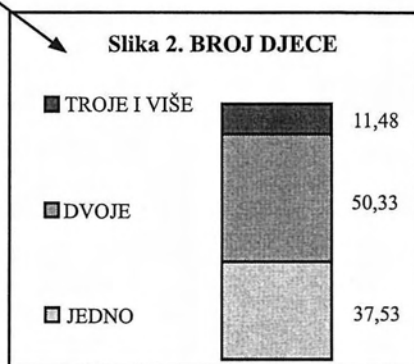
Računalna obrada podataka u statističkom paketu SPSS 10.0 izvršena je na dvije razine:

1. Izračunate su apsolutne i relativne frekvencije, analizirane osnovne distribucije rezultata, te provjerena upotrebljivost podataka za daljnje faze obrade.
2. Na drugoj razini izvedena je kontingencijska analiza povezanosti pojedinih varijabli (bivarijantna analiza). Izvršena su križanja varijabli, izračunati su Hi-kvadrati, Yatesove korekcije, koeficijenti kontingencije i korelacije.
3. Završnu razinu obrade predstavljala je multivarijantna analiza - faktorska analiza. Ovom postupku podvrgnuti su pretpostavljeni kompoziti, kako bi se utvrdila njihova strukturna povezanost.

Obiteljska situacija "treće dobi"

Analizirajući obiteljsku situaciju ispitanika nameće se ponajprije činjenica da značajan postotak, više od petine uzorka (22,5%), živi u samačkim domaćinstvima. Naravno da je životni stil samaca, onih koji su to čitav život, kao i onih koji su to postali zbog smrti supružnika, različit od obiteljskog. Za našu je temu bitno da u njemu nedostaje svakojaka potpora najbliže socijalne okoline. Križanje ove varijable i pitanja "gdje žive vaša djeca" otkriva nam da djeca gotovo polovine (48,4%) samaca

žive u susjedstvu ili u istom mjestu. Ta nas činjenica upućuje na zaključak o postojanju učestalih socijalnih veza u istraživanoj populaciji, svojstvenih modificiranim proširenim obiteljima. Najveći dio anketiranih, nešto manje od polovice uzorka (45,3%) živi u obitelji s dva člana. Dvočlane obitelji većinom (59,2%) čine supružnici ili pak ispitanici žive s rodbinom (32,0%).



Kako se može vidjeti na slici 1., ogromna većina ispitanika ima djecu (90,4%). Najprošireniji obrazac u ovom je segmentu obitelj s dvoje djece što je karakteristika točno polovine anketiranih (slika 2.). Slijede obitelji s jednim djetetom, a tek na trećem je mjestu obitelj s više od dvoje djece. Iz činjenice da je najmalobrojnijih obitelji prokreacije u uzorku tri puta više od najbrojnijih, očito je da se pojavljuje problem nemogućnosti samoreprodukcije društva i, u konačnici, depopulacije.

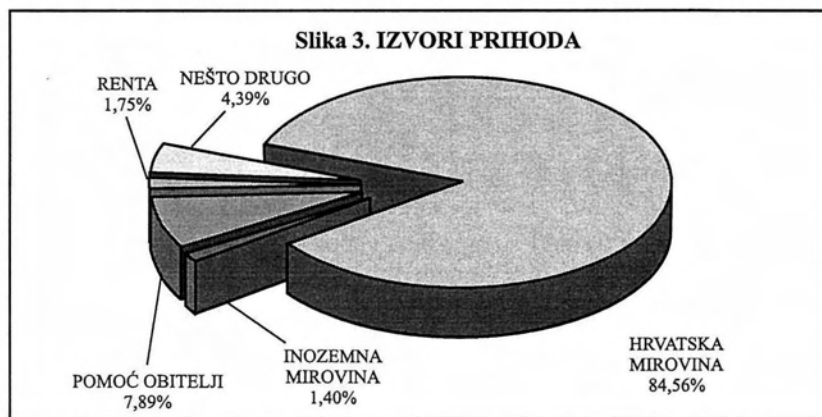
S obzirom na naš problem značajno je da više od trećine djece živi s roditeljima (35,98%). Gotovo isti postotak djece živi u susjedstvu roditelja ili u istom gradu. Pošto je u Rijeci, najvećem istraživanom gradu riječ o urbanom prostoru u kojem je razdaljinu između najudaljenijih točaka moguće prijeći u relativno kratkom vremenu, moguće je pretpostaviti da su veze roditelja i djece učestale. To znači da gotovo 70% ispitanika ima poradi prostorne blizine mogućnost stalne komunikacije s djecom, što svakako treba uzeti u obzir kada se raspravlja o oblicima skrbi za starije osobe.

Najveći dio proširenih obitelji u kojima žive barem dvije generacije srodnika uključuje roditelje i jedno dijete. Ovakav kulturni obrazac organizacije proširene obitelji karakterističan je za "obitelji s jednim djetetom", u kojima je to jedini potomak. Navedena struktura obitelji ima zasigurno utjecaj na odnos prema "obiteljskoj imovini" i modelima nasljeđivanja, što treba imati u vidu prilikom osmišljavanja alternativnih oblika socijalne skrbi.

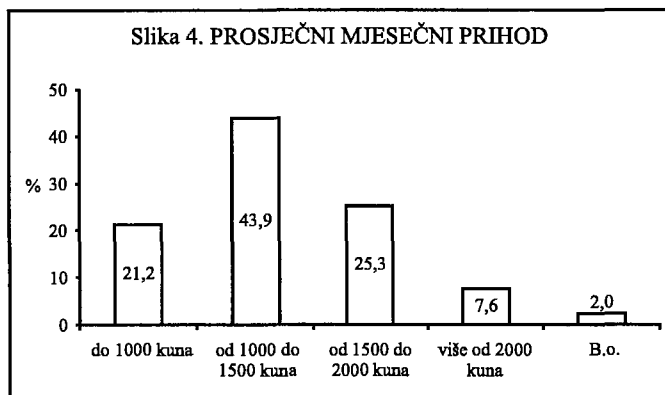
Ekonomski položaj ispitanika

Svaka rasprava o ekonomskom položaju starijih osoba u hrvatskom društvu mora uzeti u obzir nagomilane proturječnosti društvenog razvoja. Proturječnosti su generirane različitim razlozima, od kojih neki imaju porijeklo u modelu socijalističke industrijalizacije, dok su drugi uzrokovani ratom i inkriminiranom privatizacijom "društvene imovine". Najviše se to odrazilo upravo na položaj umirovljenika čije su mirovine vrtoglavo zaostajale za plaćama. Nemogućnost velikog dijela društva da se individualnom ili kolektivnom akcijom prilagodi novoj situaciji samo još više zaoštava egzistencijalne probleme socijalno ugroženih skupina. Deskripcija karakteristika ekonomske pozicije ispitanika pokazat će koliko se navedeni stavovi odnose na istraživanu populaciju.

Najvažniji, a za najveći broj ispitanika i jedini izvor prihoda je hrvatska mirovina (84,56%). Uz to, jedini je relevantan način dolaska do dodatnih izvora prihoda pomoć koju ispitaniku daje obitelj (7,89%). Renta (1,75%) kao i inozemna mirovina (1,40%) zanemarivo su proširene. Zanimljivo je da nijedan ispitanik ne navodi dodatni prihod od kamata ili dividendi.



Polazeći od podatka da gotovo četiri petine ispitanika živi u obiteljskom krugu, jasno je da potpunu sliku njihove ekonomske pozicije ne otkrivaju individualni izvori prihoda, već je potrebno dijagnosticirati financijsko stanje njihovih obitelji. Stoga smo kao indikator ekonomskog stanja odabrali ukupne prihode ispitanikove obitelji u polugodišnjem razdoblju podijeljenim s brojem članova obitelji (slika 4.).



Najviše obitelji ispitanika mjesečno raspolaže s prihodom između 1.000 i 1.500 kuna po članu (43,9%). Četvrtina anketiranih procjenjuje taj iznos između 1500 i 2000 kuna (25,3%), a petina se smješta u kategoriju do 1000 kuna (21,2%). Ako se prihvati iznos od 5 USA\$ dnevno po osobi kao granica siromaštva, proizlazi da oko 65% ispitanika živi na samoj granici siromaštva. Sudeći po gornjim odgovorima možemo zaključiti da je ekonomsko stanje gotovo dvije trećine istraživane populacije izuzetno loše. To je svakako čimbenik koji određuje i usmjerava svaku novu inicijativu na području socijalne skrbi.

Dodatni indikator ekonomskog položaja predstavljalo je pitanje: "Da li vam ukupni prihodi omogućuju pristojan životni standard?" (tablica 3). Naravno da ova procjena može biti odviše subjektivna jer na nju utječu: procjena vlastitih potreba, ali i želje pojedinca, komparacija sa stanjem socijalne okoline i referentni okvir kojeg nameće grupa. Drugim riječima, ako društvena okolina nekog definira kao siromašnog, velika je vjerojatnost da će i on sam sebe takvim doživljavati. Korištenje više indikatora ekonomskog položaja omogućilo nam je da izbjegnemo ovu zamku i da dobijemo cjelovitiju sliku stvarnog stanja.

Tablica 3. Da li vam ukupni prihodi omogućuju pristojan životni standard?

	F	%
DA	20	4,0
NE OSKUDIJEVAMO NI U ČEMU BITNOM	75	15,0
USPIJEVAMO PODMIRITI OSNOVNE POTREBE	235	46,9
JEDVA VEŽEMO KRAJ S KRAJEM	140	27,9
NEDOSTAJE NAM NOVCA ZA NAJNUŽNIJE POTREBE	30	6,0
B.o.	1	0,2
Ukupno	501	100,0

Među anketiranimi znatno je više materijalno potrebitih nego onih koji su potpuno zadovoljni svojim životnim standardom (19%). Naime, više od četvrtine ispitanika (27,9%) tvrdi da s raspoloživim sredstvima jedva preživljava, a gotovo polovica (46,9%) odgovara da uspijeva podmiriti osnovne životne potrebe. Formulacija

navedenog modaliteta upućuje nas da se i ta kategorija anketiranih nije značajno udaljila od granice preživljavanja.

Usprkos teškom materijalnom položaju, najveći dio populacije (90,4%) redovito plaća troškove stanovanja (tablica 4.), a statistički zanemarivih 1% ispitanika kasni s plaćanjem više od tri mjeseca. Nameće nam se hipotetičko objašnjenje da je visoka discipliniranost ispitanika s malim prosječnim prihodima posljedica tradicionalnog poštivanja "vlasti" i plaćanja svojih obaveza, tj. stava: "ne biti nikome dužan".

Tablica 4. Da li ste u stanju redovito plaćati troškove stanovanja?

	F	%
PLAĆAM REDOVITO	453	90,4
PLAĆAM S 2-3 MJESECA ZAKAŠNJENJA	43	8,6
KASNIM VIŠE OD 3 MJESECA	5	1,0
Ukupno	501	100,0

Jedan od osnovnih pokazatelja socijalne kvalitete života je, uz ekonomske prihode, način stanovanja. U ispitivanoj populaciji prevladavaju vlasnici stambenih prostora, a najviše je (77,8%) vlasnika stanova (tablice 5 i 6.).

Tablica 5. Stanarski status

	F	%
PODSTANAR	24	4,8
VLASNIK	437	87,2
SUVLASNIK	32	6,4
B.o.	8	1,6
Ukupno	501	100,0

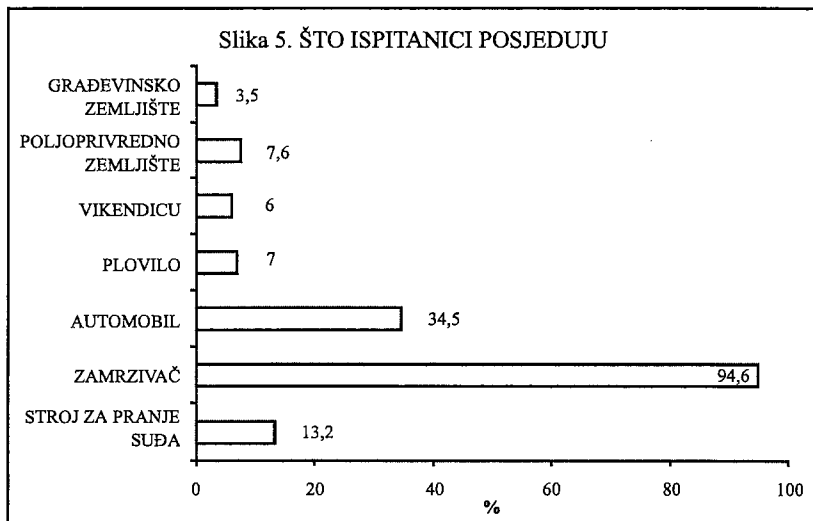
Tablica 6. Tip stanovanja

	F	%
KUĆA	80	16,0
ETAŽA KUĆE	20	4,0
STAN	390	77,8
B.o.	11	2,2
Ukupno	501	100,0

Vlasništvo stana nije u značajnijoj statističkoj vezi s varijablama "prosječni prihodi" i "zanimanje", što znači da stanove podjednako posjeduju ispitanici svih razina prihoda i svih zanimanja. U razdoblju realsocijalizma najveći je dio ispitivane populacije imao priliku da se stambeno zbrine (dobije stan), što je u proteklom desetljeću mogao pretvoriti u vlasništvo (otkupiti stan). Iako ne postoje značajnije statističke razlike, uočljivo je da kategoriju podstanara uglavnom tvore pripadnici skupina s najmanjim prosječnim prihodima, najslabijim obrazovanjem i oni koji su prije umirovljenja radili kao radnici. Na temelju podatka da su obitelji prokreacije ispitanika bile najčešće četveročlane, i da većina živi u stanovima, posve je očekivano da veliki dio stanova (gotovo 80%) ima površinu do 80m². Naime, broj je članova obitelji bio osnovni kriterij veličine dodjeljivanih stanova. No, statistička križanja nam otkrivaju da je veličina dodijeljenog stana ovisila i o statusnoj poziciji pojedinca. Naime, rastom prosječnih prihoda blago raste i površina stana ispitanika ($C=0,26$) i s tim povezan broj soba. Primjerice, radnici imaju prosječno manji stambeni prostor od rukovoditelja ($C=0,30$), a najneobrazovaniji ispitanici od najobrazovanijih ($C=0,30$).

Pokazatelji socio-ekonomskog položaja su također pokretna imovina i nekretnine

koje pojedinci posjeduju, a koje im olakšavaju život i omogućuju višu razinu životnog standarda (slika 5.).



Gotovo svi ispitanici u svojim domovima imaju zamrzivač (94,6%), koji je očito postao neizostavnom dijelom organizacije svakodnevnog života, a znatno ublažava situaciju oskudice velikog dijela ispitanika. Posjedovanje automobila na drugom je mjestu, ali tek s trećinskom proširenošću (34,5%). U ispitivanoj populaciji vrlo je mali udio onih koji posjeduju imovinu veće vrijednosti kao što je plovilo, vikendica, obradivo poljoprivredno zemljište i/ili građevinsko zemljište.

Loš materijalni položaj umirovljenika ilustrira podatak da gotovo polovica anketiranih (47,1%) posjeduje samo jednu od navedenih "stvari". Broj "stvari" determinira stručna sprema ispitanika ($C=0,40$) i zanimanje ($C=0,36$). Sličan je i utjecaj varijable "prosječni mjesečni prihod". Tri i više "stvari" ima svega 2,8% s najnižim, i čak 42,2% s najvišim prosječnim prihodima. Materijalnu imovinu polovice anketiranih moguće je dakle svesti samo na dvije stvari: solidno održavan stambeni prostor i zamrzivač. Promatrano sa stajališta ovog istraživanja, proizlazi da je za većinu ispitanika vlasništvo nad stanom jedina realna materijalna osnova za rješavanje problema zbrinjavanja u starosti.

Životni problemi starijih

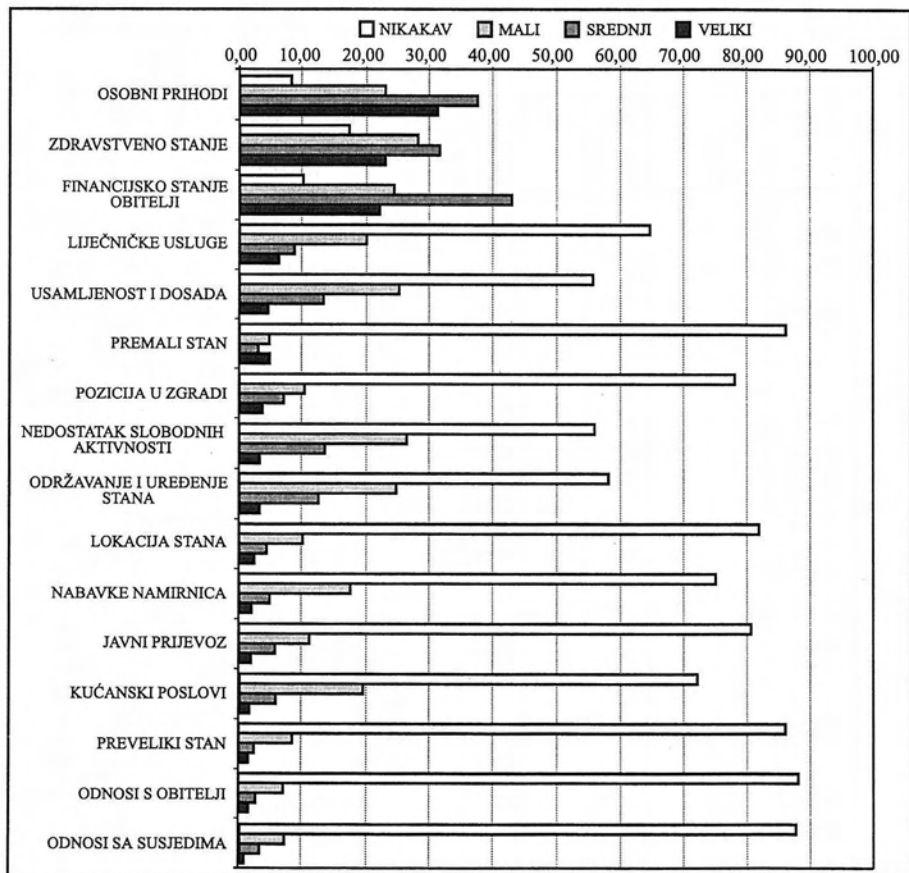
U sklopu propitivanja o mogućnostima i potrebama alternativnih i polivalentnih oblika socijalne skrbi o starijima usmjerili smo našu pozornost na nekoliko temeljnih pitanja koja su nezaobilazna za praktično osmišljavanje takvih oblika skrbi. Treba pri tome naglasiti da je istraživanje bilo usmjereno na problem uključivanja neprofitnog sektora u skrb o starijim osobama, a središnje pitanje se odnosilo na mogućnost i potrebu osnivanja privatne neprofitne ustanove za skrb o starijim građanima na području Primorsko-goranske županije. U nastavku slijedi interpretacija rezultata istraživanja koja se odnosi na sljedeća glavna pitanja: 1. životni problemi starijih; 2. procjena postojećih oblika skrbi o starijima; 3. procjena potrebe za osnivanjem

privatne neprofitne ustanove za skrb o starijima; 4. stavovi i mišljenja o sadržajima kojima bi se trebala baviti takva ustanova.

U osmišljavanju projekta privatne neprofitne ustanove za skrb o starijim osobama potrebno je krenuti od analize specifičnih problema koji tište dobnu skupinu o kojoj je riječ. Za tu svrhu u istraživanju je korištena skala od 16 čestica (problema), čiju težinu su ispitanici procjenjivali kroz četiri modaliteta (nikakav problem, mali, osrednji, veliki). Raspodjela odgovora prikazana je na slici 6.

Glavni problemi istraživane skupine jesu problemi siromaštva i narušeno zdravlje. Niski osobni prihodi i s time povezano loše financijsko stanje obitelji kao i zdravstveno stanje ispitanika daleko su najveći problemi s kojima se susreću ispitanici. S daleko manjom frekvencijom ističu se problemi: usamljenost i dosada, nedostatak slobodnih aktivnosti, poslovi održavanja i uređenja stana i liječničke usluge. Probleme stanovanja kao što su preveliki ili premali stan, kao i pozicija u zgradi, ispitanici ne doživljavaju kao glavne probleme, barem kad je riječ o starijima na području Primorsko-goranske županije. Na samom dnu rang liste nezadovoljstva su odnosi sa susjedima i obitelji.

Slika 6. PROBLEMI STARIJIH



Kako bismo proniknuli u strukturu problema koji muče ljude starije dobi, podvrgnuli smo sve čestice (probleme) iz ove grupe faktorskoj analizi. Zanimalo nas je prvenstveno da li je moguće reducirati sve probleme koje je sadržavao upitnik na nekoliko relativno homogenih varijabli ili je riječ o problemima koji se ne mogu povezati na smisleni način. U tablici koja slijedi navodimo rezultate faktorske analize glavnih komponenti kojom je 16 ispitivanih čestica reducirano na 5 varijabli (faktora). Nakon izračuna izvršena je varimax rotacija, a spomenuti faktori objašnjavaju ukupno 62,09 % ukupne varijance.

Tablica 7. Faktorska analiza problema starijih (varimax rotacija)

	Faktor 1	Faktor 2	Faktor 3	Faktor 4	Faktor 5
OSOBNİ PRIHODI	0,0248	0,9310	0,0101	0,1442	0,0832
FINANCIJSKO STANJE OBITELJI	0,0738	0,9280	0,0625	0,0929	0,1048
ZDRAVSTVENO STANJE	0,0111	0,2920	0,0362	0,2556	0,7350
LIJEČNIČKE USLUGE	0,1549	-0,0240	0,0998	0,0458	0,8490
LOKACIJA STANA	0,6420	0,1337	-0,0560	0,1942	0,0916
PREMALI STAN	0,5310	0,1319	-0,2530	-0,0510	0,1431
PREVELIKI STAN	0,5870	-0,0410	0,1111	0,0876	-0,0540
POZICIJA U ZGRADI	0,5940	0,0715	-0,0830	0,3275	0,1026
UREĐENJE STANA	0,0559	0,2857	0,0463	0,6980	0,0350
NABAVKA NAMIRNICA	0,1217	0,0518	0,1727	0,8170	0,0713
KUĆANSKI POSLOVI	0,1503	0,0212	0,1922	0,8140	0,1471
JAVNI PRIJEVOZ	0,4076	-0,0590	0,0510	0,3820	0,1395
ODNOSI SA SUSJEDIMA	0,6400	-0,0650	0,1298	0,0418	-0,0330
ODNOSI S OBITELJI	0,5860	0,0546	0,4291	-0,1450	-0,1317
USAMLJENOST I DOSADA	0,0392	0,0559	0,8670	0,1846	0,1180
SLOBODNE AKTIVNOSTI	0,0220	0,0199	0,8680	0,2040	0,0117

Faktor 1 se sastoji od sljedećih čestica: lokacija stana, premali stan, odnosi sa susjedima, odnosi s obitelji. Ovaj faktor imenovali smo faktorom PROSTORNE BLIZINE.

Faktor 2 uključuje dvije čestice: osobne prihode i financijsko stanje obitelji. Mogli bismo ga nazvati faktorom MATERIJALNE OSKUDICE.

Faktor 3 uključuje čestice: usamljenost i dosada, slobodne aktivnosti. Primjereni naziv trećeg faktora može biti faktor DOKOLICE.

Faktor 4 se sastoji od čestica održavanje i uređenje stana, nabavke namirnica, kućanski poslovi. Ovaj faktor možemo nazvati faktor KUĆANSTVO.

Faktor 5 čine čestice: zdravstveno stanje, liječničke usluge. Riječ je o faktoru ZDRAVSTVENI PROBLEMI.

S problemima koji tište starije osobe povezana su pitanja koja se odnose na njihovo rješavanje. Kako bismo dijagnosticirali postojeće stanje na tom području, ispitanicima smo postavili niz pitanja o tome tko im pomaže u obavljanju svakodnevnih poslova, o odgovornosti za skrb o starijima, te smo na kraju od njih tražili da procijene postojeće oblike skrbi o starijima u društvu.

Pomoć u obavljanju svakodnevnih poslova

U tablici 8. prikazani su odgovori ispitanika na pitanje o pomoći koju mogu očekivati u sredini u kojoj žive. Ovo pitanje je ujedno i pokazatelj socijalne integriranosti starijih.

Tablica 8. Tko vam pomaže u obavljanju svakodnevnih poslova?

	NIKAD	RIJETKO	MJESEČNO	TJEDNO	B.O.	SVAKI DAN	SRED. VRIJ.	SD
SUSJEDI	85,63	9,58	0,80	1,20	1,20	1,60	1,20	0,6288
ROĐACI	90,02	6,79	0,20	1,00	0,60	1,40	1,13	0,4994
PRIJATELJI	88,62	8,58	0,80	0,20	0,40	1,40	1,13	0,4325
BRAČNI DRUG	38,72	1,40	0,00	1,00	58,08	0,80	3,39	1,9457
DJECA I UNUCI	40,52	17,76	3,79	8,98	28,14	0,80	2,66	1,7117

Pomoć starijima u obavljanju svakodnevnih poslova gotovo je potpuno ograničena na članove obitelji, na temelju čega se može izvesti pretpostavka o nedostatnoj društvenoj integriranosti starijih osoba. Najveću pomoć u obavljanju svakodnevnih poslova pruža bračni drug. Na drugom mjestu, ali s dvostruko manjom frekvencijom (kad je riječ o svakodnevnoj pomoći), jesu potomci ispitanika. Podrška i pomoć ostalih skupina je praktički zanemariva. U posebno teškom položaju su u svakom slučaju samačka domaćinstva starih budući da na razini lokalne zajednice ne mogu očekivati gotovo nikakvu pomoć.

Ovu usmjerenost na potporu obitelji potvrđuju i odgovori na pitanje o tome tko bi trebao biti najodgovorniji za skrb o starijim osobama u našem društvu. Kako se može vidjeti iz tablice 9., dvije trećine ispitanika smatra da bi najodgovorniji za skrb o starijima trebali biti članovi obitelji. Na drugom mjestu su "državne institucije" dok su ostali odgovori znatno slabije prisutni.

Tablica 9. Tko bi trebao biti najodgovorniji za skrb o starijima?

	f	%
STARIJI LJUDI SAMI	39	7,78
DJECA I RODBINA STARIJIH OSOBA	333	66,47
DRŽAVNE INSTITUCIJE	296	59,08
CRKVA (VJERSKE ORGANIZACIJE)	32	6,39
HUMANITARNE ORGANIZACIJE	89	17,76

Napomena: ispitanici su mogli zaokružiti najviše dva odgovora.

Procjena postojećih oblika skrbi o starijima

Polazeći od pretpostavke da postojeći oblici skrbi o starijima u našem društvu ne zadovoljavaju potrebe i očekivanja, tražili smo od ispitanika da sami procijene spomenute oblike skrbi. Raspodjela odgovora na ovo pitanje navedena je u tablici 10.

Tablica 10. Procjena postojećih oblika skrbi o starijima

	NJE UPOZNAT	1	2	3	4	5	B.O.	UKUPNO
DOMOVI	35,93	21,16	7,58	15,57	12,57	6,39	0,8	100
PRIVATNI SMJEŠTAJ	83,43	5,99	2,4	3,99	0,40	2,59	1,2	100
KLUBOVI	48,3	3,79	2,59	12,18	17,56	14,77	0,8	100
KUĆNA NJEGA	61,28	5,39	6,99	13,77	5,19	5,99	1,4	100

1= nezadovoljavajuće; 2= zadovoljavajuće; 3= osrednje; 4= vrlo dobro; 5= izuzetno

Prvo se uočava velik postotak ispitanika koji nisu informirani o pojedinim oblicima skrbi. O mogućnostima privatnog smještaja ništa ne zna čak 83% ispitanika. Gotovo dvije trećine anketiranih (61,28%) nema informacije o kućnoj njezi, a nešto manje od 50% nije upoznato s klubovima za starije iako oni djeluju u gotovo svim većim mjestima u županiji. Čak i kad je riječ o izrazito tradicionalnim oblicima skrbi, kao što je zbrinjavanje u domovima za starije, više od trećine ispitanika odgovara da nisu s time upoznati.

Ovi podaci ukazuju na specifičan problem informiranja starijih članova našeg društva i na propuste koji su na tom planu dosad učinjeni. Posebno je to važno kad je riječ o osmišljavanju i uvođenju novih alternativnih i fleksibilnih oblika skrbi jer će adekvatna potražnja u još većoj mjeri ovisiti od pravovremenih i cjelovitih informacija o prednostima i ograničenjima koje takvi oblici imaju za potencijalne korisnike.

Stavovi o privatnoj neprofitnoj ustanovi za skrb o starijima

Poželjnost osnivanja neprofitne ustanove za skrb o starijim osobama ispitali smo putem neposredno postavljenog pitanja koje je glasilo: "Smatrate li da bi bilo poželjno osnivanje neprofitne ustanove za skrb o starijim osobama u kojoj bi dio troškova plaćao korisnik, a dio država?". Raspodjela odgovora na to pitanje sadržana je u tablici 11.

Tablica 11. Poželjnost osnivanja privatne neprofitne ustanove

	f	%
DA	421	84,03
NE	61	12,18
NEŠTO DRUGO	17	3,39
B.O.	2	0,40
UKUPNO	501	100

Za osnivanje privatne neprofitne ustanove za skrb o starijima izjašnjava se 84% ispitanika, dok se tome protivi njih 12%. U uvjetima nedostatnosti postojećih oblika skrbi može se očekivati da će svaka inicijativa biti načelno prihvaćena. Ostaje međutim sporno pitanje u kojoj mjeri su ispitanici upoznati sa stvarnim značenjem neprofitnog sektora na području socijalne skrbi, s njegovim djelovanjem i financiranjem.

Na proturječnu situaciju u tom smislu upućuju odgovori ispitanika na pitanje da li bi bili spremni prodati ili založiti nekretnine u vlasništvu kako bi osigurali sredstva za skrb u starosti (Tablica 12.).

Tablica 12. Da li biste bili spremni prodati ili založiti nekretnine?

	f	%
DA	125	24,95
NE	353	70,46
NEMAM NEKRETNINA	18	3,59
B.O.	5	1,00
UKUPNO	501	100

Tek svaki četvrti ispitanik odgovara pozitivno na ovo pitanje, dok 70% njih negira takvu mogućnost. Odgovori na ovo pitanje zavise od različitih socio-ekonomskih obilježja ispitanika. Na to utječe prvenstveno obiteljska situacija ispitanika. Ispitanici koji nemaju djece u 49% slučajeva odgovaraju da bi bili spremni založiti nekretnine zbog starosti i nemoći, dok je kod ispitanika s djecom taj postotak znatno manji i iznosi 22,7% ($C=0,201$). Kod ispitanika koji imaju djecu također postoje značajne razlike ovisno o tome da li žive u istom domaćinstvu ili ne ($C=0,244$). Ispitanici koji stanuju s vlastitom djecom iskazuju manju spremnost da se odreknu nekretnina (11,1%) nego ispitanici čija djeca žive u mjestima udaljenim više od 100 km (37%).

S time je povezana i varijabla "broj članova kućanstva" ($C=0,287$). Spremnost da se založe nekretnine opada s rastom broja članova u obitelji. Tako je u samačkim domaćinstvima 31% ispitanika koji su spremni odreći se imovine u svrhu osiguranja skrbi za starost, dok je takvih u domaćinstvima s 5 i više članova samo 5,5%.

Valja istaknuti da visina prihoda također statistički značajno utječe na stavove o ovom pitanju ($C=0,211$). U skupini najsiromašnijih (do 1000 Kn mjesečnih prihoda po osobi) spremnost da se odreknu vlasništva iskazuje 28,6% anketiranih, dok je takvih u skupini bolje stojećih (1500 - 2000 Kn) 21,4%. Na sličan način utječe i školska sprema ($C=0,290$). U skupini s osnovnom školom pozitivan odgovor na ovo pitanje daje gotovo svaki treći ispitanik (31,9%), u skupini "srednja škola ili gimnazija" takvih je 17,6%, a među ispitanicima s fakultetskom naobrazbom nema niti jednog koji bi pristao na takvo rješenje.

Sljedeća varijabla koja je iskazala statistički značajnu povezanost s pitanjem o kojem je riječ je "tip stanovanja" ($C=0,217$). Najveću spremnost iskazuju ispitanici koji stanuju u stanu (29,8%), a najmanju vlasnici obiteljske kuće (7,6%). Povezanost se iskazala i kod varijable "površina stana" i "broj soba" ($C=0,292$), s time da raspodjela nema linearni karakter. Najveću spremnost da se odreknu vlasništva iskazuju anketirani koji stanuju u dvosobnim stanovima veličine 40-60 m² (36,9%). Na drugom su mjestu ispitanici iz jednosobnih stanova površine manje od 40 m², a na posljednjem stanari stanova i kuća od 100 i više m² (5,3%).

Ovi podaci ukazuju na još uvijek prevladavajuće naslijeđeno shvaćanje prema kojem je briga o starijima isključivo stvar društva i države bez obzira na mogućnosti i materijalni položaj samih korisnika. Bez promjene takvih shvaćanja prostor za širenje privatnog sektora, kako profitnog tako i neprofitnog, u području socijalne skrbi vrlo je sužen. Jedan od bitnih razloga tome je ranije naglašen problem osiromašenja većine starijih osoba u našem društvu.

Usluge neprofitne ustanove za skrb o starijima

Ipak, središnji problem istraživanja bilo je pitanje o uslugama koje bi trebala pružati moguća novoosnovana privatna neprofitna ustanova za skrb o starijima. Ispitanicima je ponuđena lista od 18 mogućih usluga, a trebalo je ocijeniti važnost svake na ljestvici od 1 do 5. U tablici 13. prikazano je vrednovanje pojedinih pretpostavljenih usluga takve ustanove.

Tablica 13. Čime bi se trebala baviti novoosnovana privatna ustanova za skrb o starijima?

(1 = potpuno nevažno; 5 = izuzetno važno)

	1	2	3	4	5	B.O.	sred. ocjena	st. dev.
MEDICINSKA KUĆNA NJEGA	0,80	2,00	6,59	16,17	58,68	15,77	4,54	0,8137
SMJEŠTAJ (DOMOVI I SL.)	2,20	2,40	8,78	19,76	50,70	16,17	4,36	0,9639
LIJEČNIČKE USLUGE	0,80	4,59	10,98	18,76	49,70	15,17	4,32	0,9572
OSIGURANJE ZA STAROST	2,59	2,59	10,98	24,35	43,51	15,97	4,23	0,9990
NABAVA OGRJEVA	2,59	3,79	11,58	25,15	41,52	15,37	4,17	1,0273
ZDRAVSTVENI SAVJETI	0,80	2,79	17,76	24,35	38,12	16,17	4,15	0,9306
NABAVA ZIMNICE	2,00	3,79	12,38	28,54	37,92	15,37	4,14	0,9839
PSIHOLOŠKI SAVJETI	1,20	5,59	18,96	23,55	34,13	16,57	4,00	1,0178
PRAVNI SAVJETI	2,20	9,00	16,00	20,60	36,30	16,00	3,95	1,1338
POMOĆ PRI TJEDNOM ČIŠĆENJU U KUĆI	2,20	4,79	18,16	33,13	25,55	16,20	3,90	0,9885
POMOĆ U ODRŽAVANJU I UREĐENJU STANA	4,19	3,99	21,56	27,35	26,55	16,37	3,81	1,0887
POMOĆ PRI SPREMANJU HRANE	2,79	5,39	25,55	27,74	22,55	15,97	3,74	1,0302
SVAKODNEVNA OPSKRBA NAMIRNICAMA	2,99	7,39	28,54	24,95	19,36	16,77	3,60	1,0489
ORGANIZIRANJE IZLETA	8,98	9,58	18,56	21,36	25,15	16,37	3,53	1,3147
POMOĆ PRI DNEVNOM ČIŠĆENJU U KUĆI	3,79	9,58	28,14	25,35	16,77	16,37	3,50	1,0747
ORGANIZIRANJE ZABAVNIH SADRŽAJA	10,38	9,78	19,36	18,56	25,75	16,17	3,47	1,3580
POMOĆ PRI ŠETNJAMA	8,78	17,17	25,95	15,17	16,57	16,37	3,16	1,2556
USLUGE OSOBNE HIGIJENE	14,97	19,56	27,94	13,97	6,79	16,77	2,74	1,1757

Vrste usluga poredane su prema prosječnim ocjenama. Najviše prosječne ocjene dobile su usluge: medicinska kućna njega, smještaj u domove i sl., liječničke usluge, te usluge osiguranja za starost. Središnji dio tablice zauzimaju različite savjetodavne funkcije i obavljanje težih i složenijih kućanskih poslova (nabava ogrjeva i zimnice i održavanje stana). Među posljednjima po važnosti su one usluge koje imaju više socijalni karakter i koje se ne tiču neposredno fizičkog održanja. To su npr. organiziranje izleta i drugih zabavnih sadržaja, pomoć pri šetnjama i usluge osobne higijene.

Na kraju smo pretpostavljene usluge podvrgnuli faktorskoj analizi. Pitanje o tome kako su kod korisnika strukturirane pretpostavljene usluge neprofitne ustanove za skrb o starijima, ima praktični značaj. Odgovor na ovo pitanje ukazuje na moguća organizacijska rješenja u pružanju usluga takve ustanove. Faktorska analiza glavnih komponenti (varimax rotacija) izdvojila je pet faktora koji izražavaju pet srodnih skupina usluga. Navedeni faktori objašnjavaju 69,62% ukupne varijance. Rezultati su prikazani u tablici 14.

Tablica 14. Faktorska analiza usluga neprofitne ustanove

	Faktor 1	Faktor 2	Faktor 3	Faktor 4	Faktor 5
LIJEČNIČKE USLUGE	0,0457	0,2600	-0,0163	-0,0252	0,6943
MEDICINSKA KUĆNA NJEGA	0,0224	0,3020	0,1148	0,0786	0,7109
ZDRAVSTVENI SAVJETI	0,0751	0,8210	0,1419	0,0613	0,2229
PSIHOLOŠKI SAVJETI	0,0767	0,8744	0,1349	0,0963	0,2029
PRAVNI SAVJETI	0,1681	0,8087	-0,0110	-0,0426	0,1509
POMOĆ PRI SPREMANJU HRANE	0,7566	0,2573	-0,0152	0,1280	0,1517
POMOĆ PRI DNEVNOM ČIŠĆENJU U KUĆI	0,8414	0,1454	0,0892	0,0816	0,1848
POMOĆ PRI TJEDNOM ČIŠĆENJU U KUĆI	0,8564	0,0336	-0,0764	0,1674	0,1462
POMOĆ U ODRŽAVANJU I UREĐENJU STANA	0,7490	-0,0374	0,0224	0,3435	0,1742
NABAVA OGRJEVA	0,2730	0,0066	-0,0169	0,8813	0,0634
NABAVA ZIMNICE	0,2798	0,0547	0,0290	0,8941	0,0573
SVAKODNEVNA OPSKRBA NAMIRNICAMA	0,5872	0,1753	0,1952	0,4931	0,0432
USLUGE OSOBNE HIGIJENE	0,4892	0,0686	0,4571	0,2013	-0,1594
POMOĆ PRI ŠETNJAMA	0,5894	-0,0077	0,4202	0,1694	0,1753
SMJEŠTAJ (DOMOVI I SL.)	0,2243	0,0372	0,1848	0,0634	0,6592
OSIGURANJE ZA STAROST	0,2507	0,0662	0,1485	0,0506	0,5108
ORGANIZIRANJE IZLETA	0,0564	0,1348	0,8876	-0,0080	0,2152
ORGANIZIRANJE ZABAVNIH SADRŽAJA	0,0056	0,0895	0,9090	-0,0193	0,1950
Expl. Var	3,8180	2,4118	2,1614	2,0861	2,0551
Prp. Totl	0,2121	0,1340	0,1201	0,1159	0,1142

Faktor 1. (POMOĆ U KUĆI): pomoć pri spremanju hrane, pomoć pri dnevnom čišćenju u kući, pomoć pri tjednom čišćenju u kući, pomoć u održavanju i uređenju stana, svakodnevna opskrba namirnicama, pomoć pri šetnjama.

Faktor 2. (SAVJETI): zdravstveni savjeti, psihološki savjeti, pravni savjeti.

Faktor 3. (DOKOLICA): organiziranje izleta, organiziranje zabavnih sadržaja.

Faktor 4. (OPSKRBA): nabava ogrijeva, nabava zimnice.

Faktor 5. (TEMELJNE ŽIVOTNE POTREBE): liječničke usluge, medicinska kućna njega, smještaj (domovi i sl.), osiguranje za starost.

Analiza stavova ispitanika o mogućim uslugama neprofitne ustanove za skrb o starijima pokazuje, kao i kod pitanja o glavnim problemima, da su stariji ljudi u našem društvu još uvijek pretežito upućeni na zadovoljavanje temeljnih životnih potreba kao što su briga za zdravlje, smještaj i materijalnu sigurnost. Prema tome, svaka inicijativa na području socijalne skrbi u neposrednoj budućnosti morat će u prvi plan postaviti upravo ove probleme te osmisliti organizacijske i kadrovske pretpostavke za njihovo rješavanje.

Pored temeljnih životnih potreba, ustanova za skrb o starijima bi se svakako trebala baviti savjetodavnim uslugama i rješavanjem problema opskrbe koji traže veći napor (ogrjev, zimnica). Za razliku od toga, pomoć oko svakodnevnih kućanskih poslova i zabavni sadržaji nisu prioritetni za većinu starijih u našem društvu, ali to ne znači da ove vrste usluga neće dobiti na značenju ukoliko se na adekvatan način zadovolje spomenute urgentne potrebe.

Zaključak

Sve veće učešće starijih u ukupnoj populaciji stanovništva zahtijeva stvaranje drugačijeg, osjetljivijeg društvenog ozračja s većim izgledima za rješavanje brojnih problema s kojima se oni susreću. Pri tome se posebice ističe potreba promjena institucionalnog okvira socijalne skrbi za "treću dob". U pružanju usluga starijima kod nas još uvijek dominira državni sektor programima koji ni izdaleka ne podmiruju njihove potrebe. Rastuće potrebe mogu se podmiriti samo povećanom poduzetničkom inicijativom koja je jamac gospodarske učinkovitosti. Pri tome se nameću razni koncepti planiranja promjena u sustavu socijalne i zdravstvene djelatnosti te postupno uvođenje pružanja raznih usluga starijim osobama od strane privatnog neprofitnog sektora.

Na neke posebne aspekte navedenog problema ukazuju upravo rezultati provedenog istraživanja. Velika većina ispitanika misli da odgovornost za skrb o starijima treba prepustiti državi i obiteljima starijih osoba. To ukazuje na još uvijek prisutan "tradicionalistički" pogled na pitanje skrbi, što znatno sužava prostor za alternativne oblike skrbi. Tome treba pridodati i ranije naglašen problem neinformiranosti potencijalnih korisnika takvih oblika skrbi. Najveći problem ipak predstavlja materijalna oskudica u kojoj živi većina starijih osoba u našem društvu. Takav položaj određuje i prioritetne probleme koje oni ističu, a na osnovi toga i njihovo viđenje djelovanja moguće neprofitne ustanove za skrb o starijima, kao i usluga koje bi takva ustanova trebala pružati. Nije pretjerano ustvrditi kako su za većinu ispitanika ovi problemi svedeni na problem preživljavanja. Ako se pri tome uzme u obzir i kod većine anketiranih izraženi "konzervativizam" u odnosu na korištenje nepokretne imovine u rješavanju problema nemoći i skrbi u starosti, može se zaključiti da će razvoj neprofitnog sektora u socijalnoj skrbi napredovati uz dosta poteškoća. To ne znači da takve inicijative ne bi trebalo poticati, upravo suprotno. Međutim, za širi prodor privatne inicijative, a posebice neprofitnog sektora u područje socijalne skrbi moraju biti ostvarene određene pretpostavke kao što su ekonomski razvoj, bolji materijalni položaj širih slojeva korisnika skrbi, bolja informiranost o aktualnim trendovima u razvijenom svijetu te promjene u stavovima o pitanjima koja su povezana sa starenjem i uvjetima (materijalnim i socijalnim) u kojima se ovaj proces odvija.

Zbog nedostatka smještajnih kapaciteta velik broj starijih danas ne može ostvariti svoju želju za smještajem u dom. Trenutačno je u domovima za odrasle osobe u Hrvatskoj smješteno blizu 14.000 korisnika, a potrebu za smještajem ima blizu 100.000 osoba. Uz sva spomenuta ograničenja, istraživanje ukazuje na opravdanost promjena u pružanju usluga starijima, što može biti gospodarski isplativo i društveno opravdano. Pored pozitivnih financijskih pokazatelja brojne su i druge društvene koristi koje se time postižu, kao što su: zapošljavanje novih djelatnika i povećanje zadovoljstva građana, odnosno onih kojima su te usluge namijenjene. Nije beznačajno ni bolje korištenje postojećih kapaciteta, tj. stavljanje u funkciju onih objekata koji su trenutno neiskorišteni ili zapušteni. No svakako, od svega je najvažnije da se starijima omogući starost koja neće dovoditi u pitanje život dostojan čovjeka.

Literatura

1. Becker, E., (1987.) *Poricanje smrti*, Naprijed, Zagreb.
2. Crandall, R. C. (1991.) *Gerontology. A Bibehavioral Science Approach*, McGraw-Hill, New York.
3. Defilipis, B. i Havelka, M., (1984.) *Stari ljudi, Epidemiološka studija zdravstvenog, socijalnog i psihološkog stanja starih ljudi u Zagrebu*, Stvarnost Zagreb.
4. Defilipis, B. i Zvonarević, M., (1969.) *Starost i društvo Simpozij o gerijatriji*, Zbor liječnika Hrvatske, Zagreb.
5. Furlan, I., (1983.) *Čovjekov psihički razvoj, Uvod u razvojnu psihologiju*, Školska knjiga, Zagreb.
6. Gasparini, A. (1993.) *Cambiamenti nella popolazione e le linee di sviluppo della società anziana del futuro*, u A. Ardigo, e. F. Borgatta e A. Gasparini (ed.) *Mutamento sociale e società anziana*, Franco Angeli, Milano.
7. Giddens, A. (1997) *Sociology*, 3rd edition, Polity Press, Cambridge U.K.
8. Grmek, M. D., (1989.) *Bolesti u osvit zapadne civilizacije*, Globus, Zagreb.
9. Inglehart, R. (1997.) *Modernization and Postmodernization. Cultural, Economic and Political Change in 43 Societies*, Princeton University Press, NewYersey.
10. Lawton, M. P. (1993.) *Servizi istituzionali per le persone anziane*, u A. Ardigo, e. F. Borgatta e A. Gasparini (ed.) *Mutamento sociale e società anziana*, Franco Angeli, Milano.
11. *Statistički ljetopis hrvatskih županija - Državni zavod za statistiku Zagreb*, 1994.
12. Suić, M., (1981.) *Život i zdravlje starijih osoba*, Juma, Zagreb.
13. *Svijet u brojkama (1998.)*, Privredni vjesnik: Data Press, Zagreb.
14. Špan, M., (1991.) *Stariji ljudi i samački život*, Theleme vol. 37, broj 3-4 Andragoški centar, Zagreb.

Summary

SOCIAL CHANGES AND PROCESS OF AGING

The working paper is based on results of the empirical research that were obtained by the sample of 501 examinees who are advanced in years in Primorsko-Goranska County during 1999 and 2000. Theoretical framework of the research has been set in the first part of the paper. In this part authors connect the problem of aging and being old with process of modernization at a macro level of society. Above mentioned global processes determine the basis for hypothesis of this research and interpretation of statistical index concerning population aging in historical and geographic perspective. The second part of the paper presents analysis of the results from empirical research regarding a social status and needs of persons advanced in years in Primorsko-Goranska County. The results point at necessity to create innovative modes of social care for the elders in accordance with the aims of transitional processes of Croatian society. While analyzing diverse aspects of the status and needs of these who are "stricken in years", the authors in conclusion point at discrepancy between demands given by the new social conditions and present traditionalism in regards to solutions and contents of the social care for the elders. The main reason for this way of thinking is poverty of the elders that pushes them to be in a position of surviving and to satisfy their basic existential needs. This situation considerably limits possibilities to innovate care for these who are advanced

in years, especially when we talk about breakthrough of a private initiative and non-for-profit sector in this area.

Key words: *aging of a society, process of aging, old age, social care, social status of persons advanced in years.*

Zusammenfassung

GESELLSCHAFTLICHE VERÄNDERUNGEN UND ALTERN

Die Arbeit basiert auf einer empirischen Untersuchung, die die Autoren 1999 und 2000 an 501 älteren Personen aus dem Gebiet der Primorska-goranska Županija durchgeführt haben. Im ersten Teil der Arbeit wird der theoretische Rahmen der Untersuchung gegeben wobei das Problem des Alterns und des Alters mit den Modernisierungsprozessen verbunden wird, die sich auf der Makroebene der modernen Gesellschaft abspielen. Die erwähnten globalen Prozesse bestimmen die Grundhypothese der Untersuchung und die Interpretation der statistischen Daten über das Altern der Bevölkerung aus geschichtlicher und räumlicher Perspektive.

Den zweiten Teil der Arbeit bildet die Analyse der Ergebnisse, die aus der empirischen Untersuchung der gesellschaftlichen Lage und der Bedürfnisse älterer Personen auf dem Gebiet der Primorsko-goranska Županija gewonnen wurden. Die Ergebnisse der Untersuchung weisen auf den Bedarf an durchdachten neuen Formen der Sozialfürsorge für ältere Personen hin, die den Zielen des Transitionsprozesses, den die kroatische Gesellschaft durchläuft, entsprechen. Indem sie verschiedene Aspekte der Situation und Bedürfnisse des "dritten Lebensalters" analysieren, zeigen die Autoren in ihren Schlussfolgerungen den Widerspruch zwischen den Forderungen auf, die neue gesellschaftliche Bedingungen aufzwingen und den vorhandenen Traditionalismus hinsichtlich der Inhalte und Lösungen von Sozialfürsorge für Ältere. Einer der Hauptgründe dafür ist die Armut der Älteren, die diese Altersgruppe zum reinen Überleben und Befriedigen der grundlegenden existentiellen Bedürfnisse zwingt. Solche Situation begrenzt wesentlich die Möglichkeiten zur Innovation der Fürsorge für Ältere, besonders wenn vom Durchbruch privater Initiativen und gemeinnütziger Vereinigungen auf diesem Gebiet die Rede ist.

Schlüsselwörter: *Altern der Gesellschaft, Altern, Alter, Sozialfürsorge, gesellschaftliche Lage der Älteren.*

Sommario

CAMBIAMENTI SOCIALI E INVECCHIAMENTO

Il lavoro è fondato sui risultati di una ricerca empirica condotta su di un campione di 501 persone in età avanzata nella Contea Primorsko-Goranska durante il 1999 e 2000. Il quadro teorico della ricerca è esplicitato nella prima parte del lavoro. In questa parte gli Autori approfondiscono il problema dell'invecchiamento e dell'essere

anziani con il processo di modernizzazione della società nel suo macro-livello. Tali processi globali hanno determinato la base per l'ipotesi di questa ricerca e l'interpretazione dell'indice statistico relativo all'invecchiamento della popolazione nella prospettiva storica e geografica. La seconda parte del lavoro presenta l'analisi dei risultati della ricerca empirica rispetto alla posizione sociale e ai bisogni personali degli anziani nella Contea Primorsko-Goranska. I risultati indicano la necessità di creare modalità innovative di assistenza sociale per gli anziani secondo gli scopi dei processi di transizione della società croata. Con l'analisi dei diversi aspetti della posizione e dei bisogni di coloro che sono nella "terza età", gli Autori indicano conclusivamente la discrepanza tra le domande provenienti dalle nuove condizioni sociali e il presente tradizionalismo nei contenuti e nelle soluzioni dell'assistenza sociale per gli anziani. La ragione principale di questo modo di pensare è la povertà degli anziani che li spinge in una situazione di mera sopravvivenza e di semplice soddisfazione dei loro bisogni esistenziali basilari. Questa situazione limita considerevolmente le possibilità di innovare l'assistenza per coloro che sono in età avanzata, specialmente quando si parla dello sviluppo in questa area dell'iniziativa privata e del settore volontaristico.

Parole chiave: *invecchiamento della società, invecchiamento, senescenza, assistenza sociale, posizione sociale degli anziani.*

MANDATUM POST MORTEM U RIMSKOM PRAVU

Dr. sc. Mirela Šarac, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.462::34(37)
Ur.: 29. siječnja 2001.
Pr.: 19. rujna 2001.
Izvorni znanstveni članak

U članku se obrađuje, u romanističkoj znanosti još uvijek sporno, pitanje valjanosti mandata s učinkom tek nakon smrti stranaka. Dok je mišljenje o nevaljanosti mandata post mortem mandatarii nepodijeljeno, velike kontroverze izaziva pitanje valjanosti mandata post mortem mandatoris u rimskom klasičnom pravu. Prema vladajućem mišljenju u suvremenoj teoriji mp mandatoris u rimskom klasičnom pravu je ništav, a ništavost se obrazlaže načelima "obligatio ab heredis persona incipere non potest" i "mandatum morte solvitur", kao i specifičnom prirodom mandata kao ugovora intuitu personae. Justinijanovo pravo promijenilo je u potpunosti ovakvo shvaćanje klasičnih rimskih pravnika općenito dopustivši valjanost mandata post mortem.

Ključne riječi: mandat, smrt, rimsko pravo.

I.

U rimskom pravu čest je slučaj naloga ugovorenog s učinkom *inter vivos* čije je izvršenje prekinula smrt jedne od stranaka. U tom je slučaju vrijedilo pravilo "*mandatum morte solvitur*": mandat se gasio kako mandantovom, tako i mandatarevom smrću, što je sasvim razumljivo jer *mandatum* počiva na odnosu osobnog povjerenja i prijateljstva između mandanta i mandatar. Obveze koje su nastale zbog onoga što je izvršeno za života prelaze na nasljednike obje stranke. Međutim, ovo pravilo nije imalo apsolutan karakter u rimskom pravu. Prema Gaju (G.3.160), ugovor je prestajao smrću bilo koje od stranaka samo ako se nije pristupilo izvršenju povjerenog posla, odnosno, ako je *mandatum* bio još uvijek *integrum*. Justinijanovo pravo (I.3.26.10) stoji na stanovištu da će mandat završiti smrću jedne od stranaka samo ako mandatar nije započeo s izvršenjem naloga. Prema tome, u onim slučajevima u kojima je izvršenje mandata bilo u tijeku, a mandant je umro prije nego što bi mandatar obavio povjereni mu posao, mandatar bi bio vezan ugovorom, odnosno morao je izvršiti nalog do kraja. U ovom slučaju radi se o mandatu *trans mortem mandatoris*. Dakle, *mandatum trans mortem* postoji u slučaju kada je započeto s ispunjenjem naloga za vrijeme mandantova života i s

čijim bi izvršenjem trebalo nastaviti nakon mandantove smrti. Postavlja se pitanje može li biti ugovoren *mandatum* kojim bi se mandatar obvezao da će izvršiti preuzeti posao tek nakon mandantove smrti, odnosno je li valjan *mandatum post mortem*.¹ Kako se mandat najčešće zaključuje u mandantovom interesu, iz same prirode ugovora podrazumijeva se da bi mogao imati učinak i nakon mandantove smrti. Postoje poslovi za koje je mandant izričito zainteresiran da budu obavljani nakon njegove smrti. U ovom slučaju radi se o ugovoru čiji će učinci nastupiti tek nakon smrti jedne ugovorne strane, mandanta.

II.

Glede ovog pitanja ne postoji jedinstven stav rimskih pravnika ni u suvremenoj romanističkoj znanosti.

U starom Rimu polazilo se od osnovnog načela "*obligationes ab heredis persona incipere non posse*" prema kojem ostavitelj nasljedniku nije mogao naložiti stupanje u ugovorni odnos, odnosno preuzimanje i ispunjenje obveze tek nakon njegove smrti.

Već u 19. stoljeću postoje mišljenja da se od ovog načela odstupilo u 1. i 2. stoljeću, dakle u razdoblju klasičnog prava.²

U starijoj romanističkoj znanosti izdvojila su se tri posebna viđenja ovog problema. Zastupnici shvaćanja o potpunoj nevaljanosti *mandata post mortem* (*mpm*) smatraju da je u rimskom pravu ništav mandat čije ispunjenje treba uslijediti nakon mandantove smrti. Noodt, jedan od najpoznatijih predstavnika nizozemske škole elegantne jurisprudencije, smatra da ne može biti valjan mandat koji bi, sukladno mandantovoj volji, trebalo izvršiti tek nakon njegove smrti. Ipak, dopušta iznimke ukoliko se mandatar obvezao podići spomenik nakon mandantove smrti ili organizirati pogreb

¹ Najvažniji izvori i literatura: G.3.158; G.3.160; D.17.1.12.17; D.17.1.13; D.17.1.27.1; D.17.1.27.3; D.17.1.108; D.46.3.108; I.3.26.10; C.8.38.11; C.4.11.1; C.4.35.15

Zimmern, Über den nach des Mandators Tode zu vollziehenden Auftrag, AcP 4, 1821., 240; Bonfante, Mandato "post mortem", Scritti giuridici varii III, Torino, 1926., 262; König, Mandatum post mortem, disert., Bonn, 1932.; Di Marzo, Sul mandato "post mortem", Scritti Ferrini I, Milano, 1947., 233; Sanfilippo, "Mandatum post mortem", Studi Solazzi, Napoli, 1948., 554; isti, Ancora su Gai. 3.158, IURA X, 1959., 113; isti, Ancora un caso di "mandatum post mortem"?, Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino 5, Napoli, 1984., 2047; Arangio-Ruiz, Il mandato in diritto romano, Napoli, 1949., 142; Solazzi, Sull'obbligazione a termine iniziale, IURA I, 1950., 34; Di Paola, L'atto giuridico post mortem, Labeo I, 1955., 342; Rabie, D.46.3.108, Studi Arangio-Ruiz IV, Napoli, 1953., 263; isti, L'acte juridique post mortem en droit romain: validité et fonction, Milano, 1955.; isti, L'atto giuridico post mortem, Labeo III, 1957., 92; van Oven, Gaius 3.158: mandatum post mortem mandantis, EOS 48 (Symbolae Taubenschlag) I, 1956., 529; isti, Pour la dernière fois: Gaius 3.158, IURA II, 1960., 183; Watson, Contract of Mandate in Roman Law, Oxford, 1961., 133; Robbe, Osservazioni su Gaio, u Gaio nel suo tempo, Napoli, 1966., 110; Harder, Zum transmortalen und postmortalen Auftrag nach römischem und geltendem Recht, Sein und Werden im Recht, Festgabe für Ulrich von Lübtow, Berlin, 1970., 514.

² Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, Erlangen, 1853., 102, 120; Wendt, Reurecht und Gebundenheit I, Die conditio ex pönitentia, 1878., 50-51.

te navodi izvore D.17.1.12.17 i D.17.1.13 kao potporu svog mišljenja.³ Vinnius se poziva na I.3.26.10 u kojem se kaže da se mandat gasi smrću jedne od stranaka, što je razumljivo iz same prirode kontrakta. Mandantovom smrću prestaje osobni odnos prijateljstva na osnovi kojeg je mandataru povjereno izvršenje usluge. Raskidanje prijateljske veze ima za posljedicu gašenje svake pravne i moralne obveze i na mandatarevoj strani.⁴ Sličnog je mišljenja i Gesterding, koji se poziva na D.17.1.26.pr. gdje se među razlozima zbog kojih prestaje mandat navodi mandantova smrt.⁵ Dietzel smatra da se valjanost *mpm* ne može dokazati na osnovi tekstova rimskih pravnika jer je *mpm* u suprotnosti ne samo s pravilom *mandatum morte solvitur*, koje proistječe iz same prirode mandata, nego i s puno općenitijim načelom *ab heredis persona obligatio incipere non posse*.⁶ Zastupnici teorije relativne nevaljanosti, čiji je najpoznatiji predstavnik Zimmer,⁷ ističu da je u Justinijanovom pravu modificirano načelo da se mandat gasi smrću na taj način što je priznata valjanost mandata koji je trebalo izvršiti tek nakon mandantove smrti. Većina pravnika u starijoj romanističkoj znanosti smatra da je nalog usprkos mandantovoj smrti valjan i da treba nastaviti s njegovim izvršenjem, te da je ovo vrijedilo kako za starije, tako i za Justinijanovo pravo. Glück je mišljenja da se mandat gasi smrću ako je mandant umro, a s ispunjenjem naloga još nije započeto, da je nalog takav da je trebao biti izvršen još za mandantova života, te da je mandatar saznao za mandantovu smrt.⁸ Ako se ne radi više *o re integra*,⁹ onda je time zasnovana *obligatio* i *actio mandati*. *Mandatum* nije više *integrum* sa stanovišta mandanta i njegovih nasljednika ukoliko je započeto s njegovim izvršenjem u tolikoj mjeri da mandantovi nasljednici ne bi mogli bez veće štete sami ispuniti nalog ili ga povjeriti trećoj osobi. Glück navodi slučaj kada netko za vrijeme bolesti povjeri drugome da se brine i hrani njegove konje, pa nakon toga umre. Glück se pita hoće li se mandat u ovom slučaju ugasiti; hoće li mandatar pustiti da konji umru od gladi i žeđi samo zato što se po zakonu mandat mora ugasiti mandantovom smrću. Odgovor svakako glasi da neće ukoliko mandantovi nasljednici ne mogu sami ispuniti nalog, ili ga povjeriti trećem.¹⁰ *Mandatum* nije više *integrum* sa stanovišta mandataru ako je on već započeo s izvršenjem naloga i imao troškove tako da mu nije više moguće povući se. Također *mandatum* nije više *res integra* i s aspekta treće osobe s kojom je mandatar zaključio posao, ukoliko je ona već stekla neko pravo iz tog posla i koje joj ne može više biti oduzeto. Pri svemu ovome Glück zahtijeva da je mandat takav da je mogao i trebao biti izvršen još za mandantova života, što je bila namjera ugovornih stranaka. Međutim, ako je posao takav da je trebao biti izvršen,

³ Noodt, *Opera omnia*, Lugduni Batavorum, MDCCLXVII, lib.II, cap.3, 269.

⁴ Vinnius, *Institutionum commentarius*, Amsterdam, 1665.

⁵ Gesterding, *Alte und neue Irrtümer der Rechtsgelehrten*, Greifswald, 1818., 208.

⁶ Dietzel, *Zur Lehre vom mandatum post mortem*, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd.XIII, Gießen, 1856., 424.

⁷ Zimmer, n.dj., 240.

⁸ Glück, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Kommentar*, 15. Teil, Erlangen, 1813., 333.

⁹ V. Mayer-Maly, *Res integra*, *Vestigia iuris romani*, Festschrift Wesener, 1992., 303-316.

¹⁰ Glück, n.dj., 333-336.

prema izričito izraženoj mandantovoj volji, tek nakon njegove smrti, onda takav nalog neće biti ugašen mandantovom smrću.¹¹ Pozivajući se na izvore C.4.11 i D.24.1.3.10 obrazlaže svoje mišljenje činjenicom da razvijeno rimsko pravo sve više težište stavlja na volju stranaka. Dakle, ako se radilo o specifičnom sadržaju naloga koji je trebao biti izvršen tek nakon mandantove smrti, takav nalog nije prestajao mandantovom smrću.¹²

U novijoj romanističkoj znanosti, za razliku od starije, prevladava shvaćanje o nevaljanosti *mandata post mortem*.

Vladajuća doktrina smatra u klasičnom pravu ništavim kako *mpm mandatarii* tako i *mpm mandatoris*. Pernice¹³ i Fadda¹⁴ ne prave razliku između dva slučaja mandata, nego primjenjuju Gajevo mišljenje iz G.3.158 na oba slučaja.

Bonfante¹⁵ i Girard¹⁶ smatraju *mpm* apsolutno ništavim u klasičnom razdoblju, a takvo je shvaćanje promijenio tek Justinijan kada se očituje za valjanost takvog ugovora. Arangio-Ruiz¹⁷ objašnjava ništavost *mpm* prvenstveno starim pravilom *obligatio ab heredis persona incipere non potest*. Ovo pravilo, prema njemu, dominira nasljednim režimom za vrijeme cijele klasične i postklasične epohe, a nestaje tek Justinijanovim reformama. Vassalli¹⁸ i Di Marzo¹⁹ objašnjavaju ništavost *mpm mandatarii* i *mandatoris* različitim pravnim osnovama. Ništavost *mpm mandatarii* obrazlažu pravilom *obligatio ab heredis persona incipere non potest*, a ništavost *mpm mandatoris* pravilom *mandatum morte dissolvitur*. Perozzi²⁰ smatra ništavim *mpm mandatarii* zbog zahtjeva da mandat mora izvršiti ista osoba mandatar, a ništavost *mpm mandatoris* opravdava pravilom *mandatum morte dissolvitur*. Kaser²¹ smatra, pozivajući se na G.3.158, ništavim mandat koji treba izvršiti nakon mandatareve smrti, a isto vrijedi i za *mpm mandatoris*. Watson²² zaključuje da nije moguće dati jednoznačan odgovor na pitanje valjanosti *mpm* u klasičnom pravu. Već je u tom razdoblju postavljen uvjet da mandat prestaje smrću jedne od stranaka samo ako nije započeto s njegovim izvršenjem, dakle klasičnu ništavost *mpm mandatoris* izriče pravilom *re integra mandatum morte solvitur*. *Bona fides* obvezuje mandataru privesti kraju započeti posao, a ukoliko nije započeto

¹¹ isto, 337.

¹² Sličnog su mišljenja: Sintenis, *Das praktische gemeine Civilrecht*, II, Leipzig, 1861., 580; Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, 1886., 585; Scheurl, n.dj., 106; Unterholzner, *Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen* II, Leipzig, 1840., 593., n.7; Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts* II, Frankfurt, 1900., 752., n.5; Holzschuher, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts* III, Leipzig, 1881., 627.

¹³ Pernice, *Labeo, römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, vol.III, 1892., 129.

¹⁴ Fadda, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909., 303.

¹⁵ Bonfante, n.dj., 262.

¹⁶ Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929., 596.

¹⁷ Arangio-Ruiz, n.dj., 152.

¹⁸ Vassalli, *Di talune clausole con riferimento al dies mortis nel legato e nella stipulazione*, Firenze, 1910., 20.

¹⁹ Di Marzo, n.dj., 233.

²⁰ Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* II, Firenze, 1937., 310., n.2.

²¹ Kaser, *Römisches Privatrecht* I, München, 1971., 578, n.22.

²² Watson, n.dj., 131.

s izvršenjem naloga, ostaje *status quo ante*.²³ Za razliku od Watsona i Niederländera, Harder²⁴ smatra da prema klasičnom pravu nisu postavljeni nikakvi zahtjevi glede *res integra*, tj. mandat se gasio smrću bilo koje stranke bez obzira je li započeto s njegovim izvršenjem ili nije.

Postoje mišljenja²⁵ prema kojima se ništavost *mpm* bazira na načelu *alteri stipulari nemo potest*. Ugovori s učinkom nakon smrti jedne od ugovornih stranaka moraju biti svrstani u kategoriju ugovora *stipulari alteri*. Načelo *obligatio ab heredis persona incipere non potest* samo je posljedica klasične zabrane zbog koje je ništava svaka stipulacija ili obećanje za drugog. Jedan takav ugovor je ništav kako glede osobe stipulanta, tako i glede treće osobe - beneficijara.

Vladajućem mišljenju suprotstavljaju se Lotmar,²⁶ Vazny,²⁷ Sanfilippo²⁸ i Rabie.²⁹ Ovi autori smatraju da *mpm mandatoris* nije ništav, te mu dopuštaju valjanost čak i u klasičnom razdoblju. Samo ukoliko se radi o onome *qui mandatum suscepit*, *mpm* nema nikakvu pravnu vrijednost. Pravilo *obligatio ab heredis persona incipere non potest* jest izvorno u G.3.158, ali ono nije uzrok ništavosti *mpm mandatarii* nego posljedica ništavosti takve vrste mandata. Ovo se pravilo ne može primijeniti glede *mpm mandatoris* jer je takav mandat valjan, zbog čega ga Gaj ne spominje u G.3.158.

III.

Analizu rimskih pravnih vrela započet ćemo tekstom Gajevih Institucija 3.158 koji se smatra fundamentalnim za pitanje mandata *post mortem*:

*"Item si quid post mortem meam faciendum mihi mandetur, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse."*³⁰

Ovim tekstom Gaj nedvojbeno očituje nevaljanost *mpm mandatarii*,³¹ što objašnjava poznatim pravilom *obligatio ab heredis persona incipere non potest*.

²³ Watson, n.dj., 131-154; isti, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965., 151; Niederländer, prikaz: Watson, *Contract of Mandate in Roman Law*, ZSS 79 (1962), 454-455.

²⁴ Harder, n.dj., 523.

²⁵ Gesué, *Il mandatum post mortem*, disert., Rome, 1951, 30-32.

²⁶ Lotmar, *Kritische Studien in Sachen der Contravindication*, 1878, 14; isti, *Marc Aurels Erlass über die Freilassungsaufgabe*, ZSS 33 (1912), 320.

²⁷ Vazny, *Appunti alla dottrina classica dei contratti a favore di terzi in diritto romano*, BIDR XL, (1932), 80.

²⁸ Sanfilippo, *Mandato post mortem*, 557.

²⁹ Rabie, *L'acte juridique "post mortem" en droit romain: validité et fonction*, 97.

³⁰ G.3.158: Isto tako, ako se naloži da nešto bude učinjeno poslije moje smrti, mandat je nekoristan, jer općenito je određeno da obveza ne može započeti sa osobom koja nasljeđuje.

³¹ Usp. G.2.232 (o nevaljanosti legata *post mortem*) i G.3.100 (o nevaljanosti stipulacije *post mortem*).

Međutim, Gaj ništa ne govori o valjanosti *mpm mandatoris*. Znači li to da prethodno mišljenje vrijedi i za ovaj slučaj, ili je, naprotiv, *mpm mandatoris* valjan? Postoji više različitih mišljenja glede rješenja ovog pitanja u klasičnom razdoblju.³² Prema vladajućem mišljenju *mpm mandatarii* i *mpm mandatoris* moraju biti procjenjivani na analogan način i između njih ne treba praviti veliku razliku.³³ Predstavnici suprotne teorije su protiv ovakvog izjednačavanja i za njih je *mpm mandatoris* valjan.³⁴ Autori koji zastupaju prvo shvaćanje nisu suglasni glede pravne osnove nevaljanosti. Većina smatra da je temelj ništavosti u pravilu *obligatio ab heredis persona incipere non potest*, dok drugi ništavost smatraju prirodnom posljedicom načela *mandatum morte dissolvitur*.³⁵

Arangio-Ruiz,³⁶ kao i većina talijanskih romanista, nalazi oslonac za mišljenje o nevaljanosti *mpm mandatoris* u načelu *obligatio ab heredis persona...*, odnosno u Gajevom stavu, koji je ovo pitanje tretirao s dva različita stanovišta. Najprije ga razmatra u vezi sa stipulacijom *post mortem* u G.3.100,³⁷ a nakon toga i u G.3.158. U tekstu G.3.100 Gaj govori o nepodijeljenom mišljenju pravnika da obveza ne može početi s osobom nasljednika ako njeno izvršenje nije započelo za života ostavitelja, dakle potvrđena je ništavost pitanja koje se odnosilo na obvezu u vremenu nakon smrti, bilo stranke koja je zahtijevala da se nešto učini nakon njene smrti, bilo one stranke koja bi se obvezala da će učiniti nešto nakon svoje smrti. U G.3.158 Gaj ponavlja izraze koje je koristio u G.3.100 izlažući stipulaciju *post mortem*. Da je htio dati različit sud o tim slučajevima, on bi to učinio. Bilo u prvom, bilo u drugom slučaju, kontrakt se odnosi na smrt jedne od stranaka i ima za predmet nastanak obveze izravno u osobi nasljednika. Ukratko, kada dodaje *quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse*, Gaj samo primjenjuje opće načelo prema kojem se obveza ne može zasnovati sa osobom nasljednika. Premda ne spominje izričito *mpm ejus qui mandavit*, ništa se ne suprotstavlja tvrdnji da je opće pravilo vrijedilo i za taj slučaj.³⁸ Svoje mišljenje Arangio-Ruiz potkrepljuje i tekstom G.3.160:

³² Ovo kontroverzno pitanje riješeno je u postklasičnoj epohi jer tekstovi iz tog razdoblja nedvojbeno govore o valjanosti *mpm ejus qui mandavit*.

³³ Arangio-Ruiz, n.dj., 142; Bonfante, n.dj., 262; Coviello, *Il mandatum post mortem*, RIDC, 1930., 7-14; Castelli, *Scritti giuridici III*, Milano, 1923., 112.

³⁴ Glück, n.dj., 78; Sanfilippo, n.dj., 555; usp. Di Marzo, n.dj., 233; Monier, *Manuel élémentaire de droit romain II*, Paris, 1948., 182.

³⁵ Opširno o ovome v. Castelli, n.dj., 113.

³⁶ Arangio-Ruiz, n.dj., 144-145, 154.

³⁷ G.3.100: "*Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur post mortem meam dari spondes; vel ita post mortem tuam dari spondes; valet autem, si quis ita dari stipuletur cum moriar dari spondes? vel ita cum morieris dari spondes? id est ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur. Nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem...*" (Najzad, ništava je stipulacija kojom netko ugovori da će prenijeti vlasništvo na ovaj način: "Obećaješ li da ćeš dati poslije moje smrti?", ili ova: "Obećaješ li da ćeš dati poslije svoje smrti?". Ali će vrijediti ako je stipulirano: "Obećaješ li da ćeš dati u času moje smrti?" ili "Obećaješ li da ćeš dati u času svoje smrti?", tj. da obveza nastane u zadnjem času života vjerovnika ili dužnika. Naime, smatra se neprikladnim započeti obvezu s osobom nasljednika.)

³⁸ Arangio-Ruiz, n.dj., 158; isti, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1947., 353; isti, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950., 150.

*"Item si adhuc integro mandato mors alterutrius alicuius interveniat, id est vel eius qui mandaverit vel eius qui mandatum suscepit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, ut si mortuo eo qui mihi mandaverit ignorans eum decessisse executus fuero mandatum, posse me agere mandati actione; alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum mihi adferret. Et huic simile est quod plerisque placuit, si debitor meus manumisso dispensatori meo per ignorantiam solverit, liberari eum, cum alioquin stricta iuris ratione non posset liberari eo, quod alii solvisset quam cui solvere deberet."*³⁹

Prema ovom tekstu, ako je smrt bilo koje od stranaka dovela do gašenja mandata, onda su jednak učinak morali imati *mpm mandatarii* i *mandatoris*.⁴⁰ Osim toga, Arangio-Ruiz pretpostavlja da je dio teksta G.3.158 glasio: "*si quis quid post mortem suam vel post mortem meam faciendum mihi mandat*" gdje su riječi "*suam vel post mortem*" vjerojatno izostavljene zbog greške prepisivača.⁴¹ Sljedeći argument na koji se poziva Arangio-Ruiz u činjenici je da je *mandatum* kontrakt *intuitus personae*. Priroda mandata i njegovo podrijetlo mogu objasniti ništavost *mpm*. *Mandatum* je zasnovan na odnosu prijateljstva i povjerenja; to je

³⁹ G.3.160: Isto tako, ako mandat nije izvršen, smrću jednog od dvojice, bilo onoga koji nalaže, ili onoga koji prihvaća mandat, mandat se gasi. Ali, iz razloga korisnosti prihvaćeno je da ako umre onaj koji mi je dao nalog, a ja ne znajući za njegovu smrt izvršim nalog, mogu podići tužbu; inače, osnovano i vjerojatno neznanje će mi prouzročiti štetu. Ovome je slično, što većina zaključuje, ako moj dužnik plati mom oslobođenom nadzorniku, da se oslobađa duga, iako se po strogom načelu zakona ne može osloboditi, jer je platio drugome, a ne onome kome je trebao platiti.

⁴⁰ Slično, Zimmern, n.dj., 235.

⁴¹ Arangio-Ruiz, n.dj., 144, n.1. Postoje mišljenja da je dio Gajevog odlomka glasio: "*item si quid post mortem meam faciendum mandetur, inutile mandatum est*", gdje se "*post mortem meam*" treba odnositi na mandantovu smrt. Opširnije, v. Di Marzo, n.dj., 233. Van Oven, Gaius 3.158: *mandatum post mortem mandantis*, 529-540. misli da je u tekstu pisalo: "*item si quis post mortem meam faciendum mandat*" gdje se *quis* odnosi na mandanta, a *meam* na mandataru. Perozzi, n.dj., 310, n.2. smatra da ovaj Gajev tekst završava riječima "*inutile mandatum est*", a da je pozivanje na pravilo *ab heredis persona obligatio incipere non posse* interpolirano. Harder, n.dj., 524. smatra također dio odlomka "*quia... non posse*" postklasičnim dodatkom i formalističkim "obrazloženjem". Sanfilippo, n.dj., 556-557. označava rečenicu "*obligatio ab heredis persona...*" izvornom, ali ovo pravilo nije uzrok ništavosti *mpm mandatarii*, nego posljedica ništavosti takve vrste mandata. Gaj se ne poziva na ovo pravilo povodom *mpm mandatoris* jer je ovaj mandat valjan. Razlog ništavosti *mpm mandatarii* je u fizičkoj nemogućnosti izvršiti nalog zbog vlastite smrti. Kaser, Rezension von Watson, Contract of Mandate, TR 30, 1962., 269. smatra rečenicu u obliku "*ab heredis persona actionem incipere non posse*" valjanim razlogom nevaljanosti mandata. Di Marzo, n.dj., 234-238. misli da nema ni formalnih ni materijalnih razloga za dvojbu glede izvornosti teksta G.3.158. Klasični pravници nisu poznavali jedinstvenu doktrinu o *mpm*. Smatrali su kao *inutile mpm mandatarii* iz razloga što *ab heredis persona obligatio incipere non posse*, ali glede *mpm mandatoris* ograničavali su se da negiraju da mandantova volja može obvezivati nasljednika i da nasljednik može tužiti kao sljednik u skladu s mandantovom voljom, primjenjujući u oba slučaja pravilo *morte solvitur mandatum*. Justinijanovo pravo spojilo je dva slučaja *mpm* poštujući volju stranaka. Justinijanove Institucije, kao i Gai epit. 2.9.18-19 izostavljaju paragraf G.3.158.

bonae fidei negotium.⁴² S obzirom na ove karakteristike postojanje mandata ovisi o međusobnom povjerenju stranaka.⁴³ To povjerenje mora postojati ne samo u času zaključenja ugovora, nego sve vrijeme njegova trajanja, sve do izvršenja naloženog posla. Prirodno je da se ovo odnosi i na *mpm* koji ima u vidu smrt bilo koje stranke.⁴⁴ Dalje, Arangio-Ruiz odgovara na pitanje je li Gaj zaboravio slučaj *mpm mandatoris* ili ga je namjerno izostavio. Smatra da Gaj nije razmatrao ovaj tip mandata jer je mandat, barem u trenutku zaključenja, uvijek unilateralni kontrakt; jedina obveza koja nastaje je obveza mandataru vjerno izvršiti povjereni nalog.⁴⁵ Mandantova obveza na naknadu troškova i štete, koji mogu nastati izvršenjem naloga, ima samo eventualni karakter.⁴⁶ Čak i ako nastane, ona nema svoj izvor u kontraktu, nego u činjenici koja je izazvala troškove ili štetu. U slučaju *mpm* ne može se govoriti o obvezi koja započinje s osobom nasljednika jer sa stanovišta mandanta nema nikakve obveze zbog unilateralnog karaktera kontrakta, eventualne prirode obveze *ejus qui mandatum dedit* i neugovornog karaktera mandantove obveze na naknadu troškova.⁴⁷ Kao potpora ove ideje mogu biti navedena dva argumenta: infamirajući karakter *actio mandati* i zaštita koju ima mandatar. Mandant može biti osuđen samo putem *actio mandati contraria* koja nije infamirajuća. Očito je da mandantova obveza ne proistječe iz kontrakta, inače bi predviđena tužba morala imati infamirajući karakter.⁴⁸ U tekstu G.3.160 Gaj razmatra situaciju do koje može doći kada mandatar, ne znajući za mandantovu smrt, izvrši povjereni mu posao. Prema već izloženom pravilu mandat *morte alterutrius solvitur* mandatar ne može nakon gašenja kontrakta podići *actio mandati*.⁴⁹ Ali, Gaj dopušta *utilitatis causa* da mandatar podigne *actio contraria* jer je očito da nije znao za mandantovu smrt. Gaj ovdje uopće ne spominje dva slučaja: odnos nasljednika i mandataru i odnos mandanta i mandatarovog nasljednika kada mandant svoju obvezu nije u potpunosti izvršio. Na osnovi navedenog može se zaključiti da upravo karakter ugovora *intuitus personae* ne dopušta da se prihvati valjanost *mpm* kako mandanta, tako i mandataru, zbog čega je Gaj namjerno izostavio drugi slučaj.

O problemu *mpm* govori Paulov tekst D.17.1.26.pr. (32 *ad ed.*):

“Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est: nam mandatum solvitur morte. Si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit

⁴² Arangio-Ruiz, *Istituzioni*, 307-309; isti, *Il mandato*, 5-6; Burdese, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, 1950., 86; Biondi, *Iudicia bonae fidei*, Palermo, 1920., 61; Donatuti, *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano I*, Perugia, 1924., 21; Rabie, n.dj., 59-62.

⁴³ G.3.159; D.17.1.1.4; D.17.1.15; D.46.3.34.3; I.3.26.13.

⁴⁴ Bonfante, n.dj., 262.

⁴⁵ Arangio-Ruiz, *Il mandato*, 84; Donatuti, *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano II: La volontà del mandante*, Perugia, 1927., 38; Monier, n.dj., 116-117, 123.129, 183. Usp. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1949., 253, 158, n.3, 222, n.4.

⁴⁶ D.17.1.26.6.

⁴⁷ Rabie, n.dj., 63-64; Arangio-Ruiz, n.dj., 195.

⁴⁸ Rabie, isto, 64.

⁴⁹ Bonfante, n.dj., 264.

mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare."⁵⁰

Utilitatis causa o kojoj govori Paul s jednim *dicitur* da bi označio da je riječ o već donekle starom poučavanju, u skladu je s Gajevim *utilitatis causa receptum*. Ali, Paul je pravilo o kojem govori preuzeo od Julijana, koji ide korak dalje od Gaja jer kaže da je u nekim slučajevima, premda upoznat s činjenicom da je mandant umro, mandatar bio obavezan završiti započeti posao, dok su mandantovi nasljednici bili obvezni preuzeti na sebe obveze iz izvršenog posla i naknaditi mandataru učinjene troškove.⁵¹ U svim navedenim slučajevima podizanje tužbe protiv nasljednika umrle stranke, kao i trajnost obveze, opravdani su kriterijem korisnosti (*utilitas causa*) ili idejom da se mora izbjeći šteta za mandatara.

Za razliku od Paula i Julijana, Gaj prestanak mandata zbog mandantove smrti smatra ovisnim o tome je li već započeto s izvršenjem naloga ili nije. U tekstovima G.3.160⁵² i D.17.1.27.3 uvodi novi zahtjev, *mandatum integrum*.

D.17.1.27.3 (Gai. 10 ad ed. prov.): "*Morte quoque eius, cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum et ob id heres eius, licet exsecutus fuerit mandatum, non habet mandati actionem.*"⁵³

Na osnovi navedenih tekstova očito je da postoje razlike u mišljenjima rimskih pravnika. Dok Paul ne smatra bitnim kada je nastupila smrt jedne od stranaka, niti za taj moment veže prestanak naloga, Gaj smatra da će mandat biti ugašen samo ako još nije započeto s njegovim izvršenjem.

Postoje dvojbe glede izvornosti Gajevih tekstova. Beseler⁵⁴ smatra da je tekst G.3.160 podvrgnut širokom glosiranju, a Harder⁵⁵ da su riječi "*adhuc integro mandato*" na prijelazu iz 3. u 4. stoljeće ušle u G.3. 160 na temelju Dioklecijanove

⁵⁰ D.17.1.26.pr: Među razlozima zbog kojih prestaje mandat je i smrt mandantova: mandat se, naime, razrješava smrću. Ali, ako je ispunjen zbog neznanja, kažu da se ima pravo na tužbu *utilis causa*. Julijan je također pisao da se smrću mandatar razrješava mandat, ali obveza ponekad traje i dalje.

⁵¹ Sličan slučaj Paul izlaže u tekstu D.17.1.26.1 (32 ad ed.): "*Si quis debitori suo mandaverit, ut Titio solveret, et debitor mortuo eo, cum id ignoraret, solverit, liberari eum oportet.*" (Ako je netko naložio svom dužniku da plati Ticiju, pa nakon njegove smrti, dužnik, ne znajući za to, plati, onda mora biti oslobođen obveze.) Paul smatra slobodnim dužnika koji, ne znajući za nalogodavčevu smrt, isplati dug Ticiju, osobi koju je mandant odredio prije smrti. O posebnoj primjeni utilitetnog pravila na *procuratio ad litem* Paul govori u D.17.1.58.pr.(4 quae.): "*Si praecedente mandato Titium defenderas quamvis mortuo eo, cum hoc ignorares, ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere, quia mandatum morte mandatoris, non mandati actio solvitur...*" (Ako si na osnovi mandata branio Ticija, premda je bio mrtav, kako to nisi znao, mislim da je prikladna tužba iz mandata protiv Ticijeva nasljednika, jer mandat prestaje smrću mandanta, ali ne i tužba iz mandata.) Iz ovog teksta je očito da Paul dopušta tužbu protiv mandantova nasljednika premda je mandant umro prije nego što je mandatar pristupio obrani, odnosno izvršenju naloga.

⁵² V. napomenu br. 39 u ovom tekstu.

⁵³ D.17.1.27.3: Smrću nalogodavca, ukoliko bi umro prije nego što je po nalogu nešto poduzeo, prestaje mandat, i zato njegov nasljednik, i ako bi mandat bio izvršen, nema tužbu iz mandata.

⁵⁴ Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen IV, Tübingen, 1920., 111.

⁵⁵ Harder, n.dj., 520.

konstitucije C.4.35.15: "*Mandatum re integra domini morte finitur*",⁵⁶ dok se u tekstu D.17.1.27.3 radi o interpolaciji kompilatora. Arangio-Ruiz⁵⁷ i Watson⁵⁸ smatraju malo vjerojatnim ove interpolacije i smatraju ih nebitnim za pitanje kojim se bavimo. Harder je mišljenja da i Paul i Gaj u svojim Institucijama i u 10. knjizi Komentara o prov. ediktu govore da se mandat gasi smrću jedne od stranaka bez ikakvih daljnjih uvjeta. Tek je 294. godine Dioklecijan ograničio ovo načelo zahtjevom o *res integra* (C.4.35.15), a ovo ograničenje kasnije preuzimaju i Justinijanove Institucije (I.3.26.10). Prema klasičnom pravu nisu postavljeni nikakvi uvjeti glede *res integra*, tj. mandat se gasio smrću bilo koje stranke bez obzira je li započeto s njegovim izvršenjem ili nije. Kao potporu svog mišljenja Harder navodi Gai. epit.2.9.19 u kojima nema nikakvog zahtjeva o *res integra*.

Gai.epit.2.9.19: "*Solvitur mandatum aut morte eius qui mandavit, aut eius cui mandatum est, aut contraria illius voluntate, qui mandavit.*"⁵⁹

Za razliku od Hardera, Watson⁶⁰ smatra da je već u klasičnom pravu postavljen uvjet da mandat prestaje smrću jedne od stranaka samo ako nije započeto s njegovim izvršenjem. Paul je, prema njemu, jednostavno ispustio napisati o zahtjevu *res integra*, jednako kao što se nije očitovao o smrti mandanta. Gaj i Paul govorili su o istoj stvari samo s različitih stanovišta. Paul je čak postavio smrt jedne od stranaka kao razlog prestanka mandata bez obzira na *res integra* jer je i on bio mišljenja da će nasljednik *bona fide* biti vezan već započetim nalogom.

Misao o nevaljanosti *mpm* jasno je izražena u Ulpijanovom tekstu D.17.1.12.17 (31 *ad ed.*):

*"Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. Illum vero qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum. Potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit."*⁶¹

Mandant je naložio mandataru da mu nakon smrti izgradi nadgrobni spomenik. Postavljaju se pitanja može li mandatar tužiti mandantovog nasljednika tužbom iz mandata i tražiti naknadu troškova koje je izvršenje naloga eventualno izazvalo i može li nasljednik podići *actio mandati* protiv mandataru. Potvrđan ili odrećan odgovor ovisi uvijek o valjanosti *mpm*. Prema nepodijeljenom mišljenju romanista

⁵⁶ C.4.35.15: Mandat se gasi mandantovom smrću ako mandatar još ništa nije poduzeo.

⁵⁷ Arangio-Ruiz, n.dj., 140. n.1.

⁵⁸ Watson, n.dj., 125.

⁵⁹ Gai. epit.2.9.19: Mandat prestaje ili smrću onoga tko je naložio ili onoga kome je naloženo, ili zbog protivne volje onoga tko je naložio.

⁶⁰ Watson, n.dj., 131; isti, *The Law of Obligations*, 151.

⁶¹ D.17.1.12.17: *Marcellus* tako piše da ako je netko dao nalog da mu se podigne spomenik nakon njegove smrti, njegov nasljednik može podići tužbu iz mandata. Ali, ako je onaj tko je preuzeo nalog, podigao spomenik na svoj vlastiti trošak, ja smatram da može podići tužbu iz mandata ako nije bilo naloženo da izgradi spomenik na svoj trošak. Dakle, mogao je tužiti nalogodavca da mu dâ novac za izgradnju, pogotovo ako je u tu svrhu nešto već pripremio.

tekst je jako interpoliran.⁶² Općenito se smatra da je u klasičnom tekstu u prvoj rečenici stajalo "...., heres eius *non poterit mandati agere*."⁶³ Dakle, ispred glagola *poterit* stajalo je *non* koje su kompilatori izbacili. Na osnovi teksta moglo bi se zaključiti da je dopuštena *actio mandati* mandataru premda se radi o *mpm*. U literaturi ne postoji suglasnost pod kojim je uvjetima ova tužba dopuštena. Arangio-Ruiz smatra da su kompilatori umetnuli mandatarevu tužbu protiv mandantovog nasljednika, a da su klasični pravници dopuštali mandataru tužbu iz mandata samo protiv mandanta da bi dobio predujam za troškove spomenika. *Marcellus* je našao luku spasa u dvije činjenice: izgradnja je započela već za mandantova života i mandatar je podigao tužbu kako bi anticipirao troškove. Pravnik je transformirao *mpm* u mandat čije izvršenje i isplata započinju za života ugovornih strana.⁶⁴ Ukratko, izvješćujući o Marcelovom sudu, Ulpijan smatra da mandatar u takvom slučaju ne može podići *actio mandati* protiv nasljednika. Takav zaključak predstavlja logičnu primjenu ništavosti *mpm* koja je očitovana u prvom dijelu teksta. Ulpijanov tekst sadrži dva primjera lukavstva kojima se pribjegavalo: mandatar je podizao tužbu da bi anticipirao troškove ili je započinjao sa izvršenjem naloga još za mandantova života.

Sličan primjer sadrži Gajev tekst D.17.1.13 (10 *ad ed prov.*):

*"Idem est et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum"*⁶⁵

Na osnovi ovako kratkog teksta teško je izvući konkretne zaključke. Na što Gaj aludira kada kaže: *"Idem . . ."*? Očito je da se radi o *mpm mandatoris*, ali se iz teksta više ništa ne može izvući. Ukoliko se ovaj tekst usporedi s već navedenim tekstom D.17.1.12.17, može se pretpostaviti da oba teksta sadrže istu misao o nevaljanosti *mpm*.⁶⁶ Harder misli da je i u ovom tekstu izvorno ispred *"idem"* stajalo *"non"*, ili je Gaj u prvobitnom tekstu prije ovog paragrafa govorio o nevaljanom mandatu.⁶⁷ Sanfilippo je mišljenja da značenje veze *"idem est"* ovisi o značenju

⁶² Arangio-Ruiz, n.dj., 152-153; Rabie, n.dj., 72; Sanfilippo, n.dj., 565-566; Di Marzo, n.dj., 236.

⁶³ Dietzel, n.dj., 431; Harder, n.dj., 525; König, n.dj., 23; Arangio-Ruiz, n.dj., 153; Watson, n.dj., 138, 151; Fadda, n.dj., 303; Perozzi, n.dj., 310, n.2; Di Marzo, n.dj., 236; drukčije, Zimmermann, n.dj., 240. i Sanfilippo, n.dj., 565. Sanfilippo smatra da zastupnici teze o nevaljanosti *mpm* ne mogu preokretati odluku iz teksta D.17.1.12.17 umećući *"non"* ispred *"poterit mandati agere"*. Njega ne iznenađuje opreka (*"illum vero"*) između tužbe koju može podići mandantov nasljednik i one koja se može očekivati od mandataru; prvi može tužiti u svakom slučaju za izvršenje naloga, a drugi samo *"si non ita ei mandatum est ut sua pecunia faceret monumentum"*. Primjedba (v. Di Marzo, n.dj., 236.) da u prethodnom paragrafu Ulpijan govori o Marcelovom mišljenju o gašenju mandata *finita voluntate* ne mora navoditi na zaključak da i § 17 govori o ništavosti *mpm mandatoris finita voluntate*. Činjenično stanje u § 16 različito je od *mpm* jer u njemu *finita voluntate* aludira na jedan slučaj *revocatio mandata*.

⁶⁴ Arangio-Ruiz, n.dj., 152-153.

⁶⁵ D.17.1.13: Isto vrijedi ako sam ti naložio da mojim nasljednicima kupiš zemljište nakon moje smrti.

⁶⁶ Rabie, n.dj., 74.

⁶⁷ Harder, n.dj., 526; slično, Zimmermann, n.dj., 241. i Di Marzo, n.dj., 237.

teksta D.17.1.12.17 koji mu prethodi.⁶⁸ Kako, po njemu, ovaj tekst potvrđuje valjanost *mpm mandatoris*, onda i D.17.1.13 svjedoči u tom smislu. Osim toga, u Gajevom originalu tekst D.17.1.13 sigurno nije mogao slijediti fragment D.17.1.12.17 koji je Ulpijanov. Ovaj Gajev tekst nastavak je sadašnjeg D.17.1.27.1 (9 *ad ed prov.*):

*"Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio: potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si paenitentia acta servum recipere velim."*⁶⁹

Nakon ovog teksta slijedio je fragment D.17.1.13: *"Idem est et si..."* jer je tekst D.17.1.27.1 pripadao Gajevoj 10. knjizi komentara o prov. ediktu.⁷⁰ Premda neki autori smatraju da se u tekstu D.17.1.27.1 ne radi o *mpm* nego o darovanju s nalogom,⁷¹ odnosno o *mancipatio fiduciae*,⁷² to nema važnosti jer je bitno utvrditi afirmativni ili negativni karakter odluke da bi se moglo izvesti značenje riječi *"idem est"* u D.17.1.13. U tekstu D.17.1.27.1 rješenje je potvrdno i gotovo univerzalno dopušteno, iz čega slijedi da i D.17.1.13 također govori (*"idem est"*) o valjanosti *mpm mandatoris*, zaključuje Sanfilippo.

Dokazujući valjanost *mpm mandatoris* Sanfilippo poziva se na tekst Gajevih Institucija 3.117:

*"Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit: adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi tenetur."*⁷³

Sanfilippo smatra da se Gaj i u ovom tekstu očituje o valjanosti *mpm mandatoris*. U suprotnom slučaju postavila bi se pitanja kojom bi tužbom mandatar mogao obvezati dužnika da plati i kako bi dužnik bio zaštićen od opasnosti da vjerovnik *ex stipulatu agisse statim*.⁷⁴ Za razliku od Sanfilippa, Zimmer⁷⁵ i Arangio-Ruiz⁷⁶ misle da,

⁶⁸ Sanfilippo, n.dj., 565.

⁶⁹ D.17.1.27.1: Ako sam ti predao roba s nalogom da ga oslobodiš nakon moje smrti, takva obveza vrijedi. Ipak, i s moje strane može nastupiti razlog za tužbu, kao kada bih se predomislio i roba zatražio natrag.

⁷⁰ Sanfilippo, n.dj., 566, n.41.

⁷¹ Bonfante, n.dj., 263; Castelli, n.dj., 112.

⁷² Pernice, n.dj., 129.

⁷³ G.3.117: Sponsore, fidepromisore i fideiussore obično koristimo kada nastojimo da nam dug bude sigurniji; a adstipulatora samo onda kada treba osigurati isplatu po našoj smrti. ... (tada) je naša stipulacija nevažeća, zato se pridružuje adstipulator da bi mogao tužiti poslije naše smrti, ali sve ono što pribavi obvezan je predati mojim nasljednicima na osnovi tužbe iz mandata.

⁷⁴ Sanfilippo, n.dj., 563-564.

⁷⁵ Zimmer, n.dj., 493.

⁷⁶ Arangio-Ruiz, n.dj., 148, n.2.

ukoliko bi *mpm mandatoris* bio valjan, ne bi bilo potrebno pribjegavati adstipulatoru, nego bi bila zaključena jednostavna stipulacija praćena nalogom osobi od povjerenja da ga izvrši nakon stipulantove smrti. Dakle, da bi bio mandatar vjerovnika, adstipulator se morao naći u situaciji da je mogao zahtijevati ispunjenje tek nakon vjerovnikove smrti, tako da predmet mandata nije naplata nego sama stipulacija sklopljena za mandantova života.

U vezi s problemom *mpm* treba navesti Paulov tekst D.46.3.108 (2 *manual.*):

*"Ei, qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur, quia talis est lex obligationis: ideoque etiam invito me recte ei solvitur. Ei autem, cui iussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur, quia mandatum morte dissolvitur."*⁷⁷

U tekstu⁷⁸ su iznesene dvije hipoteze. Prvi slučaj odnosi se na mandat *stipulari post mortem meam*, tj. slučaj sličan adstipulaciji. Kako se mandatar nalazi u situaciji sličnoj adstipulatorovoj, plaćanje koje je njemu izvršeno bit će valjano, *quia talis est lex obligationis*. Ovakvo plaćanje bit će valjano, čak i ako je obavljeno protivno eventualnoj mandantovoj zabrani.⁷⁹ U drugom slučaju Paul govori o *mpm mandatoris* čiju valjanost nedvojbeno isključuje. Paul je u navedenom tekstu prenio smisao dvaju Gajevih tekstova: u prvoj rečenici ima u vidu slučaj koji Gaj izlaže u G.3.117, a u drugoj razmatra hipotezu iz G.3.158.

Sanfilippo⁸⁰ je mišljenja da se tekst D.46.3.108 ne može smatrati dokazom o nevaljanosti *mpm mandatoris*, jer se, kako kaže, radi samo o varci izazvanoj površnim tumačenjem, koja nestaje kada se tekst sagleda u pravom svjetlu. Paul je napisao da se valjano plaća onome koji je na osnovi mog naloga zaključio stipulaciju nakon moje smrti, pa je plaćanje valjano, čak i ako je izvršeno protiv moje volje. Naprotiv, ako naložim mom dužniku da plati nakon moje smrti, njegovo plaćanje nije valjano jer mandat završava smrću. Ovaj fragment, nastavlja Sanfilippo, pokazuje dva suprotna slučaja. U prvom slučaju neki Ticije želi zaključiti *stipulatio post mortem suam*. Budući da je *stipulatio post mortem* ništava,⁸¹ ostaju mu dva sredstva:

⁷⁷ D.46.3.108: Valjano je ispunjenje onome tko je stipulirao po mom nalogu nakon moje smrti; takva su pravila obveze. Tako je, dakle, čak protiv moje volje, ispunjenje njemu valjano izvršeno. Ali, nije valjano ispunjenje koje je izvršeno onome kome sam uputio mog dužnika da plati nakon moje smrti jer se mandat razrješava smrću.

⁷⁸ Izvornost teksta dovode u pitanje Bonfante, n.dj., 265; Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, vol. I, Napoli, 1935., 59, n. 1, 74; Vassalli, n.dj., 28, 55; suprotno, Di Marzo, n.dj., 234-236.

⁷⁹ U riječima: *"...ideoque etiam invito me recte ei solvitur"* Vassalli, n.dj., 20, 55. vidi nevaljano očitovanje budući da je predmet mandata samo *stipulari post mortem meam*, pa mandant više ne može intervenirati revokacijom. Solazzi, n.dj., 66. tvrdi da je rečenica *"ideoque... solvitur"* glosa, da umrli nije ni *volens* ni *invitus*, te da je taj fragment apsurdan jer se ne može zamisliti da se jedna takva zabrana može pojaviti nakon termina *post mortem*. Arangio-Ruiz, n.dj., 152. brani izvornost ovog fragmenta smatrajući da ne postoji nikakva teškoća da se kao Paulova prihvati i iduća rečenica prema kojoj je plaćanje mandataru valjano čak i protiv eventualne mandantove zabrane. To očitovanje nije suvišno, naprotiv, ono osigurava da se mandant neće naknadno predomisлити i opozvati nalog.

⁸⁰ Sanfilippo, n.dj., 562.

⁸¹ G.3.110

Ticije može zaključiti stipulaciju praćenu adstipulacijom,⁸² ili, ništa ne stipulirajući, može jednostavno naložiti Cajusu da on stipulira nakon Ticijeve smrti, kako bi *Cajus*, kao vjerovnik *ex stipulatu*, mogao tužiti nakon Ticijeve smrti i prenijeti na Ticijeve nasljednika dobivenu prestaciju. Nalazimo se, dakle, pred dvostrukim nalogom: prvim, čiji je predmet *stipulari inter vivos* i koji je izričito spomenut, dok drugi predviđa *mpm mandatoris*⁸³ i predstavlja indirektni dokaz klasične prakse *mpm mandatoris*. Za razliku od Gaja, Paul se ne bavi u ovom fragmentu valjanošću drugog mandata, tj. *mpm mandatoris*, nego se ograničava na ispitivanje pravnih učinaka stipulacije zaključene na osnovi prvog mandata i odlučuje da se dužnik valjano oslobađa obveze nakon mandantove smrti, koja je predviđena samo kao rok dodan stipulaciji. Drugi dio teksta nema ništa s mandatom nego se odnosi na delegaciju.⁸⁴ Kada naložim mom dužniku da plati dug nakon moje smrti, takvo naređenje ne konstituira nikada mandat, nego se radi o jednostranom *jussumu* koji ne vrijedi nakon smrti deleganta, pa sljedstveno tome, plaćanje izvršeno nakon moje smrti ne oslobađa dužnika. Nesporazum je u tome što se *jussum* deleganta u izvorima često naziva *mandatum*, ne misleći pri tome na kontrakt *mandatum*.⁸⁵ Tako, prema Sanfilippu,⁸⁶ otpada i ovo tobožnje svjedočanstvo o nevaljanosti *mpm mandatoris* u klasičnom razdoblju.

Na osnovi svega navedenog može se zaključiti da za razdoblje klasičnog prava ne postoji nedvojbeno obrazloženje o nevaljanosti kako naloga s čijim izvršenjem je započeto za života stranaka, tako i onog s čijim izvršenjem tek treba započeti nakon mandantove smrti. Razlog nevaljanosti *mpm* leži najvjerojatnije u pravnoj strukturi mandata. Odnos između mandanta i mandataru zasnovan je na njihovom međusobnom prijateljstvu i povjerenju. Ovaj osobni odnos ne mora nužno obuhvatiti i njihove nasljednike. Normalno je da mandant u slučaju mandatarove smrti ima mogućnost povjeriti izvršenje naloga drugoj osobi, jednako kao što i mandantovi nasljednici mogu prenijeti mandat na drugu osobu. Prema tome, doći će do gašenja mandata zbog smrti bilo koje od stranaka, pa sukladno tome ne može ni svjesno dani nalog postati valjan tek nakon mandantove smrti. Ovakav stav klasičnog rimskog prava izmijenjen je u potpunosti u postklasičnom i posebno u Justinijanovom pravu.

⁸² G.3.117

⁸³ Sanfilippo, n.dj., 563.

⁸⁴ Opširno o delegaciji u klasičnom rimskom pravu, v. Rabie, n.dj., 117, n.12; Cosentino, Osservazioni in tema di mandatum e di delegatio, BIDR 69 (1967), 299-336.

⁸⁵ Cosentini, Ratihabito mandato comparatur, Annali del Seminario giuridico, Catania, 1946/7., 240; Burdese, n.dj., 29-31; Rabel, Ein Ruhmesblatt Papinians. Die sogenannte actio quasi institoria, Gesammelte Aufsätze IV, Tübingen, 1971., 269; Bonfante, n.dj., 265; Solazzi, n.dj., 74; Vassalli, n.dj., 28, 55; Rabie, D.46.3.108, 290; Drukčije, Di Marzo, n.dj., 234-236. koji smatra da veznik "autem" između dva dijela teksta navodi na misao da se i u drugom dijelu radi o ugovoru o nalogu jer bi inače bilo čudno približavanje ova dva slučaja bez uske veze među njima.

⁸⁶ Sanfilippo, n.dj., 563.

IV.

Za vrijeme Dioklecijanove vladavine postavljeno je ograničenje da mandat prestaje smrću samo ukoliko se radi o *re integra*.⁸⁷ Kako se u ovom razdoblju odlučujućom smatra volja stranaka, trebalo je poštovati mandantovu volju i završiti nalog čije je izvršenje započeto za njegova života. Na ovaj je način data prednost pravoj ili pretpostavljenoj volji mandanta pred interesima i voljom nasljednika. Dakle, mandat će se ugasiti samo ako još nije započeto s njegovim ispunjenjem (*res integra*).

Ovo ograničenje iz C.4.35.15 preuzeto je i u Justinijanove Institucije 3.26.10:

*"Item si adhuc integro mandato mors alterutrius interveniat, id est vel eius, qui mandaverit, vel eius, qui mandatum suscepit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si mortuo eo, qui tibi mandaverit, ti ignorans eum decessisse exsecutus fueras mandatum, posse te agere mandati actione: alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum tibi afferat..."*⁸⁸

Justinijanovo pravo riješilo je kontroverzno pitanje valjanosti *mpm*, općenito dopustivši ugovore s učinkom nakon smrti stranaka. Na taj način uklonjeno je pravilo *ab heredis persona obligatio incipere non posse*.⁸⁹ Justinijan je 528. godine izdao konstituciju koja je uvrštena u C.8.38.11 i kojom je promijenio način reguliranja ove materije, izbacivši kao nekorisnu sitničavost pravilo o ništavosti obveza *post mortem*.

C.8.38.11: *"Scrupulosam inquisitionem, utrum post mortem an cum morietur stipulatus sit aliquis vel in testamento legati vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes omnia, quae vel in quocumque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi post mortem vel pridie quam morietur scripta esse noscuntur, nihilo minus pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus..."*⁹⁰

Ova je konstitucija vjerojatno tumačena restriktivno, pa je Justinijan smatrao potrebnim razjasniti prethodnu reformu i u potpunosti poništiti pravilo *obligatio ab heredis persona incipere non potest*. Zbog toga je 531. godine donio još jednu

⁸⁷ C.4.35.15 (V. napomenu br. 56 u ovom tekstu.)

⁸⁸ I.3.26.10: Isto tako, gasi se mandat, ako, ukoliko još nije započeto s njegovim izvršenjem, nastupi smrt jedne od stranaka, bilo mandanta, bilo mandatara. Ali iz razloga korisnosti dopušteno je, ako je umro onaj tko ti je naložio, a ti, ne znajući da je umro, izvršiš mandat, da možeš tužiti tužbom iz mandata; inače škodit će ti opravdano i moguće neznanje.

⁸⁹ Kaser, *Römisches Privatrecht II*, München, 1975., 340.

⁹⁰ C.8.38.11: Pretjerano sitničavo istraživanje je li netko ugovorio poslije smrti, ili umirući, ili prije nego što je umro, ili je ostavio nešto legatom ili fideikomisom, potpuno bi umanjilo sve što je kakvim ugovorom dogovoreno ili što bi ostavitelj ostavio oporukom; propisujemo da je valjano sve što su stranke stipulirale ili odredile u bilo kom ugovoru.

konstituciju koja je uvrštena u C.4.11.1:

*"Cum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recipimus, consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare. Ab heredis enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam e medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur."*⁹¹

Kako se ova konstitucija⁹² sigurno odnosi i na mandat ("*et alios contractus post mortem*", "*ceterarumque causarum post mortem*"), Justinijan je u potpunosti dao prednost mandantovoj volji eliminiravši tako klasično shvaćanje o nevaljanosti *mpm mandatoris*. Dakle, ukoliko je mandant izričito naložio da određeni posao treba biti izvršen tek nakon njegove smrti, njegovi nasljednici bili su vezani njegovom voljom, a njihovi interesi u potpunosti podređeni volji umrloga.

V.

Na osnovi navedenih tekstova mogli bismo zaključiti da je *mandatum post mortem* u rimskom klasičnom pravu bio nevaljan, a kao razlog nevaljanosti rimski klasični pravници navode načela *ab heredis persona obligatio incipere non potest* i *mandatum morte solvitur*. Klasični pravници ne dijele jedinstven stav glede pravne osnove nevaljanosti mandata *post mortem*. Pravilo prema kojem obveza ne može započeti s osobom nasljednika, i na koje se prvenstveno poziva Gaj, imalo je apsolutan karakter u pretklasičnom razdoblju i svakako je u uskoj vezi sa starim rimskim shvaćanjem o neprenosivosti obveze. U klasičnoj epohi ovo načelo ima još uvijek opći karakter. Definitivno ga je ukinuo tek Justinijan određivši da je *mandatum post mortem* valjan, te da volji stranaka treba dati prednost pred starim i sitničavim pravilima. Za razliku od Gaja, Paul objašnjava nevaljanost *mpm* pravilom *mandatum morte dissolvitur*. Međutim, ovim načelom može se objasniti zašto ugovor završava smrću bilo koje od stranaka, ali ne i zašto je mandat, koji treba biti izvršen tek nakon smrti, nevaljan od samog zaključenja. Odgovor najvjerojatnije treba potražiti u pravnoj prirodi mandata. Rimski klasični pravници smatrali su ga kao odnos *intuitu personae*,

⁹¹ C.4.11.1: Kako je stipulacije, legate i druge ugovore sastavljene *post mortem* starina odbila, nužno je, da bismo izbjegli staru grešku, dokinuti samo pravilo na način da se dopuste tužbe i obveze koje će započeti bilo sa osobama nasljednika, bilo, protiv nasljednika, kako zbog pretjerane slatkorječivosti ne bi bila ometena volja stranaka.

⁹² Opširnije o C.8.38.11 i C.4.11.1 v. Fritz, *Studien zum Justinianischen Reformgesetzgebung*, disert., Berlin, 1937, 23; Rabie, *L'acte juridique*, 70-71.

zbog čega su negirali valjanost *mpm mandatarii* i *mandatoris*. Ipak, bili su svjesni koliko su ovakvim shvaćanjem ignorirali volju stranaka i pravnu realnost, pa su u nekim slučajevima ograničili učinke zabrane i dopustili valjanost akta formuliranog *post mortem* (*monumentum post mortem faciendum*, *fundus heredibus emendus*, *servus manumittendus*). Justinijanovo pravo ne smatra više osobni odnos povjerenja i prijateljstva između mandanta i mandataria odlučujućim, te proglašava *mandatum post mortem* općenito važećim, određivši da nasljednici moraju poštivati izričito izraženu volju mandanta o izvršenju naloga tek nakon njegove smrti.

Summary*

MANDATUM POST MORTEM IN ROMAN LAW

The autor analyses the question whether the parties can arrange a valid contract of mandate which is to be performed after the death of one of them (*mandatum post mortem*). While it is generally agreed that *mandatum post mortem mandatarii* was void, the problem of the validity of *mandatum post mortem mandatoris* in classical law has provoked many controversies. The dominant doctrine holds *mandatum post mortem mandatoris* to be invalid according to the rules "*ab heredis persona obligatio incipere non potest*" and "*mandatum morte solvitur*", and also because of the specific nature of the mandate (*contractus intuitu personae*). Justinian's law changed the rule "*obligatio ab heredis persona incipere non potest*" accepting generally the validity of *mandatum post mortem*.

Key words: *mandate, death, Roman Law.*

Zusammenfassung**

MANDATUM POST MORTEM NACH RÖMISCHEM RECHT

In diesem Aufsatz bearbeitet die Autorin die umstrittene Frage der Gültigkeit des postmortalen Auftrags. Während die Meinung über die Ungültigkeit des Mandats *post mortem mandatarii* einig ist, erregt die Frage der Gültigkeit des Mandats *post mortem mandatoris* im klassischen römischen Recht viele Kontroversen. Nach überwiegender Meinung in der modernen Theorie ist *mandatum post mortem mandatoris* im klassischen römischen Recht unwirksam, und die Unwirksamkeit wurde mit den Grundsätzen "*obligatio ab heredis persona incipere non potest*" und "*mandatum morte solvitur*" begründet, ebenso wie mit der spezifischen Natur

* Translated by the Author.

** Übersetzung: Autorin.

des Auftrags als *contractus intuitu personae*. Das Justinianische Recht hat mit dem klassischen Rechtszustand gänzlich gebrochen und die Gültigkeit des Mandats *post mortem* im allgemeinen anerkannt.

Schlüsselwörter: Auftrag, Tod, römisches Recht.

Sommario*

MANDATUM POST MORTEM NEL DIRITTO ROMANO

In questo articolo si affronta il problema della validità del *mandatum post mortem* nel diritto romano. Mentre l'opinione sulla nullità del *mandatum post mortem mandatarii* è unanime, la questione della validità del *mandatum post mortem mandatoris* nel diritto romano classico provoca molte controversie. Secondo la dottrina dominante il *mandatum post mortem mandatoris* nel diritto romano classico è nullo, e questa nullità è fondata sulle regole "*obligatio ab heredis persona incipere non potest*" e "*mandatum morte solvitur*", e anche sulla specifica natura del mandato (*contractus intuitu personae*). Nel diritto giustiniano la regola "*ab heredis persona obligatio incipere non potest*" è stata abolita ed è stata affermata la piena validità del *mandatum post mortem*.

Parole chiave: mandato, morte, diritto romano.

* Traduzione dell'Autrice.

RIZIK KAMATNE STOPE U POSLOVNOJ BANCII

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

UDK: 336.781.5
336.713

Ur.: 22. listopada 2001.

Pr.: 9. studenog 2001.

Prethodno priopćenje

Kamata je izuzetno važan čimbenik jer je ona jedan od elemenata kojima se utvrđuje cijena kapitala, odnosno rentabilnost investicijskih projekata u gospodarstvu. Njezina visina prvenstveno se formira ponudom i potražnjom financijskih sredstava uz više korektivnih činitelja kao što su monetarna i fiskalna politika, politički i psihološki čimbenici, stabilnost novca, gospodarska kretanja itd. Nepreviđeno kretanje kamatne stope za banku predstavlja poseban rizik i može izazvati nepovoljne učinke na račun dobiti i gubitka, novčane tijekove i tržišnu vrijednost banke. Sagledavanje rizika kamatne stope i učinaka promjena na poslovanje može biti podloga za utvrđivanje i provođenje poslovne politike kako bi se ostvarila sigurnost, uredna likvidnost i maksimalna profitabilnost banke.

Ključne riječi: banka, kamata, kamatni rizik.

1. Uvod

U gospodarstvu svake zemlje kamatna stopa je iznimno važan čimbenik jer je ona najvažniji faktor kojim se utvrđuje cijena kapitala. U ekonomskoj se teoriji i praksi već niz godina vode rasprave o prirodi i ulozi kamate u društveno-ekonomskom sustavu i pritom postoje uglavnom dva suprotna stajališta. Jedni smatraju da kamatna stopa veća od inflacije (realna kamata) pozitivno i stabilizirajuće djeluje na gospodarske tijekove u zemlji, ali postoje i mišljenja da u nestabilnim gospodarstvima visoka kamatna stopa potiče troškovnu inflaciju i još više pogoršava gospodarsku situaciju, pa politikom "jeftinog novca" valja poticati proizvodnju i gospodarski razvoj.

Banka je institucija koja pretežito posluje s tuđim sredstvima. Na prikupljene depozite i pribavljana kreditna sredstva u zemlji i u inozemstvu plaća pasivnu kamatu, a na sredstva uložena u kreditne i nekreditne plasmane naplaćuje aktivnu kamatu. Kamatne stope se mijenjaju i u praksi nije uvijek moguće uskladiti kretanja aktivnih i pasivnih stopa. Zbog toga banka može u svom poslovanju ostvariti negativne učinke.

U ovom radu obrađen je pojam i priroda kamate, formiranje kamatne stope, rizici kamatne stope koji se najčešće pojavljuju u praksi, kao i učinci promjena

kamatne stope na poslovanje i tržišnu vrijednost banke. Poznavanje mogućih rizika kao i sagledavanje učinaka promjene kamatne stope podloga je banci za utvrđivanja i provođenje njezine poslovne politike.

2. Pojam i priroda kamate

U najopćenitijem smislu kamata je iznos ili cijena koju zajmoprimac plaća vlasniku zato što mu je posudio financijska sredstva na korištenje u određenom razdoblju. Relativni odnos tako plaćene cijene i posuđene glavnice jest kamatna stopa.

Prirodu kamate i formiranje kamatne stope prva je pokušala objasniti klasična građanska teorija.¹ Ta teorija polazi od pretpostavki da u određenom gospodarstvu postoji puna zaposlenost, da se neutrošen dohodak svih subjekata nudi u cijelosti na novčanom tržištu i da u promatranom gospodarstvu uvijek postoji dovoljno investicijskih projekata koji će potpuno iskoristiti sva ponuđena financijska sredstva, a njihova realizacija ovisi samo o visini kamatne stope.

Budući da su investicije jednake štednji (akumulaciji), potražnja za sredstvima i ponuda kapitala međusobno se usklađuju i samoreguliraju uz automatsko uspostavljanje ravnoteže kamatnom stopom, pri čemu, kako tvrdi Walras, nema potrebe za bilo kakvom intervencijom monetarnih vlasti. Kamatna stopa je čimbenik koji uspostavlja međusobnu ravnotežu između želje za investiranjem i volje za štednjom, a ravnotežna je kamatna stopa cijena raspoloživih sredstava namijenjenih investiranju.

Novije teorije o novcu i kamati polaze od pretpostavki da gospodarstvo niti jedne zemlje nije u potpunoj ravnoteži ponude i potražnje dobara, da nema potpune zaposlenosti i korištenja kapaciteta, da novac nema samo ulogu sredstva plaćanja, što znači da nije neutralan, da nema automatizma u uspostavljanju ravnoteže cijena, kamate, štednje, investicija i sl., da je prijeko potrebno reguliranje i predviđanje kamatnih stopa, da postoji nominalna i realna kamatna stopa i da središnja banka emisijom politikom i politikom eskontne stope može djelovati ne samo na monetarna, već i na gospodarska kretanja. S tim u vezi postoji više različitih objašnjenja kamatne stope kao primjerice teorija preferiranja likvidnosti,² teorija kreditnih fondova,³ teorija očekivane promjene cijena,⁴ IS-LM analiza⁵ itd.

Promatrajući različite teorije o kamati može se kazati:

- da niti jedna u potpunosti ne objašnjava funkcioniranje kamate u svim gospodarskim sustavima i za sva vremena;

¹ Te ideje susreću se u radovima Cassella, Walrasa, Pigoua, Milla, Marshalla, Carwera, Taussiga i drugih.

² Mishikin, F.S.: *The Economics of Money, Banking and Financial Markets*, Little, Brown and Company, Boston, 1986.

³ Usporedi: Henning, Ch. N., Pigott, W., Scott, R.H.: *Financial Markets and the Economy*, Prentice Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1978.

⁴ Fisher, I.: *The Theory of Interest*, Macmillan, New York, 1930. (1961.)

⁵ Hicks, J. R.: *Value and Capital*, Oxford, 1939. i *A Suggestion for Symplifying the Theory of Money*, *Economica*, 1935.

- da im je zajednička postavka da se kamatna stopa formira temeljem ponude i potražnje novca uz više korektivnih faktora specifičnih za pojedina gospodarstva, ali i
- da uzimaju u obzir moguće utjecaje monetarnih, fiskalnih, psiholoških i drugih činitelja.

3. Formiranje kamatne stope

I u teoriji, a pogotovo u praksi, mora se poći od činjenica da ne postoji jedinstvena kamatna stopa, već se koriste različite stope.⁶ Prilikom formiranja kamatne stope uzimaju se u obzir faktori vrijeme i rizik, a kao korektivni elementi mogu se pojaviti stabilnost vrijednosti novca i administrativni utjecaj države.

Formiranje kratkoročnih kamatnih stopa

Kratkoročne se kamatne stope formiraju na tržištu novca na osnovi ponude i potražnje kratkoročnih financijskih sredstava. Potražnja financijskih sredstava ovisi o nizu čimbenika među kojima su dominantni: potrebe za financiranjem tekuće proizvodnje, stabilnost domaće valute i s tim u vezi potreba za određenom stabilnom realnom količinom financijskih sredstava, sezonski utjecaji (npr. u turizmu, u poljodjelstvu i sl.), izvanredne potrebe za likvidnim sredstvima (npr. plaćanje poreza, isplate plaća, nabava dodatnih količina repromaterijala, stvaranje zaliha itd.) i drugi činitelji.

Ponuda financijskih sredstava ovisi o uspješnosti poslovanja gospodarskih subjekata, o razini štednje i ukupnog blagostanja društva, o položaju zemlje na međunarodnom tržištu, o sezonskim utjecajima itd., ali jedan od najvažnijih faktora jest monetarna politika središnje banke, kojom se u gospodarski sustav "ubrizgava" veća ili manja količina novca.

Razina kratkoročne kamatne stope prvenstveno je određena faktorom likvidnosti (ponuda i potražnja novca), faktorom stabilnosti domaće valute (inflacija), ali bi morala rezultirati i faktorom ukupne poslovne uspješnosti gospodarstva (dohodovni efekt).

Formiranje dugoročnih kamatnih stopa

Dugoročne se kamatne stope formiraju na temelju prosječnih kratkoročnih kamatnih stopa i na temelju očekivanih kretanja u budućnosti. Općenito uzevši, može se kazati da su dugoročne kamatne stope rezultat formiranja ponude i potražnje dugoročnih financijskih sredstava, gdje dugoročnu ponudu formira štednja, odnosno akumulacija ukupnog gospodarstva, a potražnju čine investicijske potrebe, odnosno

⁶ Već J. Tobin ukazuje na razlike između kratkoročne i dugoročne kamatne stope, kamatne stope na privatne depozite i kredite kod banaka itd. (prema Tobin, J.: *A Dynamic Aggregative Model*, *Journal of Political Economy*, 1955.)

investicijski projekti koji se mogu realizirati ili koji su rentabilni u određenom vremenu. Iz toga proizlazi da dugoročne kamatne stope nisu pod izravnim utjecajem monetarnih vlasti i izravni rezultat monetarno-kreditne politike, ali se njezino indirektno djelovanje ne može zanemariti.

Bez obzira da li je riječ o kratkoročnim ili o dugoročnim kamatnim stopama, potrebno je prilikom njihova formiranja uzeti u obzir i stanoviti rizik vraćanja posuđenih sredstava. Drugim riječima, ulaganja s većim rizikom moraju biti skuplja od ulaganja kod kojih je rizik minimalan. Tako se npr. obveznice države svugdje u svijetu smatraju najsigurnijim oblikom ulaganja i zato nose nižu kamatu, a obveznice su poduzeća više ili manje rizična ulaganja i emitenti moraju ponuditi višu kamatnu stopu da bi ih plasirali na tržištu.

Visinu kamatnih stopa određuju i razne administrativne mjere kao što su npr. oporezivanje ili oslobađanje od poreza. Kamata na obveznice ili depozite u bankama koja se ne oporezuje može biti obračunata po nižim stopama nego kamata koja se oporezuje. Obveznice čijom kupovinom vlasnik ima pravo na porezne olakšice, najčešće državne, mogu nositi nižu kamatu od obveznica koja ne nose to pravo.

U formiranju kamatnih stopa izuzetno je značajan faktor stabilnost domaće valute. Vlasnici kapitala, u nastojanju da očuvaju realnu vrijednost svojih financijskih sredstava, traže da nominalna kamatna stopa sadrži dio koji čini rast cijena (inflacija) i realni prinos. Realni dio kamate ili realni prinos jest pravi dohodovni efekt i on u duljem vremenskom razdoblju ne prelazi prosječan prinos ili prosječan dobitak u poslovanju gospodarskih subjekata. U kraćim razdobljima i kod pojedinačnih investicijskih projekata moguća su odstupanja, tako da je cijena angažiranog kapitala veća od dobitka, ali to su izuzeci koji ne mogu postati pravilo.

Kretanje kamatnih stopa u Republici Hrvatskoj

U tablici 1 prikazano je kretanje osnovnih grupa kamatnih stopa u Republici Hrvatskoj.

Tablica 1. Prosječne aktivne i pasivne kamatne stope poslovnih banaka u Republici Hrvatskoj u razdoblju od 1992. do 2001. godine

<i>Opis</i>	<i>XII/1992.</i>	<i>XII/1993.</i>	<i>XII/1996.</i>	<i>XII/1999.</i>	<i>XII/2000.</i>	<i>V/2001.</i>
1. Eskontna stopa HNB	1.889,39	34,49	6,50	7,90	5,90	5,90
2. Dnevno tržište novca	2.182,26	86,90	10,41	12,72	4,46	4,13
3. Krediti bez valutne klauzule	2.332,92	59,00	18,46	13,54	10,54	9,32
4. Krediti s valutnom klauzulom	20,41	21,84	18,97	12,53	10,74	10,34
5. Kunske depoziti	434,47	27,42	4,15	4,27	3,40	3,32
6. Devizni depoziti	...	...	5,09	4,23	3,47	3,09

Izvor: Bilten HNB, broj 62, Zagreb, 2001. str. 36. i 37.

Podaci ukazuju da je na kretanje kamatnih stopa u Republici Hrvatskoj najviše djelovala velika potražnja i nedovoljna ponuda financijskih sredstava, a u 1992. i 1993. godini ugrađena visoka stopa inflacije. Obuzdavanje inflacije kao i sanacija nekoliko banaka⁷, koje su radi gubitaka u poslovanju imale probleme u održavanju likvidnosti i plaćale su visoke kamate na posuđena kratkoročna sredstva, drastično su smanjile opću razinu kamatnih stopa od 1996. godine pa dalje. Trend smanjivanja kamatnih stopa nastavljen je i u narednim godinama, pogotovo u 2000. i 2001. godini, poradi sve oštrije konkurencije domaćih, a ponekad i banaka iz inozemstva u oštroj borbi za kreditno sposobne i bonitetne klijente - hrvatska poduzeća.

Pad opće razine kamatnih stopa djeluje i na stalno smanjivanje razlike između visine kamatnih stopa na kredite i depozite. Tako je, primjerice, razlika između prosječnih kamatnih stopa na kunske kredite bez valutne klauzule i kunskih depozita⁸ bila koncem 1992. godine 1.898,45 postotnih bodova, da bi se u 1993. smanjila na 31,58 bodova. U narednim godinama ta se razlika i dalje smanjuje i iznosi 14,31 bodova u 1996. godini, 11,31 bodova u 1999. godini, 7,05 bodova u 2000. godini, a u svibnju 2001. godine samo 6 postotnih bodova.

Budući da neto kamatni prihodi u hrvatskim bankama čine u prosjeku 60 do 70% ukupnih prihoda, smanjivanje razlike između prosječne aktivne i prosječne pasivne kamate upućuje banke na intenziviranje aktivnosti u pravcu većeg ostvarivanja nekamatnih prihoda, ali i na pažljivije praćenje rizika promjena kamatnih stopa i efekata tih promjena na poslovanje banaka.

4. Vrste rizika kamatne stope

Bankarski poslovi mogu se podijeliti u različite skupine. Najčešća podjela je na aktivne, pasivne, neutralne i vlastite poslove. U hrvatskom bankarstvu najčešći su i najznačajniji aktivni i pasivni poslovi, za potrebe ovog rada, prikazani u modificiranoj bilanci.

Shema 1. Bilanca poslovne banke

AKTIVA	PASIVA
1. Kamatonosna aktiva	1. Kamatonosna pasiva
1.1. Krediti i druga potraživanja od fizičkih i pravnih osoba	1.1. Depoziti fizičkih i pravnih osoba u domaćoj i stranim valutama
1.2. Plasmani u kreditne vrijednosne papire	1.2. Sredstva pribavljena emisijom vrijednosnih papira
	1.3. Krediti uzeti u zemlji i inozemstvu
2. Nekamatonosna aktiva	2. Nekamatonosna pasiva
2.1. Novčana sredstva	2.1. Kapital
2.2. Stalna (osnovna) sredstva	2.2. Rezerve
2.3. Vlasnička ulaganja	
3. Ukupna aktiva	3. Ukupna pasiva

⁷ Odlukama Vlade Republike Hrvatske sanirane su Slavonska banka d.d. Osijek, Splitska banka d.d. Split, Riječka banka d.d. Rijeka, Privredna banka d.d. Zagreb, Dubrovačka banka d.d. Dubrovnik i Croatia banka d.d. Zagreb.

⁸ Izračunato prema podacima iz tablice 1.

Neke pozicije u aktivi i pasivi poslovne banke vode se u domaćoj, a neke u stranim valutama. Pozicije u domaćoj valuti ponekad se ugovaraju s valutnom klauzulom. Na izvore (kamatonosna pasiva) kao i na plasmane (kamatonosna aktiva) banka ugovara ponekad fiksne, a ponekad promjenjive kamatne stope. Odluka da li će se u nekom poslu ugovoriti fiksna ili promjenjiva kamatna stopa ne zavisi samo od poslovne politike banke, već i o uvjetima konkurencije na tržištu, zahtjevu zajmotražitelja, odluci deponenta ili banke od koje su sredstva pribavljena i drugim razlozima. U nekim slučajevima visina kamatne stope utvrđena je zakonom ili odlukama središnje banke, kao na primjer kamatna stopa na izdvojena sredstva obvezne pričuve kod Hrvatske narodne banke, kamatna stopa na staru deviznu štednju, na potraživanja od Republike Hrvatske po javnom dugu za staru deviznu štednju itd.

Budući da se smanjuju kamatne stope na pojedine pozicije aktive i pasive, a mijenja se i tržišna kamatna stopa, takve promjene mogu prouzročiti učinke na račun dobiti i gubitka, na buduće novčane tijekove i na tržišnu vrijednost banke. Zato se može kazati da je rizik kamatne stope izloženost, odnosno osjetljivost poslovanja banke neočekivanim promjenama kamatne stope na tržištu, odnosno u bančinom okruženju.

Najčešći oblici rizika kamatne stope jesu⁹ rizik od *promjena cijena, temeljni rizik, rizik krivulje prinosa i rizik opcionalnosti*.

Rizik od promjena cijena

Banka ponekad ugovara fiksne, a ponekad promjenjive kamatne stope na plasmane i izvore sredstava. Isto tako banka obavlja ročnu transformaciju sredstava, što znači, da u stabilnim gospodarskim uvjetima dio kratkoročnih sredstava može dugoročno plasirati i da pritom neće ugroziti svoju likvidnost. Budući da potraživanja i obveze banke nemaju iste rokove dospijea, eventualne promjene kamatnih stopa mogu izazvati nepovoljne učinke na poslovanje banke.

Primjer:

Banka je odobrila stambeni kredit na rok od 10 godina u visini 1.000 novčanih jedinica s fiksnom kamatom od 12% godišnje. Kredit je financiran iz revolving kratkoročnog depozita s rokom dospijea od 3 mjeseca na koji plaća 7% kamate godišnje. Pretpostavlja se, da zbog konkurentskih razloga banka treba povećati kamatnu stopu na depozit sa 7% na 8% godišnje. Učinci promjene kamatne stope prikazani su u tablici 2.

Tablica 2. Izračun učinaka promjene kamatne stope za razdoblje od jedne godine

Opis	Prije promjene kamatne stope	Poslije promjene kamatne stope
- Prihod	$1.000 \times 12\% = 120$	$1.000 \times 12\% = 120$
- Rashod	$1.000 \times 7\% = -70$	$1.000 \times 8\% = -80$
Razlika	+50	+40

⁹ Usporedi: Koch, T.W.: Bank Management, The Dryden Press, Orlando, Florida, 1992.; Rose, P.S.: Commercial Bank Management, Richard D. Irwin, Inc., Boston, 1991.

Budući da je kamatna stopa na depozit povećana za 7 na 8% godišnje, dakle za 14,3%, neto kamatna razlika smanjena je s 50 na 40 novčanih jedinica, što znači 20%.

Temeljni rizik

Temeljni rizik nastaje u praksi zbog neusklađenih promjena aktivnih i pasivnih kamatnih stopa ili pak poradi, primjerice, oštre konkurencije kada je banka prisiljena smanjiti aktivnu kamatu na kredit, a istovremeno povećati pasivnu kamatu na depozit.

Primjer:

Banka je odobrila dugoročni kredit od 1.000 novčanih jedinica uz 10% kamate godišnje. Kredit je financiran iz inoizvora uz promjenjivu kamatnu stopu od 5% godišnje. Zbog konkurentskih razloga banka je prisiljena smanjiti aktivnu kamatu s 10 na 8% godišnje, dok je istovremeno povećana pasivna kamata na inoizvore s 5 na 6% godišnje. Učinci promjena izračunati su u tablici 3.

Tablica 3. Izračun učinka promjena aktivne i pasivne kamatne stope za razdoblje od jedne godine

Opis	Prije promjene kamatne stope	Poslije promjene kamatne stope
- Prihod	$1.000 \times 10\% = 100$	$1.000 \times 9\% = 90$
- Rashod	$1.000 \times 5\% = -50$	$1.000 \times 6\% = -60$
Razlika	+50	+30

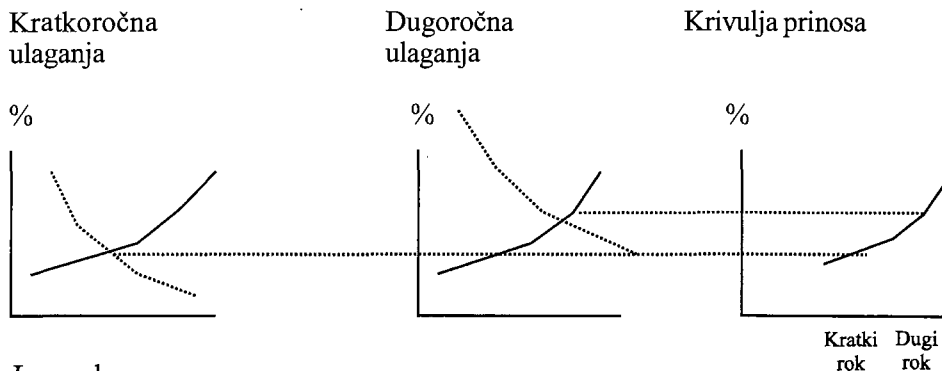
Budući da je kamatna stopa na kredit smanjena s 10 na 9% godišnje, dakle za 10%, a kamatna stopa na inozemne izvore povećana s 5 na 6% godišnje ili 20%, neto kamatna razlika smanjena je od 50 na 30 novčanih jedinica ili 40%.

Rizik krivulje prinosa

Svako gospodarstvo nastoji ostvariti odgovarajući rast i razvoj, kao i što veću zaposlenost u uvjetima niske inflacije. U takvim okolnostima dugoročne kamatne stope bit će veće od kratkoročnih kako bi se kompenziralo kreditora za vezivanje sredstava i mogući kreditni rizik u dužem razdoblju. Kao što se vidi na slici 1, kratkoročne i dugoročne stope formiraju se temeljem ponude i potražnje, a krivulja prinosa bit će pozitivna ili uzlazna, odnosno normalna.¹⁰

¹⁰ Usporedi sa Koch, T. W.: op. cit. pod 9, str. 236.

Slika 1. Formiranje kratkoročnih i dugoročnih kamatnih stopa i njihov utjecaj na rastuću krivulju prinosa

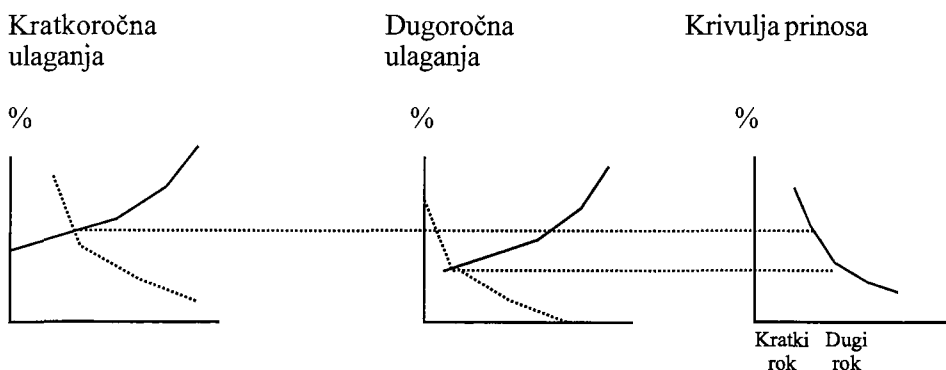


Legenda:

ponuda —————
potražnja

Budući da je gospodarstvo u ekspanziji, raste proizvodnja i potrošnja, povećavaju se potražnja za kreditima i kamatne stope, ali i inflacija. Kada inflacija postane dovoljno visoka, odnosno zabrinjavajuća za gospodarstvo, provode se restriktivne mjere u gospodarstvu, pada proizvodnja, smanjuje se potražnja za zajmovima, i u očekivanju niže inflacije smanjuju se prvo dugoročne kamatne stope, a tek potom kratkoročne, kao što je prikazano na slici 2.

Slika 2. Formiranje kratkoročnih i dugoročnih kamatnih stopa i njihov utjecaj na opadajuću krivulju prinosa



Legenda:

ponuda —————
potražnja

Krivulja prinosa silazna je ili negativna, očekuje se pad inflacije i daljnji brži pad dugoročnih u odnosu na kratkoročne kamatne stope.

Ovakvo kretanje krivulje prinosa, prvo uzlazno, zatim silazno, pa ponovno uzlazno, očekivano je u normalnim gospodarskim ciklusima. Krivulju prinosa banka treba predviđati i ako je ona uzlazna, što znači da su dugoročne kamatne stope veće od kratkoročnih, na izvore će ugovarati fiksne, a na plasmane promjenjive stope. Ugovaranjem fiksnih stopa na izvore banka će uštedjeti dodatne rashode koje bi imala da je ugovarala promjenjive stope, a ugovaranjem promjenjivih stopa na plasmane banka će odmah povećati aktivne kamatne stope i ostvarivati dodatne prihode.

Ako je krivulja prinosa silazna, tada će banka na izvore ugovarati promjenjive, a na plasmane fiksne kamatne stope. Na taj način banka će zadržati više stope na plasmane u odnosu na tržišnu stopu, a odmah će smanjiti kamatne stope na izvore. To će omogućiti banci daljnje zadržavanje dosadašnjih većih prihoda i istovremeno trenutno smanjenje rashoda.

Međutim, krivulja prinosa može se promijeniti i na taj način poremetiti predviđena kretanja kratkoročnih i dugoročnih kamatnih stopa. Radi ilustracije nepravilnog i nepredvidljivog kretanja u tablici 4 prikazane su razlike kratkoročnih i dugoročnih kamatnih stopa u hrvatskom bankarstvu.

Tablica 4. Razlike između kratkoročnih i dugoročnih kamatnih stopa poslovnih banaka u Republici Hrvatskoj u razdoblju od 1992. do 2001. godine

Godina	Kreditni bez valutne klauzule	Kreditni s valutnom klauzulom
1992.	+1.218,59	-11,51
1993.	-19,97	+4,14
1994.	-1,61	-3,41
1995.	-10,92	-7,29
1996.	+7,84	+10,44
1997.	+0,88	-4,67
1998.	+5,37	+3,13
1999.	-1,62	+2,81
2000.	+0,55	+0,65
2001.	-1,12	-0,02

Izvor: Izračunato iz podataka u Biltenu HNB, broj 62., Zagreb, 2001., str. 36

Podaci u tablici 4 ukazuju da postavka kako su dugoročne kamatne stope u uzlaznoj fazi gospodarskog razvoja veće, a u silaznoj fazi manje od kratkoročnih, nije potvrđena za gospodarstvo Republike Hrvatske. Iz podataka za 1992., 1993., 1997. i 1999. godinu može se zaključiti da nema sklada između dugoročnih kamatnih stopa na kredite s valutnom klauzulom i kredite bez valutne klauzule. To znači da u praksi nepredviđeni pomaci krivulje prinosa, odnosno kratkoročnih i dugoročnih kamatnih stopa mogu izazvati nepovoljne učinke na poslovanje banke.

Primjer:

Gospodarstvo je u uzlaznoj fazi, što znači da su dugoročne kamatne stope veće od kratkoročnih i banka je odlučila kupiti za 1.000 novčanih jedinica državne obveznice koje nose 9% kamata godišnje. Kamatna stopa je

promjenjiva. Banka pribavlja sredstva izdavanjem blagajničkih zapisa s rokom dospijeca 6 mjeseci i uz godišnju kamatu od 5%. Ukoliko se dugoročna kamatna stopa na obveznice smanji s 9 na 8%, a kratkoročna stopa na blagajničke zapise poveća s 5 na 6%, krivulja prinosa postat će manje strmom, a učinci na poslovanje banke prikazani su u tablici 5.

Tablica 5. Izračun učinaka promjena dugoročnih i kratkoročnih kamatnih stopa za razdoblje od jedne godine

Opis	Prije promjene kamatnih stopa	Poslije promjene kamatnih stopa
- Prihod	$1.000 \times 9\% = 90$	$1.000 \times 8\% = 80$
- Rashod	$1.000 \times 5\% = -50$	$1.000 \times 6\% = -60$
Razlika	+40	+20

Zbog smanjenja dugoročne kamatne stope na obveznice s 9 na 8% godišnje, dakle za 11%, i povećanja kratkoročne kamatne stope na blagajničke zapise s 5 na 6% godišnje ili 20%, promijenjen je nagib krivulje prinosa koja je postala manje strmom, a banka će ostvariti manje neto prihoda za 20 novčanih jedinica ili 50%.

Rizik opcionalnosti

Opcija daje pravo, ali ne i obvezu, imatelju na kupnju, prodaju ili neku drugu mogućnost korištenja prava iz ugovora o kupnji opcije.¹¹ Opcija može biti samostalni instrument s kojim se trguje na burzi¹² ili se može ugraditi kao posebna klauzula u neki od standardnih bankovnih ugovora, primjerice u ugovor o kreditu, depozitu i sl. U hrvatskom bankarstvu ne izdaju se opcije kojima se trguje na burzi, ali je uobičajeno ugrađivanje opcijskih klauzula u bankovne ugovore, kao primjerice:

- deponent je sredstva oročio u banku, ali ih može podići bilo kada bez plaćanja naknade;
- dužnik može bez plaćanja naknade prijevremeno vratiti kredit;
- dužnik može plaćati kamatu koja se formira u zavisnosti od eskontne stope središnje banke, u zavisnosti od kretanja EURIBOR-a ili fiksnu prema ugovoru;
- dužnik može vratiti kunski kredit u iznosu odobrenog ili u protuvrijednosti neke strane valute (valutna klauzula) itd.

Bez obzira da li je banka opciju prodala ili su u ugovorima ugrađene opcijske klauzule, postoji vjerojatnost da će u slučaju promjene kamatne stope imatelj opcije ili klijent banke iskoristiti opciju. Na taj način mogu se prouzročiti nepovoljni učinci na poslovanje banke, koji će biti veći od naknade koju je imatelj, odnosno kupac

¹¹ Prema Leko, V. (et al.): Rječnik bankarstva i financija, Masmedia, Zagreb, 1993., str. 339.

¹² U praksi se najčešće izdaju i prodaju, uz odgovarajuću naknade, opcije kupnje (engl. call option) i opcije prodaje (engl. put option). Opcijom kupnje kupac si osigurava pravo da od prodavatelja kupi određenu svotu deviznih sredstava ili neki instrument po unaprijed utvrđenim uvjetima. Opcijom prodaje kupac si osigurava pravo prodaje nekog instrumenta ili svote deviznih sredstava po unaprijed utvrđenim uvjetima.

opcije platio banci. Izdavanje opcije, odnosno ugrađivanje opcijskih klauzula u ugovore predstavlja rizik kamatne stope za banku.

Primjer:

Banka je odobrila domaćem klijentu dugoročni kredit u iznosu od 1.000 novčanih jedinica uz fiksnu stopu od 9% godišnje. Kredit je financiran inozaduženjem uz fiksnu godišnju stopu od 6%, ali je u ugovor ugrađena i opcijska klauzula u korist inovjerenika po kojoj se može obračunavati promjenjiva kamatna stopa u visini EURIBOR plus 1,5%. Ako se EURIBOR poveća sa sadašnjih 4 na 5% godišnje, inovjerenik će iskoristiti opcijsku klauzulu i zatražiti obračun po promjenjivoj umjesto po fiksnoj kamatnoj stopi.

U tablici 6 prikazan je izračun učinaka.

Tablica 6. Izračun učinaka korištenja opcijske klauzule u obračunu kamate za razdoblje od jedne godine

Opis	Prije promjene kamatne stope	Poslije promjene kamatne stope
- Prihod	$1.000 \times 9\% = 90$	$1.000 \times 9\% = 90$
- Rashod	$1.000 \times 6\% = -60$	$1.000 \times (5+1,5)\% = -65$
Razlika	+30	+25

Zato što je inovjerenik iskoristio opcijsku klauzulu koja mu daje pravo na obračun kamate po promjenjivoj kamatnoj stopi, rashodi banke su povećani, pa će neto kamatni prihod biti manji za 5 novčanih jedinica ili 16,7%.

5. Učinci promjene kamatne stope na poslovanje banke

Promjena bilo koje kamatne stope u banci ima odgovarajući učinak na račun dobiti i gubitka, na novčani tijek i na tržišnu vrijednost banke.¹³

Učinci promjene kamatne stope na račun dobiti i gubitka

Kamatonosna pasiva kao dio ukupnih izvora (shema 1) sastoji se od prikupljenih depozita i sredstava pribavljenih izdavanjem vrijednosnih papira i zaduživanjem u zemlji i u inozemstvu. Na ta sredstva, bez obzira da li su u domaćoj ili u stranim valutama i da li pripadaju fizičkim ili pravnim osobama, banka redovito mjesečno obračunava pasivnu kamatu koja čini rashod u računu dobiti i gubitaka. Bilo kakvo povećanje pasivne kamatne stope prouzročeno samostalnom odlukom banke, odlukom središnje banke, zakonom, na tržištu ili odlukom kreditora koja je u skladu s ugovorom o uzetom kreditu, na neku od pozicija unutar izvora, povećat će rashode banke i izazvati negativne učinke u poslovanju, odnosno smanjiti neto kamatni prihod

¹³ Usporedi: Koch, T. W.: op. cit. pod 9.

banke. Jednako tako, ukoliko se smanji pasivna kamatna stopa, smanjit će se rashodi banke i povećati neto kamatni prihod banke.

Kamatonosna aktiva kao dio ukupne aktive banke (shema 1) sastoji se od danih kredita fizičkim i pravnim osobama, otkupljenih kreditnih vrijednosnih papira i danih depozita bankama u domaćoj i u stranim valutama. Na pojedine pozicije unutar kamatonosne aktive banka obračunava kamatu po stopi utvrđenoj poslovnom politikom banke, zakonom, odlukama središnje banke i drugih banaka ili odlukama izdavatelja vrijednosnih papira. Tako obračunata kamata čini prihod banke. Bilo kakvo smanjenje aktivne kamatne stope, bez obzira na razlog, imat će negativan učinak na poslovanje i smanjit će neto prihod banke. Isto tako, svako povećanje aktivne kamatne stope povećat će neto kamatni prihod banke.

S obzirom da je ostvarenje dobiti temeljni cilj poslovanja banke kao dioničkog društva, izuzetno je važno sagledavanje učinaka promjena aktivnih i pasivnih kamatnih stopa na neto kamatni prihod kao pretežit dio ukupnih prihoda u hrvatskim bankama.

Učinci promjene kamatne stope na novčani tijek banke

Banka obračunava kamatu na date plasmane ne samo da bi formirala prihode za račun dobiti i gubitaka, već da bi kamatu naplatila i iz tako naplaćene kamate isplatila pasivnu kamatu deponentima, kupcima njezinih vrijednosnih papira, bankama od kojih su uzeti krediti i drugim vjerovnicima, ali i radi podmirenja dijela troškova poslovanja, isplate dividende itd. Dakle, krajnji je cilj banke naplata kamate, a ne formiranje obračunskih prihoda. Budući da obračun kao i naplata aktivne kamate i obračun i plaćanje pasivne kamate nisu uvijek usklađeni,¹⁴ u praksi dolazi do razlika između obračunate aktivne i pasivne kamate koja ulazi u račun dobiti i gubitka i novčanih tijekova po toj osnovi. U kraćim razdobljima, unutar godine dana, razlike su značajne, na godišnjoj razini te se razlike bitno smanjuju, a dugoročno zapravo nestaju.

Iz navedenog proizlazi da promjene kamatnih stopa koje se odražavaju na kamatne prihode i kamatne rashode imaju odgovarajući učinak i na novčane tijekove, odnosno likvidnost banke. Budući da je održavanje uredne likvidnosti, uz sigurnost i profitabilnost, temeljni postulat poslovanja banke, znači da nepovoljni učinci promjena kamatne stope mogu ugroziti dva (profitabilnost i likvidnost) od tri temeljna načela poslovanja banke. Time se potvrđuje ranije kazana misao o velikoj važnosti sagledavanja rizika kamatne stope u poslovanju banke.

Učinci promjene kamatne stope na tržišnu vrijednost banke

Stavke unutar kamatonosne aktive i pasive (shema 1) ukamaćene su uz različite

¹⁴ Ugovorom o kreditu, odnosno depozitu regulira se obračun i dospijeće naplate, odnosno isplate kamate.

kamatne stope i imaju odgovarajuću ročnost - različita dospijeca, a stavke unutar nekamatonosne aktive kao, primjerice, vlasnički ulozi, zgrade, oprema itd., imaju tržišnu vrijednost, odnosno vrijednost po kojoj se mogu unovčiti.

Tržišna vrijednost banke predstavlja sadašnju ili diskontiranu vrijednost očekivanih novčanih priljeva stavaka iz aktive umanjenu sadašnjom vrijednošću novčanih odljeva stavaka iz pasive, te uvećanu ili umanjenu s neto novčanim tijekom iz izvanbilančnih pozicija. Razlika između knjigovodstvene i tržišne vrijednosti banke kao i utjecaj promjene tržišne kamatne stope na vrijednost banke prikazana je na pojednostavljenom primjeru u tablici 7.

Primjer:

Aktiva banke u iznosu od 1.000 novčanih jedinica sastoji se od 100 jedinica novčanih sredstava, 200 novčanih jedinica vlasničkih uloga i stalnih sredstava realno vrednovanih i 800 novčanih jedinica kredita. Kredit je odobren uz godišnju kamatnu stopu od 12% i jednokratnim dospijecom nakon dvije godine.

Pasiva banke sastoji se od 300 novčanih jedinica depozita po viđenju na koji se plaća kamata od 2% godišnje, 400 novčanih jedinica oročenog depozita s rokom dospijeca tri godine ukamaćenog uz godišnju stopu od 8% i 300 novčanih jedinica kapitala zajedno s rezervama.

U izvanbilančnoj evidenciji banka ima dvije garancije. Prva je garancija za dobro izvršenje posla u iznosu 50 novčanih jedinica pokrivena dobrim kolateralom - novčanim depozitom, a druga je plativa u iznosu 100 novčanih jedinica s rokom važnosti jedne godine za koju se ocjenjuje da postoji visok stupanj vjerojatnosti da će banka po njoj platiti i neće se regresirati od nadlogodavca.

Tablica 7. Bilanca banke

Aktiva	Iznos	Pasiva	Iznos
- Novčana sredstva	100	- Depoziti po viđenju	300
- Vlasnički ulozi i osnovna sredstva	100	- Oročeni depoziti	400
- Kredit	800	- Kapital i rezerve	300
Ukupna aktiva	1.000	Ukupna pasiva	1.000

Knjigovodstvena vrijednost banke, uz pretpostavku realnog vrednovanja vlasničkih uloga i stalnih sredstava, jednaka je vrijednosti aktive umanjenoj za vrijednost obveza što je u navedenom primjeru:

$$1.000 \text{ minus } 700 = 300 \text{ novčanih jedinica}$$

Tržišna vrijednost banke izračunat će se tako:

- da će se realno vrednovati vlasnički ulozi i stalna sredstva;
- da će se novčana sredstva u aktivu kao i depoziti po viđenju u pasivi uzeti u nominalnom iznosu;
- da će se izračunati sadašnja vrijednost novčanog tijeka kredita i pripadajuće kamate i sadašnja vrijednost oročenog depozita i pripadajuće kamate, kao i obveze banke po plativoj garanciji;
- da će se sadašnja vrijednost budućih novčanih tijekova (priljeva i odljeva) izračunati uz diskontnu stopu (tržišnu kamatnu stopu) od 8 i 10%.

Tržišna vrijednost banke uz diskontnu stopu od 8% godišnje**Sadašnja vrijednost aktive**

- Novčana sredstva	100,00
- Vlasnički ulogi	100,00
- Kredit	
• iznos kredita: 800	
• godišnje kamate: $800 \times 12\% = 96$	
• sadašnja vrijednost: $96 \times 1,08^{-1} + 96 \times 1,08^{-2} + 800 \times 1,08^{-2} =$	857,07
- Ukupna sadašnja vrijednost aktive	1057,07

Sadašnja vrijednost obveza iz pasive

- Depoziti po viđenju	300,00
- Sadašnja vrijednost oročenog depozita	
• depozit: 400	
• kamata: $400 \times 8\% = 32$	
• sadašnja vrijednost:	
$32 \times 1,08^{-1} + 32 \times 1,08^{-2} + 32 \times 1,08^{-3} + 400 \times 1,08^{-3} =$	400,00
- Ukupna sadašnja vrijednost obveza iz pasive	700,00

Sadašnja vrijednost izvanbilančnih obveza

- Iznos garancije: 100	
- Sadašnja vrijednost obveze: $100 \times 1,08^{-1} =$	92,59

Tržišna vrijednost banke

- Novčani priljevi od aktive.....	1.057,07
- Novčani odljevi od pasive.....	-700,00
- Novčani odljevi od izvanbilančnih obveza.....	-92,59
Vrijednost banke.....	264,48

Tržišna vrijednost banke uz tržišnu kamatnu stopu od 8% je 264,48, što je 88,2% od knjigovodstvene vrijednosti.

Tržišna vrijednost banke uz diskontnu stopu od 10% godišnje

Sadašnja vrijednost aktive

- Novčana sredstva	100,00
- Vlasnički ulozi	100,00
- Kredit	
• iznos kredita: 800	
• godišnje kamate: $800 \times 12\% = 96$	
• sadašnja vrijednost: $96 \times 1,10^{-1} + 96 \times 1,10^{-2} + 800 \times 1,10^{-2} =$	827,77
- Ukupna sadašnja vrijednost aktive	1027,77

Sadašnja vrijednost obveza iz pasive

- Depoziti po viđenju	300,00
- Sadašnja vrijednost oročenog depozita	
• depozit: 400	
• kamata: $400 \times 8\% = 32$	
• sadašnja vrijednost:	
$32 \times 1,10^{-1} + 32 \times 1,10^{-2} + 32 \times 1,10^{-3} + 400 \times 1,10^{-3} =$	380,11
- Ukupna sadašnja vrijednost obveza iz pasive	680,11

Sadašnja vrijednost izvanbilančnih obveza

- Iznos garancije: 100	
- Sadašnja vrijednost obveze: $100 \times 1,10^{-1} =$	90,91

Tržišna vrijednost banke

- Novčani priljevi od aktive.....	1.027,77
- Novčani odljevi od pasive.....	-680,11
- Novčani odljevi od izvanbilančnih obveza.....	-90,91
Vrijednost banke.....	256,75

Tržišna vrijednost banke uz tržišnu kamatnu stopu od 10% je 256,75, što je 85,6% od knjigovodstvene vrijednosti.

Temeljem izračunatih rezultata može se kazati:

- da će se povećanjem tržišne kamatne stope, koja je ujedno i diskontna stopa, i uz nepromijenjene ostale uvjete (rokovi dospijea, aktivne i pasivne kamatne stope) smanjiti, a

- da će se smanjivanjem tržišne kamatne stope povećavati tržišna vrijednost banke izračunata metodom diskontirane vrijednosti budućih neto novčanih tijekova.

6. Zaključak

1. Kamata je iznimno važan čimbenik jer je ona jedan od elemenata kojima se utvrđuje cijena kapitala, odnosno rentabilnost investicijskih projekata u gospodarstvu. Njezina visina prvenstveno se formira ponudom i potražnjom financijskih sredstava, premda ne treba zanemariti utjecaj monetarne i fiskalne politike, niti djelovanje psiholoških, političkih i drugih čimbenika kao što su stabilnost novca, gospodarska kretanja itd.

2. Unatrag nekoliko godina u Republici Hrvatskoj opća razina kamatnih stopa sve se više smanjuje, i to prvenstveno zbog povećane ponude i smanjene potražnje za kreditima, poradi sve oštrije konkurencije domaćih, a ponekad i inozemnih banaka, kao i stabilne vrijednosti kune, što znači da se inflacija više ne ugrađuje u kamatnu stopu. Postupnim smanjivanjem opće razine kamatnih stopa smanjuju se i razlike između aktivne i pasivne kamatne stope u bankama. Budući da neto kamatni prihodi čine 60 do 70% ukupnih prihoda, banke trebaju s više pažnje sagledavati rizik kamatne stope.

3. Rizik kamatne stope, odnosno neizvjesnost njezine promjene vjerojatnost je da će nepredviđeno kretanje kamatne stope izazvati nepovoljne učinke na poslovanje banke. U praksi se najčešće pojavljuju četiri vrste rizika kamatne stope: rizik promjene cijena, temeljni rizik, rizik krivulje prinosa i rizik opcionalnosti.

4. U hrvatskom bankarstvu kamatne stope se manjim dijelom utvrđuju autonomnim odlukama banaka, dok su većim dijelom utvrđene odlukama središnje banke, zakonima, ugovorima s inokreditorima i pod utjecajem sve oštrije konkurencije na tržištu.

5. Povećanje pasivnih i smanjenje aktivnih kamatnih stopa, odnosno značajnije smanjenje aktivnih od smanjenja pasivnih kamatnih stopa banci znači smanjenje neto kamatnih prihoda, odnosno manji financijski rezultat i manji budući novčani tijek ili slabiju likvidnost. Povećanjem tržišne kamatne stope kao diskontne stope, uz nepromijenjene ostale uvjete (aktivne i pasivne kamatne stope i rokovi dospijeca), smanjuje se tržišna vrijednost banke i obrnuto, smanjenjem tržišne kamatne stope povećava se vrijednost banke.

6. Nepredviđene i nepovoljne promjene kamatnih stopa ugrožavaju bančinu likvidnost i profitabilnost, dakle temeljne postulate poslovanja, ali djeluju i na tržišnu vrijednost banke koja je bitan čimbenik pri formiranju tržišne cijene dionica. Sagledavanje rizika kamatne stope i učinaka promjena na poslovanje i tržišnu vrijednost može biti podloga za utvrđivanje i provođenje poslovne politike banke kako bi se ostvarila sigurnost, uredna likvidnost i maksimalna profitabilnost.

Literatura

1. FISHER, I.: *The Theory of Interest*, Macmillan, New York, 1930 (1961).
2. HEFFERNAN, S.: *Modern Banking in Theory and Practice*, John Wiley and Sons Ltd, Chichester, 1966.
3. HENNING, Ch. N., PIGOTT, W., SCOTT, R.H.: *Financial Markets and the Economy*, Prentice Hall Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1978.
4. HICKS, J.R.: *Value and Capital*, Oxford, 1939.
5. HICKS, J.R.: *A Suggestion for Symplifying the Theory of Money*, *Economica*, 1935.
6. JURMAN, A.: *Priješka potreba usklađivanja politike deviznog tečaja i kamatne politike u gospodarskom sustavu Republike Hrvatske*, *Ekonomski pregled*, broj 3-4, Zagreb, 1993.
7. KOCH, T.W.: *Bank Management*, The Dryden Press, Orlando, Florida, 1992.
8. LEKO, V. (et.al.): *Rječnik bankarstva i financija*, Masmedia, Zagreb, 1993.
9. MISHKIN, F.S.: *The Economics of Money, Banking and Financial Markets*, Little, Brown and Company, Boston, 1986.
10. ROSE, S.P.: *Commercial Bank Management*, Richard D. Irwin Inc., Boston, 1991.
11. TOBIN, J.: *The Interest - Elasticity of the Transactions and Demand for Cash*, *Review of Economics and Statistics*, No. 8., 1956.
12. VAN HORNE, J.C.: *Financijsko upravljanje i politika (Financijski menedžment)*, Mate d.o.o., Zagreb, 1993.
13. *Bilten Hrvatske narodne banke*, broj 62., Zagreb, 2001.

Summary

A RISK OF INTEREST RATE IN A COMMERCIAL BANK

The interest is an important factor as being one of the elements to settle the price of capital, in other words, of profitability of investment projects in economy. Its rate is formed, first of all, by supply and demand of financial resources with engagement of a couple of corrective factors such as monetary and fiscal policy, political and psychological factors, monetary stability and economic trends. To have unexpected trends of the interest rates presents a special risk for the bank and can provoke negative effects on the account of profits and losses, monetary trends and market value of the bank. Consideration of the risk of interest rates and effects on business can be a basis for the establishment and effectuation of business policy which will result in doing business without the risk, methodical and maximal profitability of the bank.

Key words: bank, interest, a risk of interest rate.

Zusammenfassung

DAS RISIKO VON ZINSSÄTZEN IN DER GESCHÄFTSBANK

Zinsen sind ein außerordentlich wichtiger Faktor, denn damit wird der Preis des Kapitals bzw. die Rentabilität eines Investitionsprojekts in der Wirtschaft festgelegt. Ihre Höhe wird vor allem durch Angebot und Nachfrage der Geldmittel mit mehreren korrigierenden Faktoren wie Monetar- und Finanzpolitik bestimmt sowie durch

politische und psychologische Faktoren, durch Stabilität des Geldes und Wirtschaftsbewegungen usw. Unvorhergesehene Schwankungen des Zinsfußes sind für die Banken ein besonderes Risiko und können ungünstige Wirkungen auf Kosten von Gewinn und Verlust, Geldumlauf und ökonomischen Wert der Bank hervorrufen. Die Einsicht in das Risiko des Zinsfußes sowie seine Wirkung der Veränderung auf die Geschäfte kann eine Grundlage zur Festlegung und Durchführung der Geschäftspolitik sein, um Sicherheit, regelmäßige Liquidität und maximale Profitabilität der Bank zu realisieren.

Schlüsselwörter: Zinsen, Zinsrisiko, Bank.

Sommario

RISCHIO DEL TASSO DI INTERESSE NELLA BANCA D'AFFARI

L'interesse è un fattore importante in quanto uno degli elementi per definire il costo del capitale, in altre parole la redditività dei progetti di investimento nell'economia. Il suo tasso è composto innanzitutto dall'offerta e dalla domanda di risorse finanziarie, con l'influenza di due fattori correttivi come la politica monetaria e fiscale, i fattori politici e psicologici, la stabilità monetaria e le tendenze economiche. Avere andamenti inaspettati dei tassi di interesse rappresenta un particolare rischio per una banca e può provocare effetti negativi sul conto dei profitti e delle perdite, delle tendenze monetarie e del valore di mercato della banca. La considerazione del rischio del tasso di interesse e degli effetti sull'attività economica può essere una base per l'elaborazione e l'implementazione di una politica economica capace di assicurare la sicurezza operativa, la liquidità ordinaria e la massima produttività della banca.

Parole chiave: banca, interesse, rischio speculativo.

O ZAKONSKOM UREĐENJU PROMETA PRAVA NA NEKRETNINAMA I STVARNOPRAVNOM OSIGURANJU POTRAŽIVANJA U BIH *DE LEGE FERENDA*¹

Mr. sc. Meliha Povlakić, viši asistent
Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

UDK: 347.2(497.6)
Ur.: 21. rujna 2001.
Pr.: 30. listopada 2001.
Prethodno priopćenje

O zakonskom uređenju prometa prava na nekretninama i stvarnopravnom osiguranju tražbina u BiH de lege ferenda

Uspoređene su polazne točke za reformu pravnog sustava u Republici Hrvatskoj i BiH nakon disolucije SFRJ i u uvjetima tranzicije, pri čemu je u uvodu konstatirano da je BiH u odnosu na Republiku Hrvatsku, gdje su reforme potpuno zakonodavno uobličene, u velikom zaostatku. Rad je podijeljen u dva dijela. U prvom dijelu razmatra se stanje zakonske regulative o oblasti prometa nekretnina i zalaže za ukidanje zakona o prometu nekretnina kao i za rješenja de lege ferenda koja bi značila garanciju pravne sigurnosti u pravnom prometu nekretninama. U tom smislu zalaže se za izmjene koje bi uključile stvarno i zemljišnoknjižno pravo, a tiču se stjecanja prava na nekretninama i afirmacije načela zemljišnih knjiga, prije svega načela upisa i povjerenja. U cilju osiguranja pravne sigurnosti u ovoj oblasti također se de lege ferenda zalaže za veću ulogu javnog bilježnika. Uvjet valjanosti pravnih poslova koji imaju za predmet nekretnine treba biti njihovo zaključenje u formi javnobilježničkog akta.

Drugi je dio rada posvećen stvarnopravnom osiguranju vjerovnika u BiH. Na snazi su još propisi preuzeti iz bivše SFRJ; ukoliko su i doneseni novi (npr. Zakon o vlasničkopравnim odnosima Federacije BiH), oni ne znače nikakva radikalno nova rješenja. Razmatrane su mogućnosti da se u okviru tog datog sustava učine određene korekcije koje bi značile efikasnije osiguranje vjerovnika. Stoga se razmatra izvršnost javnobilježničkih akata, hipoteka na osnovi javnobilježničkog akta, reforme založnog prava na osnovi sporazuma stranaka pred sudom i odstupanja od načela oficijoznosti založnog prava, kao i uvođenje novog

¹ Stanje august 2001. godine.

sredstva osiguranja u pravni sustav BiH - zemljišnog duga. Kako je u Republici Srpskoj donesen, a u Federaciji BiH u pripremi Zakon o registriranim zalogama na pokretnim stvarima i članskim udjelima, posebna je pažnja posvećena kritičkoj analizi zakonskih rješenja.

Ključne riječi: *zalog bez predaje u posjed, izvršnost javnobilježničkih isprava, promet nekretnina, registarski zalog, stvarno-pravno osiguranje, sudsko založno pravo na osnovi sporazuma stranaka, zemljišni dug.*

1. Uvod

Neposredno nakon disolucije bivše SFRJ, Republika Hrvatska i BiH su, kao uostalom i druge zemlje bivše SFRJ, imale istu početnu poziciju - isto pravno ishodište. Preuzimanje bivših saveznih zakona kao sopstvenih te je sličnosti još više učvrstilo. Takođe su tranzicija, prelazak na tržišni način privređivanja, napuštanje socijalističkog pravnog sistema, pred ove zemlje postavile identične zadatke. Zbog svima poznatih razloga, Republika Hrvatska je u odnosu na BiH imala značajnu vremensku prednost. Neki reformski zahvati koji BiH tek predstoje, o kojima možda nema ni jasnog koncepta, u Hrvatskoj su potpuno zakonodavno uobličeni. Razlog da u poduzimanju tih mjera BiH posegne za iskustvom Republike Hrvatske.

Cilj ovog priloga je da dadne presjek stanja u zakonodavstvu BiH kada su u pitanju promet nekretnina i osiguranje povjerilaca, komparirajući propise *de lege lata* i *de lege ferenda* sa rješenjima hrvatskog prava.

U domenima naznačenim u naslovu u Federaciji BiH, odnosno u BiH u cjelini, malo je propisa koji su već doneseni i stupili na snagu, navedene oblasti su trenutno u fazi preoblikovanja i reformskih zahvata.²

2. Zakonsko uređenje prometa prava na nekretninama

2.1. Uopće

Novo, tržišnim uslovima prilagođeno pravo prometa nekretnina je *in statu nascendi*. Prema određenim egzaktnim procjenama mehanizmi tržišta nekretninama

² Nacrti i prijedlozi zakona koji su bili u parlamentarnoj proceduri, a koji su Parlamentu Federacije BiH bili predloženi od strane Vlade Federacije BiH u prethodnom sazivu, a među njima i zakonski tekstovi o kojima se ovdje govori, Odlukom Vlade Federacije BiH donesenoj na 10. Sjednici od 19.04.2001. g. povučeni su iz parlamentarne procedure. Prema navedenoj odluci Vlada će ih naknadno razmotriti i utvrditi tekstove nacrti i prijedloga zakona, koje će ponovo uputiti Parlamentu Federacije BiH, u skladu sa ustavnom procedurom. Iz daljeg izlaganja biće vidljivo da su neki zakonski projekti čekali na usvajanje već više od dvije godine (npr. Zakon o izvršnom postupku, Zakon o registriranoj zalozi na pokretnim stvarima i članskim udjelima), da bi zatim bili povučeni iz parlamentarne procedure!

u BiH ne funkcioniraju ispravno, što može imati odraza na opću pravnu sigurnost. Jedan od faktora koji imaju veliki uticaj na tržište nekretnina je i nedostatak određenog profesionalnog kruga koji bi bio uključen u transakcije, kao što su javni bilježnici, kao i adekvatnog zakonskog okvira za regulisanje uloge ovih lica, kao i nefunkcioniranje zemljišnih knjiga.³

U oba entiteta još je uvijek na snazi stari Zakon o prometu nepokretnosti iz 1978., u međuvremenu izmijenjen više puta pa i u toku rata.⁴ U Federaciji BiH je u pripremi donošenje novih propisa u ovoj oblasti.⁵ Začudjuće je, međutim, da se Nacrt Zakona o prometu nepokretnosti u Federaciji BiH u svojim osnovnim postavkama ne razlikuje od starog zakona donesenog u SR BiH. U Republici Hrvatskoj je analogan propis izričito ukinut Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (čl. 394. st. 1.).⁶ Zakon o prometu nekretnina, kakvog su ga poznavale federalne jedinice bivše SFRJ, po svojoj suštini je bio odraz socijalističkih odnosa, posebnog značaja društvenog vlasništva i različitih ograničenja u prometu nekretninama, kao takav on ne može biti osnovom modernog tržišta nekretnina, te je velika šteta što zakonodavni organi u oba entiteta nisu imali sluha za izmijenjene okolnosti u ovom pravnom segmentu. Prije svega je donošenje posebnog zakona koji bi regulirao ovu materiju suvišno. Sva pitanja prometa nekretnina mogu biti riješena u okviru zakona koji regulira obligacione odnose, stvarnopravne odnose i javnobilježništvo,⁷ a sam Zakon o prometu nepokretnosti, u svojoj sadašnjoj verziji, predstavlja svojevrstan anahronizam.

2.2. Uloga javnih bilježnika u prometu nekretninama

Republika Srpska još nije donijela propise o javnom bilježništvu. U Federaciji BiH je donesen i stupio je na snagu Zakon o javnom bilježništvu,⁸ a shodno odredbi člana 138. navedenog zakona trebala je u decembru 2000. g. otpočeti njegova primjena. Međutim, do toga nije došlo i vrlo je neizvjesna sudbina tog zakonskog teksta. Naime u julu 2000. g. parlamentu Federacije BiH dostavljen je Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama zakona o javnom bilježništvu, koji još nije bio

³ Uporediti Komisija za imovinske zahtjeve raseljenih lica i izbjeglica, Nacrt izvještaja iz februara 2000. g., Pravo vlasništva i stjecanje prava na nekretninama u BiH, str. 24.

⁴ Federacija BiH: Sl.l. SR BiH 38/78, 4/89, 29/90, 22/91, Sl.l. R BiH 21/92, 3/93, 17/93, 13/94, 18/94; Republika Srpska: Sl.l. SR BiH 38/74, 4/89, 29/90, 22/91, Sl.gl. RS 22/94.

⁵ I ovaj zakonski projekt je povučen iz parlamentarne procedure.

⁶ Narodne novine 91/96.

⁷ U BiH, u oba entiteta u toku su radovi na donošenju Zakona o obligacionim odnosima i Zakona o javnom bilježništvu. Shodno odredbama Ustava BiH (Aneks 4. uz Dejtonski mirovni sporazum), čl. III. st. 1. i 3., nadležnost za regulisanje navedenih oblasti pripada entitetima, a ne državi BiH. Naravno, odredba člana III. st. 5. nudi mogućnost da entiteti svojim sporazumom delegiraju nadležnost na državu BiH. Kako se to do sada nije desilo, a potrebe jedinstvenog tržišta nalažu jedinstvenu pravnu regulativu određenih oblasti, pristupilo se izradi entitetskih zakona, koji bi imali harmonizirani sadržaj. Takav je slučaj sa Zakonom o obligacionim odnosima i Zakonom o javnom bilježništvu.

⁸ Sl.n. FBiH 49/99.

predmetom parlamentarne rasprave.⁹ Shodno tome nisu doneseni potrebni podzakonski propisi niti je izvršena edukacija i izbor javnih bilježnika. Zakon Federacije BiH rađen je pod snažnim uticajem hrvatskog Zakona o javnom bilježništvu, ali ne radi se o potpunoj recepciji hrvatskog prava - neki važni instituti hrvatskog prava nisu preuzeti u Zakon o javnom bilježništvu Federacije BiH, čime je umanjen kvalitet zakonskog teksta.¹⁰

Uvođenje institucije javnih bilježnika u pravni poredak Federacije BiH, sigurno će dovesti do rasterećenja sudova u određenim domenima (tako npr. kada je u pitanju ovjera potpisa i prijepisa) i do kvalitetnijeg nivoa pravne zaštite. Međutim samo te činjenice ne mogu opravdati uvođenje ove institucije. Sada važeći tekst Zakona o javnom bilježništvu Federacije BiH nije u mogućnosti da ostvari osnovne zadatke ove pravne institucije, a to je povećanje pravne sigurnosti pri regulisanju imovinskopravnih odnosa, naročito u pravnom prometu nekretninama, kao niti da doprinese sigurnosti povjerilaca. Javni bilježnik treba obezbijediti pravnu sigurnost u ovim važnim domenima koji bi trebali biti u njegovoj nadležnosti. Sigurno je to jedan od razloga što međunarodna zajednica implementaciju ovog zakona, ali i njegove suštinske izmjene, vidi kao jedan od prioriteta.

Prema izvornom zakonskom tekstu javni bilježnik nema nikakve nadležnosti kada je u pitanju promet nekretninama. Članom 56. određeni su pravni poslovi za čiju je punovažnost potrebna forma javnobilježničkog akta, među njima nisu navedeni pravni poslovi koji se odnose na nekretnine.¹¹ Istina, ZJB određuje da je moguće drugim federalnim zakonima odrediti da se određeni pravni poslovi moraju zaključiti u formi javnobilježničkog akta. U stvari, krug pravnih poslova za čiju je punovažnost potrebna forma javnobilježničkog akta u Federaciji BiH, kao i u Hrvatskoj nije veliki, a uz to se ne radi ni o najtipičnijim i najčešćim poslovima pravnog prometa, i može se reći da je osnovna djelatnost javnog bilježnika ovjera potpisa i prijepisa.¹²

⁹ Iz parlamentarne procedure povučen je i Nacrt zakona o izmjenama i dopunama zakona o javnom bilježništvu. Pristupilo se izradi potpuno novog zakona o javnom bilježništvu. Intencija je da se izradi identičan tekst koji bi kao posebne zakone usvojili parlamenti oba entiteta u BiH, a rad na izradi novog zakonskog teksta organizuje i koordinira u saradnji sa ministarstvima pravde oba entiteta njemačka vladina organizacija GTZ - Gesellschaft für technische Zusammenarbeit. Već je izrađena radna verzija zakonskog teksta za oba entiteta.

¹⁰ U pravu Federacije BiH nema npr. odredaba o postavljanju javnih bilježnika, prisjedniku, vršiocu dužnosti javnog bilježnika. S druge strane, i tekst hrvatskog Zakona o javnom bilježništvu ima niz nedostataka, koje bi trebalo otkloniti u novom zakonskom tekstu, tako npr. mogućnost ovrhe na osnovu privatnih isprava, postupak solemnizacije i ovrha na temelju solemniziranih isprava, uzak krug nadležnosti, a osim toga pretjerani formalizam u propisivanju velikog broja obaveznih pečata, nepraktičan i kompliciran način arhiviranja, vođenje niza javnobilježničkih knjiga i upisivanje određenih podataka u više upisnika itd.

¹¹ Član 56. ZJB odgovara članu 53. hrvatskog Zakona o javnom bilježništvu.

¹² Od ove djelatnosti koja uostalom ne zahtjeva vrhunsku stručnost, koja se u skladu sa uslovima za izbor za javnog bilježnika traži, mogu obezbijediti egzistenciju samo javni bilježnici sa velikom prometom, u velikim centrima. Taj se problem već ispoljio u Hrvatskoj, a ako bi se primjenili važeći propisi u BiH on bi se ispoljio u još oštrijoj formi. Naime članom 11. Zakona o javnom bilježništvu određeno je da se jedan javni bilježnik bira za 10.000 stanovnika, za razliku od hrvatskog prava, gdje je taj broj 20.000. Ali, to nije samo hrvatski ili bosansko-hercegovački problem. Tako je npr. u Kanadi,

Novele na zakon o javnom bilježništvu predviđale su, a to takođe čini i radni nacrt novog zakona o javnom bilježništvu od 15.08.2001. značajno proširenje nadležnosti javnih bilježnika u odnosu na izvorni zakonski tekst, a ovdje je posebno interesantno proširenje nadležnosti javnog bilježnika u pogledu ugovora koji imaju za predmet nekretnine.¹³ Uslov punovažnosti takvih ugovora nije samo ovjera potpisa ugovarača od strane javnog bilježnika, već forma javnobilježničkog akta.¹⁴ Ni prema rješenjima hrvatskog zakona o javnom bilježništvu nije propisana forma javnobilježničkog akta za ugovore o prometu nepokretnina. U pravničkim krugovima u BiH postoje otpori propisivanju obavezne forme javnobilježničkog akta, argumentirajući da bi na taj način za građanina transakcije nekretninama predstavljale veće finansijsko opterećenje. Tačno je da će sačinjavanje javnobilježničkog akta biti skuplje od sadašnje ovjere potpisa od strane suda, ali će koristiti, kako za pojedinca, tako i za cijelo društvo, kompenzirati to opterećenje. Naravno, zakonodavac odnosno organ nadležan za propisivanje javnobilježničke tarife ovdje ima mogućnosti da pravilno odmjeri interese građanina i javnobilježničke službe.

Cilj novele prema kojoj je za ugovore koji imaju za predmet nekretnine obavezna forma javnobilježničkog akta je sljedeći:

- Spriječiti stranke da zaključuju i izvršavaju usmene ugovore, koji mogu konvalidirati izvršenjem.¹⁵ Zaključenje ugovora u nekoj drugoj formi imalo bi za

u državi Kvebek, zbog relativno uskog kruga nadležnosti, dovedena u pitanje egzistencija javnih bilježnika. Uporediti P.-G. JOBIN, *L'Histoire mouvementée du notariat*, *Revue trimestrielle du droit civil*, 1999, str. 748.

¹³ Član 46. Radnog nacrta zakona o javnom bilježništvu određuje da je forma javnobilježničkog akta potrebna za punovažnost sljedećih pravnih poslova: pravni poslovi kojima se reguliraju imovinski odnosi bračnih i vanbračnih drugova, pravni poslovi kojima se raspolaze značajnijim dijelovima imovine poslovno nesposobnih lica, obećanje poklona, pravni poslovi koji imaju za predmet nekretnine, zaživotno raspolaganje imovinom za slučaj smrti, pravni poslovi vezani za statusne promjene društava kapitala.

¹⁴ Interesantno je da nacrt Zakona o prometu nekretninama Federacije BiH i dalje predviđa da potpisi na ugovorima koji imaju za predmet nekretnine mogu biti ovjereni od strane suda, ali ne i od strane javnog bilježnika! Čini se da tvorci tog zakonskog teksta nisu bili upoznati sa rješenjima Zakona o javnom bilježništvu koji normiraju nadležnost javnog bilježnika u ovjeri potpisa.

¹⁵ Pitanje konvalidacije izvršenjem usmeno zaključenih ugovora o prodaji nekretnina, jedno je od diskutovanih pitanja u doktrini i praksi bivše SFRJ i njenih federalnih jedinica, a preuzimanjem propisa bivše države problem je prenesen i u današnju Bosnu i Hercegovinu. Još od primjene člana 9. Zakona o prometu zemljišta i zgrada iz 1965. godine (Sl.l. SFRJ 43/65, 57/65, 17/67) koji je propisivao obaveznu pismenu formu ugovora o prometu nepokretnosti, postavilo se pitanje može li usmeno zaključen ugovor koji ima za predmet nepokretnost, konvalidirati izvršenjem. Drugim riječima, kakav je cilj i karakter propisane forme kod ugovora o prometu nepokretnosti. Više o tome S. KRNETA, *Pismena forma ugovora o prometu zemljišta i zgrada u našoj novijoj sudskoj praksi*, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XIV/1966, str. 66 i dalje. Na početku primjene zakonskog teksta sudovi su ugovore koji nisu zaključeni u pismenoj formi oglašavali bez pravnog dejstva; ovaj je stav postepeno napušten u sudskoj praksi. Taj trend je doveo do potpunog zaobilazanja obavezne pismene forme i na kraju rezultirao i donošenjem odredbe iz člana 73. Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine. Prema toj odredbi: "Ugovor za čije se sklapanje zahtjeva pismena forma smatra se pravovaljanim, iako nije zaključen u toj formi, ako su ugovorne strane izvršile, u cijelosti ili u

posljedicu njihovu nepunovažnost,¹⁶ te bi kao rezervni put stjecanja prava na nekretninama dolazila u obzir samo vanredna dosjelost, koja zbog dužine rokova nužno znači veći rizik za dosjedatelja.

- Onemogućavanjem redovne dosjelosti kao rezervnog puta za stjecanje vlasništva, motivirali bi se sticaoci za uknjižbu u zemljišne knjige.

- Učešćem javnog bilježnika, kao nepristrasnog i nezavisnog zastupnika obje stranke prilikom formulacije ugovora izbjegli bi se mogući sporovi o pravima na nekretninama. Učešće javnog bilježnika u formuliranju konkretnih odredaba ugovora koji ima za predmet nekretnine, te formuliranje tih odredaba prema potrebama konkretnog slučaja sigurno bi obezbijedile veći kvalitet samih ugovora i na taj način smanjile rizik spora među strankama. Činjenica da javni bilježnik materijalnopravno odgovara za svoje radnje sigurno bi ga navela da stranke odvrća od rizičnih operacija nekretninama, naime onih gdje prenosilac ne može obezbijediti dokaz o svome vlasništvu.¹⁷ "Javno bilježništvo time već u fazi sklapanja pravnih poslova i definiranja odnosa među strankama osigurava onu razinu pravne zaštite koju bi sudovi inače mogli pružiti tek rješavanjem nastalih sporova."¹⁸

pretežnom dijelu, obaveze koje iz njega nastaju, *osim ako iz cilja zbog kojeg je forma propisana očito ne proizlazi šta drugo.*" Sudovi kao da su zaboravili zadnji dio ove odredbe (istaknuto kurzivom), i nisu se bavili ocjenom u kom je cilju pismena forma propisana. Pred sudovima su se pojavljivali slučajevi sukoba pravnih osnova usmeno zaključenog i izvršenog ugovora o prodaji nepokretnosti (predat posjed) i kasnije zaključenog pismenog ugovora koji je uknjižen u zemljišne knjige. Redovno je ocjenjivano da prednost uživa prvi kupac jer mu je nekretnina predata u posjed, čime je usmeno zaključen ugovor konvalidiran, a kasnijeg stjecatelja učinilo nesavjesnim, jer je bio dužan da ispita vanknjižno, posjedovno stanje nepokretnosti (Uporediti VS BiH Rev. 618/86 od 18.06.1987, Bilten VS BiH 4/87, str. 15; VS BiH Rev. 224/88 od 16.12.89, Bilten VS BiH 2/89, str. 22.). Dozvoljavanjem konvalidacije neformalno zaključenih ugovora o prometu nekretninama sudovi su praktično pristali na konsekvencu da se takav kupac ne može uknjižiti u zemljišne knjige i da vlasnik može postati tek dosjelošču. Interesantno je da navedena praksa sudova postoji i nakon donošenja Zakona o prometu nepokretnosti SR BiH (Sl.n. FBiH I. SR BiH 38/78) koji u članu 9. određuje da je ugovor zaključen protivno zakonom propisanoj normi bez pravnog dejstva, a dopušta konvalidaciju izvršenjem samo pismenih ugovora na kojima potpisi nisu ovjereni od strane suda.

¹⁶ Tako član 46. st. 2. radne verzije Zakona o javnom bilježništvu za Federaciju BiH i za Republiku Srpsku.

¹⁷ Uvidom u praksu javnih bilježnika u Hrvatskoj moguće je konstatovati da se dio aktivnosti javnih bilježnika sastoji u solemnizaciji privatnih isprava. Pri tome same stranke prezentiraju javnom bilježniku već gotove formulare ugovora o prometu nekretninama. Vrlo negativan stav o tome zauzela je Međunarodna unija latinskih notarijata (vidjeti pismo počasnog predsjednika upućeno Ministru pravde Hrvatske od 2.7.96, objavljeno u Javni bilježnik 1/97, str. 24). Takvom je praksom doveden u pitanje dignitet javnobilježničke službe. Često te isprave nemaju onaj pravni kvalitet, koje bi imale da je javni bilježnik učestvovao u njihovom sastavljanju i njima nije moguće uvijek postići željene učinke. Činjenica je da javni bilježnik mora da pazi na jednaku zaštitu interesa obiju stranaka, da zaštititi neuku stranku, a toj je obavezi mnogo laše udovoljiti kada on sam aktivno učestvuje u raspravi odn. pregovaranju. Šire o navedenim problemima: V. BILAN, Neka pitanja iz javnobilježničke prakse, Javni bilježnik, 4/98. str. 49, N. DOLINAR, Javni bilježnici i ovršni zakon, Javni bilježnik 7/1999, str. 33-34.

¹⁸ M. DIKA, Javno bilježništvo i zaštita vjerovnika, Pravo u gospodarstvu, vol. 34, 1995, str. 546.

Predložena novela samo propisuje formu ugovora o prometu nekretninama, a ne sadrži nikakve dalje odredbe o učešću javnog bilježnika u realizaciji i uknjižbi ugovora, što je takođe od velike važnosti. Ovdje bi trebalo slijediti primjer njemačkog prava, te obezbijediti provođenje transakcija sa nekretninama u zemljišnim knjigama od strane javnog bilježnika, tako da se kao nuzgredni ali nimalo beznačajni efekat uključenosti javnog bilježnika u sve faze zaključenja i realizacije ugovora koji ima za predmet nekretnine obezbijedi ažuriranje evidencije o nekretninama. Prema rješenjima njemačkog prava u slučaju da je izjavu koja je potrebna za upis nekog zemljišno-knjižnog prava ovjerio javni bilježnik, on se smatra ovlaštenim da u ime stranke koja ima pravo na podnošenje zahtjeva zatraži upis u zemljišne knjige.¹⁹ Učešće javnog bilježnika imalo bi još jedan sporedni efekat, a to je efikasna naplata poreza na promet nekretnina.²⁰

Pitanje zakonske reforme prometa nekretninama neodvojivo je povezano sa pitanjima reforme zemljišno-knjižnog i stvarnog prava.

3. Reforma zemljišnoknjižnog prava i stvarnog prava

3.1. Reforma zemljišnoknjižnog prava

Trenutno je u oba entiteta BiH u toku rad na izradi zakona o zemljišnim knjigama.²¹ U skladu sa Aneksom na Deklaraciju Vijeća za implementaciju mira od 23. i 24.05.2000. g. preuzeta je obaveza da se do kraja 2000. g. donesu u oba entiteta zakoni o zemljišnim knjigama istog sadržaja! Međutim, interesantno je da je povodom

¹⁹ § 15 Grundbuchordnung, Fassung vom 26.5.1999, BGBI I S 1114.

²⁰ U pogledu uslovljavanja upisa u zemljišne knjige plaćanjem poreza na promet mišljenja bosanskohercegovačkih pravnika, koja su došla do izražaja u toku sesija posvećenih izradi zakona o zemljišnim knjigama, su podijeljena. Postoje mišljenja da u cilju motiviranja upisa u zemljišne knjige, upis ne bi trebao biti uslovljen plaćanjem poreza na promet nekretnine. Takvo razmišljanje nije novo, ono je došlo do izražaja u Zakonu o premjeru i katastru nekretnina iz 1984. g. Član 13. st. 2. tog zakona izričito je propisao da takvog uslovljavanja ne može biti. Međutim, član 15. Zakona o porezu na promet nekretnina i prava Kantona Sarajevo (Sl.n. KS 10/99) ima suprotno rješenje. Iako se navedeni Zakon o premjeru i katastru sukladno članku IX.5. st. 1. Ustava Federacije BiH primjenjuje kao federalni propis, derogiran je kantonalnim propisima! Takođe radni nacrt zakona o zemljišnim knjigama predložen vladama entiteta predviđa u članu 4. st. 3. plaćanje poreza kao uslov za uknjižbu. Nema potrebe da se država, koja ionako ima problema sa finansiranjem, odrekne jednog legitimnog prihoda, koji se naplaćuje svugdje na svijetu, ali nužno je da stopa poreza koja je u nekim kantonima Federacije BiH još uvijek 15%, a u nekim 8 do 10%, bude svedena na evropski nivo od 3-4%.

²¹ Od strane Ministarstva pravde Federacije BiH izrada nacrta zakona o zemljišnim knjigama povjerena je njemačkoj organizaciji Gesellschaft für technische Zusammenarbeit (GTZ), čiji stručnjaci uz saradnju bosanskih pravnika rade na izradi nacrta zakona o zemljišnoj knjizi. GTZ je uspio da objedini napore nekoliko međunarodnih organizacija koje su tretirale ovu problematiku (CRPC, SIDA, Norway Registers Development A/S). Zajedno sa stručnjacima iz Federacije BiH, u procesu izrade nacrta zakona o zemljišnim knjigama učestvuju i stručnjaci iz Republike Srpske. Ministarstvima pravde entiteta već je prezentiran radni nacrt teksta zakona.

izrade nacrtu zakona o zemljišnim knjigama u BiH rasplamsana diskusija vođena 70-ih i 80-tih godina u bivšoj SFRJ o tome da li treba zadržati klasičnu zemljišnu knjigu ili uvesti odnosno zadržati novu tzv. jedinstvenu evidenciju nekretnina. U bivšoj SR BiH, uprkos svim prigovorima kako iz redova doktrine tako i prakse,²² kao i utemeljenim tvrdnjama da razlozi za neažurnost zemljišnih knjiga ne leže u samoj zemljišnoj knjizi,²³ koja ustrojena na isti način besprijeckorno funkcioniše u njemačkom i austrijskom pravu, opredjeljenje je bilo za jedinstvenu evidenciju, te je donesen Zakon o premjeru i katastru nekretnina.²⁴ Svojevremeno u SR Hrvatskoj nije bio prihvaćen taj trend, i zadržana je klasična zemljišna knjiga. Zakonom o premjeru i katastru iz 1984. g. katastar je preuzeo i ulogu zemljišne knjige, a za novu evidenciju bili su nadležni općinski organi uprave. Član 199. tog zakona određuje da se do uvođenja nove evidencije i dalje primjenjuju pravna pravila zemljišno-knjižnog prava.²⁵ Nedostatak finansijskih sredstava i rat u BiH znatno su usporili radove na implementaciji ovog zakona, tako da je prema aktuelnim istraživanjima samo na neznatnom procentu teritorije BiH zaživjela nova evidencija nekretnina.²⁶ Kako su kod izrade novog zakona o zemljišnim knjigama mišljenja bila polarizirana vladama entiteta predložene su dvije verzije radnog nacrtu zakona o zemljišnim knjigama, jedna koja se bazira na klasičnim rješenjima (tzv. sudski sistem) i druga koja ostavlja slobodu općinama da se odluče za sudski sistem ili za vođenje evidencije nekretnina od strane općinskih organa uprave (tzv. dualni sistem).²⁷ Osim različitog određenja organa koji bi vodio evidenciju, između ovih verzija zakona nema nikakve razlike. Naročito se željelo da sve garancije koje inače u sebi nosi sudski sistem budu ugrađene i u sistem kada evidenciju vodi upravni organ. Stoga je u oba slučaja predviđen isti zemljišno-knjižni postupak, posebno kada se radi o postupku po prigovorima na rješenja o upisu - u oba slučaja nadležan je sud. Tako se odluka općinskog organa uprave, kojom odlučuje o zemljišno-knjižnim pitanjima smatra konačnom, žalba se ne ulaže drugostepenom upravnom organu već sudu.²⁸

²² Uporediti: S. KRNETA, Primjedbe povodom nacrtu Zakona o premjeru i katastru nekretnina, Advokatura BiH, 33-36/83, D. MANDIĆ, O nekim razlozima nesklada zemljišno-knjižnog i stvarnog stanja na području svojinskih odnosa vezano za Nacrt zakona o premjeru i katastru nekretnina Advokatura BiH, 33-36/83, S. GEORGIJEVSKI, Evidencija nekretnina, Naša zakonitost 10-11/1984, str. 1182.

²³ V. KUČEKOVIĆ, smatra da među razlozima neažurnosti zemljišne knjige nije bio ni jedan koji potiče od zemljišne knjige kao takve (O koncepciji evidencije nekretnina u Hrvatskoj, Naša zakonitost 10-11/84, str. 1195).

²⁴ Sl. l. SR BiH 22/84, 12/87, 26/90, 36/90, 3/93, 4/93, 13/94, 26/95. Ovaj se zakon primjenjuje u Federaciji BiH, dok je u RS 1996. godine donesen Zakon o premjeru i katastru, sa gotovo identičnim sadržajem (Sl. gl. RS 19/96).

²⁵ Radi se o Zakonu o zemljišnim knjigama i Zakonu o osnivanju i unutrašnjem uređenju zemljišnih knjiga iz 1930. g. i Zakonu o zemljišno-knjižnim diobama, otpisima i pripisima iz 1931. g.

²⁶ Nacrt izvještaja CRPC-a iz februara 2000, "Pravo vlasništva i stjecanje prava na nepokretninama u BiH", str. 47.

²⁷ Član 9. radnog nacrtu Zakona o zemljišnim knjigama.

²⁸ Član 73. radnog nacrtu Zakona o zemljišnim knjigama.

Obje predložene varijante počivaju na klasičnim principima zemljišno-knjižnog prava, sadržanim već u pravnim pravilima zemljišno-knjižnog prava koja su u primjeni u BiH. Ipak, prisutan je jači uticaj njemačkog prava, koje počiva na dosljednijem provođenju principa zemljišno-knjižnog prava u odnosu na austrijsko.²⁹ Tako je član 7. predloženog radnog nacrt, koji reguliše načelo povjerenja u zemljišne knjige pod direktnim uticajem §§ 891. i 892. Njemačkog građanskog zakonika (u daljem tekstu: BGB), koji za djelovanje načela povjerenja u odnosu na treća savjesna lica ne predviđaju nikakva ograničenja. Prema trećim savjesnim licima ovo načelo u svoja oba vida, pozitivnom i negativnom, djeluje odmah. Upisano pravo se smatra tačnim, a brisano pravo nepostojećim. Treća se strana smatra nesavjesnom ukoliko je upisana zabilježba spora (prigovora) o nekom pravu ili ukoliko je na neki drugi način znala ili zbog grube nepažnje nije saznala za nepravilnost zemljišne knjige. Ovdje se uočava jedna razlika u odnosu na novo hrvatsko pravo, koje je po ugledu na austrijsko pravo prihvatilo sistem umjerene zaštite načela povjerenja.³⁰ Prema tom sistemu zaštita povjerenja u potpunost zemljišnih knjiga za treća savjesna lica nastupa odmah, a u tačnost zemljišnih knjiga kada proteknu rokovi u kojima je moguće prema trećoj savjesnoj osobi osporavati upis u zemljišne knjige.³¹ Na ovaj je način novo hrvatsko pravo zadržalo rješenje koje su poznavala pravna pravila zemljišno-knjižnog prava.³²

Razlika između predloženog radnog nacrt, zakonskog teksta i hrvatskog zemljišno-knjižnog prava postoji i kod dejstva načela upisa. Dok hrvatsko pravo određuje da drugi, posebni zakon određuje kada će upis u zemljišne knjige imati konstitutivno dejstvo,³³ dotle je u predloženom tekstu (član 6.) određeno da prava na nepokretninama nastaju tek upisom u zemljišne knjige, bez ikakvih izuzetaka. Pravilno je postupljeno u hrvatskom zemljišno-knjižnom pravu kada je ovo rješenje ostavljeno materijalnom pravu. Na ovaj je način zemljišno-knjižni propis prejudicirao rješenja budućeg stvarnog prava u BiH. Uz to, postavlja se pitanje koliko je ovakva odredba u bosansko-hercegovačkim uslovima realna.

Radni nacrt zakona o zemljišnim knjigama predviđa upis u zemljišnu knjigu kao isključivi zakoniti način pribavljanja prava na nekretninama (*modus acquirendi*), a ne samo za slučaj da se nekretnine stiču na osnovu pravnog posla, kao što je to do sada bio slučaj kod nas³⁴ i kao što je karakteristično za većinu zemalja sa sistemom

²⁹ Tako O. STANKOVIĆ-M. ORLIĆ, *Stvarno pravo*, Beograd, 1989., str. 531.

³⁰ U tom smislu: T. JOSIPOVIĆ, *Novo zemljišno-knjižno pravo*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997., str. 179.

³¹ Više o tome T. JOSIPOVIĆ, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001., str. 61, kao i str. 133. i dalje.

³² Član 8. Zakona o zemljišnim knjigama (Narodne novine 91/96). U tom smislu: T. JOSIPOVIĆ, *Novo zemljišno-knjižno pravo*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997., str. 177.

³³ Član 4. Zakona o zemljišnim knjigama Republike Hrvatske

³⁴ Tako čl. 38. Zakona o vlasničkopravnim odnosima (Sl.n. FBiH 6/98), u daljem tekstu: ZOVO, i čl. 33. Zakona o osnovnim svojinskoopravnim odnosima (Sl.l. SFRJ 6/80, 36/90), u daljem tekstu: ZOSPO, koji se u RS primjenjuje kao republički zakon.

zemljišnih knjiga.³⁵ Koliko god da izgleda da je pronađeno idealno rješenje i da više ne može biti raskoraka između faktičkog i knjižnog stanja (jer što nije upisano i ne postoji), ovo rješenje zahtjeva dopunu. I u onim pravnim porecima koji, kao njemački, najdosljednije stoje na načelu upisa, postoje izvjesni izuzeci, u kojima se pravo vlasništva ne stiče upisom u zemljišne knjige. To je nasljeđivanje, jer nasljednik stiče pravo vlasništva u momentu smrti ostavioca. Takođe ZOVO/ZOSPO predviđaju da je pravo vlasništva moguće steći na osnovu zakona ili odluke drugog nadležnog organa,³⁶ ali ne propisuju kako i u kom se momentu pribavljaju prava po tom osnovu. Ukoliko bi dosljedno bilo provedeno načelo upisa to bi značilo da će se pravo na osnovu pravosnažne sudske odluke ili konačne odluke upravnog organa steći tek upisom u zemljišne knjige. Međutim, to protivrječi suštini pravosnažnosti odn. konačnosti; u ovim slučajevima se stvarna prava na nekretninama stječu bez *modus acquirendi*.³⁷ Čini se da bi ova dva principa mogla biti pomirena po ugledu na novo hrvatsko pravo. Pravo vlasništva na nepokretninama, kao i druga stvarna prava stiču se upisom u zemljišnu knjigu, ako je sticalac savjestan, i pod uslovom da zakon ne propisuje šta drugo. Odredbe koje normiraju stvarno pravo treba da propišu izuzetak od pravila da se stvarna prava na nepokretninama stječu upisom u zemljišnu knjigu.³⁸ Lica koje stvarno pravo na nekretnini stekne na osnovu zakona, nasljeđivanja, pravosnažne odluke suda ili drugog nadležnog organa ovlašteno je da traži upis svog prava u zemljišne knjige. Zemljišnoknjižno pravo stečeno po navedenim osnovama ne može se suprotstaviti pravu savjesnog lica, koje je, postupajući s povjerenjem u zemljišne knjige upisalo svoje pravo, prije nego je bio zatražen upis prava stečenog na osnovu zakona, nasljeđivanja, sudske odluke ili odluke drugog nadležnog organa.³⁹

Ovdje treba dodati da je za funkcioniranje načela povjerenja na željeni način, nužno definisati zakonom pojam savjesnosti trećih lica. Nužno je stoga savjesnost trećega ograničiti samo na sadržaj zemljišne knjige i na eventualno saznanje za drugačije faktičko stanje koje odstupa od vanknjižnog, kao u novom hrvatskom pravu.⁴⁰ U pogledu vanknjižnog stanja ne smije postojati obaveza istraživanja, kakvo je stanovište do sada zastupala naša sudska praksa, koja je suočena sa neažurnošću zemljišnih knjiga pred njom popustila i sa svoje strane doprinijela daljem obezvrjeđivanju zemljišnih knjiga.⁴¹

³⁵ T. JOSIPOVIĆ, Zemljišnoknjižno pravo, str. 64.

³⁶ član 20. ZOSPO, čl. 23. ZOVO.

³⁷ Tako N. GAVELLA, T. JOSIPOVIĆ, I. GLIHA, V. BELAJ, Z. STIPKOVIĆ, Stvarno pravo, Zagreb 1998., str. 348. i dalje.

³⁸ T. JOSIPOVIĆ, Zemljišnoknjižno pravo, Zagreb, 2001., str. 64.

³⁹ Član 122-125, 173. st.2, 227, 230, 243. itd. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske. Ovakvo djelovanje načela povjerenja propisano je u hrvatskom pravu posebno za svaki slučaj sticanja svakog stvarnog prava. Nejasno je zašto se umjesto ponavljanja zakonodavac nije odlučio za jednu opštu normu.

⁴⁰ Čl. 122. st. 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima i čl. 8. st. 2. Zakona o zemljišnim knjigama.

⁴¹ U sudskoj je praksi konsekvantno zastupan stav da je za savjesnost stjecatelja nekog zemljišnoknjižnog prava neophodno ispitati i vanknjižno stanje nekretnine. Ta praksa je sublimirana u Zaključku

3.2. *Reforma stvarnog prava*

Paralelno sa reformom zemljišno-knjižnog prava morala bi teći i reforma stvarnog prava, jer rješenja stvarnog prava, moraju biti takva da stvore potrebnu "infrastrukturu" sistemu evidencije nekretnina. Sva nastojanja u pravcu reforme zemljišno-knjižnog prava imaju tek tada smisla ako rješenja drugih zakona neće dezavuisati zemljišne knjige. Tako npr. rješenja stvarnog prava treba da obezbijede da se evidencija nekretnina bazira dosljedno na načelima upisa, prvenstva i pouzdanja. U protivnom, ni najsavšenija evidencija neće moći spriječiti da nakon izvjesnog vremena ponovo ne dođe do razilaženja stvarnog i knjižnog stanja, a ogromni naponi i finansijska sredstva za njeno uspostavljanje bili bi uzaludni.

Predstojeća moderna kodifikacija stvarnog prava trebala bi stoga izostaviti sljedeće načine sticanja prava na nepokretninama po osnovu zakona: dosjelost i građenje na tuđem zemljištu. Ukoliko zakonodavac u pogledu konstitutivnog dejstva upisa u zemljišne knjige usvoji predložena rješenja u radnom nacrtu zakona o zemljišnim knjigama,⁴² onda bi već nužnost da rješenja stvarnog i zemljišnoknjižnog prava budu kompatibilna imala za logičnu konsekvencu da stjecanje bez upisa u zemljišnu knjigu nije moguće. Novo hrvatsko pravo zadržalo je navedene načine stjecanja na osnovu zakona, bez značajnijih izmjena u odnosu na pravo bivše SFRJ. Međutim, prema rješenjima hrvatskog prava dosjelost i građenje na tuđem zemljištu ne mogu ugroziti povjerenje u zemljišne knjige. Naime, zemljišno-knjižno stjecanje je pretpostavljeno vanknjižnom stjecanju, tako da neuknjižena osoba neće svoje pravo stečeno na osnovu zakona moći suprotstaviti savjesnom stjecatelju koji se upisao u zemljišne knjige. Na taj je način veći značaj pridat zemljišnoknjižnom stanju u odnosu na faktičko, čime je raskorak između knjižnog i vanknjižnog stanja za savjesna treća lica irelevantan, za razliku od ranijih pravnih rješenja. Ali drugi razlozi u jednoj modernoj državi govore u prilog ukidanja dosjelosti i građenja na tuđem zemljištu kao načina stjecanja prava vlasništva na nekretninama.⁴³

sa savjetovanja građanskih i građansko-privrednih odjeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda održanom 28. i 29.05. 1986. godine u Beogradu (Objavljen u Biltenu VS SRBiH 3/86, str. 47). U obrazloženju navedenog zaključka se kaže: "Stoga kupac nepokretnosti svoju savjesnost u sticanju ne može opravdati samo s pozivom na pouzdanje u apsolutnu tačnost zemljišno-knjižnih upisa, već je dužan da provjeri i posedovno stanje nepokretnosti." Više o tome M. POVLAKIĆ, Uloga savjesnosti kod višestrukog otuđenja iste nepokretnosti i predstojeća reforma zemljišno-knjižnog prava, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XLII/1999, str. 267, 272, 274.

⁴² Prema odredbi člana 5. Radnog nacrtu zakona o zemljišnim knjigama tek upisom u zemljišne knjige nastaje pravo vlasništva i druga stvarna prava na nepokretnine, bez ikakvog izuzetka!

⁴³ Nemogućnost sticanja vlasništva dosjelošću motivisaće dodatno zainteresirana lica da izvrše upis u zemljišne knjige, s obzirom da neće postojati rezervni put sticanja protekom vremena. Na ovaj način se neće stalno generirati jaz između zemljišnoknjižnog stanja i stvarnog stanja. Taj način stjecanja ne postoji za nekretnine npr. u njemačkom pravu. Par. 937. BGB dosjelost izričito veže samo za pokretnine. Drugo, ako bi dosjelost i bila zadržana, a uslov punovažnosti ugovora o prometu nekretninama, odn. punovažnosti pravnog osnova, bila forma javnobilježničkog akta, onda bi, kako je već rečeno, bio otvoren put samo za stjecanje putem vanredne dosjelosti, čime bi se rizik za vanknjižnog

U težnji da se cjelokupni pravni promet i stjecanje stvarnih prava što više vežu za upis u zemljišne knjige, trebalo bi iskoristiti mogućnost koju daje jedan zemljišno-knjižni institut, a to je predbilježba. Predbilježbu treba zamisliti izvan njene tradicionalne uloge uslovnog sticanja knjižnih prava, koga u relativno kratkom roku treba opravdati.⁴⁴ Takva joj je uloga namijenjena i u novom hrvatskom pravu, čija su rješenja preuzeta iz pravnih pravila.⁴⁵ Predbilježba u praksi zemljišno-knjižnih sudova igra neznatnu ulogu, ali je moguće tom institutu u novom zemljišno-knjižnom pravu i u vezi sa djelovanjem javnih bilježnika dati novi smisao, po ugledu na njemačko pravo. Prije svega, ovaj je institut u njemačkom pravu normiran normama materijalnog a ne zemljišno-knjižnog prava.⁴⁶ Svrha predbilježbe je da osigura sticanje ili prestanak zemljišno-knjižnog prava, promjenu ranga zemljišno-knjižnih prava, da osigura buduće ili uslovno pravo. Sva raspolaganja određenim pravom, nakon upisa predbilježbe su bez pravnog dejstva. Njemačko pravo ne predviđa rok za opravdanje

vlasnika povećao. Razlozi koji bi zakonodavca trebali navesti da izostavi dosjelost kao način sticanja prava vlasništva na nekretninama trebao bi ga motivirati i da izostavi mogućnost sticanja prava vlasništva građenjem na tuđem zemljištu. Već bi pravno jedinstvo nekretnine, koje će nužno morati biti prihvaćeno i u pravu BiH, i pravilo da sve što je sagrađeno i vezano sa zemljištem postane sastavni dio zemljišta, nužno morali dovesti do rješenja da zgrada pripadne vlasniku zemljišta, a da se visina naknade graditelju računa prema savjesnosti graditelja i vlasnika zemljišta. Dalje, treba zamisliti situaciju u kojoj može doći do savjesne gradnje na tuđem zemljištu. Trenutno je gradsko građevinsko zemljište u državnom vlasništvu, a propisi o građenju na tuđem zemljištu su predviđali da do sticanja vlasništva po ovom osnovu može doći samo na zemljištima na kojima postoji pravo vlasništva. To je bio odraz pojačane zaštite društvenog vlasništva. Nakon eventualne reprivatizacije, gradska građevinska zemljišta bi mogla preći u pravo vlasništva, što bi značilo da bi se i na gradskom građevinskom zemljištu moglo steći pravo vlasništva građenjem. Znači, domen primjene instituta bi se širio. Ali, s druge strane se postavlja pitanje ko može biti savjestan graditelj. Čim graditelj odluči da gradi i pokrene pitanje građevinske dozvole on mora dokazati svoje pravo vlasništva odn. razriješene imovinske odnose. U tom momentu će biti jasno da on nije vlasnik zemljišta i da sljedstveno tome ne može biti ni savjestan. S druge strane, on eventualno može ostati u neznanju u pogledu pravnih odnosa na zemljištu ako gradi bez dozvole. Da li je onda poželjno nagraditi bespravnog graditelja pravom vlasništva i na zemljištu i na zgradi? Osim toga, takav se graditelj nikada ne može uknjižiti u zemljišne knjige, jer bi uslov bio tehnički prijem i upotreba dozvola objekta, a to je nemoguće bez prethodne građevinske dozvole. Sve ovo govori u prilog da odredbe o građenju na tuđem zemljištu treba brisati. Novo hrvatsko pravo zadržalo je oba ova načina pribavljanja prava vlasništva na nepokretninama. Kod reguliranja dosjlosti nema bitnijih novina, a kod građenja na tuđem zemljištu može se zaključiti da je došla više do izražaja ideja da je zemljište glavna stvar, u odnosu na ranija rješenja socijalističkog prava. U tom smislu N. GAVELLA, T. JOSIPOVIĆ, I. GLIHA, V. BELAJ, Z. STIPKOVIĆ, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998., str. 392. i dalje.

⁴⁴ Pravno pravilo iz § 49. Zakona o zemljišnoj knjizi iz 1930. g. Predviđen je rok za podizanje tužbe za opravdanje predbilježbe - 15 dana od dana dostavljanja odluke o predbilježbi. U drugim slučajevima upisa predbilježbe taj rok nije određen, npr. u kom roku se javnom ispravom mora dokazati ispunjenje uvjeta ili protek roka, obezbijediti potvrdu o izvršnosti sudske presude i sl. Tako i novo hrvatsko zemljišnoknjižno pravo. Vidjeti kod T. JOSIPOVIĆ, *Zemljišnoknjižno pravo*, str. 314.

⁴⁵ Član 121. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, u vezi sa članom 62. st. 1. Zakona o zemljišnim knjigama. Inače su rješenja identična sa rješenjima pravnih pravila.

⁴⁶ § 883. BGB.

predbilježbe.⁴⁷ Ovo je jedno pogodno sredstvo za izbjegavanje dvostrukog otuđenja iste nekretnine i sukoba koji iz toga proizilaze, problem koji je dugo zaokupljao našu doktrinu i praksu.⁴⁸

4. Stvarnopravno osiguranje povjerilaca

4.1. Uvod

U svim bivšim socijalističkim zemljama, sa prvim koracima prelaska na tržišnu privredu kao krucijalno postavilo se pitanje kredita i osiguranja kredita, te nedovoljnosti klasičnih stvarnopravnih sredstava osiguranja - pignusa i hipoteke.⁴⁹ Zemlje tranzicije "otkrile" su problem koji je u razvijenim zemljama zapada nastao već prije nekoliko decenija i koji je u Zapadnim zemljama riješen bilo na zakonodavnom planu bilo formiranjem stabilne sudske prakse.⁵⁰

Bivše federalne jedinice SFRJ imale su istovjetan zakonski okvir kada je u pitanju založno pravo, a trenutno stanje propisa u BiH u ovoj oblasti ne pokazuje bitne razlike u odnosu na rješenja bivše SFRJ. Ugovorno založno pravo na pokretnim stvarima i pravima regulirano je Zakonom o obveznim odnosima (čl. 966-994.), ugovorna hipoteka je u Federaciji BiH uređena novodonesenim Zakonom o

⁴⁷ Ukoliko je predbilježba upisana duže vrijeme, a njen titular je nepoznat onda se vodi amortizacioni postupak, analogan amortizacionom postupku za stare hipoteke. Uslov je da je zadnji upis koji se odnosi na predbilježbu izvršen prije deset godina (§ 1170. BGB).

⁴⁸ Tako npr. neposredno po zaključenju ugovora koji se odnosi na neko zemljišno-knjižno pravo, npr. ugovora o prodaji, podnosio bi se zahtjev za predbilježbu kupčevog prava. Na ovaj bi način kupac bio zaštićen od daljnjih raspolaganja prodavca, a prodavac ne bi trpio nikakvu štetu, odn. predbilježbu može dati i prije nego je kupac započeo sa ispunjenjem svoje obaveze. Saglasnost za uknjižbu prodavac ne mora dati, sve dok mu cijena ne bude isplaćena u cijelosti. Do tog časa može proći izvjesno vrijeme u kojem se prikupljaju eventualno potrebna odobrenja, brisovne izjave banaka, uvjerenje o plaćenom porezu i sl. Tek kada se ispune svi uslovi kupac plaća cijenu, a nakon što prodavac potvrdi primitak cijene ili kupac dokaže plaćanje cijene, vrši se uknjižba. Ukoliko bi svim ovim fazama bila zakonom predviđena obavezna uloga javnog bilježnika, koji prati cjelokupno odvijanje pojedinih koraka do potpune realizacije ugovora i za koga bi u samom ugovoru bile sadržane punomoći za poduzimanje određenih radnji kada se ispune dati uslovi (npr. podnošenje zahtjeva za uknjižbu nakon što prodavac potvrdi plaćanje cijene) imali bismo u novom pravu BiH jedan siguran sistem transakcija nekretninama.

⁴⁹ U tom smislu E. ČULINOVIĆ-HERC, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, Rijeka, 1998., str. 16.

⁵⁰ Od kraja XIX vijeka je u zapadnim zemljama zamjetan proces koji znači proširenje podloge (objekata) založnog prava, izmjenu klasičnih principa založnog prava i kreiranje novih sredstava osiguranja. Kada je u pitanju ovo posljednje može se reći da se izbor kretao između dva sredstva osiguranja: fiducijarnog prenosa vlasništva (Njemačka, Švajcarska) i bezposjedovne (registrirane) zaloge (Francuska, Italija, Švedska, Španija, Finska). Odgovarajući zakoni navedeni kod E. ČULINOVIĆ-HERC, Real securities in movables - european unification prospects and transition countries, Zbornik Pravnog fakuteta Sveučilišta u Rijeci, v. 19, br. 1., 1998., str. 250. Interesantno je da je njemački fiducijarni prenos vlasništva kreirala sudska praksa i da nikada nije zakonodavno uobličen. Vidi U. DROBING, Sicherungsrechte in Deutschem Konkursverfahren, RabelsZ 1980/4, str. 788.

vlasničkopравnim odnosima,⁵¹ a u Republici Srpskoj bivšim savezним Zakonom o osnovnim svojinskopравnim odnosima iz 1980. godine.⁵² Interesantno je da, iako je federalni zakon donesen gotovo dvije decenije kasnije u bitno izmjenjenim gospodarskim uvjetima, njegova rješenja ne sadrže nikakve izmjene u odnosu na ranije propise o hipoteci. U praksi ugovorna hipoteka ni ugovorno založno pravo na pokretnim stvarima ne igraju gotovo nikakvu ulogu; za osiguranje potraživanja gotovo se isključivo koristi založno pravo nastalo na osnovu sporazuma stranaka pred sudom uvedeno u pravni poredak novelama Zakona o izvršnom postupku iz 1990. g.⁵³ Osim što u Federaciji BiH nisu doneseni, a u Republici Srpskoj nisu implementirani propisi koji bi regulirali nova sredstva osiguranja, nisu učinjene nikakve zakonodavne izmjene koje bi klasična stvarnopravna sredstva prilagodile potrebama tržišta. To najbolje govori u kojem je zaostatku pravni poredak za potrebama pravnog prometa i tržišta, kao i za drugim državama nastalim disolucijom SFRJ, koje su već poduzele potrebne reforme.⁵⁴

Opće je poznato da nelikvidnost jednog privrednog sistema ne mogu korigirati sredstva osiguranja potraživanja, ma kako savršena bila. Uz to za realizaciju određenog sredstva osiguranja nužno je poštovanje određene procedure, gdje se pak svako sredstvo osiguranja suočava sa općim problemom realizacije subjektivnih građanskih prava. Zato je, prije nego budu izložene planirane novine u zakonskom uređenju stvarnopravnih sredstva osiguranja povjerilaca u pravu BiH, nužno učiniti određene napomene koje se tiču realizacije subjektivnih građanskih prava uopće, pa i prava založnih povjerilaca. Postavlja se pitanje da li redovni pravni put obezbjeđuje zaštitu subjektivnih prava. Navedeni izvori koji reguliraju založno pravo upućuju da se ugovorno založno pravo realizira vođenjem parnice, a nakon toga izvršnog postupka. Sporost i neefikasnost sudova opće je poznata.⁵⁵ Utoliko je svaki povjerilac prije svega zainteresiran da bez vođenja parničnog postupka može realizirati svoje pravo, te da može postići efikasno prinudno namirenje i eventualno čak izbjegavajući izvršni postupak. Put parnice u BiH povjerioci izbjegavaju time

⁵¹ Član 66-74. Zakona o osnovnim vlasničkopравnim odnosima.

⁵² Član 61-69. Zakona o osnovnim svojinskopравnim odnosima.

⁵³ Čl. 251a-251f Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku, Sl.l. SFRJ 20/1990.

⁵⁴ Osim Republike Hrvatske nove propise kojima se reguliraju nova sredstva osiguranja potraživanja donijele su Makedonija (Zakon za zalogu na podvižni predmeti i prava, Sl. vesnik 21/98, 86/2000), te Crna Gora (Zakon o fiducijarnom otuđenju prava svojine, Sl.l. Crne Gore 23/96). U Sloveniji je u pripremi novi zakon o stvarnom pravu (Teze za stvarnopravni zakonik), koji u oblasti stvarnopravnog osiguranja potraživanja ne donosi nikakve radikalne novine, ali sadrži potpunija rješenja nego raniji propisi. U tom smislu M. TRATNIK, V. RIJAVEC, T. KERESTEŠ, R. VRENČUR, Stvarnopravna zavarovanja, Maribor, 2001., str. 17. Forme fiducijarnog otuđenja vlasništva i prenosa potraživanja razvile su se u sudskoj praksi (navedeno djelo, str. 149). U tom smislu i E. BRANISELJ, Osiguranje tražbina u slovenskom pravu i uloga javnog bilježnika u izboru vrste osiguranja, Javni bilježnik, 7/99, str. 26.

⁵⁵ To nije karakteristično samo za pravo BiH. Tako za njemačko pravo I. SAENGER, Macht und Ohnmacht der Gerichte bei der eiligen Durchsetzung von Herausgabeansprüchen, JZ 20/1999, str. 970.

što se u velikoj većini slučajeva opredjeljuju za zasnivanje založnog prava na osnovu sporazuma pred sudom,⁵⁶ koji ima karakter izvršnog naslova i koje je u BiH vodeća nit osiguranja povjerilaca.⁵⁷ Međutim trenutno gotovo da nema mogućnosti da se izbjegne vođenje izvršnog postupka prilikom ostvarivanja založnog prava i to je sigurno najslabije mjesto stvarnopravnog osiguranja povjerilaca.⁵⁸ U Federaciji BiH i Republici Srpskoj još uvijek se primjenjuje bivši savezni Zakon o izvršnom postupku iz 1977. godine.⁵⁹ Od augusta 1998. g. se u Federaciji BiH u parlamentarnoj proceduri nalazi Zakon o izvršnom postupku koji je u međuvremenu usvojen u oba doma Parlamenta Federacije, ali još nije objavljen.⁶⁰ Ovim zakonom bi u izvršnom postupku trebala biti pružena efikasnija zaštita povjeriocu nego što je to slučaj sa starim izvršnim zakonom.

Stoga će ovdje biti izložena određena razmatranja kako, u vremenu dok se zakonodavno ne uobliče neka od novih sredstava osiguranja, učiniti efikasnijim realizaciju založnog prava. Jedan put se već koristi kroz zasnivanje založnog prava na osnovu sporazuma stranaka pred sudom, a ovdje će biti riječi o planiranim novinama u novom Zakonu o izvršnom postupku Federacije BiH (4.2). Isti bi se efekti trebali postići određivanjem javnobilježničke isprave izvršnom (4.3.), čime bi povjerioci imali izvršni naslov bez ikakvog učešća sudova. Međutim, ni vođenje samo izvršnog postupka, pogotovo prije nego se on reformira u pravcu veće zaštite povjerioca, ne može zadovoljiti povjerioce, te je nužno razmatrati postoji li mogućnost od odstupanja od načela oficijelnosti založnog prava (4.4).

4.2. Planirane reforme u zakonskom uređenju založnog prava na osnovu sporazuma stranaka pred sudom

Kako je već rečeno, s obzirom na činjenicu da se sporazum pred sudom zaključuje u formi sudskog poravnanja, koje predstavlja izvršni naslov, u praksi ovo sredstvo

⁵⁶ Gotovo isključiva primjena sudskog dobrovoljnog založnog prava u praksi sudova u Sarajevu dovela je do pravnog stajališta da nakon donošenja novela ZIP-a, nije uopće moguće zasnovati ugovornu hipoteku (Odluka Općinskog suda I Sarajevo, br. I 2433/98 od 24.08.1998. g). Odlukom Kantonalnog suda u Sarajevu Gž 90/97 od 6.8.97 (Bilten Kantonalnog suda u Sarajevu 1/98) ova je odluka osporena i pravilno presuđeno da postoje dvije paralelne forme dobrovoljnog zalaganja - ugovorna hipoteka i založno pravo na osnovu sporazuma stranaka pred sudom. Interesantno je da se, nasuprot tome, hipoteke koje se zasnivaju u postupku otkupa stanova na kojima je postojalo stanaarsko pravo, zasnivaju na osnovu samog ugovora, bez učešća suda. U tom smislu za hrvatsko pravo M. DIKA, *Sudsko osiguranje potraživanja na temelju sporazuma stranaka, Zaštita vjerovnika*, zbornik radova, Zagreb, 1994., str. 23.

⁵⁷ Postizanje tog cilja bio je i jedan od osnovnih motiva kada se 1990. pristupilo noveliranju Zakona o izvršnom postupku. U tom smislu M. DIKA, *Sudsko osiguranje potraživanja na temelju sporazuma stranaka, Zaštita vjerovnika*, zbornik radova, Zagreb, 1994., str. 17.

⁵⁸ Uvidom u praksu Općinskog suda I i II u Sarajevu i Općinskog suda u Zenici ustanovljeno je da nakon rata još nije izvršena niti jedna uspješna javna prodaja nekretnina u postupku namirenja založnih povjerilaca.

⁵⁹ Sl. I. SFRJ 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91.

⁶⁰ I ovaj zakonski tekst je u međuvremenu navedenom odlukom Vlade Federacije BiH povučen iz parlamentarne procedure.

osiguranja ima prednost pred založnim pravom na osnovu ugovora stranaka. I pored ove nesporne prednosti, u praksi su se pokazale određene nedorečenosti u zakonskom uređenju ovog sredstva osiguranja povjerilaca. Povučeni Zakon o ovršnom postupku Federacije BiH u tom pravcu donosi određene korekcije.

Osim u nazivu koji je prema ovom zakonskom tekstu "sudsko osiguranje novčane tražbine zasnivanjem založnog prava na temelju sporazuma stranaka", uređenje ovog sredstva osiguranja razlikuje se u nekoliko tačaka u odnosu na rješenja važećeg Zakona o ovršnom postupku. Prema važećim odredbama sporazum pred sudom mogao je služiti samo za osiguranje novčanog potraživanja (član 251a), dok povučeni zakonski tekst predviđa da i nenovčana potraživanja mogu biti obezbjeđena na ovaj način (član 260. st. 3.). Nova rješenja eksplicitno dopuštaju mogućnost zalaganja neuknjiženih nekretnina (čl. 259. st. 1. tač. 2),⁶¹ kao i zalaganje stvari i prava trećeg lica za tuđi dug. Proširen je krug objekata na kojima se može zasnovati ovo sredstvo osiguranja; pored pokretnih i nepokretnih stvari to su sva imovinska prava: potraživanja, imovinska prava, dionice, članski udjeli. Navedene novine sigurno znače prilagođavanje ovog sredstva osiguranja potrebama prometa; one su jednostavno korigovale manjkavosti zakonske regulative iz 1990. godine, uočene u doktrini i praksi.⁶²

Ali i pored planiranih poboljšanja zakonske regulative, ovo sredstvo osiguranja ima niz ozbiljnih nedostataka. Iako se prema nekim mišljenjima ovo sredstvo osiguranja potvrdilo u praksi,⁶³ o čemu svjedoči njegova široka primjena, iako je sigurno da je u vremenu kada je doneseno (1990. g.) značilo veliku pozitivnu novinu u našem pravnom sistemu, isto je tako sigurno da ono ne može izdržati probu u razvijenim tržišnim odnosima.

I redizajnirano založno pravo na osnovu sporazuma stranaka pred sudom boluje od osnovnih slabosti svog prethodnika. Pri tome se prije svega misli na nedostatak publiciteta i kada je u pitanju zalaganje pokretnih stvari, koje se vrši pljenidbenim popisom bez predaje stvari u posjed povjerioca i kada je u pitanju mogućnost zalaganja neuknjiženih nepokretnosti. Ovdje je nužno reći da Zakon o vlasničkopравnim odnosima Federacije BiH kao i raniji savezni Zakon o osnovnim svojinskopравnim odnosima koji se primjenjuje u Republici Srpskoj, rukovođeni činjenicom da u nekim krajevima nema zemljišnih knjiga, da su negdje zemljišne knjige uništene a nisu obnovljene ili da jednostavno nisu ažurne, dopuštaju zasnivanje ugovorne hipoteke "upisom u javnu knjigu ili na neki drugi način određen zakonom".⁶⁴ S obzirom da je

⁶¹ Odredba člana 251a ZIP odnosi se samo na nepokretne stvari koje su upisane u zemljišnu knjigu, ali je praksa, motivirana činjenicom da veliki broj nekretnina nije uknjižen i da su velike potrebe za kreditom, brzo probila to ograničenje i dopustila zasnivanja osiguranja i na neuknjiženim nekretninama. Uporedi M. DIKA, Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka, u: Novo ovršno i stečajno pravo, Zagreb, 1996., str. 75-76.

⁶² M. DIKA, Sudsko javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka; Novo ovršno i stečajno pravo, Zagreb, 1996., str. 75.

⁶³ M. DIKA, Sudsko osiguranje potraživanja na temelju sporazuma stranaka, Zaštita vjerovnika, zbornik radova, Zagreb, 1994., str. 25.

⁶⁴ Član 69. st. ZOVO, član 64. st. 1. ZOSPO.

vanknjižno vlasništvo bilo realnost na dijelu teritorije bivše SFRJ, a dijelom i današnje BiH, nije bilo moguće zabraniti raspolaganje vanknjižnim vlasništvom, u šta sigurno spada i opterećenje hipotekom.⁶⁵ Međutim, hipoteka koja postoji bez publiciranja u zemljišnim knjigama izvor je opasnosti za hipotekarnog povjerioca, eventualne savjesne sticaoce nekretnine kao i docnije povjerioce. Ovdje se ugovorna hipoteka praktično izjednačava sa zakonskom hipotekom i privilegijama koje postoje bez ikakvog publiciteta! U nizu pravnih poredaka takva situacija uopće nije moguća.⁶⁶ Postavlja se pitanje koji je to drugi način stjecanja hipoteke, koji bi morao obezbijediti barem minimum publiciteta.⁶⁷ To bi moglo biti polaganje isprava kod suda. Slično kao i u hrvatskom pravu i u pravu Federacije BiH predviđeno je polaganje isprava u sud u postupku otkupa stanova na kojima postoji stanarsko pravo.⁶⁸ Postavlja se pitanje da li bi se mogla primijeniti pravna pravila iz §§ 434. i 435. OGZ o polaganju isprava kod suda kada su u pitanju druge nekretnine, osim navedenih stanova? Koliko bi god bilo poželjno barem polaganje isprava na sud u situaciji kada je nemoguć upis u zemljišnu knjigu i to ne samo kada je u pitanju sticanje hipoteke nego i drugih stvarnih prava, o čemu se u jednom navratu izjasnio i Vrhovni sud SR BiH, za takvu praksu nema pozitivnopravnih uporišta u pravu Federacije BiH.⁶⁹ Smatram da je sporna primjena ovog pravnog pravila, barem kada je u pitanju područje Federacije BiH. Zakon o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6.4.1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije nije preuzet u pravni poredak Federacije BiH. U Federaciji BiH određeni zakoni definišu područja i mogućnost dalje primjene pravnih pravila, tako npr. ZOO i ZOVO. Međutim odredbe ovih zakona ograničile su primjenu pravnih pravila. Naime u završnim i prelaznim odredbama ovih zakona striktno su definirane oblasti u kojima se pravna pravila mogu primijeniti.⁷⁰ Među njima nije pomenuto pitanje polaganja isprava u sud.

Kada je u pitanju prinudno izvršenje na neuknjiženim nekretninama član 186. st. 3. ZIP predviđa kao jednu od izvršnih radnji popis nepokretnosti, pri čemu zapisnik o popisu ima značaj zabilježbe izvršenja i objavljuje se na oglasnoj ploči. Sudska je praksa, probijajući ograničenje postavljeno novelama na ZIP, prema kojim se založno

⁶⁵ U tom smislu GAVELLA, Nikola, Založno pravo, Zagreb, 1992., str. 138.

⁶⁶ Za njemačko i austrijsko pravo vidjeti GAVELLA, Nikola, Založno pravo, str. 132, BAUR, Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, 15. Auflage, München, 1989., str. 323.

⁶⁷ GAVELLA, Nikola, Založno pravo, str. 138.

⁶⁸ Član 27. Zakona o otkupu stanova na kojima postoji stanarsko pravo (Sl.n. FBiH 27/97) i Uredba o obrazovanju i vođenju knjige položenih ugovora, Sl. novine Kantona Sarajevo, 2/98.

⁶⁹ Odluka VS BiH, Rev. 22/89, od 9.3.1989, objavljena u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda BiH, 2/89.

⁷⁰ Član 28. Uredbe sa zakonskom snagom o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima, Sl.I. R BiH, 2/92. Član 94. ZOVO primjenu pravnih pravila OGZ predviđa za susjedске odnose, lične služnosti i stvarne terete. Šta je motiviralo zakonodavca za ovu restrikciju? Razumljivo bi bilo samo ograničenje na primjenu pravnih pravila OGZ, ali ne i na određene oblasti. Tako npr. čitav niz pitanja stvarnog prava, osim pomenutih nije riješen (nalaz tuđe stvari, nalaz blaga, *aluvio*, *avulsio* itd.). Kako rješavati ova pitanja u situaciji gdje je zakonodavac taksativno nabrojao područja primjene pravnih pravila OGZ?

pravo na osnovu sporazuma stranaka pred sudom moglo osnovati samo na uknjiženim nekretninama, za zasnivanje dobrovoljnog sudskog založnog prava na nekretninama pravni osnov našla upravo u navedenoj normi ZIP-a.⁷¹ Međutim, radi se o dvije različite situacije, gdje je teško pledirati za analognu primjenu navedenog propisa.

Odredba člana 186. ZIP sadrži jedno palijativno rješenje u situaciji kada prinudno izvršenje treba provesti a dužnik ima samo neuknjižene nekretnine, pri čemu se založno pravo stiće tek u fazi provođenja prinudnog izvršenja. Ovdje je založno pravo na neuknjiženoj nekretnini posljedica poduzimanja izvršnih radnji, a ne osnov za eventualno vođenje postupka prinudnog izvršenja, kao što je to slučaj kod založnog prava na osnovu sporazuma stranaka pred sudom! Ne bi trebalo odustati od prinudnog izvršenja samo zato što je nepokretnost neuknjižena, to bi bilo štetno za povjerioca. Međutim, kod dobrovoljnog sudskog založnog prava, gdje se neuknjižena nekretnina zalaže za osiguranje kredita, i to kao osnovni način osiguranja kredita, mogu nastupiti veoma negativne posljedice po sigurnost povjerilaca. To se u praksi već i desilo, a pogubne efekte ima kada su u pitanju strani investitori.⁷² Iz rečenog slijedi da se radi o jednom nedovoljno efikasnom sredstvu osiguranja povjerilaca, koji s obzirom na odredbe o pravu slijeđenja i pravu prvenstva hipoteke⁷³ može dovesti u pitanje sigurnost pravnog prometa.

Ovo sredstvo osiguranja je neopravdano podvrgnuto logici prinudnog izvršnog postupka. Zasnivanje ovog sredstva osiguranja od strane izvršnog suda zamagľuje činjenicu da se radi o dobrovoljnom sredstvu osiguranja, gdje do izražaja treba da dođe dispozicija stranaka. Ovako dispozicija stranaka ustupa pred načelom oficijelnosti. Sudovi ne vode računa o tome da logika ovog instituta ne dozvoljava primjenu niza instituta prinudnog izvršnog prava. Tako je sporno da li primijeniti odredbe o ograničenju i izuzeću od izvršenja, što doktrina uglavnom negira, sa obrazloženjem da bi to bilo nesavjesno postupanje dužnika i izigravanje svrhe dobrovoljnog založnog prava,⁷⁴ a to je opredjeljenje ugrađeno eksplicitno u nove

⁷¹ I u novom hrvatskom ovršnom pravu je dopušteno zasnivanje sredstava osiguranja i na neuknjiženim nepokretninama, na osnovu pljenidbenog popisa, koji sačinjava javni bilježnik i obavezno objavljuje u Narodnim novinama (član 269. u vezi sa članom 262. st. 2 Ovršnog zakona). Kako je i to vrlo nesavršena mjera publiciteta i može dovesti do pravne nesigurnosti, u Hrvatskoj postoje privatne agencije koje daju aktuelne informacije o zasnovanim sredstvima osiguranja koja su objavljena u službenom glasilu. U BiH ne postoji ni takav nadomjestak publiciteta.

⁷² Identična je situacija kod zalaganja pokretnih stvari, koje ostaju u posjedu dužnika, a da se to nigdje ne registrira. Nema zapreka da dužnik založene objekte višestruko založi ili otuđi, a krivičnopravna sankcija je slaba utjeha za povjerioca.

⁷³ Član 68. st. 1. ZOVO, član 63. st. 1. ZOSPO.

⁷⁴ DIKA, Mihajlo, Sudsko osiguranje potraživanja na temelju sporazuma stranaka, Zaštita vjerovnika, Zbornik radova, Zagreb, 1994, str. 20, GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., op. cit., str. 855, TRATNIK, M., RIJAVEC, V., KERESTEŠ, T., VRENCUR, R., op. cit., str. 235, RIJAVEC, Vesna, Neue Aspekte des Gläubigerschutzes nach dem slowenischen Vollstreckungs- und Sicherungsgesetz, WiRO, 11/1999, str. 411 i 414, STANKOVIĆ, Gordana, Zasnivanje založnog prava na nepokretnosti u postupku osiguranja, Pravni život 11-12/91, str. 1506, KRISPER-KRAMBERGER, Marija, Pogodbena zastavna pravica na nepremičninah, Pravnik, Ljubljana, let. 47 (1992), 1-2, str. 25.

zakone o izvršnom postupku.⁷⁵

Dalje, u praksi je konstituisanje založnog prava na nekretninama često praćeno zabilježbom zabrane daljeg otuđenja i opterećenja, što je nepotrebno za povjerioca ako je nepokretnost uknjižena i štetno za dužnika, koji svoju nekretninu ne može tržišno koristiti do potpunog iscrpljenja njene vrijednosti (npr. opteretiti dodatnim hipotekama za dalje kredite).⁷⁶

U praksi sudova u Federaciji BiH obavezno se u postupku zasnivanja založnog prava pred sudom traži da vještak procijeni vrijednost objekta koji se zalaže. To izaziva dodatne troškove za stranke, a ukoliko su povjerilac i dužnik saglasni o visini kredita odnosno nenamirenog duga i predmetu osiguranja, kao i izvršnosti potraživanja, sud ne bi trebao dalje da kontrolira njihov sporazum, osim ako je

⁷⁵ Član 72. Ovršnog zakona Hrvatske i član 79. st. 3. Zakona o postupku prinudnog izvršenja i osiguranja Slovenije (Uradni list RS 51/98) izričito određuju da se odredbe o izuzimanju od izvršenja i ograničenju izvršenja ne primjenjuju na dobrovoljno zasnovano založno pravo. U tom smislu član 69. povučenog zakona o izvršnom postupku Federacije BiH.

⁷⁶ Zabrana otuđenja i opterećenja je jedna od zakonom predviđenih privremenih mjera. Prema ovoj dodatnoj mjeri osiguranja povjerioca treba biti skeptičan i pitati se šta ona donosi povjeriocu a šta znači za dužnika. Ukoliko je nekretnina upisana u zemljišne knjige, a shodno tome i hipoteka ova zabrana je potpuno nepotrebna za hipotekarnog povjerioca, koji je potpuno zaštićen dejstvom prava slijedenja i prava prvenstva, te ga eventualno otuđenje ili dalje zalaganje nekretnine uopće ne treba interesirati. Ukoliko, pak nekretnina nije upisana u zemljišne knjige, zabrana daljeg opterećenja i otuđenja egzistira kao i sama hipoteka bez publiciteta, i tada se postavlja pitanje može li se suprotstaviti savjesnim trećim licima. Njome povjerilac dobiva osiguranje u većoj mjeri nego je neophodno. U njemačkoj doktrini se npr. prekomjerno i nesrazmjerno osiguranje povjerioca smatra protivno dobrim običajima (BAUR, Fritz, op.cit., str. 572). Za samog dužnika ova je zabrana veoma nepovoljna, jer je njegova sloboda raspolaganja pravom vlasništva ograničena. Iz tih razloga § 1136 njemačkog BGB zabranjuje odredbe ugovora o zalozi o zabrani otuđenja i opterećenja (o tome više vidjeti kod BAUR, Fritz, op. cit. str. 379, PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 58. neubearbeitete Auflage, München, 1999, str. 1258. Dužnik ne može tržišno koristiti svoju nekretninu do potpunog iscrpljenja njene vrijednosti (npr. opteretiti dodatnim hipotekama za dalje kredite). Tako je npr. apsolutno kontraproduktivna odredba o zabrani daljeg zalaganja u situaciji da nekretnina vrijedi znatno više nego što iznosi hipoteka. U tom slučaju "ima mjesta" za dalje zalaganje nekretnine. Ono nekada može biti korisno za ranijeg hipotekarnog povjerioca budući da svježi kapital može oživiti proizvodnju i olakšati otplatu prvog kredita i sl. Takođe prilikom otuđenja nekretnine dužnik može izvršiti cesiju svoga potraživanja na isplatu cijene i time namiriti hipotekarnog povjerioca. Sve su to najelemetarnija pravila tržišnog iskorištavanja jedne nekretnine kao vrijednosti, ali očigledno nisu još dovoljno bliska našem pravnom poimanju. Navedena zabrana bitno sužava slobodu dužnika, a da ne štiti povjerioca. Tako ova zabrana prema mišljenju nekih autora a i prema stanovištu sudske prakse ne sprječava vlasnika da proda nekretninu (Stanković, O. - Orlić, M., op. cit., str. 560.). Kupac će steći pravo vlasništva, ali uz opterećenje, odnosno povjerilac u čiju je korist zabrana upisana prije upisa kupčevog prava vlasništva, moći će da se namiri iz vrijednosti nepokretnosti. Međutim, to je titular založnog prava stečenog na osnovu sporazuma pred sudom mogao već na osnovu samog založnog prava, tako da je ova zabrana apsolutno suvišna. Ako se pažljivo pročitaju odredbe ZIP uočiće se da namjera zakonodavca nije ni bila da zabrana otuđenja i opterećenja postoji paralelno sa založnim pravom, založno pravo apsorpira, čini nepotrebnim ovaj institut. Zabrana otuđenja i opterećenja je jedna od privremenih mjera, kojom se ne stiče založno pravo i koja se može odrediti ako je povjerilac učinio vjerovatnim postojanje potraživanja (ovo uopće nije sporno u situaciji kad je zasnovano založno pravo) i opasnost po naplatu svog potraživanja (ona upravo ne postoji uopće u slučaju da je hipoteka upisana u zemljišne knjige).

zakonom drugačije uređeno. A to upravo nije slučaj kod zalaganja na osnovu sporazuma pred sudom. Sigurno je da će pažljiv povjerilac za sebe sačiniti procjenu vrijednosti objekta na kome se zasniva osiguranje, ali to ne mora biti dio sudskog postupka. Pri tome, barem kada je u pitanju praksa općinskih sudova u Sarajevu, sud zahtjeva ponovnu procjenu vještaka ukoliko dođe do pokretanja izvršnog postupka, što izaziva dodatno opterećenje za stranke.⁷⁷

S obzirom da do sporazuma dolazi pred sudom, u formi sudskog poravnjanja zasnivanje založnog prava je praćeno znatnim vremenskim i finansijskim gubicima, naročito za dužnika. Navedeno bi moglo biti izbjegnuto implementacijom Zakona o javnom bilježništvu i mogućnosti neposrednog izvršenja, bez učešća suda, na osnovu izvršnog javnobilježničkog akta. Kada se to desi ovo će sredstvo osiguranja izgubiti svrhu svog postojanja, barem kada su u pitanju uknjižene nekretnine.⁷⁸

Ozbiljan je nedostatak što povučeni tekst Zakona o ovršnom postupku ne sadrži odredbe o pravu slijeđenja i prvenstva. Međutim, to je posljedica jedne druge činjenice. Naime, svako sredstvo osiguranja, njegov nastanak, karakteristike, posljedice, bi trebalo biti regulirano normama materijalnog prava, a ne procesnog. To znači da bi buduća kodifikacija stvarnog prava, u cilju postizanja koherentnosti sistema realnog osiguranja kredita, o tome trebala voditi računa i uvrstiti ovo sredstvo u red stvarnopravnih sredstava osiguranja i dati mu barem materijalno-pravni okvir.⁷⁹

4.3. Izvršnost javnobilježničkih isprava

4.3.1. Opća razmatranja

Jedan od koraka u pravcu efikasnije zaštite povjerioca poduzet je i Zakonom o javnom bilježništvu. Ovim je zakonom data mogućnost da određene javnobilježničke isprave imaju svojstvo izvršnih isprava, a to svojstvo javnobilježničkih isprava ima za cilj da doprinese efikasnijoj realizaciji subjektivnih građanskih prava, a prije svega zaštiti povjerilaca, kroz olakšanu mogućnost prinudnog ostvarivanja dospjelih potraživanja,⁸⁰ s obzirom da je mogućnošću neposredne ovrhe na osnovu javnobilježničke isprave uštedeno vođenje parničnog postupka.

⁷⁷ U tom smislu trebalo bi se zalagati da se u novom ovršnom pravu i u BiH prihvati rješenje iz hrvatskog Ovršnog zakona (član 263. st. 1. in fine). Prema navedenoj odredbi utvrđivanje vrijednosti nekretnine u postupku zasnivanja založnog prava na osnovu sporazuma stranaka je mogućnost, ali ne i obaveza za stranke. Tako i DIKA, Mihajlo, Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka, objavljeno u Novo ovršno i stečajno pravo, Zbornik radova, Zagreb, 1996., str. 85. Ukoliko su stranke tu vrijednost utvrdile, ona može biti mjerodavna i u postupku prinudnog izvršenja (član 87. st. 6.).

⁷⁸ Primjer za to daje hrvatsko pravo. Uporediti M. DIKA, Sudsko osiguranje potraživanja na temelju sporazuma stranaka, Zaštita vjerovnika, Zbornik radova, Zagreb, 1994., str. 25.

⁷⁹ U tom smislu za hrvatsko pravo E. ČULINOVIĆ-HERC, Real securities in movables - european unification prospects and transition countries, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 19, br. 1., 1998., str. 253.

⁸⁰ U tom smislu: M. DIKA, Javnobilježništvo i zaštita vjerovnika, Pravo u gospodarstvu, vol. 34, Zagreb, 1995., str. 552.

Navedeni cilj će izvršne javnobilježničke isprave moći ispuniti samo pod uslovom da budu izjednačene sa pravosnažnim sudskim presudama i poravnanjima zaključenim pred sudom,⁸¹ kao i ukoliko budu inkorporisane u sistem izvršnih isprava po zakonu o izvršnom postupku i ukoliko taj zakon predvidi i određene specifičnosti postupka izvršenja po ovim ispravama.

Odredba člana 47. st. 3. ZJB propisuje da prije svega javnobilježnički akt može biti izvršna isprava, a član 73. st. 1. propisuje pod kojim uslovima javnobilježnički akt ima svojstvo izvršne isprave - ako je u njemu utvrđena određena obaveza koja je u domenu dispozicije stranaka i ako sadrži izjavu obvezanika da se o dospelosti na osnovu toga akta može neposredno provesti prinudno izvršenje. Pored javnobilježničkog akta izvršna isprava može biti i privatna isprava na kojoj je javni bilježnik ovjerio potpise (čl. 73. st. 6. ZJB), kao i solemnizirana isprava (čl. 60. ZJB). Navedena su rješenja analogna rješenjima Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske,⁸² ali nažalost, nemaju, kao u hrvatskom pravu, "podršku" u odredbama zakona koji regulira izvršni postupak.

ZJB ne pravi restrikcije u pogledu vrste obaveze na čije neposredno prinudno izvršenje može pristati dužnik. Ovo rješenje prema kojem dužnik može da pristane na prinudno izvršenje bilo koje obaveze vrlo je pozitivna novina sa stanovišta zaštite povjerilaca. Njime je ostavljeno široko polje za primjenu načela autonomije volje i mogućnost da stranke, kad god to odgovara njihovim interesima, pristanu na izvršnost javnobilježničkog akta, i time izbjegnju eventualno vođenje parnice. To će sigurno doprinijeti efikasnijoj zaštiti subjektivnih građanskih prava i rasterećenju sudova. Navedeno rješenje je na liniji modernih tendencija u uporednom pravu.⁸³

Ali je vrlo upitno da li treba ostati pri rješenjima Zakona o javnom bilježništvu i dozvoliti da sve tri vrste javnobilježničkih isprava - javnobilježnički akti, solemnizirane isprave i od strane javnog bilježnika ovjerovljene isprave budu ovršni naslov? Ne treba gubiti iz vida da iza sudske presude stoji proveden parnični postupak u koga je ugrađeno niz garancija za obje parnične strane,⁸⁴ kako za dužnika tako i za povjerioca i da temeljne garancije treba da budu ugrađene i u javnobilježničku ispravu, kada

⁸¹ Tako B. HESS, Ekspertiza o nacrtu ovršnog zakona za Federaciju BiH od 16.07.1997, objavljeno u Nova rješenja u Zakonu o parničnom postupku i zakonu o ovršnom postupku Federacije BiH, izdanje Ministarstva pravde, Sarajevo, 1998., str. 114. i 128, H. WOLFSTEINER, Vollstreckbare Urkunde; Vollstreckbarerklärung von Anwaltsvergleichen und Scheidssprüchen mit vereinbartem Wortlaut, u: Grundkurs für angehende Anwaltsnotare, Arbeitsunterlage Band III, Bochum 1999, str. 100, BECK'SCHE Notarhandbuch, 2. Auflage, München, 1997, str. 1035.

⁸² Član 54. i 55. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.

⁸³ Tako je npr. u njemačkom pravu novelama Zakona o prinudnom izvršenju (Zivilprozessordnung) iz 1997. godine, bitno prošireno polje primjene izvršne javnobilježničke isprave u odnosu na dotadašnje stanje. Do navedenih novela pristanak na izvršenje mogao se izraziti samo kod zahtjeva na isplatu određene sume novca, a sa navedenim novelama ta se mogućnost odnosi na sve zahtjeve povjerioca (Novele na ZPO od 16.12.97., BGBl. I 2998. Novele su stupile na snagu 01.01.1999. g.) Opširnije: H. WOLFSTEINER, navedeno djelo, str. 100. i 120. Izuzetak su zahtjev na davanje izjave volje i zahtjev zakupodavca na ispražnjenje i predaju stana kod ugovora o zakupu stana. § 796a ZPO. Tako i K. Stöber u: ZÖLLER, Zivilprozeßordnung, 21. Auflage, Köln, 1999, str. 1925.

⁸⁴ H. WOLFSTEINER, navedeno djelo, str. 106.

ima svojstvo ovršnog naslova. Zato je od presudne važnosti da odredbe koje znače promjene u pravcu bržeg i efikasnijeg namirenja povjerioca, što je jedan od osnovnih pravno-političkih zahtjeva koji se postavlja pred moderno izvršno pravo, zadovolje i drugi osnovni pravno politički zahtjev⁸⁵ - davanje neophodnih garancija dužniku. Tek tada će ovim novim institutom biti zadovoljene tri strane: povjerilac, jer mu je uštedeno vođenje parničnog postupka, dužnik, na koga neće pasti obaveza plaćanja troškova izgubljenog parničnog postupka i koji će ukoliko se povjerilac bude osjećao sigurnijim, sigurno od samog početka dugovati pod povoljnijim uslovima, država, jer će ovakva djelatnost javnih bilježnika znatno rasteretiti sudske organe, smanjiti troškove postupka izvršenja.⁸⁶ Postavlja se pitanje da li te garancije postoje u sva tri slučaja izvršnosti javnobilježničkih isprava - kod javnobilježničkog akta, solemnizirane isprave i privatne ovjerene isprave? Ovakva rješenja poznaje i Zakon o javnim bilježnicima Republike Hrvatske,⁸⁷ ali su ona prilično usamljena u uporednom pravu. Tako npr. njemačko pravo kategorično je u zahtjevu da se samo u javnobilježničkom aktu (notarielle Urkunde) dužnik može podvrgnuti neposrednom prinudnom izvršenju,⁸⁸ takođe i italijansko, dok austrijsko pravo dopušta da i solemnizirane isprave mogu biti izvršni naslov, ali ne i privatne isprave na kojima je samo potpis ovjeren od strane javnog bilježnika.⁸⁹ U švajcarskom pravu privatna isprava može biti izvršna isprava samo kod mjera privremenog osiguranja u izvršnom postupku.⁹⁰

Radna verzija Zakona o javnom bilježništvu Federacije BiH i Republike Srpske na ovom mjestu sadrži određene novine - kao izvršni naslov može se pojaviti samo javnobilježnički akt.⁹¹

Mogućnost da privatne isprave, na kojima su samo potpisi stranaka ovjereni od strane javnog bilježnika, budu izvršne isprave, ne znači postojanje određenih garancija za dužnika. Prilikom ovjere potpisa javni bilježnik nema obavezu da pouči stranke o značaju pristanka na neposredno prinudno izvršenje, kao što je to dužan učiniti prilikom sastavljanja javnobilježničkoga akta.⁹² Ne samo da je izvršenje na osnovu privatne isprave opasno za dužnika, već ni povjeriocu ne nudi sigurnost, zbog

⁸⁵ B. HESS, navedeno djelo, str. 111-112.

⁸⁶ P.-G. JOBIN, navedeno djelo, str. 750.

⁸⁷ U Hrvatskoj su se u praksi jasno ispoljile slabosti rješenja o izvršnosti javnobilježničkih isprava; već su se ocrtale konture jedne prakse koja nailazi na kritiku i u redovima hrvatskih javnih bilježnika. Više o tome V. BILAN, Neka pitanja iz javnobilježničke prakse, Javni bilježnik 4/98, str. 41. i dalje. Međutim, Hrvatska ima određenu prednost u odnosu na Federaciju BiH, jer Zakon o ovršnom postupku koji je donesen nakon Zakona o javnim bilježnicima propisuje članom 279. st. 2 da samo javnobilježnički akt i solemnizirane isprave mogu biti izvršne isprave, a iz kruga izvršnih isprava isključuje privatne ovjerene isprave.

⁸⁸ Takvo pravilo postavlja § 8 Zakona o notarijalnoj ovjeri (Beurkundungsgesetz). Više: FAßBENDER u.a., Notariatskunde, Rinteln, 12. Auflage, 1997, str. 141.

⁸⁹ Navedeno prema M. DIKA, Javno bilježništvo i zaštita vjerovnika, str. 552.

⁹⁰ Navedeno prema B. HESS, navedeno djelo, str. 115.

⁹¹ Za takvo rješenje vidi M. POVLAČIĆ, Izvršnost javnobilježničkih isprava, Pravna misao 3-4/2000, str. 9-12.

⁹² BECK'SCHE Notarhandbuch, str. 48-49, FAßBENDER, navedeno djelo, str. 141.

mogućnosti da dužnik istakne prigovor valjanosti takve isprave u izvršnom postupku, što će imati za posljedicu vođenje parničnog postupka.⁹³ Iz tih razloga ne bi trebalo dopustiti da privatne isprave samo na osnovu ovjere potpisa od strane javnog bilježnika budu izvršne isprave.⁹⁴ To bi stajalo u suprotnosti sa članom 47. st. 3. kao i sa odredbama o izdavanju izvršnih otpravaka koji imaju u vidu samo javnobilježničke akte kao izvršne isprave. Svi strogi uslovi za izvršnost javnobilježničkog akta bili bi besmisleni kada bi privatna isprava na kojoj su potpisi ovjereni mogla biti izvršna isprava pod blažim uslovima. To bi bilo, kako je već rečeno, rješenje nepoznato u uporednom pravu. Princip da samo javnobilježnički akti mogu biti izvršne isprave bi bez izuzetka trebao da bude prihvaćen u pravu BiH. Pri tome je nužno reći da je dovoljno kada je pristanak na neposredno prisilno izvršenje dat u formi javnobilježničkog akta, za druge odredbe pravnog posla to ne bi bilo nužno.⁹⁵

Zakon o javnom bilježništvu predviđa takođe da solemnizirane privatne isprave mogu biti izvršne isprave. Kod solemnizirane isprave javni bilježnik ne uzima na zapisnik izjavu stranaka, već same stranke donose sa sobom gotovu ispravu. Međutim, ako se želi da potvrđena isprava ima snagu javnobilježničkog akta moraju biti poštovane odredbe o postupku sastavljanja tih akata (javni bilježnik mora u prisustvu svih stranaka pročitati ispravu, poučiti o pravnim posljedicama itd., shodno članu 58. i 59. ZJB). Na ovaj način javni bilježnik preuzima odgovornost za sadržaj akta. Takvo stanovište proizilazi iz člana 60. st. 2. ZJB, ali bi bilo mnogo bolje da je zakonodavac ovu ideju izričito i nedvosmisleno izrazio. Iz zakonske formulacije navedene odredbe o solemnizaciji privatnih isprava nije nažalost jasno da ovim radnjama javni bilježnik ustvari postupa kao da sačinjava javnobilježnički akt. Ako se želi da ona ima i snagu izvršne isprave, moraju biti ispunjeni opšti uslovi koje Zakon traži za izvršnost isprave (određena obaveza, pristanak dužnika na neposredno provođenje prinudnog izvršenja), kao i provođenje postupka za sastavljanje javnobilježničkog akta. Stoga bi samo ona solemnizirana isprava bila ujedno izvršna, kod koje su ispoštovana sva pravila procedure npr. prisutnost svih stranaka. Nasuprot tome ne bi bilo moguće da u slučaju da je samo jedna od stranaka tražila potvrdu privatne isprave⁹⁶ potvrđena isprava dobije kvalitet javnobilježničkog akta, s obzirom da je moguće zamisliti da druge stranke tada nisu ni prisutne i da javni bilježnik nije mogao postupiti po odredbama postupka za sastavljanje javnobilježničkih akata. Na ovaj način, ako sam vjerovnik traži potvrdu isprave ta isprava ne bi mogla postati izvršna, čime se izbjegavaju moguće zloupotrebe.⁹⁷ S obzirom na iskustva iz Republike Hrvatske treba insistirati na ovakvom tumačenju

⁹³ U tom smislu B. HESS, navedeno djelo, str. 115.

⁹⁴ Suprotno DIKA, Javno bilježništvo i zaštita vjerovnika, str. 553.

⁹⁵ Uporedi BECK'SCHE Notarhandbuch, str. 1036, TRATNIK, M., RIJAVEC, V., KERESTEŠ, T., VRENCUR, R., op. cit., str., 246.

⁹⁶ To zakon izričito dopušta: "stranke u pravnom poslu, svi ili neki od njih".

⁹⁷ Takođe ovdje ni u kom slučaju procedura ne bi trebala biti pojednostavljena, što znači da u slučaju traženja stavljanja potvrde od strane dužnika, a bez prisustva povjerioca isprava ne može dobiti kvalitet izvršnog akta. U hrvatskoj praksi međutim prisutno. Vidi o tome: N. DOLINAR, navedeno djelo, str. 34.

odredaba člana 60. i solemniziranu privatnu ispravu koja ispunjava uslove da bude izvršni javnobilježnički akt podvrgnuti konsekvantno režimu koje važi za te akte. Znači, i potvrđena isprava nužno mora imati samo jedan izvornik, koji je strankama pročitao, od stranaka vlastoručno potpisan i koji se trajno čuva u arhivu javnog bilježnika i na osnovu kojeg će javni bilježnik moći izdati jedan izvršni opravak.⁹⁸

Prema svemu tome odista je veliko pitanje da li je prilikom solemnizacije suštinski udovoljeno svim onim zahtjevima, kao kod sastavljanja javnobilježničkog akta.⁹⁹ Ovdje leži latentna opasnost za cijelu javnobilježničku službu i u materijalnom i u dignitetnom smislu. Već iz materijalnih razloga (javnobilježnička ovjera skuplja je no solemnizacija, a sigurno će u podzakonskim aktima biti normirana obaveza javnog bilježnika da on stranke svaki put na to i upozori)¹⁰⁰ stranke će posegnuti za javnobilježničkom ispravom samo onda kada zakon to imperativno traži. Zakon to propisuje u veoma malom broju slučajeva. Solemnizacija, kako nam pokazuju iskustva hrvatskog javnog bilježništva, iako fakultativna biće daleko češće prakticirana; uvijek kada stranke budu željele da izdejstvuju izvršni naslov. S obzirom na sve opasnosti u vezi sa nedosljednom primjenom zakonskih odredaba o solemnizaciji privatnih isprava, trebalo bi solemnizaciju privatnih isprava, kao neki srednji put između javnobilježničke forme i legalizacije potpisa, potpuno brisati iz Zakona o javnim bilježnicima. Upravo je takvo opredjeljenje u Radnom nacrtu zakona o javnom bilježništvu.

4.3.2. *Hipoteka na osnovu javnobilježničkog akta*

Odredbe o neposrednoj izvršnosti javnobilježničkog akta mogu na još jedan način doprinijeti zaštiti i osiguranju povjerenjaca. Zakon o javnom bilježništvu Federacije BiH predviđa mogućnost da se na osnovu javnobilježničkog akta, kojim je u zemljišnim knjigama upisana hipoteka na određenoj nekretnini, može neposredno tražiti izvršenje na toj nekretnini radi naplate osiguranog potraživanja, nakon njegove dospelosti, ako je dužnik na to u tom aktu izričito pristao.¹⁰¹

Time je uveden institut paralelan institutu založnog prava na osnovu sporazuma stranaka pred sudom. Očigledna je namjera zakonodavca, da se na osnovu sporazuma stranaka pred javnim bilježnikom, koji ima za svrhu osiguranja potraživanja i koji je zaključen u formi javnobilježničkog akta, može zasnovati hipoteka na nepokretninama

⁹⁸ U Hrvatskoj je uočena praksa da se javnom bilježniku prezentira više potpisanih primjeraka isprave, pri čemu javni bilježnik čita samo jedan primjerak, a solemnizira sve primjerke i pri čemu se na kraju ne zna koji je primjerak odista pročitao i time vjerodostojan. Ovakva je praksa opasna i za samog javnog bilježnika u slučaju da stranke doložno postupaju i prezentiraju više nejednakih primjeraka isprave. Opasnosti leže i u činjenici da javni bilježnik nema dovoljno uvida i uticaja na akt, kao kada ga sam sačinjava, a ipak preuzima odgovornost za njegov sadržaj, da nema dovoljno mogućnosti da podjednako zaštiti interese objiju strana što mu je osnovna zadaća, prije svega da nije u mogućnosti da pouči stranke o posljedicama izjava. Tako BILAN, navedeno djelo, str. 46-47.

⁹⁹ U tom smislu i N. DOLINAR, navedeno djelo, str. 34.

¹⁰⁰ Ovo se može izbjeći propisivanjem iste tarife za javnobilježnički akt kao i za solemnizaciju, kao što je slučaj u italijanskom pravu. Vidjeti pismo navedeno u bilješci br. 18.

¹⁰¹ Čl. 73. st. 3. ZJB. Identičnu odredbu sadrži i član 54. hrvatskog Zakona o javnom bilježništvu.

upisanim u zemljišne knjige i to izvršna hipoteka, koja čini suvišnim otkaz hipotekarne tražbine i traženje namirenja od dužnika, odnosno podizanje hipotekarne tužbe. Sasvim sigurno navedeno rješenje ZJB treba pozdraviti. Založno pravo na osnovu sporazuma stranaka pred sudom je, iako dobrovoljno sredstvo osiguranja vjerovnika, prožeto duhom ovršnog postupka; ono će nužno slijediti logiku prinudnog založnog prava zasnovanog u postupku ovrhe s obzirom na to da se norme koje uređuju prinudno založno pravo odnosno postupak (prinudnog) osiguranja shodno primjenjuju na založno pravo na osnovu sporazuma stranaka pred sudom (o tome više pod 4.2).¹⁰² Po prirodi stvari te slabosti je oslobođena hipoteka na osnovu javnobilježničkog akta. Ovako zasnovana hipoteka je neposredno izvršna, ali je zasnovana bez vođenja sudskog postupka.

I pored toga navedenom se zakonskom rješenju mogu postaviti određene zamjerke.

Prvo, ova je norma uvrštena na sistemski pogrešnom mjestu, odnosno njeno je mjesto u budućoj kodifikaciji stvarnog prava, koja bi na jedan cjelovit način trebala urediti sredstva stvarnopravnog osiguranja povjerioca. Interesantno je da je kodifikacija stvarnog prava u Hrvatskoj, inače veoma sveobuhvatna, propustila to da učini - određena sredstva osiguranja regulisana su Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima detaljno,¹⁰³ određenima je u tom zakonu dat samo pravni okvir,¹⁰⁴ ali neka nisu uopće ni pomenuta i prepuštena su Ovršnom zakonu.¹⁰⁵ Sa stanovišta cjelovitog sistema građanskog prava, svi ovi instituti trebali bi biti normirani u zakonu koji reguliše stvarno pravo i to je jedan od zadataka buduće reforme stvarnog prava. Naročito nije ispravno opredjeljenje da sredstva osiguranja kao npr. založno pravo na osnovu sporazuma stranaka pred sudom budu regulisana procesnim zakonima; procesni zakoni bi trebali regulisati način realizacije, ali ne i pretpostavke za osnivanje i učinke prema drugim povjeriocima dužnika.

Drugo, navedena norma je neprecizno formulisana. Doslovnim tumačenjem odredbe člana 73. ZJB na temelju sporazuma pred javnim bilježnikom ne može se zasnovati založno pravo na pokretnim stvarima, kao ni na nepokretninama koje nisu upisane u zemljišnu knjigu, kao ni na drugim objektima.¹⁰⁶ Nejasno je zašto je zakonodavac propustio da pomene i zalaganje pokretnih stvari i prava na osnovu javnobilježničkog akta. Pogotovo kada je i nacrt novog Zakona o izvršnom postupku, na kome je paralelno rađeno, proširio listu objekata na kojima je moguće zasnovati

¹⁰² Čl. 251a ZIP predviđa analognu primjenu odredaba o postupku osiguranja, a član 244 tog zakona predviđa shodnu primjenu pravila izvršnog postupka na postupak osiguranja. U Hrvatskoj to čak izričito određuje Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (član 312. st. 2. i 313. st. 2.).

¹⁰³ Tako hipoteka, pignus, založno pravo na pravima na osnovu ugovora.

¹⁰⁴ U pogledu osnivanja dobrovoljnog sudskog založnog prava na nepokretninama i pokretnim stvarima (čl. 312 ZV) i pravima (čl. 313) dat je samo osnov i zakonski okvir.

¹⁰⁵ Tako založno pravo na osnovu sporazuma pred javnim bilježnikom i osiguranje povjerioca prijenosom prava vlasništva koje je normirano Ovršnim zakonom čl. 261-274.

¹⁰⁶ Za takvo tumačenje iste odredbe hrvatskog zakona prije donošenja novog Ovršnog zakona. Vidi M. ŠEPAROVIC - J. MATKO-RUŽDJAK, Javni bilježnik u izvršnom, izvanparničnom i zemljišnoknjižnom postupku, str. 100.

založno pravo na osnovu sporazuma stranaka pred sudom. Može se dogoditi da sudska praksa i ovdje izvrši proboj i dozvoli zasnivanje hipoteke i na neuknjiženim nepokretninama, sa svim opasnostima koje iz toga slijede.

Međutim, pogreške u primjeni mogle bi devalvirati izvršnu javnobilježničku ispravu koja sadrži sporazum stranaka o zasnivanju založnog prava i neposrednom izvršenju, kao sredstvo osiguranja potraživanja. Zbog pravne sigurnosti, zaštite trećih lica a i samog povjerioca, neophodno je da se zakonom odredi položaj određenog sredstva osiguranja u izvršnom i stečajnom postupku, njegov odnos prema drugim sredstvima osiguranja i neobezbjeđenim povjeriocima. Bez toga ćemo umjesto željene veće sigurnosti povjerilaca imati jednu haotičnu i nepreglednu situaciju u ovom domenu.

4.4. Načelo oficijelnosti založnog prava

Predstavnici banaka i povjerilaca potpuno su saglasni u konstataciji da ni relativno lako sticanje izvršnog naslova i vođenje samo izvršnog postupka ne dovodi do brže realizacije hipoteke odnosno založnog prava, pogotovo u vremenu važenja starog izvršnog zakona iz 1977. godine. Član 74. ZOVO odnosno 69. ZOSPO uspostavlja princip oficijelnosti u realizaciji hipoteke, a član 980. ZOO to čini u pogledu pokretnih stvari. Povjerilac se može namiriti samo prodajom prema pravilima izvršnog postupka. Odredba ugovora o hipoteci ili zalozi prema kojoj povjerilac u slučaju neplaćanja duga od strane dužnika, nekretninu može za sebe zadržati ili sam prodati bila bi ništava.¹⁰⁷ Navedene sporedne odredbe u ugovoru o hipoteci su zabranjene u cilju zaštite dužnika još od rimskog prava. Dužnik, pritisnut potrebom za kreditom bi bio spreman pristati i na vrlo nepovoljne uslove ugovora. Kako je ugovor o zalozi odn. hipoteci kada se posmatra u cjelini sa ugovorom o kreditu dvostrano obvezujući i teretni ugovor, nužna je srazmjera međusobnih davanja, stoga povjerilac ne bi mogao zadržati za sebe stvar čija vrijednost premašuje dugovano potraživanje. Znači sve koristi od hipotekovanog dobra pripadaju dužniku, a povjerilac je dužan prodati predmet hipoteke po odredbama izvršnog postupka. Kako Zakon o izvršnom postupku, principijelno više štiti dužnika, iz redova povjerilaca, pogotovo ako se radi o bankama, prisutni su prigovori da je postupak izvršenja gotovo nemoguće provesti. Da bi se izbjegao postupak izvršenja moguće je učiniti određene zakonodavne intervencije koje će poboljšati položaj i povjerioca i dužnika. Ako povjerilac računa na efikasno namirenje daće kredit pod povoljnijim uslovima. Ako se ne vodi izvršni postupak, uštediće se sudski troškovi i troškovi javne prodaje, što je povoljno za dužnika. Takođe dužnik može imati interesa da povjerilac zadrži stvar po procijenjenoj vrijednosti i time se možda potpuno oslobodi duga ili čak potražuje višak od povjerioca, nego da se stvar proda ispod realne cijene i dužnik i dalje nastavi dugovati ostatak cijene. Stoga u praksi banke kao povjerioci pokušavaju da se ne vodeći ni izvršni

¹⁰⁷ Član 973. ZOO, član 74. ZOVO, član 69. ZOSPO.

postupak na drugi način namire iz nepokretnine. Praksa traži sve moguće načine da izbjegne sudski put, bilo parnicu, bilo izvršni postupak.¹⁰⁸

U našem pravnom poretku tradicionalno je zabranjeno prilikom zaključenja ugovora u hipoteci odnosno pignusu unijeti klauzulu da će nepokretnost pripasti povjeriocu u vlasništvo ako dužnik ne plati dug, kao i klauzulu koja bi predviđjela da povjerilac može da koristiti nepokretnost i ubire plodove. Međutim, iako zakonodavac o tome šuti naša sudska praksa dopušta da se o dospjelosti duga,¹⁰⁹ u momentu kada je jasno da dužnik ne može da izvrši dugovano potraživanje, povjerilac i dužnik dogovore o navedenim modalitetima. Argumentacija sudova je da ovu odredbu u cilju zaštite dužnika ne treba dozvoliti u momentu ugovaranja kredita i hipoteke, ali da se može dozvoliti kasnije, u momentu dospelosti potraživanja i neophodno ju je preuzeti u buduću kodifikaciju stvarnog prava. Hrvatski je Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima učinio korak u ovom pravcu, kada su u pitanju pokretne stvari i prava kao predmet zaloge, predviđjevši čak mogućnost da dužnik i povjerilac takav dogovor postignu već u momentu zaključenja ugovora o zalozi.¹¹⁰ U budućoj kodifikaciji moglo bi se sigurno razmišljati i u ovom radikalnijem pravcu, ali je tada nužno predvidjeti odredbe o korelaciji između visine duga i vrijednosti založene stvari. Klasični commissorni uglavak o tome ne vodi računa, te dužnik nepovratno i potpuno gubi stvar, što može oštetiti kako njega, tako i njegove druge povjerioce i odista je rizičan. Ali zato uglavak po kome založni povjerilac isplaćuje eventualni višak zalogodavcu (tzv. marcijanski pakt), zadovoljava interese i zalogoprimca i zalogodavca, te eventualnih drugih povjerilaca zalogodavca i trebalo bi ga dopustiti u našem pravu. Bez rizika ovaj se uglavak može unijeti već u sam ugovor o zalozi odnosno hipoteci.¹¹¹

4.5. Registrirana (bezposjedovna) zaloga

U Federaciji Bosne i Hercegovine u parlamentarnoj proceduri je od novembra 1999. godine do aprila 2001. g., kada je povučen iz parlamentarne procedure, bio Nacrt zakona o registriranim zalogama na pokretnim stvarima i članskim udjelima (u daljem tekstu: Nacrt Federacija). Taj je zakon trebao da uredi mogućnost zalaganja pokretnih stvari bez deposidiranja dužnika,¹¹² kao registraciju tog prava u elektronski

¹⁰⁸ U praksi tako povjerilac npr. preuzima privrednu eksploataciju objekta i sa koristima koje tako ostvaruje prebija svoja potraživanja ili se prilikom zaključenja ugovora o kreditu i osiguranju kredita, kod advokata od povjerenja deponuje ugovor o kupovini nekretnine, pri čemu je povjerilac spreman platiti i relativno visoki porez na promet, samo da dođe do namirenja.

¹⁰⁹ Tako O. STANKOVIĆ-M. ORLIĆ, navedeno djelo, str. 346., Z. P. RAŠOVIĆ, Komentar zakona o fiducijarnom prenosu prava svojine, Podgorica, 1996, str. 70 i dalje i tamo navedene presude. U tom je smislu naročito interesantna odluka Vrhovnog suda SR BiH, Rev. 250/78. od 29.9.78, Bilten VS BiH 4/78, str. 34.

¹¹⁰ Član 337. hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

¹¹¹ Više o tom kod Z. P. RAŠOVIĆ, navedeno djelo, str. 82-84.

¹¹² Bezposjedovna zaloga već je postojala u našem pravnom poretku, kao sudske prinudne ili dobrovoljne založne prava, koje nije bilo registrirano niti na drugi način publikovano. Tako M.

vođenom centralnom registru. U Republici Srpskoj i Brčko Distriktu BiH već je usvojen zakon istog naziva i identičnog sadržaja.¹¹³

Usvajanjem ovog zakona u oba entiteta BiH bi ušla u red zemalja tranzicije, koje su rukovođene potrebama što efikasnijeg osiguranja kredita usvojile zakone kojima reguliraju nova sredstva obezbjeđenja potraživanja.¹¹⁴

Navedeni zakonski tekstovi su odstupili značajno od Model-zakona, kojeg je Evropska banka za obnovu i razvoj prezentirala u BiH,¹¹⁵ i koji je prožet duhom anglosaksonskog prava i time stran pravnom poretku iz kruga evropske tradicije. Može se reći da Nacrt zakona predstavlja originalni pravni tekst, koji je nastojao voditi računa o specifičnostima našeg pravnog poretka.¹¹⁶ Osnovne intencije navedenih zakonskih tekstova u entitetima su: pružiti dovoljne garancije povjerioci, dužnika ne lišiti posjeda stvari, institut tako urediti da zasnivanje, realizacija, brisanje budu efikasni, brzi, oslobođeni skupih i dugotrajnih procedura. Od presudne važnosti za ispunjenje ovih zahtjeva jeste uspostavljanje jedinstvenog elektronski vođenog Centralnog registra za područje cijele države. Na žalost, ne samo da je zakonska procedura u Federaciji BiH prekinuta, već niti u jednom entitetu nisu doneseni neophodni propisi o uređenju i vođenju centralnog registra, bez kojeg ovo sredstvo osiguranja uopće ne može funkcionirati.

4.5.1. Domen primjene

U uporednom pravu su česta ograničenja domena primjene ovog instituta. U oblikovanju zakonskog teksta bilo je dosta kolebanja povodom pitanja ko može biti založni dužnik odnosno založni povjerilac. U prvobitnoj verziji, kada se polazilo od toga da će se zaloga upisivati u sudski registar privrednih subjekata, bilo je logično ograničenje da dužnici mogu biti samo pravna lica koja se bave privrednom

DIKA, Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka, Novo ovršno i stečajno pravo, Zagreb, 1996., str. 75. Sporno je u doktrini bilo da li se prema važećim propisima, njihovom interpretacijom, može zaključiti da je dopušteno zasnivanje založnog prava bez depozicije dužnika npr. putem posesornog konstituta. O tome više P. SIMONETTI, Mobilijarna hipoteka, Privreda i pravo, vol. 32, 1993, 1-2. Autor se zalaže za odričan odgovor (navedeno djelo, str. 67, 70), suprotno N. GAVELLA, Založno pravo, Zagreb, 1992, str. 109-110.

¹¹³ Zakon o registrovanim zalozama na pokretnim stvarima i članskim udjelima Sl.gl. RS 16/2000 (u daljem tekstu Zakon RS).

¹¹⁴ Osim navedenih zemalja (supra 54) nastalih disolucijom BiH, to su Bugarska (navedeno prema E. ČULINOVIĆ-HERC, Real securities in movables - european unification prospects and transition countries, Zbornik Pravnog fakuteta Sveučilišta u Rijeci, v. 19, br. 1., 1998., str. 252, Ukrajina (Zakon o zalozima, br. 2654-12 od 2.10.1992, 4035-12/94, 287/94-VR, 90/95-VR, 496/95-VR, 583/97-VR, 82-XIV/1998), Poljska (Zakon od 6.12.1996 o registrovanim zalozima i registru zaloga, Pravni vjesnik 149/1996), Rumunija (Zakon br. 99 od 26.5.1999. g. o određenim mjerama za ubrzanje privredne reforme. Više o rješenjima rumunjskog prava - J. TEVES, Die Neuregelung der Mobiliarsicherheiten im rumänischen Recht, WiRO 12/99, str. 441.

¹¹⁵ E. ČULINOVIĆ-HERC, Real securities in movables - european unification prospects and transition countries, Zbornik Pravnog fakuteta Sveučilišta u Rijeci, v. 19, br. 1., 1998., str. 248, E. ČULINOVIĆ-HERC, Trebaju li nam nova sredstva osiguranja vjerovnika, Pravo u gospodarstvu, vol. 34, 1995., str. 570.

¹¹⁶ Ako se može govoriti o uzorima za izradu ovog zakona onda je to sigurno poljski Zakon od 06.12.1996 o registriranim zalozama i registru zaloga (Pravni vjesnik 149/96).

djelatnošću. Što znači da založni dužnici ne bi mogla biti fizička lica niti pojedinci koji obavljaju samostalnu privrednu djelatnost. Opredjelenje za centralni registar učinio je ovo ograničenje suvišnim.

Međutim, iako domen primjene nije ograničen svojstvom subjekta, jeste vrstom pravnog posla iz koga je nastalo potraživanja koje se obezbjeđuje. Registrirana zaloga se može osnovati za osiguranje novčanih potraživanja iz ugovora o kreditu i drugih bankarskih poslova, stranih ulaganja, ugovora u privredi.¹¹⁷

4.5.2. Predmet registrirane zaloge

Napuštanje načela depozesije zalagodavca omogućava zasnivanje registrirane zaloge na objektima koji su po svojoj prirodi bili isključeni iz domena primjene klasičnog pignusa odnosno omogućava napuštanje još jednog načela klasičnog pignusa - načela specijaliteta. Tako se registrirana zaloga osim na individualno određenim stvarima može zasnovati i na skupinama pokretnih stvari određenih po rodu.¹¹⁸

Zakonodavac se opredijelio da osim zalaganja pokretnih stvari bez predaje u posjed regulira i zalaganje članskih udjela za koje se ne izdaje papir od vrijednosti.¹¹⁹ U prvom redu se imaju u vidu članski udjeli u društvima sa ograničenom odgovornošću. Na prvom mjestu postavlja se pitanje šta je motiviralo zakonodavca da i zalaganje članskih udjela normira u ovom zakonu. Naime, zalaganje članskih udjela potpuno je neovisno od pitanja predaje ili ne predaje u posjed založnog objekta zalogoprimecu. Na ovaj je način, barem što se tiče Federacije BiH, ispravljen jedan propust učinjen novim Zakonom o gospodarskim društvima.¹²⁰ Tim novim zakonskim tekstom¹²¹ uopće nije izričito predviđeno da se članski udjeli mogu zalagati. Naravno iz opštih pravila o prenosivosti članskih udjela i opštih pravila Zakona o obligacionim odnosima o zalaganju prava neosporno slijedi da se članski udjeli u društvu sa ograničenom odgovornošću mogu zalagati.¹²² Naravno da je uvijek poželjnije imati konkretne zakonske odredbe o načinu zalaganja članskih udjela, koje sada sadrže zakonski tekstovi o registriranim zalogama. Ovaj zakon omogućava i efikasan publicitet založnog prava na članskim udjelima, mada se, s obzirom na obavezno vođenje knjige članskih udjela i svih pravnih transakcija u vezi sa udjelima na prvi pogled čini da je publicitet pravnih odnosa povodom udjela obezbjeđen. Ipak, kritički osvrt na rješenja Zakona o privrednim društvima daju zaključiti da je tako organiziran

¹¹⁷ Član 2. Nacrta Federacije, čl. 2. Zakona RS.

¹¹⁸ Član 4. st. 3 Nacrta Federacije i Zakona RS.

¹¹⁹ Član 6. Nacrta Federacije i Zakona RS. Zalaganje određenih vrsta papira od vrijednosti, kao npr. dionica, obveznica, certifikata regulirano je Zakonom o papirima od vrijednosti (Sl. n. FBiH 39/98). Navedena regulativa (član 39-41.) u dobroj mjeri derogira opća pravila iz Zakona o obligacionim odnosima.

¹²⁰ Sl.n. FBiH 23/99.

¹²¹ U RS još nije donesen novi zakon koji bi regulirao ovu materiju!

¹²² Identično stanje bilo je i u Republici Hrvatskoj do donošenja novog Zakona o trgovačkim društvima, koji je izričito članom 412. predvidio mogućnost zalaganja poslovnih udjela u društvu sa ograničenom odgovornošću. Uporediti V. FILIPOVIĆ, V. GORENC, Z. SLAKOPER, Zakon o trgovačkim društvima s komentarom, Zagreb, 1996, str. 590 i 595.

publicitet nesavršen i da knjiga udjela, vođena od strane društva, ne počiva na principima javnosti, upisa i povjerenja.¹²³ Upis u elektronski vođen centralni registar može efikasnije obezbijediti publicitet pravnih odnosa povodom udjela.

4.5.3. Prednosti registrirane zaloge za zalogoprimca

Prednosti registrirane zaloge povezane su sa načinom njenog zasnivanja. *Modus acquirendi* je upis u centralni registar. Ovog sredstva osiguranja potraživanja nema bez upisa u registar, te je postojanje i funkcionisanje registra *conditio sine qua non* njegovog postojanja. Od momenta upisa nastupa dejstvo prema trećima i to ne samo samog založnog prava, već i svih drugih činjenica koje se prema sporazumu stranaka mogu upisati u registar, npr. zabrana raspolaganja od strane dužnika predmetom registrirane zaloge, zabrana davanja trećem na korištenje i sl.¹²⁴

Publicitet ovog sredstva osiguranja garantuje mu dvije važne prerogative založnog prava - pravo prvenstva i pravo slijeđenja.¹²⁵ Nositelj ovog prava uživa prednost u odnosu na neobezbjeđene povjerioce, bez obzira na vrijeme nastanka njihovog potraživanja, u odnosu na kasnije registrirane založne povjerioce, te u odnosu na kasnije založne povjerioce, bez obzira na način nastanka založnog prava.¹²⁶ Dužnik može otuđiti trećima predmet zaloge, ukoliko tu mogućnost zalogoprimac i zalagodavac ne isključe založnim ugovorom i to ograničenje ne upišu u registar. Postojanje registra omogućuje pravo slijeđenja i isključuje mogućnost savjesnog sticanja predmeta zaloge neopterećenog založnim pravom, tako da će svaki sticalac morati trpiti namirenje iz vrijednosti predmeta zaloge. Dužnik je obavezan u registar prijaviti otuđenje predmeta zaloge. Ako dug ne bude plaćen o dospelosti povjerilac može tražiti predaju stvari kako od dužnika tako i od trećeg lica. Ako dužnik ili treći stjecatelj ne predaju dobrovoljno predmet zaloge zalogoprimcu je ušteđen put parnice kojom se traži predaja stvari, a omogućeno da se stvar oduzme od dužnika ili trećeg lica uz sadejstvo policije.¹²⁷

4.5.4. Prednosti registrirane zaloge za zalagodavca

To su klasične prednosti koje predstavljaju ratio uvođenja ovog instituta u moderne pravne poretke, s obzirom da je depozicija bila ključna slabost klasičnog pignusa.¹²⁸ S obzirom da zalagodavac ostaje u posjedu može koristiti predmet zaloge (pažnjom

¹²³ Član 327. Zakona o gospodarskim društvima.

¹²⁴ Član 10, 15. st. 1, 20. st. 2. Nacrta Federacije, Zakona RS.

¹²⁵ Upravo je nesavršen sistem publiciteta bezposjedovne zaloge uvjetovao i nesavršenu zaštitu ovog sredstva osiguranja, odn. ograničavanje prava prvenstva i prava slijeđenja. Ipak, rješenja uporednog prava pokazuju da su ograničenja u pogledu prava slijeđenja bila veća. Više o tome M. DENIŠLIĆ, Pravna priroda založnog prava na potraživanjima, magistarski rad, Beograd, 1988 (šapirografisano), str. 53-57.

¹²⁶ Član 11. st. 1 Nacrta Federacije, Zakona RS (pravo prvenstva), član 19. st. 2. Nacrta Federacije, Zakona RS (pravo slijeđenja).

¹²⁷ Član 16. st. 5. Nacrta Federacije, Zakona RS. Ovo je rješenje vrlo dubiozno.

¹²⁸ K. SIMIČIĆ, Das besitzlose Pfandrecht, AcP 1971 (171) Heft 1/2, str. 101, E. ČULINOVIĆ-HERC, Real securities in movables - european unification prospects and transition countries, Zbornik

dobrog privrednika), ubirati plodove, pravno raspolagati (dati trećem na korištenje, zakup, prodati), ukoliko ugovorom nije isključeno. Povjerilac će se zaštititi efikasno ako traži upis ovih činjenica u registar. Ukoliko založni dužnik tako koristi predmet zaloge da može ugroziti ostvarenje povjeriočevog prava - propisana je mogućnost naplate prije dospijeca.¹²⁹

4.5.5. Namirenje zalogoprimca

U pogledu ostvarenja zalogoprimčevog prava zakonodavac je morao voditi računa o nekoliko zadatih tačaka - osloboditi zalogoprimca od vođenja parničnog postupka, pojednostaviti prinudnu realizaciju izbjegavajući i neefikasni izvršni postupak, ali pri tome nedovodeći u pitanje interese dužnika.

Založni povjerilac se može namiriti dvojako: sudskim putem - prodajom predmeta zaloge po pravilima izvršnog postupka i vansudskim putem - prenošenjem prava vlasništva na založenoj stvari.

Za namirenje prenošenjem prava vlasništva na predmetu zaloge na povjerioca potrebno je da se ispune slijedeći uvjeti: ovakvo namirenje mora biti predviđeno ugovorom o zalozi i upisano u sudski registar. Zatim u ugovoru o zalozi mora biti određena vrijednost predmeta zaloge i upisana u registar. Ukoliko bi vrijednost zaloge prevazilazila visinu potraživanja dužniku su stavljena na raspolaganje određena sredstva odbrane.¹³⁰ Ukoliko zalagodavac i zalogoprimac nisu predvidjeli ovakav način namirenja, u tom slučaju se povjerilac namiruje po pravilima izvršnog postupka. Međutim, vodeći računa o neefikasnom izvršnom postupku, o činjenici da vrlo mali broj javnih sudskih prodaja odista bude i uspješno okončan, u cilju zaštite obje strane, predviđeno je da se, u slučaju da javna prodaja individualno određenih stvari ne uspije, zalogoprimac može namiriti vansudskim putem, sticanjem prava vlasništva na založenoj stvari.¹³¹

U slučaju prodaje u sudskom postupku zamjetna su odstupanja od općih pravila izvršnog postupka. Sud donosi rješenje ili o javnoj prodaji ili neposrednom pogodbom, ako predmet ima tržišnu cijenu. Povjerilac nije obavezan voditi prethodni parnični postupak niti bilo kakav sudski postupak da bi stekao izvršni naslov - sud donosi rješenje o prodaji na osnovu zahtjeva povjerioca i izvoda iz sudskog registra, čime je skraćen pravni put koji mora preći založni povjerilac.¹³² Isključivo po pravilima izvršnog postupka namiruje se registrirana zaloga na članskim udjelima u društvu sa ograničenom odgovornošću.¹³³ Neposredni prenos članskog udjela na

Pravnog fakuteta Sveučilišta u Rijeci, v. 19, br.1., 1998., str. 249, K. OFFTINGER, Das Fahrnispfandrecht, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zweite und neugearbeitete Auflage, Zürich, 1952, str. 46., P. SIMONETTI, Mobilijarna hipoteka, Privreda i pravo, vol. 32, 1993., 1-2, str. 64, N. GAVELLA, T. JOSIPOVIĆ, I. GLIHA, V. BELAJ, Z. STIPKOVIĆ, Stvarno pravo, Zagreb, 1998., str. 782.

¹²⁹ Član 16. st. 1. Nacrta Federacije, Zakona RS.

¹³⁰ Član 28. Nacrta Federacije, Zakona RS.

¹³¹ Član 27. Nacrta Federacije, Zakona RS.

¹³² Član 31. Nacrta Federacije, Zakona RS.

¹³³ Član 31. st. 2. *in fine* Nacrta Federacije, Zakona RS.

zalogoprimca nije moguć s obzirom na odredbe Zakona o privrednim društvima da ostali članovi društva imaju pravo preče kupovine, pa i u izvršnom postupku.¹³⁴

4.6. Zemljišni dug

Buduća reforma zemljišno-knjižnog prava predviđuje jedno novo sredstvo osiguranja potraživanja na nepokretninama - zemljišni dug,¹³⁵ a to će nužno morati slijediti i buduća reforma stvarnog prava. Za razliku od novog stvarnog prava Hrvatske,¹³⁶ Teze za stvarnopravni zakonik Republike Slovenije predviđaju zemljišni dug kao posebno stvarno pravo.¹³⁷

Privredni razvoj i tržišni uslovi privređivanja će tražiti što jednostavnije, ali sigurnije i efikasnije forme osiguranja potraživanja i na ovom mjestu treba posegnuti za iskustvima drugih zemalja. U njemačkom je pravu hipoteka gotovo izgubila svaki praktični značaj kod osiguranja kratkoročnih i srednjoročnih kredita, njenu je ulogu preuzeo tzv. zemljišni dug,¹³⁸ kao forma neakcesornog opterećenja nekretnine, koje i povjeriocu i dužniku daje određene prednosti. Osnovna razlika između ova dva sredstva osiguranja proizilazi iz same zakonske definicije, jer je hipoteka osiguranje za potraživanje koje pripada povjeriocu, što je izostavljeno u zakonskoj definiciji zemljišnog duga.¹³⁹ Zemljišni dug ne zavisi od postojanja potraživanja, iako se naravno najčešće zasniva za osiguranje potraživanja povjerioca. Na zemljišni dug se shodno primjenjuju odredbe o hipoteci, osim ako to nije moguće zbog neakcesornog karaktera ovog sredstva osiguranja.¹⁴⁰ Vlasnik može osnovati vlasnički zemljišni dug, dok potraživanja i nema i tako reći "držati ga spremnog" za slučaj da treba ponuditi sigurnost banci. U trenutku potrebe za kreditom na vrlo jednostavan se način taj zemljišni dug ustupa banci izjavom o ustupanju ovjerenom kod javnog bilježnika i operacija isplate i osiguranja kredita biva brža, a čak u zemljišnim knjigama ne mora biti vidljiva činjenica da je zemljišni dug promjenio titulara. Takođe je zemljišni dug efikasno sredstvo osiguranja plaćanja cijene - ukoliko vlasnik prodaje nekretninu on može upisati vlasnički zemljišni dug. Prilikom prodaje i prenosa vlasništva zemljišni dug prestaje biti vlasnički i obezbjeđuje potraživanja cijene ranijeg vlasnika od kupca.¹⁴¹ Dalje, isplatom duga od strane vlasnika, zemljišni dug ne biva

¹³⁴ Član 329. st. Zakona o gospodarskim društvima Federacije BiH.

¹³⁵ Član 17. st. 2. alineja 4, čl. 29. st. 1. alineja 2. radnog nacrtu Zakona o zemljišnim knjigama.

¹³⁶ Novo hrvatsko pravo ne poznaje ovaj institut, ali se dio efekata može postići odredbama o zabilježbi pridržaja prvenstvenog reda (član 348 ZV) odnosno o raspolaganju neizbrisnom hipotekom (čl. 347 ZV). Više o ovom institutu N. GAVELLA, T. JOSIPOVIĆ, I. GLIHA, V. BELAJ, Z. STIPKOVIĆ, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998., str. 821.

¹³⁷ Uporedi M. TRATNIK, V. RIJAVEC, T. KERESTES, R. VRENČUR, navedeno djelo, str. 138.

¹³⁸ F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 15. Auflage, München, 1989, str. 401.

¹³⁹ Uporediti § 1113 i § 1191 BGB.

¹⁴⁰ § 1193.

¹⁴¹ Uporediti M. TRATNIK, V. RIJAVEC, T. KERESTES, R. VRENČUR, navedeno djelo, str. 140.

samo prazna forma do izvršenog brisanja, kao hipoteka - silom zakona on postaje vlasnički zemljišnoknjižni dug. Povjerilac čije je osiguranje upisano iza zemljišnog duga nema zakonsko pravo na brisanje u skladu sa § 1179a BGB¹⁴² i zahtjev da se pomjeri na bolje rang mjesto. U slučaju da je jedan zemljišno-knjižni dug isplatom postao vlasnički zemljišnoknjižni dug on se može ustupiti nekom novom povjeriocu. Činjenicom da novi povjerilac na taj način ne stiče osiguranje sa najlošijim rangom, vlasnik će dobiti kredit pod povoljnijim uslovima.

5. Zaključak

Iz pregleda relevantnih propisa u oblasti prometa nepokretnosti, stvarnopravnog osiguranja povjerilaca kao i onih pravnih oblasti koje su sa njima funkcionalno povezane (stvarno pravo, zemljišnoknjižno pravo, javnobilježničko i izvršno pravo) da se zaključiti da su, s malim izuzecima, u BiH u oba njena entiteta još uvijek na snazi propisi koji su bili na snazi u momentu disolucije SFRJ. U nizu pravnih pitanja koja su od presudne važnosti za transformaciju pravnog sistema u pravcu prilagođavanja tržišnim uslovima privređivanja nema novih propisa, te se primjenjuju još uvijek propisi iz socijalističkog pravnog sistema. Mnogi zakonski projekti su u toku (Zakon o zemljišnim knjigama, novi zakon o javnom bilježništvu), međutim zabrinjavajuće je da je čitav niz zakonskih projekata, poneki nakon što su dvije godine bili u parlamentarnoj proceduri (Zakon o izvršnom postupku, Zakon o registriranim zalogama na pokretnim stvarima i registru zaloga), povučen iz procedure. Rad na reformi stvarnog prava još nije ni započeo, a zadatak ove kodifikacije bi bio da izradi jedan koherentan sistem sredstava stvarnopravnog osiguranja povjerilaca. Gubitak u vremenu je u BiH tako veliki da se s pravom postavlja pitanje može li ga BiH nadoknaditi. Rečeno treba posmatrati u kontekstu činjenice da BiH sa drugim tranzicijskim zemljama konkurira za privlačenje stranih investicija.

Summary

ON LEGAL REGULATIONS GOVERNING THE TRANSACTION OF REAL PROPERTY RIGHTS AND REAL SECURITY OF THE CLAIMS IN BIH *DE LEGE FERENDA*

The author has compared issues to begin with to reform the legal systems in the Republic of Croatia and Bosnia and Herzegovina after the dissolution of SFRY and under transitional conditions. As it was said in the introduction, an analysis was given having in mind the fact that the reforms in Croatia are already framed by legal regulations entirely while reforms in BiH are considerably falling behind.

¹⁴² Uporediti i F. BAUR, navedeno djelo, str. 400.

The article is derived in two parts. The first part focuses on legal provisions governing the transaction of real property rights and proposes to abolish the Law on Real Estate Transactions. The author opts for solutions *de lege ferenda* to guarantee legal security in transactions of real property rights. For example, she proposes to alter present legal regulations on land-registers and provisions of the Real Law, which are in conjunction with acquisition of real property rights and affirmation of land-register principles, first of all the principle of registration and trust in the land-registers. With the aim to ensure legal security, the author is *de lege ferenda* in favor of giving higher authorizations to a public notary. The legal transaction of real property rights should be executed in the form of public notary act as a condition to be valid.

The second part of the article is dedicated to real securities of trustees in BiH. The laws took over from ex SFRY are still in force; even if there was a new law enacted (for example, the Law on Real Property Relations of the Federation of Bosnia and Herzegovina), there is no radical solution expressed in it. The author considers possible corrections in this given system, which is going to result with more efficient security of trustees (enforceability of the public notary act, mortgage based on the public notary act, reforms of the mortgage law based upon an agreement among parties in front of the court, exceptions from the principle of mortgage law officiality, land-debt as an instrument of assurance in the legal system of BiH). The Law on Registered Mortgages on Movables and Share-holdings has been enacted in the Republika Srpska while it is in a preparatory phase in the Federation of Bosnia and Herzegovina. Having this in mind, a special attention is given to a critical analysis of these legal solutions.

Key words: *mortgage without possession, enforceability of the public notary act, real estate transactions, registered mortgage, real security, court mortgage law based upon an agreement between parties, land debt.*

Zusammenfassung

ÜBER DIE GESETZLICHE BESTIMMUNG DES UMSATZES DES RECHTS AUF IMMOBILIEN UND SACHENRECHTLICHE GARANTIE VON FORDERUNGEN IN BOSNIEN HERZEGOWINA *DE LEGE FERENDA*

Verglichen werden Ausgangspunkte der Rechtsreformen in der Republik Kroatien und Bosnien Herzegowina nach dem Zerfall der SFRJ und unter den Bedingungen der Transition, wobei in der Einführung konstatiert wird, dass Bosnien Herzegowina im Vergleich mit der Republik Kroatien, wo die Reformen völlig gesetzmäßig gestaltet wurden, im großen Rückstand ist.

Die Arbeit hat zwei Teile. Im ersten Teil wird der Stand der Gesetzesregulativen im Bereich des Umsatzes von Immobilien betrachtet und sich dafür eingesetzt, das Gesetz über den Umsatz von Immobilien abzuschaffen sowie für eine Lösung

de lege ferende, die eine Garantie der Rechtssicherheit im Rechtsverkehr der Immobilien bedeuten würde. In diesem Sinne sollte eine Veränderung das Sachen- und Grundbuchrecht einschließen, doch es wäre davon auch der Erwerb von Immobilienrecht und die Affirmation des Prinzips der Grundbücher (Eintragung und Vertrauen) betroffen. Mit dem Ziel Rechtssicherheit in diesem Bereich zu sichern wird de lege ferenda für eine größere Rolle des Notars eingetreten. Bedingung für die Rechtskräftigkeit von Rechtsgeschäften, deren Gegenstand Immobilien sind, soll ihr Abschluss in Form eines notarischen Aktes sein.

Der zweite Teil der Arbeit beschäftigt sich mit der sachenrechtlichen Sicherung des Gläubigers in BiH. Es sind noch Vorschriften aus der ehemaligen SFRJ in Kraft, und insofern neue verabschiedet wurden (z.B. Gesetz über die eigentumsrechtlichen Beziehungen der Föderation BiH) bedeuten sie keinerlei radikale neue Lösungen. Es werden die Möglichkeiten betrachtet im Rahmen dieses Systems bestimmte Korrekturen zu machen, die eine effizientere Sicherung des Gläubigers bedeuten würden. In dieser Hinsicht wird auch die Vollziehung des notarischen Aktes betrachtet ebenso wie die Hypothek aufgrund eines notarischen Aktes, Reformen des Pfandrechts auf Grund von Verträgen der Parteien vor Gericht und die Abweichung vom Prinzip der Öffentlichkeit des Pfandrechts sowie die Einführung eines neuen Versicherungsmittels in das Rechtssystem der BiH - die Grundsschulden. Da das Gesetz über registrierte Pfänder an beweglichen Sachen und Mitgliedsanteilen in der Republika Srpska verabschiedet wurde und in der Föderation BiH vorbereitet wird, wird einer kritischen Analyse der Gesetzeslösungen besondere Aufmerksamkeit geschenkt.

Schlüsselwörter: *besitzloses Pfand, Vollzug notarischer Dokumente, Immobilienverkehr, registriertes Pfand, sachenrechtliche Sicherung, gerichtliches Pfandrecht auf Grund von Verträgen der Parteien, Grundsschulden.*

Sommario

DELLA REGOLAZIONE LEGISLATIVA *DE LEGE FERENDA* DELLA CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI REALI E DELL'AZIONE DI GARANZIA DEL DIRITTO REALE IN BOSNIA ED ERZEGOVINA

Come punto di partenza è affrontata la comparazione della riforma dei sistemi giuridici della Repubblica di Croazia e della Bosnia ed Erzegovina dopo la dissoluzione della Repubblica Federale Socialista di Jugoslavia e nelle condizioni della transizione, in primo luogo nell'introduzione con la considerazione della situazione della Bosnia ed Erzegovina in relazione alla Repubblica di Croazia, dove nella prima la piena riforma della regolamentazione legislativa è in grande ritardo.

L'articolo è diviso in due parti. La prima parte si incentra sulle disposizioni legali che regolano la circolazione dei diritti reali e le proposte di abolizione della Legge sulla circolazione dei diritti reali, con la soluzione *de lege ferenda* della garanzia

della sicurezza giuridica nel passaggio dei diritti reali. In proposito la proposta è di modificare la vigente regolazione normativa dei registri immobiliari e le disposizioni della Legge sulla circolazione dei diritti reali, in relazione all'acquisizione dei diritti reali e all'affermazione dei principi del registro immobiliare, in primo luogo il principio della trascrizione e dell'affidamento nei registri immobiliari. Con l'obiettivo di assicurare la sicurezza giuridica *de lege ferenda* sarebbe opportuno attribuire un ruolo più importante ai notai. Il trasferimento legale dei diritti reali dovrebbe essere eseguito nella forma dell'atto notarile come condizione di validità.

La seconda parte è dedicata alle garanzie reali dei curatori in Bosnia ed Erzegovina. La legislazione ereditata dalla *ex* Repubblica Federale Socialista di Jugoslavia è ancora in vigore; anche se è stata promulgata una nuova legislazione (ad esempio la Legge sui rapporti legali dalla proprietà nella Federazione di Bosnia ed Erzegovina), in essa non v'è alcuna soluzione radicale. In particolare i possibili miglioramenti al sistema esistente dovrebbero renderlo più efficiente e sicuro, attraverso l'applicazione dell'atto notarile, l'ipoteca fondata sull'atto notarile, la riforma del diritto ipotecario sul fondamento dell'accordo delle parti davanti al tribunale, le eccezioni al principio dell'ufficialità del diritto ipotecario, il debito fondiario come strumento di assicurazione nel sistema giuridico della Bosnia ed Erzegovina. La Legge sulle ipoteche registrate su beni mobili e titoli mobiliari è stata promulgata nella Repubblica Serba, mentre è nella fase preparatoria nella Federazione di Bosnia ed Erzegovina, e nel lavoro è dedicata una speciale attenzione all'analisi critica di queste soluzioni legislative.

Parole chiave: *ipoteca senza possesso, esecutorietà degli atti notarili, circolazione dei diritti reali, ipoteca registrata, garanzia del diritto reale, diritto ipotecario giudiziale sul fondamento dell'accordo delle parti, debito fondiario.*

FORENZIČKI ZNAČAJ "DRUGIH, TEŽIH DUŠEVNIH SMETNJI"

Mr. sc. Vesna Šendula-JengiĆ, dr. med.
Gordan Bošković, profesor psihologije
Psihijatrijska bolnica Rab

UDK: 340.63
340.66
343.225
Ur.: 23. svibnja 2001.
Pr.: 13. srpnja 2001.
Prethodno priopćenje

Autori su u radu prikazali pravno-psihijatrijsku povezanost termina ostale duševne smetnje te temelje forenzičko-psihijatrijske prosudbe ubrojivosti u ovoj situaciji.

Prikazan je kratak povijesni pregled razvoja forenzičke ocjene ubrojivosti s posebnim osvrtom na navedenu skupinu poremećaja. Uvođenjem ovog termina u novo kazneno zakonodavstvo te u Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama ukazuje se potreba za pobližim definiranjem i mogućom operacionalizacijom pojma kao mostom razumijevanja forenzičkih psihijatarata i pravnika. Operacionalizacija ovog termina pretpostavlja dimenzionalni pristup procjeni. U zaključku autori navode moguće probleme i ograničenja u pogledu definiranja i donošenja forenzičko-psihijatrijske prosudbe u ocjeni ubrojivosti kod "težih duševnih smetnji.

Ključne riječi: *ostale teže duševne smetnje, ubrojivost, forenzičko-psihijatrijska prosudba, kazneno pravo.*

Uvod

Reforma hrvatskog zakonodavstva i uvođenje novog paketa zakona, napose Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, donijeli su bitne novine u postupanju prema duševno bolesnim osobama.

U praksi forenzičkih vještačenja nove zakonske odredbe zahtijevaju egzaktnije određenje u odnosu na prethodne, i to u dijelu koji normativno definira pojedine uzroke mogućeg smanjenja ili isključenja ubrojivosti ili psihičkog dizabiliteta uopće, (čl. 40. KZ-a) ali i u dijelu koji pobliže označava intenzitet ovih smetnji (čl. 3. st. 2. ZZODS-a) (1,2).

Imajući u vidu da su odredbe članka 40. KZ-a u reformiranom zakonodavstvu Republike Hrvatske doživjele novinu, a to je uvođenje novog pojma "teže duševne smetnje" otvara se pitanje kongruentnosti ove kategorije s onom u ZZODS-u i

njihovog međusobnog odnosa osobito u dijelu koji bi se posredno odnosio na terapiju ovih stanja (3).

Nesporno je da u pravničkim i psihijatrijskim krugovima postoji vrlo mala dihotomija kada se radi o kvalifikaciji pa i kvantifikaciji težih duševnih smetnji u odnosu na prosudbu o postojanju duševne bolesti, trajnog ili privremenog duševnog poremećaja ili zaostalog duševnog razvoja. Što je, međutim, sa svim onim stanjima koja ne predstavljaju bolest u užem, medicinskom smislu, a istovremeno ozbiljno kompromitiraju osobno i socijalno funkcioniranje osobe?

Navedena tematika obuhvaća jedan veliki dio psihijatrijske dijagnostike (4) i nalazimo je u nekoliko poglavlja glave V. MKB-10, a njezin zajednički nazivnik jest termin koji (uopće) nije psihijatrijski i virtualno je napravljen kao most za razumijevanje psihijataru i pravniku.

U ranijim zakonskim odredbama nedostajala je norma i pravni izraz za sva ona stanja koja ne predstavljaju trajnu ili pak privremenu duševnu bolest, a duševna zaostalost se nerijetko i nepravilno koristila u forenzičkoj prosudbi za sva ona ponašanja koja su u svojoj osnovi imala neki vid duševne subnormalnosti koja pak ne može sui generis imati relevantni forenzički značaj.

Unatoč naporima vrhunskih stručnjaka u forenzičkom području, još uvijek nije definiran algoritam u medicinsko-psihijatrijskoj prosudbi koji bi predstavljao temeljni kriterij u vještačenju za potrebe kaznenog postupka, građansko-pravnih predmeta te u domeni radnog i socijalnog prava.

Drugim riječima, nužno je operativnim učiniti kriterije forenzičko-psihijatrijske prosudbe ako se radi o osobi koja ne pokazuje znakove trajne ili privremene duševne bolesti, ovisnosti o psihoaktivnim tvarima, privremene duševne poremećenosti ili zaostalog duševnog razvoja, a ta osoba ipak ima neuobičajene i/ili neprihvatljive obrasce ponašanja kojima krši prihvaćene moralno-etičke norme ponašanja u društvu i čini kaznena djela. Prihvaćanje činjenice da je "neubrojivost" pravni, a ne psihijatrijski ili psihološki pojam ukazuje na potrebu operacionalizacije pravnih definicija u psihijatrijskim ili psihologijskim terminima.

Norme i standardi

Iako je s obzirom na specifičnost organizacije i primjenu anglo-saksonskog sustava zakonodavstva u Americi to, zapravo, neobično, algoritmi postoje i dokazali su svoju praktičnu vrijednost. Oni su definirani različitim modelima ili standardima tzv. testova ili standarda neubrojivosti (insanity standards) i moguće ih je u literaturi pronaći pod različitim nazivima (5,6,7).

Njihov značaj ogleda se u operacionalizacijama pravnih konstrukata za potrebe forenzičke psihijatrije i psihologije. Zajedničko svim standardima je osnovna struktura (8) koja se može sažeti u tri operativne razine:

1. Mora postojati mentalni poremećaj. Osnova je mentalna bolest ili defekt koja je pravno definirana. Inicijalno pitanje je da li je optuženik dobro dijagnosticiran, tj. postoje li kod njega uvjeti za formalno ili službeno utvrđivanje i prepoznavanje mentalnog poremećaja koji je kao takav prihvaćen u nomenklaturi relevantnih disciplina. Postavlja se i pitanje da li kategorijalni sustav dijagnoza i dijagnostičkih

klasifikacija može biti osnova za pravno razmatranje u određenju kaznene odgovornosti.

2. Brojna pravno definirana oštećenja u funkcioniranju pojedinca moraju se iskazati kao rezultat mentalnog poremećaja. S obzirom na moguću obranu neubrojivošću ova se oštećenja odnose na razne kognitivne funkcije (sposobnost razlikovanja dobra i zla, poznavanje prirode kriminalnog djela, procjena pogrešnosti ponašanja) i/ili razne voluntativne funkcije (sposobnost kontrole ponašanja ili sposobnost prilagodbe ponašanja zahtjevima prava).

3. Demonstracija jasne i direktne posljedične veze ili odnosa između bihevioralnog oštećenja - rezultata mentalnog poremećaja i kaznenog djela. Nije dovoljno pokazati da netko boluje od mentalne bolesti već njegovo djelo mora biti s njom u posljedičnoj vezi.

U osnovi, korijeni anglo-američkog kaznenog prava (9) mogu se pronaći u rimskom, irskom, anglo-saksonskom pravu ili pak u kršćanskoj teologiji. Kroz povijest su u anglo-američkom kaznenom pravu prisutna razmišljanja o volji i namjeri kako bi se došlo do mogućnosti razlikovanja krivnje i nevinosti. Postavljena je doktrina po kojoj je, da bi uopće postojalo kazneno djelo, morao postojati pogrešan i zabranjen čin (*actus reus*), ali i zao i iskvaren duh (*mens rea*). Počinjenje zabranjenog čina prema tome nije predstavljalo ujedno i počinjenje zločina, jer je za to morala postojati i krivnja uma - pravno definirano stanje relevantno za krivicu.

Tijekom 16. st. bila je uobičajena praksa u Engleskoj da se neubrojivi počinitelji razriješe krivnje umjesto da ih kralj pomiluje.

U tom vremenu suci su davali "instrukcije" poroti o prirodi i stupnju mentalnog oštećenja koje je postojalo u vrijeme počinjenja djela. Međutim, osim verbalnih informacija tijekom procesa, nije postojalo niti jedno sustavno pravilo ili standard za tu svrhu. Na taj način prilično subjektivno bi se odredila sposobnost za kaznenu odgovornost optuženika, koji se onda mogao braniti neubrojivošću. Obrana neubrojivošću (*insanity defense*) primjenjivala se u malom broju slučajeva, u pravilu, kada bi optuženik imao vrlo očita i velika mentalna oštećenja (9). I dalje se bilo teško snalaziti u slučajevima kada su oštećenja bila manjeg intenziteta. Postavljalo se pitanje mogućnosti određenja precizne granice između onih koji imaju razne stupnjeve mentalnog oštećenja koje se i dalje držalo kazneno odgovornim, od onih koji mogu biti izuzeti od toga. Čini se da je to pitanje ostalo aktualno do danas.

Najpoznatiji od sličnih slučajeva je svakako slučaj D. M'Naghtena koji je pogreškom umjesto premijera Engleske ubio njegova tajnika. Na suđenju M'Naghtenu sudac je dao sljedeću instrukciju poroti (10):

"Ako on nije bio pri svijesti u vrijeme kad je počinio djelo, nesumnjivo nije odgovoran za svoj čin ili podložen kazni koja bi proizašla iz tog djela... ali, ako bi razmislili i došli do zaključka da je počinitelj sposoban razlikovati dobro od zla, onda je on odgovoran i podložen svim kaznama koje zakon predviđa".

Presuda da nije kriv zbog razloga neubrojivosti (*not guilty but reason of insanity*) izazvala je brojne rasprave. Između ostaloga, i Dom lordova je raspravljao o presudi te pozvao 15 eminentnih sudaca da pokušaju riješiti problem. Morali su odgovoriti na 5 pitanja vezanih za obranu neubrojivošću. Odgovori na postavljena pitanja definirali su jedan od prvih standarda za obranu neubrojivošću tzv. M'Naghten Standard of Insanity.

Ovaj standard zahtijeva da "mora biti jasno dokazano da je u vrijeme počinjenja optuženik djelo činio zbog defekta razuma, bolesti uma, ne poznavajući prirodu čina koji je počinio, ili ako je znao, onda nije znao da je ono što čini krivo". Ukratko ćemo pojasniti sažetak za razumijevanje ovog koncepta (5).

1. Defekt razuma (defect of reason) odnosi se na bitan defekt u kapacitetu pojedinca za racionalno razmišljanje.
2. Znanje (know) se odnosi na specifično određenje primarno kognitivnog ili intelektualnog poimanja ili svjesnosti učina.
3. Priroda djela (nature and quality of act) je test svjesnosti o tome što pojedinac radi kao i vrsta uvida u značenje posljedica ponašanja.
4. Pogrešnost (wrongfulness) uključuje ili pravnu ili moralnu pogrešnost u prihvatanju ovog standarda.

Klasični M'Naghten standard se primarno osniva na kognitivnim deficitima takve širine koji drže pojedinca nesposobnim da shvati što radi ili na moralnim ili pravnim principima da razumije pogrešnost takva ponašanja (11).

Kako namjera ovoga rada nije elaboracija postojećih standarda nebrojivosti, napomenut ćemo samo još i tzv. Irresistible Impuls Standard (1834), Durham Standard (1954), Guilty but Mentally Ill Standard (1975), a kao prilog iznijet ćemo neke zanimljivosti standarda Američke pravne udruge (American Law Institute Standard of Insanity 1962.) koji je u različitim modifikacijama najviše korišten standard u USA, koristio se u 30-ak američkih država te u svim federalnim sudovima sve do 1984. godine (12).

Prema ovom standardu (12,13,14):

1. Osoba nije odgovorna za kazneno ponašanje ako u vrijeme tog ponašanja, kao rezultat mentalnog oboljenja ili defekta, nije imala bitan kapacitet da procijeni pogrešnost ponašanja ili da prilagodi svoje ponašanje zahtjevima prava.
2. Termin kao "mentalno oboljenje ili defekt" korišteni na ovom mjestu ne uključuju abnormalnost koja se manifestira jedino kroz ponavljanje kriminalnog ponašanja ili nekog drugog antisocijalnog ponašanja.

Standard uključuje 5 operativnih koncepata (5,12):

1. Duševna bolest ili defekt (mental disease or defect) uključuje svako abnormalno stanje uma koje bitno utječe na mentalne ili emocionalne procese i kontrolu ponašanja.
2. Nedostatak bitnog kapaciteta (lack of substantial capacity) uključuje potrebu odsutnosti apsolutnog u biheviorističkim znanostima kao i kompromis između bilo koje nesposobnosti i totalne nesposobnosti. Termin bitnog kapaciteta je pri tome otvoren za različite interpretacije.
3. Procjenjivanje (appreciation) se odnosi na vrstu relevantnog znanja, npr. za shvaćanje pogrešnosti kriminalnog ponašanja. U ovom standardu procjena pogrešnosti odnosi se primarno na kognitivno ili intelektualno znanje o kriminalnom ponašanju. Procjena također podrazumijeva mentalnu sposobnost subjekta da zna što radi i isto tako da zna da je to što radi krivo. Na procjenu se naravno gleda kao na kognitivni proces, ali se ne isključuje ni emocionalna komponenta.
4. Pogrešnost (wrongfulness) je ovdje prihvaćena kao alternativa kriminalnosti

kako bi se uključili bolesnici-optuženici koji su procijenili da je njihovo ponašanje kriminalno, ali su na temelju deluzija vjerovali da je moralno opravdano.

5. Prilagodba ponašanja zahtjevima prava (conformity of conduct to the requirements of law) jest element koji može biti potencijalno krivo usmjeren budući da su kognitivni i voluntativni elementi ponašanja pojedinca isprepleteni. U nekim slučajevima kao dio definicije mentalnog oboljenja sud je definirao bihevioralnu kontrolu kao procese i kapacitet pojedinca da regulira i kontrolira ponašanje i reakcije, što otvara i druga pitanja. Psihoteično ponašanje ne razlikuje prisutnost ili odsutnost deluzija ili halucinacija samo po sebi već širina kojom one zahvaćaju, prožimaju, dominiraju i mijenjaju percepciju pojedinca, njegove osjećaje, odluke i djela. Prema nekim autorima kod ovih pervazivnih oštećenja vjerojatno će se utvrditi neubrojivost, nasuprot neurotskim reakcijama ili poremećajima osobnosti, a prema drugima bilo koji mentalni poremećaj može biti osnova za utvrđivanje neubrojivosti.

Drugi dio ovog standarda "izuzimanje abnormalnosti manifestirane samo kroz ponovljeno kriminalno ili neko drugo antisocijalno ponašanje" otvara razna pitanja u pogledu njegove definicije (11). Tako npr. antisocijalna struktura ličnosti može uključiti dodatne simptome i stoga se ne može točno kvalificirati za ovu definiciju. Interpretacija ponovljenog kriminalnog ili drugog antisocijalnog ponašanja dovedena je ozbiljno u pitanje s obzirom na to kako bi se moglo odrediti da li klasični (primarni) antisocijalni poremećaj osobnosti ima skrivenu dodatnu mentalnu abnormalnost uz bihevioralne manifestacije.

U slučaju pokušaja ubojstva predsjednika Reagana obrana neubrojivošću pretrpjela je značajne kritike poradi pritisaka javnosti i aktualne politike (12,14). 1984. godine Američki kongres donio je smjernice o obrani neubrojivošću, koje su prihvatili svi federalni sudovi. Smjernice su išle za revizijom standarda Američke pravne udruge iz kojih je izuzet dio koji se odnosi na sposobnost prilagodbe zakonskim propisima zbog duševne bolesti ili nedostatka, izraz "dovoljno sposoban shvatiti" promijenjen je u "nesposoban shvatiti", te se mogućnost obrane neubrojivošću veže za tzv. teške poremećaje s ciljem onemogućavanja obrane neubrojivošću utemeljene na tzv. nepsihoteičnim poremećajima. Na taj način aktualiziran je "Guilty but Mentally Ill" standard (1975) koji uz postojanje mentalne bolesti dopušta mogućnost utvrđivanja pravne odgovornosti optuženog (15), čime se povećava mogućnost njegove penalizacije. Istovremeno, ovaj standard dopušta i psihijatrijsku mjeru postupanja s osuđenikom. Na taj način čak i teško duševno bolesna osoba može biti proglašena pravno odgovornom, ali isto tako može biti upućena na psihijatrijski tretman umjesto da bude kažnjena zatvorom.

Obrana neubrojivošću u kaznenom pravu koristi se samo u oko 2% svih procesuiranih slučajeva (16,17).

Povijesni osvrt

U cilju pojašnjenja središnjeg pitanja ovog rada od interesa je potražiti temelje forenzičkih razmišljanja i interdisciplinarne suradnje medicinskih i pravnih znanosti

u ne tako dalekoj povijesti. Bez pretenzije da elaboriramo o temi u kojoj su naša znanja skromna, istaknut ćemo kratki pregled razvoja pravne misli u kaznenom zakonodavstvu posljednjih stoljeća. Poznavanje njegovih povijesnih korijena i stremljenja kao i osnovnih koncepcija koje su odražavale određeni stupanj kulture te društvenih i civilizacijskih odnosa svoga vremena odsudno je za razumijevanje suvremenog kaznenog prava.

U prvobitnim društvenim sustavima kažnjavanje je bilo prepušteno osnovnim jedinicama društva, tj. porodici, rodu i plemenu, pa su i kazne bile kolektivne, odnosno kažnjavalo se ne samo pojedinca već i njegovu osnovnu socijalnu grupu. Daljnji razvoj išao je k ograničenju tzv. privatne pravde i kolektivnog kažnjavanja uvođenjem odštete ili otkupa za počinjeno djelo. Drugi oblik ublažavanja prvobitne neselektivne osvete bilo je uvođenje tzv. talionskog načela sadržanog u formuli "oko za oko ...", a posredno je naglašavalo potrebu da kazna ne bude teže zlo od već počinjenog. Načelo noksalne odgovornosti, koje pretpostavlja oduzimanje prava nad životom i smrti, također je predstavljalo ograničenje privatne pravde.

Polovicom 18. st. kazneno pravo u Evropi bilo je dio općeg europskog prava i temeljilo se na četiri grupe izvora: rimskom, kanonskom i običajnom pravu te pisanim propisima. Karakteristike toga prava bile su heterogenost, okrutnost, nejednakost, arhaičnost te su označavale sumrak feudalnog društva jer nisu udovoljavale društvenoj svijesti koja je nezaustavljivo žurila u revolucionarni preobražaj.

U drugoj polovici 18. st. javljaju se nove ideje u području kaznenog prava, primjerice autori kao Montesquieu, Rousseau, Voltaire propagiraju ideje o potrebi sprječavanja zločina, o potrebi stupnjevanja kazne, o odbacivanju torture, o jednakosti svih građana i suverenosti naroda, o nepotrebnosti smrtno kazne, o potrebi odbacivanja okrutnih, javnih i smrtnih kazni **(18,19,20)**.

Na radikalnu reformu kaznenog prava osobit utjecaj ostavila je Francuska revolucija sa znamenitom Deklaracijom o pravima čovjeka i građanina (1789), francuski (1810) i bavorski (1813) kazneni zakoni, koji su se odlikovali jasnoćom i pragmatizmom jer su predstavljali temeljna civilizacijska stremljenja društva koje je nastajalo pružajući dovoljno zaštite privatnoj imovini.

Na osnovi filozofskih strujanja i ideje društvene korisnosti - opravdanje kazne i ideje nužnosti - ograničenje kazne C. Beccaria (1738.-1794.), J. Bentham, ideje zastrašivanja - svrha kazne, A. Feuerbach (1775.-1883.), ideje retribucije - pravedna odmazda I. Kant (1724.-1804.), G.W.F. Hegel (1770.-1831.) razvija se klasična škola kaznenog prava koja u središte interesa stavlja kaznu. Prema ovoj školi kazneno pravo bilo je apsolutna, transcendentna, nepromjenjiva kategorija, koja polazi od Boga (religiozno porijeklo), apsolutne ideje (filozofsko porijeklo), ili iz općih pravnih principa (prirodno pravno porijeklo), a kaznena sankcija bila je jedino kazna sa svojom etičko-retributivnom funkcijom. Zbog toga su pod kazneno pravo spadali samo moralno odgovorni delinkventi, a pojam kaznenog djela uključivao je kao elemenat i krivnju. Kazna je morala biti proporcionalna težini kaznenog djela, pri čemu je i oblik krivnje (umišljaj ili nehat) igrao određenu ulogu. Kazneno djelo moralo je biti unaprijed zakonom određeno; na taj način predstavlja povredu pravne norme, pa se i kazna određuje isključivo po pravnim kriterijima. Počinitelj kaznenog djela morao je biti ubrojav i kriv i kao takav ulazio je u apstraktno logički pojam kaznenog prava. Izricanjem kazne sud je izvršio ulogu, a izvršenje kazne nije ga se

ticalo. Izvršenjem kazne počinitelj treba platiti dug društvu, čime je ideja pravde bila zadovoljena i pravni poredak uspostavljen, a ideji "popravljanja" nije se posvećivala pažnja (18,21,22).

C. Lombroso (1835.-1909.) antropološkim pristupom skreće pažnju na ličnost počinitelja kaznenoga djela i usmjerava buduća istraživanja u tom pravcu. Antropološki način razmišljanja dovodi do stvaranja pozitivne ili talijanske škole kaznenog prava, čiji predstavnici kao npr. R. Garofalo (1852.-1924.) u centar pažnje stavljaju ličnost počinitelja kaznenog djela. Ovo mišljenje naglašava potrebu za specijalnom prevencijom u kojoj kriterij za primjenu sankcije treba biti opasnost počinitelja, a ne težina kaznenog djela. Slično tome i E. Ferri (1856.-1928) naglašava da osnova odgovornosti nije krivnja već opasnost počinitelja. U genezi zločina nalazi tri grupe faktora: individualne (značajke ličnosti), fizičke (značajke fizičke okoline) i socijalne (značajke društvenih odnosa). Osnovne karakteristike ove škole jesu razgraničenja moralne i socijalne odgovornosti, čime moral i pravo postaju društvene pojave koje se razvijaju i variraju u društvu, vremenu i prostoru, a sloboda volje (indeterminizam) iluzija, jer su i psihičke funkcije čovjeka podvrgnute zakonu kauzaliteta. Delinkventi su u osnovi abnormalna ili anormalna bića jer se psihički uzroci zbog kojih čine kaznena djela moraju tražiti u nepravilnim uvjetima pod kojima se odvijaju njihove psihičke funkcije. Psihičke devijacije delinkvenata praćene su često fizičkim abnormalnostima, a oboje je često efekt istog uzroka. Zločinci nisu jednaki i mogu se podijeliti u više tipova, od kojih su glavni: rođeni, slučajni, iz navike, iz strasti i duševno bolesni. S obzirom na opasnost kao osnovu primjene sankcije u kazneno pravo ulaze i duševno bolesni delinkventi, jer za sve vrijedi princip legalne odgovornosti, a sankcija treba trajati proporcionalno trajanju opasnosti.

Franz von List, Adolf Prins i Van Hammel u središte interesa stavljaju socijalne faktore te osnivaju međunarodnu kriminalističku uniju s ciljem reforme postojećeg klasičnog kaznenog prava. Osnovne značajke ove, tzv. sociološke škole kaznenog prava jesu ideja kompleksnosti, prema kojoj je zločin uzrokovan kompleksnim faktorima, kako individualnim tako i socijalnim, pri čemu je prevaga na socijalnim, s tim da među njima posebnu ulogu imaju ekonomski faktori (siromaštvo, glad, teški životni uvjeti). Kazna nije odmazda, već njena svrha treba biti specijalna prevencija, dakle orijentirana na samog počinitelja, ne kažnjava se zločin već zločinac i stoga počinitelja treba staviti u središte promatranja. Ova škola odbacuje shvaćanje pozitivističke škole da su svi delinkventi abnormalni, kao i tezu o urođenom zločincu. Zločinci se dijele u dvije osnovne kategorije: akutne i kronične, a kronični u popravljive i nepopravljive. Kazna treba biti individualizirana i akutne zločince treba samo zastrašiti, kronične popravljive popraviti, a nepopravljive neutralizirati.

Između klasičnih koncepcija te pozitivne i sociološke škole prevladalo je kompromisno shvaćanje u pravnoj znanosti uobličeno u prvoj polovici 20. st. u tzv. neoklasičnu školu. Osnovne značajke ove škole imanentne su u švicarskom kaznenom zakoniku C. Stoossa 1893., u kojemu uz jednostavan sustav kazni postoji i smišljen sustav mjera sigurnosti (prvi put su imenovane), uvodi se pojam smanjene ubroјivosti te određuje poseban status za maloljetnike. Pored toga ova škola kaznenog prava zadržava koncepciju kaznene kao moralne odgovornosti, naglašava da osim odgovornosti postoji i opasnost počinitelja od koje se društvo također mora braniti i koja može ponekad biti i veća od krivnje, a ponekad može postojati i bez nje.

Između pune ubrojivosti, odnosno sposobnosti za krivnju, i pune neubrojivosti, koja isključuje svaku krivnju, postoji čitav niz prijelaznih stanja, o kojima treba voditi računa zakonskim predviđanjem smanjene ubrojivosti. Pri odmjerenju kazne priznaje se u većoj mjeri nego kod klasične škole načelo individualizacije prema subjektivnim karakteristikama počinitelja. Uvode se mjere sigurnosti za opasne recidiviste te za neubrojive i smanjeno ubrojive počinitelje. Dualitet sankcija, tj. kazna osnovana na krivnji i mjera sigurnosti osnovana na opasnosti počinitelja, najbitnija je značajka neoklasične škole. Za maloljetnike se naglašava potreba redukcije kažnjavanja te uvode odgojne mjere.

U duhu tzv. umjerenih koncepcija neoklasične škole donosi se između dva svjetska rata čitav niz kaznenih zakona u Europskim zemljama u kojima se pažnja posvećuje ličnosti počinitelja te uvodi sustav mjera sigurnosti. Time se otvara značajan prostor za interakciju mnogih znanosti u forenzičkom području. Hrvatsko materijalno kazneno pravo imalo je tijekom povijesti specifične osobitosti u skladu s političkim i povijesnim zbivanjima na našem tlu.

O definiciji pojma

U potrazi za definiranjem pojma koji bi isključio kategoriju duševnih bolesti, privremene duševne poremećenosti i zaostalog duševnog razvoja, njemačko kazneno zakonodavstvo uvodi pojam ABARTIG. U prijevodu ovaj pojam (AB + ART + IG) znači, onaj koji je bez vještina, sposobnosti, znanja u širem smislu, onaj koji je krnji, nastran, dakle, termin koji je krajnje invalidizirajući za sve one koji su njime obuhvaćeni (3,23,24).

Ovaj arhaični i diskriminirajući pojam dodatno je stigmatizirala obilata zloporaba u doba Hitlerove Njemačke (preuzet je iz jednog Pravilnika o novačenju Njemačkog Wehrmachta 1944. g.). Nakon velike reforme njemačkog kaznenog zakonodavstva 1975. g. čl. 20. Njemačkog kaznenog zakona glasi:

StGB Art. 20 (pretpostavke za isključenje krivnje)

Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung einer Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist das Unrecht einer Tat anzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

"Nije kriv onaj koji je pri počinjenju djela, zbog bolesnog duševnog poremećaja, duboke smetnje svijesti, slaboumnosti ili druge teže duševne smetnje, nesposoban shvatiti značaj djela i prema tome djelovati."

Do stupanja na snagu novog paketa zakona, uključujući KZ, ZKP i ZZODS KZ RH definirao je ubrojivost (uračunljivost) na način preuzet iz čl. 12. KZ bivše SFRJ koji u st. 1 glasi:

Članak 10. (12) KZ RH

"Nije uračunljiv učinilac koji u vrijeme izvršenja krivičnog djela nije mogao shvatiti značenje svojega djela ili nije mogao upravljati svojim postupcima zbog trajne ili privremene duševne bolesti, privremene duševne poremećenosti ili zaostalog duševnog razvoja".

U st. 2. pretpostavke za bitno smanjenu uračunljivost i 3. actio liberae in causa.

Članak 40. KZH NEUBROJIVOST

1. Neubrojiva osoba nije kriva i prema njoj se ne može primijeniti kaznenopravna sankcija.

2. Neubrojiva je osoba koja u vrijeme ostvarenja zakonskih obilježja kaznenog djela nije bila u mogućnosti shvatiti značenje svojeg postupanja ili nije mogla vladati svojom voljom zbog duševne bolesti, privremene duševne poremećenosti, nedovoljnog duševnog razvitka ili neke druge teže duševne smetnje.

Članak 3. st. 1 i 2. ZZODS-a

1. Osoba s duševnim smetnjama je duševno bolesna osoba, osoba s duševnim poremećajem, nedovoljno duševno razvijena osoba, ovisnik o alkoholu ili drogama ili osoba s drugim duševnim smetnjama.

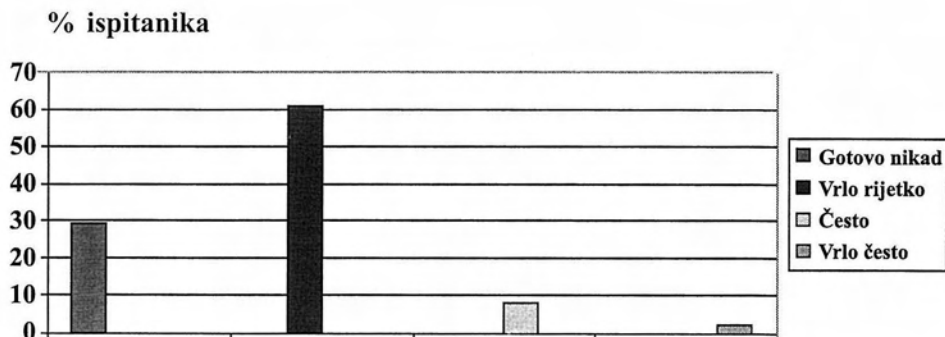
2. Osoba s težim duševnim smetnjama je osoba s duševnim smetnjama koja nije u mogućnosti shvatiti značenje svojega postupanja ili ne može vladati svojom voljom ili su te mogućnosti smanjene u tolikoj mjeri da joj je neophodna psihijatrijska pomoć.

Čl. 40. KZ RH definira pojam neubrojivosti uspostavljajući kriterije za oznaku neubrojivosti dodajući, u odnosu na ranije zakonske odredbe, novu kategoriju, a to su druge teže duševne smetnje.

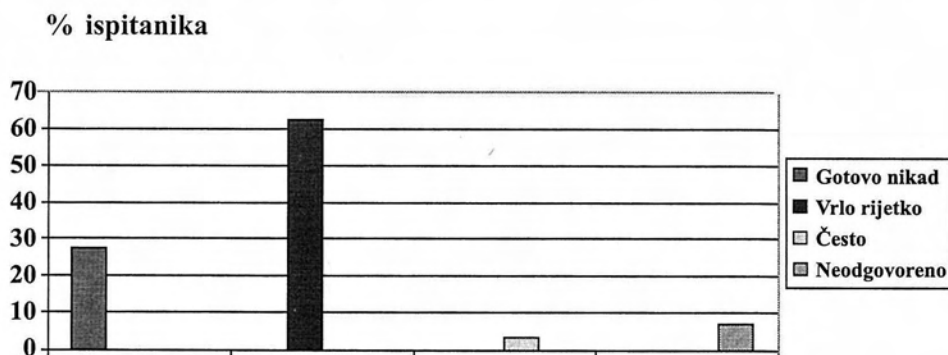
U odnosu na njemačko zakonodavstvo pojam duševne smetnje daleko je manje stigmatizirajući, a pojašnjen je u čl. 3. st. 1. i 2. ZZODS-a.

Koliko je ova definicija zaista doprinijela boljem razumijevanju date problematike, pokušali smo saznati putem anonimne ankete koju smo proveli u nekoliko općinskih i županijskih sudova na čije smo adrese poslali 50 anketa s navedenim pitanjima.

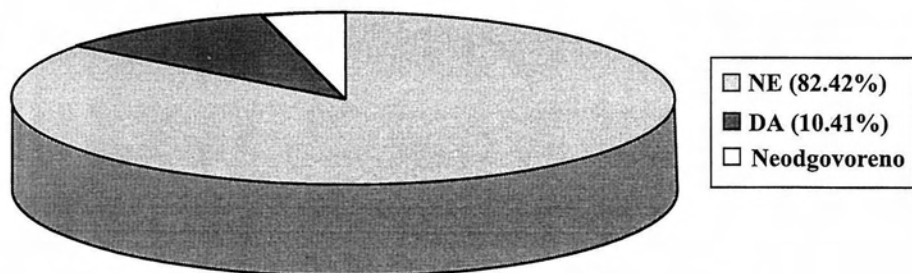
Grafikon 1. Odgovori na pitanje "u kojoj mjeri se u svakodnevnom radu susrećete sa terminom "ostale teže duševne smetnje"?"



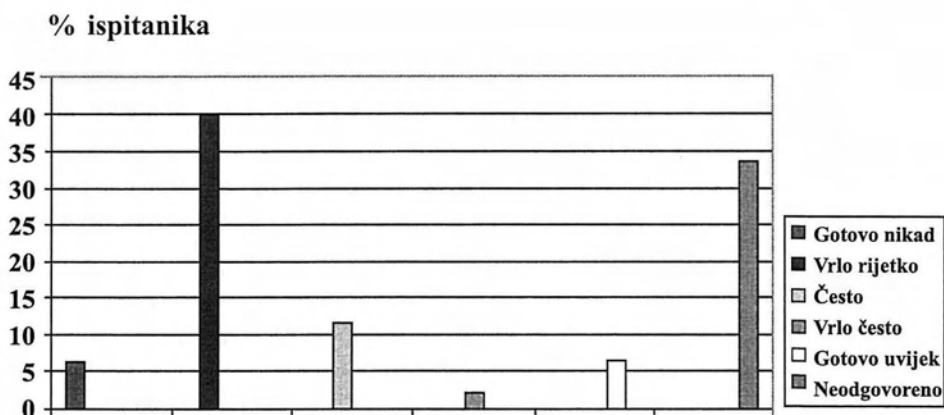
Grafikon 2. Odgovori na pitanje "u kojoj mjeri su s obzirom na njihovu pojavnost "ostale ili teže duševne smetnje" adekvatno zastupljene u nalazima i mišljenjima vještaka?"



Grafikon 3. Odgovori na pitanje "da li smatrate da je navedeni termin dovoljno precizno definiran u zakonskim odredbama ZZODS-a, KZ-a, u Obiteljskom zakonu i dr.?"



Grafikon 4. Odgovori na pitanje "u kojoj se mjeri, prema Vašim dosadašnjim iskustvima, kod osoba koje pokazuju tzv. "druge teže duševne smetnje" isključuje ubrojjivost?"



Ovim putem autori teksta zahvaljuju svim sucima koju su nam pomogli da bi mogućii zaključii ovog rada proizveli povoljan učinak na buduću interdisciplinarnu suradnju.

Umjesto zaključka o rezultatima ove ankete s velikom pouzdanošću možemo tvrditi da su u vještačenjima teže duševne smetnje i nakon zakonske normiranosti označavane iznimno rijetko unatoč njihovoj incidenciji.

Naglasiti je također da u promatranom uzorku čak 80% sudaca smatra da termin ostale teže duševne smetnje nisu dobro i precizno definirane ni u novim zakonskim odredbama.

Ako se iz ove kategorije u i članku 40 KZ-a izuzmu duševna bolest, privremena duševna poremećenost, nedovoljni duševni razvitak, tada su ostale, teže duševne smetnje predstavljene spektrom različitih dijagnostičkih kategorija, od kojih su najsveobuhvatnije kategorije poremećaja ličnosti i ponašanja, teške neuroze te poremećaji poriva i nagona koji predstavljaju tzv. nepsihotične smetnje, a koje umanjuju ili isključuju kompetencije osobe sukladno čl. 3. st. 2. ZZODS-a.

Iako je u nekim drugim zakonodavstvima u ovu kategoriju uključena i kronična zloraba različitih opojnih sredstava kao i abuzus koji nije doveo do tjelesne ovisnosti, u našem zakonodavstvu ova kategorija ima posebno mjesto, stoga se neće posebno spominjati. Nadalje, bitno je, kako u civilnom tako i građanskom postupku prema ovim osobama, razgraničiti ostale teže duševne smetnje od privremene duševne poremećenosti, što, u pogledu nozologne kvalitete i kvantifikacije, zahtijeva kvalitetnu anamnezu, stručnu kompetentnost i radno iskustvo.

Navedenoj skupini pripada širok spektar najrazličitijih stanja koja *pro se* ne mogu predstavljati kriterij isključenja ubrojjivosti nego samo orijentacije te služe cjelovitom sagledavanju djela i ličnosti počinitelja u domeni kaznenog prava.

U većini evropskih zakonodavstava smatra se da to nisu bolesna stanja i bolešću uvjetovani poremećaji. Oznakom ostale teže duševne smetnje dodana je nova

kategorija i napravljen odmak od ranije uvedenog pojma "zaostali duševni razvoj" koji pod određenim okolnostima također predstavlja "težu duševnu smetnju".

Temeljno pravilo u forenzičko psihijatrijskoj prosudbi jest da ove četiri pretpostavke članka 20. StGB i članka 40. KZ RH jesu usporedive po svom intenzitetu. Pri tome dominantni kriterij i prastaro mjerilo za isključenje krivnje ostaje kada je djelo počinjeno u akutnom psihotičnom stanju te je isto psihotično motivirano.

Potrebno je naglasiti činjenicu da psihotičnost ima različite aspekte koji nisu uvijek u istoj mjeri prepoznati. Najuzi aspekt psihotičnoga odnosi se na sumanutosti i upadljive halucinacije s odsutnošću uvida u njihovu patološku prirodu. Nešto širi aspekt uključuje i druge pozitivne simptome kao npr. smetnje govora i mišljenja, upadljivo smeteno ili katatoniformno ponašanje i, konačno, najširi aspekt psihotičnoga određen je gubitkom granica ega i značajnim i upadljivim oštećenjem u prosudbi realiteta koje osobu ometa u zadovoljavanju uobičajenih životnih zahtjeva.

Prosudba težine psihičke smetnje orijentira se prema kliničkom učinku bolesnog ili drugog duševnog poremećaja i na taj način proizvedenog smanjenja odnosno isključenja sposobnosti da se shvati značenje i upravlja svojim postupcima. Grafički prikazano pojam duševne smetnje bi bio nadređen pojmu ostale teže duševne smetnje, a u kvalifikaciji kazneno pravne prosudbe ubrojivosti nužno bi bilo uzeti u obzir dimenzionalni pristup.

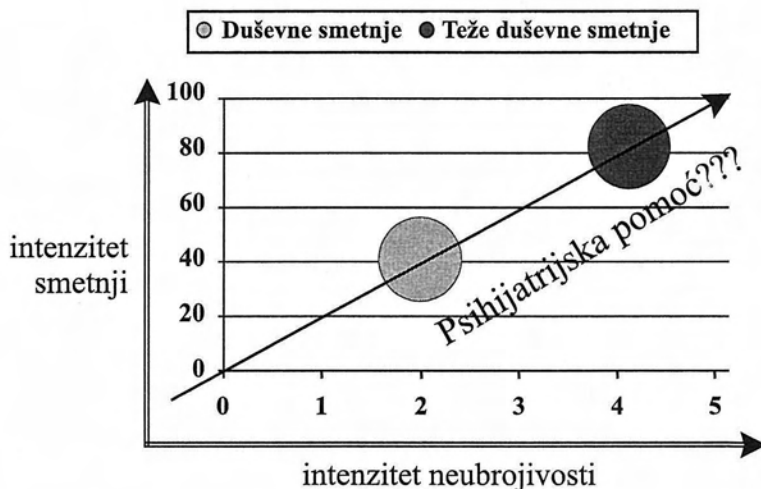
Značaj dimenzionalnog pristupa zasniva se na činjenici da mnoge bolesne osobe pokazuju širok raspon karakteristika koje se mogu svrstati u više dijagnostičkih kategorija. Pitanje je da li je u prosudbi težine psihičke smetnje dovoljno odrediti dijagnostičku kategoriju kojoj smetnja pripada? Te kategorije zapravo jesu definirane krajnostima u kojima bolesne karakteristike predstavljaju ekstremne ljudske osobine i sklonosti.

Prema dimenzionalnom pristupu karakteristike ličnosti predstavljaju zamišljeni kontinuum na kojem je većina karakteristika prisutna s različitim intenzitetima kod većine tzv. prosječnih ljudi. Na taj način moguće je osobu procijeniti i opisati na osnovi intenziteta po bilo kojoj od relevantnih dimenzija. S druge strane, kod zaključka samo na osnovi dijagnostičkih kategorija postoji značajan rizik pogrešne prosudbe zbog nesavršenog prožimanja informacija od relevantnog zakonskog značenja i informacija sadržanih u kliničkoj dijagnozi.

U određivanju da li se neka osoba uklapa u specifične zakonske norme, npr. u pogledu kompetentnosti, kriminalne odgovornosti i sl., potrebne su i dodatne informacije o funkcionalnim oštećenjima osobe i mogućim utjecajima tih oštećenja na relevantne sposobnosti.

Baš zbog toga što se oštećenja, sposobnosti ili nesposobnosti znatno razlikuju unutar svake dijagnostičke kategorije, ona ne implicira nužno i specifičnu razinu oštećenja.

Grafikon 5. Dimenzionalni pristup



S pravnom kategorijom "ostale teže duševne smetnje" otvara se pitanje da li se psihijatrija može etablirati u jedno međupodručje između psihijatrijske bolesti i diferentne, šarolike i vrlo individualne palete duševnog života jedne osobe?

Pregled studija o ovoj tematici na europskom tlu dalo je nekoliko psihijatrijskih znanstvenika i pravnih teoretičara.

Kurt Schneider sa suradnicima u cijelosti negira postojanje jednog takvog područja upućujući uglavnom na analizu pojedinačnog slučaja. Ovaj autor dijeli ostale duševne smetnje na bolesne i nebolesne duševne abnormitete, koji bi trebalo da budu ključna točka nozološke sistematizacije (4,24).

Bolesni abnormitet izuzima odgovornost dok nebolesni abnormitet ne može izuzeti odgovornost nego je u najboljem slučaju može samo ograničiti.

Drugi sljedbenici ove škole smatraju također da zajedničko nomotehničko sjedinjenje ovog područja u psihijatrijskom pojmovniku ne može postojati i upućuju više na potrebu cjelovitije analize pojedinačnog slučaja.

S druge strane, naglasak se stavlja (u posljednje vrijeme nešto rjeđe) na buduće uspjehe psihopatološkog kvantificiranja, kod kojega ostaje nejasno koji psihopatološki fenomeni, u kojem opsegu, vezi i intenzitetu (općenito i u pojedinom slučaju) proizvode jednu težu duševnu smetnju (24).

Drugi autor, Witter (25) polazi najprije od Kurt - Schneiderove podjele na bolesne i nebolesne duševne abnormitete označavajući ovu podjelu "čistim pragmatizmom" zato što sucu ne mogu biti "dostatni - prihvatljivi - s mogućnosti da ih preispita" isključivi psihopatološko-znanstveni kriteriji.

Ovo, iako jednostavno, temeljno pravilo u nizu slučajeva ostavlja neriješenu prosudbu čak i kod graničnih situacija kao što su organskim faktorima uvjetovani ili psihotično oblikovani bolesni, a osobito kod nebolesnih abnormiteta.

Za dekulpaciju takvih počinitelja psihijatrijska nozologija ne pruža priručnik. Witter smatra da bi se u takvim slučajevima trebalo koristiti "socijalno orijentirano

promatranje", nudeći pri tome grubo pojednostavljenu definiciju, a to je, da je delikvent odgovoran toliko koliko kazna uopće na njega ima utjecaja, a tamo gdje to nije moguće, trebalo bi se pragmatički orijentirati na opasnost počinitelja (25).

Teža duševna smetnja bi, prema Witteru, bila "jedna manje ili više trajna spremnost na abnormno ponašanje koja proizlazi iz abnormnih predispozicija osobnosti i opterećujućih faktora okoline".

Osnove te smetnje su od sekundarnog značenja, a smetnja mora biti teška u tolikoj mjeri da odstupanje od normale ima svoj psihopatološki izraz, što u širem smislu obuhvaća i sociopatološki izraz.

U kvantifikaciji težine smetnji Witter nudi dva praga: 1. prag - utvrđivanje jesu li ispunjeni kriteriji za jednu od četiri pretpostavke za isključenje krivnje (u konkretnom slučaju za druge teže duševne smetnje). Samo ako su ispunjene pretpostavke iz 1. stupnja, treba prići narednoj ocjeni, a to je 2. prag - utvrđivanje da li je to stanje imalo znakovitog utjecaja na mogućnost uvida i upravljanja svojim postupcima u vrijeme kritičnog događaja.

Zakonodavac bi kako u pogledu ostalih duševnih smetnji tako i duboke duševne zaostalosti upravo ovaj prvi stupanj (korak) trebao svjesno držati nisko pozicioniran, jer on treba pridonijeti ne samo ekskulpaciji nego i dekulpaciji.

Postoji još jedan termin koji Witter spominje u svojem istraživanju, a to su "dugotrajne znakovite smetnje socijalne prilagodbe", koje bi trebalo također sagledati kao težu duševnu smetnju.

Teškoće socijalne prilagodbe se lako mogu biografski dokazati, čak i neovisno od diskusije u svezi s predmetnim kaznenim djelom, one *pro se* pokazuju "težinu same smetnje".

Kada bi se na ovaj način, dakle ne psihopatološki nego sociopsihološki, potvrdilo egzistiranje "teže duševne smetnje", tada bi zasigurno iskrsnuli prastari problemi, i to u svoj svojoj oštini - a to je da li je kriminalitet, osobito kriminalni recidivizam, samo marker jedne teže duševne smetnje (25).

Nakon ove postavke Wittera problem je široko argumentiran i raspravljalo se u pravcu: da li je kriminalni recidivizam, koji se ne može pojasniti bilo kojim psihopatološkim sadržajima, u stvari identičan s težom duševnom smetnjom (26,27,28).

Witterov konkretan doprinos je eliminacija prvog praga postupka na način da su iz ove kategorije isključeni dobro integrirani počinitelji koji nemaju "teže smetnje", dok je težište premješteno na prosudbu sposobnosti shvaćanja i upravljanja vlastitim postupcima, čime je od forenzičkog značaja istaknut drugi prag.

Za drugi prag Witter je dao prijedloge za rješenje psihopatološkog problema na način da se u središte stavi suženje odnosa s realitetom.

U kategoriji "psihozi slični fenomeni" Witter pretpostavlja suženje odnosa s realitetom u kojem dolazi do znakovite destabilizacije cjelokupnog sklopa osobnosti i gdje sud treba ispitati da li je suženje volje takvo da isključuje alternativnu mogućnost postupanja u datom trenutku.

Wilhelm Rasch, jedan od doajena moderne forenzičke psihijatrije, dijeli sa svojim suvremenicima Witterom i Janzarikom stav da same dijagnoze imaju malu snagu dokaza u forenzičko-psihijatrijskoj prosudbi, a također i uzroci koji su doveli do takvog ponašanja (26).

Rasch uvodi pojam "strukturno-socijalne definicije" nastanka smetnje koji pretpostavlja suženje socijalnih odnosa, nesposobnost za posao, prekid kontakata, iskrivljenje doživljaja realiteta, stereotipizaciju ponašanja, ponašanje prema specifičnim obrascima, socijalne konflikte (izvan kaznenih). Prema ovom autoru "stupanj izraženosti određene duševne smetnje i njezin utjecaj na socijalno funkcioniranje su odlučujući faktori za procjenu ubrojivosti".

I u ovoj, iako izvrsnoj, definiciji s aspekta socijalnog funkcioniranja upitna je razlika između emocionalno ovisne modifikacije ponašanja i psihotične alienacije odnosa prema realitetu (npr. diskutabilna je kvalitativna razlika između nekorektibilne autistično promijenjene percepcije realiteta paranoika i odnosa prema realitetu frustriranog, bolesnog i napuštenog partnera).

Rasch polazi od pojma bolesti i upućuje na strukturno-socijalnu definiciju bolesti, pri čemu je psihička bolest označena kroz određenu strukturnu vezu pojedinih simptoma u čvrsto uobličenu sliku bolesti (strukturna definicija), te kroz ispoljavanje na socijalnom planu ponašanja i veza oboljelog (socijalna definicija).

Za nepotrebne nesporazume kojima bi ova druga dimenzija mogla dati povoda, valja istaknuti da se ni u kom slučaju ne želi svjedočiti o socijalnim faktorima kao mogućim uzrocima bolesti (19,29).

Duševna bolest u svojoj socijalnoj dimenziji može se definirati na primjeru razlike između manije i hipomanije; simptomi su iste (strukturne) dimenzije, međutim kod maničnog bolesnika, za razliku od hipomaničnog, sposobnost dijaloga je isključena, on ostaje usamljen u svojem monologu.

Janzarik definira akutnu psihotičnost kao vremenski ograničenu autonomnu dinamiku duševnog doživljavanja koja je u suprotnosti s ustrojstvom osobne strukture, a s tim u svezi i matrixa socijalnih veza (30).

Privremena autonomija, pa čak i trajno razaranje strukture, znači i asocijalnost, koja ni u kojem slučaju ne znači i antisocijalnost u kojoj je očuvan odnos prema okolini iako u svojoj opozicionalnoj ili destruktivnoj formi (31).

Prema Raschu po definiciji teže duševne smetnje u obzir dolaze različiti poremećaji kao što su poremećaji osobnosti, psihogene reakcije, neuroze, psihopatološki razvoj, gdje posebno upozorava kod poremećaja osobnosti na stalnu prisutnost sklonosti kriminalnim izražavanjima kao znak duševne smetnje. Dijagnoza disocijalnog poremećaja osobnosti je prema ovom autoru tek onda relevantna kada je osoba u ranom psihomotornom razvoju doživjela teške emocionalne traume da joj je bilo nemoguće razviti normalne emocionalne odgovore na sustav vrijednosti (19,29).

Teško je, međutim, samom argumentu uzroka ovog poremećaja dati pravnu snagu. Stupanj izraženosti smetnje i njezin utjecaj na socijalnu prilagođenost odlučujući su za utvrđivanje ubrojivosti. Prosudba ubrojivosti pretpostavlja ispitivanje održanosti funkcija ega, odnosno disfunkcionalnosti međuodnosa nestabilne i impulzivne dinamike ličnosti (32).

Pripadnici Hamburske škole, trajno, progresivno promijenjeno ponašanje objašnjavaju psihopatološkim razvojem na primjeru aberacija seksualnih poriva te ovisnosti, navodeći kako je razvoj ovisnosti otklon od unutarnje praznine u akciju koji osobu s poremećajem poriva i nagona kontinuirano ostavlja nezadovoljenu, tako da se akt ponavlja sve destruktivnije i ponekad u apsurdnim formama (24).

Na taj način dolazi do progresije simptoma kojom prilikom neko vrijeme postoji sačuvana površna maska, ali s rastućom prazninom i suženjem cijelog životnog prostora konačno svi ostali sadržaji i interesi budu subordinirani jednom velikom interesu koje se ostvaruje u aktu i ima značaj potvrde ja (ega) (33).

Gebsattel odstupa od klasičnog koncepta koji etiketira sredstvo ovisnosti kojemu podlegnu do jučer neupadljive žrtve, nego podržava koncept samoskrivljenog podlijevanja ovisnosti, a ne sredstvu te ovisnosti.

Gledano na tijek samih događanja izgleda da se perverzni događaj razvija i progledira gotovo sam i zaposjeda osobnost (22,24).

Otvoreno pitanje ostaje koliko je, na primjer, jakom elementarnom dinamikom nošen doživljaj seksualne perversije primjenjiv i na druge kategorije kao što je patološko kockanje, ljubomora, žudnja za osvetom, kverulantni sindrom i drugo.

Schorsch (30) generalizira Gieseove vodeće simptome seksualno perverznog doživljaja i primjenjuje na različite forme doživljavanja: kod obuzeto prisilnog poremećaja, fobije, neurotskog kriminaliteta, depresivnog, paranoidnog i kverulantnog sindroma te partnerskog konflikta u tri grupe: prva grupa predstavlja uočljivu razinu ponašanja u okviru koje se nagomilavaju simptomi, oblikuje scenario za nastanak tih simptoma koji su promjenjivog intenziteta, što uvjetuje suženje unutarnje harmonije. Drugu, eksplorativnu razinu kvalitativnog doživljavanja čini rastuća obuzetost doživljavanja kroz simptom, gubitak reparativnih stabilizirajućih funkcija uz znakove psihičke dekompenzacije i, konačno, treća, interpretativna razina predstavljena je sniženjem praga za izbijanje simptoma uz suženje procjene realiteta u odnosu na kvalitetu podražaja vezanu uz simptom te orijentaciju na simptom (34).

Za ovaj razvoj autor nudi psihodinamsko objašnjenje: razvoj simptoma ima reparativnu funkciju za reuspostavu unutarnje ravnoteže. Progresija i insceniranje simptoma nastaje kada sam simptom nije dovoljan za postizanje unutarnje ravnoteže. Dolazi do sve češćeg ponavljanja simptoma s nadom da će se ravnoteža uspostaviti. Smirenje kroz simptom je sve kraće, a s time i zadovoljstvo.

Upitno je koliko je ovim konceptom moguće procijeniti težinu same smetnje.

Heidelberška škola daje prijedloge za moguća rješenja psihopatološke problematike. Janzarik (31) je radio na forenzičkoj procjeni mogućnosti shvaćanja i upravljanja svojim postupcima.

U odnosu na bolesni duševni poremećaj stoji u suprotnosti s K. Schneiderom i stavlja uporište u forenzičkoj prosudbi ubrojivosti na drugi prag, što nije bez rizika u forenzičkoj praksi. Pri tome se slaže da sama dijagnoza nema dostatno forenzičko značenje (31,35).

Njegov veliki doprinos u spoznajnom dijelu jest taj da sustavne referentne psihopatološke odrednice pri razjašćenju duboke smetnje svijesti i teže duševne smetnje, što su predložili prethodnici, ponovno postavlja na granice kliničkog iskustva mogućnosti uvida i upravljanja svojim postupcima psihotične osobe.

Poremećaj osobnosti ovaj autor tumači u svjetlu predložaka za odstupanje od strukture i dinamike. Kod antisocijalnog poremećaja osobnosti postoji razmjern odnos između dinamskih i strukturalnih osobitosti, s naglaskom na dinamski aspekt. Hiperaktivnost već u predpubertetu, rana seksualna aktivnost s učestalom izmjenom partnera, impulzivnost, iritabilnost, agresivitet, manjkava mogućnost empatije bile

bi dinamičke komponente, dok bi strukturalni aspekt bio predstavljen nedostatkom odgovornosti u socijalnim kontaktima, nepoštivanje socijalnih i pravnih vrijednosnih normi, manjkom u pogledu planiranja, nepostojanošću, neodgovornošću i izbjegavanjem radnih i drugih obveza (36). Neki autori smatraju da postoje razlike između bolesnog procesa i poremećaja osobnosti u tome što se odgovornost za ponašanje jedne osobe ne može smanjiti sve dok je ona sposobna sudjelovati u vlastitim odlukama (37). Više autora slaže se u pogledu retrogradne prosudbe ubrojivosti, koja kaže da se nesposobnost kontroliranja preuzetog rizika od sankcija tijekom radnje može kod potpunog propuštanja poštivanja pravnih normi označiti manjkavim uvidom u mogućnost upravljanja svojim postupcima (24,34,38,39).

Na kraju iznesenih razmišljanja i teorijskih stavova različitih škola i autora o forenzičko-pravnom značenju težih duševnih smetnji potrebno je istaknuti činjenicu da je poznavanje ove problematike od izravnog utjecaja na forenzičko-psihijatrijsku prosudbu ubrojivosti te zakonsko-pravne i druge posljedice odluka s tim u svezi (40).

Zaključci:

1. Postoji međupodručje između trajne ili privremene duševne bolesti, zaostalog duševnog razvoja i različitosti ponašanja ljudskog bića (s posljedičnim protupravnim radnjama) koji ima svoj pravni termin ostale teže duševne smetnje.

2. Psihijatrijski gledano to su osobe koje u nozološkom smislu nisu duševno bolesne, istovremeno su psihički značajno oštećene (iako vrlo teško lječive).

3. Iako postoje različitosti u stavovima pojedinih istraživača oko pobližeg opisa težih duševnih smetnji, većina autora se slaže da sama psihijatrijska dijagnoza izvan područja psihotičnih smetnji nije dostatna za ocjenu ubrojivosti odnosno neubrojivosti.

4. Svaka forenzičko-psihijatrijska procjena treba biti temeljena na utvrđivanju postojanja smetnje, a zatim na procjeni njezinog intenziteta.

5. Kvantitativna oznaka "teže duševne smetnje" morala bi imati presudan utjecaj na socijalno funkcioniranje (strukturalno-socijalna definicija).

6. Osim intenziteta smetnje, od značenja je i njezina specifičnost u odnosu na inkriminaciju (specifičnost smetnje).

7. Upitno je koliko je doprinos "vještakove spoznaje o lječivosti" teže duševne smetnje "od utjecaja na normativne odluke suda.

8. Za kazneno-pravnu ocjenu smetnje nije od interesa razumijevanje te smetnje nego njezin učinak na kvalitetu ponašanja.

9. Proizvedeni učinak teže duševne smetnje na zaključak o neubrojivosti treba imati svoj kvantitativni ekvivalent psihotičnog kako u pogledu shvaćanja tako i upravljanja vlastitim postupcima.

10. Neadekvatna i nestručna forenzičko-psihijatrijska prosudba može imati značajne štetne posljedice po osobu s težim duševnim smetnjama, ali i društvo u cjelini.

11. Skeptičnost prema mogućnosti korekcije i terapije težih duševnih smetnji mora imati svoju protutežu u relevantnim statističkim podacima i pozitivnim evropskim te svjetskim iskustvima.

Literatura

1. Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama, N.N. 111/1997.
2. Kazneni zakon Republike Hrvatske, N.N., 110/1997.
3. Nedopil, N. Forensische Psychiatrie, Stuttgart Thieme Verlag, 1996.
4. Klasifikacija mentalnih poremećaja i ponašanja - Klinički opisi i dijagnostičke smjernice MKB -10 Medicinska naklada, Zagreb, 1999.
5. Slobogin, C. Melton, G. Showatter, C. The feasibility of a grief evaluation of mental state at the time of the offence. Law and Human Behavior 38 1984.
6. Brooks, A.D. Law, psychiatry and the mental health system, Boston, Little Brown and Co. 1974.
7. Poythress, N.G., Petrella, R. The quality of forensic examinations: An interdisciplinary study, Journal of Clinical and Consulting Psychology, Vol. 51, 46-85, 1983.
8. Rogers, R., Dolmetsch, R., Cavanaugh, J.L. An empirical approach to insanity evaluations, Journal of Clinical Psychology, Vol. 37, 683-687, 1981.
9. Quen, J.M. Anglo-American criminal insanity: An historical perspective, Journal of History Behavior Sciences, Vol. 10, 313, 1974.
10. Bluglass, R., Bowden, P. Principles and Practice of Forensic Psychiatry, Churchill Livingstone, Edinburgh, London, 1992 (The M'Naughten rules, str. 87-88.)
11. Overholser, J. Criminal responsibility: A psychiatrist's viewpoint, American Bar Association Journal, Vol. 48, 529-530, 1972.
12. Shah, S.A. Criminal Responsibility, u knjizi Curran, W.J., McGarry, A.L., Shah, S.A. Forensic Psychiatry and Psychology: Perspectives and standards for interdisciplinary practise. F.A. Davis Co. Philadelphia 1981.
13. Stone, A.A. The insanity defense on trial. Hospital and Community Psychiatry, Vol. 33, 1982.
14. Davison, G.C., Neale, J.M. Psihologija abnormalnog ponašanja, Naklada Slap, Jastrebarsko, 1999.
15. Robey, A. Guilty but mentally ill, Bulletin of the American Academy of Psychiatry and Law, Vol. 6, 374-381, 1978.
16. Morse, S.J. Diminished capacity: A moral and legal conundrum, International Journal of Law and Psychiatry Vol. 2, 271-298, 1979.
17. Morse, S.J. Crazy behavior, morals and science: An analysis of mental health law, S-C Law Review, Vol. 51, 1978.
18. Zlatarić, B. Krivično pravo - opći dio, I svezak, Informator, Zagreb, 1997.
19. Rasch, W. Forensische Psychiatrie, 2. überarb. und erw. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Kohlhammer, 1999.
20. Horvatić, Ž. Povijest hrvatskoga materijalnog prava, u knjizi: Novo hrvatsko kazneno pravo, Zagreb, Organizator, 1997.
21. Northof, R. Rechtspsychologie, Kommunal-Verlag, Bonn, 1996.
22. Kröber, H.L. Die Beurteilung der "schweren anderen seelischen Abartigkeit" Forensische Psychiatrie, Giessener Kriminalwissenschaftliche Schriften, Vol. 9, str. 15-29, 1998.
23. Deutsches Strafgesetzbuch, Lechner Publ. Limasol 1995 (EU).
24. Kröber, H.L. Expert opinion on offenders with severe personality disorders, Nervenarzt 66:532-541, 1995.
25. Witter, H. Unterschiedliche Perspektiven in der allgemeinen und in der forensischen Psychiatrie. Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Hong-Kong, Springer Verlag, 1990.
26. Müller-Isberner, R.: Prinzipien der psychiatrischen Kriminaltherapie, Forensische Psychiatrie, Forum Verlag Godesberg, Vol. 9, str. 51-65, 1998.
27. Cote, G. & Hodgins, S. The Prevalence of Major Mental Disorders Among Homicide Offenders, International Journal of Law and Psychiatry, Vol. 15, str. 89-99, 1992.
28. Sass, H. Koehler Borderline-Syndrom: Grenzgebiet oder Niemandsland. Nervenarzt, Vol. 54, 221-230.
29. Rasch, W. & Volbert, R. Ist der Damm gebrochen? Zur Entwicklung der Anwendung der §§ 20 und 21 St.BG. MschrKrim, 68, 137-148, 1995.

30. Schorsch, E. Die juristische Bewertung sexueller Tötungen, Beitr. Sexualforschung, 62, 117-126, 1986.
31. Janzarik, W. Seelische Struktur als Ordnungsprinzip in der forensischen Anwendung, Nervenarzt, Vol. 64, 427-433.
32. Šendula-JengiĆ, V., Bošković, G., Dujmić, S. Terapijski izlazi - ograničenja u predikciji opasnosti i rizika, Soc. psihijatrija, Vol. 27, str. 80-90, 1999.
33. Kernberg, O., Wut und Hass. Über Bedeutung von Aggressionen bei Persönlichkeitsstörungen und sexuellen Perversionen, Klett Cotta, Stuttgart 1997.
34. Schorsch, E. Affekttaten und sexuelle Perversionstaten im strukturellen und psychodynamischen Vergleich, Recht und Psychiatrie, Vol. 6, str. 10-19, 1988.
35. Janzarik, W. Grundlagen der Einsicht und das Verhältniss von Einsicht und Steuerung, Nervenarzt, Vol. 62, str. 218-238.
36. Dalteg, A. & Levander, S. Twelve thousand crimes by 75 boys: a 20-year follow-up study of childhood hyperactivity, Journal of Forensic Psychiatry, Vol. 9, No. 1, 39-57, 1998.
37. Walther, H. Automatische Höchststrafen als Verzicht auf Ursachenforschung Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, Vol. 4 (2), str. 7-19, 1997.
38. M. Yarvis, M.R. Diagnostic Patterns Among Three Violent Offender Types, Bulletin of American Academy of Psychiatry and Law, Vol. 23, No. 3, 1995.
39. Nestor, P.G., Haycock, J., Doiron, S., Kelly, J. & Kelly, D. Lethal Violence and Psychosis: A Clinical Profile, Bulletin of American Academy of Psychiatry and Law, Vol. 23, No. 3, 1995.
40. Šendula, J.V. Forenzički odjel s visokom razinom sigurnosti, u knjizi: Goreta, M. & Jukić, V. Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, implementacija, evaluacija, Medicinska naklada, Zagreb, 2000., str. 299-301.

Summary

FORENSIC SIGNIFICATION OF "THE OTHER, SEVERE PSYCHOLOGICAL DISTURBANCES"

The authors showed a legal and psychiatric connection of the term "the other psychological disturbances" and basis of psychiatric as forensic judgement of mental capacity in this situation. A short historical overview of development of forensic evaluation of the mental capacity has been given in regards to above mentioned group of disturbances. This has been accepted by the new criminal legislation and by the Law on Protection of Persons with Psychological Disturbances. Consequently, we are facing the need to define the term in detail and to operate it in practice according to mutual understanding of forensic psychiatrists and jurists. To operate the term in practice presents a dimensional approach to the judgement. The authors in conclusion discuss possible problems and restrictions concerning the definition and delivering of psychiatric as forensic judgement in evaluation of the mental capacity in case of "severe psychological disturbances".

Key words: *other severe psychological disturbances, mental capacity, psychiatric as forensic judgement, criminal law.*

Zusammenfassung

FORENSISCHE BEDEUTUNG "ANDERER, SCHWERER SEELISCHER STÖRUNGEN"

Die Autoren stellen in der Arbeit die rechtlich-psychiatrische Verbindung des Terminus "andere seelische Störungen" sowie Grundlagen der forensisch-psychiatrischen Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit in dieser Situation dar.

Es wird ein kurzer historischer Überblick der Entwicklung der forensischen Beurteilung von Zurechnungsfähigkeit unter besonderer Berücksichtigung der angeführten Gruppe von Störungen gegeben. Durch die Einführung dieses Terminus in die neue Strafgesetzgebung sowie in das Gesetz zum Schutz von Personen mit seelischen Störungen zeigt sich die Notwendigkeit einer näheren Definition und möglichen Operationalisierung des Begriffs als Brücke zum Verständnis forensischer Psychiater und Juristen. Eine Operationalisierung dieses Terminus setzt einen dimensionalen Ansatz der Bewertung voraus. Im ihren Schlussfolgerungen führen die Autoren mögliche Probleme und Einschränkungen hinsichtlich der Definition und der forensisch-psychiatrischen Urteilsfindung für Zurechnungsfähigkeit bei "schwereren seelischen Störungen" an.

Schlüsselwörter: *andere schwerere seelische Störungen, forensisch-psychiatrische Beurteilung, Strafrecht.*

Sommario

SIGNIFICATO FORENSE DI "ALTRI, GRAVI DISTURBI MENTALI"

Gli Autori mostrano la connessione legale-psichiatrica dell'espressione "restanti disturbi mentali" e la base della valutazione psichiatrico-forense dell'imputabilità in tale situazione.

È fornita una breve descrizione storica dello sviluppo della valutazione psichiatrica dell'imputabilità con riguardo al prima descritto gruppo di disturbi. Questo è stato accolto dalla nuova legislazione penale e dalla Legge sulla tutela delle persone con disturbi mentali, e conseguentemente esiste il bisogno di definirlo dettagliatamente e di implementarlo concretamente secondo la sinergia dei saperi degli psichiatri forensi e dei giuristi. L'operazionalizzazione del concetto nella pratica avviene attraverso un approccio dimensionale alla valutazione. Conclusivamente gli Autori discutono le possibili problematiche e limitazioni relative alla definizione e all'espressione della valutazione psichiatrico-forense nella determinazione dell'imputabilità nel caso di "gravi disturbi mentali".

Parole chiave: *restanti gravi disturbi mentali, imputabilità, valutazione psichiatrico-forense, diritto penale.*

**PRIMJEDBE NA TEZE ZA ZAKON O MEĐUNARODNOM
PRIVATNOM PRAVU, AUTORA PROF. DR. KREŠIMIRA
SAJKA, PROF. DR. HRVOJA ŠIKIRIĆA I DOC. DR. VILIMA
BOUČEKA**

Dr. sc. Petar Šarčević, redoviti profesor
Dr. sc. Vesna Tomljenović, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 341.9(497.5)(094.072)
Ur.: 9. listopada 2001.
Pr.: 28. listopada 2001.
Pregledni znanstveni članak

Već duže vrijeme u Hrvatskoj pravna doktrina razmišlja o osuvremenjavanju Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja ne bi li se tako dopunama i izmjenama postojećih međunarodno privatnopravnih rješenja doveo u sklad s modernim rješenjima poredbenog prava. Ovim radom želi se potaknuti šira rasprava o predloženim tezama Zakona o međunarodnom privatnom pravu, u koju bi bili uključeni ne samo teoretičari koji se doktrinalno bave problematikom međunarodnog privatnog prava, već i oni stručnjaci koji se susreću u praksi sa slučajevima s inozemnim elementom. Autori analiziraju opće odredbe Nacrta Zakona o međunarodnom privatnom pravu.

Ključne riječi: *međunarodno privatno pravo, reforma, Hrvatska, zakoni.*

1. U izdanju izdavačke kuće Informator, 2001. godine tiskana je knjiga "Izvori hrvatskog i europskog Međunarodnog privatnog prava" grupe autora: K. Sajko, H. Sikirić, V. Bouček, D. Babić i N. Tepeš. U knjizi su objavljene i Teze za Zakon o međunarodnom privatnom pravu, autora K. Sajka, H. Sikirića i V. Boučeka. Ovaj vrijedan doprinos daljem razvoju hrvatskog međunarodnog privatnog prava ne bi smio proći nezapažen. To je razlog radi zbog kojega smo smatrali kako je potrebno čim prije osvrnuti se na Teze, jer one pored znanstvenog sigurno imaju i značajno mjesto u eventualnim zakonodavnim promjenama hrvatskih propisa iz oblasti međunarodnog privatnog prava (u daljnjem tekstu: MPP).

2. Hrvatska je Zakonom o preuzimanju Saveznog Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, od 26. lipnja 1991. (u

daljnjem tekstu: ZRSZ),¹ preuzela propis donijet 1982.² kojim je bila u najvećem dijelu regulirana materija Međunarodnog privatnog prava. Razvoj prava u svijetu i u Hrvatskoj nameće potrebu da se propisi iz ove materije preispitaju, stoga je hvale vrijedno djelo zagrebačkih profesora u prilagođavanju hrvatskih pravila međunarodnog privatnog prava prije svega europskom pravu.

3. Kako se radi o iznimno složenoj materiji, koja je osim toga podložna pažnji pravnik iz cijeloga svijeta, smatrali smo potrebnim izvršiti analizu predloženih rješenja kako bismo potaknuli diskusiju i istovremeno dali svoj doprinos u prethodnoj pripremi budućeg hrvatskog propisa iz ove materije. Za razliku od drugih hrvatskih propisa, moguće je očekivati da će novi propis iz ove materije vrlo brzo biti preveden na većinu glavnih svjetskih jezika. Upravo zato potrebno je vrlo ozbiljno nastaviti rad i pokušati unijeti u budući propis sve inovacije koje su posljednjih godina prihvaćene u znanstvenom svijetu u ovom području prava. Kako se radi o složenom poslu (primjerice, Švicarci su deset godina radili na pripremi svog izvanredno modernog i u svijetu s puno pohvala prihvaćenog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, iz 1987. godine), pripreme će zahtijevati angažiranje svih hrvatskih stručnjaka iz međunarodnog privatnog prava.

4. U čemu je najznačajnija razlika između ovog propisa i drugih bilo procesnih bilo materijalnopравnih propisa RH? Razlika je u činjenici što će strani sudovi prilikom rješavanja slučaja s inozemnim elementom, slijedeći vlastita kolizijska pravila, u brojnim slučajevima biti upućeni na analizu hrvatskog prava, pa i hrvatskih kolizijskih pravila. Ta činjenica dodatno pojačava našu odgovornost u pripremi ovog propisa.

5. U nastavku analizirat ćemo samo Teze za koje smatramo kako je o njima potrebno nešto reći, ne pretendirajući kako imamo gotova rješenja u ovoj složenoj i zahtjevnoj materiji. U ovom radu analizirat ćemo Dio I. - Opće odredbe, osim Teza 9. i 12.

Teza 1. Polje primjene

Ovim se zakonom određuje mjerodavno pravo za privatnopravne situacije s međunarodnim obilježjem.

Ovaj zakon sadrži i pravila o međunarodnoj nadležnosti sudova i drugih hrvatskih tijela u predmetima iz st. 1. ovog članka, pravila o postupku u tim predmetima te pravila o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka u tuzemstvu.

6. U potpunosti se slažemo s autorima Teza kako je u zakonu kojim se regulira materija međunarodnog privatnog prava potrebno istovremeno urediti i materiju

¹ Narodne novine, br. 53/1991.

² Službeni list SFRJ, br. 43/1982., br. 72/1982.

međunarodnog postupovnog prava. Postavlja se pitanje logičkog slijeda. Tako, primjerice, u švicarskom Zakonu o međunarodnom privatnom pravu³ prvo se kod svake pojedine oblasti daje rješenje za pitanje nadležnosti, nakon toga daje se odredba o sukobu zakona, zatim odredba o pretpostavkama za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka. Ovaj je redoslijed značajan jer olakšava primjenu zakona u praksi. Moglo bi se razmisliti o sličnom pristupu pri izradbi budućeg hrvatskog propisa.

7. Danas postoji jedan broj specijalnih propisa (Pomorski zakonik,⁴ Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu,⁵ i dr.) koji ponekad ista pitanja različito reguliraju (npr. pitanje popunjavanja praznina), za što nema opravdanja, niti ima potrebe. Smatramo kako bi dobro bilo sve ove propise ujediniti u novom zakonu.

8. Isto se odnosi na međunarodne ugovore kojih je Hrvatska članica, a koji djeluju *erga omnes*. Kako je to učinjeno u sličnim situacijama u švicarskom, pa i talijanskom zakonu o MPP-u, bilo bi možda dobro takve ugovore izrijekom citirati u posebnoj odredbi, što bi vjerujemo doprinijelo pravilnoj primjeni tih ugovora u hrvatskoj sudskoj praksi.

Teza 2. Odnos prema međunarodnim ugovorima

Odredbe ovog zakona ne utječu na primjenu međunarodnih ugovora što su na snazi u Republici Hrvatskoj.

Pri tumačenju i primjeni takvih međunarodnih ugovora uzima se u obzir njihov međunarodni značaj i potreba njihove ujednačene primjene.

9. Teza 2. predstavlja novost u odnosu na raniji ZRSZ i rješava odnos propisa ovog zakona prema međunarodnim ugovorima. Teze su preuzele u cijelosti formulaciju članka 2. novog talijanskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, od 31. svibnja 1995. godine, u kojem se navodi da "*norme postojećeg prava ne prejudiciraju primjenu međunarodnih konvencija koje su na snazi u Italiji*". U komentaru odnosne odredbe ističe se da se njome provodi načelo *generalia specialibus non derogant*.⁶ Iz rješenja predložene Teze ne vidi se dovoljno jasno kako prema članku 140. Ustava RH⁷ međunarodni ugovori predstavljaju dio unutrašnjeg hrvatskog prava i po snazi su iznad nacionalnih propisa. Stoga, predlažemo oblikovati odredbu iz Teze 2. na način koji će adekvatnije prikazati njihov odnos.

³ Švicarski Savezni zakon o međunarodnom privatnom pravu, od 18. prosinca 1987. godine, na snazi od 1. siječnja 1989. godine (Švicarski savezni Sl. l. 1988. I, 5).

⁴ Narodne novine, br. 17/1994., br. 74/1994., br. 43/1996.

⁵ Narodne novine, br. 132/1998.

⁶ Ballarino, Tito, *Diritto internazionale privato - seconda edizione aggiornata sulla legge 218/1995*, Cedam, Padova, 1996., str. 77.

⁷ Narodne novine, br. 41/2001., br. 55/2001.

10. Smatramo da bi cjelokupno hrvatsko kolizijsko pravo (opće i posebno) trebalo biti predmetom jedinstvenog novog zakona o MPP-u. Međutim, ukoliko se ne prihvati takvo stajalište te se posebna kolizijska pravila ostave u posebnim zakonskim tekstovima, smatramo opravdanim zadržati postojeću odredbu članka 3. stavka 1. ZRSZ-a. Odredba članka 3. ZRSZ-a, koju bi trebala zamijeniti predložena odredba Teze 2., pored odnosa zakonskih odredbi i onih međunarodnih konvencija (stavak 2.), regulira i odnos općih pravila sadržanih u ZRSZ i onih posebnih sadržanih u posebnim zakonima (stavak 1.). Načelo *lex specialis derogat legi generali* nije, međutim, našlo mjesta u predloženim rješenjima novog zakona. S obrazloženjem da se radi o načelu koje je temelj svakog pravnog sustava, autori Teza smatraju nepotrebnom njegovu izričitu zakonsku regulativu.

11. Čini nam se, međutim, da je opravdano ovo načelo izričito regulirati. Razlog tome jest činjenica da, i pored izričite odredbe članka 3. stavka 1. ZRSZ-a koja daje prednost kolizijskim odredbama posebnih zakona nad općim kolizijskim odredbama ZRSZ, sudovi ne poštuju načelo *lex specialis derogat legi generali*. Tako na primjer, u određenim pomorskim sporovima sudovi zanemaruju postojanje kolizijskih odredbi Pomorskog zakonika i izravno primjenjuju odredbe ZRSZ-a, pogotovo ako primjena općih umjesto posebnih kolizijskih pravila rezultira rješenjem koje vodi primjeni domaćeg prava.⁸

Teza 3. Popunjavanje zakonskih praznina

Kad nadležno tijelo primjene utvrdi postojanje zakonske praznine što se tiče odnosa iz čl. 1., st. 1. ovog zakona, popunjava te praznine u skladu s načinima popunjavanja praznina u privatnom pravu i primjenom načela najbliže veze.

12. Popunjavanje zakonskih praznina bilo je riješeno i ranijim propisima koji su regulirali materiju MPP-a. Tako je odredba članka 2. ZRSZ-a predviđala kako se za slučaj pravnih praznina odgovarajuće primjenjuju odredbe i načela toga zakona, načela pravnog poretka RH i načela međunarodnog privatnog prava. Pomorski zakonik iz 1994. godine⁹ u članku 1007. na sličan način rješava pitanje popunjavanja praznina, s time što precizira kako se podredno rješenje treba tražiti u primjeni općeprihvaćenih načela Međunarodnog privatnog prava te tako još jasnije podcrtava međunarodni standard koji postoji u ovoj materiji i kojega organ primjene za slučaj pravnih praznina treba slijediti.

⁸ Primjer takve sudske prakse odluka je Trgovačkog suda Rijeka, od 27. veljače 2001. godine (I/2-P-1949/98-64). U sporu naknade štete zbog povrede pomorca do koje je došlo na brodu strane zastave sud je zanemarujući posebno kolizijsko pravilo Pomorskog zakonika, koje u takvim slučajevima predviđa primjenu prava zastave broda, dakle na primjenu stranog prava, primijenio odredbu članka 28. ZRSZ-a, koja je upućivala na primjenu hrvatskog prava. Vidjeti i odluku Visokog Trgovačkog suda Republike Hrvatske broj XV Pž-2468/96-2, str. 6.

⁹ Vidi bilješku 4.

13. Slažemo se sa zaključkom¹⁰ kako ova odredba nije potrebna. Analiza dostupnih propisa MPP-a iz svijeta nije nam ponudila primjer odredbe ove vrste. Međutim, u odsutnosti odgovarajuće odredbe u hrvatskom građanskom pravu, takvo jedno pravilo ima svoju logiku i može korisno poslužiti organu primjene u rješavanju situacija kada je postojeći pozitivni propis nepotpun. Nismo sigurni da je najbolje rješenje popunjavati te praznine u skladu s načinima popunjavanja praznina u privatnom pravu i primjenom načela najbliže veze kako to u Tezi 3. predlažu autori. Čini nam se kako specifičnost međunarodnog privatnog prava zahtijeva uzeti u obzir situacije s međunarodnim obilježjem, što po nama znači specifičnost pristupa u odnosu na privatnopravne odnose nastale u jednoj državi, pa nam se postojeća formulacija iz članka 1007. Pomorskog zakonika¹¹ čini primjerenijom i boljom.

Teza 4. Primjena prinudnog prava Republike Hrvatske

Hrvatski propisi koji su zbog svog značaja i svrhe prinudni, primjenjuju se, iako bi po pravilima o određivanju mjerodavnog prava bilo mjerodavno strano pravo.

14. Slažemo se s autorima Teza kako je dobro riješiti pitanje primjene prinudnih propisa jednom općom odredbom. Teza slijedi u velikoj mjeri članak 18. švicarskog Zakona o MPP-u. Razlika je što se u Tezi govori o hrvatskim propisima koji su zbog svog značaja i svrhe prinudni, dok švicarski propis govori samo o svrsi propisa. Autori Teze ne obrazlažu razloge ovoj dopuni, no ne kažu kako bi organ primjene morao razlikovati značajne propise od neznčajnih. Bilo bi dobro makar u obrazloženju ustanoviti kriterije za ovo razlikovanje.

15. Kao što ćemo iz kasnijeg izlaganja vidjeti, autori su u velikoj mjeri preuzeli u Teze odredbe Rimske konvencije o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze, iz 1980. godine.¹² Postavlja se pitanje da li Teza 4. pokriva na adekvatan način članak 7. stavak 2. Rimske konvencije. Naš je dojam kako to nije slučaj, pa bi zbog toga razloga trebalo postupiti na identičan način na koji su postupili njemački¹³ i talijanski¹⁴ zakonodavci i pored opće odredbe iz Teze 4. dodati u posebnom stavku i odredbu članka 7. stavka 2. kao posebnog pravila za ugovorne obveze. Na taj način bi se slijedila s jedne strane ideja Rimske konvencije, a s druge strane općom odredbom riješila bi se primjena prinudnog prava za ostale odnose regulirane Tezama.

¹⁰ Sajko, K., Sikirić, H., Bouček, V., Babić, D., Tepeš, N., *Izvori hrvatskog i europskog Međunarodnog privatnog prava*, Informator, Zagreb, 2001., str. 263.

¹¹ Vidi bilješku 4.

¹² www.europa.eu.int/celex

¹³ Članak 27 stavak 3. njemačkog Zakona o MPP-u.

¹⁴ Članak 17. talijanskog Zakona o MPP-u; Vidjeti u: Pocar, F. i drugi, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Cedam, Padova 1996, str. 84.

16. Nameće se dilema je li za ovu fazu razvoja hrvatskog MPP-a preuranjeno razmišljati o primjeni prinudnih propisa trećih zemalja, naravno, pod određenim uvjetima i u određenim situacijama kao što to predviđaju primjerice: članak 7. stavak 1. Rimske konvencije, članak 19. švicarskog Zakona o MPP-u i članak 3079. Građanskog zakonika Quebeca.¹⁵ Ovakve odredbe prije svega pokazuju kako u određenom pravnom sustavu postoji želja da se razmotre i interesi strane države, a činjenica kako će se takva odredba primjenjivati u pravilu iznimno, ne umanjuje značenje takvog pravila.

Teza 5. Javni poredak

Ne primjenjuje se strano mjerodavno pravo, ako bi njegov učinak bio suprotan javnom poretku Republike Hrvatske.

Strane sudske i arbitražne odluke neće se priznati ni izvršiti ako prilikom njihova donošenja nisu poštivana procesnopravna načela koja su dio javnog poretka Republike Hrvatske.

17. Ova Teza na puno bolji način regulira ustanovu javni poredak nego što je to bilo učinjeno člankom 4. ZRSZ-a. No kada se već ide na novo rješenje, potrebno je i ovu odredbu podvrgnuti analizi i vidjeti da li se vodilo računa o novim trendovima zakonodavstva i sudske prakse u nama bliskim pravnim sustavima. Ako Tezu 5. usporedimo s odredbom članka 16. stavka 1. talijanskog zakona o MPP-u koja glasi: "Strano pravo se ne primjenjuje ukoliko je njegov učinak suprotan javnom poretku."¹⁶ vidimo kako članak 16. stavak 1. ne upućuje na javni poredak talijanskog prava, već samo općenito na javni poredak. S druge strane, njemačko¹⁷ i rumunjsko¹⁸ rješenje, slično kao i postojeće hrvatsko, govore o suprotnosti domaćem javnom poretku.

18. Argumentaciju kojom se izostavlja atribut javnog poretka kao domaćeg razvijaju autori koji komentiraju talijanski Zakon o MPP-u, pa tako objašnjenje za talijansku odredbu nalaze u činjenici što se danas sve više vodi računa o međunarodnom javnom poretku koji u sebi obuhvaća pravna načela i principe čije izvore nalazimo u međunarodnim konvencijama i drugim međunarodnim pravnim izvorima koji su postali dijelom domaćeg prava ratifikacijom ili transformacijom u unutrašnje pravo (npr. Deklaracija prava čovjeka Ujedinjenih naroda, iz 1948., Europska konvencije o ljudskim pravima, iz 1950. godine, Konvencija o pravima

¹⁵ Kropholler, Krueger, Riering, Samtleben, Sier: *Aussereuropäische IPR-Gesetze*, Hamburg/Wuerzburg 1999., str. 332.

¹⁶ U izvorniku članak 16. stavak 1. talijanskog Zakona o MPP-u glasi: "La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico."

¹⁷ Članak 6. njemačkog Zakona o MPP-u.

¹⁸ Članak 8. rumunjskog Zakona o MPP-u.

djeteta, iz 1989. godine).¹⁹ U tu kategoriju, kako se ističe u poredbenoj doktrini, ulaze svi međunarodni instrumenti kojima se određuju standardi ponašanja.²⁰ Iako se njemački Zakon o MPP-u u članku 6. poziva izričito na njemački javni poredak, to ne znači kako se ne uzima u obzir međunarodni javni poredak. Tako npr. ako bi strani akti ili zakoni bili u suprotnosti s općim pravilima međunarodnog javnog prava, njihovu primjenu moguće je isključiti pozivom na članak 25. Ustavnog zakona²¹ prema kojem se običajno međunarodno javno pravo može koristiti kao mjerilo vrijednosti unutarnjeg javnog poretka.²² Pored navedenih, kategoriju međunarodnog javnog poretka čine i načela europskog prava za koje se smatra (s obzirom na prirodu europskog prava) da su već postala načela internog javnog poretka svake države članice, kao npr. načelo nediskriminacije.²³ Smatramo kako bi formula javni poredak, bez nepotrebne upute na domaće pravo, bila adekvatnija obzirom na suvremeni razvoj toga instituta.

19. Nameće se pitanje treba li posebno regulirati procesni javni poredak kao što je to predviđeno u stavku 2. Teze 5. Mislimo kako za to nema potrebe. Opća klauzula rješava ne samo materijalni već i procesni javni poredak.²⁴ Povrh toga, procesni aspekt javnog poretka bolje je pokriven u dijelu kojim se regulira međunarodno procesno pravo, kako je to i do sada bio slučaj, djelomično odredbom članka 88. ZRSZ-a (nesudjelovanje stranke u postupku zbog nepravilnosti) te u potpunosti odredbom članka 91. ZRSZ-a, kojom se određuje da se strana odluka neće priznavati ako je suprotna stranom javnom poretku.

Teza 6. Izbjegavanje primjene prava Republike Hrvatske

Ne primjenjuje se strano pravo na koje upućuju odredbe ovog zakona, ako je cilj njegove primjene zlonamjerno izbjegavanje primjene hrvatskih prinudnih propisa.

20. Izbjegavanje primjene prava Republike Hrvatske bilo je regulirano odredbom članka 5. ZRSZ-a. Autori Teza predlažu zadržavanje opće odredbe koja uzima u obzir i takvu pravnu situaciju. No činjenica je, kao što je to i vidljivo iz objavljenih sudskih odluka hrvatskih i ranijih jugoslavenskih sudova, kako se ova opća odredba u praksi nije koristila. Kao što i sami predlagatelji navode, ovu vrstu opće odredbe

¹⁹ Balarino, op.cit., str. 292.

²⁰ Siehr, Kurt, *Internationales Privatrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2001, str. 488.

²¹ *Grundgesetz für die BRD*, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 1995., str. 24.

²² Kropholler, Jan, *Internationales Privatrecht*, 4. izdanje, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001., str. 243. Vidjeti o slučajevima međunarodnih standarda sa ili bez međunarodnojavnopravnog rangiranja koje su sudovi u okviru članka 6. njemačkog Zakona o MPP-u (EGBGB) uzimali u obzir (str. 243 posebno literatura iz bilješki 14 i 15).

²³ loc. cit.

²⁴ Grbin, Ivo, "Priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka", Informator, Zagreb, 1980., str. 119-121.

rijetko susrećemo u zakonodavnoj poredbenoj praksi pa stoga i nije neobično postaviti pitanje treba li nam takva odredba i hoće li ona pripomoći u rješavanju slučaja s međunarodnim elementom.

21. Kratki pregled najnovije poredbenopravne literature prilično jasno se opredjeljuje protiv korištenja ovakvog pravila. O tome je npr. pisao von Overbeck u svom općem tečaju održanom na Haškoj akademiji za međunarodno pravo. Zaključio je kako posebno opće pravilo nije potrebno.²⁵ Do istog zaključka dolaze Siehr²⁶ te Kropholler²⁷, od kojih posljednji ističe subjektivni uvjet za postojanje slučaja izbjegavanja zakona i pritom navodi kako namjera nije pogodna da bude generalni kriterij i da stoga ovo rješenje ne zadovoljava.

22. Kako će se ipak postaviti pitanje rješavanja ove vrste pravnih situacija, Kropholler vidi rješenje, između ostalog, u primjeni klauzule javnog poretka koja će se primjenjivati neovisno o namjeri učesnika u pravnom odnosu, ako primjena stranog prava vodi rješenju koje je u suprotnosti s pravnim poretkom.²⁸ Slažemo se s citiranim stajalištima i mislimo kako nema potrebe unositi u budući zakon ovu opću odredbu.

Teza 7. Uzvrat i upućivanje na daljnje pravo (renvoi)

Pri upućivanju na strano pravo upućuje se na strano materijalno pravo. Međutim ako se radi o statusnim situacijama fizičkih i pravnih osoba, pri upućivanju na mjerodavno strano pravo upućuje se i na njegova kolizijska pravila.

Ako mjerodavno strano pravo uzvraća na hrvatsko pravo, primjenjuje se hrvatsko materijalno pravo, no ako mjerodavno strano pravo upućuje dalje na pravo treće države, primjenjuje se materijalno pravo te strane države.

23. ZRSZ je prihvatio primjenu ustanove *renvoi* i to bez izričitih ograničenja, što je u doktrini izazivalo polemiku i neslaganja. Za ugovorne odnose Rimski konvencija je isključila primjenu *renvoi*. Kako su Tezama praktički preuzeta rješenja Konvencije koja za ugovore izričito isključuju *renvoi*, logično je da je ranije pravilo moralo pretrpjeti izmjene.

24. Prvo pitanje koje se nametnulo predlagateljima jest pitanje da li uopće dopustiti *renvoi*. U novijoj hrvatskoj stručnoj literaturi nalazimo mišljenje kako se *renvoi* ne bi trebao dopustiti.²⁹ Takvo mišljenje nije bez uporišta u poredbenoj zakonodavnoj

²⁵ Von Overbeck A., "Les Questions générales de droit international privé a la lumieere des codifications et projets récents", *Recueil des cours* 1982., Tom 176, str. 208.

²⁶ Siehr, op. cit., str. 485.

²⁷ Kropholler, op. cit., str. 154.

²⁸ ibid., str. 155.

²⁹ Klasiček, Damir, "Renvoi: za i protiv", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, broj 4; vol. 47; 1997, str. 369 - 405;

praksi. Tako npr. u Brazilu, Egiptu, Grčkoj, Kuvajtu, Peru, Quebecu, Sudanu, Siriji i Južnom Jemenu *renvoi* nije dopušten.³⁰ Međutim, široka poredbena analiza koju je proveo Lipstein za potrebe *Institut de droit international* pokazuje veliku šarolikost. On čini razliku između nekoliko grupa država ovisno o tome da li prihvaćaju *renvoi*, i u kojoj mjeri, ili ga pak ne prihvaćaju odnosno samo ga djelomično prihvaćaju.³¹ Ovo nije mjesto za detaljniji prikaz njegove analize. Bitno je, međutim, istaknuti kako je *Institut de droit international* na zasjedanju u Berlinu 1999. godine donio Rezoluciju³² kojom se zaključuje kako *renvoi* može doprinijeti ostvarenju ujednačavanja individualnih odluka i da će se interesi pravičnosti najbolje ostvariti ako se u nekim situacijama ne bude primjenjivalo samo strano materijalno pravo već i strana kolizijska pravila.

25. U spomenutoj Rezoluciji zaključuje se kako uzimanje u obzir pravila međunarodnog privatnog prava ne bi trebalo u cijelosti isključiti, bez obzira radi li se o uzvratu ili upućivanju na treće pravo.³³ Nećemo ponavljati daljnje zaključke koji su precizno elaborirani u Rezoluciji i koje bi trebalo uzeti u obzir prije konačnog formuliranja hrvatske odredbe o *renvoi*. Za sada mislimo kako nije sporno da se odredba o *renvoi* treba zadržati te ostavljamo otvorenim za raspravu pitanje polja primjene *ratione materiae*.

Teza 8. Upućivanje na državni teritorijalno nejedinstveni pravni poredak

Ako mjerodavno pravo države čiji pravni poredak nije teritorijalno jedinstven, a pravila ovog zakona ne upućuju na određeno pravno područje u toj državi, mjerodavno pravo se određuje na osnovi pravila o određivanju mjerodavnog prava te države.

Ako se mjerodavno pravo države, čiji pravni poredak nije jedinstven, ne može utvrditi na način određen u st.1. ovog članka, mjerodavno je pravo područja te države s kojom postoji najbliža veza.

26. Članak 10. ZRSZ-a regulira problem nejedinstvenog pravnog područja upućujući na interna kolizijska pravila odnosno države. Ta se pravila ipak neće primijeniti ako polazno pravo upućuje na određeno pravno područje te države. To će biti slučaj kod poveznica prebivališta, redovnog boravišta, boravišta, mjesta počinjenja protupravnog čina, mjesta gdje stvar leži, mjesta izvršenja i zaključenja pravnog posla. Ako se mjerodavno pravo ne može utvrditi niti na jedan od ta dva načina, mjerodavno je pravo područja s kojim postoji najbliža veza.

³⁰ Lipstein, "Raport", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Pedone, Paris, 1999., Vol.68-I, str. 20.

³¹ *ibid.*, str. 20-23

³² Rezolucija je između ostaloga objavljena u *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Pedone, Paris, Vol 68-II 1999, str. 371-375.

³³ *loc.cit.*

27. Ovu odredbu preuzimaju predlagatelji u Tezi 8., a preuzeo ju je i slovenski Zakon o MPP-u.³⁴ Isto rješenje predviđa i lihtenštajnsko pravo.³⁵ Portugalski Zakon o MPP-u³⁶ upućuje na interna kolizijska pravila složene države, a ako tih pravila nema, na MPP te države. Ukoliko se ni na taj način ne može naći mjerodavni pravni poredak, za personalni statut osobe primjenjuje se pravo njezina redovnog boravišta.

28. Članak 19. Rimske konvencije ne upućuje na interna kolizijska pravila složene države, već se svako pojedino pravno područje smatra posebnom državom. Usvajanje ovakvog rješenja posljedica je isključenja instituta *renvoi* u ovom području. Odredbe Rimske konvencije upućuju izravno na materijalna, a ne i na kolizijska pravila.³⁷

29. Upravo poradi tih razloga njemački Zakon o MPP-u predviđa dvije odredbe u ovoj materiji: (a) opća odredba (članak 4. stavak 3.), koja sadržajno odgovara odredbi ZRSZ-a i Teze 8. te (b) posebna odredba (članak 35. stavak 2.), koja je preuzeta iz Rimske konvencije (članak 19. stavak 1.) i odnosi se samo na ugovorne odnose. Ovakvo rješenje usvaja i talijanski Zakon o MPP-u koji opću odredbu o nejedinstvenom pravnom poretku regulira člankom 18., dok posebnu odredbu o nejedinstvenom pravnom poretku indirektno preuzima iz Rimske konvencije.³⁸ Predlažemo, stoga, da se u novom hrvatskom zakonu o MPP-u ovo pitanje regulira dvjema odredbama: općom i posebnom koja bi vrijedila za ugovorne odnose.

Teza 10. Osoba s više državljanstava

Ako je osoba hrvatski državljanin i državljanin neke druge države, za međunarodnu nadležnost hrvatskih tijela na osnovi državljanstva i mjerodavno pravo na osnovi državljanstva, mjerodavno je samo državljanstvo Republike Hrvatske.

Mjerodavno pravo na osnovi državljanstva stranca koji ima dva ili više strana državljanstva, određuje se primjenom onog prava države čiji je državljanin i u kojoj ima redovno boravište.

Ako osoba iz st. 2. ovog članka nema redovno boravište ni u jednoj od država čiji je državljanin, primjenjuje se ono pravo države čiji je državljanin s kojom je u najbližoj vezi.

³⁴ Članak 9. slovenskog Zakona o MPP-u, Uradni list Republike Slovenije broj 56/1999, str. 7053.

³⁵ Članak 5. st. 2. lihtenštajnskog Zakona o MPP-u, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 61 (1997), Heft 3 (Juli), str. 546.

³⁶ Članak 20. portugalskog Zakona o MPP-u.

³⁷ Reithman, Christopher, Martiny, Dietmar, *Internationales Vertragsrecht*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1988, str. 127.

³⁸ Ibid., str. 70 i 71.

30. Na prvi pogled ne bi se imalo što prigovoriti odredbi ove Teze. Radi se o određivanju državne pripadnosti fizičkih osoba. Opće je pravilo da svaka država samostalno određuje koga smatra svojim državljaninom. Tako Odredba članka 22. švicarskog MPP glasi: *"Državljanstvo fizičke osobe određuje se prema pravu države, čija državna pripadnost dolazi u obzir"*.

31. Od ovog pravila moguća su odstupanja i ograničenja jer će se u određenim situacijama brinuti o efektivnoj vezi. I dok je pitanje određivanja državne pripadnosti fizičke osobe jasno i uzrokuje malo poteškoća, situacija je različita kada fizička osoba ima više državljanstava. Takav bipatrid ili polipatrid često dolazi, posebno za potrebe kolizijskopavnog određivanja mjerodavnog prava, u situacije gdje se postavlja pitanje koje od više postojećih državljanstava predstavlja relevantnu poveznicu za rješavanje određene pravne situacije.

32. Teza rješava ove probleme u skladu s ranije postojećim pravilom iz članka 11. ZRSZ-a. Ako osoba ima više državljanstava od kojih je jedno hrvatsko, smatrat će se za potrebe utvrđivanja nadležnosti i mjerodavnog prava hrvatskim državljaninom, a ako se radi o strancu, smatrat će se državljaninom države čije državljanstvo ima i u kojoj mu je redovno boravište, odnosno podredno (stavak 3.) s kojom je u najbližoj vezi.

33. Ovakvo rješenje nalazimo često u komparativnom zakonodavstvu. Međutim, kada se radi o hrvatskom državljaninu koji ima i drugo(a) državljanstvo(a), postavlja se pitanje je li ovo rješenje još uvijek najadekvatnije, naročito ako pođemo od toga da je za Hrvatsku vanjsku politiku jedan od temeljnih ciljeva priključenje Europskoj Uniji. Naravno uvijek je moguće odgovoriti, kako je to cilj za kojega ne znamo kada će se ostvariti, a da je i kolizijskim propisima moguće jačanje veze iseljene Hrvatske s domovinom. I dok je taj politički argument igrao veliku ulogu pri ranijem kodificiranju našeg međunarodnog privatnog prava,³⁹ postavlja se pitanje, je li taj argument još uvijek dovoljno snažan da bi se činila automatska razlika između više državljanstava takve osobe u bezrezervnu korist hrvatske državne pripadnosti u međunarodno-privatnopravnom smislu.

34. Kako to Siehr⁴⁰ ističe, ovo je razlikovanje i preferiranje domaćeg, vlastitog državljanstva s aspekta europskog prava upitno. Pritom se poziva na članak 12. stavak 1. Ugovora o osnivanju Europske zajednice⁴¹ i ističe kako se pravilo kojim

³⁹ Matić, Željko, "Državljanstvo kao poveznica u budućem jugoslavenskom međunarodnom privatnom pravu", *Zbornik radova o stranom i uporednom pravu*, Institut za uporedno pravo, 1981., str.179-185.

⁴⁰ Siehr, op. cit., str. 86.

⁴¹ Tekst odredbe članka 12. stavka 1. Ugovora o osnivanju Europske zajednice u izvorniku glasi: "Within the scope of application of this Treaty, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited."

se preferira domaće državljanstvo sukobljava s jednim od temeljnih principa europskog prava, s principom istog odnosa prema svim osobama. Naime, u ovim slučajevima se osoba ne pita je li možda posljednjih četrdeset i više godina živjela u inozemstvu i tamo uspostavila centar svoga življenja već samo je li i hrvatski državljanin. Kako to Kropholler⁴² s pravom napominje u odnosu na njemačko rješenje, Teza kao i njemački MPP nude rješenje koje je vrlo jednostavno i lako za primjenu, međutim, bezrezervna prednost domaćeg državljanstva donosi i nepravednosti koje mogu utjecati na međunarodnu ujednačenost kod donošenja odluka. Primjer za jednaki tretman domaćeg i stranog državljanstva nalazimo u odredbi članka 23. stavak 2. švicarskog MPP-a, koja za ovakav slučaj predviđa mjerodavnost državljanstva države s kojom je osoba u pitanju u najužoj vezi.

35. Postojeća rješenja nisu sporna. Pitanje je samo hoćemo li u radu na ovoj važnoj kodifikaciji razmisliti i o argumentima koji sve više osvajaju doktrinarna i zakonodavna stajališta i koja su vezana na nesporne trendove europskog prava, posebno iz oblasti ljudskih prava.

36. I kao posljednje pitanje, koje ćemo u ovoj kratkoj analizi Teze 10. dotaknuti, jest novost u Tezama, naime da bi rješenje koje je do sada vrijedilo za kolizijsko određivanje mjerodavnog prava sada vrijedilo i za pitanje određivanja međunarodne nadležnosti hrvatskih sudova (stavak 1.). Ponuđeno rješenje ne nailazi u doktrini uvijek na veliko oduševljenje. Tako npr. Kropholler⁴³ izričito odbija ovakvo određivanje državljanstva. On navodi kako je, općenito govoreći, u postupovnom pravu još uvijek svaka državna pripadnost iste vrijednosti bez ispitivanja kojoj državi fizička osoba efektivno pripada. Pogotovo što ionako postoji nadležnost u svakoj državi kojoj osoba pripada. To proizlazi iz zaštitnog karaktera ove vrste nadležnosti koja nije ovisna o činjenici da li se predmet rješava na temelju stranih pravnih propisa.

37. U komentaru ponuđenog rješenja autori Teza⁴⁴ pojašnjavaju kako primjer za ovakvo određivanje međunarodne nadležnosti možemo naći u odredbi članka 23. stavak 1. švicarskog MPP-a. To je točno, međutim, nije navedeno da je ovakvo pravilo, koje inače služi zaštiti Švicaraca iz inozemstva (*Auslandschweizer*), potrebno bilo uvesti radi naprijed spomenute činjenice da se u Švicarskoj konzekventno sprovodi princip efektivnog državljanstva kod određivanja sadržaja poveznice državljanstvo, pa i u slučaju kada je jedno od tih državljanstava švicarsko.⁴⁵

⁴² Kropholler, op. cit., str. 260.

⁴³ *ibid.*, str. 262.

⁴⁴ Šajko, Sikirić, Bouček, Babić, Tepeš, op. cit., str. 270. Vidi tekst u bilješci 18 citiranog djela.

⁴⁵ Članak 23. stavak 2. švicarskog Zakona o MPP-u.

Teza 11. Osoba bez državljanstva

Ako je mjerodavno pravo državljanstva, a osoba o kojoj se radi nema državljanstva ili se ono ne može utvrditi, mjerodavno je pravo države njezina redovnog boravišta (prebivališta).

Ako osoba iz st. 1. ovog zakona nema redovnog boravišta (prebivališta) ili se ono ne može utvrditi, mjerodavno je pravo države boravišta te osobe.

Ako se za osobu iz st. 1. ovog članka pri primijeni st. 2 ovog članka ne može utvrditi njezino boravište, mjerodavno je za tu osobu pravo Republike Hrvatske.

38. Kao prvo mislimo kako bi trebalo u ovoj Tezi regulirati i pitanje izbjeglica. Takvo je rješenje i u švicarskom (članak 24. Zakona o MPP-u), austrijskom (paragraf 9. III Zakona o MPP-u), talijanskom (članak 19. Zakona o MPP-u) pravu. Njemački propis što regulira međunarodno privatno pravo, koji smo možda slijedili, ne spominje ih. U praksi se problemi rješavaju primjenom Ženevske UN konvencije o pravnom položaju izbjeglica od 28. srpnja 1951. godine⁴⁶, čija je i Hrvatska članica. Smatramo kako bi već u naslovu trebalo istaknuti kako se ovom Tezom rješava i pitanje izbjeglica, kao što je to npr. učinjeno u talijanskom zakonu.

39. Vjerujemo da bi bilo korisno kada bi se u svezi s osobama bez državljanstva i izbjeglicama poslužili tehnikom koju koristi švicarski zakonodavac i u odredbama se pozvali na opće konvencije kojima je Hrvatska pristupila. Time bi se dobila preglednost i sveobuhvatnost takve odredbe. Moguće bi bilo slijediti i rješenje austrijskog zakonodavca.⁴⁷

40. Trebalo bi isto tako u grupu osoba bez državljanstva svrstati i osobe koje s državom svoga državljanstva nemaju više nikakve veze ili je ona tako slaba da se više ne može smatrati relevantnom za osobu u pitanju.⁴⁸

41. Međunarodne konvencije iz ove oblasti, koje su na snazi i u Hrvatskoj, predviđaju poveznicu prebivalište, odnosno podredno, boravište.⁴⁹ Spomenuti sporazumi vrijede erga omnes, što znači da ih treba u Hrvatskoj primjenjivati i prema državljanima onih država koje Sporazum(e) nisu potpisale. Držimo kako je i u nas potrebno prihvatiti stajalište⁵⁰ kako konvencijska kolizijska rješenja potiskuju

⁴⁶ Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori, br. 15/1990., Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 12/1993.

⁴⁷ Vidi paragraf 9. III. austrijskog Zakona o MPP-u.

⁴⁸ Vidi članak 24. švicarskog Zakona o MPP-u.

⁴⁹ Vidi Konvenciju o pravnom položaju izbjeglica (članak 12.), Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori, br. 15/1990., Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 12/1993. i Konvenciju UN o pravnom položaju osoba bez državljanstva od 28.9.1954. (članak 12.), Službeni list FNRJ, Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 9/1959., Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 12/1993.

⁵⁰ Za Švicarsku vidi Honsell, Vogt, Schnyder: *Internationales Privatrecht (Kommentar zum schweizerischen Privatrecht)*, Basel, Frankfurt am Main, 1996, str. 211).

nacionalna kolizijska pravila samom činjenicom što međunarodni ugovori imaju prednost pred nacionalnim propisima⁵¹, pa tako i konvencijska kolizijska rješenja potpuno potiskuju nacionalni (hrvatski) MPP.

Teza 13. Kvalifikacija i način primjene stranog prava

Kvalifikacija radi određivanja primjenjivog kolizijskog pravila čini se po pravu Republike Hrvatske. Strano mjerodavno pravo se primjenjuje kao u državi svog podrijetla.

42. U Tezi 13. obrađuju se dva pitanja: pitanje kvalifikacije i pitanje načina primjene stranog prava. Pitanje kvalifikacije jedno je od najtežih teorijskih pitanja u oblasti međunarodnog privatnog prava. Dosta rijetko se u poredbenom zakonodavstvu ovo pitanje posebno kodificira.⁵²

Razloge treba tražiti, prije svega, u tome što, kako to Kegel-Schurig zaključuju, ne postoji mogućnost za šematsko rješenje problema kvalifikacije, već je odlučujuće, da se u pojedinom slučaju pitanje pravilno postavi.⁵³

43. Teza 13. u prvoj rečenici definira kvalifikaciju po *lex fori* tako što kaže da će se određivanje primjenjivog kolizijskog pravila vršiti po *lex fori*, po pravu Republike Hrvatske. Ovo rješenje dostatno je samo za slučajeve gdje se po kolizijskom pravilu koje smo po *lex fori* odabrali treba primijeniti hrvatsko pravo. Za te je situacije rješenje koje se nudi adekvatno i zadovoljavajuće. Međutim, takvi slučajevi i nisu ozbiljan problem pri rješavanju slučajeva s inozemnim elementom. Istinski problem nastaje kad ne postoji suglasnost dvaju pravnih sustava oko načina svrstavanja određenog pravnog pitanja u određeno pravno područje i kada se, na primjer, isti činjenični sklop u jednom pravnom sustavu smatra stvarnopravnim pitanjem, a u drugom pravnom sustavu kao obveznopravno pitanje, ili, pak u jednom kao materijalnopravno, a u drugom kao procesnopravno pitanje.

44. U najnovijoj doktrini ističe se kako je problem kvalifikacije značajno izgubio na relevantnosti jer danas postoje pisana kolizijska pravila široko formulirana i međusobno usklađena.⁵⁴ Sličan zaključak nalazimo u Dicey&Morrisu.⁵⁵

⁵¹ Za Hrvatsku je ovo pitanje riješeno člankom 140. Ustava Republike Hrvatske.

⁵² Odredbu o kvalifikaciji sadrži mađarska Uredba o MPP- u u odredbi čl. 3, portugalski Građanski zakon u odredbi čl. 15., rumunjski Zakon o MPP- u u odredbi čl. 3., španjolski građanski zakon u odredbi čl. 12. st. 1.

⁵³ Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, 8. izd., München 2000., str. 305.

⁵⁴ Siehr, op.cit., str. 429.

⁵⁵ "Characterisation has been made needlessly difficult by writers (and judges) who have created a conflict problem within a conflict problem by insisting that characterisation itself involves a choice of law, that is to say that any court faced with a characterisation problem must first decide what law should be applied to decided the matter. Once this idea is rejected, the way lies open for the courts to seek commonsense solutions based on practical considerations", Dicey/Morris, *The Conflict of Laws*, Vol. 1., London 2000., str. 45.

45. Von Overbeck isto tako zaključuje kako se općom zakonskom odredbom o kvalifikaciji problem ne može riješiti, već samo eventualno ublažiti. Naime, kako ističe, problem kvalifikacije nerazdvojivo je vezan za problem različitosti nacionalnih propisa. Stoga sudac, uz pomoć doktrine, mora riješiti konkretni slučaj na najbolji način.⁵⁶

46. Ne ulazeći za sada u daljnju analizu Teze 13. naglašavamo kako je problem kvalifikacije i načina primjene stranog prava potrebno bliže ispitati i razjasniti. Mislimo kako rješenje koje se nudi ne bi smjelo biti konačno.

Teza 14. Utvrđivanje stranog prava

Strano se pravo utvrđuje po službenoj dužnosti. Pritom nadležno tijelo može tražiti suradnju obavještenja o sadržaju prava od stranaka, Ministarstva pravosuđa ili od znanstvenih ustanova.

Ako se po st.1. ovog članka sadržaj stranog prava u razumnom roku ne može utvrditi, primjenjuje se hrvatsko pravo.

47. Tezom 14. stavak 1. reafirmira se postojeće rješenje ZRSZ (čl. 13. st. 1.) prema kojem sud strano pravo primjenjuje, odnosno utvrđuje po službenoj dužnosti - *ex officio*.

48. Međutim, ovom se Tezom, odnosno njenim stavkom 2. uvodi velika promjena u odnosu na dosadašnja rješenja. Prema predloženoj dopuni, ukoliko ne bismo mogli u razumnom roku utvrditi sadržaj stranog prava, nadležni bi organi mogli supsidijarno primijeniti hrvatsko pravo (Teza 14. st. 2.). Predloženo rješenje identično je, primjerice, rješenju austrijskog Zakona MPP od 1978. godine sadržanom u odredbi par. 4. st. 2.⁵⁷

Predlagatelji supsidijarnu primjenu hrvatskog prava uvjetuju istekom razumnog roka unutar kojeg nadležni organ mora poduzeti sve mjere da bi utvrdio sadržaj stranog prava. Postojeće rješenje čl. 13. ZRSZ ne sadrži, međutim, vremensko ograničenje procesa utvrđivanja stranog prava. Posljedično je tome u praksi dolazilo do nekih ekstremnih situacija gdje se o tužbenom zahtjevu nije moglo odlučivati niti protekom 10 do 20 godina od dana njegova dostavljanja sudu.

⁵⁶ Von Overbeck, op.cit., str. 126.

⁵⁷ Paragraf 4. st. 2. predviđa sljedeće: "Ako se strano pravo ne može u primjerenom roku utvrditi, tada treba primijeniti austrijsko pravo", Sajko K., "Napomene o austrijskom zakonu o međunarodnom privatnom pravu od 1978., s osvrtom na uređivanje pravnih situacija s jugoslavensko-austrijskim obilježjem", *Prinosi za poredbeno proučavanje prava i međunarodno privatno pravo*, br. 12., 1979., str. 65.

49. Iako stoga predloženu novinu smatramo dobrodošlom, postavlja nam se pitanje na temelju kojih će kriterija nadležni organ utvrditi sadržaj pravnog standarda kao što je "razumni rok". Čini nam se, međutim, da samo inzistiranje na proteku razumnog vremena unutar kojeg je sud mogao utvrditi sadržaj stranog prava nije dovoljan sigurnosni ventil koji će spriječiti nadležne organe da veoma lako, mogli bismo reći i neopravdano, pribjegu primjeni hrvatskog prava.

Budući da austrijski Zakon o MPP-u sadrži identično rješenje, zanimljiv je stoga stav austrijske doktrine prema tumačenju pojma razumnog, primjerenog roka. Doktrina naglašava da se trajanje razumnog roka treba procjenjivati s obzirom na okolnosti svakog konkretnog slučaja, a pogotovo u zavisnosti od hitnosti pojedinog predmeta⁵⁸, kao što je to slučaj kod skrbništva, ili, pak, sporova kod kojih se zbog opasnosti za dobrobit djeteta postupak mora što hitnije završiti.⁵⁹

50. Supsidijarno pozivanje na domaće pravo trebalo bi, stoga, ograničiti ne samo protekom razumnog roka, već dodatno i izričitim zahtjevom da se pribjegavanje legis fori prihvaća samo "izuzetno", kada se ni na koji drugi način nije moglo doći do saznanja o sadržaju stranog prava. Samo tako bismo osigurali da nadležni organ svoju odluku o pribjegavanju primjeni hrvatskog prava dodatno i jasno obrazloži.⁶⁰ Prihvatljivo obrazloženje svakako je ono materijalne nemogućnosti, kako za sud tako i za stranke, podnošenja dokaza o sadržaju stranog prava. U takvom slučaju smatramo da bi mogla biti dopuštena primjena prava foruma.

51. I konačno, kada je riječ o reafirmaciji pravila da se strano pravo utvrđuje po službenoj dužnosti, željeli bismo ukazati na nešto drugačija strana rješenja, čiji bi sadržaj i pravne posljedice svakako trebalo prodiskutirati i u kontekstu reforme postojećih odredbi hrvatskog međunarodnog privatnog prava. Skrećemo pozornost na zanimljiva rješenja švicarskog⁶¹ i francuskog⁶² međunarodnog privatnog prava,

⁵⁸ Rummel - *ABGB Kommentar*, 2 Band, Wien 1984., str. 2927.

⁵⁹ Maenhardt F., Posch W., *Internationales Privatrecht, Privatrechtsvergleichung, Einheitsprivatrecht*, Beč, New York, 1999., str. 38. - 39.

⁶⁰ Iako prema francuskom pravu teret dokazivanja sadržaja stranog prava nose u velikom broju slučajeva stranke (teret dokazivanja sadržaja stranog prava ima sud u slučajevima kada se strano pravo utvrđuje na temelju konvencijskih pravila te kada se radi o sporovima u kojima stranke ne mogu samostalno raspolagati svojim zahtjevima), u doktrini se naglašava nužnost da odluku o nemogućnosti utvrđivanja stranog prava sudovi moraju posebno i detaljno obrazložiti, vidjeti: Audit B., *Droit International privé*, 2. izd., Paris, 1997., str. 240., 242. - 243.

⁶¹ Prema odredbi čl. 16. švicarskog Zakona o MPP sud po službenoj dužnosti utvrđuje sadržaj stranog prava. Međutim, istom se odredbom predviđa da u imovinskim stvarima (*matière patrimoniale*) teret dokazivanja stranog prava sud može prebaciti na stranke. Vidjeti Dutoit B., *Commentaire de la loi fédérale du 8 de 1987*, Bâle et Francfort sur le Main, 1996., str. 41. i dalje. Ukoliko, pak, stranke ne dokažu sadržaj stranog prava, sud će primijeniti švicarsko pravo. Vidjeti dalje: De Boer Th.M., "Facultative Choice of Law - Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law", *Recueil des cours académie de droit international*, 1996., Tome 257., str. 266.

⁶² Iako u francuskom pravu nema izričitih odredbi u tom smislu, francuska judikatura formulirala je pravilo prema kojem teret dokazivanja stranog prava pada na sud ili na stranke ovisno o vrsti predmeta spora. Vidjeti bilj. 58.

kojima se sudovima olakšava zadatak utvrđivanja stranog prava na način da se teret dokazivanja sadržaja stranog prava, u određenoj kategoriji pravnih odnosa⁶³, prebacuje na stranke.

52. Činjenica je kako ZRSZ (čl. 13.) i predložena Teza 14. omogućuju da sud zatraži od stranaka podnošenje dokaza o sadržaju stranog prava ili, pak, da to stranke samoinicijativno učine. Prema tome, i pred hrvatskim sudovima stranke mogu svojim radnjama utjecati na efikasnije i brže utvrđivanje sadržaja stranog prava. Međutim, dok prema hrvatskom pravu propust stranaka da dokažu strano pravo nema nikakvih posljedica, jer je utvrđivanje sadržaja stranog prava u načelu obveza suda, prema spomenutim rješenjima poredbenog prava ako stranke ne dokažu da je strano pravo drugačije od domaćeg, sud primjenjuje ovo posljednje.⁶⁴ Time što se teret dokaza stranog prava prebacuje na stranke, stranke svojim ponašanjem mogu utjecati na to da se strano pravo primjenjuje ili ne.

53. Iako na ovom mjestu ne možemo ulaziti u opravdanost, odnosno neopravdanost doktrine o fakultativnosti kolizijskog prava⁶⁵, pozivamo da se, uzimajući u obzir iskustva spomenutih pravnih sustava, razmisli je li opravdano hrvatsko zakonodavstvo mijenjati u smislu davanja veće slobode strankama u pogledu primjene i utvrđivanja stranog prava ili je, pak, taj složeni zadatak, kao i do sada, bolje u potpunosti zadržati u djelokrugu zadataka koji sudovima pripadaju po službenoj dužnosti.

Prijedlog za novo opće pravilo - klauzula izuzeća

54. Zbog svoje apstraktnosti, a najčešće, zbog uskoće poveznica, kolizijska pravila rezultiraju rješenjima koja se kose sa svrhom samih kolizijskih pravila (kolizijska pravednost), ali, što je još značajnije, i sa svrhom materijalnih pravila koja treba u konkretnom slučaju primijeniti (supstancijalna pravednost). Kako korigirati neprihvatljiv rezultat rigidne primjene kolizijskih pravila? Odgovor se je našao u tzv. klauzulama izuzeća (općim i posebnim). Klauzula izuzeća (*escape clause, clause d'exception, clause échappatoire, Ausnahmeklausel*) odredba je koja dopušta nadležnom organu da umjesto prava na koje upućuju kolizijska

⁶³ Teret dokazivanja stranog prava švicarski sud može prebaciti na stranke u imovinskopравnim sporovima (*en matiere patrimoniale*) (vidjeti: Dutoit B., op.cit., str. 42.), a prema francuskom običajnom pravu teret dokazivanja sadržaja stranog prava jest na strankama, osim u sporovima u kojima stranke ne mogu slobodno disponirati svojim zahtjevima (*dans les matiere ou les parties ont la libre disposition de leurs droits*), te u sporovima u kojima se primjenjuju kolizijska pravila međunarodnih konvencija (vidjeti: Audit, op.cit. str. 239.; Loussouarn Y., Bourel P., *Droit international privé*, 4. izd., Pariz 1993., str. 248. i dalje).

⁶⁴ U sporovima u kojima je teret dokaza sadržaja stranog prava prebačen na stranke, u nedostatku dokaza, švicarski sud primijenit će švicarsko pravo, vidjeti: De Boer Th.M., op. cit., str. 266.; Bucher A., *Droit international privé suisse*, Tom I/2, Bâle, Francfort sur le Main, 1995., str. 150.

⁶⁵ O fakultativnosti kolizijskog prava vidjeti поближе kod: De Boer Th.M., op. cit., str. 266. i dalje.

pravila primjeni drugo pravo s kojim sporni odnos ima najbližu vezu.⁶⁶ U takvim slučajevima klauzula izuzeća, koja inkorporira kolizijski princip najbliže veze, predstavlja sredstvo kojim se u individualnim slučajevima postiže pravednost što se ne može postići krutim kolizijskim pravilom.

55. Predlagatelji teza za novi hrvatski zakon međunarodnog privatnog prava nisu u njegovom općem dijelu predvidjeli odredbu koja bi sadržavala opću klauzulu izuzeća, već su se ograničili na formuliranje posebnih klauzula izuzeća, kao na primjer u područjima ugovornih i deliktних odnosa (teza br. 23, i teza 35. varijanta A). Da li, s obzirom na poznavanje poredbenog međunarodnog privatnog prava, te posebno stupanj poznavanja problematike međunarodnog privatnog prava, postoji od strane hrvatske judikature opravdanje za uvođenje takve opće klauzule, pitanje je koje zaslužuje dodatnu raspravu.

56. U poredbenom kolizijskom pravu česte su klauzule izuzeća koje se odnose samo na korekciju posebnih kolizijskih pravila točno određenog pravnog područja (posebne klauzule izuzeća) kao što je to slučaj kod ugovornih ili, pak, izvanugovornih odnosa. Međutim, opća je klauzula izuzeća rjeđa i nalazimo je u nekoliko nacionalnih kodifikacija međunarodnog privatnog prava: švicarskoj⁶⁷, quibeškoj⁶⁸ te nedavno donesenoj slovenskoj.⁶⁹ Iako ne izričito, klauzula izuzeća našla je svoje mjesto i u austrijskom međunarodnom privatnom pravu. Tumačeći polje primjene čl. 1. st. 1. austrijskog zakona MPP-a, austrijski Vrhovni sud tu odredbu izjednačuje sa klauzulom izuzeća.⁷⁰ Iako su primjeri kodifikacije opće klauzule izuzeća, kao što

⁶⁶ Von Overbeck A., op.cit., str. 187.

⁶⁷ Odredba čl. 15. švicarskog Zakona o MPP predviđa da se pravo, na koje upućuju kolizijska pravila tog zakona, neće iznimno primijeniti kada je, s obzirom na sve okolnosti slučaja, očito da mjerodavno pravo nema značajniju vezu sa spornim slučajem, već da je sporni odnos u bližoj vezi s nekim drugim pravom (čl. 15. st. 1.). Ovakvo odstupanje, međutim, nije dopušteno kada su mjerodavno pravo izabrale stranke (čl. 15. st. 2.).

⁶⁸ Quibeški Građanski zakon iz 1991. godine u odredbi čl. 3082. također sadrži klauzulu izuzeća. Kao i švicarski zakon tako i quibeški naglašava da se u izuzetnim situacijama, a s obzirom na sve okolnosti slučaja, mjerodavno pravo neće primijeniti kada je sporni odnos u labavoj vezi s mjerodavnim pravom, ali u uskoj s pravom neke druge države. Ni ova se odredba neće primijeniti kada su stranke izabrale mjerodavno pravo.

⁶⁹ Odredbom čl. 2. st. 1. slovenski Zakon o MPP od 1999. godine predviđa mogućnost da se, u izuzetnim situacijama, odstupi od mjerodavnog prava, kada ovo, s obzirom na sve relevantne okolnosti slučaja nije suštinski povezano sa spornim odnosom, a kada u isto vrijeme sporni odnos ima bližu vezu s nekim drugim pravom. Primjena se klauzule, kao i u švicarskom pravu, ne dopušta, međutim, u situacijama kada same stranke izabiru mjerodavno pravo (čl. 2. st. 2.).

⁷⁰ Odredba čl. 1. st. 1. austrijskog Zakona o MPP-u predviđa da će se odnositi s međunarodnim elementom regulirati prema pravu države s kojim odnos ima najjaču vezu. U svojim odlukama, a pogotovo onoj od 21. studenog 1989. godine, austrijski Vrhovni sud ističe da se princip najbliže veze ustanovljen odredbom čl. 1. ne primjenjuje samo kao pravilo za popunjavanje pravnih praznina, već i kao sredstvo tumačenja kolizijskih odredbi, čime ovoj odredbi priznaje snagu prikrivene klauzule izuzeća. Vidjeti odluku Oberster Gerichtshof, 21. 11. 1989., u *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1991., str. 305.; (vidjeti detaljnije: Kokkini - Iatridou, "Les Clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction - Le rapport général", *Exception Clauses in Conflicts of Laws and Conflicts of Jurisdiction - or the Principle of Proximity*, Dordrecht/Boston/London, 1994., str. 10. - 11.)

smo vidjeli, rijetki, brojne su doktrinalne rasprave⁷¹ o tome da li zbog pravičnosti što se osigurava takvom klauzulom možemo zanemariti visoki stupanj pravne sigurnosti koji se uvođenjem opće klauzule izuzeća dovodi u pitanje? Analizom odluka švicarske judikature u kojima je došlo do primjene klauzule izuzeća, von Overbeck⁷² jasno ukazuje na činjenicu kako odnosna klauzula predstavlja prvenstveno važno sredstvo korekcije kolizijskopravne metode tamo gdje, zbog specifičnosti slučaja, tradicionalna kolizijska pravila ne udovoljavaju svojoj svrsi. Upravo stoga mogućnost njene primjene pri izboru mjerodavnog prava povećava, a ne reducira stupanj pravne sigurnosti.

57. Očito je, dakle, da opća klauzula izuzeća ima, za sada, ograničenu primjenu u području poredbenog međunarodnog privatnog prava. Suvremene kodifikacije izvršene u Njemačkoj (1986.), Rumunjskoj (1992.) kao i Italiji (1995.) nisu slijedile švicarski primjer. Znači li to da bi i novo hrvatsko međunarodno privatno pravo trebalo automatski slijediti stajalište većine, ili je, pak, potrebno vidjeti u kojoj je mjeri opća klauzula izuzeća, koja omogućava sudovima veći stupanj elastičnosti pri izboru mjerodavnog prava, prihvatljiva i za hrvatske organe primjene.

58. Zaključno želimo još jednom podcrtati važnost provođenja široke diskusije o Tezama nacрта budućeg hrvatskog zakona o međunarodnom privatnom pravu i pozvati njihove autore da organiziraju sastanak kojem bi prisustvovali svi oni koji se kontinuirano bave proučavanjem i primjenom ove materije. Držimo da bi se na taj način pružila prilika za razmjenu različitih stajališta stručnjaka i zasigurno pridonijelo kvaliteti konačnog prijedloga teksta hrvatskog zakona o međunarodnom privatnom pravu.

⁷¹ O stajalištima pojedinih nacionalnih prava spram klauzule izuzeća vidjeti kod Kokkini-Iatridou D., (ed), op. cit.

⁷² Von Overbeck A.E., "The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law", *Yearbook on Private International Law* (ed. Šarčević/Volken), Vol. I., 1999., str. 113.

Summary

REMARKS TO THE THESIS FOR THE LAW ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF THE AUTHORS PROFESSOR KREŠIMIR SAJKO, PROFESSOR HRVOJE SIKIRIĆ AND DR. VILIM BOUČEK

For quite a long period of time a legal doctrine has contemplated on modernization of the Law on Resolution of the Conflict of Laws with legal regulations of other States in order to amend and alter the existing conflict-of-laws rules according to the contemporary solutions of comparative law. This text is intended to encourage the discussion on suggested thesis of the Law on Private International Law that would include, not only scholars who deal with the subject matter from theoretical viewpoint, but also those experts who are confronted with related issues in everyday practise. Authors analyze general provisions of the Draft Law on Private International Law.

Key words: private international law, reform, Croatia, laws.

Zusammenfassung

BEMERKUNGEN ZU DEN THESEN FÜR DAS GESETZ ÜBER INTERNATIONALES PRIVATRECHT DER AUTOREN PROF. DR. KREŠIMIR SAJKO, PROF. DR. HRVOJE SIKIRIĆ UND DOZ. DR. VILIM BOUČEK

Schon längere Zeit denkt man in der kroatischen Öffentlichkeit über eine Modernisierung des Gesetzes zur Lösung von Gesetzeskonflikten mit den Vorschriften anderer Länder nach, um so durch Ergänzungen und Veränderungen der bestehenden internationalen privatrechtlichen Beschlüsse diese mit den modernen Beschlüssen des vergleichenden Rechts in Einklang zu bringen. Mit vorliegender Arbeit soll eine breitere Diskussion über die vorgeschlagenen Thesen des Gesetzes über internationales Privatrecht angeregt werden, in die nicht nur Theoretiker, die sich nur doktrinal mit der Problematik des internationalen Privatrechts beschäftigen, einbezogen würden, sondern auch jene Fachleute, die in der Praxis Fällen mit internationalem Element begegnen.

Die Autoren analysieren die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzesentwurfs über internationales Privatrecht.

Schlüsselwörter: internationales Privatrecht, Reform, Kroatien, Gesetze.

Sommario

**OSSERVAZIONI SULLE TESI PER LA LEGGE
SUL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO DEGLI AUTORI
PROF. KREŠIMIR SAJKO, PROF. HRVOJE SIKIRIĆ E
DOTT. VILIM BOUČEK**

Per un periodo abbastanza lungo la letteratura giuridica ha affrontato la modernizzazione della Legge sulla risoluzione del conflitto di legge con le legislazioni di altri Stati, in ordine al miglioramento e al cambiamento delle regole sul conflitto di legge esistenti secondo le soluzioni contemporanee del diritto comparato. Questo saggio è volto ad incoraggiare la discussione sulle tesi espresse nella Legge sul diritto internazionale privato, che vorrebbe coinvolgere non solo gli studiosi che trattano la materia dal punto di vista teorico, ma anche quegli esperti che si confrontano con le questioni correlate nella pratica quotidiana. Gli Autori analizzano le disposizioni generali del disegno di legge relativo alla Legge sul diritto internazionale privato.

Parole chiave: diritto internazionale privato, riforma, Croazia, leggi.

KAZNENOPRAVNA ZAŠTITA AUTORSKIH DJELA ZNA NSTVENOG SADRŽAJA S POSEBNIM OSVRTOM NA ZAŠTITU OD NEOVLAŠTENE REPRODUKCIJE

Dr. sc. Davor Derenčinović, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 343.533.9

347.778

347.78.031

Ur.: 27. rujna 2000.

Pr.: 17. studenog 2000.

Pregledni znanstveni članak

Autorska djela znanstvenoga sadržaja (knjige, udžbenici, znanstveni članci, znanstvene monografije itd.) sve više postaju objektom neovlaštenog iskorištavanja. Neki oblici toga iskorištavanja imaju značaj kaznenoga djela, kao što je to slučaj s neovlaštenom reprodukcijom autorskih djela. Suprotno stanju koje proizlazi iz analize statističkih podataka kriminala na štetu autorstva (prijavljene, optužene i osuđene osobe), neovlaštena reprodukcija autorskih djela znanstvenog sadržaja, i to najčešće radi njihova daljnjeg stavljanja u promet, vrlo je česta pojava kojom, na štetu zaštićenih zakonskih interesa društvene zajednice i imovinskih prava autora, protupravnu imovinsku korist ostvaruje sve veći broj fizičkih i pravnih osoba. Imperativi kaznenopravne zaštite autorskih djela znanstvenoga sadržaja, kao originalnih doprinosa tzv. duhovnoj kulturi društva, upućuju na potrebu kvalitetnijeg određenja inkriminacija na štetu autorstva. To je potrebno i radi jasnijeg razgraničenja takvih oblika nedopuštenog korištenja autorskih djela od onih oblika koje Zakon o autorskom pravu iznimno dopušta. Predmetom ovoga članka jest kaznenopravna analiza članka 230. Kaznenoga zakona, kojim se osigurava kaznenopravna zaštita autorskim djelima znanstvenoga sadržaja od brojnih imovinskih povreda autorskoga prava, a osobito od njihova neovlaštenog reproduciranja.

Ključne riječi: *autorsko djelo znanstvenog sadržaja, autorsko pravo, neovlašteno reproduciranje.*

1. Uvodno o kaznenopravnoj zaštiti autorskoga prava

Autorsko pravo u većini država uživa visok stupanj kaznenopravne zaštite. Nije, međutim, uvijek bilo tako. Postupno se mijenjalo shvaćanje o značaju i ulozi autorskih

prava i intelektualnoga vlasništva uopće u stvaranju i očuvanju tzv. duhovne kulture društva.¹ U samom početku razvoja mehanizama pravne zaštite autorskih prava prevladavalo je shvaćanje da povrede autorskih prava predstavljaju povredu interesa njihovih nositelja i da je jedino pravno sankcioniranje takvih povreda moguće u okviru građanskoga prava. Vremenom, afirmacijom ideja o stvarnoj (ne i pravnoj!) pripadnosti autorskih djela njihovu intelektualnom tvorcu, ali istodobno i čitavoj društvenoj zajednici, autorsko je pravo sve više postajalo predmetom kaznenopravne zaštite države. U prvo vrijeme primjena kaznenopravne zaštite autorskih prava bila je izmiješana s nekim privatnopravnim elementima (npr. pokretanje i vođenje kaznenog postupka povodom privatne tužbe ovlaštenog privatnog tužitelja), no vrlo brzo ti su elementi supstituirani javnopravnim elementima kaznenoga prava kojima se ostvarivala njegova zaštitna funkcija. Ratio toga razvoja bio je jasan: ako autorska djela, kao originalni doprinosi sa svih područja ljudskoga stvaralaštva, zajednički doprinose općem društvenom razvoju, tada je normalno pružiti im posebnu zaštitu kroz najrepresivniji dio pravnoga sustava koji se manifestira u državnom pravu kažnjavanja. Općenito se može reći da pravila o zaštiti autorskih prava postoje zbog tri vrlo jednostavna razloga: nagraditi autorski kreativan rad, afirmirati dostupnosti autorskih djela javnosti i omogućiti pristup i uporabu tih djela od strane javnosti kada je to potrebno.² U zaštitnoj funkciji autorskoga prava uloga kaznenopravnih sadržaja od iznimne je važnosti. Danas je kaznenopravna zaštita autorskoga prava opća pojava i postoji u većini suvremenih kaznenopravnih poredaka. I u našem kaznenom pravu (osobito nakon stupanja na snagu Kaznenog zakona od 1.1.1998. godine) zaštita autorskih prava dobiva posebno mjesto u sistematizaciji posebnog dijela kaznenog zakona, tj. u katalogu inkriminacija. U čl. 129.-131. Kaznenoga zakona autorska se prava štite od različitih povreda (bilo da se radi o autorskim imovinskim ili autorskim moralnim pravima), a postupak povodom tih kaznenih djela provodi se po službenoj dužnosti, dakle po nadležnom državnom odvjetniku.³

Predmet ovoga članka nije integralni prikaz općenite kaznenopravne zaštite autorskih prava u našem kaznenopravnom sustavu. Koncentracija je na jednom pojavnom obliku tzv. kriminala na štetu autorstva i odgovarajućoj kaznenopravnoj reakciji na taj pojavni oblik. Riječ je o neovlaštenom reproduciranju autorskih djela znanstvenog sadržaja koje je najčešće povezano s njihovim stavljanjem u promet. Radi se, bez sumnje, o racionalnom imovinskom kriminalu,⁴ poduzetom s ciljem stjecanja zarade. U Kaznenom zakonu taj je pojavni oblik inkriminiran u čl. 230. (nedozvoljena uporaba autorskog djela ili djela umjetnika izvođača). Niz je teoretskih i praktičnih pitanja vezanih uz ovo kazneno djelo (tj. pojavni oblik koji predstavlja jedan njegov modalitet). Prvo je pitanje sadržaja neovlaštenog reproduciranja

¹ HENNINGBERG, I., *Autorsko pravo*, Zagreb, 1996., v. o prijelazu civilnopravne zaštite autorskih prava u kaznenopravnu na str. 11. i dalje.

² BRUWELHEIDE, J., *The Copyright Primer for Librarians and Educators*, Chicago, 1997., str. 32.

³ Kazneni zakon (Narodne novine 110/97.)

⁴ O pojmu racionalnog kriminaliteta v. kod HORVATIĆ, Ž., *Osnove kriminologije*, Zagreb, 1998., str. 96. i dalje.

autorskih djela - ovdje se pojavljuju pitanja koja se odnose na beznačajno djelo, neovlašteno reproduciranje radi osobne uporabe, zatim odobrenje autora itd. Drugi kompleks pitanja vezan je uz počinitelja kaznenog djela. S obzirom da kod ovog kaznenog djela gotovo uvijek po prirodi delikta sudjeluje veći broj osoba (dakle, oni koji se bave neovlaštenim reproduciranjem autorskih djela i njihovim stavljanjem u promet, oni koji takve reprodukcije koriste, zatim oni koji ih preprodaju ili dalje distribuiraju itd.), potrebno je utvrditi aktivni subjektivitet. Sljedeći niz pitanja vezan uz ovaj pojavni oblik odnosi se na obrane razlozima isključenja protupravnosti i zabludom o protupravnosti i na relevantnost takvih obrana. Radi zaključivanja o stvarnom razmjeru između ovog pojavnog oblika i njegove zastupljenosti u sudskim statistikama, potrebno je raščlaniti statističke pokazatelje i elaborirati pretpostavljivo veliku tamnu brojku u ovoj skupini kažnjivih ponašanja. Isto tako, od posebne je važnosti uspostaviti odnos između tzv. zakonske i sudske politike kažnjavanja ovog pojavnog oblika povrede autorskih prava radi ostvarivanja zakonom propisane svrhe kaznenopravnih sankcija. Ovdje je posebno važno naglasiti potrebu pojačane primjene instituta oduzimanja imovinske koristi s obzirom na kriminološke osobitosti djela i počinitelja.⁵ Na temelju provedene analize ostaje ponuditi nekoliko prijedloga *de lege ferenda* u cilju povećanja učinkovitosti kaznenopravne zaštite autorskih prava uopće, a posebno kada je o predmetnom pojavnom obliku riječ.

2. Kratak povijesni pregled kaznenopravne zaštite autorskih djela

Premda kategorija literarnog vlasništva potječe još iz doba antičke Grčke i Rima,⁶ tek je pronalazak tiskarskog stroja u XV. stoljeću doveo do učestalijeg kršenja autorskih prava i početaka razmišljanja o njihovoj pravnoj zaštiti. Autorska prava u prvo vrijeme nakon tzv. tiskarske revolucije razvijaju se iz tzv. tiskarskih (nakladničkih) povlastica kao zanatskih monopola.⁷ Sve do početka XVIII. stoljeća

⁵ O problematici oduzimanja imovinske koristi pribavljene kaznenim djelima racionalnog kriminaliteta v. zbornik sa Savjetovanja o oduzimanju koristi stečene kaznenim djelom - uloga i obveza tijela državne vlasti Republike Hrvatske, održanog 4. i 5. studenog 1999. godine u organizaciji MUP RH, Policija i sigurnost, broj 3-4/1999., osobito DERENČINOVIĆ, D., Pravna priroda instituta oduzimanja imovinske koristi i njegovo značenje u prevenciji organiziranog kriminala, str. 161., MRČELA, M., Pravni i praktični aspekti oduzimanja imovinske koristi u kaznenom postupku, str. 287. i KOS, D., Postupak dokazivanja kriminalnog porijekla imovinske koristi u praksi hrvatskih sudova, str. 304.

⁶ HENNEBERG smatra da se nedostatak posebnih pravnih pravila u rimskom pravu o osobnom pravu autora književnih djela tumači okolnošću da za takva pravna pravila nije postojala društvena potreba, budući da su autori književnih djela uživali posebne počasti i materijalne pomoći. U ranom srednjem vijeku duhovno stvaralaštvo odvijalo se osobito u redovničkim kućama u kojima su autori imali osiguranu egzistenciju, ali je njihova individualnost manje dolazila do izražaja, te je velik broj autorskih djela ostao anoniman. V. uz bilj. 1., str. 9.

⁷ GOEHNER, D., An Ethical Edge in Education: Cognizance of Copyrights and Copy Wrongs, Paper presented at the International Conference: The Social and Moral Fabric of School Life 4 October, 1997; Seattle, Washington, USA, izvor: <http://www.goehner.com/copyright.htm>

povrede autorskih prava smatra se povredama individualnih prava. Za povredu nakladničkih privilegija zainteresirana je strana eventualno mogla ishoditi naknadu štete, ali kaznenopravnih sankcija za prekršitelje nije bilo. U cilju uspostave nadzora autora nad tiskovinama, engleski je Parlament 1710. godine donio prvi zakon o autorskom pravu (tzv. Statute of Queen Anne). Taj je zakon predstavljao uzorak za izradu brojnih zakona s područja zaštite autorskih prava. Tako prvi propisi iz područja zaštite autorskih prava u Francuskoj datiraju iz 1777. godine, a Zakon-dekret o vlasništvu autora donesen je 1793. godine. U SAD je po uzoru na Englesku Zakon o autorskom pravu donesen 1790. godine.⁸ Kaznenopravna zaštita autorskoga prava u početku je bila ograničena isključivo na autorska imovinska prava, tj. pravo iskorištavanja autorskoga djela od strane autora i drugih nositelja autorskoga prava. Premda postupno ulaze u krug pravnih dobara zaštićenih kaznenim pravom, autorska prava u početku nemaju samostalni kaznenopravni značaj. Mnogi povredu autorskih prava izjednačuju s krađom odnosno prijevaram. Sličnost s krađom je u protupravnom prisvajanju tuđih stvari odnosno pravnih dobara, a s prijevaram da se drugoga dovodi u zabludu da nešto učini ili ne učini na štetu svoje ili tuđe imovine. Vremenom, odbacuje se pojam "intelektualnoga vlasništva" i prelazi se na "povredu zaštićenog dobra". Uočeno je da se povredama autorskih prava ne ugrožavaju samo imovinska prava njihovih nositelja već i posebna zaštićena vrijednost društva - individualna moć stvaranja.⁹

Jedan od značajnijih europskih zakona iz XIX. stoljeća, u kojem je predviđena kaznenopravna zaštita autorskoga prava, bio je Zakon o zaštiti vlasništva na znanstvenim i umjetničkim djelima Sjevernoameričkog saveza, od 11. srpnja 1870. koji se temelji na Pruskom zakonu iz 11. srpnja 1837. godine (1871. godine taj zakon je na snazi za područje čitave njemačke carevine). Prema odredbama toga Zakona kaznenopravnu zaštitu uživa tzv. pravo pretiskavanja tj. "mehaničko umnožavanje u zakonu spomenutih djela u namjeri njihova rasprostiranja". Odobrenje autora na pretiskavanje isključivalo je protupravnost djela, a bitan je subjektivni element djela postupanje s ciljem rasprostiranja pretiskanih djela. Prijevod se pod izvjesnim pretpostavkama smatra pretiskavanjem, ali kad je utemeljen na zakonu (odobrenje autora i plaćanje autorske naknade), štiti se kao i izvorno djelo. S pretiskavanjem je bilo izjednačeno "javno izvođenje dramskog, muzičkog ili dramsko-muzičkog djela, i to bilo u integralnom obliku ili uz neznatne izmjene." Za kazneno djelo pretiskavanja bila je predviđena novčana kazna do tri tisuće njemačkih maraka, koja se u slučaju neplaćanja zamjenjivala supletornim zatvorom. Bilo je isključeno, za razliku od mnogih drugih kaznenih djela, da povrat predstavlja osnovu za pooštavanje kazne. O tome da je kaznenopravna zaštita autorskih prava imala dijelom i privatnopravni karakter, potvrđuje i pokretanje kaznenog postupka samo povodom privatne tužbe, i to u subjektivnom roku od tri mjeseca od saznanja o počinjenom kaznenom djelu ili počinitelju. Bez obzira što je povreda autorskih prava

⁸ HATCH, G. L., *The Crime of Plagiarism: A Critique of Literary Property Law*, New York, 1992., str. 10.

⁹ LISZT, Franz von, *Njemačko krivično pravo*, udžbenik, prij. Vesnić, Beograd, 1902., str. 483.

po prvi puta sankcionirana kaznenim pravom, zakonodavac joj još nije pridavao značaj "najtežih povreda", tj. onih za čije je sankcioniranje država toliko zainteresirana da sama poduzima i vodi kazneni progon protiv počinitelja.¹⁰ Prijepori oko pravne prirode autorskih prava i njihovo svrstavanje u pretežno privatnopravnu sferu njihovih nositelja odnosno u katalog vrijednosti posebno zaštićenih kaznenim pravom, za čije je povrede predviđen i tzv. "javni progon", potvrđuju da tada, kao niti danas, ne postoje jedinstvena stajališta oko njihova mjesta u sustavu kažnjivih radnji.

U okviru međunarodne zajednice autorska prava normativno su zaštićena još krajem XIX. stoljeća. Prvi međunarodnopravni dokument kojim je bila regulirana zaštita autorskih prava bila je Bernska konvencija o zaštiti književnih i umjetničkih djela iz 1886. godine.¹¹ Ta je Konvencija dosta puta revidirana, a najznačajnije u Stockholmu 1967. godine kada je potpisana i Konvencija o ustanovljenju Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo.¹² Pod književnim i umjetničkim djelima prema čl. 2. Konvencije smatraju se svi oblici produkcije iz oblasti književnosti, znanosti i umjetnosti, i to bez obzira na njihovu formu ili način izražavanja. Ova konvencija osigurava visoki stupanj zaštite autorskih prava od njihovih najrazličitijih zloraba, pa tako i neovlaštene reprodukcije.¹³ Odredbama Bernske konvencije pravo reproduciranja određeno je kao isključivo pravo autora, no ostavljena je neodređena mogućnost da se unutarnjim zakonodavstvom država Unije predvide ograničenja toga prava koja ne smiju biti u suprotnosti sa zakonskim interesima autora i redovitim iskorištavanjem autorskoga djela.¹⁴ Osim Bernske konvencije na području zaštite autorskih prava značajna je i Univerzalna (ili Svjetska) konvencija o autorskom pravu iz 1952. godine. Revidirana je 1971. godine u Parizu pa se stoga naziva još i Pariškom konvencijom.¹⁵ Kao i Bernska, i Pariška konvencija osigurava minimum kaznenopravne zaštite autorskih prava. Kao i Bernska konvencija, tako i Univerzalna konvencija propisuje isključivo autorsko pravo davanja odobrenja za reprodukciju autorskih djela.¹⁶ Izvjesne aspekte autorskoga prava u okviru zaštite intelektualnoga vlasništva regulira i sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva, uključujući trgovinu krivotvorenom robom (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods), tzv. TRIPS sporazum koji je donesen u okviru Općeg sporazuma

¹⁰ *ibid.*, str. 484.

¹¹ *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Text, 1971.*, izvor: <http://www.law.cornell.edu/treaties/berne/overview.html>

¹² HENNEBERG, I.: Bernska konvencija za zaštitu književnih i umjetničkih djela od 1886. i njezini kasniji akti do 1971., Prinosi za poredbeno proučavanje prava i međunarodno pravo, br. 19/1983., str. 4. i dalje.

¹³ U članku 9. Bernske konvencije stipulirano je isključivo pravo reprodukcije autora književnih i umjetničkih radova u bilo kojem obliku i na bilo koji način. Nadalje, određeno je da reprodukcija tih djela u nekim posebnim slučajevima može biti dopuštena unutarnjim zakonodavstvom ukoliko ne ugrožava normalno iskorištavanje djela od strane autora i njegove zakonske interese.

¹⁴ V. uz bilj. 1., str. 92.

¹⁵ *Universal Copyright Convention as Revised at Paris on 24 Juli 1971.*, U.N.T.S. No. 13444, vol. 943, pp. 178-325., izvor: <http://www.tufts.edu/departments/fletcher/multi/texts/UNTS13444.txt>

¹⁶ V. uz bilj. 1. str. 39.

o carinama i trgovini (General Agreement on Tariffs and Trade), tzv. GATT sporazuma 1993. godine. Pod pojmom intelektualnoga vlasništva TRIPS obuhvaća i autorsko pravo, izumiteljsko pravo, industrijsko vlasništvo itd.¹⁷

3. Razrada temeljnih pojmova autorskoga prava koji uživaju kaznenopravnu zaštitu

Premda se u ovom članku bavim pretežito jednim aspektom kaznenopravne zaštite autorskih djela, i to djela znanstvenog sadržaja od neovlaštene reprodukcije, radi uvida u problematiku i terminologiju u nastavku navodim osnovne pojmove prema Zakonu o autorskom pravu ("Narodne novine", br. 53/91., 58/93., 9/99. i 76/99.) i to odredbe o autorskom djelu, autoru i autorskom pravu. U čl. 1. toga zakona propisano je da "autori književnih, znanstvenih i umjetničkih djela imaju autorsko pravo u pogledu svojih tvorevina (autorskih djela) utvrđeno ovim Zakonom."¹⁸ Predmet zakonodavne regulacije i u prvom redu zaštite, ali i pretpostavki za stjecanje i ostvarivanje autorskih prava, jesu dakle, autorska djela.¹⁹ To su materijalni supstrati, tj. osnove stjecanja autorskih prava. U zakonu je određeno da se "autorskim djelom smatra tvorevina s područja književnosti, znanosti, umjetnosti i drugih područja stvaralaštva, bez obzira na vrstu, način i oblik izražavanja, ako ovim Zakonom nije drugačije određeno." U nastavku je određena lista djela koja se imaju osobito smatrati autorskim djelom. To su pisana djela (knjige, brošure, članci i ostali napisi); govorna djela (predavanja, govori, druga djela iste prirode); dramska i dramsko-glazbena djela; koreografska i pantomimska djela čije je predstavljanje utvrđeno pismeno ili na neki drugi način te djela koja potječu iz folklor; glazbena djela, s riječima ili bez riječi; kinematografska djela i djela stvorena na način sličan kinematografskom stvaranju; djela s područja slikarstva, kiparstva, arhitekture i grafike, bez obzira na materijal od kojega su načinjena, te ostala djela likovnih umjetnosti; djela svih grana primijenjenih umjetnosti i industrijskog oblikovanja; fotografska djela i djela proizvedena postupkom sličnim fotografskom; kartografska djela (geografske karte, topografske karte i sl.); planovi, skice i plastična djela, koji se odnose na geografiju, topografiju, arhitekturu ili drugo znanstveno ili umjetničko područje i računalni programi.²⁰

U čl. 4. zakona propisano je da "pod autorskim djelom razumijevaju se i zbirke autorskih djela, kao što su: enciklopedije, zbornici, antologije, glazbene zbirke,

¹⁷ Obavijesti o sadržaju toga sporazuma v. na http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2_e.htm

¹⁸ v. čl. 1. Zakona o autorskom pravu ("Narodne novine", 23/91., 58/93., 9/99. i 76/99.)

¹⁹ "Autorsko djelo je originalna intelektualna tvorevina koju je izradila određena osoba. Sastoji se od ideje koja je konkretizirana u određenom obliku na području književnosti, znanosti, umjetnosti i drugih područja stvaralaštva. Autorskim djelom smatraju se pisana djela, govorna djela, dramska djela, dramsko-glazbena djela, glazbena djela, djela s područja slikarstva, kiparstva, arhitekture, fotografska djela itd. GORENC, V., Rječnik trgovačkog prava, Zagreb, 1997., str. 26.

²⁰ v. uz bilj. 18., čl. 3.

fotografske zbirke i sl., koje s obzirom na izbor i raspored građe, predstavljaju samostalne tvorevine, a isto tako i zbirke narodnih književnih i umjetničkih tvorevina, dokumenata, sudskih odluka, ili zbirke druge slične građe koje same po sebi ne predstavljaju zaštićena autorska djela, ako te zbirke, s obzirom na izbor, raspored i način izlaganja građe, predstavljaju samostalne tvorevine." Bez zadiranja u pravnu osnovu nositelja autorskoga prava, prema odredbama zakona pravnu zaštitu uživaju i prijevodi, prilagođavanja, glazbene obrade i druge prerade autorskih djela. To se odnosi i na prijevode službenih tekstova s područja zakonodavstva, administracije i sudova, ako ti prijevodi nisu načinjeni radi službene objave i nisu kao takvi objavljeni."²¹

Osim u zakonu navedenih djela koja se imaju osobito smatrati autorskim djelima, u sudskoj je praksi uvriježeno što se sve ima smatrati autorskim djelom. Kriterij za određivanje kvalitete autorskog djela sadržan je u sljedećem obrazloženju: "Autorskim djelom smatra se intelektualna tvorevina s područja književnosti, znanosti, umjetnosti i drugih područja stvaralaštva bez obzira na vrstu, način i oblik izražavanja."²² Da bi se odgovorilo na pitanje da li je određeno djelo autorsko djelo, potrebno je utvrditi da li se radi o originalnoj tvorevini ljudskog uma ili se pak radi o primjeni već poznatih tehničkih pravila.²³ Tako, npr., autorsko djelo može biti i model odjeće. Da bi model odjeće kao zanatski proizvod uživao autorsku zaštitu, mora u sebi sadržavati elemente originalnog stvaralaštva i time se razlikovati od ostalih proizvoda iste ili slične namjene.²⁴ Nadalje, ocijenjeno je da izbor slika (reprodukcija djela određenog slikara) popraćen tekstom predstavlja samostalnu autorsku tvorevinu.²⁵ Školski udžbenik predstavlja intelektualnu tvorevinu s područja znanosti pa njegov autor uživa autorsko-pravnu zaštitu.²⁶ Autorskim djelom smatra se i intelektualna tvorevina

²¹ *ibid.* čl. 4. i 5. U komparativnom pravu autorska su djela određena na vrlo sličan način kao u čl. 3. i 4. hrvatskog Zakona o autorskom pravu. Tako je u čl. 2. Bernske konvencije određeno da se izričaj "književno i umjetničko djelo" odnosi i na djela s područja znanosti, književnosti i umjetnosti bez obzira na način izražavanja, kao što su knjige, pamfleti, predavanja, dramski i dramsko-muzički radovi, koreografije, muzičke skladbe sa ili bez riječi, kinematografska djela, crteži, arhitektura, skulpture, litografija, fotografije, ilustracije, mape, planovi i trodimenzionalni radovi iz zemljopisa, topografije, arhitekture ili znanosti. U čl. 4. Estonskog zakona o autorskom pravu autorska zaštita obuhvaća djela s područja književnosti, umjetnosti i znanosti. Pri tome se autorsko djelo definira kao svako izvorno dostignuće iz oblasti književnosti, umjetnosti ili znanosti koje je izraženo u objektivnoj formi i može biti reproducirano ili izravno ili pomoću tehničkih pomagala. Djelo je originalno ukoliko predstavlja autorovu vlastitu intelektualnu tvorbu (kreaciju). Lista autorskih djela u čl. 4. toga zakona još je šira nego odgovarajuća lista Bernske konvencije pa stoga navodim samo nekoliko eksplikacija autorskoga djela: to su pisana djela iz područja politike, obrazovanja, znanstveni radovi ili radovi iz tzv. popularne znanosti, i to pisani ili u trodimenzionalnom obliku, kompjutorski programi, govori, predavanja, skripta, libreta, arhitektonske grafike itd., Republic of Estonia Copyright Act, (Eesti Vabariigi autorioiguse seadus, RT 1992, 49, 615; RT I 2000, 16, 109), stupio na snagu 12. prosinca 1992., izvor: <http://www.legaltext.ee/tekstid/X/en/X40022.HTM>

²² (Privredni sud Hrvatske, Pž-2416/93 od 07.12.1993. Praxis 2.).

²³ (Privredni sud Hrvatske, Pž-1963/89 10.04.1990. PSP-47.).

²⁴ (VSRH, II Rev-2/94. od 01.09.1994. Izbor 1/96.).

²⁵ (VSRH, II Rev-41/92. od 17.12.1992. Izbor 6/94.).

²⁶ (Privredni sud Hrvatske, Pž-1522/93 od 28.09.1993. Praxis 1.).

iz područja arhitekture (idejno rješenje za određeno naselje). Takvo autorsko djelo druga osoba može koristiti samo po dozvoli autora, a autor ima pravo na naknadu i pravo da bude označen kao tvorac djela.²⁷ Autorskim djelom smatra se i idejna skica i idejno rješenje (groblja) koji služe kao podloga za izradu provedbenoga urbanističkog plana.²⁸ I urbanističko rješenje može predstavljati umjetničko djelo ako je u tolikoj mjeri originalno da je već kao projekt, odnosno plan provociralo polivalentnu estetsku reakciju kod promatrača.²⁹ Čak i novostvorena sorta pšenice može predstavljati duhovnu tvorevinu izuzetnog značenja i vrijednosti.³⁰

S druge strane u sudskoj je praksi stvoren i tzv. negativni kriterij za vrednovanje što se sve ne smatra autorskim djelom. Tako npr. tekst tipskog ugovora (obrasca) nije autorsko djelo, jer se po svojoj prirodi i sadržaju ne može smatrati originalnom tvorevinom s područja književnosti, znanosti, umjetnosti i drugih područja stvaralaštva u smislu čl. 3. Zakona o autorskom pravu.³¹ Predmetom autorske zaštite ne može biti ni nadzor nad tiskanjem monografije.³² Izrada špigla, lektura i korektura te kontrola tiska ne mogu se tretirati kao autorsko djelo u smislu člana 3. Zakona o autorskom pravu jer se radi o tehničkim poslovima.³³ Izlaganje fotografiranju ili filmskom snimanju vlasnice figure ne predstavlja autorsko djelo u smislu člana 3. Zakona o autorskom pravu, niti se ovdje može govoriti o pravu koje bi bilo srodno autorskom pravu u smislu izvođenja, odnosno interpretacije literarnog ili muzičkog teksta.³⁴ Bez obzira na to što generalni regulacijski plan predstavlja duhovnu tvorevinu autora koja bi se mogla smatrati autorskim djelom, takvo djelo ne uživa autorskopravnu zaštitu ako je taj rad općina usvojila i donijela kao svoj generalni regulacijski plan. Ovo zato što u tom slučaju generalni regulacijski plan dobiva karakter normativnog akta, a normativni akti su po svojoj prirodi takvi da osobe koje su sudjelovale pri njihovoj izradi ne uživaju autorskopravnu zaštitu.³⁵

Autor djela (Autor prema Klaiću "2. mn. autora (pored auctor, 2. mn. auktor) lat. (auctor - množitelj; začetnik, osnivač) pisac, stvaralac, tvorac, osobito osoba koja je stvorila umjetničko ili naučno djelo, projekt i sl.; otkrivač, izumitelj; žen. autorica i autorka (auktorica, auktorica); prid. autorski (auktorski)) je onaj tko je djelo stvorio.³⁶ Autorom se smatra osoba čije je ime i prezime ili pseudonim na djelu označen, dok se protivno ne dokaže.³⁷ Riječ je, dakle, o osobama koje su sastavile, napisale, izgovorile, naslikale itd. originalnu duhovnu tvorevinu koja doprinosi čitavoj društvenoj zajednici. Međutim, autori nisu jedini nositelji autorskih

²⁷ (Privredni sud Hrvatske, Pž-1195/92 od 22.09.1992. Praxis 1.).

²⁸ (Privredni sud Hrvatske, Pž-119/988 od 22.08.1989. PSP-45.).

²⁹ (VPSH, Pž-2471/86 od 26.12.1987. PSP-39.).

³⁰ (VSH, Rev-18/86 od 18.12.1986. PSP-39.).

³¹ (VSRH, II Rev-10/92. od 03.12.1992. Izbor 6/94.).

³² (Privredni sud Republike Hrvatske, Pž-2368/87 od 12.01.1988. PSP-42.).

³³ (Privredni sud Republike Hrvatske, Pž-2223/88 od 15.11.1988. PSP-41.).

³⁴ (PSH, Pž-1463/88 od 18.10.1988. PSP-40/89.).

³⁵ (VSH, Rev-370/82 od 14.04.1982. PSP-21. ZSO-7/II/82.).

³⁶ KLAJČ, Bratoljub, Rječnik stranih riječi, Zagreb, 1990., str. 126.

³⁷ v. uz bilj. 18., čl. 8.

prava. Autorska su prava prenosiva, i to pravnim poslovima *inter vivos* i *mortis causa*, tako da njihovim nositeljima mogu biti i osobe kojima na temelju Zakona, oporuke ili ugovora pripadaju sva ili pojedina autorska pravna ovlaštenja koja se prema Zakonu o autorskom pravu mogu prenositi. Ovlaštenja koja taj zakon priznaje autoru pripadaju drugom nosiocu autorskog prava u granicama kojima su mu dana zakonom, odnosno u opsegu u kojemu su oporukom ili ugovorom prenesena na nosioca autorskog prava. Autor ne može ostvarivati imovinska prava koja prenese na drugoga. Nositelj autorskog prava odgovoran je za štetu koju trećim osobama uzrokuje neovlaštenim prenošenjem autorskih imovinskopravnih odnosno materijalnopravnih ovlaštenja. Odredbe Zakona o autorskom pravu koje se odnose na autora primjenjuju se i na druge nositelje autorskog prava, ako iz zakona ne proistječe što drugo.³⁸

Autorsko pravo sadrži imovinskopravna odnosno materijalnopravna ovlaštenja i osobnopravna ovlaštenja. Prva se još nazivaju i autorska imovinska prava, a druga autorska moralna prava.³⁹ Autorska imovinska prava čine prava autora na iskorištavanje djela. Autorsko djelo iskorišćuje se osobito objavom, reproduciranjem ili umnožavanjem, stavljanjem u promet, prikazivanjem, izvedbom, prenošenjem ili drugim priopćavanjem javnosti, prevođenjem, prilagođavanjem i obradom djela. Autorsko djelo može druga osoba iskorištavati samo po odobrenju autora, ako Zakonom o autorskom pravu nije drugačije određeno. Za svako iskorištavanje autorskog djela od druge osobe autoru pripada naknada, ako ovim Zakonom o autorskom pravu ili ugovorom nije drugačije određeno. Autorska moralna prava čine⁴⁰: pravo autora da bude priznat i označen kao tvorac djela, pravo autora da se usprotivi svakom deformiranju, sakaćenju ili drugom mijenjanju djela i pravo autora da se usprotivi svakoj upotrebi djela koja bi vrijeđala njegovu čast ili ugled.⁴¹

4. Kaznenopravna zaštita autorskih djela znanstvenoga sadržaja od neovlaštenog reproduciranja

Kaznenopravna zaštita navedene materije ostvaruje se primjenom relevantnih odredaba Kaznenoga zakona i Zakona o autorskom pravu. U oba zakona propisane su kaznene odredbe kojima se inkriminira niz postupaka koji predstavljaju neovlašteno iskorištavanje autorskih djela. U Kaznenom zakonu kaznena djela povrede autorskih prava nalaze se u glavi XVII. gdje su propisana kaznena djela protiv imovine. S

³⁸ ibid. čl. 12.

³⁹ YAMBRUŠIĆ, E.S., The Moral Rights in the Berne Convention, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 45 (3), Zagreb, 1995., str. 287. i dalje.

⁴⁰ Pravo vlasništva širi je pojam od običnog posjedovanja fizičkih stvari. Smedes je primijetio da "svi moralni zahtjevi autora prema vlastitoj autorskoj imovini proizlaze iz činjenice da je tu imovinu stvorio sam autor". Onaj tko je stvorio određeno djelo ima prirodno pravo vlasništva takve tvorevine. U tome je osnova sadržaja moralnih prava vezanih uz autorstvo. Cit. po SMEDES, L. B., Mere Morality: What God Expects From Ordinary People, Michigan, 1983., str. 21.

⁴¹ V. uz bilj. 18., čl. 27.

obzirom na posebnosti užeg zaštitnog objekta kod povreda autorskih prava opravdano se ukazuje na svrstavanje odnosnih kaznenih djela unutar navedene glave KZ. Ipak, imajući u vidu da autorska prava predstavljaju dio vlasništva njihova nositelja, a kako se kaznenim djelima protiv imovine na poseban način zaštićuje upravo vlasništvo, i to privatno vlasništvo kao ustavna kategorija, čini se da je glava XVII. ipak najprimjerenije mjesto u Kaznenom zakonu za inkriminiranje ovih djela.⁴² Pri propisivanju kaznenih djela u glavi XVII. Kaznenoga zakona, zakonodavac je usvojio svjetska normativna rješenja zaštite autorskih prava iz svih relevantnih međunarodnopravnih dokumenata, među ostalima, spomenuto konvencijsko pravo i Međunarodni sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva tzv. TRIPS.⁴³

Do najnovijih izmjena i dopuna Zakona o autorskom pravu iz srpnja 1999. godine, autorska su prava uživala tzv. dvostruku kaznenopravnu zaštitu. Inkriminacije gotovo istovjetnoga sadržaja bile su predviđene u čl. 229.-231. Kaznenoga zakona i u čl. 121.-123. Zakona o autorskom pravu. Unatoč dvostrukoj kaznenopravnoj zaštiti autorskih prava (moralnih i imovinskih), rečenim su odredbama dvaju zakona za ista kaznena djela bile propisane različite kazne (npr. za kazneno djelo iz čl. 121. Zakona o autorskom pravu - "Tko pod svojim imenom ili pod imenom drugog objavi, prikaže, izvede ili prenese tuđe autorsko djelo, ili dopusti da se to učini" - bila je propisana kazna zatvora u trajanju do pet godina, a za kazneno djelo iz čl. 229. st. 1. Kaznenoga zakona - "Tko pod svojim imenom ili pod imenom drugoga objavi, prikaže, izvede, prenese ili na drugi način priopći javnosti tuđe djelo koje se po zakonu smatra autorskim djelom ili dozvoli da se to učini" - propisana je novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine) i različiti režimi pokretanja i vođenja kaznenog postupka. Dok je za sva kaznena djela na štetu autorstva iz Kaznenoga zakona predviđen kazneni progon *ex officio*, u Zakonu o autorskom pravu je člankom 124. bilo propisano da se kazneni postupak za kaznena djela iz članka 121. stavka 3. i 4. /nedopušten unos dijelova tuđeg autorskog djela u svoje autorsko djelo i deformiranje, skraćivanje ili bilo kakva druga izmjena tuđeg autorskog djela/ pokreće po privatnoj tužbi. Donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o autorskom pravu od 8. srpnja 1999. godine, brisani su čl. 121.-124. i time napuštena koncepcija tzv. dvostruke kaznenopravne zaštite autorskih prava, koja je *in merito* bila nepotrebna i koja je dovodila u pitanje primjenu jednog odnosno drugog zakona. Tim je izmjenama u Zakonu u autorskom pravu u čl. 124a i 124b inkriminirano neovlašteno stavljanje u promet uređaja ili sustava za dekodiranje enkriptiranoga satelitskog signala i neovlašteni prijem enkriptiranog satelitskog signala, što predstavlja dopunu kaznenim djelima iz čl. 229.-231. Kaznenoga zakona, i to osobito čl. 231. - povreda prava proizvođača zvučne ili slikovne snimke i prava u svezi s radiodifuzijskim emisijama.

Autorsko pravo prema odredbama čl. 229.-231. Kaznenoga zakona uživa vrlo obuhvatnu kaznenopravnu zaštitu, i to kako autorska imovinska prava tako i autorska

⁴² HORVATIĆ-ŠEPAROVIĆ i suradnici, Kazneno pravo-posebni dio, Zagreb, 1999., str. 264.

⁴³ HORVATIĆ, Željko, Novo hrvatsko kazneno pravo, Zagreb, 1997., str. 470.

moralna prava.⁴⁴ Premda je predmetom ovoga članka samo zaštita autorskih imovinskih prava kroz zaštitu autorskih djela znanstvenoga sadržaja prvenstveno od neovlaštenog reproduciranja, u uvodu sasvim lapidarno spominjem i ostale odredbe koje čine tzv. autorsko kazneno pravo u užem smislu. Autorska moralna prava zaštićena su čl. 229. Kaznenoga zakona pod nazivom povreda prava autora ili umjetnika izvođača.⁴⁵ Ta se zaštita odnosi na integritet imena odnosno pseudonima autora i njegova djela. Posebnu zaštitu Kazneni zakon osigurava zaštićenim kulturnim dobrima. Kvalifikatorna okolnost je ako je počinjenjem djela pribavljena znatna imovinska korist ili je prouzročena znatna šteta, a počinitelj je postupao s ciljem pribavljanja takve imovinske koristi ili prouzročenja takve štete. Ovo je kazneno djelo kažnjivo novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine za osnovni oblik djela, a za kvalificirani oblik djela kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina. Drugo kazneno djelo iz ove skupine propisano je u čl. 230. Kaznenoga zakona - nedozvoljena uporaba autorskog djela ili izvedbe umjetnika izvođača.⁴⁶ Za razliku

⁴⁴ O kaznenopravnoj zaštiti autorskih prava v. također i KRAPAC, D., Krivičnopravna zaštita autorskog prava, Sudska praksa, 1/1985., str. 73., i 4/1985., str. 82.

⁴⁵ (1) Tko pod svojim imenom ili pod imenom drugoga objavi, prikaže, izvede, prenese ili na drugi način priopći javnosti tuđe djelo koje se po zakonu smatra autorskim djelom ili dozvoli da se to učini, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine.

(2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se tko bez navođenja imena ili pseudonima autora objavi, prikaže, izvede, prenese ili na drugi način priopći javnosti tuđe djelo iz stavka 1. ovoga članka na kojemu je označeno ime ili pseudonim autora ili na nedozvoljen način unese dijelove tuđeg djela iz stavka 1. ovoga članka u svoje autorsko djelo ili dozvoli da se to učini.

(3) Ako je kazneno djelo iz stavka 1. i 2. ovoga članka počinjeno prema zaštićenom kulturnom dobru, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od šest mjeseci do tri godine.

(4) Tko uništi, izobliči, nagrđi ili na drugi način bez odobrenja autora, izmijeni tuđe djelo iz stavka 1. ovoga članka, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine.

(5) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se tko bez navođenja imena ili pseudonima umjetnika izvođača, osim ako umjetnik izvođač želi ostati anonimn, objavi, prikaže, prenese ili na drugi način priopći javnosti njegovu izvedbu.

(6) Kaznom iz stavka 3. ovoga članka kaznit će se tko uništi, izobliči, nagrđi, sakati ili na drugi način, bez odobrenja umjetnika izvođača, izmijeni snimljenu izvedbu umjetnika izvođača iz stavka 4. ovoga članka.

(7) Ako je počinjenjem kaznenog djela iz stavka 1., 2., 3., 4. i 5. ovoga članka pribavljena znatna imovinska korist ili je prouzročena znatna šteta, a počinitelj je postupao s ciljem pribavljanja takve imovinske koristi ili prouzročenja takve štete, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

⁴⁶ (1) Tko bez odobrenja autora ili drugog nositelja autorskog prava, odnosno osobe koja je ovlaštena dati odobrenje, kada je odobrenje prema odredbama zakona potrebno, ili protivno njihovoj zabrani, utvrdi na materijalnu podlogu, reproducira, umnoži, stavi u promet, iznajmi, uveze, prenese preko granične crte, prikaže, izvede, odašilje, prenese, učini dostupnim javnosti, prevede, prilagodi, obradi, preradi ili na drugi način uporabi autorsko djelo, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine.

(2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se tko bez odobrenja umjetnika izvođača, odnosno osobe koja je ovlaštena dati odobrenje, kada je odobrenje prema odredbama zakona potrebno ili protivno njihovoj zabrani, snimi, reproducira, umnoži, stavi u promet, iznajmi, uveze, prenese preko granične crte, prikaže, izvede, odašilje, prenese, učini dostupnim javnosti ili na drugi način uporabi izvedbu umjetnika izvođača.

od prethodnoga članka, ovim se štite autorska imovinska prava od neovlaštenog reproduciranja, umnožavanja, prikazivanja, stavljanja u promet itd. Posebno je kažnjivo stvaranje ili uporaba opreme ili sredstava kojoj je osnovna ili pretežna namjena omogućiti neovlašteno otklanjanje ili osujećivanje kojeg tehničkog sredstva ili računalnog programa namijenjenog zaštiti prava autora ili umjetnika izvođača od neovlaštene uporabe. Kod ovog kaznenog djela predviđena je i obvezna primjena sigurnosne mjere oduzimanja predmeta iz čl. 80. Kaznenoga zakona. Kvalifikatorna okolnost i kazne identične su onima iz čl. 229. U čl. 231. propisano je kazneno djelo povrede prava proizvođača zvučne ili slikovne snimke i prava u svezi s radiodifuzijskim emisijama.⁴⁷ Kod ovog kaznenog djela radi se o neovlaštenim zadiranjima u nosače zvuka i slike i to emitiranjem, neovlaštenim umnožavanjem, stavljanjem u promet itd. Kažnjivo je i neovlašteno reemitiranje radiodifuzijskih emisija (st. 2.). Kao i u prethodnim člancima kvalifikatorne su okolnosti pribavljena znatna imovinska korist i prouzročena znatna šteta, ako je počinitelj djelovao s ciljem pribavljanja takve koristi ili prouzročenja takve štete. Propisana je i sigurnosna mjera obveznog oduzimanja predmeta koji se po oduzimanju imaju uništiti.

(3) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se tko u namjeri da omogućiti neovlaštenu uporabu autorskog djela ili izvedbe umjetnika izvođača proizvede, uveze, prenese preko granične crte, stavi u promet, iznajmi, omogućiti drugome uporabu ili korištenje bilo koje vrste opreme ili sredstava kojoj je osnovna ili pretežna namjena omogućiti neovlašteno otklanjanje ili osujećivanje kojeg tehničkog sredstva ili računalnog programa namijenjenog zaštiti prava autora ili umjetnika izvođača od neovlaštene uporabe.

(4) Osoba kod koje se zateknu predmeti koji su bili namijenjeni ili uporabljeni za počinjenje ili su nastali počinjenjem kaznenog djela iz stavka 1., 2. i 3. ovoga članka, a ona je to znala, mogla ili bila dužna znati, kaznit će se novčanom kaznom do sto dnevnih dohodaka ili kaznom zatvora do šest mjeseci.

(5) Ako je počinjenjem kaznenog djela iz stavaka 1., 2. i 3. ovoga članka pribavljena znatna imovinska korist ili je prouzročena znatna šteta, a počinitelj je postupao s ciljem pribavljanja takve imovinske koristi ili prouzročenja takve štete, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od 6 mjeseci do pet godina.

(6) Predmeti koji su bili namijenjeni ili uporabljeni za počinjenje kaznenog djela ili su nastali počinjenjem kaznenog djela iz stavka 1., 2. i 3. ovoga članka oduzet će se i uništiti.

⁴⁷ (1) Tko bez odobrenja proizvođača zvučne ili slikovne snimke, kada je odobrenje prema odredbama zakona potrebno, ili protivno njihovoj zabrani, emitira, umnoži izravno ili neizravno njihovu zvučnu ili slikovnu snimku, zvučnu ili slikovnu snimku neovlašteno stavi u promet, iznajmi, uveze, prenese preko granične crte ili učini dostupnim javnosti, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine.

(2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se tko bez odobrenja nositelja prava u svezi s radiodifuzijskim emisijama, kada je prema zakonu takvo odobrenje potrebno, ili protivno njihovoj zabrani, reemitira emisiju, ili snimi, umnoži ili stavi u promet snimku njezine emisije.

(3) Ako je počinjenjem kaznenog djela iz stavka 1. i 2. ovoga članka pribavljena znatna imovinska korist ili je prouzročena znatna šteta, a počinitelj je postupao s ciljem pribavljanja takve imovinske koristi ili prouzročenja takve štete, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

(4) Predmeti koji su bili namijenjeni ili uporabljeni za počinjenje kaznenog djela ili su nastali počinjenjem kaznenog djela iz stavka 1., 2. i 3. ovoga članka, oduzet će se i uništiti.

5. Raščlamba relevantnih elemenata kaznenog djela iz čl. 230. Kaznenoga zakona

Počinitelj kaznenog djela iz čl. 230. KZ može biti svaka osoba. Dakle, radi se o općem kaznenom djelu (*delictum communium*) za čije se počinjenje ne traži posebno svojstvo osobe počinitelja. Prema općim odredbama o aktivnom subjektivitetu u hrvatskom kaznenom pravu počinitelji kaznenih djela mogu biti samo fizičke osobe. Odgovornost pravnih osoba postoji u pozitivnom prekršajnom pravu odnosno pravu privrednih prijestupa.⁴⁸ Također je i u Prijedlogu zakona o prijestupima i prekršajima predviđena odgovornost pravne osobe za prijestupe (u načelu akcesorna tj. ovisna o krivnji odgovorne osobe) i prekršaje (u načelu samostalna tj. neovisna o krivnji odgovorne osobe u pravnoj osobi).⁴⁹ To implicira moguću odgovornost pravnih osoba za povrede autorskih prava koje su propisane kao prijestupi odnosno prekršaji, no i po tom konceptu pravne bi osobe ostale izvan dosega članka 230. Kaznenoga zakona.⁵⁰ Ponekad je utvrditi aktivnog subjekta kaznenog djela iz čl. 230. Kaznenog zakona vrlo jednostavno, a ponekad zbog brojnih pravnih i stvarnih zapreka to može predstavljati problem. S obzirom da se neovlaštenim reproduciranjem autorskih djela i njihovim stavljanjem u promet uglavnom bave trgovačka društva (to su uglavnom društva s ograničenom odgovornošću), mogu se pojaviti problemi u vezi s utvrđivanjem odgovorne osobe ili odgovornih osoba. Često se, naime, događa, da u općem aktu pravne osobe kao odgovorna osoba bude navedena ona osoba koja uopće ne može počiniti konkretno kazneno djelo (npr. vozač), i to u cilju izbjegavanja odgovornosti odgovorne osobe.⁵¹ Zato kod utvrđivanja odgovorne osobe ne bi trebalo koristiti normativne već faktične kriterije, tj. odgovornom osobom smatrati osobu koja ima pravo zastupanja pravne osobe, koja ima ovlast odlučivanja o najvažnijim pitanjima iz djelokruga aktivnosti pravne osobe, koja odlučuje o mjerama poslovne politike, ima uvid i utjecaj na raspodjelu financijskih sredstava itd. Dosta je situacija kod kojih je odgovorna osoba osnivač pravne osobe i ujedno jedini zaposlenik. S druge strane, sve je više trgovačkih društava koja se bave uslugama fotokopiranja, skeniranja itd., koja uz odgovornu osobu imaju i niz zaposlenika koji u njima rade.

⁴⁸ NOVOSELEC, P., Kaznenopravna odgovornost pravnih osoba u budućem hrvatskom kaznenom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 6/1999.

⁴⁹ O tome detaljnije kod DERENČINOVIĆ, D., O nekim novostima u materijalnom dijelu Nacrta Zakona o prijestupima i prekršajima, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 6., br. 2/1999., str. 461.

⁵⁰ Prema članku 82. Estonskog zakona o autorskom pravu propisana je paralelna odgovornost pravne i fizičke osobe za povrede autorskih prava neovlaštenim reproduciranjem. Pri tome fizička osoba za rečene povrede odgovara kazneno, a pravna osoba prekršajno. Pravna osoba može biti kažnjena za prekršaj kaznom od 20000-50000 kruna, dok su teže novčane kazne (globe) propisane za daljnju prodaju ilegalnih kopija, javno prikazivanje autorskog djela, uklanjanje zaštitnih sustava namijenjenih ilegalnoj reprodukciji autorskih djela itd. v. uz bilj. 17. Slično i Zakon o zaštiti autorskih prava Ruske Federacije u članku 48. predviđa paralelnu odgovornost pravnih i fizičkih osoba. Izvor: <http://www.spb.ru/rulesreg/3/copy.html>

⁵¹ Na to upozorava i BATINICA, M., v. Komentar zakona o prekršajima s izborom sudske prakse, Rijeka, 1996., str. 55.

To dovodi do toga da su upravo te osobe fizički izvršitelji svih radnji na čije je izvršenje pravna osoba ovlaštena, no i na one na koje nije ovlaštena.

S obzirom na to moguće su različite kombinacije u vezi s kaznenom odgovornosti unutar pravne osobe kada je o kaznenom djelu iz čl. 230. KZ riječ. Tako npr. ako se radi o prethodnom dogovoru za počinjenje djela između odgovorne osobe (npr. direktora pravne osobe) i zaposlenika, tj. fizičke osobe koja neposredno ostvaruje zakonska obilježja kaznenoga djela, primjenjuju se odredbe o supočiniteljstvu. Eventualno mogla bi doći do primjene pravila o poticanju kada je o odgovornoj osobi riječ, no kriminalni značaj obje kriminalne figure daje za pravo konstatirati da obje sudjeluju u radnji počinjenja kaznenoga djela, i to jedna od njih činjenjem, a druga nečinjenjem čije je značenje istovjetno kažnjivom činjenju. Ove su osobe supočinitelji i na njih se primjenjuju relevantne odredbe Kaznenoga zakona o supočiniteljstvu. Najčešće se i radi o takvim dogovornim situacijama kada je riječ o neovlaštenoj reprodukciji autorskih djela, u kojima supočinitelji prije početka radnje počinjenja dijele uloge, dogovaraju *modus operandi*, metode prikrivanja djela, ugovaraju pojedinosti diobe zarade itd. Pod navedenim uvjetima, dakle ako je dokazan "kriminalni dogovor" odgovorne osobe i zaposlenika (jednog ili više njih), može postojati kažnjivost za kazneno djelo iz čl. 332. KZ (dogovor za počinjenje kaznenog djela), i to čak i ako djelo iz čl. 230. ne bude niti započeto. Međutim, mora se raditi o "kriminalnom dogovoru" za počinjenje kvalificiranog oblika djela iz čl. 230. st. 5. (dakle kada se navedene osobe dogovaraju pribaviti znatnu imovinsku korist ili prouzročiti znatnu štetu) jer je po kriteriju zapriječene kazne (kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina) samo za taj oblik djela kažnjiv dogovor iz čl. 332. No ako dođe do počinjenja djela iz čl. 230. st. 5. (dovoljan je i kažnjivi pokušaj!), dakle do realizacije "kriminalnoga dogovora" odgovorne osobe i zaposlenika, tada nema mjesta primjeni odredaba o realnom stjecaju jer kazneno djelo iz čl. 230. po osnovi nekažnjivog prethodnog djela konzumira dogovor iz čl. 332. Kaznenoga zakona.

Druga je zamisliva situacija pozicije zaposlenog (ili zaposlenih) koji se može braniti da je ostvario obilježja djela, ali da to nije učinio svojevoljno već povodom prijetnje odgovorne osobe, tj. poslodavca. Mora se raditi o ozbiljnoj prijetnji, tj. stavljanju zla u izgled, koja je prema objektivnim, ali i subjektivnim kriterijima, podobna izazvati pokoravanje naredbama odgovorne osobe. Obrana bi se mogla temeljiti na nekoj vrsti krajnje nužde zbog kaznenog djela počinjenog po naredbi pretpostavljene osobe. Međutim, prijetnja bi morala poprimiti izgled takvoga zla (i to neskrivljenog zla) da je s obzirom na težinu posljedice prosječnom čovjeku nemoguće istu ne izvršiti. U praksi će dolaziti vrlo rijetko do takvih situacija koje bi mogle imati sličnosti s krajnjom nuždom. Najteža je prijetnja koju odgovorna osoba može uputiti zaposleniku (osim dakako prijetnji vezanih napadom na njezin život i tijelo, imovinu i sl.) prijetnja da će, ako ne postupi prema nalogu (tj. ne pristupi neovlaštenom reproduciranju i stavljanju u promet autorskih djela znanstvenoga sadržaja), eventualno dobiti otkaz. Niti po testu objektivnih kriterija niti prema subjektivnim kriterijima gubitak posla kao prijeteće zlo nije po svojoj težini i pravnim učincima jednak zlu koje se počinja - tj. kaznenom djelu iz čl. 230. Kaznenoga zakona. U balansiranju konkurirajućih povreda, povreda kaznenoga zakona gotovo uvijek je veće zlo od zla koje je prijetilo, čime se isključuje mogućnost obrane krajnjom nuždom ili prijetnjom.

Kazneno djelo iz čl. 230. Kaznenoga zakona je formalno kazneno djelo, što

znači da se iscrpljuje u radnji i da posljedica nije obilježje bića djela. To je važno radi utvrđivanja početka tijeka zastare pokretanja i vođenja kaznenog postupka, određenja vremena i mjesta počinjenja djela itd. Pokušaj djela nije kažnjiv kada se radi o stavku 1. Kažnjiv je samo pokušaj kaznenog djela iz čl. 230. stavak 5.⁵² Prvi bitni element zakonskog opisa je u nepostojanju odobrenja autora ili drugog nositelja autorskog prava odnosno osobe koja je ovlaštena dati odobrenje, kada je odobrenje prema odredbama zakona potrebno, ili u postojanju zabrane. Odobrenje autora se ne presumira. Ono mora biti pismeno očitovano (najčešće u kontraktualnoj formi). Svako od opisanih djelovanja iz st. 1. bez odobrenja autora predstavlja djelovanje bez pravne osnove, dakle bez ovlaštenja. Osim autora, ovlast za davanje odobrenja imaju i drugi nositelji autorskoga prava (npr. nasljednici) i druge osobe koje su ovlaštene dati odobrenje. Ako odobrenje nije dano, presumira se zabrana uporabe autorskih prava.

Oblici radnje počinjenja su: a) utvrđenje na materijalnu podlogu, b) reproduciranje, c) umnožavanje, d) stavljanje u promet, e) iznajmljivanje, f) uvoz, g) prenošenje preko granične crte, h) prikazivanje, i) izvedba, j) odašiljanje, k) prenošenje, l) izlaganje u javnosti, lj) prevođenje, m) prilagodba, n) obrada, o) prerada. Ostavljena je i generalna klauzula (primjer dopuštene analogije u Kaznenom zakonu) kojom je ostavljena mogućnost da se njome obuhvate i drugi oblici nedozvoljene uporabe autorskog djela ili izvedbe umjetnika izvođača. Reproducirati po Klaiću znači "činiti reprodukciju nečega, ponovno izvoditi tuđe djelo; obnavljati, nanovo učiniti, oponašati, nasljedovati, imitirati, raditi po uzorku; preštamovati, kopirati, učiniti novi otisak (po starom); množiti, umnožavati, rasplodivati."⁵³ Iz ovoga je razvidno da neovlaštena reprodukcija obuhvaća i neovlašteno umnožavanje, tako da se čini da je umnožavanje kao dio zakonskog opisa zapravo nepotrebno jer je obuhvaćeno višim rodnim pojmom reprodukcije.⁵⁴ Reprodukcijska je moguća kod svih autorskih djela. Kod umjetničkih autorskih djela ona se javlja kao individualno stvaranje kopija umjetničkih djela koje su vjerne izvorniku, a kod znanstvenih autorskih djela ona isto tako može imati oblik individualnog stvaranja kopije (npr. vrijednih i starih znanstvenih djela koja nisu dostupna javnosti legalnim tržištem), ali se češće radi o stvaranju većeg broja preslika, inače dostupnih na legalnom tržištu, radi njihova stavljanja u promet i ilegalne komercijalizacije. Sama po sebi neovlaštena reprodukcija ne mora uvijek predstavljati

⁵² Drugačije je prema čl. 106. njemačkoga Zakona o autorskim i srodnim (susjedskim) pravima u kojem je zapriječena kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna, ali je posebno propisana kažnjivost pokušaja (*der Versuch ist strafbar*), Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, BgBl, I 842, § 106. Unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke.

⁵³ v. uz bilj. 36., str. 1156.

⁵⁴ Unatoč tome i u Kaznenom zakonu i u Zakonu o autorskom pravu usporedno se navode i umnožavanje i reprodukcija kao u biti različiti pojmovi. U komparativnom pravu nalazimo i pojam reprodukcije (napr. čl. 9. Bernske konvencije) i pojam umnožavanja (tako u § 106. Urheberrechtsgesetz stoji "*vervielfältigen*", dakle umnožavanje). HENNEBERG govori o pravu umnožavanja ili pravu reproduciranja i negativnim stranama tih prava. To pravo definirano je kao, u pravilu, isključivo pravo izrade jednog ili više primjeraka autorskog djela na bilo koji način i u bilo kojem obliku. Primjerci djela nastaju fiksiranjem na materijalnu podlogu." op. cit. uz bilj. 1., str. 91.

kazneno djelo iz čl. 230. Kaznenog zakona. Postoje, naime, brojne situacije neovlaštene (u smislu postojanja autorova odobrenja), ali zakonom dopuštene reprodukcije. Prema Zakonu o autorskom pravu iznimno je bez odobrenja autora dopušteno objavljivanje i reproduciranje pojedinih dijelova književnoga, znanstvenoga ili umjetničkog djela u svrhe nastave, zatim reproduciranje u novinama i povremenim publikacijama pojedinih aktualnih fotografija, ilustracija, tehničkih nacrti i sl., objavljenih u drugim novinama i povremenim publikacijama, potom reproduciranje umjetničkih djela izloženih na ulicama i trgovima, osim ako je reprodukcija kiparskog djela dobivena otiskom iz kalupa, reproduciranje već objavljenog djela izvršeno radi osobnog usavršavanja, ako reprodukcija nije namijenjena ni pristupačna javnosti itd.⁵⁵ Nema, dakle, svaka reprodukcija kriminalni značaj, već samo ona koja se poduzima bez odobrenja autora (kada je to odobrenje prema zakonu potrebno) i mimo odredaba Zakona o autorskom pravu o dozvoljenoj reprodukciji bez odobrenja autora (te sa ili bez plaćanja autorske naknade).⁵⁶ Posebno je zanimljiva mogućnost reproduciranja autorskih djela književnoga, znanstvenoga ili umjetničkog djela u svrhe nastave. Važno je naglasiti da je na taj način dopušteno reproducirati samo pojedine dijelove odnosnih djela, a ne čitava djela. Zakon ne precizira kada je takva reprodukcija dopuštena, već samo navodi da reprodukcija mora biti poduzeta u svrhu nastave. Tu odredbu trebalo bi tumačiti vrlo restriktivno i ne smatrati kažnjivim, primjerice, fotokopiranje jednog manjeg dijela autorskog znanstvenog rada (npr. nedostupnog na domaćem tržištu) u manjem broju primjeraka koji se dijele polaznicima određenog poslijediplomskog studija. Tada je jasno da se radi o potrebama nastave, reproduciranju samo pojedinih autorskih dijelova, i to radi nemogućnosti ili teškoća (dugotrajnosti) u vezi s nabavom toga djela na domaćem tržištu. Kod nedopuštene će se reprodukcije raditi o tome da se ona poduzima radi stavljanja u promet autorskoga djela i radi izlaganja javnosti.⁵⁷ Okolnost da se neovlašteno

⁵⁵ v. uz bilj. 18., čl. 47. i 48.

⁵⁶ U glavi IV. Estonskog zakona o autorskom pravu propisana je iznimna dopustivost reproduciranja autorskih djela bez odobrenja autora. Radi se o ograničenju materijalnih prava autora (limitation of economic rights of the author) koja se manifestiraju u slobodnoj uporabi (free use) autorskih djela koja obuhvaća i njihovu reprodukciju. Mora se, međutim, raditi o reprodukciji koja je opravdana konkretnom svrhom (edukacijskom, znanstvenom, sudbenom itd.) i koja nije poduzeta u komercijalne svrhe. Tako je u čl. 19. toga zakona propisano: "the use of a lawfully published work or parts thereof for the purpose of illustration for teaching or scientific research to the extent justified by the purpose and on condition that such use is not carried out for commercial purposes.", v. uz bilj. 21. I člankom 20. Zakona o autorskom pravu Ruske Federacije propisana je iznimna dopustivost reprodukcije autorskih djela bez odobrenja autora i bez plaćanja odgovarajuće autorske naknade (ali uz obvezno navođenje podataka o autoru). I ovdje su glavni kriteriji te iznimnosti društveno korisna svrha zbog koje se reprodukcija poduzima (u svrhe nastave, istraživanja, vođenja sudskog postupka itd.), opseg djela koji može biti reproduciran (u pravilu nije dopušteno reproducirati autorska djela u njihovu punom opsegu, već samo određene dijelove), broj reprodukcija (samo jedna kopija) i reproduciranje koje se ne poduzima u komercijalne svrhe, dakle radi zarađe. V. uz bilj. 50.

⁵⁷ Ključni pojam iznimne dopustivosti reproduciranja autorskih djela bez odobrenja autora i plaćanja odgovarajuće naknade je "poštena uporaba" (fair use). To je uporaba koja nije komercijalna i koja je poduzeta u društveno korisne svrhe. Standard "poštene uporabe" autorskih djela u više je

reproduciranje i prodaja autorskih djela čine u pravnoj osobi u kojoj je autor zaposlen (npr. u fakultetskoj fotokopiraonici) nije od utjecaja na postojanje kaznenoga djela. Eventualnu protupravnost toga djela može isključiti samo odobrenje autora. Ovdje ne bi trebalo miješati ovlaštenja pravne osobe poslodavca kada se radi o autorskim djelima iz radnog odnosa s protupravnim iskorištavanjem autorskoga djela od strane pravne osobe u kojoj je autor zaposlen. U odredbama čl. 19.-24. Zakona o autorskom pravu propisana su neka ograničenja autorskog prava u korist pravne osobe u kojoj je autor zaposlen ili u korist drugog autora poslodavca. Ta ograničenja, koja se sastoje u pravu pravne osobe ili poslodavca autora da pet godina iskorištavaju autorsko djelo što ga je u izvršenju svoje radne obveze stvorio zaposlenik u toj pravnoj osobi, i to bez prethodne autorizacije, moraju biti predviđena ugovorom o zapošljavanju ili kolektivnim ugovorom. Ona su dakle ograničena vremenski (ne mogu trajati dulje od pet godina) i formalno uvjetovana (u ugovoru o zapošljavanju ili kolektivnom ugovoru). Isto tako, za takvo iskorištavanje autorskog djela, autoru pripada i autorska naknada u visini koja je "razmjerna doprinosu što ga je korištenje njegova djela imalo na povećanje dohotka odnosno dobiti ili na obavljanje djelatnosti i izvršavanje zadaća te pravne osobe."⁵⁸ Pravo objavljivanja autorskoga djela stvorenog u radnom odnosu obuhvaća pravo na objavljivanje jednog bibliografskog izdanja odnosno pravo na jedno umnožavanje.⁵⁹ Iz ovoga proizlazi da se ograničenje autorskoga prava odnosi samo na autorska djela nastala u okviru radne obveze i da je jedno umnožavanje odnosnog autorskog djela dopušteno samo ako je pravna osoba ili drugi poslodavac autora u roku određenom ugovorom o zapošljavanju ili

navrata raspravljan u američkoj sudskoj praksi i upravo je kroz judikaturu formiran sadržaj i opseg toga standarda. Najpoznatiji takav postupak Inc. Princeton University Press v. Michigan Document Services Inc. vođen je 1996. godine pred Apelacijskim sudom Savezne države Michigan. Tužitelj, Sveučilište Princeton, pokrenulo je postupak protiv MDS radi kršenja autorskog prava i tzv. "fair use". MDS je zapravo djelovao kao neka vrsta legalne fotokopiraonice različitih zaštićenih autorskih djela, ali i drugih izvora (npr. novinskih članaka i sl.). Prije početka praktične nastave profesori bi odabrali određene sadržaje i dostavili ih MDS sa naznakom broja studenata koji pohađaju nastavu. Studentima je ostavljeno na izbor kupiti skripta s tim materijalima u MDS ili ih pribaviti na neki drugi zakoniti način. U konkretnom slučaju profesori su MDS dostavili 6 izvadaka iz 6 zaštićenih autorskih djela. MDS je dostavljene izvatke fotokopirao u dovoljnom broju primjeraka, uvezao i kao skripta prodavao studentima sveučilišta. Nikome osim studentima ovi materijali nisu bili dostupni. Protiv MDS izdavač spomenutih djela (Sveučilište Princeton) podigao je tužbu radi povrede autorskih prava jer je ekscerpte tih djela reproducirao bez pristanka izdavača i bez plaćanja naknade koja se dijeli između izdavača i autora. Sud prvoga stupnja je smatrao da je MDS odgovoran za povrede i potvrdio je osnovanost tužiteljeva zahtjeva za naknadu štete. Apelacijski sud savezne države Michigan, naprotiv, ocijenio je kako u konkretnom slučaju nema kršenja "fair use" standarda reproduciranja autorskih djela bez odobrenja autora (stipuliranog u § 107. 17. US Code). *Ratio legis* ustavne odredbe o zaštiti autorskih djela (Constitution Copyright Clause) nije, prema mišljenju suda, u obogaćivanju autora i izdavača, već u afirmaciji napretka znanosti kroz dostupnost autorskih djela kao javnoga dobra društvene zajednice. Osim toga, okolnost da je izdavač podigao tužbu radi samo šest ekscerpata autorskih djela, a dnevno tisuće takvih djela sa znanjem izdavača (sveučilišta) prolazi kroz MDS (bez ikakve komercijalne koristi za profesore, autore i izdavače), njihovu tužbu čini neosnovanom. 1996. U.S. App. LEXIS 7474 /6th Cir. 1996./., izvor: <http://www.lawlib.uh.edu/faculty/CJoyce/michdc.html>

⁵⁸ v. uz bilj. 18., čl. 20.

⁵⁹ ibid. čl. 21.

kolektivnom ugovoru (a koji ne može biti duži od pet godina) to autorsko djelo prethodno objavila. *A contrario*, ako je autor djelo sam objavio (odnosno preko određene izdavačke kuće), tada pravna osoba u kojoj je zaposlen nema pravo niti na jedno umnožavanje odnosno reprodukciju bez autorova odobrenja.

Oblik krivnje za počinjenje kaznenog djela iz članka 230. Kaznenoga zakona jest namjera.⁶⁰ Najčešće će to biti izravna namjera. Počinitelj je svjestan djela i hoće njegovo počinjenje. S obzirom da se kod neovlaštene reprodukcije autorskih djela znanstvenoga sadržaja (najčešće radi njihova stavljanja u promet) uglavnom radi o djelima koja se dodatno oglašavaju, tj. reklamiraju u sredinama za koje postoji pretpostavka da se radi o potencijalnom tržištu (npr. fotokopiraonice javno reklamiraju mogućnost kupnje kopija fakultetskih udžbenika na oglasnim pločama fakulteta ili u novinama itd.), dokazivanje namjere ne bi trebalo predstavljati osobit problem. Tome u prilog je i tzv. oprema neovlaštenih reprodukcija koja uključuje različita grafička rješenja, uvez, veličinu sloga itd. Moguća obrana okrivljenika mogla bi, kada je riječ o nekim izdanjima, podsjećati na oblik krajnje nužde. Tako npr. kada se radi o prodaji fotokopija udžbenika koji već dugo nisu u prodaji, niti ih se može kupiti u antikvarijatima, a studenti su ih obvezni koristiti u pripremanju ispita. Isto se pitanje postavlja i kada se radi o komercijalnom fotokopiranju starih naslova koji se također ne mogu naći na tržištu bilo da su davno rasprodani, bilo da se radi o unikatnim djelima. S obzirom da su takva autorska djela dostupna svima pod jednakim uvjetima u bibliotečnom fondu sveučilišne ili fakultetskih te nekih drugih knjižnica, čini se da nema opravdanja pozivanju na krajnju nuždu okrivljenika jer su potencijalno zainteresiranim osobama spomenuti naslovi dostupni pod određenim uvjetima. Štoviše, kada se radi o tzv. rijetkim djelima tj. starijim naslovima, razumljivo je da nije dopušteno njihovo iznošenje iz kruga knjižnice, pa bi njihovo eventualno uzimanje radi neovlaštenog reproduciranja predstavljalo ne samo povredu autorskih prava nego i oduzimanje tuđe pokretne stvari, a ako su ispunjene subjektivne pretpostavke cilja prisvajanja tuđe pokretne stvari, tada i tešku krađu.⁶¹ Osim s izravnom, kazneno djelo iz članka 230. Kaznenoga zakona moguće je počiniti i s neizravnom namjerom (voluntativna komponenta kao pristajanje na posljedicu). Tako npr. počinitelj može biti nesiguran u pogledu okolnosti da li je prošao zakonski rok po isteku kojeg prestaje autorsko pravo na djelo (po hrvatskom Zakonu, kao i većini kontinentalnih zakona o autorskom pravu, to je 50 godina od smrti autora), ali bez obzira na tu nesigurnost može pristupiti reproduciranju djela. U tom slučaju, ako tih 50 godina nije prošlo, počinitelj je počinio djelo iz članka 230. stavak 1. Kaznenoga zakona s neizravnom namjerom (*dolus eventualis*).⁶²

U vezi sa subjektivnim elementom kaznenog djela iz čl. 230. Kaznenoga zakona postavlja se pitanje obrane okrivljenika pozivanjem na zabludu o protupravnosti.

⁶⁰ Tako i HENNEBERG, v. uz bilj. 1. str. 147.

⁶¹ Čl. 217. st. 2. t. 3. Kaznenoga zakona: "ako je ukradeno kulturno dobro ili stvar od znanstvenog, umjetničkog, povijesnog ili tehničkog značenja, ili se nalazi u javnoj zbirci, zaštićenoj privatnoj zbirci ili je izložena za javnost."

⁶² Tako i u obrazloženju uz § 106. Urheberrechtsgesetz: "Es gelten die allgemeinen Regeln, insbesondere ist bedingter Vorsatz ausreichend," v. uz bilj. 52., str. 53.

Mogu li se osobe koje neovlašteno reproduciraju znanstvena djela radi njihova stavljanja u promet pozivati na neotklonjivu zabludu o protupravnosti koja isključuje krivnju? Svakako da ne mogu jer se radi o osobama koje u okviru obavljanja djelatnosti moraju biti upoznate s odgovarajućim propisima.⁶³ Međutim, mogu se pozivati na otklonjivu (skrivljenu) zabludu o protupravnosti koja predstavlja fakultativnu osnovu za ublažavanje kazne. Za razliku od njih, kupci takvih djela mogu se braniti i neotklonjivom zabludom, premda bi, zbog okolnosti da svatko lako može spoznati protupravnost takvoga djela, takva obrana rijetko mogla za njih biti uspješna. Te osobe, dakako, ne moraju znati da se radi o točno određenom kaznenom djelu s točno određenim sadržajem. One čak ne moraju znati ni da se radi o kaznenom djelu. Dovoljno je da znaju da je ono što čine pravno nedopušteno, dakle zabranjeno. Eventualno se može raditi o zabludi o supsumpciji, pri čemu takve osobe svoje ponašanje mogu smatrati lakšom povredom (npr. prekršajem ili stegovnom povredom, a ne kaznenim djelom), no to je irelevantno jer takva zabluda nema pravnih učinaka.⁶⁴

Zanimljivo pitanje vezano uz primjenu čl. 230. Kaznenoga zakona je i određenje pravne pozicije i eventualne kaznenopravne odgovornosti osoba koje kupuju odnosno unajmljuju neovlašteno reproducirana autorska djela. Drugim riječima, da li je moguće zasnovati kaznenu odgovornost osobe koja u fotokopiraonici kupi neovlaštenu reprodukciju (kopiju) autorskog djela i kakva je kaznenopravna pozicija te osobe u odnosu na počinitelja djela iz st. 1.? U st. 4. čl. 230. propisano je da "osoba kod koje se zateknu predmeti koji su bili namijenjeni ili uporabljeni za počinjenje ili su nastali počinjenjem kaznenog djela iz stavka 1., 2. i 3. ovoga članka, a ona je to znala, mogla ili bila dužna znati, kaznit će se novčanom kaznom do sto dnevnih dohodaka ili kaznom zatvora do šest mjeseci." *Ratio legis* ove odredbe je ne samo inkriminiranje prikrivanja *instrumentorum et productorum sceleris*, već i inkriminiranje posjedovanja neovlaštenih reprodukcija autorskih djela od strane trećih osoba. To znači da, primjerice, onaj tko kupi neovlaštenu reprodukciju nekog autorskog znanstvenog djela, odgovara po osnovi st. 4. ovoga članka. Ipak, njegova je krivnja u odnosu na krivnju počinitelja djela iz st. 1. i 5. umanjena, pa je prati i odgovarajuća blaža kazna - novčana kazna do stopedeset dnevnih dohodaka ili kazna zatvora do šest mjeseci. Premda je zakonodavac u smislu st. 4. sasvim

⁶³ Čl. 46. Kaznenoga zakona: "(1) Nije kriv počinitelj koji iz opravdanih razloga nije znao i nije mogao znati da je djelo zabranjeno.

(2) Ako je zabluda bila otklonjiva, počinitelj se može blaže kazniti.

(3) Zabluda se neće smatrati otklonjivom (pogreška - treba stajati "neotklonjivom"; odgovarajuća izmjena predviđena je u noveli Kaznenoga zakona koja bi trebala stupiti na snagu do trenutka objavljivanja ovog teksta) ako bi svatko pa i počinitelj mogao lako spoznati protupravnost djela, ili ako se radi o počinitelju koji je s obzirom na svoje zvanje, zanimanje ili službu bio dužan upoznati se s odgovarajućim propisom."

⁶⁴ Kod autorskih znanstvenih djela u njihovu pisanom obliku postoji opća predodžba o nedopuštenosti njihova reproduciranja. Drugačije je kada se radi o tzv. softverskom piratstvu. Ono se događa vrlo često i to unutar edukacijske zajednice, među učenicima i studentima. Vrlo učestala uporaba ilegalnoga softvera opravdava se vrlo jednostavno: "To je jedini način da nešto naučimo... nemamo novac za originalne programe". Cit. po HAWORTH, K., Publishers Press Colleges to Stop Software Piracy by Their Students. The Chronicle of Higher Education, Boston, 1997., str. 43.

jasan, osim ako se ne radi o kupnji radi daljnje prodaje ili uopće distribucije, uglavnom su ispunjene pretpostavke za postojanje tzv. beznačajnog djela iz čl. 28. Kaznenoga zakona.

Uz neovlašteno reproduciranje, kao oblik radnje počinjenja kaznenog djela iz članka 230. stavak 1. Kaznenoga zakona, najčešće se pojavljuje stavljanje djela u promet. Važno je naglasiti da stavljanje djela u promet ne mora biti poduzeto iz komercijalnih razloga. S obzirom da namjera pribavljanja protupravne imovinske koristi nije obilježje bića djela iz st. 1. (već samo iz st. 5.)⁶⁵, radit će se i o situacijama neovlaštenog darovanja autorskog djela, posudbe i sl. Najčešće će se ipak raditi o neovlaštenoj reprodukciji radi prodaje kopija autorskog djela. Kod opisanog pojavnog oblika uvijek su u stjecaju ova dva oblika radnje počinjenja kaznenog djela iz čl. 230. Kaznenoga zakona - nedozvoljena (neovlaštena) reprodukcija autorskog djela, i stavljanje u promet autorskoga djela radi stjecanja dobiti. Jedan oblik radnje počinjenja kaznenoga djela iz čl. 230. Kaznenoga zakona je i stavljanje na dostupnost javnosti autorskoga djela. To bi značilo da i reprodukcija autorskoga djela u npr. samo jednom primjerku i ostavljanje toga primjerka negdje na javnom mjestu (npr. oglasna ploča) ili na internetu, predstavlja povredu autorskih prava po čl. 230. Kažnjiv je i neovlašten prijevod autorskog djela, no kada postoji odobrenje autora za sastavljanje prijevoda autorskoga dijela, tada i prijevod postaje autorsko djelo i uživa posebnu kaznenopravnu zaštitu. Među modalitetima radnje počinjenja zakon spominje i prerađu (obradu i prilagodbu) autorskog djela. Pod tim pojmom može se smatrati i sastavljanje tzv. skripta od strane osobe koja nije autor djela. Uglavnom

⁶⁵ Kvalifikatorne okolnosti namjere pribavljanja znatne imovinske koristi ili prouzročenja znatne štete, konstitutivna su obilježja kaznenog djela iz stavka 5. članka 230. Kaznenoga zakona. Prva kvalifikatorna okolnost je znatna imovinska korist pribavljena kaznenim djelom. Prema stajalištima sudske prakse znatna je imovinska korist ona korist koja prelazi iznos od 30.000,00 kn. Alternativna kvalifikatorna okolnost je znatna šteta. Radi se o takvoj šteti koja prelazi 30.000,00 kn. Šteta se kod povreda autorskih prava određuje kao izgubljena dobit (*lucrum cessans*). Kvantitativno, to je onaj novčani iznos koji autor dobiva nakon odbitka poreznih troškova. Za postojanje kvalifikatornog oblika kaznenog djela iz čl. 230. st. 5. dovoljno je da postoji barem jedna od navedenih kvalifikatornih okolnosti, premda će u velikom broju situacija postojati obje. Bitno je da počinitelj u odnosu na kvalifikatorne okolnosti postupi s namjerom, i to s izravnom namjerom. On je svjestan da će počinjenjem djela biti ostvarena znatna imovinska korist i on tu korist hoće. Isto je i u pogledu znatne štete kod koje nije dovoljno tek pristajanje na njezino nastupanje u obliku neizravne namjere. Obje kvalifikatorne okolnosti *tempore criminis* moraju biti obuhvaćene izravnom namjerom počinitelja. Često se pojavljuje problem utvrđivanja visine imovinske koristi s obzirom da počinitelji zaradu ostvarenu neovlaštenim reproduciranjem i stavljanjem u promet autorskih djela znanstvenog sadržaja uglavnom ne prikazuju u svojim poslovnim knjigama. U tom slučaju se zasniva i njihova dodatna kaznena odgovornost za kazneno djelo povrede obveze vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga iz čl. 287. K.Z., a eventualno i za kazneno djelo utaje poreza i drugih davanja iz čl. 286. K.Z. U takvim se situacijama, koje su u praksi i najčešće, postojanje i visina imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom može procijeniti na temelju indicija kao što su vremensko trajanje povreda (koliko je vremena prošlo od objavljivanja izdanja kao trenutka od kojeg najčešće započinje nedopuštena uporaba autorskog djela pa do pokretanja kaznenog postupka), razlika između procijenjenih i stvarnih prihoda autora odnosno drugih nositelja autorskoga prava, broj poslovnih jedinica u sastavu pravne osobe koja poduzima neovlašteno reproduciranje autorskih djela radi njihova stavljanja u promet itd.

je podloga za sastavljanje skripata (dakako kada se radi o nastavnim skriptama) niz ispitnih pitanja koja se sastavljaju prema naslovima i sadržaju odnosnog udžbenika - autorskog djela. Sastavljanjem skripata od strane neovlaštene osobe dolazi do prerade prvobitnog autorskog djela koje, istina, po opsegu biva reducirano, ali po supstanciji koja određuje njegov originalni autorski doprinos, neizmijenjeno. Međutim, čak i sastavljanje takvih skripata za potrebe "osobnog usavršavanja", primjerice za pripremanje ispita i sl., samo po sebi zbog primjene čl. 28. Kaznenoga zakona (beznačajno djelo) i odgovarajućih odredaba Zakona o autorskom pravu ne mora predstavljati kazneno djelo. O tome će se, međutim, raditi kod daljnje distribucije takvih skripata uz naknadu (česta oglašavanja o prodaji skripta iz određenih kolegija na oglasnim pločama fakulteta, ili izlaganje takvih skripata na internetu), ali i bez naknade (npr. posudba većem broju osoba i sl.). I ovdje je bit kaznenopravne zaštite u nepovredivosti supstancije autorskoga djela, tj. onog njegovoga dijela zbog kojeg se i radi o originalnom doprinosu duhovnoj i znanstvenoj kulturi društva. Dopustiti neovlašteno korištenje "supstancijalnim kategorijama" toga djela njegovom preradom, obradom ili prilagodbom na opisani način, bilo bi u suprotnosti za javnopravnošću kaznenopravne zaštite autorskih prava.

Kazneno djelo iz čl. 230. Kaznenoga zakona može biti počinjeno poduzimanjem bilo koje radnje opisane u st. 1. Dovoljno je i poduzimanje samo jedne radnje, a da pritom ne postoji koji od razloga isključenja protupravnosti iz posebnoga zakona (npr. neovlašteno reproduciranje koje je izvan granica dopuštenosti predviđenih Zakonom o autorskom pravu - npr. kada se ne radi o reproduciranju autorskog djela za osobno usavršavanje i kad to nije učinjeno radi izlaganja javnosti). Najčešće će se, međutim, raditi o većem broju radnji počinjenja, tako da će neovlaštenu reprodukciju, kada se radi obrtimice, dakle u vidu zanata, uglavnom pratiti i neovlašteno stavljanje u promet itd. Za počinjenje djela dovoljno je i jednokratno ostvarenje njegovih zakonskih obilježja. Tako napr. izrada jedne kopije autorskog djela izvan razloga dopuštenih Zakonom o autorskom pravu predstavlja počinjenje kaznenog djela iz st. 1. No višestruko ostvarenje jednog modaliteta radnje počinjenja (npr. stvaranje više kopija tj. višestruka reprodukcija ili umnožavanje) ili više njih (stvaranje kopije autorskog djela i njezino iznajmljivanje) ne dovodi do počinjenja većeg broja kaznenih djela realnim stjecajem. Radit će se o prividnom realnom stjecaju, tj. o produljenom kaznenom djelu ako su ispunjene sve zakonske pretpostavke za postojanje produljenog kaznenog djela, a to su tzv. produljena namjera, identitet mjesta i vremena počinjenja kaznenog djela, identitet oštećenika itd.

Uz propisane kazne (novčana kazna alternativno uz kaznu zatvora do tri godine za osnovni oblik djela iz st. 1. i kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina za kvalificirani oblik djela iz st. 5.) sud mora počinitelju kaznenog djela izreći mjeru oduzimanja imovinske koristi iz članka 82. Kaznenoga zakona (ako nije postavljen imovinskopravni zahtjev oštećenika) i sigurnosnu mjeru oduzimanje predmeta iz čl. 80. u vezi s člankom 230. st. 6. Kaznenoga zakona - "Predmeti koji su bili namijenjeni ili uporabljeni za počinjenje kaznenog djela ili su nastali počinjenjem kaznenog djela iz stavka 1., 2. i 3. ovoga članka oduzet će se i uništiti." Mjeru oduzimanja imovinske koristi sud mora primijeniti uvijek kod osude na kazneno djelo, što je osobito značajno kod ovog kaznenog djela koje u biti predstavlja racionalni delikt upravljen stjecanju zarade, pa je oduzimanje te zarade počinitelju značajan

demotivirajući čimbenik *pro futuro*.⁶⁶ U st. 6. određeno je da se predmeti namijenjeni ili uporabljeni za počinjenje djela i predmeti nastali počinjenjem djela moraju oduzeti i uništiti. To je razumljivo kada se radi o neovlaštenim reprodukcijama jer se njihovim uništavanjem onemogućava daljnja distribucija, no nema logike uništavati i predmete koji su uporabljeni za počinjenje ovog kaznenog djela (laserski fotokopirni strojevi, skeneri itd.) jer se radi o iznimno skupocjenoj i vrijednoj tehnologiji koju bi trebalo trajno oduzeti i kasnije staviti u prodaju prema pravilima javne dražbe. U noveli Kaznenoga zakona, koja bi do trenutka objave ovoga teksta morala stupiti na snagu, predviđeno je i brisanje odredbe o obveznom uništavanju predmeta koji su bili namijenjeni ili uporabljeni za počinjenje kaznenog djela.

6. Zaključak

Uporaba različitih tehničkih sredstava (fotokopirni strojevi, skeneri i sl.) za neovlašteno reproduciranje autorskih djela znanstvenoga sadržaja implicira niz teorijskih i praktičnih pitanja iz oblasti kaznenoga prava. U prvom redu se to odnosi na razgraničenje dopuštenih odnosno ovlaštenih reprodukcija od nedopuštenih koje se, najčešće, poduzimaju s ciljem stavljanja u promet reprodukcijom nastalih kopija, tj. u namjeri pribavljanja protupravne imovinske koristi. Neovlašteno fotokopiranje, skeniranje i ostali tehnički postupci kojima se povrijeđuju autorska prava i autorska djela kao originalne tvorevine iz različitih područja tzv. duhovnog stvaralaštva, pod uvjetima određenim u Kaznenom zakonu, predstavljaju i kaznena djela za koja se kazneni postupak pokreće i vodi po službenoj dužnosti nadležnog državnog odvjetnika.

U 1998. godini za kazneno djelo iz čl. 230. Kaznenoga zakona ukupno je prijavljeno 38 punoljetnih osoba, baš kao i 1999. godine. To je ukupno 76 prijavljenih osoba (osumnjičenika) za kazneno djelo iz čl. 230. u posljednjem dvogodišnjem razdoblju. U odnosu na ukupan broj prijavljenih kaznenih djela odnosno počinitelja u posljednje dvije godine radi se o gotovo beznačajnoj brojci izraženoj (apsolutno i relativno) u promilima. Najviše je prijava bilo za osnovni oblik djela iz st. 1., i to 34 prijave 1998. godine i 35 prijava 1999. godine. Samo 20% prijavljenih bile su žene, što je ipak više u odnosu na relativnost ukupno prijavljenih žena za sva kaznena djela (oko 12%). U vrlo je malo predmeta državno odvjetništvo odbacilo kaznene prijave - 1998. godine bilo je 6 odbačaja, a 1999. godine samo 3 odbačaja kaznenih prijave (što je manje od 8%). Razlozi za odbacivanje kaznene prijave uglavnom su beznačajno djelo (nema opasnosti - u 1998. godini četiri su puta kaznene prijave, od ukupno šest puta, odbačene pozivanjem na čl. 28. Kaznenoga zakona), a rjeđe da nema kaznenog djela odnosno da nema dokaza da je počinjeno djelo koje se stavlja na teret okrivljeniku. U promatranom dvogodišnjem razdoblju optužba je podnijeta u ukupno 67 predmeta, i to uglavnom neposrednim optuživanjem (37) ili uz kazneni prijedlog (28). Radi potpunijeg uvida u dinamiku pojavnog oblika iz čl. 230. potrebno

⁶⁶ V. uz bilj. 5.

je konzultirati i podatke o broju pravomoćno osuđenih osoba u posljednje dvije godine. Taj je broj veći od broja prijavljenih osoba, što je i razumljivo s obzirom da su u te dvije godine osuđene osobe protiv kojih je kazneni postupak pokrenut 1997. godine i ranije. Tako je u 1998. godini za sve oblike kaznenog djela iz čl. 230. Kaznenoga zakona ukupno pravomoćno osuđeno 57 punoljetnih osoba, a 1999. njih 45. Nitko nije suđen za pokušaj (koji je za stavak 5. kažnjiv), a udio žena u ukupnosti pravomoćno osuđenih osoba za ovo kazneno djelo prati njihov udio u ukupnom broju prijavljenih počinitelja (oko 20%), ali je veći od udjela ženskog kriminaliteta u ukupnosti svih pravomoćno osuđenih osoba (oko 12%). Uvid u sudsku politiku kažnjavanja ukazuje da su se sudovi uglavnom opredjeljivali za bezuvjetnu novčanu kaznu i uvjetnu osudu uz kaznu zatvora (ove dvije kaznenopravne sankcije primijenili su sudovi ukupno 93 puta što je, u razmjeru prema ostalim kaznenopravnim sankcijama, nešto više od 90%). I dok je široka primjena novčane kazne za ovo kazneno djelo sasvim razumljiva (jer se najčešće radi o tzv. racionalnom imovinskom kriminalitetu), čini se da je toliki broj uvjetnih osuda ipak pretjeran i da s obzirom na vrstu i značaj pojavnog oblika o kojem je ovdje riječ, ne zadovoljava zahtjeve ni specijalne, a ni generalne prevencije. Zanimljivo je da je u promatranom razdoblju izrečena samo jedna bezuvjetna zatvorska kazna, a novčana kazna, kao sporedna (na osnovi čl. 49. st. 4. Kaznenoga zakona), također je izrečena samo jednom. Isto je tako zanimljivo da je oduzimanje predmeta po st. 6. sud primijenio u samo 40% predmeta, premda se radi o sigurnosnoj mjeri čija je primjena u kaznenom postupku obvezna. Imovinska korist pribavljena kaznenim djelom ukupno je oduzeta 17 puta (17%). To se može činiti nedostatnim jer je imovinska korist obilježje bića kvalificiranog oblika djela iz st. 5., no kako se radi o kaznenom djelu na štetu privatnog vlasništva, pretpostaviti je da su oštećenici uglavnom u tijeku kaznenoga postupka isticali svoj imovinskopravni zahtjev koji ima prednost pred mjerom oduzimanja imovinske koristi.

Podaci o broju procesuiranih počinitelja kaznenog djela neovlaštenog reproduciranja autorskih djela i njihova stavljanja u promet su u nerazmjeru s pretpostavljenim opsegom ovog pojavnog oblika kriminala. Bez sumnje, tamna brojka na ovom području velika je i potrebno je usklađeno djelovati u cilju njezina suzbijanja. Općenito se može reći da politika suzbijanja kažnjivih ponašanja, pogotovo njezin kaznenopravni segment, do sada nisu bili najučinkovitiji u suzbijanju ove vrste kriminala na štetu autorstva. Počiniteljima ovih specifičnih kaznenih djela povrede autorskih prava izriču se često neprimjerene kazne s obzirom na njihov stupanj krivnje, posljedice djela itd. Time se, nažalost, slabi generalnopreventivni učinak kaznenopravnih sankcija, jer se tacite upućuje poruka svim potencijalnim prekršiteljima da se ova vrsta kriminala isplati budući da očekivani dobitak značajno nadilazi eventualne štetne posljedice koje mogu pogoditi počinitelja. U tom je segmentu svakako potrebno promijeniti tzv. "opću klimu" radi afirmativnog zauzimanja svih tijela kaznenoga pravosuđa za učinkovitim sankcioniranjem rečenih povreda. To, međutim, neće biti moguće ostvariti pojedinačnim naporima autora već njihovim udruživanjem radi učinkovitije zaštite njihovih autorskih prava. U nekim područjima zaštite autorskih prava takva udruživanja već postoje i dovela su do vrlo dobrih rezultata u suzbijanju povreda autorskoga prava (npr. kada je riječ o zaštiti autorskih prava glazbenih umjetnika i izvođača). Kada je riječ o autorskim djelima znanstvenoga sadržaja, stupanj integracije autora vrlo je nizak i sve se

uglavnom svodi na njihove rijetke i rijetko uspjezne pokušaje zaštite svojih prava primjenom odredaba Kaznenoga zakona. Stoga je rješenje u intenziviranju udruživanja autora s tog područja, ali i njihova povezivanja sa Državnim zavodom za intelektualno vlasništvo i ostalim relevantnim institucijama.

Na ovom preventivnom elementu trebalo bi inzistirati i kada je riječ o korisnicima odnosnih autorskih djela. Većina shvaća da je ono što radi u osnovi zabranjeno, ali s obzirom da to ionako rade svi, nema zapreke da to rade i oni. Tehnike racionalizacije delikta uglavnom se ne razlikuju i svode se na nedostupnost određenih autorskih djela na tržištu, njihovu visoku cijenu itd. Stvoriti kod korisnika predodžbu o povredama autorskih prava kao o nečem po sebi nedopuštenom (*mala in se*), ali i moralno predbacivom, vremenom bi dovelo do većeg postotka onih koji ne bi sudjelovali u njihovim povredama. Povrede autorskih djela neovlaštenim reproduciranjem i stavljanjem u promet vrlo su slične specijalnom obliku krađe. I ovdje se radi o nekoj vrsti protupravnog prisvajanja radi stjecanja imovinske koristi. Razlika je u tome da će gotovo svi tzv. običnu krađu osuditi, a povredu autorskih prava ne. Stoga je nužno podizanje javne svijesti o štetnosti i moralnoj predbacivosti odnosnih pojava oblika povrede autorskih prava, jer se samo tako, uz primjereni stupanj represije prema počiniteljima, može ostvariti redukcija ove vrste kaznenih djela.

Osim toga, neke bi izmjene trebalo provesti i na normativnoj razini. Neki pojavni oblici kriminala na štetu autorstva, kod kojih je uočljiv visok stupanj organiziranosti i integriranosti počinitelja koji djeluju u skupinama, upućuju da bi tim vrijednostima trebalo pružiti pojačanu kaznenopravnu zaštitu inkriminiranjem počinjenja djela u sastavu grupe ili zločinačke organizacije. Već je spomenuto da je kriminal na štetu autorstva uglavnom racionalni kriminal upravljen stjecanju imovinske koristi. Koncentracija interesa organiziranih kriminalnih skupina je upravo na pojavne oblike kriminala koji omogućavaju visoke profite i razmjerno malu opasnost od kaznenoga progona. Zato bi, u cilju demotivacije ovakve cost-benefit analize, usporedno s usuglašavanjem konkretnih mjera kaznene politike u zaštiti autorskih prava, trebalo u zakonu posebno propisati odgovornost grupe ili zločinačke organizacije za povredu autorskih prava iz čl. 230. Kaznenoga zakona.

Isto tako, s obzirom da nema smisla po oduzimanju i uništavati predmete koji su bili namijenjeni ili su bili uporabljeni za počinjenje odnosnog kaznenog djela, u št. 6. čl. 230. Kaznenoga zakona potrebno je obvezno uništavanje propisati samo za *productorum sceleris*, dakle za predmete nastale počinjenjem kaznenog djela (neovlaštene reprodukcije), a ne i za *instrumentorum sceleris* (jer se uglavnom radi o tehničkim uređajima visoke kvalitete i vrijednosti). To je uostalom i predviđeno u noveli Kaznenoga zakona koja bi morala stupiti na snagu do objavljivanja ovoga teksta.

Summary

CRIMINAL LAW PROTECTION OF AUTHORS ACTS EMPHASIZING UNAUTHORIZED REPRODUCTION

Authors' acts of scientific content (books, textbooks, scientific articles, scientific monographs etc.) become more and more objects of unauthorized use. Some forms of such unauthorized using are likewise criminal offences, for example the unauthorized reproduction of authors' acts of scientific content. Contrary to the official criminal statistics of criminal acts against authorship (statistics of reported, indicted and convicted offenders), the unauthorized reproduction of authors' acts of scientific content is a very common phenomenon especially when the aim of such reproduction is to put authors' acts in circulation. The reproduction makes profits for more and more natural and legal persons at the expense of protected legal interests of social community and property rights of authors. Criminal legal protection of authors' acts of scientific content is the imperative to originally contribute to a spiritual culture of a society. It can be reached with more precise determination of all the elements of a relevant offence. The precise determination of incriminations is also necessary to make more clear distinction between unauthorized and exceptionally authorized use of these acts according to the Law on Authors' Rights. Criminal law analysis of the article 230 of the Criminal Code which provides criminal law protection for the authors' acts of scientific content, especially from unauthorized reproduction, is placed in sharp focus in this article.

Key words: *authors' acts of scientific content, copyright, unauthorized reproduction.*

Zusammenfassung

STRAFRECHTLICHER SCHUTZ WISSENSCHAFTLICHER VERÖFFENTLICHUNGEN VON AUTOREN UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DES SCHUTZES VOR UNBEFUGTER VERVIELFÄLTIGUNG

Wissenschaftliche Veröffentlichungen von Autoren (Bücher, Lehrbücher, wissenschaftliche Aufsätze, wissenschaftliche Monografien usw.) werden immer häufiger Objekt unbefugter Nutzarmachung. Einige Formen dieser Nutzarmachung haben die Bedeutung von Straftaten, wie dies bei der unbefugten Vervielfältigung von Werken der Fall ist. Im Gegensatz zu offiziellen Kriminalstatistiken über Delikte gegen das Urheberrecht (Zahl der angezeigten, beklagten und verurteilten Personen), ist die unbefugte Reproduktion von wissenschaftlichen Veröffentlichungen eine sehr häufige Erscheinung, durch die - zum Schaden gesetzlich geschützter Interessen der sozialen Gemeinschaft und der Vermögensrechte des Autors - eine immer größere Zahl natürlicher und juristischer Personen einen ungesetzlichen Nutzen zieht. Der Imperativ strafrechtlichen Schutzes von wissenschaftlichen Veröffentlichungen als originaler Beitrag zur

sogenannten geistigen Kultur einer Gesellschaft weist auf die Notwendigkeit einer besseren Bestimmung der Inkrimination wegen Schädigung der Urheberschaft hin. Dies ist auch wegen einer klareren Abgrenzung von Formen unbefugter Nutzung von Werken von Autoren gegenüber solchen Formen nötig, die das Gesetz zum Urheberrecht ausnahmsweise billigt. Gegenstand dieses Aufsatzes ist die strafrechtliche Analyse des Artikels 230 des Strafgesetzes, wodurch der strafrechtliche Schutz von wissenschaftlichen Veröffentlichungen vor zahlreichen Vermögensverletzungen des Urheberrechts gesichert wird, besonders vor dem unbefugter Vervielfältigung.

Schlüsselwörter: *wissenschaftliche Veröffentlichung, Urheberrecht, unbefugte Vervielfältigung.*

Sommario

TUTELA PENALE DELLE OPERE D'AUTORE DI CONTENUTO SCIENTIFICO CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA PROTEZIONE DALLA RIPRODUZIONE NON AUTORIZZATA

Le opere d'autore di contenuto scientifico (libri, manuali, articoli scientifici, monografie scientifiche, etc.) diventano sempre più oggetto di uso non autorizzato. Alcune forme di tali utilizzazioni non autorizzate sono altresì atti criminali, come per esempio la riproduzione non autorizzata di opere d'autore di contenuto scientifico. Contrariamente alle statistiche penali ufficiali sui crimini contro la paternità d'opera (statistiche delle persone denunciate, imputate e condannate) la riproduzione non autorizzata di opere d'autore di contenuto scientifico è un fenomeno estremamente comune, specialmente quando lo scopo di tale riproduzione è di mettere in circolazione le opere d'autore. La riproduzione genera profitto per numerosissime persone fisiche e giuridiche a spese degli interessi giuridicamente protetti della collettività e dei diritti di proprietà degli autori. La tutela giuridica penale delle opere d'autore di contenuto scientifico è l'imperativo per contribuire in modo originale alla cultura spirituale di una società. Questa tutela può essere ottenuta con una maggiore precisazione di tutti gli elementi di un fatto illecito rilevante. La precisa determinazione delle incriminazioni è altresì necessaria per distinguere più chiaramente tra uso non autorizzato e uso eccezionalmente autorizzato di tali opere in osservanza della Legge sul diritto d'autore. In questo articolo è affrontata criticamente l'analisi giuridica dell'articolo 230 della Legge penale che disciplina la protezione penale delle opere d'autore di contenuto scientifico, specialmente dalla riproduzione non autorizzata.

Parole chiave: *opera d'autore di contenuto scientifico, diritto d'autore, riproduzione non autorizzata.*

ZNAČAJ EKSTRADICIJE KAO TEMELJNOG OBLIKA MEĐUNARODNE KAZNENOPRAVNE POMOĆI

Mr. sc. Zdenko Konjić, sudac
Predsjednik istražnog odjela
Županijskog suda u Zagrebu

UDK: 341.44
Ur.: 9. travnja 2001.
Pr.: 10. svibnja 2001.
Pregledni znanstveni članak

Važnost međunarodne suradnje u kaznenopravnim stvarima proizlazi iz njezine dvostruke naravi. S jedne strane to je izraz političkog sporazuma između država o međusobnom pomaganju u vođenju kaznenog postupka, a s druge strane to predstavlja pravni posao među državama reguliran propisima međunarodnog kaznenog prava. Postojeći trend prema jačanju te suradnje, koji je uz druge razloge prvenstveno uvjetovan porastom kaznenih djela na nacionalnom i međunarodnom planu, vrlo je impresivan. Institut ekstradicije predstavlja značajan dio te međunarodne suradnje. U prvom dijelu članka autor je, uzimajući u obzir signifikantne razlike među unutrašnjim kaznenopravnim sustavima u pogledu pitanja ekstradicije, definirao taj institut i ukazao na njegovo značenje u međunarodnom kaznenom pravu, te izložio komparativni pregled pristupa tom problemu. U II. dijelu članka prikazan je pregled postupaka izručenja kod Županijskog suda u Zagrebu od 1990.-2000. godine. Analizirani podaci pokazuju da Županijski sud u Zagrebu relativno brzo provodi postupke izručenja (u promatranom razdoblju postupci su u prosjeku trajali 4-6 mjeseci, samo u dva slučaja trajali su nešto dulje), dok podaci o ishodu tih postupaka pokazuju određenu neravnomjernost jer je izručenje u sedam slučajeva dopušteno, a u četiri slučaja nije dopušteno. Izloženi podaci važni su zbog velikog protoka ljudi i dobara na području nadležnosti Županijskog suda u Zagrebu, kao najvećeg suda te vrste u Republici Hrvatskoj.

Ključne riječi: *međunarodno pravo, ekstradicija, kazneno djelo s elementom inozemnosti, međunarodna kaznenopravna pomoć.*

I. Uvod

Moglo bi se reći da je osjetljivost međunarodnog kaznenog prava na povećanje kriminaliteta u stalnom porastu. To ponajprije proizlazi iz činjenice pojačanog

zaključivanja međunarodnih ugovora u oblasti kaznenopravne pomoći, kako dvostranih tako i višestranih, te u praksi povećanjem opsega ukazivanja kaznenopravne pomoći među državama.¹ U međunarodnom kaznenom pravu, čiji neodvojivi dio čini i međunarodna pravna pomoć u kaznenim stvarima, jednu od glavnih značajki tvori činjenica golemog međunarodnog prometa ljudi i dobara te iznimna lakoća međunarodnih komunikacija i slobodan protok financijskih transakcija širom svijeta. To omogućava maksimalnu prilagodljivost sudionika u tom fenomenu, čija je posljedica s druge strane porast broja međunarodnih, transnacionalnih pa i nacionalnih, kaznenih djela koja vrše stranci ili koja su izvršena na štetu stranaca ili strane države.² Brojna istraživanja tog problema na nacionalnom i međunarodnom planu pokazuju da je broj kaznenih djela s elementom inozemnosti zapravo od 50-ih godina prošlog stoljeća u konstantnom porastu. Unutrašnje kazneno pravosuđe pojedinih država, koje nije više u stanju doskočiti svim izazovima na nacionalnom planu, prisiljeno je suočiti se s dodatnim teškoćama poduzimajući kazneni progon protiv okrivljenika koji se nalaze u drugim državama. Takvoj se pojavi države suprotstavljaju na različite načine, a uz ostalo i donošenjem propisa unutrašnjeg i međunarodnog prava kojima se uređuju odnosi između državne vlasti i počinitelja kaznenog djela u kojem postoji element inozemnosti. Spomenuti se propisi danas u literaturi najčešće nazivaju međunarodnim kaznenim pravom,³ koje je u svom velikom dijelu nastalo u drugoj polovici devetnaestog stoljeća. Pravna je priroda međunarodnog kaznenog prava i međunarodne kaznenopravne pomoći kao segmenta tog prava kompleksna. Spomenuta pravna disciplina ne može se klasificirati ni u nacionalno kazneno pravo ni u međunarodno javno pravo. Isto tako pravne norme koje obrađuje ta disciplina ulaze po svom sadržaju i u materijalno i u procesno kazneno pravo, a nekad i u ustavno te izvršno pravo.⁴ Među te propise spadaju i norme koje reguliraju suradnju država s obzirom na vođenje kaznenog postupka, čiji "ekstremni oblik" predstavlja ekstradiciju,⁵ koja je povijesno gledano prvotni i dugo vremena temeljni i jedini način međudržavne suradnje u suzbijanju kriminaliteta kao društvenog fenomena. U tom smislu, moglo bi se reći, da je ekstradicija samo jedan od oblika međunarodne kaznenopravne pomoći u širem smislu riječi (osim izručenja međunarodna kaznenopravna pomoć obuhvaća tzv. «malu međunarodnu kaznenopravnu pomoć», ustupanje kaznenog progona stranoj zemlji te izvršenje kaznene presude), pa će kao takva u nastavku ovog rada biti detaljnije izložena.

¹ L. Lukina – Karajković, *Pravni izvori međunarodne kaznenopravne pomoći u Republici Hrvatskoj*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (skraćeno: HLJKPP) br. 1/2000., str. 5-10.

² D. Krapac, *Elementi prava međunarodne kaznenopravne pomoći*, detaljnije vidi kod: Lj. Bavcon, *Međunarodno kazensko pravo*, Ljubljana, 1997., str. 139.

³ B. Zlatarić, *Međunarodno krivično pravo*, priredio Ž. Šeparović, Zagreb, 1979., str. 6.

⁴ B. Zlatarić, op. cit. u bilj. 3., str. 25.

⁵ D. Krapac, *Međunarodna krivičnopravna pomoć*, Zagreb, 1987., str. 4.

2. Definicija i pravna priroda ekstradicije

Prije svega, valja ukazati na činjenicu da u pravnoj književnosti postoje brojne definicije ekstradicije. Prema Krapcu, primjerice, ekstradicija je pravni posao među državama (međunarodnopravnim priznatim subjektima) kojim se stranac ili osoba bez državljanstva, na temelju pravno uređenog postupka, izručuje drugoj državi da bi mu se tamo sudilo za neko kažnjivo djelo ili da bi se nad njim radi toga djela izvršila kazna (ili neka druga kaznena sankcija).⁶ Pojam ekstradicije na sličan određuje i Schwaighofer: "kod izručenja jedna država traži od strane države da ova preda okrivljenu osobu njenim pravosudnim organima na kazneno gonjenje ili na izvršenje kazne".⁷ Cherrif Bassiouni, predsjednik Međunarodnog udruženja za kazneno pravo i prof. prava na De Paul University, Chicago, ekstradiciju definira kao pravni proces koji se temelji na ugovoru, načelu uzajamnosti ili unutrašnjem pravu, po kojem jedna država izručuje drugoj osobu okrivljenu ili osuđenu za kazneno djelo predviđeno kao takvo u zakonu države moliteljice ili za kazneno djelo protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, da bi mu se sudilo ili se nad njim izvršila kazna u državi moliteljici, ali samo u odnosu na kazneno djelo navedeno u zahtjevu za ekstradicijom.⁸ Svrha ekstradicije je s jedne strane represija kriminaliteta, a s druge strane realizacija sukladnih političkih interesa država u pitanju. To znači da država od koje se traži ekstradicija ima interes da se riješi nepoželjne osobe sa svojeg teritorija. Tako npr. Daniel H. Derby, prof. prava na Touro Law School, kaže kako je cilj instituta ekstradicije onemogućiti okrivljeniku da izbjegne kaznenopravni progon, a postizanje tog cilja moguće je i bez insistiranja na uniformnosti kaznenopravnih sistema upravo kroz činjenicu da različiti sistemi dijele iste fundamentalne vrijednosti i da suradnja može biti utemeljena na tim zajedničkim vrijednostima.⁹ Bilo kako bilo, u pravu su svi oni teoretičari koji zaključuju da je ekstradicija mješoviti pravni institut na koji se primjenjuju pravila međunarodnog i unutrašnjeg prava.

U literaturi o ekstradiciji postoje različita mišljenja o pravnoj prirodi ovog instituta. Neki smatraju kako je ona sudski akt posebnog oblika koji se sastoji u podvrgavanju kazni počinitelja kaznenog djela u državi moliteljici. Drugi pak smatraju da je ekstradicija akt međunarodnopravne pomoći, dok treći smatraju da je ekstradicija vrsta međunarodnog pravnog posla koji se sklapa između vlada zainteresiranih država. Međutim, Cherrif Bassiouni ističe da institut ekstradicije ne treba biti izoliran od drugih oblika međudržavne suradnje u kaznenopravnim stvarima, nego upravo suprotno, treba multilateralnim ugovorima i unutrašnjim zakonodavstvom svake države integrirati ekstradiciju, međunarodnu kaznenopravnu pomoć, transfer

⁶ D. Krapac, op. cit. u bilj. 5., str. 24.

⁷ K. Schwaighofer, *Auslieferung und Internationales Strafrecht*, Wien, 1988, str. 171.

⁸ Ch. Bassiouni, *Extradition: The United States Model*, International Review of penal Law, Edition Eres, 1991, str. 470.

⁹ D. H. Derby, *Comparative extradition systems*, International Review of penal Law, Edition Eres, 1991, str. 61.

okrivljenika i zatvorenika, a isto tako i priznanje inozemnih kaznenih presuda. Samo u tom slučaju će svi ovi postupci, koji se zapravo međusobno nadopunjuju, osigurati učinkovitost, a bez žrtvovanja pravilnog zakonitog postupanja i uz očuvanje ljudskih prava svake pojedine osobe.¹⁰ Ekstradicija se sastoji od zahtjeva (molbe) za izručenjem neke osobe te odluke, odnosno odobrenja toga zahtjeva. Kako se radi o očitovanjima subjekata koji su države, jasno je da se ekstradicija može smatrati međunarodnim pravnim poslom. Na nju se primjenjuju pravila međunarodnog prava, a pri tome pravni položaj osobe čije se izručenje traži ne mijenja ništa u prirodi ovog pravnog posla. Ekstradicija je međutim i ustanova međunarodne kaznenopravne pomoći jer spada u krug sredstava kojima se države međusobno pomažu u vođenju kaznenog postupka i/ili izvršenju kaznenih sankcija.

3. Povijesni razvoj ekstradicije

Počeci razvoja međunarodne suradnje u suzbijanju kriminaliteta sežu veoma daleko.¹¹ U manjoj ili većoj mjeri prisutni su već u starom vijeku. Za to se razdoblje vezuje i pojava prvih delikata međunarodnog kaznenog prava, što je i razumljivo kada se ima u vidu odnos međunarodne kaznenopravne pomoći u koju spada i ekstradicija i međunarodnog kaznenog prava.¹² Međutim, u razvijenim oblicima ona se susreće u srednjem vijeku, od kada i treba pratiti njeno širenje i oblikovanje.

U literaturi o međunarodnoj kaznenopravnoj pomoći, u kojoj centralno mjesto zauzima ekstradicija, njezin povijesni razvoj obično se periodizira na tri razdoblja: od najstarijih vremena do 17. stoljeća, od 18. stoljeća do prve polovice 19. stoljeća i od druge polovice 19. stoljeća do danas. U prvom razdoblju koje traje od najstarijih vremena (npr. prvi ugovor o ekstradiciji uopće može se smatrati onaj između Ramsesa II i kralja Hitita Hatussilija 1280. godine prije Krista, kao dio njihovog mirovnog ugovora kojim je završen rat između tih dviju zemalja) do kraja 17. stoljeća, prevladava izručenje temeljem odluke državnih vladara koji se pri tome rukovode osobnim političkim interesima. Ekstradicija je tada akt dobre volje vladara, politička gesta. Njome se ne izručuju počinitelji kažnjivih djela tzv. općeg kriminala, nego onih koje bismo danas smatrali političkim ili religioznim deliktima. Bijeg običnog delinkventa nije se u to doba smatrao opasnim za zajednicu, nego, čak što više sa stajališta slabe državne vlasti, koja nije bila sposobna sustavno progoniti i kažnjavati počinitelje kaznenih djela, taj je bijeg predstavljao rješenje problema za zajednicu

¹⁰ Ch. Bassiouni, Preface, *International Review of penal Law*, Edition Eres, 1991, str. 14.

¹¹ U stručnoj književnosti ipak postoje podijeljena mišljenja o trenutcima nastajanja međunarodnog kaznenog prava. Najčešće se otpočinje s radovima postglosatora Bartolusa (XIVv.), a onda se uzimaju radovi Grotiusa ili rimsko-langobardsko pravo poznog srednjeg vijeka (B. Zlatarić: *Međunarodno krivično pravo*, Zagreb, 1979., str. 39), unatoč tome ne bi se moglo smatrati da i drugačiji pogledi nisu osnovani.

¹² V. Vasiljević, *Postavke za proučavanje razvoja međunarodne krivičnopravne pomoći*, JRKK, 1-2/1984., detaljnije vidi kod: H. Donnédieu de Vabres: »Introduction à l'étude du droit pénal international«, Pariz, 1922, str. 7.

koja se na taj način riješila opasnog člana, a egzil je već ionako sam po sebi predstavljao tešku sankciju.¹³ S druge strane, počinitelji vojnih, političkih ili religioznih delikata ugrožavali su interese vladara od kojeg su pobjegli, a s kojim je vladar područja na kojem su se zatekli želio imati dobre odnose. Radi toga ih je, u svrhu očuvanja takvih odnosa, trebao vratiti ili protjerati sa svojeg državnog područja. Prvi pisani dokumenti - ugovori koji se odnose na ekstradiciju, iako još ne poznaju taj naziv, predviđaju predaju osoba koje bismo danas smatrali tzv. političkim delinkventima.¹⁴ Englesko pravo je kroz dulje vrijeme kao dva glavna delikta koji imaju za posljedicu izručenje smatralo izdaju (treason) i pobunu (rebellion), dakle delikte koji su danas elementarne političke naravi.¹⁵

U drugom razdoblju koje traje od 18. stoljeća pa do prve polovice 19. stoljeća dolazi do značajnih promjena. U praksi izručenja započinje izdavanje dezertera, a kasnije i počinitelja delikata običnog kriminala. Na planu pravnog reguliranja ekstradicije, s poboljšanjem međudržavnih odnosa, sve se češće javljaju i dvostrani ugovori o ekstradiciji kojima se unaprijed predviđa međusobno izručivanje počinitelja kažnjivih djela. Tome ide u prilog nastanak i razvoj ideje da izručenje predstavlja sredstvo međunarodne suradnje u zaštiti određenih vrijednosti koje se mogu smatrati zajedničkim svim ljudima. Prvi ugovor o ekstradiciji počinitelja kaznenih djela općeg kriminaliteta smatra se onaj između Francuske i Nizozemske iz 1736. godine. U Francuskoj, nakon Revolucije 1789. godine, Narodna skupština je u jednom dekretu iz 1791. godine predvidjela donošenje jednog zakona o izručenju i tom prilikom prvi put spomenula izraz «ekstradicija».¹⁶

U trećem razdoblju, koje traje od druge polovice 19. stoljeća, prvi zakon o ekstradiciji u modernom smislu riječi donijela je Belgija 1833. godine. Povjerenjem razmatranja zahtjeva o ekstradiciji jednom sudskom tijelu (tzv. optužnoj komori) i ustanovljavanjem zabrane izručenja vlastitih državljana te političkih delinkvenata, ovaj je zakon obilježio početak trećeg razdoblja u razvoju instituta ekstradicije, koje traje do danas. U njemu jačaju ideje međunarodne solidarnosti i međusobnog povjerenja u borbi protiv kriminaliteta kao i zahtjev za što iscrpniju pravnu regulaciju izručenja, radi zaštite prava izručenika. Proširuju se i okviri međunarodnih ugovora o izručenju njegovim reguliranjem u višestranim ugovorima, sklapanim unutar regionalnih zajednica. S druge strane, to razdoblje još uvijek opterećuje prisutna tendencija nepovjerenja u strano kazneno pravosuđe, s izvjesnošću da će se ta tendencija, zbog političkog karaktera ekstradicije, još dugo vremena zadržati.¹⁷

¹³ I. A. Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester, 1971, str. 7.

¹⁴ V. Dimitrijević, *Političko krivično delo i ekstradicija*, *Jugoslavenska revija za krivično pravo i kriminologiju* (skraćeno: JRKK) broj 2/1968., str. 179.

¹⁵ Ch. Bassiouni, *International Extradition, U.S. Law and Practice*, London-Rome-New York, 1983, čl. 1, par. 1-4.

¹⁶ B. Zlatarić, *Droit pénal international, cours du droit pénal approfondi*, skripta Pravnog fakulteta Sveučilišta u Kairu, šk. god. 1967/68, vol. II, str. 312.

¹⁷ D. Krapac, op. cit. u bilj. 5., str. 26.

4. Pregled izvora o ekstradiciji u međunarodnom i nacionalnom pravu

Izvore međunarodnog kaznenog prava o pravnoj pomoći u kaznenim stvarima možemo podijeliti na glavne i sporedne. Glavni izvori su oni akti kojima se regulira najveći dio pitanja prava o ekstradiciji, «maloj međunarodnoj kaznenopravnoj pomoći» i drugim ustanovama međunarodne kaznenopravne pomoći u širem smislu. Pojedina se pitanja, međutim, reguliraju i drugim međunarodnim propisima, koji se prije svega odnose na neko drugo pravno područje. Te izvore u tom slučaju nazivamo sporednim.¹⁸

Pod glavnim izvorima o ekstradiciji u međunarodnom kaznenom pravu mogu se smatrati višestrani (regionalni) ugovori (npr. međuameričke konvencije, sporazum o ekstradiciji u okviru arapske lige, konvencija o ekstradiciji između zemalja Beneluxa, sporazumi nordijskih zemalja, Europska konvencija o izručenju i dr.) te dvostrani ugovori koji vrijede za područje Republike Hrvatske. Inače, naša je država sklopila čitav niz dvostranih ugovora o izručenju.¹⁹ Najveći broj potpisanih ugovora, mora se istaknuti, sklopljen je s europskim državama, ali sada postoji već značajan broj bilateralnih ugovora i s državama drugih kontinenata.

Od nacionalnih propisa koji uređuju pitanje ekstradicije treba spomenuti Ustav Republike Hrvatske (koji primjerice u čl. 9. st. 2. izrijekom utvrđuje zabranu izručenja državljanina RH drugoj državi) i Zakon o kaznenom postupku. Poseban propis kojim se omogućava izručenje hrvatskih državljana je Ustavni zakon o suradnji Republike Hrvatske s Međunarodnim kaznenim sudom (NN 32/96.). O pravnim normama ZKP-a koje se odnose i uređuju postupak ekstradicije, govorit će se naknadno na drugom mjestu u ovom radu.

5. Aktualni problemi ekstradicije

Uzimajući u obzir razvojne težnje međunarodnog kaznenog prava od međudržavnog prema naddržavnom kaznenom pravu, od procesnopravnih do materijalnopravnih normi, od domaće k međunarodnoj jurisdikciji, od apsolutne do relativne suverenosti država na području kaznenog prava s jedne strane, a imajući s druge strane u vidu mješoviti karakter instituta ekstradicije, te određenu prednost procesnopravnih normi i standarda u međunarodnom kaznenom pravu u odnosu na materijalno pravne norme, pregled tih normi zadnjih desetljeća pokazuje veći broj, produkciju i integraciju materijalnopravnih odredbi u međunarodnom kaznenom pravu.²⁰ Stoga je aktualnu i modernu problematiku ekstradicije potrebno proučavati s aspekta prethodno spomenutih razvojnih težnji međunarodnog prava, čiji je ekstradicija neodvojivi dio.

U tom pogledu moglo bi se reći da je još uvijek sama realizacija ekstradicije, ako

¹⁸ D. Krapac, op. cit. u bilj. 5., str. 15.

¹⁹ L. Lukina-Karajković, op. cit. u bilj. 1., str. 9.

²⁰ Lj. Bavcon, Međunarodno kazensko pravo, Ljubljana, 1997. g., str. 44-50.

među državama nema potpisanih međunarodnih konvencija i ugovora, u praksi katkada sporna. Jednako tako, a bez obzira što obavljanje pravosudnih poslova ne zahtijeva reciprocitet kao uvjet za ekstradiciju, načelo reciprociteta još uvijek se u nekim primjerima striktno primjenjuje u ekstradicijskom pravu.²¹

Fiskalna, vojna i ekonomska kaznena djela još su uvijek uglavnom u najvećem broju država izuzeta od ekstradicije, unatoč postojanju velikog broja međunarodnih i nacionalnih propisa. Prema tome, još uvijek je aktualna važnost adekvatnog reguliranja i praktične realizacije ekstradicije kao najsloženijeg i najzahtjevnijeg oblika međunarodne kaznenopravne pomoći. Sve to isključivo u cilju značajnijeg doprinosa međunarodnoj suradnji, poštivanju međunarodnog prava i suvremenih principa i standarda međunarodnog kaznenog prava, koje sad već zahvaća značajne prostore, čije granice brišu granice kontinenata, a do takvog intenziteta izgrađenosti koji odgovara suvremenim zahtjevima čovječanstva.²²

6. Osnove za obvezu ekstradicije

U razmatranju ekstradicije ili izručenja kao ustanove međunarodnog prava može se postaviti pitanje da li izručenje delinkvenata znači ispunjenje međunarodnopravne obveze ili samo akt dobre volje i prijateljstva među državama.²³ Neki pisci na čelu s Grotiusom, koji je smatrao da je zamoljena država dužna izručiti traženu osobu ili je sama kazniti, priklonili su se prvospomenutom shvaćanju. Drugi, na čelu s Nijemcem Puffendorfom, mislili su da ekstradicija predstavlja samo moralnu obvezu koja zahtijeva izričiti sporazum između država kojim se pravno uređuju njihova prava i obveze.²⁴ Suvremena teorija i praksa ekstradicije potvrđuje ovo drugo stajalište. Zamoljena država je dužna izručiti traženu osobu samo ako su ispunjene ugovorne pretpostavke u konkretnom slučaju. Na planu ekstradicije razlikujemo države koje nepostojanje ugovora o ekstradiciji smatraju opravdanom smetnjom za izručenje i države koje dopuštaju izručenje i bez ugovora, ali ga ne smatraju ispunjenjem međunarodne obveze nego aktom dobre volje koji se temelji na propisima unutrašnjeg prava (izvanugovorna ekstradicija). U prve zemlje spadaju zemlje common law sistema. Tako npr. u SAD-u vrijedi pravilo da nema obveze ekstradicije za tu zemlju osim u slučaju međunarodnog ugovora. U druge zemlje spadaju sistemi zemalja tzv. kontinentalnog prava (s izuzetkom Nizozemske, Norveške i Turske, gdje se također traži postojanje međunarodnih ugovora kao pretpostavka za ekstradiciju). Shvaćanje da se ekstradicija može dopustiti i bez međunarodnog ugovora pojavilo se u francuskoj praksi početkom devetnaestog stoljeća i kasnije je

²¹ N. Mićanović-Pavelić, *Neka praktična pitanja ekstradicijskog prava Republike Hrvatske*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, (skraćeno: HLJKPP) br. 1/2000., str. 59.

²² V. Vasiljević, *Postavke za proučavanje razvoja međunarodne krivično pravne pomoći*, Jugoslavenska revija za krivično pravo i kriminologiju (skraćeno: JRKK), br. 1-2/1984., str. 3-4.

²³ D. Krapac, op. cit. u bilj. 2., str. 151.

²⁴ D. Krapac, op. cit. u bilj. 5., str. 26.

preuzeto u unutrašnje pravo brojnih drugih zemalja, među kojima i naše. Pojedine države i dalje preferiraju bilateralne ugovore i institut ekstradicije je samo posljedica njihovih političkih odnosa. Tako prijateljske zemlje otklanjaju međusobne smetnje za izručenje, a iste te zemlje nameću sve više ograničenja za ekstradiciju u odnosima s manje politički prijateljskim zemljama. Po tome vidimo da je ekstradicija još uvijek pitanje političke suradnje umjesto da bude sudski postupak koji se temelji na međunarodnoj suradnji bez političkih konotacija. Zaštita temeljnih ljudskih prava svake pojedine osobe nije i ne smije biti u suprotstavljenom odnosu s učinkovitošću procesa. Sklapanje multilateralnih ugovora treba zamijeniti arhaične, politizirane bilateralne ugovore.²⁵

7. Temeljna načela prava o izručenju

Činjenica da je ekstradicija međunarodni pravni posao s elementima materijalnog i procesnog prava dovodi do toga da ti propisi koji je uređuju počivaju na izvjesnim zajedničkim načelima što se mogu izvesti iz njezinog mješovitog karaktera. Temeljna načela prava o ekstradiciji koja vrijede danas razvila su se u devetnaestom stoljeću. Poznajemo četiri takva načela: načelo reciprociteta (uzajamnosti), načelo ekstradibiliteta, načelo identiteta (istovjetnosti) norme i načelo specijaliteta.²⁶

7.1. Načelo reciprociteta (uzajamnosti)

U slučaju izvanugovorne ekstradicije pojedine zemlje zahtijevaju ispunjenje tog načela. Taj princip se u teoriji međunarodnog prava objašnjava postupanjem međusobno jednakih država jednih prema drugima na isti način. U pogledu pitanja ekstradicije to znači da zamoljena država svoju pozitivnu odluku o izručenju čini ovisnom o takvoj odluci države moliteljice u analognom budućem slučaju. Austrijsko pravo također predviđa "načelo uzajamnosti". To načelo podrazumijeva da se zahtjevi za izručenje od strane Austrije ne smiju postavljati onim stranim državama koje u danom slučaju ne bi mogle zatražiti izručenje okrivljenika od strane Austrije. Međutim, u osobito hitnim slučajevima može se postaviti zahtjev za izručenje i onda ako između te dvije države ne vlada "načelo uzajamnosti" u pogledu izručenja. Ali u tom slučaju strana se država zbog "fairplaya" mora na to i upozoriti.²⁷

7.2. Načelo ekstradibiliteta

Princip ekstradibiliteta znači da izručenju ima mjesta samo kod težih kaznenih djela koja se smatraju ekstradibilnima. Kod lakših djela ekstradiciji se protive razlozi

²⁵ Ch. Bassiouni, op. cit. u bilj. 8., str. 14. On također ističe da do sada niti jedna zemlja na svijetu (uz iznimku Austrije, Njemačke i Švicarske) nije ujedinila propise o izručenju i propise o drugim oblicima međudržavne suradnje u kaznenopravnim stvarima u jednom zakonu.

²⁶ D. Krapac, op. cit. u bilj. 2., str. 154.

²⁷ K. Schwaighofer, op. cit. u bilj. 7., str. 173.

ekonomičnosti jer je postupak ekstradicije složen, dugotrajan i skup. Princip ekstradibiliteta ostvaruje se na dva načina, i to metodom enumeracije, ustanovljenom u belgijskom zakonu o ekstradiciji iz 1833. god., gdje se izričito nabrajaju kaznena djela koja podliježu ekstradiciji, dok su ostala isključena. Po metodi eliminacije, koja danas prevladava, ekstradiciji ima mjesta kod svih kaznenih djela, osim određenih kategorija koje su isključene zbog dvojne prirode ili malog značenja (minimum zapriječene kazne). Naš Zakon o kaznenom postupku u čl. 520. st. 2. propisuje da ministar pravosuđa i uprave može odbiti izručenje ako su u pitanju kaznena djela za koja je u domaćem zakonu predviđena kazna zatvora do tri godine ili ako je inozemni sud izrekao kaznu lišenja slobode do jedne godine.

U SAD-u je postojala praksa da se u bilateralnim ugovorima koristi metoda enumeracije ekstradibilnih kaznenih djela, ali u prošlom desetljeću i oni su napustili tu praksu. Umjesto toga traži se da je kazneno djelo predviđeno kao takvo u zakonodavstvima obiju država te da je predviđena kazna zatvora od najmanje jedne godine.²⁸

7.3. Načelo identiteta (istovjetnosti) norme

Ovo načelo znači da ekstradiciji ima mjesta samo ako je djelo za koje se izručenje traži predviđeno kao kazneno djelo u zakonima države moliteljice i zamoljene države. Pitanje postoji li identitet norme u konkretnom slučaju može se u zamoljenoj državi ispitati na dva načina. Prvi način pretpostavlja ispitivanje postoji li istovjetnost inkriminacija nekog ponašanja u zakonodavstvu jedne i druge države (tzv. ispitivanje obostrane kažnjivosti *in abstracto*). Drugi način pretpostavlja ispitivanje postoje li okolnosti koje isključuju protupravnost, kaznenu odgovornost, osobni razlozi isključenja kazne (npr. imunitet) kao i uvjeti za vođenje kaznenog postupka (tzv. ispitivanje obostrane kažnjivosti *in concreto*). Tako npr. Rezolucija IV. sekcije X. međunarodnog kongresa za kazneno pravo navodi da se "može smatrati dovoljnim za ispunjenje ekstradicijskog zahtjeva ako je djelo za koje se izručena osoba okrivljuje kažnjivo *in abstracto* shodno zakonima zemlje koja traži ekstradiciju, ali navodi da zamoljena država može odbiti zahtjev ako postoje evidentni razlozi koji opravdavaju izvršenu radnju (npr. razlozi isključenja protupravnosti i kaznene odgovornosti) pa čak i ako nema dovoljno dokaza o krivnji, izuzev u slučajevima kada se ekstradicija traži sa ciljem poduzimanja mjere sigurnosti ili odgojne mjere". Naše pravo također uz provjeravanje istovjetnosti inkriminacije predviđa i provjeravanje okolnosti koje isključuju kažnjivost. Naš ZKP u čl. 512 st. 1 toč. 1 među pretpostavkama za izručenje propisuje da je djelo zbog kojega se traži izručenje kazneno djelo i u domaćem zakonu i po zakonu države u kojoj je počinjeno.

²⁸ Ch. Bassiouni, op. cit. u bilj. 8., str. 478.

7.4. Načelo specijaliteta

Načelo specijaliteta znači da je država moliteljica ovlaštena kazneno goniti ili kazniti izručenu osobu samo za ona kaznena djela, počinjena prije podnošenja zahtjeva za ekstradicijom, za koja je zamoljena država odobrila izručenje. Ovim načelom se ostvaruje pravo zamoljene države da utvrđuje jesu li ispunjeni svi uvjeti za ekstradiciju jer samo tada ona može snositi odgovornost za mjere koje je poduzela druga država. Načelo specijaliteta je također i garancija osobi koja se izručuje da u državi moliteljici neće biti gonjena za djela za koja to ne očekuje. Razlikujemo sisteme s tzv. "elastičnim" i "krutim" načelom specijaliteta.²⁹ Sistemi s "elastičnim" načelom specijaliteta dopuštaju da se nakon izručenja za određeno djelo kazneno gonjenje u državi moliteljici proširi i na drugo kazneno djelo bez suglasnosti zamoljene države ako se radi o kaznenom djelu koje obje države smatraju ekstradibilnim. Sistemi s "krutim" načelom specijaliteta dopuštaju kazneno gonjenje (i izvršenje kazne) u državi moliteljici isključivo za djelo za koje je zamoljena država odobrila ekstradiciju ili naknadno dala svoju suglasnost. Tako npr. austrijsko Ministarstvo pravosuđa ne može tražiti izručenje tražene osobe za djela koja nisu navedena u nalogu za uhićenje, tj. izručenje se smije odnositi samo na počinjena kaznena djela koja su i navedena u zahtjevu za izručenje okrivljenika.³⁰

I naša zemlja usvaja načelo specijaliteta u svojim ugovorima o ekstradiciji i unutrašnjem pravu. Svi naši ugovori isključuju suđenje izručenoj osobi za kazneno djelo za koje ekstradicija nije odobrena, odnosno za djelo koje nije u određenoj vezi s djelom za koje je ekstradicija odobrena. Za slučaj izvanugovorne ekstradicije naš ZKP predviđa da će se izručena osoba u našoj zemlji moći kazneno goniti, odnosno da će se prema njoj izvršiti kazna samo za kazneno djelo za koje je izručenje odobreno. U postupku ekstradicije, kada naša zemlja odlučuje o izručenju, nadležni organ (ministar pravosuđa i uprave) po službenoj dužnosti pazi na načelo specijaliteta, te u rješenju kojim se dopušta ekstradicija navodi da se stranac ne može goniti za drugo, prije izručenja učinjeno kazneno djelo, da se prema njemu ne može izvršiti kazna za drugo prije izručenja počinjeno kazneno djelo, da se prema njemu ne može primijeniti teža kazna od one na koju je osuđen, da se on ne smije izručiti trećoj državi radi gonjenja za kazneno djelo počinjeno prije dopuštenog izručenja (čl. 521 st. 1 ZKP-a).

Većina europskih država neće odobriti izručenje u SAD za kaznena djela za koja se u SAD-u može izreći smrtna kazna, osim ako ne dobiju garancije da smrtna kazna neće biti primijenjena. Tako se načelo specijaliteta javlja kao jedno od rješenja za taj problem, i to tako da zamoljena država može odbiti izručenje za kazneno djelo za koje je zapriječena smrtna kazna, ali ga može odobriti za neko manje teško djelo.³¹ Međutim, takav način gledanja na stvar dovest će do podvrgavanja postupka u državi moliteljici onome u zamoljenoj državi. Npr., ako je u pitanju kazneno djelo

²⁹ D. Krapac, op. cit. u bilj. 5., str. 36.

³⁰ K. Schwaighofer, op. cit. u bilj. 7., str. 172.

³¹ D. H. Derby, op. cit. u bilj. 9., str. 58

posjedovanja nekoliko grama opojnih droga, za koje je u državi moliteljici zapriječena kazna zatvora do dvije godine, zamoljena država u kojoj je za isto djelo zapriječeno šest mjeseci zatvora će se ustručavati izručiti osobu zbog, kako ona smatra, neprimjerene kazne (posebno ako je ta kazna teža nego u većini europskih država). Zamoljena država tako može koristiti princip specijaliteta kao sredstvo da umiri svoju savjest. Ovo u stvari otkriva kako je lako manipulirati pravilima koja se odnose na izručenje, kad se sama svrha tih pravila ignorira ili prihvaća kao gotova činjenica.³²

8. Mjere slične ekstradiciji

Od ekstradicije treba razlikovati neke postupke državnih tijela prema traženoj osobi kojima se također postiže predaja te osobe drugoj državi, a prema kojima valja biti kritičan, s obzirom na prava osobe čije se izručenje traži. Dakle, mjere i postupci državnih vlasti prema izručeniku, kojima se također ta osoba predaje stranoj zemlji, a da se pri tome ne radi o ekstradiciji, jesu sljedeće:

8.1. Protjerivanje i prikrivena ekstradicija

Protjerivanje je mjera administrativnog ili policijskog karaktera koja se sastoji u prisilnom udaljavanju neke osobe s teritorija države u kojoj se nalazi.³³ Protjerivanje se izvršava tako da osoba kojoj je ono izrečeno može birati zemlju u koju će otputovati. Njoj se ostavlja određeni rok za napuštanje državnog teritorija, nakon čijeg proteka se ona prisilno dovodi na granicu i udaljuje iz zemlje, odnosno predaje se organima susjedne države ili države koja pristane da ga prihvati. Protjerivanje postaje slično ekstradiciji kada se ono izvršava na način da stranac dospije u ruke organa države koja ga traži. Države pribjegavaju protjerivanju ako npr. ekstradiciju sprečava nepostojanje ugovora o ekstradiciji, ako ugovor ne predviđa izručenje za djelo koje je u pitanju itd. U tim slučajevima se govori o tzv. prikrivenoj ekstradiciji.

8.2. Otmica (prisilno odvođenje) osoba iz države boravišta

Otmicu mogu počinuti različiti subjekti (državna tijela zemlje koja traži tu osobu, pojedinci koji rade za njihov račun ili na vlastitu inicijativu) uz izričitu ili prešutnu suglasnost zemlje boravišta, pa čak i bez nje. Svi se ti načini ocjenjuju kao nezakonite radnje kojima se narušava unutrašnje i međunarodno pravo. Ako je otmica izvršena bez suglasnosti države boravišta otete osobe, radi se o tzv. međunarodnom deliktu koji povlači odgovornost i obvezu davanja zadovoljenja povrijeđenoj državi (npr. u moralnoj zadovoljštini i poravnavanju šteta). S druge strane judikatura mnogih zemalja smatra da nezakonito pribavljanje prisutnosti neke osobe nimalo ne utječe na valjanost jurisdikcije njenih organa. Međutim, sigurno je da se otmica ne može s pravnog

³² D. H. Derby, op. cit. u bilj. 9., str. 58.

³³ D. Krapac, op. cit. u bilj. 5. str. 28.

stajališta ničim opravdati, bez obzira na to što su pravne sankcije za nju zasad slabe i neefikasne.

9. Ekstradicija i pravo azila

U povijesti civiliziranih zajednica veoma rano stvara se praksa davanja utočišta ili azila (od. grč. asylon, nepovredivo mjesto) osobama koje su se sklonile na mjesta koja su posebnim propisima isključena od izvršenja akata neke vlasti. Tijekom razvoja pojam azila obuhvaćao je različite sadržaje, a i danas se u literaturi različito definira.³⁴ Sa stajališta međunarodnog prava pravo azila je ovlaštenje neke države da određenoj osobi, koja to od nje zahtijeva, pruži utočište na svojem teritoriju ili mjestu pod vlašću njenih tijela. Kod ekstradicije i azila treba obratiti prije svega pažnju na to predstavlja li odobreni azil smetnju za ekstradiciju.³⁵ To ovisi o tome radi li se o ekstradiciji prema međunarodnom ugovoru ili izvan njega. U slučaju izvanugovorne ekstradicije odobreni azil je smetnja za ekstradiciju. Međutim, kod ugovorne ekstradicije okolnost da tražena osoba u zamoljenoj državi uživa azil, ne može biti samo po sebi razlogom odbijanja ekstradicije. Jedino ako ugovor dopušta primjenu propisa unutrašnjeg prava o azilu, ta se okolnost može uzeti kao smetnja za izručenje. Također je važno pitanje odnosa između ekstradicije i azila prilikom odlučivanja hoće li se nekoj osobi koju traži određena država odobriti azil ili će se naprotiv ekstradirati, a tu se radi o političkom pitanju. Tako će npr. odgovor da li će neka država u konkretnom slučaju nekom izbjeglici dati azil i odbiti zahtjev za ekstradicijom ovisi o političkoj procjeni državnih tijela, koja se kreće u okviru pravno određenom, s jedne strane obvezom države da osobe sa statusom izbjeglice ne vraća u zemlju gdje im prijeti opasnost proganjanja, a sa druge zabranom pružanja azila počiniteljima tzv. međunarodnih kaznenih djela, npr. ratni zločini, zločini protiv mira i čovječnosti. Naš Zakon o kaznenom postupku u čl. 520 st. 2 propisuje da "ministar pravosuđa i uprave neće dopustiti izručenje stranca koji u Republici Hrvatskoj uživa pravo azila ili ako je riječ o političkom ili vojnom kaznenom djelu." S druge strane, upravo na ovom mjestu valja ukazati na svojevrсни pravni izuzetak od pravila, koji se očituje u tome da je unatoč ustavnoj zabrani izručenja vlastitih građana (čl. 33. Ustava RH) omogućena ekstradicija hrvatskih državljana međunarodnom tribunalu prema posebnom propisu (skrać. Ustavni zakon o suradnji sa Haškim sudom NN 32/96.).

10. Temelji za odbijanje ekstradicije

Propust države moliteljice da udovolji svim pretpostavkama za ekstradiciju predviđenim u međunarodnom ili unutrašnjem pravu (bilo u materijalnom pravu

³⁴ J. Andrassy, *Međunarodno pravo*, VIII. izd. Zagreb, 1984., str. 362.

³⁵ S tim se pitanjima iscrpno bavila IV sekcija XII međunarodnog kongresa za krivično pravo 1979. god. u Hamburgu, D. Krapac, op. cit. u bilj. 5., str. 31.

bilo u proceduralnom pogledu), rezultirat će u odbijanju zahtjeva za ekstradicijom. U nastavku će te pravna ograničenja biti podrobnije izložena.

10.1. Državljanstvo

Zemlje kontinentalne pravne tradicije ne izručuju vlastite državljane. Zabrana ekstradicije vlastitog državljanina prvi put se na planu unutrašnjeg prava pojavila u belgijskom zakonu o ekstradiciji iz 1833. god., a na planu međunarodnog prava u belgijsko-francuskom ugovoru o ekstradiciji iz 1834. godine.³⁶ U našoj državi naši državljani koji su počinili neko kazneno djelo u inozemstvu neće biti izručeni stranoj zemlji da im se tamo sudi. Moguće je, međutim, da im se za djelo sudi kod nas, jer naše pravo predviđa važenje kaznenog zakonodavstva i za takve slučajeve. U zemljama common lawa ne postoji zabrana izdavanja vlastitih državljanina. To proizlazi iz strogosti teritorijalnog načela prostornog važenja kaznenog zakona, po kojem je primjena kaznenog zakona moguća jedino ako je kazneno djelo počinjeno u granicama prostora koji se pravno smatra državnim teritorijem. Zemlje common lawa u svojim ugovorima o ekstradiciji predviđaju tzv. fakultativnu klauzulu, po kojoj se izručenje vlastitog državljanina ne smatra obveznim i izvršna vlast ovlašćuje da po diskrecionoj ocjeni odluči hoće li traženu osobu izručiti ili ne. Fakultativnu klauzulu nalazimo i u nekim drugim pravnim sistemima. Npr. Kodeks Bustamente predviđa da zemlje potpisnice nisu obvezne izručivati vlastite državljane, ali nadodaje da su im u slučaju odbijanja ekstradicije dužne suditi. Neki međunarodni ugovori predviđaju mogućnost izručenja vlastitog državljanina i za zemlje kontinentalnog prava, jer odredbe tih ugovora vrijede u odnosu prema načelnoj zabrani izručenja domaćih državljanina kao *lex specialis*. U vezi s pitanjem zabrane ekstradicije vlastitog državljanina nameće se i pitanje u kojem trenutku on mora imati taj status da bi ta zabrana djelovala. Za razliku od slučaja naknadnog stjecanja državljanstva zamoljene zemlje u kojem se zabrana ekstradicije beziznimno uspostavlja, u slučaju naknadnog gubitka tog državljanstva praksa pokazuje različita rješenja. Tako se npr. prema francuskom zakonodavstvu status državljanina određuje prema trenutku izvršenja djela. Prema nekim drugim sistemima (kao austrijsko, njemačko i švicarsko pravo) status državljanina određuje se prema momentu postupka ekstradicije.³⁷

10.2. Humanitarni razlozi

Neke države odbijaju ekstradiciju iz humanitarnih razloga, tj. ukoliko bi ona bila protivna uzrastu, zdravstvenom stanju, obiteljskim prilikama, duševnom i tjelesnom razvoju tražene osobe i sl. Tako npr. paragraf 22 ARHG, određuje da ekstradicija nije dopuštena u slučaju kada bi, s obzirom na težinu kaznenog djela "očigledno nesrazmjerno pogodila" traženu osobu zbog njenog uzrasta, dugotrajnog boravišta u zamoljenoj državi ili iz drugih razloga njenih osobnih prilika.

³⁶ D. Krapac, op. cit. u bilj. 5., str. 38.

³⁷ D. Krapac, op. cit. u bilj. 5., str. 39.

10.3. *Politička kaznena djela*

Shvaćanje da za politička kaznena djela nema ekstradicije prvi puta se javlja u belgijskom zakonu o ekstradiciji iz 1833. god. Kao sporno javlja se to što ne postoji definicija pojma političkog kaznenog djela. Naime, po objektivnoj teoriji politička kaznena djela predstavljaju kaznena djela usmjerena protiv organiziranja i funkcioniranja određene države, dok je prema drugom stajalištu političko djelo svako kazneno djelo izvršeno iz političkih pobuda (subjektivna teorija). Poteškoće u tumačenju pojma političkog delikta dovela su do pokušaja da se ustanove slučajevi kaznenih djela koja se ne mogu pod njega podvesti i koja bi tako predstavljala tzv. "izuzetak od izuzetka". Prvi pokušaj jest poznata atentatorska klauzula, po kojoj se ubojstvo ili pokušaj ubojstva šefa države i članova njegove obitelji izuzima iz kruga zabrane izručenja političkih delikvenata. Unutrašnje pravo pojedinih zemalja također pokušava za svrhe ekstradicije na različite načine ograničiti pojam političkog kaznenog djela. Naše pravo također pozna zabranu izručenja političkih delikvenata. Ona se navodi i u našim ugovorima o ekstradiciji, koji predviđaju da se ekstradicija neće odobriti za političko kazneno djelo. U novije se vrijeme u međunarodnom pravu i zakonima pojedinih država predviđa mogućnost da zamoljena država uskrati ekstradiciju, ako se pojavi sumnja da je zahtjev za izručenjem zbog delikta općeg kriminala podnesen zapravo zbog gonjenja ili kažnjavanja tražene osobe zbog rasnih, nacionalnih, religioznih ili političkih razloga.

Za raspravu o političkim deliktima kao smetnji za ekstradiciju karakteristična je dihotomija između nužnosti hvatanja i kažnjavanja međunarodnih terorista i, s druge strane, potrebe za poštivanjem prava izbjeglica. Današnji pristup ne zadovoljava jer ili previše štiti kriminalce ili nedovoljno štiti izbjeglice. Za rješavanje tog problema treba poći od analize samih temelja za činjenicu da su politički delikti smetnja za ekstradiciju. S humanitarnog aspekta smatra se da okrivljenici za politička kaznena djela ne bi smjeli biti izručivani jer neće imati pošteno suđenje svojih političkih protivnika. S političkog aspekta se inzistira na politici neutralnosti, tj. jedna država se ne smije uplitati u unutrašnje stvari druge države. Naposljetku, s moralnog aspekta politički delikti opravdani su i zapravo su izraz otpora protiv ugnjetavanja i diktature. Rješenje je možda u tome da se suzi humanitarno gledište pa da se izručenje odobrava i za političke delikte, osim ako se stvarno ne učini vjerojatnim da će biti podvrgnuti okrutnom postupanju, mučenju ili da neće imati pošteno suđenje. No, pitanje je može li takav put dovoljno zaštititi izbjeglice i kako će zamoljena država primjenjivati takvo pravilo. Jer zamoljena država će jednostavnije odbiti zahtjev za izručenje zato što se radi o političkom kaznenom djelu nego zbog razloga što postoji vjerojatnost da će država moliteljica povrijediti ljudska prava tražene osobe.

S druge strane, svakako treba istaknuti da neki delikt može biti politički jer je uperen protiv postojećeg režima, ali da se opet radi i o kaznenom djelu prema nedužnim žrtvama.

Konačno, vidi se da je teško postići konsenzus oko političkih kaznenih djela kao smetnje za ekstradiciju ali postoji opće slaganje da bi u budućnosti veću ulogu trebala igrati "antidiskriminacijska klauzula", koja bi ograničila pojam političkog kaznenog djela za svrhe ekstradicije.³⁸

10.4. Vojna, ekonomska, religiozna i tiskarska kaznena djela

Međunarodni ugovori i unutarnje pravo često predviđaju odbijanje ekstradicije za tzv. čista vojna kaznena djela, tj. ona koja se sastoje u povredi vojne dužnosti. Razlog za odbijanje izručenja ove vrste kaznenog djela nalazi se u shvaćanju da ona predstavljaju unutarnje stvari države moliteljice u koje se zamoljena država ne želi miješati, te takva kaznena djela predstavljaju specifičnost njenog političko ekonomskog sistema, koja se ne pojavljuju u svim pravnim sistemima na isti način ili zbog istih razloga. Iznimno vojni savezi predviđaju mogućnost ekstradicije i za vojne delikte. Velik dio međunarodnih ugovora isključuje od ekstradicije ekonomska kaznena djela. Ipak ovo ograničenje nema takav karakter kao zabrana izručenja za političke delikte. Tako je npr. u austrijskom pravu važno značenje koje se pridaje izručenju okrivljenika zbog načina i težine njegova delikta. Primjerice, austrijsko Ministarstvo pravosuđa će se intenzivno potruditi oko izručenja teškog zločinca, iako bi njegovo počinjeno kazneno djelo ta strana država mogla tretirati političkim ili vojnim deliktom i na taj način onemogućiti izručenje tražene osobe. Isto to vrijedi i za kaznena djela počinjena na području gospodarstva (iako je ovdje nejasno radi li se o općenitom ili o fiskalnom deliktu).³⁹ U pogledu odbijanja izručenja za religiozna ili tiskarska kaznena djela valja reći kako danas rijetko susrećemo ovakva ograničenja.

10.5. Načelo teritorijaliteta

Kao osnovni princip prostornog važenja Kaznenog zakona javlja se princip teritorijaliteta, po kojem se kazneno zakonodavstvo neke države primjenjuje bez razlike na svaku osobu koja je na njezinoj teritoriji izvršila kazneno djelo predviđeno njenim zakonima. Stoga dio država polazeći od načela teritorijaliteta predviđa da neće izručiti osobu koja je počinila kazneno djelo na teritoriju koji potpada pod njihovu represivnu vlast. Naš Zakon o kaznenom postupku među pretpostavkama za izručenje propisuje: da djelo zbog kojeg se traži izručenje nije počinjeno na području Republike Hrvatske protiv nje ili njezina državljana. Iz toga proizlazi da ako stranac poćini kazneno djelo u našoj državi protiv stranca ili strane države, nema zapreka za ekstradicijom.

10.6. Smrtna kazna

Neke zemlje isključuju mogućnost izručenja prema državama gdje je za kazneno djelo zapriječena smrtna kazna. Ali npr. u SAD-u to nije slučaj, jer zbog njihovog pravila o nemiješanju ("rule of non - inquiry") one ne ulaze u pitanje tretmana tražene osobe jednom kad je osoba izručena. Ustavna odredba protiv okrutnog i nehumanog

³⁸ S. Lubet, *The political offence exception*, *International Review of penal Law*, Edition Eres, 1991, str. 104-107.

³⁹ K. Schwaighofer, op. cit. u bilj. 7., str. 173.

postupanja još uvijek nije dio ekstradicijske procedure, ali Ministar vanjskih poslova može koristeći svoje diskrecijsko pravo odbiti izručenje određene osobe.⁴⁰

10.7. Procesne smetnje

10.7.1. Zastara

Iz principa identiteta (istovjetnosti) norme proizlazi da ekstradiciji nema mjesta kada je došlo do zastare kaznenog gonjenja ili zastare izvršenja kazne. Dok je starije pravo o ekstradiciji predviđalo da se pitanje zastare ocjenjuje prema pravu zamoljene države, novije pravo predviđa da se zastara ocjenjuje prema pravu države moliteljice.⁴¹ Pitanje zastare ocjenjuje se prema zakonima u vrijeme zahtjeva za ekstradicijom, a prilikom sumnje čiji propis o zastari treba primijeniti, organi zamoljene države uvijek će primijeniti svoje pravo. Tako i naš ZKP među pretpostavkama za izručenje u čl. 512. st. 1. toč. 4. propisuje "da po domaćem zakonu nije zastupila zastara kaznenog gonjenja ili zastara izvršenja kazne prije nego što je stranac pritvoren ili kao okrivljenik ispitan."

10.7.2. Postojanje pravomoćne sudske odluke o istoj stvari

Neki propisi kao smetnju za ekstradiciju predviđaju okolnost da je tražena osoba pravomoćno oslobođena ili osuđena za isto kazneno djelo u zamoljenoj državi, drugi u državi moliteljici, a treći navode obje zemlje ili im država nije važna. Naš ZKP predviđa kao pretpostavku za izručenje: da stranac čije se izručenje traži nije zbog istog djela od domaćeg suda već osuđen, ili da za isto djelo nije od domaćeg suda pravomoćno oslobođen, osim ako se stječu uvjeti za ponavljanje kaznenog postupka predviđenim našim ZKP-om (čl. 512. st. 1. toč. 5. ZKP-a). Europska konvencija o ekstradiciji iz 1975. god. u II. dodatnom protokolu navodi da se ekstradicija neće odobriti ni u slučaju kada je kazneno djelo obuhvaćeno amnestijom u zamoljenoj državi.

10.7.3. Litispendencija

Vođenje kaznenog postupka u istoj stvari u zamoljenoj državi dovodi do odgađanja ekstradicije, što vrijedi i za slučaj kada je u toj zemlji u tijeku izvršenje kaznene sankcije. Starije pravo o ekstradiciji predviđalo je u takvom slučaju obvezno odgađanje izručenja. Novije pravo o ekstradiciji predviđa da u slučaju litispendencije ili izvršenja kazne zamoljena država može odgoditi ekstradiciju, što znači da traženu osobu može izručiti. Naše pravo također predviđa litispendenciju kao smetnju za ekstradiciju (da protiv stranca nije u Republici Hrvatskoj zbog istog djela počinjenog prema RH pokrenut kazneni postupak, a ako je pokrenut postupak zbog djela počinjenog prema državljaninu Republike Hrvatske, da je položeno osiguranje za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva oštećenika).

⁴⁰ Ch. Bassiouni, op. cit. u bilj. 8., str. 486.

⁴¹ D. Krapac, op. cit. u bilj. 5., str. 48.

10.7.4. Osuda donijeta u odsutnosti okrivljenika

Zemlje common law - sistema ne poznaju suđenje u odsutnosti pa se za njih postavlja pitanje dopustivosti ekstradicije radi izvršenja kaznene sankcije nad osobom koja je osuđena u odsutnosti u državi moliteljici. U praksi britanskih i američkih sudova u takvom se slučaju zahtjev strane države tretira kao zahtjev za ekstradicijom radi suđenja i traži ispunjenje ostalih pretpostavki za ekstradiciju, posebno onih koje se tiču postojanja osnovane sumnje da je tražena osoba počinila kazneno djelo koje joj se stavlja na teret. Neke europske zemlje predviđaju da se može odobriti ekstradicija osobe osuđene u odsutnosti ako izručena osoba u državi moliteljici ima pravo na ponavljanje kaznenog postupka odnosno ako ova država jamči da će postupak biti ponovljen.⁴²

11. Načini odlučivanja o ekstradiciji

Postoje dva osnovna načina odlučivanja o ekstradiciji: administrativni i mješoviti.

U administrativnom načinu, koji je prevladavao u starijem pravu o osnovanosti zahtjeva za izručenjem i o konačnom odobravanju ekstradicije, odlučivao je upravni organ zamoljene države koji je donosio i sve odluke u vezi s provođenjem postupka ekstradicije.

U mješovitom načinu o osnovanosti zahtjeva za ekstradicijom i primjeni mjera procesne prisile odlučuju sudovi, a odobrenje za ekstradiciju konačno daje upravni, odnosno političko-izvršni organ zamoljene države. Mješoviti sistem susrećemo u tri varijante. Prema prvoj varijanti odluka suda o osnovanosti zahtjeva za ekstradicijom ima za upravni organ samo savjetodavni karakter, pa upravni organ može i odobriti ili uskratiti ekstradiciju bez obzira na sadržaj sudske odluke. Druga varijanta predviđa tzv. «sudski veto» na ekstradiciju. Ako je sud našao da zahtjev strane države za ekstradicijom nije osnovan, upravni organ je vezan takvom odlukom i ne može odobriti ekstradiciju. Ako je sud utvrdio osnovanost toga zahtjeva, upravnom organu je prepušteno da po diskrecionoj ocjeni odobri ili ne odobri ekstradiciju. To je slučaj i u našoj zemlji. Po trećoj varijanti o ekstradiciji odlučuju upravni organi, ali se protiv njihovih odluka može podnijeti pravno sredstvo koje nadležnost za odlučivanje o ekstradiciji prenosi na sudska tijela.⁴³

12. Postupak za izručenje

Razmatranje i odlučivanje o zahtjevu za ekstradicijom odvija se u pravilu po propisima unutrašnjeg prava. Međunarodno pravo regulira djelomično samo neka pitanja kao što su: način komuniciranja između država, privremeno lišavanje slobode

⁴² D. Krapac, op. cit. u bilj. 5., str. 52.

⁴³ D. Krapac, op. cit. u bilj. 5., str. 52.

okrivljenika, slučaj konkurencije zahtjeva više država, pitanje troškova ekstradicije, pitanje provođenja osobe ekstrahirane trećoj zemlji preko teritorija zamoljene države i predaju predmeta oduzetih od okrivljenika.⁴⁴

12.1. Način komuniciranja između država

Postupak za izručenjem pokreće se u zamoljenoj državi na molbu odnosno zahtjev strane države. Tako npr. austrijski ARHG u paragrafu 18 predviđa mogućnost da sami organi države u kojoj se stranac nalazi «ponude» izručenje organima države u kojoj je počinjeno kazneno djelo. Postoji više načina na temelju kojih država moliteljica dostavlja svoj zahtjev zamoljenoj državi. Kompliciraniji način je diplomatski put, i to tako da Ministarstvo vanjskih poslova države moliteljice dostavlja zahtjev što su ga sastavili organi njegove zemlje Ministarstvu pravosuđa, a ovo organu nadležnom za ispitivanje osnovanosti zahtjeva za izručenjem. Drugi načini su da npr. Ministarstvo pravosuđa države moliteljice dostavlja zahtjev izravno takvom ministarstvu zamoljene države, zatim tzv. konzularnim putem konzularni organ države moliteljice dostavlja zahtjev neposredno organu zamoljene države koji je nadležan za odlučivanje o ekstradiciji. Naš ZKP propisuje da se molba za izručenje podnosi diplomatskim putem. Uz molbu za izručenje moraju se priložiti sredstva za utvrđivanje istovjetnosti okrivljenika odnosno osuđenika (točan opis, otisci prstiju i sl.); svjedodžba ili drugi podaci o državljanstvu stranca; optužnica ili presuda ili odluka o pritvoru ili koji drugi akt ravan toj odluci, u izvorniku ili ovjerenom prijepisu, u kojem treba da je naznačeno ime i prezime osobe čije se izručenje traži i ostali podaci potrebni za utvrđivanje njezine istovjetnosti, opis djela, zakonski naziv kaznenog djela i dokazi za osnovanu sumnju; izvadak iz teksta kaznenog zakona strane države koji se ima primijeniti ili je primijenjen prema okrivljeniku zbog djela u povodu kojega se traži izručenje, a ako je djelo počinjeno na području treće države, onda i izvadak iz teksta kaznenog zakona te države. Ako su spomenuti prilozi sastavljeni na stranom jeziku, treba da je priložen i ovjeren prijevod na hrvatskom jeziku. Ministarstvo vanjskih poslova zatim dostavlja molbu za izručenje stranca preko Ministarstva pravosuđa i uprave istražnom sucu suda na čijem području stranac boravi ili na čijem se području zatekne.

12.2. Privremeno lišavanje slobode okrivljenika

O lišavanju slobode odlučuje organ zamoljene države, u pravilu po odredbama unutrašnjeg prava (u našem pravu je to istražni sud). U hitnim slučajevima molba za privremeno lišavanje slobode može se podnijeti najkraćim mogućim putem (telefonom, teleksom ...).⁴⁵ U njoj se moraju navesti podaci potrebni za utvrđivanje identiteta okrivljenika, podaci o kaznenom djelu i odluci kojom je određena mjera lišenja slobode u državi moliteljici. Ujedno se mora priložiti i izjava da će izručenje

⁴⁴ D. Krapac, op. cit. u bilj. 2., str. 159.

⁴⁵ D. Krapac, op. cit. u bilj. 5., str. 53.

biti zatraženo redovnim putem. Ako na temelju takve molbe okrivljenik u zamoljenoj državi bude lišen slobode, zahtjev za ekstradicijom mora prispjeti u određenom roku, inače se okrivljenik mora pustiti na slobodu. Kod nas će istražni sudac pustiti na slobodu stranca kad prestanu razlozi za pritvor ili ako molba za izručenje ne bude podnesena u roku koji je on odredio vodeći računa o udaljenosti države koja traži izručenje, a koji ne može biti dulji od tri mjeseca od dana pritvaranja stranca. O tom roku obavijestit će se strana država. Na molbu strane države vijeće nadležnog suda može u opravdanim slučajevima produljiti rok najviše za još 2 mjeseca. Mnogi inozemni pravni sustavi predviđaju puštanje okrivljenika na slobodu ako unutar određenog roka (većinom 40 dana) ne stigne zahtjev za izručenje.⁴⁶ Po primitku zahtjeva nadležni organ zamoljene države odlučuje o primjeni mjera za osiguranje prisutnosti okrivljenika u skladu s općim propisima svog prava o kaznenom postupku. Tako npr. u Austriji vijeće nadležnog austrijskog suda odlučuje o zahtjevu za puštanje na slobodu okrivljenika, osim ako su se istražni sudac i državni odvjetnik dogovorili da neće doći do izručenja okrivljenika (prema čl. 194 toč. 1 austr. ZKP-a). Odluka vijeća nadležnog austrijskog suda priopćava se u nejavnoj raspravi, i to: ako postoje nesuglasice oko tog slučaja između istražnog suca i državnog odvjetnika, a u suprotnom se provodi javna rasprava na kojoj se ispituju pretpostavke za pritvor okrivljenika. Ta se odluka može pobiti u obliku žalbe na austrijskom drugostepenom sudu (OLG).⁴⁷

12.3. Konkurencija više zahtjeva za izručenjem

U slučaju konkurencije zahtjeva više država za izručenjem javlja se pitanje kojem zahtjevu treba dati prednost. To se pitanje rješava na različit način.

Europska konvencija o ekstradiciji prepušta zamoljenoj državi da sama odluči, vodeći brigu o svim okolnostima slučaja, a naročito o težini kaznenog djela, podacima navedenim u zahtjevu, državljanstvu okrivljenika i mogućnosti dalje predaje trećoj zemlji.⁴⁸ Neki međunarodni ugovori predviđaju rangiranje zahtjeva po određenim kriterijima: zaštitnom objektu, vremenu podnošenja zahtjeva, državljanstvu okrivljenika i sl.⁴⁹ Naš ZKP prednost daje molbi države čiji je okrivljenik državljanin, a ako ta država ne traži izručenje, molbi države na čijem je području počinjeno kazneno djelo, a ako je djelo počinjeno na području više država ili se ne zna gdje je počinjeno, molbi zemlje koja je prva zatražila ekstradiciju. U slučaju različitih kaznenih djela, prednost ima molba države čiji je okrivljenik državljanin, a ako ona ne traži izručenje, molba države na čijem je području počinjeno najteže kazneno djelo, a ako

⁴⁶ K. Schwaighofer, op. cit. u bilj. 7., str. 172.

⁴⁷ K. Schwaighofer, op. cit. u bilj. 7., str. 147.

⁴⁸ D. Krapac, op. cit. u bilj. 5., str. 54.

⁴⁹ Npr. Kodeks Bustamante predviđa da kod konkurencija više zahtjeva za različita kaznena djela prednost ima zahtjev države na čijem je području počinjeno najteže djelo, a kod djela jednake težine zahtjev koji je prvi postavljen, a ako su svi prispjeli istovremeno, zahtjev zemlje okrivljenikovog porijekla, odnosno njegovog boravišta (čl. 348. i 349.).

su djela iste težine, molbi države koja je prva zatražila izručenje (članak 523. ZKP-a). Austrijski ARHG, polazeći od načela ekonomičnosti i materijalnog traženja istine, predviđa da se najprije u onoj državi u kojoj je djelo počinjeno može donijeti "točna presuda". Zbog toga i s obzirom na u kaznenom zakonu prevladavajući teritorijalni princip izručenje se treba izvršiti državi u kojoj je kazneno djelo počinjeno. Bezuspješna "ponuda" o izručenju državama gdje je počinjeno djelo opravdava nadležnost austrijskog pravosuđa. Međutim, državu čije državljanstvo ima okrivljenik trebalo bi barem formalno obavijestiti da se počinitelj kaznenog djela nalazi na austrijskom tlu. Nju se također treba obavijestiti o nastalom stanju tako da i ona dođe u mogućnost da proslijedi molbu za izručenjem.⁵⁰

12.4. *Tranzit*

Za prijevoz okrivljenika preko teritorija treće zemlje prilikom izručenja potreban je uvijek njezin pristanak. Zahtjev za odobrenje tranzita podnosi se i rješava po istom postupku kao i zahtjev za izručenjem. Zamoljena država odobrava tranzit preko svojeg teritorija na način koji smatra najpogodnijim. U današnjim uvjetima tranzit se najčešće obavlja zračnim prijevozom. Ako nema međuslijetanja, nije potrebno odobrenje države preko koje se prelijeće, već samo obavijest da osoba koja se prevozi nije njen državljanin te da se ne goni za kazneno djelo za koje ne bi bilo mjesta ekstradiciji. Naš ZKP u čl. 527. propisuje da ako izručenje traži strana država od druge strane države, a tražena bi se osoba imala provesti preko područja Republike Hrvatske, provođenje može na molbu zainteresirane države dopustiti ministar pravosuđa i uprave, uz uvjet da nije u pitanju državljanin Republike Hrvatske i da se izvršenje ne obavlja za političko ili vojno kazneno djelo. Molba za provođenjem osobe preko područja naše zemlje mora sadržavati sve podatke koje treba da sadrži molba za izručenje.

12.5. *Troškovi ekstradicije*

Međunarodni ugovori obično predviđaju da troškove koji nastanu u postupku izručenja na teritoriju zamoljene države snosi ta država. To vrijedi pod uvjetom reciprociteta i za slučaj izvanugovorne ekstradicije. Troškovi tranzita padaju, u pravilu, na teret države moliteljice, ali se može predvidjeti da ih snosi zamoljena država. Tako npr. austrijsko ministarstvo pravosuđa može odlučiti o odustajanju od izručenja okrivljenika ukoliko je trošak u nerazmjeru prema težini počinjenog delikta.⁵¹ Ono također može odustati od zahtjeva za izručenjem kada bi Austrija zbog toga izručenja pretrpjela posljedice ili opterećenja koja ne stoje u primjerenome odnosu prema javnom interesu za kazneno gonjenje ili izvršenje kazne nad okrivljenikom. Posljedice i opterećenja koja bi proizlazila iz takvog izručenja prije svega su financijske prirode:

⁵⁰ K. Schwaighofer, op. cit. u bilj. 7., str. 134 -135.

⁵¹ K. Schwaighofer, op. cit. u bilj. 7., str. 173.

troškovi izručenja, doprema okrivljenika preko teritorija stranih država, troškovi kaznenog postupka.⁵²

13. Postupak za izručenje u zamoljenoj državi: ispitivanje utemeljenosti zahtjeva za izručenjem

13.1. Postupak za ispitivanje utemeljenosti zahtjeva za izručenjem

Ispitivanje zahtjeva za izručenjem odvija se obično kroz dvije faze. Neposredno nakon primitka zahtjeva nadležni organ zamoljene države provjerava formalnu ispravnost zahtjeva: je li propisno sastavljen i popraćen potrebnim prilogima, a nakon toga se upućuje organu koji odlučuje o osnovanosti zahtjeva. U mješovitom sistemu to je sud. U prvoj (pripremnoj) fazi ispitivanja osnovanosti zahtjeva za izručenjem sud provjerava identitet okrivljenika, obavještava ga zbog čega se traži njegovo izuzeće i na temelju kojih razloga. Sud također može provesti i druge radnje kojima je cilj da se utvrdi postoje li pretpostavke (smetnje) za ekstradiciju te odrediti mjere za osiguranje okrivljenikove prisutnosti. Druga faza se sastoji od odlučivanja o osnovanosti zahtjeva za ekstradicijom. Neki procesni sistemi predviđaju donošenje odluke na sjednici sudskega organa (kao npr. naša zemlja), a drugi na raspravi (npr. Austrija). Tako je u Austriji u središtu postupka o izručenju javna rasprava o dopustivosti izručenja pred sudom drugog stupnja. Ona po svojem ustroju sličí glavnoj raspravi, ali pitanje krivnje ostaje većim dijelom isključeno.⁵³ U ovoj drugoj fazi posebno je bitna činjenica u kojoj mjeri pojedini sistemi u ovu fazu ugrađuju određene ustanove zaštite okrivljenikovih prava, kao npr. pravo na pomoć branitelja, pravo na poznavanje predmeta i razloga okrivljenja, odnosno zahtjeva za ekstradicijom, pravo na uskratu odgovora... U pogledu prava na branitelja naš ZKP određuje da istražni sudac mora na prvom ispitivanju «nakon što je provjerio identitet stranca i priopćio mu zbog čega i na osnovi kojih dokaza se traži njegovo izručenje, stranca uputiti da može uzeti branitelja, odnosno postaviti branitelja po službenoj dužnosti ako se radi o kaznenom djelu za koje je obrana obvezna. Procesni sistemi koji slijede npr. francuski uzor su u tom pogledu restriktivniji, jer francuski zakon o ekstradiciji iz 1927. godine dopušta pomoć branitelja na raspravi pred sudskim vijećem, a ne na prvom saslušanju kod državnog odvjetnika koje se odnosi na pribavljanje podataka o identitetu.⁵⁴ U pogledu pravnog lijeka protiv odluke o osnovanosti zakona za ekstradicijom također prevladavaju različita rješenja o unutarnjem pravu pojedinih zemalja. Oni sistemi u kojima sudska odluka o osnovanosti zakona ima samo karakter savjetodavnog mišljenja za upravni organ ne predviđaju mogućnost podnošenja pravnog lijeka protiv takve sudske odluke.

⁵² K. Schwaighofer, op. cit. u bilj. 7., str. 175.

⁵³ K. Schwaighofer, op. cit. u bilj. 7., str. 131.

⁵⁴ D. Krapac, op. cit. u bilj. 5., str. 56.

Međutim, sistemi "sudskog veta" predviđaju kontrolu prvostupanjske sudske odluke o zahtjevu za ekstradicijom bilo na način da se ona po službenoj dužnosti podnosi na kontrolu višem sudu, bilo da se okrivljeniku odnosno državnom odvjetniku omogućuje da protiv nje podnose pravni lijek. Tako će se kod nas ako vijeće nadležnog suda utvrdi da nisu ispunjene pretpostavke za izručenje, riješiti da se molba za izručenje odbija i rješenje dostavi po službenoj dužnosti višem sudu (Vrhovnom sudu RH), koji će nakon saslušanja državnog odvjetnika potvrditi, ukinuti ili preinačiti rješenje. Ako je stranac u pritvoru, vijeće može odlučiti da ostane u pritvoru do pravomoćnosti rješenja o odbijanju izručenja. Pravomoćno rješenje kojim se izručenje odbija dostavit će se Ministarstvu vanjskih poslova putem Ministarstva pravosuđa i uprave, koji će o tome obavijestiti stranu državu. Ako vijeće nadležnog suda ustanovi da je udovoljeno zakonskim pretpostavkama za izručenje stranca, odnosno ako protiv rješenja prvostupanjskog suda ne bude podnesena žalba, predmet se dostavlja Ministru pravosuđa i uprave koji će odlučiti o izručenju. On donosi rješenje kojim izručenje dopušta ili ne dopušta. Postupak ekstradicije u zemljama common lawa temelji se također na modelu "sudskog veta", po kojem o pretpostavkama za ekstradiciju odlučuje sud(ac), te u slučaju njegove pozitivne odluke konačnu odluku donosi vladin administrativni organ. U Velikoj Britaniji je to Ministarstvo unutarnjih poslova, a u SAD-u Ministarstvo vanjskih poslova.

13.2. U čemu se sastoji ispitivanje osnovanosti zahtjeva za izručenjem

U zemljama kontinentalne tradicije ispitivanje osnovanosti zahtjeva za izručenjem sastoji se od provjeravanja na temelju isprava priloženih uz zahtjev, da li se radi o ekstradibilnom kaznenom djelu, da li postoji identitet norme te postoje li smetnje za ekstradiciju. Kod ugovorne ekstradicije nema provjeravanja vjerojatnosti da li je okrivljenik počinio kazneno djelo navedeno u zahtjevu. Naša zemlja također spada u krug ovih zemalja, ali s iznimkom u odnosu na izvanugovornu ekstradiciju. Zemlje common law sistema odobravaju ekstradiciju samo ako država moliteljica pridoneše stanovite snage iz kojih proizlazi da bi bilo opravdano upućivanje okrivljenika na suđenje u slučaju da je kazneno djelo počinio na području na kojem se nalazi. Kao razlozi za to se navode potreba zaštite pojedinca od neosnovanog lišenja slobode te da se isključi dugotrajna procedura ekstradicije u slučajevima malih izgleda da je okrivljenik kriv za djelo koje mu se stavlja na teret.

Danas kao središnju točku imamo europski sistem koji pokriva gotovo cijelu zapadnu Europu. Povijesno je to pretežno sistem kontinentalnog prava, ali uključuje i Veliku Britaniju usprkos njenom common law naslijeđu. Velika Britanija je sada integralni dio europskog sistema jer je odbacila "probable cause" (dokazivanje postojanja vjerojatnog razloga) toliko karakterističan za common law sistem. No, problem je u tome što je osnovna pretpostavka suradnje među europskim državama Unija zapadnoeuropskih država na bazi jedinstvene konvencije o ljudskim pravima, čiju provedbu osigurava sud, pa se problem javlja u slučaju ekstradicije sa zemljama koje nisu potpisnice te konvencije. Stoga je u tim slučajevima ekstradicija vrlo komplicirana.⁵⁵

⁵⁵ D. H. Derby, op. cit. u bilj. 9., str. 56.

14. Postupak za izručenje u zamoljenoj državi - odobravanje ekstradicije

Kao što je već naprijed rečeno, u sistemu sudskog veta konačna sudska odluka o osnovanosti zahtjeva za izručenjem može imati različit učinak: ako je sud ustanovio da je zahtjev neosnovan, vladin politički odnosno upravni organ koji odobrava ekstradiciju mora uskratiti ekstradiciju. Ako je sud ustanovio da je zahtjev osnovan, upravni organ odlučuje o ekstradiciji po svojoj diskrecionoj ocjeni. No u slučaju ugovorne ekstradicije on ne može uskratiti izručenje, osim ako postoje određene smetnje (prema našem ZKP-u ako se radi o političkom ili vojnom kaznenom djelu ili azilu osobe čije se izručenje traži). Ako je neosnovana uskrata izručenja u slučaju ugovorne ekstradicije, država moliteljica može poduzeti mjere koje joj međunarodno pravo stavlja na raspolaganje za slučaj kršenja obveze iz međunarodnog ugovora. Odluka o odobrenju ekstradicije mora se na odgovarajući način priopćiti državi moliteljici. Naš ZKP određuje da će naša zemlja o rješenju kojim je odlučeno o izručenju obavijestiti stranu državu diplomatskim putem. Država moliteljica mora se izjasniti prihvaća li uvjete koji su u odluci navedeni (npr. u pogledu načela specijaliteta i sl.), a nakon toga se nadležni organi obiju zemalja sporazumijevaju o mjestu, vremenu, i načinu fizičke predaje izručene osobe. Tako npr. austrijski organi sigurnosti preuzimaju na unaprijed dogovorenom mjestu u točno vrijeme izručenika na temelju sudskog naloga za uhićenje ili na temelju tjeralice, te ga sprovode u nadležni austrijski sud koji je izdao nalog za uhićenje.⁵⁶

15. Postupak za izručenje u državi moliteljici

Prije podnošenja zahtjeva za ekstradicijom, organi kaznenog postupka ili organi izvršenja kaznenih sankcija koji su ustanovili da postoji potreba za izručenjem obraćaju se vladinom političko izvršnom organu da ocijeni potrebu ekstradicije. On o tome odlučuje po diskrecionoj ocjeni, rukovodeći se razlozima efikasnosti kaznenog postupka i izvršenja kaznenih sankcija, ali i razlozima političkog oportuniteta. Ako je odlučeno da treba od strane države zatražiti izručenje, sastavit će zahtjev i dostaviti ga toj zemlji. Nakon izvršene ekstradicije zemlja moliteljica dužna je ispuniti uvjete koje je prihvatila od zamoljene države. Tako npr. naše pravo predviđa da će se tražena osoba ako bude izručena, moći goniti, odnosno da će se prema njoj moći izvršiti kazna samo za kazneno djelo za koje je izručenje odobreno. Ako je izručenje odobreno pod određenim uvjetima u pogledu vrste ili visine kazne koja se može izreći, odnosno izvršiti i pod tim uvjetima bude prihvaćeno, sud je pri izricanju kazne vezan tima uvjetima, a ako se radi o izvršenju već izrečene kazne, sud koji je sudio u posljednjem stupnju preinačit će presudu i prilagoditi izrečenu kaznu uvjetima izručenja. U svakom slučaju, naš ZKP predviđa da vrijeme koje je izručena osoba provela u pritvoru u stranoj zemlji zbog kaznenog djela zbog kojeg je izručena, uračunat će se u kaznu izrečenu u našoj zemlji. Takvu odredbu nalazimo i u

⁵⁶ K. Schwaighofer, op. cit. u bilj. 7., str. 177.

austrijskom pravu prema kojem "vrijeme koje je okrivljenik proveo u pritvoru strane države ubraja se u dužinu njegove kazne".⁵⁷

16. Pregled ekstradicijskih postupaka kod Županijskog suda u Zagrebu od 1990. - 2000. god. s osvrtom na uočene probleme

Županijski sud u Zagrebu, kao sud najveće nadležnosti u Republici Hrvatskoj, kroz ostvarivanje te funkcije obuhvaća Grad Zagreb sa tzv. "prstenom", područje na kojem živi preko milijun stanovnika, s velikom frekvencijom, koncentracijom i komunikacijom stanovništva. U tim okolnostima logičan je i veći međunarodni protok ljudi i dobara nego što je to slučaj u ostalim gradovima ili regijama unutar države. Uzimajući u obzir upravo taj fenomen, odnosno takvu faktičnu i pravnu poziciju Grada Zagreba, signifikantno je prikazati podatke o kaznenim predmetima vezanim za postupke izručenja, odnosno tzv. pasivne ekstradicijske predmete. Prilikom tumačenja podataka prikazanih u ovome radu valja respektirati već prije spomenute specifičnosti instituta ekstradicije, a te su da je ekstradicija kontradiktorne naravi,⁵⁸ te da je s jedne strane temeljna, a s druge strane najdelikatnija i najzahtjevnija vrsta postupka iz međunarodne kaznenopravne pomoći u širem smislu riječi.

Iz tablice koja slijedi proizlaze podaci koji mogu ukazivati na određene pojave i zaključke: prije svega valja naglasiti da tablica obuhvaća broj zaprimljenih izručenja u odgovarajućoj godini, neovisno o tome u kojoj je godini izručenje dovršeno.

Red. br.	Država koja je tražila izručenje i godina podnošenja zahtjeva	Državljanstvo izručenika	Ishod postupka		Trajanje postupka				KAZ. DJ čl. KZ
			dopušteno	datum	do 4 mj.	do 6 mj.	do 8 mj.	preko 10 mj.	
1	REP. ITALIJA, 1994.g.	DRŽ. ITALIJE	DA	18.05.95.				+	335
2	REP. ITALIJA, 1996.g.	DRŽ. ITALIJE	DA	14.08.96.	+				224
3	REP. BIH, 1996.g.	DRŽ. BIH	NE	03.09.96	+				90
4	SR NJEMAČKA, 1996.g.	DRŽ. TURSKE	DA	11.01.97.	+				177
5	REP. BOSNA I HERCEGOVINA, 1997.g.	DRŽ. BIH	NE	07.09.97.	+				218
6	BUGARSKA, 1998.g.	DRŽ. BUGARSKE	NE	15.04.98.		+			90
7	SR NJEMAČKA, 1999.g.	DRŽ. NJEMAČKE	nadležna njem. vlasti povukla molbu za izručenje	23.02.00.			+		311
8	UKRAJINA, 1999.g.	DRŽ. UKRAJINE	NE	14.01.00.		+			224
9	REPUBLIKA MAĐARSKA, 2000.g.	DRŽ. FRANCUSKE	DA	06.06.00.		+			311 i 224
10	KRALJEVINA NIZOZEMSKA, 2000.g.	DRŽ. BIH	DA	06.06.00.	+				218/2
11	UKRAJINA, 2000.g.	DRŽ. UKRAJINE	DA	31.07.00.	+				224
12	REPUBLIKA MAĐARSKA, 2000.g.	DRŽ. UKRAJINE	DA	09.10.00.	+				90

⁵⁷ K. Schwaighofer, op. cit. u bilj. 7., str. 177.

⁵⁸ C. Lombois, Droit pénal international, Dalloz, 1979., str. 539.

Iz prikazanih podataka proizlazi da je Županijski sud u Zagrebu u promatranom razdoblju, od 1990. - 2000. godine pravomoćno dovršio dvanaest postupaka izručenja. Navedeni su postupci uglavnom trajali između 4 - 6 mjeseci, a samo u dva slučaja postupci su trajali dulje, s tim da je jedan od ta dva dovršen unutar vremena od 8 mjeseci, a drugi 10 mjeseci. To je ujedno i postupak izručenja koji je najdulje trajao. Podaci postupaka izručenja prikazani na taj način ukazuju na činjenicu da Županijski sud u Zagrebu, primjenjujući pozitivne propise koji se odnose na postupak izručenja (glava XXXI. ZKP-a, ako međunarodnim ugovorom nije što drugo određeno, o čemu treba voditi računa, s obzirom da je domaće kazneno pravo po pravnoj snazi slabije od međunarodnog ugovora, a kada se radi o postupku izručenja, supsidijarno je međunarodnom ugovoru o izručenju) relativno brzo provodi te postupke, u odnosu na, primjerice, redovne postupke. Za njih je općepoznato da traju dulje, što konačno proizlazi iz brojnih statističkih pokazatelja, kako sudova tako i Ministarstva pravosuđa.

Međutim, u ovom bi slučaju čini se ipak važnije bilo odgovoriti na pitanje o tome koliko dugo su ekstradicijski postupci trajali na drugim županijskim sudovima u Republici Hrvatskoj, u usporedbi sa Županijskim sudom u Zagrebu, od puke konstatacije da su oni na zagrebačkom Županijskom sudu trajali kraće od redovitih postupaka. Takvu usporedbu u ovom slučaju nažalost nije bilo moguće izvršiti jer Ministarstvo pravosuđa ne vodi podatke za svaki sud zasebno, već zajednički za područje cijele države. Međutim, iz tih zajedničkih podataka proizlazi da je broj izručenja u porastu od 1992.-1999. godine, a taj porast broja izručenja ukazuje na povećanje kriminaliteta s elementom inozemnosti vezanim za Republiku Hrvatsku, ali isto tako može se dijelom tumačiti i kao okolnost da je Republika Hrvatska prihvaćena kao član Međunarodne zajednice i u većoj je mjeri uključena u suradnju s drugim državama na represiji kriminaliteta.

S druge strane, pojavu bržeg rješavanja ekstradicijskih postupaka od redovitih na Županijskom sudu u Zagrebu moglo bi se možda opravdati elementom inozemnosti, ekstradicijskim pritvorom te okolnošću što je Ministarstvo pravosuđa izravno zainteresirano po prirodi stvari za tu vrstu predmeta, jer se u tom državnom tijelu donosi i konačna odluka o izručenju (čl. 520 ZKP-a), u skladu s prihvaćenim mješovitim principom postupka ekstradicije u Republici Hrvatskoj.⁵⁹ Unatoč iznjetom, može se izvesti zaključak da su jedino Republika Bugarska i Kraljevina Nizozemska samo u jednom slučaju tražile izručenje, dok su ostale promatrane države izručenje tražile u više navrata. Taj podatak nije sam po sebi u nečem posebno značajan.

Nadalje, iz podataka prikazanih u tablici nije moguće izvući neki specifičan zaključak o tome koja se od navedenih država moliteljica najčešće pojavljuje s molbom za izručenje jer je zastupljenost stranih država u tom smislu prilično ravnomjerna, a promatrani uzorak, iako brojčano potpun, malen je i u spomenutom smislu nedovoljan.

Iz podataka o ishodu postupka proizlazi određena neravnomjernost, jer je u

⁵⁹ Z. Konjić, *Ekstradicija, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (skraćeno: HLJKPP), br. 1/2000., str. 33.

postupcima ekstradicije vođenim kod Županijskog suda u Zagrebu u sedam slučajeva dopuštena, a u četiri slučaja nije dopuštena, s time da je, kao što proizlazi iz tablice, u jednom slučaju država moliteljica (konkretno Njemačka) povukla zahtjev za izručenje. Slijedom toga s te strane nema neke posebne zakonitosti. U promatranom se razdoblju kao jedini siguran zaključak nameće podatak da je tijekom 1996. godine bilo podnijeto najviše molbi za izručenje, a podatak korespondira s podacima Ministarstva pravosuđa za spomenutu godinu.⁶⁰ Nakon 1996. godine podnesene molbe za izručenje na Županijskom sudu u Zagrebu svode se na jednu do dvije godišnje do 2000. godine, kada je također bilo podnijeto više molbi za izručenje, pa promatrajući taj podatak isto tako nije moguće izvesti zaključak o nekom većem porastu ili padu broja zahtjeva ili postupaka za izručenje pred spomenutim sudom. Glede vrsta kaznenih djela za koje su se vodili postupci izručenja, iz podataka u tablici moguće je zaključiti da su najbrojnija ekstradiibilna djela bila ona protiv imovine, a slijede djela protiv života i tijela, dok se ostala kaznena djela pojavljuju manje ili u jednom slučaju.

S praktične strane, u vođenju postupka izručenja moglo bi se ukazati na određene uočene probleme i specifičnosti koje su tu vrstu postupaka pratile u promatranom vremenu. U tom je smislu kao značajnija okolnost, a koja ponekad produljuje cijeli postupak za izručenje, činjenica što dokumentacija s molbom za izručenje dulje vrijeme prolazi kroz nadležno ministarstvo do dolaska na sud, zbog objektivnih ili subjektivnih razloga. To i nije baš prihvatljivo s obzirom da se radi o predmetima s elementom inozemnosti putem kojih unutarnji pravni poredak gradi svoj ugled u komunikaciji s drugim državama. U tom pogledu vrijedi ukazati da se postupci međunarodne pravne pomoći upisuju u upisnik "KIR", u skladu s čl. 300. Sudskog poslovnika (NN br. 80/97.).⁶¹

Spomenuti upisnik, između ostalih podataka, ne sadrži stupac gdje bi se upisali podaci o državi moliteljici ni stupac iz kojeg bi se moglo vidjeti na koji način je postupak dovršen, tako da, ukoliko se hoće doći do tih podataka, nužno je izvršiti uvid u spis (ukoliko nije prije uništen temeljem čl. 248. toč. 3. Sudskog poslovnika⁶² ili konzultirati Ministarstvo pravosuđa. Osim spomenutog upisnika, neki se podaci o postupku izručenja mogu utvrditi i iz pomoćne knjige (tzv. pritvorskog očevidnika, čl. 296 Sudskog poslovnika) u kojem postoje samo najelementarniji podaci o osobi okrivljenika i vremenu trajanja pritvora s oznakom spisa i kaznenog djela. Kako se radi o podacima za postupke u kojima je jedna stranka strana država i općenito s

⁶⁰ N. Mićanović, op. cit. u bilj. 21., str. 49 - 50.

⁶¹ U upisnik Kir županijski sudovi upisuju prijedloge državnog odvjetnika za poduzimanje pojedinih istražnih radnji, zahtjeve za poduzimanje pojedinih istražnih radnji po zamolnicama drugih sudova, molbe inozemnih tijela za pravnu pomoć, sprovođenje osumnjičenih i okrivljenih osoba, te druge istražne radnje koje se ne upisuju u upisnik Kio.

⁶² Spisi koji se odnose na kaznene predmete u kojima je izrečena kazna zatvora u trajanju od preko deset godina čuvaju se trideset godina, u kojima je izrečena kazna zatvora preko pet godina i svi trgovačkokažnjeni predmeti čuvaju se deset godina, a ostali kazneni spisi čuvaju se pet godina nakon pravomoćno dovršenog postupka.

obzirom na njihovu važnost, možda u budućem razdoblju ne bi bilo loše razmisliti o promjeni poslovnčkih odredbi propisivanjem posebnog upisnika za ekstradiციjske postupke i druge postupke koji se odnose na međunarodnu pravnu pomoć, ili dopuni sadašnjih odredbi dodavanjem posebnih rubrika o okolnostima izručenja unutar upisnika Kir (npr. podacima o državi moliteljici, o ishodu postupka, o državljanstvu izručenika i sl.), s obzirom da se ti spisi, kako je prije navedeno, nakon zakonom utvrđenog vremena uništavaju, pa sadržaj i količina podataka iz upisnika nisu dovoljni ni za elementarnu uporabu, a kamoli za neku kompleksniju uporabu ili analizu.

Na kraju bih kao jedan interesantan slučaj ekstradicije koji se vodio pred Županijskim sudom u Zagrebu želio izdvojiti predmet u kojem je država moliteljica bila Bugarska. Sam za sebe nije bio posebno signifikantan niti je odstupao od drugih slučajeva po pitanju procedure ili po pitanju osobe okrivljenika, nego po načinu obrane ili, bolje rečeno, okolnostima obrane iznesene pred istražnim sucem. Ukratko, prije nego što je okrivljeniku bilo predloženo za koje se djelo okrivljuje, odnosno traži njegovo izručenje, još u tijeku davanja osobnih podataka, odgovorio je na pitanje o imenu i prezimenu, dok je ostale podatke odbio dati istražnom sucu. U nastavku ročišta, na kojem je bio prisutan i njegov branitelj, branio se šutnjom, nakon čega je bio proveden postupak radi utvrđivanja identiteta okrivljenika. U tijeku tog postupka utvrđeno je da se radi upravo o osobi koju traži Republika Bugarska, pa je u daljnjem tijeku postupka ŽDO u smislu čl. 516. ZKP-a dao suglasnost za izručenje. Naknadno je još utvrđeno da je okrivljenik državljanin i Republike Hrvatske, da ima domovnicu i da je u dva navrata upisan u knjigu državljanstva, ali je jedan od tih upisa poništen. Za drugi upis je utvrđeno da je u tijeku postupak pred Općinskim sudom u Zagrebu zbog predočavanja isprava neistinitog sadržaja u postupku primanja u hrvatsko državljanstvo.

Na temelju takvog stanja spisa odbijena je molba za izručenje državi moliteljici rješenjem Vijeća Županijskog suda u Zagrebu, koje je potvrđeno rješenjem Vrhovnog suda Republike Hrvatske, s obrazloženjem da ne postoje sve pretpostavke za izručenje jer je osoba čije se izručenje traži državljanin Republike Hrvatske. Prema odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske okolnost što se protiv okrivljenika vodi postupak zbog predočavanja isprava neistinitog sadržaja u postupku za primanje u hrvatsko državljanstvo, a čime bi nadležno tijelo prilikom upisa u Knjigu državljana bilo dovedeno u zabludu, prema tumačenju suda, u momentu odluke nije bila od relevantnog utjecaja, s obzirom da se činjenica stečenog državljanstva smatra utvrđenom sve dok se u odgovarajućem postupku ne dokaže suprotno.

U pravnoj praksi spomenutih postupaka izručenja vođenih kod Županijskog suda u Zagrebu mogu se naći i druge interesantne procesne posebnosti, ali bi njihovo nabranje i opisivanje u ovom radu prelazilo granice zadanog razmatranja.

17. Zaključak

Cilj ovog rada odnosio se na pravnu i faktičnu problematiku instituta ekstradicije i njegovog mjesta u povijesti, teoriji i praksi međunarodnog, kao i domaćeg kaznenog prava. Ekstradicija je vrlo specifičan međunarodni kaznenopravni institut jer zahtijeva preciznu suradnju između dvije suverene države, koje su često vrlo različite po svojoj pravnoj tradiciji i samoj proceduri. Taj problem rješava se bilateralnim i

multilateralnim ugovorima između država, a i samim unutrašnjim zakonodavstvom svake od tih država, što često u praksi može biti ili biva otežavajuća okolnost.

Različitost kaznenopravnih sustava pojedinih država pokušava se uskladiti na temeljima osnovnih načela prava o ekstradiciji koji su se razvili još u devetnaestom stoljeću, a vrijede i danas. Važna nadgradnja tih načela sastoji se u činjenici da osoba čije se izručenje traži nije više samo objekt međudržavnih sporazuma, nego je s razvojem brige za ljudska prava postala i subjekt tih odnosa. Ekstradicijski proces, iako je po svojoj prirodi zapravo preliminaran, zahtijeva kooperativnost svih dijelova kaznenog pravosuđa određene države (kako administrativnog, tako i sudbenog).

Zaključno treba istaknuti, da je cilj instituta ekstradicije onemogućiti okrivljeniku da izbjegne kaznenopravni progon. Stoga je potreban nov pristup u kojem će ekstradicija biti međunarodni sudski postupak međudržavne suradnje utemeljen na objektivnim i politički neutralnim temeljima, uz očuvanje međunarodnih standarda zakonitosti i u sudskom i u upravnom postupku. Na planu međunarodne suradnje u smislu realizacije međunarodne kaznenopravne pomoći valja podvući da je broj izručenja u porastu, što posebno proizlazi iz podataka Ministarstva pravosuđa, a upućuje na zaključak da međunarodno kazneno pravo zbog porasta kriminaliteta sve više ide od međudržavnog prema naddržavnom pravu te relativnoj suverenosti država u području međunarodnog kaznenog prava.

Pored toga u radu je prikazana praksa postupaka izručenja kod Županijskog suda u Zagrebu, kao najvećeg županijskog suda u Republici Hrvatskoj u razdoblju od 1990.-2000. godine.

Literatura

I. Knjige i časopisi:

1. Andrassy, J. Međunarodno pravo, VIII Zagreb, 1984.
2. Bassiouni, C. Extradition: The United States Model, International Review of penal Law, Edition Eres, 1991.
3. Bassiouni, C. International Extradition, U.S. Law and Practice, London-Rome-New York, 1983.
4. Bavcon, Lj. Mednarodno kazensko pravo, Ljubljana 1997.
5. Derby, H.D. Comparative extradition systems, International Review of penal Law, Edition Eres, 1991.
6. Dimitrijević, V. Političko krivično delo i ekstradicija, JRKK broj 2/1968.
7. Konjić, Z. Ekstradicija, HLJKPP broj 1/2000.
8. Krapac, D. Međunarodna krivičnopravna pomoć, 1987.
9. Lombois, C. Droit pénal international, Dalloz, 1979.
10. Lubet, S. The political offence exception, International Review of penal Law, Edition Eres, 1991.
11. Lukina-Karajković, L. Pravni izvori međunarodne kaznenopravne pomoći u Republici Hrvatskoj, HLJKPP broj 1/2000.
12. Mićanović-Pavelić, N. Neka praktična pitanja ekstradicijskog prava Republike Hrvatske, HLJKPP broj 1/2000.
13. Schwaighofer, K. Auslieferung und Internationales Strafrecht, Wien, 1988.
14. Shearer, A.I. Extradition in International Law, Manchester, 1971.
15. Vasiljević, V. Postavke za proučavanje razvoja međunarodne krivične pomoći, JRKK broj 1-2/1984.

16. Zlatarić, B. *Droit pénal international, cours du droit pénal approfondi*, skripta Pravnog fakulteta Sveučilišta u Kairu, šk. god. 1967/68, vol. II.
 17. Zlatarić, B. *Međunarodno krivično pravo*, priredio Ž. Šeparović, Zagreb, 1979.
- II. Ustavni i zakonski tekstovi:
1. Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90.
 2. Ustavni zakon o suradnji Republike Hrvatske s Međunarodnim kaznenim sudom, NN 32/96.
 3. Zakon o kaznenom postupku, NN 110/97.

Summary

SIGNIFICATION OF THE EXTRADITION AS A BASIC FORM OF INTERNATIONAL CRIMINAL LEGAL AID

Importance of the international cooperation in criminal legal matters derives from its dual character. On the one hand it is a result of political agreement between states on mutual assistance in conducting the criminal proceedings, and on the other hand it presents a legal transaction of states which is regulated by the International Criminal Law. Today's trend to straighten such cooperation, which is among other reasons mostly caused by the increase of criminal offences at a national and international level, is very impressive. An institute of extradition presents a significant part of this international cooperation. In the first part of the article the author has defined this institute having in mind significant differences between internal criminal legal systems when extradition is concerned. The author has also stressed the importance of extradition in the International Criminal Law and presented a comparative overview of approaches to this problem. The process of extradition at the County Court of Zagreb from 1990 until 2000 is presented in the second part of the article. Analyzed data show that the County Court of Zagreb conducts processes of extradition relatively quickly (in observed period the proceedings in average were closed in 4 up to 6 months, only in two cases the duration was a little bit longer). Nevertheless, statistics concerning an outcome of this proceedings show a certain discrepancy because the extradition was allowed in 7 and denied in 4 cases. Data presented above are important because of immense circulation of people and goods under the jurisdiction of the County Court of Zagreb as a biggest county court in Croatia.

Key words: *international law, extradition, criminal offence with an international element, international criminal legal aid.*

Zusammenfassung

**BEDEUTUNG DER AUSLIEFERUNG ALS GRUNDFORM
INTERNATIONALER STRAFRECHTLICHER HILFE**

Die Wichtigkeit internationaler Zusammenarbeit in strafrechtlichen Sachen geht aus deren Doppelnatur hervor. Einerseits ist sie Ausdruck politischer Abkommen zwischen den Staaten über gegenseitige Unterstützung bei der Führung eines Strafprozesses und andererseits bedeutet sie ein Rechtsgeschäft zwischen Staaten, durch Vorschriften des internationalen Strafrechts reguliert. Der bestehende Trend zur Verstärkung dieser Zusammenarbeit, der andererseits durch die Zunahme von Straftaten im nationalen und internationalen Bereich bedingt ist, ist sehr eindrucksvoll. Das Institut der Auslieferung ist ein wesentlicher Teil dieser internationalen Zusammenarbeit. Im ersten Teil des Aufsatzes definiert der Autor dieses Institut und weist durch komparativen Ansatz auf seine Bedeutung im internationalen Strafrecht hin indem er signifikante Unterschiede zwischen inneren strafrechtlichen Systemen hinsichtlich der Frage der Auslieferung berücksichtigt. Im zweiten Teil des Aufsatzes wird eine Übersicht über den Auslieferungsprozess beim Županiengericht in Zagreb im Zeitraum von 1990 - 2000 gegeben. Die analysierten Daten zeigen, dass dieses Gericht relativ schnell die Auslieferung durchführt (im betrachteten Zeitraum dauerten die Verfahren durchschnittlich 4-6 Monate und nur in zwei Fällen etwas länger), während die Daten über das Ergebnis dieser Verfahren eine gewisse Ungleichmäßigkeit zeigen, denn die Auslieferung wurde in sieben Fällen erlaubt, in vier Fällen jedoch nicht. Die dargelegten Daten sind wegen des großen Umlaufs von Leuten und Sachen im Zuständigkeitsbereich des Županiengerichts in Zagreb als größtem Gericht dieser Art in der Republik Kroatien wichtig.

Schlüsselwörter: *Völkerrecht, Auslieferung, Straftat mit dem Element der Fremdstaatlichkeit, internationale strafrechtliche Hilfe.*

Sommario

**SIGNIFICATO DELL'ESTRADIZIONE COME FORMA
FONDAMENTALE DI AIUTO PENALE INTERNAZIONALE**

L'importanza della cooperazione internazionale in campo penale deriva dal suo duplice carattere. Per un verso è il risultato dell'accordo politico tra Stati sulla mutua assistenza nello svolgimento dei procedimenti penali, per altro verso rappresenta una transazione legale di Stati che è regolata dal diritto penale internazionale. La tendenza odierna di implementare tale cooperazione, che è tra le altre ragioni maggiormente originata dalla crescita dei reati a livello nazionale e internazionale, è di grande effetto. L'istituto dell'estradiizione rappresenta una parte significativa di questa cooperazione internazionale. Nella prima parte dell'articolo

L'Autore affronta tale istituto dando conto delle significative differenze tra sistemi penali interni in tema di estradizione. L'Autore sottolinea altresì l'importanza dell'extradizione nel diritto penale internazionale e presenta una rassegna comparata di approcci a questo problema. Nella seconda parte del lavoro sono analizzati i processi di estradizione davanti al Tribunale Contale di Zagabria dal 1990 al 2000. I dati analizzati mostrano che il Tribunale Contale di Zagabria definisce i procedimenti di estradizione in maniera relativamente rapida (nel periodo di osservazione i procedimenti sono stati chiusi mediamente in 4-6 mesi, mentre solo in due casi la durata è stata leggermente più lunga). Peraltro le statistiche concernenti gli esiti di tali procedimenti evidenziano una certa discrepanza, in quanto l'extradizione è stata concessa in sette casi e negata in quattro. I dati presentati sono importanti in ragione dell'enorme circolazione di persone e beni nella giurisdizione del Tribunale Contale di Zagabria, che è il più importante della Repubblica di Croazia.

Parole chiave: *diritto internazionale, estradizione, reati con elemento internazionale, aiuto penale internazionale.*

ZABRANE U ŽIGOVNOM PRAVU Apsolutni i relativni razlozi za isključenje

Dragan Zlatović, dipl. iur.
Ravnatelj Šibenskog kazališta, Šibenik

UDK: 347.772
Ur.: 28. svibnja 2001.
Pr.: 28. studenog 2001.
Pregledni znanstveni članak

U ovom radu autor raspravlja pitanje uvjeta zaštite u žigovnom pravu, odnosno sa stajališta međunarodnog, europskog i hrvatskog žigovnog prava pobliže objašnjava razloge za isključenje od žigovne zaštite.

U hrvatskom pozitivnom pravu, a slijedom suvremenih rješenja na ovom području, posebno se navode apsolutne i relativne zabrane koje isključuju mogućnost zaštite određenog znaka kao žiga.

Pri tome se naročito objašnjava da se zakonski uvjeti zaštite ne mogu ekstenzivno tumačiti, odnosno da nije moguće proširivati slučajeve zbog kojih se može uskratiti žigovna zaštita nekom znaku.

Naznačena je važnost stalnog praćenja međunarodnih i inozemnih usporednopravnih rješenja i prakse na ovom području, promjena u sferi moraliteta, te reakcija javnosti u gospodarskom prometu, kao i formiranih trgovinskih običaja, kako bi se pružila zaštita onim znakovima koji su pogodni za razlikovanje proizvoda odnosno usluga različitih sudionika u prometu, odnosno koji mogu ispuniti osnovnu funkciju žiga.

Ključne riječi: žig, relativne zabrane, apsolutne zabrane, industrijsko vlasništvo.

I. Uvod

Dok su patenti i modeli, odnosno uzorci predmeti zaštite industrijskog vlasništva koji predstavljaju nova rješenja u tehničko-tehnološkom smislu, nove vanjske oblike određenog proizvoda upotrebljive u industrijskoj proizvodnji ili drugoj gospodarskoj ili izvangospodarskoj djelatnosti, robni odnosno uslužni žigovi, predstavljaju oblik industrijskog vlasništva s naglašenim marketinškim nabojem i zadatkom da postanu simbolom kvalitete i identifikacije robe i samog poduzetnika, instrument propagandnog nastupa i moćno sredstvo u bespoštednoj potrazi za tržišnim uspjehom.

Robni, odnosno uslužni žig (registrirani robni, odnosno uslužni znak, trade mark) može se odrediti kao znak koji se može grafički prikazati i koji je u gospodarskom

prometu namijenjen razlikovanju roba ili usluga iste ili slične vrste jednog sudionika u odnosu na proizvode ili usluge drugog sudionika, a koji je znak zaštićen u skladu sa zakonom.¹

Žigom se, dakle, štiti znak pogodan za razlikovanje roba i usluga u gospodarskom prometu, a može biti izražen u vidu slike, crteža, riječi, izraza, vinjeta, šifre, kombinacija znakova i kombinacija brojeva. Žigom se ne smatra pečat, štambilj i punca (službeni znak za obilježavanje dragocjenih kovina, mjera i sl.).

Zaštita prava na žig uređena je u Republici Hrvatskoj odredbama Zakona o žigu ("Narodne novine", broj 78/99., u daljnjem tekstu: ZOŽ), koji je zamijenio iz bivše države preuzeti Zakon o industrijskom vlasništvu (dalje: ZIV).

Pravo na žig, kao subjektivno isključivo apsolutno pravo, daje vlasniku žiga ovlaštenje isključivog korištenja robnog, odnosno uslužnog žiga kao znaka razlikovanja, registriranog i zaštićenog za proizvode i usluge koje vlasnik stavlja u promet, odnosno ovlaštenje prijenosa i davanja dozvole korištenja žiga trećim osobama (npr. ugovor o licenci žiga).²

Vlasnik žiga ima isključivo pravo upotrebljavati žig u gospodarskom prometu za označavanje svojih proizvoda i usluga, s tim da se žig može rabiti i na sredstvima za pakiranje, u katalogima, prospektima, uputama, oglasima, fakturama i korespondenciji.

Žig predstavlja zaštićeni znak koji služi prvenstveno za identifikaciju roba i usluga. Da je žig kao robna marka vrlo važna za prodaju proizvoda, proizvođači su davno shvatili ulažući ogromna sredstva za reklamu i stvaranje dijela *imagea* prema konačnom potrošaču. Žig tako postaje simbol reputacije proizvođača i kvalitete robe, odnosno usluga koje taj znak obilježava.

Sudionici u gospodarskom prometu samo su u načelu slobodni u izboru znakova za označavanje svojih roba ili usluga. U nastavku obradit ćemo ograničenja u izboru znakova koji se ne mogu zaštititi kao žig, posebice relativne zabrane u našem, međunarodnom i usporednom žigovnom pravu.

II. Općenito o ograničenjima u žigovnom pravu

Razlozi ograničenja u izboru znakova razlikovanja nalaze se najčešće u javnom interesu jer određene riječi ili slike moraju ostati slobodne poradi opće uporabe. Nadalje, uporaba nekih znakova kao žigova uzrokovala bi zabunu kod kupaca robe ili korisnika usluga označenih takvim znakom, odnosno izazvala bi pomutnju na tržištu ili bi dovela do povrede morala ili dobrih poslovnih običaja, pa čak i zakona.

Zbog toga je zakonodavac svake zemlje propisao određena ograničenja, određujući da određene vrste ili grupe znakova ne mogu imati zakonsku žigovnu

¹ Zlatović: Opozicijski postupak u novom hrvatskom žigovnom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, broj 1, Rijeka 2001., str. 261.

² Čizmić: Ustupanje prava iz područja industrijskog vlasništva - ugovor o licenci žiga i ugovor o know howu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, broj 1, Rijeka 2001., str. 377.

zaštitu. Iz navedene definicije pojma žiga proizlazi da znakovi koji ne ispunjavaju neki od navedenih uvjeta ne mogu uživati pravnu zaštitu propisanu propisima o žigovima. Međutim, kako su definicije pravnih pojmova date obično u širokim općenitim formulacijama, što se *mutatis mutandis* odnosi i na žigove, nisu pogodne za sudske sporove, te stoga svaki pravni sustav, više ili manje precizno, određuje slučajeve u kojima se neće pružiti zaštita određenom znaku u smislu prava žiga.

Kako kao opće načelo vrijedi da se kao žig može zaštititi svaki znak podoban za razlikovanje roba i usluga u gospodarskom prometu, to se u zakonodavnim rješenjima obično koristi negativna metoda određivanja, odnosno navode se taksativno slučajevi kada zakon priječi zaštitu određenih znakova ili grupa znakova, bilo da je to ograničenje predviđeno kao apsolutna zabrana registracije žiga (engl. *absolute grounds for refusal*, njem. *absolute Schutzhindernisse*) ili kao relativna zabrana (engl. *relative grounds for refusal*) otklonjiva pod određenim uvjetima.³

Ova negativna metoda pokazuje se kao najbolje rješenje, koje bi jedino otpadalo kada bi postojala posve iscrpna definicija žiga uz točnu i sveobuhvatnu enumeraciju znakova koji se mogu štititi kao žigovi. Međutim metoda negativne enumeracije ili taksativnog nabrojavanja razloga za isključenje, iako nalazi legislativnu potvrdu u brojnim primjerima, trpi značajne prigovore u predmetnoj materiji. Ovi prigovori se kod žigova naročito jasno manifestiraju budući da se enumeracijom isključuje ono što u njoj nije obuhvaćeno, primjerice kod uslužnog žiga koji se u nekim pravnim sustavima uopće ne navodi u definiciji žiga, a metoda je teško prilagodljiva brojnim novinama u praksi koja stalno stvara nove pojavne oblike znakova i sredstava razlikovanja roba različitih titulara. Na kraju, očit je i interes pravnog poretka da se precizno utvrdi što se sve može štititi kao žig, do čega se lakše dolazi primjenom negativne metode.

To se rješava na taj način što, neovisno o tome daje li se zakonska definicija žiga, zakonodavac obvezno navodi što ne može imati žigovnu zaštitu. Kako je već kazano, neki se znakovi isključuju apsolutno od zaštite, što drugim riječima znači da ne mogu postati žigovima, dok su neki drugi znakovi samo relativno zabranjeni tako što će njihova registracija kao žigova biti moguća ukoliko podnositelj prijave dokaže da je dobio potrebno odobrenje od nadležnog organa ili ovlaštene osobe za korištenje znaka kao žiga.

Međutim, ni apsolutna zabrana registracije ne može se tumačiti tako da jedan određen znak koji spada u neku od zakonskih kategorija apsolutne zabrane registracije više nikada neće moći uživati žigovnu zaštitu. To se pogotovo odnosi na apstraktno postavljene slučajeve apsolutne zabrane, primjerice znakova koji su protivni moralu, kod kojih njihova mogućnost da postanu zaštićeni znakovi ovisi o eventualnim promjenama poimanja njegove amoralnosti.

Uostalom pitanje ćudorednosti znaka ovisno je o pojedinom pravnom odnosno društvenom uređenju, može biti različito od države do države, tako da bi ga upravni organi u nekoj državi mogli odbiti u postupku registracije žiga, dok bi ga drugi u potpunosti zaštitili.

³ Giefers: *Markenschutz*, 4. Auflage, R. Haufe Verlag, Freiburg i.Br., 1995., str. 31.

Također, moguće je da određeni tzv. slobodni znak, odnosno znak koji je uobičajen za označavanje određene vrste robe te se tako ne može zaštititi kao žig, izgubi to svoje svojstvo, odnosno prestane biti uobičajen za označavanje iste robe. U toj situaciji moguće je taj znak zaštititi kao žig za tu robu i za bilo koju drugu robu ili usluge.

U pravnoj teoriji znakovi koji se ne mogu štititi žigom svrstani su u tri temeljne grupe:

a) znakovi koji predstavljaju državne ili druge javne grbove, zastave, ambleme, njihovo oponašanje, nazive ili kratice naziva neke države, međunarodne organizacije i sl.;

b) znakovi koji su javno dobro;

- deskriptivni znakovi (znakovi koji opisuju robu, njenu namjenu, vrijeme i način proizvodnje, kvalitet, cijenu, težinu, geografsko porijeklo, naziv mjesta, rijeke, planine i dr.);

- znakovi koji su služili za razlikovanje roba ali su postali uobičajeni za označavanje određene robe;

- znakovi sastavljeni od slova i brojeva;

- znakovi protivni zakonu, moralu i dobrim poslovnim običajima.⁴

Međutim ova teorijska klasifikacija nije najčešće potvrđena u legislativnim rješenjima, već se obično posebno ekspliciraju apsolutne te relativne zabrane.

Ipak treba posebno naglasiti da se ne mogu ekstenzivnim tumačenjem proširiti zakonski slučajevi zbog kojih je zabranjeno registriranje žigova, budući da u tom pogledu vrijedi kao opće pravilo da se kao žig može zaštititi svaki znak podoban za razlikovanje u gospodarskom prometu robe odnosno usluga. Izuzeci od općeg pravila imaju se, dakle, najuže tumačiti.⁵

III. Zabrane u međunarodnom žigovnom pravu

Do razvitka industrijskog vlasništva došlo je na iznimno potvrđenim zasadama pojedinih država na ovom području. Međutim, specifičnosti svake pojedine zemlje i njezine legislative te ukupne pravne tradicije nužno su rezultirale time da se pojedina pitanja ove grane prava, pa tako i problematika robnih i uslužnih žigova, različito rješavaju i bitno odudaraju u odnosu na druga zakonodavstva.

Takva raznolikost u zakonima o industrijskom vlasništvu, sve veća tržišna pokretljivost i gospodarska potreba odstupanja od načela teritorijalnosti, zaštita prava i izvan domicilnih granica te svekolik razvitak međunarodnog privatnog prava i potreba unifikacije trgovačkih pravila bili su poticaj za uređenje međunarodnih odnosa i na ovom pravnom području.⁶

⁴ Cornish: Intellectual Property, third edition, Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 582.

⁵ Vidi presudu VpS U-4/68, od 6.11.1969.

⁶ Čizmić: Ogleđi iz prava industrijskog vlasništva, II, Pravni fakultet Mostar, Mostar, 1999., str. 151.

Sagledavajući međunarodne pravne akte iz industrijskog vlasništva u svjetlu problematike koja se razmatra u ovom radu, bitno je osvrnuti se na odredbe Pariške konvencije za zaštitu industrijskog vlasništva i Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova.

Pariška konvencija najstariji je izvor međunarodnog prava industrijskog vlasništva i najznačajniji instrument međunarodne zaštite svih prava iz područja industrijskog vlasništva, pa tako i žigovnog prava.

Kada su u pitanju odredbe o zabranama zaštite na području prava žiga, Pariška konvencija u svojim člancima 6-bis i 6-ter regulira pitanja apsolutnih zabrana u pogledu općepoznatih žigova i relativnih zabrana glede uporabe državnih amblema, službenih znakova za kontrolu i amblema organizacija.

Tako odredba članka 6-bis predviđa da se zemlje Unije⁷ obvezuju da *ex offio*, ukoliko to nacionalno zakonodavstvo dopušta, ili na zahtjev zainteresiranog, odbiju ili ponište registraciju i zabrane uporabu tvorničkog ili trgovačkog žiga koji je takva reprodukcija, oponašanje ili prijevod da može stvoriti zbrku s nekim žigom što bi ga nadležna vlast zemlje registriranja ili uporabe smatrala da je u toj zemlji nedvojbeno poznat kao žig osobe koja uživa pravo da se koristi Pariškom konvencijom i upotrebljuje se za istovjetne ili slične proizvode. Isto pravilo vrijedi i u slučaju kada je bitni dio žiga reprodukcija jednog takvog žiga koji je nedvojbeno poznat ili je oponašanje koje može stvoriti zbrku s tim žigom. Nadalje određen je rok od pet godina u kojem se treba postaviti zahtjev za brisanje takvog žiga, izuzev slučaja žigova registriranih ili upotrebljivanih zlonamjerno kada nema ograničenja glede zahtjeva za brisanje ili zabranu uporabe.

U članku 6-ter predviđeno je da zemlje Unije, ako nema dozvole nadležnih vlasti, odbiju ili ponište registraciju i da zabrane, odgovarajućim sredstvima, uporabu grbova, zastava i drugih državnih amblema zemalja Unije, službenih znakova i punceva za kontrolu i garanciju tvorničkih ili trgovačkih žigova, ili kao sastavnih dijelova tih žigova, te svako oponašanje u heraldičkom pogledu. Ista se relativna zabrana odnosi također i na grbove, zastave i druge ambleme, kratice ili nazive međunarodnih međudržavnih organizacija čiji su članovi jedna ili više zemalja Unije, osim grbova, zastava i drugih amblema, kratica ili naziva koji su već bili predmetom ranijih postojećih međunarodnih sporazuma namijenjenih osiguravanju njihove zaštite. Zemlje Unije nisu obvezne primijeniti ove odredbe kada predmetna uporaba ili registracija nisu takve naravi da javnost navedu na misao da postoji neka veza između organizacije o kojoj je riječ i grbova, zastava, amblema, kratica ili naziva, ili pak nije vjerovatno da su ista upotreba ili registracija takve da javnost mogu dovesti u zabludu o postojanju neke veze između korisnika i organizacije. Nadalje je određeno da se zabrana službenih znakova i punceva na kontrolu ili garanciju primjenjuje samo ako bi žigovi, koji bi ih sadržavali, bili namijenjeni upotrebi na robu iste vrste ili slične vrste.

⁷ Verona: Pravo industrijskog vlasništva, Informator, Zagreb, 1978., str. 30., Besarović - Žarković: Intelktualna svojina 2, Međunarodni ugovori, Dosije, Beograd, 1999., str. 59.

Kako bi se osigurala primjena ovih odredbi, zemlje Unije se dalje obvezuju da dostave jedna drugoj, putem Međunarodnog ureda kao tijela konvencije i Unije, popis državnih amblema, službenih znakova i punceva za kontrolu i garanciju za koje one žele ili će željeti staviti, neograničeno ili u stanovitim granicama, pod narečenu zaštitu i svaku buduću izmjenu učinjenu u tom popisu. Ova obveza ne odnosi se na državne zastave. Što se tiče znakovlja međunarodnih organizacija, pod zaštitom su ona koja su te organizacije priopćile zemljama Unije preko Međunarodnog ureda. Zemlje Unije obvezale su se na zabranu u trgovini nedopuštene upotrebe državnih grbova drugih zemalja Unije kad bi ta upotreba bila takve naravi da dovodi u zabludu o podrijetlu proizvoda.

Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova je međunarodni ugovor iz područja industrijskog vlasništva koji regulira stjecanje zaštite žigova u zemljama ugovornicama podnošenjem jedne prijave žiga Međunarodnom uredu WIPO-a. U odnosu na razmatranu problematiku ovaj sporazum u svom članku 5-bis regulira da su dokazna sredstva o zakonitoj uporabi stanovitih elemenata što ih sadrže žigovi, kao što su grbovi, štitovi, portreti, počasni znaci, titule, trgovačka imena ili imena osoba osim imena prijavitelja, ili drugi slični natpisi, koje bi mogla zahtijevati administracija zemalja ugovarateljica, oslobođena od svake legalizacije i od svake druge potvrde, osim potvrde administracije zemlje podrijetla. Prema tome, pripadnici Hrvatske mogu tako jednom prijavom i registracijom kod Međunarodnog ureda WIPO-a zaštititi svoj žig u svim ili samo nekim od zemalja ugovornica, s tim da prijavi treba priležiti i potvrda nadležnih organa zemlje podrijetla kada prijavljeni žig sadrži navedeno znakovlje neke zemlje ugovarateljice.

Sredinom 19. stoljeća većina nezavisnih država donijela je nacionalne zakone o industrijskom vlasništvu, koji su temeljem načela teritorijalnosti bili isključivo rezervirani za domaće državljane. Pa iako je s vremenom rasla potreba za zaštitom prava industrijskog vlasništva na međunarodnom planu, ipak pravo industrijskog vlasništva teritorijalno je ograničeno, postoji i upotrebljava se samo pod jurisdikcijom one države ili onih država čiji zakoni to dopuštaju.

IV. Uvjeti zaštite u europskom žigovnom pravu

Europska zajednica već duže vremena na području prava intelektualnog vlasništva provodi osmišljene i kontinuirane aktivnosti radi harmonizacije nacionalnih zakonodavstava zemalja članica o žigu te na uspostavi nad-nacionalnog žigovnog prava kroz stvaranje žiga Zajednice.⁸

Ovo je dosad rezultiralo znatnim dosezima u tom smislu, tako da su donijeti posebni žigovni propisi i to:

- 1) Council Regulation (EC) No 40/94 of December 1993 on the Community

⁸ Krneta: *Evropsko pravo intelektualnog vlasništva*, Pravni centar Fond Otvoreno društvo BiH i Zavod za standardizaciju, mjeriteljstvo i patente BiH, Sarajevo, 1996, str. 35.

trade mark (dalje: Uredba)

2) Commission Regulation (EC) No 2868/95 of 13 December 1995 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark

3) Commission Regulation (EC) No 2869/95 of 13 December 1995 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs)

4) Commission Regulation (EC) No 216/96 of 5 February 1996 laying down the rules of procedure of the Boards of Appeal of the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs).⁹

U postupku priznanja žiga Zajednice, Uredba, na tragu rješenja njemačkog prava,¹⁰ propisuje apsolutne i relativne zabrane za stjecanje žiga Zajednice.¹¹

Člankom 7. Uredbe predviđene su apsolutne zabrane koje isključuju priznanje žiga Zajednice, a na koje Zavod (OHIM) reagira *ex officio* u postupku po prijavi.¹² Tako se među ovim smetnjama navode znakovi koji nisu distinktivni, generički znakovi, slobodni znakovi, prevarni znakovi, znakovi protivni javnom poretku i moralu, crteži, amblemi ili zastave od posebnog javnog interesa te oni znakovi koji nemaju suglasnost sukladno čl. 6-ter Pariške konvencije. Među apsolutne razloge za isključenje od žigovne zaštite Uredba naznačava i nedostatak funkcionalnosti trodimenzionalnih žigova, bilo da se radi o formi potrebnoj za postizanje tehničkih učinaka, ili o formi vezanoj za vrstu robe ili formi koja robi pridaje bitnu vrijednost.¹³ Prema čl. 7. st. 2. Uredbe prijava je predmet odbijanja ako apsolutna smetnja postoji u Europskoj zajednici ili u dijelu Europske zajednice.

Za razliku od apsolutnih smetnji, Zavod na relativne razloge za isključenje od žigovne zaštite pazi samo na temelju prigovora zainteresirane osobe podnesenog unutar tri mjeseca po objavi prijave.¹⁴ Relativne smetnje nazivaju se i tzv. "starijim pravima", među koje spadaju prije svih priznati ili ranije prijavljeni žigovi Zajednice, priznati ili prvenstveno prijavljeni nacionalni žigovi te notorni well-known žigovi iz čl.6-bis Pariške konvencije, a radi se o istovjetnosti znakova i identičnosti roba i usluga na koje se odnose. Među ove zabrane Uredba uvrštava i stariji priznati poznati žig i za slučaj kada se radi o različitim proizvodima ili uslugama na koje se odnose konkurentni znakovi.¹⁵ Konačno, u starija prava spadaju i raniji nepriznati žigovi i druge oznake u tržišnom prometu, čije značenje nije lokalno ukoliko postoji odgovarajuća zaštita i na razini nacionalnog zakonodavstva.

⁹ Vidi na web stranici <http://oami.eu.int/en/aspects/reg.htm>, posjećenoj dana 28.1.2001.

¹⁰ Berlitz: Das neue Markenrecht, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1999., str. 35-66.

¹¹ Krneta: Europsko pravo žiga, Hrvatski patentni glasnik, I, 1994., br. 2-3., str. 237.

¹² Gieffers: Die europäische Gemeinschaftsmarke, prilog knjige istog autora: Markenschutz, 4. Aufl., 1995., str. 6.

¹³ Pagenberg - Munzinger: Manual on the European Community Trade Mark, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996., str. 7.

¹⁴ Zlatović: Prigovor na objavljenu prijavu žiga, Informator br. 4795 iz 2000. (male stranice).

¹⁵ Upućuje se na slučaj žiga "DIMPLE" poznatog za viski čije je korištenje uskraćeno za mušku kozmetiku. BGS GRUR 1985/550.

V. Žigovne zabrane u hrvatskom pravu

1. Relativne zabrane

Po našem ranijem pravu relativno su bili isključeni od zaštite znakovi koji su navedeni u stavku 1. točka 9., te stavcima 2.-4. Zakona o industrijskom vlasništvu, te se sukladno zakonskoj sistematici mogu podijeliti u dvije grupe. U tadašnjem žigovnom pravu relativne zabrane nisu bile strogo određene, odnosno mogle su se otkloniti pomoću posebne dozvole nadležnog organa ili ovlaštene osobe. Prva grupa relativno nepodobnih znakova, kako je to bilo određeno u citiranom stavku 1. točka 9. ZIV-a, sastojala se iz onih znakova koji sadrže državni ili drugi javni grb, zastavu ili amblem, naziv ili kraticu naziva neke zemlje ili međunarodne organizacije te njihovo oponašanje. Da bi se neki znak iz navedene kategorije mogao zaštititi kao žig, potrebno je bilo postići odobrenje nadležnog organa te zemlje ili organizacije. Kako je razvidno, ova odredba odgovara odredbi članka 6-ter Lisabonske revizije Pariške konvencije. Druga grupa relativno nepodobnih znakova predstavlja lik ili ime neke osobe (članak 30. stavak 2.-4. ZIV).

Imena odnosno likovi pojedinih osoba danas se često koriste u međunarodnom trgovačkom prometu u čistoj funkciji robnih žigova, a posebno u reklamama putem televizije, radija i drugih masovnih medija. U tom kontekstu i u našoj novijoj praksi ima slučajeva da pojedini poduzetnici koriste na tržištu fenomen popularnosti određenih osoba kod potrošačkih masa, pa se popularnost pretvara u pravi komercijalni magnetizam ogromnog marketinškog intenziteta.

Sudionici u gospodarskom prometu samo su u načelu slobodni u izboru znakova za označavanje svojih roba ili usluga. U nastavku obradit ćemo ograničenja u izboru znakova koji se ne mogu zaštititi kao žig, posebice relativne zabrane u našem, međunarodnom i uporednom žigovnom pravu.

Kako kao opće načelo vrijedi da se kao žig može zaštititi svaki znak podoban za razlikovanje roba i usluga u gospodarskom prometu, to se u zakonodavnim rješenjima obično koristi negativna metoda određivanja, odnosno navode se taksativno slučajevi kada zakon priječi zaštitu određenih znakova ili grupa znakova kao relativne zabrane.

U ranijim rješenjima relativno zabranjenim znakovima određivali su se oni čija je registracija kao žigova biti moguća ukoliko podnositelj prijave dokaže da je dobio potrebno odobrenje od nadležnog organa ili ovlaštene osobe za korištenje znaka kao žiga.

U čl. 6. ZOŽ-u navedeni su relativni razlozi za isključenje, koji se u koncepciji bitno razlikuju od dosadašnjih, jer se više ne radi o razlozima koji su otklonjivi pristankom određenog ovlaštenika, nego o razlozima (tzv. raniji žig odnosno ranija prava) zbog kojih može (ali i ne mora) doći do uskrate zaštite takvog znaka.

Tako se žigom ne može zaštititi niti znak:

a) koji je istovjetan s ranijim žigom za istovjetnu vrstu proizvoda ili usluga,¹⁶

¹⁶ Neki stariji autori izrazili su sumnju u opravdanost ovog rješenja, zbog razloga što se ocjena da li je koji znak isti ili sličan ranijem žigu, odnosno da li je sličnost tako izražena da bi mogla dovesti do

b) koji je istovjetan s ranijim žigom ili je sličan ranijem žigu za istovjetnu ili sličnu vrstu proizvoda ili usluga te postoji opasnost od izazivanja zabune u gospodarskom prometu, uključujući mogućnost da javnost misaono dovede u vezu predloženi znak s ranijim žigom.¹⁷

Ukoliko unatoč postojanju relativnih razloga za isključenje od zaštite, ipak bude propustom u postupku registracije propušten sličan znak ranije zaštićenom žigu, a posebice kad su osnovni elementi u označavanju dva proizvoda raznih proizvođača riječi koje su po zvučnosti izgovora slične do identičnosti, proizvođač koji ima zaštićeni žig osnovano može zahtijevati upravnu i sudsku zaštitu, odnosno da se zabrani drugom proizvođaču uporabu slične riječi za označavanje svog proizvoda, bez obzira na kombinacije u detaljima upotrebljene riječi pri obilježavanju proizvoda.

Relativni razlozi isključenja koji se odnose na "ranije žigove" (earlier trade marks) dijele se na tri vrste¹⁸:

a) žigove koji uživaju pravo prvenstva (prvenstvo podnošenja prijave, unijsko pravo prvenstva i izložbeno pravo prvenstva);¹⁹

b) ranije međunarodno registrirane žigove s učinkom u Republici Hrvatskoj;²⁰

c) žigove koji su u vrijeme podnošenja prijave žiga za znak dobro poznati²¹ u Republici Hrvatskoj u granicama značenja čl. 6bis. Pariške konvencije, a koji se primjenjuje na odgovarajući način na usluge. Takva poznatost žiga uključuje i poznatost žiga u bitnom dijelu javnosti, koja je stečena kao rezultat promidžbe žiga.

Pariška konvencija sadrži odredbu članka 6-bis kojom se predviđa da se zemlje Unije obvezuju da *ex officio*, ukoliko to nacionalno zakonodavstvo dopušta, ili na zahtjev zainteresiranog, odbiju ili ponište registraciju i zabrane uporabu tvorničkog

zabune na tržištu, prenosi tako iz nadležnosti sudova u ovlaštenje Zavoda koji nije organiziran da donosi odluke o ovim pitanjima koja su po istom stajalištu zapravo imovinski sporovi. Usp. Verona: Pravo industrijskog vlasništva, Informator, Zagreb, 1978., str. 169. Međutim rješenja kao u novom hrvatskom žigovnom pravu harmonizirana su i postoje u većini pozitivnih zakonodavstava država članica WIPO-a.

¹⁷ Za praksu zemalja Beneluxa, iz 1975., fonetski identični raniji žig KLAREIN (za tekućine za čišćenje) i kasniji žig CLARYN (za đin) su zamjenjivi. Navest ćemo neke poznate slučajeve sličnosti žigova i znakova: NESTLE/BESTLAIT, NIKE/NIKKE, AVIOLINA/AVIO LANOL, COCTA/COCKTA i dr. Za našu praksu vidi slučaj sličnosti znakova VIM/BIM iz presude VpS, Sl-1687/67, od 20.11.1967.

¹⁸ U britanskom pravu (TMA 1994., s. 5) također nalazimo tri vrste ranijih žigova, i to:

a) kada su predmetni žigovi identični kao i usluge i proizvodi koje pokrivaju, mogućnost konfuzije se ne traži jer se radi o automatskom isključenju od registracije;

b) kada robe ili usluge nisu identične nego samo slične, ili kada su žigovi samo slični za identične ili slične proizvode ili usluge, mora biti ukazivo da postoji mogućnost izazivanja zabune u javnosti, koja uključuje opasnost od asocijacije s ranijim žigom;

c) ranijeg "well-known" žiga sukladno odredbi čl. 6.bis. Pariške konvencije. Detaljnije kod Comish: op. cit., str. 597-598.

¹⁹ Usp. Zlatović: Pravo međunarodnog prvenstva uz naznake glede prava izložbenog prvenstva, "IN" glasnik inovatora, br. 11-12/97., str. 23.

²⁰ Usp. Tomasović: Međunarodna registracija žigova, "Hrvatski patentni glasnik", br. 1/93., str. 85.

²¹ Treba napomenuti da prema čl. 26. st. 4. ZOŽ-a nositelj nedvojbeno poznatog žiga može zabraniti trećim osobama da bez njegova odobrenja rabe istovjetan ili sličan znak za proizvode ili usluge koji nisu istovjetni s onima ili slični onima za koje je žig zaštićen, ako bi uporaba takva znaka

ili trgovačkog žiga koji je takva reprodukcija, oponašanje ili prijevod da može stvoriti zbrku s nekim žigom, a nadležna bi vlast zemlje registriranja ili uporabe smatrala da je u toj zemlji nedvojbeno poznat kao žig osobe koja uživa pravo da se koristi Pariškom konvencijom i upotrebljuje se za istovjetne ili slične proizvode. Isto pravilo vrijedi i u slučaju kada je bitni dio žiga reprodukcija jednog takvog žiga koji je nedvojbeno poznat ili oponašanje koje može stvoriti zbrku s tim žigom. Nadalje određen je rok od pet godina u kojem se treba postaviti zahtjev za brisanje takvog žiga, izuzev slučaja žigova registriranih ili upotrebljivanih zlonamjerno kada nema ograničenja glede zahtjeva za brisanje ili zabranu uporabe. Žigom se sukladno čl. 6. st. 4. ZOŽ-u ne može zaštititi znak kojim se povređuju ranije stečena prava (earlier right) nositelja navedenih u čl. 20. st. 1. toč. 2-5. ZOŽ-u.²²

Prema čl. 37. st. 1. toč. 1. u svezi čl. 35. st. 2. ZOŽ-u žig prestaje vrijediti u odnosu na sve ili u odnosu na neke robe ili usluge ako istekne rok vrijednosti žiga, a nositelj žiga tijekom posljednje godine trajanja desetogodišnjega razdoblja zaštite ili najkasnije šest mjeseci nakon isteka toga razdoblja ne podnese zahtjev za produženje vrijednosti žiga i ne plati propisanu naknadu. Međutim, i u tom slučaju osigurava se zaštita tom nositelju žiga tako da se propisuje da se žigom ne može zaštititi znak istovjetan sa žigom ili sličan žigu čija je vrijednost istekla radi navedenih razloga ako se prijava žiga podnosi prije isteka dvije godine računajući od datuma isteka vrijednosti žiga. To se ne odnosi na nositelja na čije je ime žig bio zaštićen ili njegovog pravnog sljednika, koji mogu u navedenom roku tražiti zaštitu tog znaka odnosno obnoviti raniji žig.

Relativne razloge za isključenje iz zaštite žigom prema čl. 6. ZOŽ-a može prizvati samo podnositelj ranije prijave ili nositelj ranijeg prava. Prema tome, relativne razloge ne može ispitivati Državni zavod *ex officio* niti na njih mogu ukazivati zainteresirane osobe, nego je krug takvih osoba sužen samo na one iz čl. 6. st. 6. ZOŽ-a.²³

Slijedom navedenog razvidno je da se ispitivanje po službenoj dužnosti svih uvjeta zaštite, tzv. strogo ispitivanje, kako je bilo uređeno u ranijem ZIV-u, u novom hrvatskom pravu napustilo. Razdvajanje uvjeta zaštite na apsolutne i relativne razloge poradi kojih se nekom znaku može uskratiti registracija za žig, osigurava brži, jeftiniji i jednostavniji postupak ispitivanja. Prilikom ocjene da li je jedan znak čija se

u vezi s tim proizvodima ili uslugama mogla upućivati na povezanost tih proizvoda i usluga i nositelja zaštićenoga žiga, te da istodobno postoji opasnost da interesi nositelja zaštićenoga žiga trpe štetu takvom uporabom.

²² U britanskom pravu ranija prava obuhvaćaju:

a) pravo zaštite neregistriranog znaka koji se upotrebljava u skladu s trgovačkom praksom (djelomično kroz "passing - off" zaštitu);

b) ostala prava iz autorskog prava, ili neregistrirana prava dizajna ili registrirana prava industrijskog oblička.

Detaljnije kod Marett: op. cit., str. 165.

²³ Prema čl. 5. st. 5. britanskog TMA 1994. registracija je moguća neovisno o postojanju relativnih razloga za isključenje iz zaštite žigom ako vlasnik ranijeg žiga ili ranijeg prava pristane na takvu registraciju.

zaštita traži istovjetan s ranijim žigom, mora se polaziti od načela jedinstva i načela specijaliteta. Kod razmatranja pitanja novosti kod žigova, pravilo jedinstva žiga odnosi se na to da žig čine znak i popis proizvoda ili usluga koje znak pokriva, dok načelo specijaliteta određuje da znak zaštićen žigom pokriva samo određene proizvode odnosno usluge za koje je zaštićen.²⁴

Znak iz prijave žiga istovjetan je s protivnim znakom ako predstavlja njegovu potpunu reprodukciju i ako se odnosi na iste proizvode odnosno usluge koji su pokriveni protivnim znakom (čl. 6. st. 1. toč. 1. ZOŽ-a).²⁵ Pri tome protivni znak može imati širi opseg zaštite, dok se sličnost mora dovesti u svezu s mogućnosti opasnosti od izazivanja zabune u gospodarskom prometu, uključivo s mogućnosti asocijacije predloženog znaka na raniji žig.²⁶

Dakle, sadašnje ispitivanje žiga na novost vezano je za prizivnu reakciju podnositelja ranije prijave ili nositelja ranijeg prava odnosno ranijeg žiga, pa se i novost prijavljenog znaka po tom prizivu raspravlja prema trenutku prava prvenstva, a u odnosu na znakove podnositelja prigovora koji imaju ranije pravo prvenstva, bilo da su već zaštićeni ili su predmet ranije prijave žiga.

2. *Apsolutne zabrane*

U ranijem hrvatskom pravu apsolutno se nisu mogli kao žig zaštititi znakovi taksativno navedeni u odredbi članka 30. stavak 1. točke 1.-8. ZIV-a. Na taj način isti znakovi isključeni su od žigovne zaštite, te ne mogu uživati zaštitu niti uz određene pretpostavke ili suglasnost ili pristanak određenih ovlaštenika.

Prema citiranom propisu nije se mogao zaštititi znak:

1) koji je protivan zakonu ili moralu;

²⁴ Iz čl. 26. i 27. ZOŽ-a moglo bi se analogijom zaključiti da je pod određenim uvjetima moguće da proizvodi ili usluge druge vrste mogu biti zaštićeni istim žigom na ime druge osobe. Međutim, nositelj prava može pod pretpostavkama iz čl. 26. st. 6. zabraniti trećim osobama upotrebu takvog znaka, osim slučaja iz čl. 27. st. 2. ZOŽ-a kada nositelj prava mora trpjeti uporabu znaka trećih osoba koji je istovjetan ili sličan žigu ako je to potrebno radi naznake ili obilježavanja namjene proizvoda, posebice njegovih pribora ili rezervnih dijelova ili vrste usluga koje se pružaju u skladu s ustaljenom trgovačkom praksom i poštenom tržišnom utakmicom.

²⁵ Voćni sok spada u grupu bezalkoholnih pića, te se ne može dati zaštita niti registrirati žig u kome se nalazi ista riječ koja se nalazi već na zaštićenom znaku koji se stavlja na bezalkoholna pića. Vidi slučaj znaka "FRISCO" iz presude VpS, U-2/65, od 18.6.1965.

²⁶ U ZIV-u se govorilo o kriteriju zablude prosječnog konzumenta, dok je sadašnja formulacija šira i obuhvaća misaonu (asocijativnu) reakciju javnosti. Za raniju praksu po kojoj je za ocjenu da li se radi o sličnim znakovima odnosno oponašanju zaštićenog žiga mjerodavan ukupan utisak prosječnog potrošača vidi odluku PSH, Pž-46/93, od 16.3.1993., u čijem obrazloženju između ostalog stoji: "... bitan je ukupni utisak sličnosti znaka, dakle prvenstveno samog naziva proizvoda ili usluge, što u konkretnom slučaju ne postoji, kraj nesporne činjenice da tužitelj koristi naziv "Trius", a tuženik naziv "Trade centar". Osim toga kao što je rečeno i to grafičko rješenje koje koristi tužitelj i tuženik je različito i distinktivno za prosječnog kupca odnosno potrošača, a prosječni kupac ne mora obratiti posebnu pažnju, da bi uočio razliku naziva - tvrtki tužitelja i tuženika, pa u konkretnom slučaju nema mjesta primjeni odredbe čl. 118. st. 3. citiranog zakona (radi se o ZIV-u, op. aut.) tj. ne radi se o oponašanju tužiteljevog znaka - tvrtke."

2) koji nije prikladan za razlikovanje robe odnosno usluga u gospodarskom prometu;

3) koji označava vrstu robe odnosno usluga, njihovu namjenu, vrijeme ili način proizvodnje, kvalitetu, cijenu, količinu, težinu, ime mjesta odnosno geografsko podrijetlo;

4) koji je uobičajen za označavanje određene vrste robe odnosno usluga;

5) koji svojim izgledom ili sadržajem može stvoriti zabunu u gospodarskom prometu, a osobito dovesti u zabludu prosječnog potrošača što se tiče podrijetla, vrste, kvalitete ili drugih svojstava robe odnosno usluga;

6) koji sadrži službene znakove ili punce za kontrolu i garanciju kvalitete ili ih podražava;

7) koji je istovjetan s ranije zaštićenim znakom druge osobe za istu ili sličnu vrstu robe odnosno usluga; te konačno i onaj znak

8) koji je sličan ranije zaštićenom znaku druge osobe za istu ili sličnu vrstu robe odnosno usluga ako ta sličnost može dovesti u zabludu prosječnog potrošača.²⁷

Novo izvorno hrvatsko žigovno zakonodavstvo, na tragu ranijih rješenja, ipak drugačije pristupa ovoj problematici, sukladno modernim rješenjima na ovom području i prihvaćenom konceptu uvjeta žigovne zaštite.

Tako je u čl. 5. Zakona o žigu predviđeno da se neće zaštititi znak:

1) koji je protivan javnom poretku i čudoređu,

2) koji se ne može grafički prikazati,

3) koji svojim izgledom nije prikladan za razlikovanje proizvoda ili usluga u gospodarskom prometu,

4) koji se sastoji isključivo od oznaka ili podataka koji u prometu služe za označavanje vrste, kakvoće, količine, namjene, vrijednosti, zemljopisnog podrijetla, vremena proizvodnje proizvoda ili pružanja usluga ili za označavanje nekih drugih obilježja proizvoda ili usluga,

5) koji se sastoji isključivo od oznaka ili podataka koji su uobičajeni u svakodnevnom ili stručnom govoru ili ustaljenoj trgovačkoj praksi,

6) koji je isključivo oblik određen vrstom proizvoda ili oblik proizvoda potreban za postizanje određenog tehničkog rezultata ili oblik koji proizvodu daje bitnu vrijednost,

7) koji svojim izgledom može dovesti u zabludu javnost, posebice u odnosu na zemljopisno podrijetlo, vrstu, kakvoću ili neko drugo obilježje proizvoda ili usluge,

8) koji sadržava ili se sastoji od oznake zemljopisnog podrijetla kojom se identificiraju vina ili jaka alkoholna pića, a odnosi se na vina ili alkoholna pića koja nisu toga zemljopisnog podrijetla, te

9) koji sadržava državni grb ili drugi javni grb, zastavu ili amblem, naziv ili kraticu naziva neke zemlje ili međunarodne organizacije te njihovo oponašanje, osim uz odobrenje nadležnog tijela te zemlje ili organizacije.

Kako je razvidno, naš zakonodavac ipak u sistematici ovog zakonskog članka nije bio dosljedan. Tako uz situaciju iz toč. 9. citiranog zakonskog članka, u uredbi

²⁷ Manigodić: Robni i uslužni žigovi, Pronalazaštvo, Beograd, 1989., str. 15-16.

stavka 2. čl. 5. ZOŽ-a propisano je da će se znakovi navedeni pod točkama 3., 4. i 5. st. 1. čl. 5. ZOŽ-a moći zaštititi žigom ako podnositelj prijave dokaže da je znak uporabom postao svojstven njegovim proizvodima ili uslugama.

Naime, iako se radi o apsolutnim zabranama, dakle onim situacijama kada se neće zaštititi znak zbog postojanja određenih razloga za isključenje, ovdje se daju izuzeci od načela koji, doduše, neće dovesti do praktičnih problema, ali unose nomotehničku zbrku, upućuju na nesustavnost kod izrade ZOŽ-a i relativiziraju apsolutne razloge za isključenje, što je samo po sebi *contradictio in adjecto*. Bilo bi logičnije da su se ovi slučajevi uvrstili među relativne razloge isključenja od zaštite.

Ne može se ekstenzivnim tumačenjem proširivati slučajeve zbog kojih je zabranjeno registriranje žigova budući da u tom pogledu kao opće pravilo vrijedi da se kao žig može zaštititi svaki znak sličan za razlikovanje u gospodarskom prometu roba ili usluga. Iznimke od općeg pravila imaju se najuže tumačiti (v. presudu VSJ, U-4/68, od 27.11.1969.).

U nastavku osvrnut ćemo se na neke specifičnosti svake pojedine navedene apsolutne zabrane.

a) Protuzakoniti i nemoralni žigovi

Ne može se zaštititi kao žig onaj znak koji je protivan javnom poretku i ćudoređu prema čl. 5. st. 1. toč. 1. ZOŽ-a. Dakle ne rabi se više ranija sintagma iz odgovarajućeg čl. 30. st. 1. toč. 1. ZIV-a - "protivan zakonu ili moralu", jer je pojam "javni poredak" precizniji i širi u odnosu na "zakon", a ranija stipulacija bila je suviše uopćenog karaktera. Time se u cilju daljnje harmonizacije domaćeg zakonodavstva slijede međunarodna rješenja, jer, prema čl. 6 *quienquies* B, st. 1. toč. 3. Pariške konvencije, znak neće biti zaštićen žigom ako je protivan moralu ili javnom poretku, a naročito ako može biti prevaran.²⁸

Citirana odredba prvenstveno se odnosi na znakove protivne ćudoređu i dobrim običajima, jer su žigovi protivni zakonu rijetka pojava u praksi.²⁹ Naime, svi žigovi isključeni od zaštite su *contra legem*. Kako javni poredak jedne države čine prvenstveno imperativne norme, i to ne samo zakoni nego cijeli pozitivni pravni sustav različite razine i snage pojedinih pravnih propisa, u praksi možemo naći primjere povrede odredaba određenih pravnih propisa. Primjerice, ne može biti zaštićen žigom znak koji sadrži tuđe likovno autorsko djelo.

U odnosu na znakove protivne ćudoređu radi se o znakovima "*mala fide*" kojima se vrijeđaju nacionalni, vjerski, spolni, rasni i drugi osjećaji, i to kako riječima (neprikladna uporaba imena ili naziva, psinke i sl.) ili grafizmima (pornografski crteži, vinjete, slike i sl.). U nas nije formirana šira praksa na ovom području, za

²⁸ Slično i u Modelu zakona o žigu WIPO-a koji u čl. 5(1)(e), što primjerice podrazumijeva i uskratu opscenih slika i simbola javnih ustanova ili zabranjenih političkih stranaka kao mogućih priznatih žigova.

²⁹ Vidi slučaj znaka "COSA NOSTRA", BpatG, GRUR 1996, S.408.

razliku od bogate inozemne prakse.³⁰ U teoriji prevladava stajalište da se prigodom raspravljanja podobnosti za žigovnu zaštitu religioznih pojmova, imena poznatih junaka iz povijesti i narodne baštine, božanstava, svetaca i poznatih ljudi treba svestrano ocijeniti okolnosti svakog slučaja, bez apriornog negativnog određenja glade mogućnosti zaštite tih oznaka žigom. Kod toga bi primarno trebalo kao kriterije utvrditi očuvanje postignute vrijednosti tih pojmova ili naziva, vrstu i karakter robe ili usluga koje se označavaju tim riječima, te njihovo čuvanje od zlouporabe, vulgarizama i banalizacije.³¹

Pri tomu treba brinuti o stalnim promjenama i prilagodbi ćudoređa i običaja novim društvenim okolnostima, jer neki znak koji još jučer ne bi mogao biti zaštićen radi moralne upitnosti, već poslije kratkog vremena biva sasvim dobar i bez amoralnih asocijacija u odnosu na javno mnijenje i stavove društvene sredine. Isto se, ako ne i u znatnijem izrazu, odnosi na vrtoglave promjene u trgovačkim ili poslovnim običajima, koji zbog izražene brzine razvitka tehnologije, tržišta i trgovačkih odnosa traže još veću fleksibilnost i stalno praćenje aktualnog stanja, pa i kad je zaštita žiga u pitanju.

Prema tome, na Državnom zavodu za intelektualno vlasništvo odgovoran je, stručan i trajan zadatak da prateći suvremene društvene trendove i stajališta javnost u svakom pojedinom slučaju formira pravilan stav koji bi štitio javni moral i poredak a u isto vrijeme ne bi bio kočnica modernim i brzim oblicima novih raznolikih gospodarskih i tržišnih pojava oblika.

I na strani potencijalnog nositelja žiga odgovornost je kod izbora i stvaranja znaka kako ne bi bio protivian postojećim propisima koji reguliraju pitanja prometa određenih roba, posebice pića i proizvoda od duhana, odnosno njihova reklamiranja.

b) *Negrafički znakovi*

Naš ZOŽ određuje da se neće zaštititi znak koji se ne može grafički prikazati (čl. 5. st. 1. toč. 2.).

Ova odredba proizlazi iz same definicije žiga koja je dana u odredbi čl. 1. st. 1. ZOŽ-a. Naime žig se određuje kao znak koji se, kao prvo, može grafički štititi, a tek ako je ispunjen taj uvjet, traži se i drugi odnosno da je prikladan za razlikovanje proizvoda ili usluga jednog sudionika u gospodarskom prometu od proizvoda ili usluga drugoga sudionika u gospodarskom prometu. Prema tome grafičko određenje znaka je *condictio sine qua non* žiga, te svi oni znakovi koji se ne mogu izraziti u bilo kojoj grafičkoj formi ne uživaju žigovnu zaštitu.

Sukladno navedenoj zakonskoj definiciji žiga, žigovnu zaštitu mogu uživati znakovi

³⁰ Po ovoj osnovi po ranijoj praksi odbijeni su primjerice znakovi "Antikrist", "Antibog", "Penny's", "Kidnapper", "SOS", "MAKRO", "PEDOFIL", "ANARHIST", naci-simboli i sl.

³¹ Primjerice ne bi se mogao koristiti i zaštititi znak "Da Vinci" za boje ili platno loše kvalitete odnosno isključen bi od zaštite bio znak u riječi "Chopin" za audiotekniku slabih performansi zvučne slike.

u riječi, u slici, kombinacije riječi i slika, slova i brojevi, trodimenzionalni žigovi,³² kratice, grafički prikazi, kombinacije boja i njihovih tonova, oblici proizvoda ili njihova pakovanja, pod uvjetom da su razlikovni, kao i kombinacije svih naprijed navedenih znakova.

Iz ovog proizlazi da u nas zaštitu još ne mogu postići znakovi u zvuku³³ ili mirisu, iako se radi o raširenoj pojavi u suvremenoj trgovini i prodaji,³⁴ posebice onoj u SAD.

c) Nedistinktivni znakovi

U čl. 5. ZOŽ-a taksativno su nabrojeni razlozi za apsolutno isključenje od žigovne zaštite. Pa iako je navedena među prvima, toč. 3. st. 1. ovog članka razumijeva se kao temelj za pokrivanje svih onih situacija nerazlikovnosti znaka koji nisu navedeni u ostalim točkama ove odredbe. Stoga bi nomotehnički ova točka morala biti na posljednjem mjestu kako bi se na taj način pocrtao njen supsidijarni karakter kao opće odredbe.

Dakle, naš ZOŽ zabranjuje zaštitu znaka koji svojim izgledom nije prikladan za razlikovanje proizvoda ili usluga u gospodarskom prometu. Na ovaj način izbjegavaju se negativni mogući efekti primjene metode negativne enumeracije, pa se ovom odredbom pokrivaju i oni slučajevi koje ne možemo podvesti pod ostale odredbe čl. 5. ZOŽ-a.

Ovi neprikladni znakovi, koji nemaju karakteristiku izvornosti i posebnosti, pokrivaju tako, između ostalih, neposredno i posredno generičke riječi, slova, slogane, kratice, kovanice, brojeve, poznate geometrijske oblike i tijela, slike proizvoda ili ambalaže, boje, te kombinacije ovih elemenata koji nisu distinktivni.³⁵

Neposredno generičke riječi u načelu ne mogu imati razlikovni učinak jer direktno ukazuju na proizvod,³⁶ pa ni kao kombinacija više takvih riječi, kako pojedinačno tako ni kao skup riječi. Posredno generičke riječi, iako samo asociraju na neku robu, također nemaju razlikovni učinak i zbog svoje učestalosti u korištenju ostaju izvan dosega žigovne zaštite.³⁷

U žigovnom pravu vrijedi načelo da se jedno slovo u svom redovnom obliku ne može zaštititi kao žig ukoliko se ne radi o opisanim slovima koja se mogu tumačiti,³⁸

³² Radi se o bitnoj novini ZOŽ-a u odnosu na ranija rješenja kada oblici i tijela nisu bila navedena. U novom zakonu trodimenzionalni oblici su izričito navedeni, kako bi normirano bilo ono što godinama postoji u praksi (boca COCA COLE, Mercedesova zvijezda), čime se unosi pravna sigurnost glede zaštite trodimenzionalnih žigova. Slično za jugoslavensku praksu kod Besarović - Žarković: *Intelektualna svojina - Industrijska svojina i autorsko pravo 1*, Dosije, Beograd, 1998., str. 64.

³³ Trebalo bi razmisliti o dozvoli registracije žiga kao glazbenih fraza koje se mogu grafički, odnosno notalno prikazati.

³⁴ Vidi stanje u danskoj praksi u članku "Sound marks must be described", *Trademark World* br. 124, str. 4.

³⁵ Tako i Manigodić: op. cit., str. 20.

³⁶ Primjerice riječi "HLADNJAK", "LOPTA", "MUŠKO ODIJELO" i sl.

³⁷ Tako riječ "LED" za hladnjake, ili "FREDO" odnosno "CALDO" za kućanske aparate.

³⁸ Ovo je karakteristično za starija pisma, pa zaštitu uživaju riječi "ALFA", "OMEGA", "ZETA", "RO", "DELTA", "GAMA" i sl.

odnosno ako nije grafički izraženo.³⁹ Međutim kod ovih posljednjih, radi se o slaboj zaštiti, jer svatko drugi može koristiti isto slovo u grafičkoj inačici ili kombinirano s drugim znakom ili drugim elementom istog znaka.⁴⁰

Znak od dva ili više slova koja su arbitrarno određena, a nisu generičkog značenja, može biti priznat kao žig.⁴¹ Danas se zaštita priznaje i sloganu (od škotskog pokliča "sluagh-ghairm"), i to ne samo ako je sastavljen barem od jedne razlikovne riječi,⁴² već ako ne sadrži riječi koje direktno ne upućuju na karakter ili kvalitet proizvoda.⁴³ U svakodnevnoj komunikaciji i korištenju uobičajeni znakovi ne mogu biti zaštićeni žigom ako ukazuju na određene proizvode.⁴⁴ Različite kratice mogu biti izuzete od žigovne zaštite, posebice one u vidu radikala, ukoliko mogu asociirati na neke proizvode ili usluge.⁴⁵

Kovanice mogu biti izražene od dvije generičke riječi, iz dvije izmišljene riječi, ili njihove kombinacije. Ukoliko je kovanica sastavljena od dvije neposredno generičke riječi, ne uživa zaštitu⁴⁶, dok se kovanica od izmišljenih riječi ne ispituje u odnosu na apsolutne razloge za isključenje od žigovne zaštite, nego samo u odnosu na relativne zabrane. S obzirom da su u svakodnevnoj općoj uporabi, pojedini brojevi ne mogu biti sami za sebe predmet zaštite: Pod određenim uvjetima da ne dovode u zabludu javnost glede karakteristika robe, zaštitu mogu imati dva ili više brojeva zajedno, broj u slovnom izrazu i sl. Geometrijski oblici i tijela nemaju distinktivne karakteristike, tako da zaštitu uživaju samo višedimenzionalni oblici s makar jednim razlikovnim elementom. ZOŽ ne priznaje zaštitu znaka koji sadrži isključivo jednu boju, jer se žigom mogu štititi znakovi kao kombinacije boja i njihovih tonova. Konačno, naš zakon priznaje zaštitu kombinacijama navedenih elemenata i oblika, jer se smatra da i skup nerazlikovnih elemenata može tvoriti kao cjelina originalni distinktivni znak.

Zaštita žiga, koji se sastoji od slova ili kombinacije riječi ili slova, obuhvaća te riječi, slova i kombinacije ispisane bilo kojim tipom slova, u bilo kojoj boji ili izražene na bilo koji drugi način.⁴⁷

³⁹ Tako je poznata zaštita žiga u obliku stiliziranog slova "P" za tekstilne i kozmetičke proizvode poznatog modnog kreatora Pierrea Cardina.

⁴⁰ Tako usporedno postoje žigovi "R" poznatog kreatora Pacco Rabana i žig drugog nositelja "RR".

⁴¹ Vidi žig "GMV" za mušku kozmetičku kolekciju Gian Marca Venturija ili čuvene žigove "BMW", "IBM" i dr.

⁴² Vidi kod nas zaštićeni žig Z20000506A "TORBA GLAVU ČUVA AKO JE U NJOJ ANDOL C".

⁴³ Vidi kod nas za nositelja "Večernji list" priznati slogan "ODVJETNIK SVOJIH ČITATELJA".

⁴⁴ Takvi su znakovi "%", "?", "+" itd.

⁴⁵ Ne može uživati zaštitu znak "TERMO" kao kratica-radikal za kućanske uređaje, odnosno znakovi "C" ili "mA" za elektrotehničke uređaje, jer predstavljaju kratice određenih mjernih jedinica.

⁴⁶ Npr. "SUPERNOVA". Suprotno prihvaćena je podobnost znaka - kovanice "TECHNODENT", za koji je ocijenjeno da navedeni znak predstavlja kovanicu koja ne označava vrstu robe za koju se traži zaštita (tehnička sredstva ili instrumente koji se koriste u zubarstvu - op. aut.), već samo može ukazati na grupu proizvoda među koje spada i roba za koju se tražila zaštita. Pošto se u ovom slučaju nije radilo o izrazu odnosno o znaku koji isključivo označava vrstu robe, usluge, njenu namjenu itd., to nije bilo temelja da se odbije zatražena registracija (presuda VpS, U-4/68, od 27.11.1969.).

⁴⁷ Vidi odluku PSH, PŽ-291/93, od 14.4.1993., Informator, br. 4095, od 5.6.1993.

Zaključno napominjemo da je pitanje znakova koji nemaju distinktivni karakter ipak prvenstveno faktično pitanje, pa se treba pri tome uzeti u obzir sve relevantne okolnosti, eventualna ranija uporaba znaka, reakcije u gospodarskom prometu i slično.

d) Deskriptivni znakovi

Prema čl. 6 quinquies B. st. 2. Pariške konvencije odbit će se registracija žiga kad je bez ikakvog distinktivnog obilježja ili kad je isključivo sastavljen od znakova ili obilježja koji bi mogli poslužiti u trgovini da označe vrstu, kvalitetu, količinu, namjenu, vrijednost, mjesto podrijetla proizvoda ili vrijeme proizvodnje.

Ovi znakovi, koji se odnose na podatke o robi ili uslugama, u pravnoj literaturi nazivaju se i deskriptivnim ili opisnim znakovima (engl. descriptive trade marks). Kao opće dobro ne mogu uživati žigovnu zaštitu, jer proizvode odnosno usluge samo opisuju umjesto da ih individualiziraju.

Naime iz zakonske definicije žiga iz čl. 1. st. 1. ZOŽ-a izvodi se jedno od temeljnih načela u žigovnom pravu - načelo razlikovanja ili distinktivnosti, po kojem žig mora biti, između ostalog, upravo razlikovan znak.

Za razliku od ranijeg ZIV-a,⁴⁸ odredba čl. 5. st. 1. toč. 4. ZOŽ-a pravilno interpretira i slijedi citiranu odredbu Pariške konvencije, jer je ovdje bitno utvrditi sadrži li prijavljeni znak isključivo deskriptivni znak, a ne da li opisni znak ima isključivo deskriptivno značenje ili ima i druga neopisna značenja.⁴⁹

Naš ZOŽ tako regulira da se žigom neće zaštititi znak koji se sastoji isključivo od oznaka ili podataka koji u prometu služe za označavanje vrste, kakvoće, količine, namjene, vrijednosti, zemljopisnog podrijetla, vremena proizvodnje proizvoda ili pružanja usluga ili za označavanje nekih drugih obilježja proizvoda ili usluga.

Kad govorimo o prvoj podvrsti opisnih znakova koji se sastoje isključivo od oznaka ili podataka koji u trgovini služe za označavanje vrste, kakvoće, vrijednosti i količine proizvoda ili usluga, te oznake ili podaci mogu biti izraženi verbalno⁵⁰ ili grafički.⁵¹ Također i oni znakovi koji upućuju na namjenu proizvoda ili usluga

⁴⁸ Naime Pariška konvencija govori o žigovima koji su isključivo sastavljeni od navedenih znakova, dok čl. 30. st.1. toč. 3. ZIV-a navodi da se ne može kao žig zaštititi znak koji označava određene karakteristike robe ili usluga. Tako i presuda VPS, br.U-4/67-3, od 11.11.1968.

⁴⁹ Ukoliko neki znak pored opisnog ima i neka druga značenja koja nisu deskriptivna već razlikovna, tada ne bi postojali razlozi za uskratu zaštite takvog znaka kao žiga. Ipak i u tim situacijama moguće je da neki takav žig se može zaštititi u dvije ili više zemalja, ali zbog razlika u značenju toga žiga u pojedinim zemljama njegova uporaba nije uvijek oportuna. Primjerice u SAD i u Meksiku može se valjano zaštititi žig CHEVROLET NOVA kao znak za novi tip automobila, ali će rijetko koji Meksikanac kupiti novi tip automobila koji "no va" (koji ne ide - prev. aut.).

⁵⁰ U praksi su poznati primjeri uskrate zaštite za znakove "FOTONEGATIV", "BAKELIT", "50 KN", "SOMMA", "DOLAR", "GRAM", "220 V", "PROSATHMAN", "MINI KUHINJA", "TOKYO MUSIC FESTIVAL", "IDEAL MILK", "SUPER MILK", "2 kg", "500 KOM", "PRIMA", "TOP", "EXTRA", "EXCLUSIVE", "PERFECTION", "WE SOUND BETTER" i sl.

⁵¹ Primjerice odbijeni su znakovi sa slikom naliv-pera (IR 366934) i slikom četkice za zube (IR 385626).

predstavljaju opće dobro, može ih svatko upotrebljavati te stoga ne mogu uživati žigovnu zaštitu, odnosno ne mogu biti zaštićeni samo u korist jednog nositelja žiga.⁵²

Ipak napominjemo da jedna oznaka ili podatak, koji su isključeni od zaštite u odnosu na određenu vrstu proizvoda ili usluga, mogu biti prikladni da učine razlikovnom neku drugu vrstu proizvoda ili usluga pa im se u tom slučaju neće odbiti zaštita.⁵³ Pri tome je odlučno shvaćanje u gospodarskom prometu odnosno poslovni običaji i uzance. Poznati su slučajevi u inozemnoj praksi, primjenjivi i kod nas, gdje je zaštita određenih znakova odbijena,⁵⁴ što ne znači da isti znakovi nisu pogodni za zaštitu u odnosu na neku drugu robu ili usluge za koje bi imali u potpunosti razlikovni karakter. Također su praktično mogući slučajevi gdje su fine nijanse između znaka koji sadrži podatke o robi te fantastičnog odnosno distinktivnog znaka, a naročito kada se radi o asocijativnoj svezi znaka i karakteristike proizvoda.⁵⁵

Kada je riječ koja predstavlja generični pojam i označava isključivo vrstu robe zaštićena kao žig, takav žig poništiti će se po zahtjevu koji može podnijeti svaka osoba.⁵⁶

Nadalje, od žigovne zaštite isključeni su znakovi koji se sastoje od oznaka načina i vremena proizvodnje, tako da se ovdje može raditi o verbalnim znacima izraženim jednom ili s više generičnih riječi, kovanicama,⁵⁷ dodacima,⁵⁸ sintagmama⁵⁹ i sl.

Najsloženije pitanje distinktivnosti znakova javlja se kod podvrste znakova koji se sastoje od imena mjesta odnosno oznaka zemljopisnog podrijetla.⁶⁰ Oznakom zemljopisnog podrijetla štiti se naziv mjesta u užem smislu riječi (lokalitet), područja ili, u iznimnim slučajevima, zemlje iz koje potječe proizvod ili usluga, kakvoće, ugleda ili drugog svojstva koje se u biti smatra nastalim pod utjecajem zemljopisnog podrijetla. Tako su isključeni od žigovne zaštite nazivi rijeka, jezera, planina, odnosno sve zemljopisne oznake neovisno što ih zakon takstativno ne nabraja.

⁵² Primjerice znak "FOR BRUNETTES ONLY" (Ž.643/74). Postoje dvojbe glede registracije znaka koji indirektno ukazuje na namjenu robe (npr. znak "STEP" za uloške za cipele, IR 439/82 ili priznati znak "4 WAY" za farmaceutske proizvode po presudi SS, br. Us-514/79, od 16.1.1980.), međutim možemo se prikloniti onom stajalištu koji isključuje od zaštite kao žiga onaj znak koji neposredno upućuje na namjenu robe, dok bi se posredno upućivanje, koje traži misaoni napor potencijalnog korisnika ili kupca, toleriralo.

⁵³ Primjerice "TELEFON" kao žig za cigarete, ili "KLJUČ" za trikotažu te "EXTRA VIOLA" za farmaceutske proizvode.

⁵⁴ Tako je uskraćena žigovna zaštita znakovima "EXACTUS" za satove, "DURABLE" za tekstil, "MULTEYES" za optičke proizvode, "POPULAIRE" za cigarete i duhanske proizvode i dr.

⁵⁵ Tako se ne mogu štititi znakovi "MALEN", "PICCOLO", "VELIKI" i sl., za razliku od mogućih žigova "LILIPUT" ili "GOLIJAT".

⁵⁶ Vidi presudu VpS, Sl-683/70, od 22.12.1970. O poništenju žiga detaljnije kod Zlatović: Modaliteti prestanka žiga u novom hrvatskom žigovnom pravu, Godišnjak 7, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, Zagreb, 2000., str. 552.

⁵⁷ Vidi slučaj znaka "SONNIGER SEPTEMBER", BpatGE 10/120.

⁵⁸ Npr. "NAČIN", "SUSTAV", "A LA".

⁵⁹ Zanimljivo je da je u Njemačkoj odbijena zaštita na primjer znaka "MAERZENBIER", jer su isključene od zaštite sintagme s naznakom godišnjeg doba, mjeseca, dana u tjednu ili dijela dana.

⁶⁰ Radi se o posebnoj vrsti industrijskog vlasništva, u nas uređenim Zakonom o oznakama zemljopisnog podrijetla proizvoda i usluga ("Narodne novine", br.78/99.). Više kod Čizmić: Zaštita naziva podrijetla u hrvatskom pravu, Informator, br. 4403, od 18.5.1996., str. 16-17.

U smislu ZOŽ-a pod zemljopisnim podrijetlom smatra se mjesto koje ukazuje na podrijetlo proizvoda, koje se sastoji od geografske oznake odnosno naziva jednog užeg lokaliteta, zatim od imena neke općepoznate ulice, gradske četvrti i sl.⁶¹ Posebna se pozornost kod ispitivanja pridaje prevarnom korištenju ovih oznaka u cilju dovođenja potrošača u zabludu glede podrijetla robe ili usluge. Kod toga se odbija zaštita i znakova koji nisu doslovni, ali su slični oznakama zemljopisnog podrijetla.⁶²

Zaštita se može odobriti onim zemljopisnim oznakama za koje je notorno poznato da ne mogu predstavljati mjesto proizvodnje⁶³ ili za koje je podnijeta međunarodna prijava za registraciju, a zaštićena je u matičnoj zemlji.⁶⁴ U praksi postoje dvojbe glede zaštite turističkih motiva kao žigova, ali mišljenja smo da takvi znakovi, posebice oni grafički odnosno likovno riješeni, imaju svojstvo originalnosti, pa i sve kondicije za zaštitu žigom.⁶⁵

Oznaka zemljopisnog podrijetla ne uključuje samo određeni geografski pojam već može egzistirati i kao oznaka podrijetla bez sadržavanja zemljopisnog naziva.⁶⁶

Znak koji isključivo označava ime mjesta, prema starijoj praksi, može se izuzetno zaštititi kao robni žig ako je kontinuirano upotrebljavan za obilježavanje određenih roba određenog proizvođača u razdoblju koje predstavlja značajno vremensko razdoblje. Tako je poznat slučaj žiga "NEWPORT" za obilježavanje cigareta, za koje je proizvođač uspio ishoditi zaštitu stojeći na stajalištu da taj znak ne označava isključivo ime mjesta, nego da ta riječ označava i osobna imena, da znak uzet sam za sebe nije podoban da odredi geografsko podrijetlo, da ga rabi desetljećima, te da na ovim prostorima ne može stvoriti nikakvu zabunu glede podrijetla robe, jer da prosječnom potrošaču može ukazivati samo na američko podrijetlo, koje uistinu i jest. Sud je u ovom slučaju stao na stajalište da se samo u iznimnim slučajevima ovakvom znaku može dati zaštita. Zaštita se takvom znaku može dati samo ako je ispunjena određena pretpostavka za to, a očituje se u sljedećem: ako bi takav znak, koji se sastoji isključivo od riječi - riječi same za sebe - bez ikakvih distinktivnih obilježja, kojim se označava ime mjesta - kontinuirano rabio za obilježavanje određenih roba određenog proizvođača u razdoblju koje predstavlja značajan vremenski razdoblje, onda bi takav znak u tom razdoblju svojim stalnim postojanjem

⁶¹ Primjerice znakovi "EUROP", "GERMANIA", "HELVETIA", "SAHARA", "DALMATINAC", "ŠIBENIK", "ILICA", "MAKSIMIR", "SPLIČANIN", "CHAMPS ELYSEE", "YORK TRAILERS" i sl.

⁶² Poznat je slučaj odbijanja zaštite znaka "CUTINA" ili "BARY" koji su slični nazivima gradova Kutina i Bari.

⁶³ Primjerice znak koji sadrži isključivo ime vrha neke planine predstavlja distinktivan znak i može uživati zaštitu kao žig. Ali odbijena je u Njemačkoj primjerice zaštita znak "SAMOS" za informatičku opremu iako se radilo o doduše velikom, poznatom i slabo razvijenom otoku, ali gdje je moguće da u daljnjem industrijskom razvoju dođe do proizvodnje takve robe.

⁶⁴ Primjerice žig "HEIDELBERG" zaštićen u Njemačkoj. Naime može biti slučaj da znak koji sadrži isključivo oznaku mjesta može kao općepoznat i uslijed duge uporabe ishoditi žigovnu zaštitu (npr. "WINCHESTER").

⁶⁵ Primjerice znakovi koji sadrže grafizme Nacionalnog parka Krka ili Plitvice, odnosno šibenske katedrale Sv. Jakova, zvonika Sv. Duje u Splitu i sl.

⁶⁶ Primjerice "DINGAČ" ili "POSTUP".

i korištenjem dobio novi sadržaj i tako dobio nov i samostalan pojam. Takav znak, zbog takve uporabe i novog sadržaja, mogao bi se zaštititi. Svojom stalnom pojavom na tržištu, a vezan za određenu robu i određenog proizvođača, s vremenom se otuđuje od prvotnog značenja i u svijesti javnosti te u privrednom prometu izaziva poseban i svojstven pojam različit od prvobitnog značenja te riječi. Takav znak odvojen od svog izvornog značenja mogao bi se zaštititi kao žig jer je postao pogodan i podoban da izvrši osnovne funkcije žiga. Ovo naročito i zbog toga što takav znak, uslijed novog sadržaja u označavanju novog pojma, ne može ugroziti interese trećih osoba koji bi takav znak koristili u njegovom prvotnom značenju, budući bi takav znak upotrijebljen u prvotnom značenju ostao u javnoj domeni.⁶⁷

Zaštita znaka sa zemljopisnom oznakom kao žiga moguća je ako prema *prima facie* utisku isti nije u potpunosti generičan, odnosno nema prijevarne efekte niti asocijacije.⁶⁸ Naime, naš zakon slijedeći rješenja iz europskog žigovnog prava odbija zaštitu znaka koji svojim izgledom može dovesti u zabludu javnost, posebice u odnosu na zemljopisno podrijetlo, vrstu, kakvoću ili neko drugo obilježje proizvoda ili usluga (čl. 5. st. 1. toč. 7.).

U ovoj odredbi izostavljena je ranije korištena sintagma "prosječni potrošač" kao kriterij za ocjenu prikladnosti znaka za zaštitu žigom. Iz dugogodišnje prakse proizašlo je da je raniji termin prilično nepouzdan kriterij, s obzirom da postupak priznanja provode stručne osobe u Državnom zavodu za intelektualno vlasništvo koje, uz stručno znanje i višegodišnju praksu, teško mogu fingirati ulogu prosječnog potrošača. Kako osim potrošača odnosno korisnika usluga u gospodarskom prometu sudjeluju i trgovci na veliko i malo, distributeri, dobavljači i drugi sudionici u prometu, to je sadašnji termin "javnost" adekvatniji ne samo za Državni zavod, nego i za sudove koji odlučuju o povredi žiga.⁶⁹ Na ovaj način ZOŽ je usklađen s Pariškom konvencijom koja također, kao i brojna usporedna zakonodavstva, ne poznaje kriterij "prosječnog potrošača".

Posebno ZOŽ uzima u obzir specifičnosti vinarstva i vinske industrije kada određuje da se žigom neće štititi znak koji sadržava ili se sastoji od oznake zemljopisnog podrijetla kojom se identificiraju vina ili jaka alkoholna pića, a odnosi se na vina ili jaka alkoholna pića koja nisu tog zemljopisnog podrijetla (čl. 5. st. 1. toč. 8.). Kod toga je bitno napomenuti u odnosu na toč. 4. istog članka ZOŽ-a da je u ovom slučaju ograničenje šire određeno, jer se ne traži da je takva oznaka isključivi sastojak znaka, nego je sama pojava te oznake u znaku razlog za isključenje od zaštite, neovisno što znak može sadržavati i druge distinktivne sastojke.⁷⁰

Kod ove podvrste razloga za isključenje od žigovne zaštite nužno je imati stalan

⁶⁷ Vidi presudu VpS, U-5/67, od 11.11.1968.

⁶⁸ Primjerice ne može se zaštititi verbalni znak "FRANCUSKA SALATA" na ime hrvatske firme.

⁶⁹ Žigovi mogu sadržavati pojedine distinktivne dijelove za koje prosječni potrošači i ne mogu znati da kao takvi jedino i uživaju žigovnu zaštitu.

⁷⁰ Primjerice ne bi se mogao zaštititi znak "CRVENI CHAMPAGNE IVIĆ" za alkoholna pića ili "NOĆNI ZUERICH" za satove.

i recentan uvid u komparativnu praksu i zakonoslovlje, te u svakom pojedinom slučaju sagledati reakciju javnosti.

e) Slobodni znakovi

Polazeći od rješenja iz čl. 6. quinquies B. st. 1. toč. 2. Pariške konvencije, naš ZOŽ određuje u čl. 5. st. 1. toč. 5. da se žigom neće zaštititi znak koji se sastoji isključivo od oznaka ili podataka uobičajenih u svakodnevnom ili stručnom govoru ili ustaljenoj trgovačkoj praksi. I ovdje treba obratiti pozornost na redakciju navedene zakonske odredbe, koja je drugačija u odnosu na ranije rješenje iz ZIV-a, odnosno na činjenicu da se za postojanje okolnosti za zabranu traži da znak isključivo sadrži navedene oznake ili podatke, što znači da ukoliko znak uz te podatke sadrži neke druge distinktivne elemente, postoji mogućnost zaštite takvog znaka žigom sukladno zakonu.

Znači, pod navedenim kondicijama znak koji je inače bio prikladan za razlikovanje roba ili usluga, ali je taj element s vremenom izgubio, odnosno postao općim dobrom dostupnim svakome jer se pretvorio u uobičajenu oznaku određene robe ili usluga, ne može uživati žigovnu zaštitu ukoliko je isključivi sadržaj potencijalnog žiga.

Ovakvi znakovi u pravnoj teoriji nazivaju se slobodnim ili vulgariziranim znakovima (njem. Freizeichen),⁷¹ jer su raspoloživi za korištenje svim zainteresiranim osobama budući da nitko na njima nema neko apsolutno pravo. Riječ je o znaku koji je zbog dugotrajne i raširene uporabe te posebice naglašene propagande ušao u svijest potrošača i izgubio distinktivnost, te postao gotovo sinonimom za tu vrstu robe, odnosno koji je postao pojmom kao sastavnim dijelom suvremenog jezika.⁷²

Ipak u praksi nije jednostavno utvrditi činjenicu slobodnog znaka, jer je pitanje gubitka razlikovnosti znaka zbog njegova poistovjećivanja s određenom vrstom robe i uobičajene široke upotrebe kao naziva takve robe u prometu vrlo složeno, traži detaljnu raspravu i precizno utvrđenje svih relevantnih činjenica u svakom pojedinačnom slučaju, uz stalno praćenje domaće i međunarodne trgovinske prakse i usporedne pravne prakse.

Ovo pitanje može se pojaviti i za trajanja zaštite nekog žiga koji je postao generičnim, a ne više distinktivnim znakom, što može biti temelj za pokretanje odgovarajućeg postupka prestanka žiga.⁷³

Pojedini znak uživa pravnu zaštitu u jednoj zemlji (npr. ASPIRIN za tablete u Kanadi), ali ne može dobiti zaštitu u drugoj jer se taj isti znak smatra generičkim

⁷¹ Usp. Giefers: *Markenschutz*, Haufe Verlag, Freiburg i. Br., 4. Auf., 1995., str. 50; David - Honsell - Vogt: *Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz*, 2. Aufl., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1999.

⁷² Primjerice pojmovi kalodont, najlon, celofan, vazelin i sl. proizašli od ranijih poznatih žigova, ili pojmovi magnetofon, geštetner, singer, dizel i sl., proizašli iz imena izumitelja i nositelja istoimenih žigova, koji su postali slobodnim znakovima po isteku patentne zaštite.

⁷³ Usp. Zlatović: *Modaliteti prestanka žiga u novom hrvatskom žigovnom pravu*, Godišnjak br. 7. "Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse", Organizator, 2000.

pojmom (npr. BAYER aspirin u SAD-u, ali ne i BAYER ASPIRIN, s obzirom da se u SAD riječ aspirin koristi kao generički pojam).

f) Javne, državne i međunarodne oznake

Naš zakon u čl. 5. st. 1. toč. 9. izuzima od žigovne zaštite i znakove koji sadržavaju državni ili drugi javni grb, zastavu ili amblem, naziv ili kraticu naziva neke zemlje ili međunarodne organizacije te njihovo oponašanje ako nije za takvu uporabu dano odobrenje nadležnog tijela te zemlje ili organizacije.

Za pravilnu i potpunu interpretaciju ove odredbe treba konzultirati čl. 6 ter Pariške konvencije, kojeg smo uvodno raspravili. Dodatno napominjemo da se ograničenja i mjere iz citirane odredbe Pariške konvencije primjenjuju na državne zastave samo na žigove registrirane nakon 6. studenoga 1925. godine, a u slučaju zle namjere zemlje članice imaju mogućnost brisanja i žigova registriranih prije navedenog datuma ako sadržavaju državne embleme, znakove i punce. Također su se ovom Konvencijom zemlje članice obvezale zabraniti u trgovini neovlaštenu uporabu državnih grbova drugih zemalja članica kada bi ta uporaba bila takve naravi da dovodi u zabludu o podrijetlu robe.

Držimo da zakonska odredba pokriva sve državne oznake, pa tako i odlikovanja, iako nisu eksplicitno navedena. Međutim posebnih propisa o izdavanju prethodnih dozvola za registracijom takvih žigova nema. Štoviše Zakon o grbu, zastavi i himni Republike Hrvatske te zastavi i lenti predsjednika Republike Hrvatske ("Narodne novine", br. 55/90.) dopušta uporabu dijelova grba ili zastave Republike Hrvatske kao sastavnog dijela drugih amblema odnosno znakova, pod uvjetima da se time ne vrijeđa ugled i dostojanstvo Republike Hrvatske te da je takva uporaba predviđena statutom ili drugim propisom pravnih osoba. Iako je doduše ovakva uporaba određena kao iznimka i u korist samo pravnih, a ne i fizičkih osoba, uvjeti su preopćenito regulirani. Bilo bi korisnije da se ovim zakonom precizno propisalo tko je ovlašten davati prethodne dozvole za korištenje državnih simbola u trgovinske svrhe, jer smo svjedoci raširene i raznolike upotrebe ovih oznaka u trgovini, koja često prelazi razinu dobrog ukusa. Kako se radi o starijem propisu, trebalo bi ga uskladiti s konvencijskim odredbama i rješenjima iz ZOŽ-u kako bi se izbjegli mogući sporovi i zaštitilo državno znakovlje kako to priliči modernim državama.

Držimo da se izrazi kao što su "Croatia" ili njene izvedenice mogu upotrebljavati bez prethodne dozvole. Kad je u pitanju državna zastava bitna je kombinacija boja, pa je prema čl. 5. ZOŽ-a zabranjeno bez prethodne dozvole registrirati znakove koji sadrže već samu kombinaciju boja izraženu u poznatom rasporedu trikolora. Pojedine boje državne zastave naprotiv, ako nisu uspoređene ili ne stoje jedna do druge kao i na državnoj zastavi, mogu se nalaziti na žigu.⁷⁴

Od zaštite su prema čl. 5. ZOŽ-a isključeni ne samo žigovi koji predstavljaju

⁷⁴ Za stariju praksu na ovim prostorima kod Šuman: Zakonski propisi iz oblasti industrijske svojine, Zagreb, 1931., str. 59.

javne grbove u svojoj potpunosti, nego i žigovi koji su toliko slični s kakvim državnim ili javnim grbom, da se u gospodarskom prometu mogu smatrati identičnima. Slobodno je uporabiti pojedine dijelove jednog grba kao sastavne dijelove jednog žiga ako se u njima ne predstavlja sam grb u njegovim bitnim heraldičkim elementima.⁷⁵

Još je Zakonom o robnim i uslužnim žigovima iz 1961. godine bilo propisano da se ne može zaštititi kao žig onaj znak koji predstavlja naziv, skraćenicu naziva ili znak Crvenog križa (čl. 3. st. 1. toč. 7.). Ovakvu odredbu ispuštaju svi kasniji propisi uključujući ZOŽ. Međutim, to ne znači da je upotreba znaka Crvenog križa dozvoljena u gospodarskom prometu, odnosno da se radi o slobodnom znaku.

Status međunarodne organizacije Crvenog križa proizlazi iz Ženevskih konvencija od 12. kolovoza 1949. godine i njihovih dopunskih protokola. U slučaju neutralnog posrednika u slučaju oružanih sukoba ili nemira, Međunarodni komitet Crvenog križa, zajedno s ligom društava Crvenog križa i Crvenog polumjeseca te takva nacionalna priznata društva, pokušava osigurati vlastitom inicijativom ili na temelju Ženevskih konvencija, zaštitu i pomoć žrtvama međunarodnih i građanskih ratova, kao i unutarnjih nemira i zategnutosti, te na taj način doprinosi miru u svijetu. Znak *crvenog križa* ili *crvenog polumjeseca* na bijeloj podlozi, simbol pomoći ranjenima i bolesnima, služi za označavanje zgrada, uređaja, prijevoznih sredstava te osoblja i materijala koji imaju pravo na zaštitu. On se prema ovim međunarodnim aktima ne smije upotrebljavati u druge svrhe, niti se smije postavljati bez odobrenja nadležne vlasti, uvijek ga se mora strogo poštovati.

U Republici Hrvatskoj ova materija regulirana je Zakonom o zaštiti znaka i naziva Crvenog križa ("Narodne novine", broj 75/93.), koji, s obzirom na navedenu šutnju ZOŽ-a, predstavlja i svojevrсни supsidijarni izvor žigovnog prava kod nas.

Znak Crvenog križa je križ jednakih krakova crvene boje na bijeloj podlozi, koji se rabi kao znak obilježavanja, pripadnosti i zaštite, sukladno Ženevskim konvencijama. Pravo na naziv Crvenog križa ima samo Hrvatski Crveni križ kao nacionalna i humanitarna društvena organizacija. Nitko ne može uporabljivati znak ni naziv Crvenog križa ako Ženevskim konvencijama i posebnim zakonom nema na to pravo, odnosno nije za to ovlašten. Narečenim zakonom propisana je uporaba ovog znaka kao znaka obilježavanja, znaka pripadnosti te znaka zaštite. Nadzor nad izvršavanjem tog zakona obavljaju Ministarstvo zdravstva i Ministarstvo obrane, svaki u okviru svog djelokruga. U obavljanju tog nadzora nadležni organi imaju pravo i dužnost narediti uklanjanje znaka Crvenog križa koji se rabi, odnosno nosi protivno zakonskim uvjetima.

Prema tome znak Crvenog križa se ne može rabiti za označavanje roba ili usluga u gospodarskom prometu u smislu pojma i svrhe žiga kao znaka razlikovanja roba odnosno proizvođača. I onda kada se isti nalazi na određenim robama (sanitetski materijal i sl.) isti nema funkciju žiga, odnosno ne služi za razlikovanje roba različitih sudionika u prometu, već to znači da se radi o robama obilježenim

⁷⁵ Neka zakonodavstva imaju i šira ograničenja. Tako britanski TMA 1994 propisuje da nije moguće, bez odobrenja, registrirati različite vojne odore, zastave, grbove i predstavnike kraljevske obitelji. Usp. Cornish: Intellectual Property, 3. ed., Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 596.

ovim znakom na temelju posebnih propisa sa područja zdravstva ili obrane koji tretiraju znak Crvenog križa kao znaka obilježavanja ili zaštite.

Pri tome napominjemo da žigovnu zaštitu ne mogu uživati ni znakovi koji podražavaju službeni znak Crvenog križa, niti oni koji predstavljaju prijevod naziva Crvenog križa (npr. Crveni krst, Red Cross i sl.) ili njegovu kraticu.⁷⁶

g) Pečati, štambilji i punce

Prema čl. 1. st. 3. ZOŽ-u žigom se ne smatraju pečat, štambilj i punca - službeni znak za obilježavanje dragocjenih kovina, mjera i sl.

Odredba ovakvog sadržaja bila je sadržana još u čl. 6. prvotnog teksta Pariške konvencije, a sada se nalazi u odredbi čl. 6 ter st. 10. Stockholmskog akta iste konvencije. Iako ova odredba nije uključena u uvjete zaštite iz čl. 5. ZOŽ-a, već u definicijsku zakonsku odredbu, s obzirom na činjenicu da punce predstavljaju originalnu tvorevinu na kojima država ima direktno pravo, ipak možemo zaključiti da se i ovdje radi o apsolutnom razlogu za isključenje. Zakonska zabrana odnosi se i na sve znakove koji su slični službenim znakovima.

Pečat i štambilj⁷⁷ u upravnom ili drugom oficijelnom postupku služe za potvrđivanje vjerodostojnosti akata kojima se državni organi, tijela i pravne osobe koja imaju javne ovlasti međusobno ophode ili ih upućuju pravnim osobama i građanima. Pečat je okruglog oblika, izrađen od gume ili drugog odgovarajućeg materijala a služi za otiskivanje na papir ili drugu podlogu. Štambilj je okruglog oblika, izrađen od metala ili drugog odgovarajućeg materijala a služi za utiskivanje u papir ili drugu podlogu. Osim u upravnim i sudskim stvarima, u svakodnevnoj poslovnoj praksi vladajuće je stajalište o obveznoj uporabi pečata, odnosno da nema valjanog pravnog posla bez pečata. Takva poslovna praksa u inozemstvu, posebice kod velikih korporacija gotovo je napuštena. Međutim kod nas brojni propisi obvezuju trgovačka društva na izradu, čuvanje i obveznu uporabu pečata u poslovnoj komunikaciji.⁷⁸ Ove instrumente, s obzirom na njihovu funkciju, ipak moramo razlikovati od žiga kao oblika industrijskog vlasništva, što je ZOŽ i eksplicitno utvrdio.

Službeni znakovi za obilježavanje plemenitih kovina (punce) u Republici Hrvatskoj regulirani su posebnim propisima, od kojih izdvajamo Zakon o nadzoru predmeta od plemenitih kovina ("Narodne novine", broj 76/93.), Pravilnik o oblicima državnih žigova ("Narodne novine", broj 107/93.) i Naredbu o znaku proizvođača predmeta od plemenitih kovina ("Narodne novine", broj 9/94.). Žigove za označavanje predmeta od plemenitih kovina čine osnovni oblik žiga za pojedinu plemenitu kovinu,

⁷⁶ Tako i Verona: *Pravo industrijskog vlasništva*, Informator, Zagreb, 1978., str. 169.

⁷⁷ Za štambilj se rabi i termin žig, kojeg bi trebalo razlikovati od žiga kao oblika industrijskog vlasništva. Vidi Zakon o pečatima i žigovima s grbom Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 33/95.).

⁷⁸ O uporabi pečata u trgovačkoj praksi detaljnije kod Čuveljak: *Uloga pečata trgovačkog društva u pravnom prometu*, Godišnjak 6, "Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse", Organizator, Zagreb, 1999., str. 421.

oznaka stupnja čistoće plemenite kovine, osnovni mjeriteljski simbol, državna oznaka i znak proizvođača takvog predmeta. Sve ove oznake ne smatraju se žigovima u smislu propisa o industrijskom vlasništvu, jer ZOŽ izričito utvrđuje razliku između ovih znakova.⁷⁹

Iako to u odnosu na raniju odredbu čl. 30. st. 1. toč. 6. ZIV-a sadašnji ZOŽ eksplicitno ne propisuje, zaštitu kao žig ne bi, dakle, mogao uživati ne samo znak koji sadrži službene znakove ili punce za kontrolu kvalitete i jamstvo kvalitete, nego ni znak koji ih oponaša.

h) trodimenzionalni znakovi

Odredbom čl. 5. st. 1. toč. 6. ZOŽ-a propisano je da se neće žigom zaštititi znak koji je isključivo oblik određen vrstom proizvoda ili oblik proizvoda potreban za postizanje određenog tehničkog rezultata ili oblik koji proizvodu daje bitnu vrijednost.

Kako je ZOŽ po prvi put formalno priznao zaštitu trodimenzionalnim žigovima, to je u uvjetima zaštite, sukladno poznatim suvremenim rješenjima država koje također poznaju trodimenzionalne žigove, predviđeno da se isključuju od zaštite oni oblici koji se sastoje isključivo iz oblika određenih karakterom, odnosno prirodom robe.

V. Zaključne napomene

Prilikom utvrđivanja može li se određeni znak zaštititi kao žig ili za to postoje konkretne apsolutne ili relativne zabrane, nužno je poći od definicije žiga te imati u vidu načelo jedinstva žiga, po kojem žig čine znak i popis proizvoda ili usluga na koji se znak odnosi, te funkciju žiga da ukazuje na razlikovnost roba ili usluga odnosno subjekata u gospodarskom prometu.

Razlozi ograničenja u izboru žigova očituju se u javnom interesu da određeni znakovi moraju ostati slobodni i u općoj uporabi, pa je redovita pojava da se zakonima i međunarodnim aktima uređuju uvjeti žigovne zaštite. Naime, uporaba nekih znakova kao žigova, kad ne bi bilo sustavno određenih uvjeta zaštite, uzrokovala bi zabunu kod javnosti odnosno izazvala bi pomutnju na tržištu ili bi dovela do povrede zakona ili čudoređa.

⁷⁹ Ovakva uporaba pojma žig za označavanje predmeta za obilježavanje vjerodostojnosti pravnih ili poslovnih akata odnosno za obilježavanje predmeta od plemenitih kovina, aktualizira pitanje podobnosti pojma žig glede njegovog korištenja za naziv jedne vrste industrijskog vlasništva. Kako je u poslovnoj i propagandnoj praksi česta upotreba drugih pojmova (marka, robni znak, robna marka, trademark), to se treba raspraviti da li je ovaj pojam pravilno odabran na području industrijskog vlasništva, ili se radi o pojmu zaostalom iz ranije pravne terminologije neprimjerene hrvatskom pravu.

Summary

IMPEDIMENTS IN THE TRADEMARK LAW
Absolute and Relative Reasons for Exclusion

In this article the author discusses an issue of conditions for the protection in Trademark Law, that is to say, from the standpoint of the International, European and Croatian Trademark Law explains in details the reasons to be excluded from the trademark protection.

Special attention is given to absolute and relative impediments which exclude a possibility to protect a certain sign as a trademark in Croatian positive legislation and its modern legal solutions.

It is particularly emphasized that legal conditions for the protection cannot be interpreted extensively. Therefore, it is not allowed to extend cases upon which the trademark protection is excluded to a certain sign.

The author stresses the importance to follow up the international and foreign comparative solutions and practice in this field, changes in the sphere of morality, reaction of the public opinion on business transactions and to follow up formed trade customs. Consequently, it can be possible to give the protection to these signs which are suitable for differentiation of trade products and services given by different parties in business transactions, in other words, to these signs which are able to fulfill the main function of a trademark.

Key words: trademark, relative impediments, absolute impediments, industrial property.

Zusammenfassung

VERBOTE IM WARENZEICHENRECHT
Absolute und relative Gründe zum Ausschluss

In dieser Arbeit diskutiert der Autor die Frage der Schutzbedingungen im Warenzeichenrecht, bzw. erklärt vom Standpunkt des internationalen europäischen und kroatischen Warenzeichenrechts genauer die Gründe zum Ausschluss vom Warenzeichenschutz.

Im positiven kroatischen Recht werden - indem zeitgenössischen Lösungen auf diesem Gebiet gefolgt wird - besonders absolute und relative Verbote angeführt, die die Möglichkeit zum Schutz eines bestimmten Zeichens als Warenzeichen ausschließen.

Dabei wird ausdrücklich erklärt, dass die gesetzlichen Bedingungen nicht extensiv interpretiert werden können bzw. dass es nicht möglich ist, sie zu erweitern im Falle dass einem Zeichen der Warenzeichenschutz vorenthalten wurde.

Betont wird die Wichtigkeit, die internationalen und nationalen rechtlichen Lösungen und die Praxis auf diesem Gebiet ständig zu verfolgen ebenso wie die Veränderungen im Bereich der Moral, Reaktionen der Öffentlichkeit im

Wirtschaftsverkehr sowie die bestehenden Handelsbräuche um den Zeichen Schutz zu bieten, die zur Unterscheidung des Produkts geeignet sind bzw. den Dienst verschiedener Teilnehmer am Umsatz bzw. die Grundfunktion eines Warenzeichens erfüllen können.

Schlüsselwörter: *Warenzeichen, relatives Verbot, absolutes Verbot, Industrieigentum.*

Sommario

DIVIETI NEL DIRITTO DEL MARCHIO **Cause assolute e relative di esclusione**

In questo lavoro l'Autore discute la questione delle condizioni per la protezione del diritto del marchio, ovvero dal punto di vista del diritto del marchio internazionale, europeo e croato espone dettagliatamente le cause di esclusione dalla protezione del marchio.

Una particolare attenzione è dedicata alle cause assolute e relative che escludono la possibilità di proteggere determinati segni come marchi nella legislazione positiva croata e nelle sue moderne soluzioni legali.

E particolarmente enfatizzato come le condizioni legali per la protezione non possano essere interpretate estensivamente. Quindi non è consentito estendere i casi nei quali la protezione del marchio è esclusa a determinati segni.

L'Autore evidenzia l'importanza di seguire le soluzioni e le pratiche internazionali e straniere comparate in questo campo, i cambiamenti nella sfera della moralità, le reazioni della pubblica opinione alle transazioni economiche e le consuetudini commerciali sviluppatesi. Conseguentemente è possibile fornire protezione a questi segni che sono adeguati alla differenziazione dei prodotti e dei servizi commerciali attribuiti dalle differenti parti nelle transazioni commerciali, in altre parole a tali segni che possono soddisfare la principale funzione di un marchio.

Parole chiave: *marchio, cause relative, cause assolute, proprietà industriale.*

NAČELO JEDNAKOSTI U POREZNOM PRAVU I SUDSKOJ PRAKSI NEKIH ZEMALJA EU

Nataša Žunić Kovačević, dipl. iur., znanstveni novak
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.2.01::061.1EU
Ur.: 24. rujna 2001.
Pr.: 12. studenog 2001.
Pregledni znanstveni članak

Pokušaji određenja načela jednakosti kao poreznopravnog načela upućuju na njegovo povezivanje s jedne strane načelom pravednosti, a s druge strane načelom univerzalnosti, ravnomjernosti i plaćanja poreza prema ekonomskoj snazi. Poreznopravno načelo jednakosti, kao dio općih pravnih načela, od iznimnog je značaja u stvaranju "jus commune europaeum". Iz prakse sudova nekih zemalja članica EU može se vidjeti koliko je njegovo značenje u određivanju i prikupljanju poreza. Njegovu kodifikaciju danas nalazimo ne samo u ustavima većine zemalja već i u brojnim međunarodnim instrumentima. Posebno su izdvojene Europska konvencija o ljudskim pravima, iz 1950. te Međunarodna konvencija (pakt) o građanskim i političkim pravima, iz 1966. Ovo načelo ima svoj odraz kako na nacionalna zakonodavstva i njihovo uređivanje porezne materije tako i na praksu međunarodnih i nacionalnih, poglavito ustavnih sudova. Prikazan je dio bogate sudske prakse koja se odnosi na ostvarenje načela jednakosti u nacionalnim poreznim sustavima, povrede poreznopravnog načela jednakosti te njihovo sankcioniranje.

Ključne riječi: načelo jednakosti, porezno pravo, sudska praksa nekih zemalja EU.

Uvodne napomene o načelu jednakosti kao poreznopravnom načelu

U pravnoj državi trebalo bi jednom etičkom načelu pripasti primarno mjesto, pa bi tako i poreznopravno načelo jednakosti trebalo biti ispred ekonomskih učinaka poreza. Iako je neminovno da se vremenom mijenja mjesto i uloga pojedinih poreza u poreznom sustavu i mjesto i uloga poreza u sustavu javnih prihoda, što nužno dovodi do promjene načela oporezivanja, ipak su neka načela civilizacijska stečevina. Pravo kao važan mehanizam regulacije socijalnog života treba pomoći ostvarenju stanovitog načela pravednosti. U odnosu na pravednost pravo stoji kao sredstvo prema cilju.

U svom najpoznatijem etičkom spisu Aristotel je različita značenja pravednosti sveo na sljedeće: "Pravedno je ono što je zakonito i jednako, dočim je nepravedno ono što je protuzakonito i nejednako."¹ Otuda bismo mogli zaključiti kako je načelo jednakosti subnačelo načela pravednosti.

Na početku treba ukazati na povijesnost pojma pravednosti.² Premda većina smatra da je pravednost nešto što se samo po sebi razumije, kod pojmovnog određenja pravednosti nema jedinstvenog mišljenja ni teorijske suglasnosti. Tako kao različita značenja pravednosti možemo navesti: vječna, relativna, objektivna (socijalna), formalna pravednost i dr.

Jedan od uvjeta da bismo mogli govoriti o postojanju pravne, ali posebno socijalne države, jest taj da porezni teret bude pravedno podijeljen između građana, tj. da svaki građanin pridonosi zadovoljenju općih potreba razmjerno svojim mogućnostima. To je sadržaj načela jednakosti: univerzalnost (općost) i ravnomjernost. Zahtjev svake pravne i socijalne države je taj da ovakvo načelo ima prvenstvo pred svim ostalim poreznim načelima, npr. pred načelom izdašnosti.

Načelo opće porezne obveze sadržano je u načelu jednakosti, a kada je plaćanje poreza opća obveza svih stanovnika neke zemlje, tada govorimo o općoj poreznoj obvezi. Iako se naizgled taj zahtjev čini u skladu sa sadržajem pojma pravednosti, inzistiranje na njemu beziznimno, postiglo bi sasvim suprotan učinak. Budući da bi nekim skupinama građana plaćanje poreza ugrozilo egzistenciju, u suvremenim poreznim zakonodavstvima predviđaju se brojna porezna oslobođenja i olakšice. Zahtjev za oslobođenjem egzistencijalnog minimuma od oporezivanja nije nov, a danas je on ugrađen u sve moderne porezne sustave kao preduvjet za pravedno oporezivanje.

Drugi je dio načela jednakosti njegovo subnačelo ravnomjernosti. Pravednim se porezima mogu smatrati oni porezi čiji je teret ravnomjerno raspoređen između osoba koje ih plaćaju.³ Distributivna pravednost, jedan od oblika pravednosti uopće, usmjerena je na "...odnose između građana jedne države u pogledu "zajedničkih dobara" potrošnje koje trebaju međusobno podijeliti."⁴

Dakle, uz općost, porezni teret treba biti ravnomjerno raspoređen, tj. tako da svaki porezni obveznik nosi određeni dio poreza i time pridonosi podmirivanju društvenih potreba. Naravno, pitanje je koliki je taj dio, koliki treba biti, jer o odgovoru ovisi i je li postignuta ravnomjernost u oporezivanju.

Danas je općeprihvaćeno stajalište da se izdvaja određeni dio koji ovisi o ekonomskoj snazi poreznog obveznika. Prema tome, načelom jednakosti obuhvaćeno je i načelo plaćanja poreza prema ekonomskoj snazi.

¹ Prema, Padjen, Ivan, *Fairness as an Essential Element of Law*, *Politička misao/Croatian Political Science Review*, vol. 33. br. 5., 1996., str. 108-119.

² U povijesti je pravednost značila jednak tretman jednakih. U pravu ona ima drugačije, specifično značenje, jer se pod tim pojmom podrazumijeva pravda koja se primjenjuje u uvjetima koje je i kakve je regulirao zakon na koje utječu načela etičnosti i pravičnosti da bi ublažila krutost pravnih normi.

³ *Iustitia distributiva.*, Prema, Lončarić-Horvat, Olivera, *Porez na promet u ulozi pravednog poreza*, "Financijska praksa", 18, (6), 1994., str. 587.

⁴ Prema, *Ibid.*

Budući da je plaćanje poreza uvijek teret za poreznog obveznika, uvijek su prisutna pitanja: tko je obavezan na plaćanje poreza, koliki porezni teret snosi, je li i u kakvu je odnosu taj teret s teretom drugog poreznog obveznika. U tim pitanjima sadržan je zahtjev za pravednim oporezivanjem. Ono će takvo i biti kada je porezna obveza opća, a porezni teret ravnomjerno raspoređen i u skladu s ekonomskom snagom poreznih obveznika. Dakle, kada je udovoljeno načelu jednakosti.

I teoretičari i praktičari slažu se u tome da porezni sustav treba biti pravedan, tj. da porezni obveznik treba snositi "*pravedan udio*" u financiranju javnih izdataka.⁵ Po nekima se taj pravedan udio određuje u skladu s koristima koje porezni obveznik ima od javnog sektora. Drugi pak drže da je mjerodavna ekonomska snaga poreznih obveznika.

Po teoriji načela korisnosti, koja datira od Adama Smitha, pravedan je onaj porezni sustav u kojem svaki porezni obveznik pridonosi financiranju javnih rashoda u skladu s koristima što ih dobiva od javnog sektora. Po toj teoriji kriterij korisnosti nije samo kriterij porezne politike, već i politike javnih rashoda.⁶

Iako nema objektiviziranog kriterija po kojem bi se moglo reći je li porezni sustav pravedan te poštuje li načelo jednakosti, ipak je općeprihvaćeno stanovište da je riječ o pravednom poreznom sustavu, utemeljenom na načelu jednakosti, kada se porezi plaćaju prema porezno-ekonomskoj snazi.⁷

Oporezivanje prema poreznoj snazi zahtijeva da:

- porezni obveznici s jednakim fiskalnim kapacitetom plaćaju isti porezni teret, tj. osobe s jednakom ekonomskom snagom se jednako oporezuju, "jednake treba tretirati jednako" - horizontalna jednakost;
- porezni obveznici s većom poreznom snagom trebaju snositi i veći porezni

⁵ Nema suglasnosti o tome kako definirati taj - pravedan udio. Pitanje koje se tu postavlja jest treba li pravedan udio promatrati:

- sa stajališta načela korisnosti, treba li porezni obveznik biti oporezivan prema njegovim preferencijama koje očekuje od javnog sektora ili prema njegovoj ekonomskoj snazi, pri čemu se onda postavlja pitanje izbora najpravednije osnove koja iskazuje poreznu snagu: je li to ostvareni dohodak, dohodak namijenjen potrošnji (bez dijela namjenjenog štednji), ili je to bogatstvo poreznog obveznika.

⁶ Da bi se operacionaliziralo načelo korisnosti, prethodno se mora točno dati odgovor na pitanje koje koristi od javnih rashoda ima pojedini porezni obveznik?

Politički procesi donošenja odluka iz oblasti porezne politike često puta se nastoje približiti primjeni načela korisnosti, što se poglavito ogleda u slučajevima kada se određene odluke o porezima povezuju uz točno određene odluke o rashodima. Danas, zapravo nije rijetka pojava da većina građana neće podržati određene fiskalne programe, ako nisu točno poznate svrhe za koje će se sredstva upotrijebiti, te koristi koje iz realizacije takvog programa mogu očekivati.

Načelo korisnosti u kreiranju poreza općeg tipa pokazuje se neprikladnim, ali istovremeno praktična primjena oporezivanja prema načelu korisnosti nalazi svoje mjesto u kreiranju specifičnih (namjenskih) poreza. Učinkovit pristup oporezivanju po načelu korisnosti može se također primijeniti kod oporezivanja imovine. Međutim, ovo načelo ne može riješiti opći problem kreiranja poreznih sustava.

⁷ Ali, temeljni je problem kako kvantificirano izraziti pojam porezne snage tj. koji pokazatelj najbolje izražava poreznu snagu: a)-dohodak, b)-izdaci, c)-bogatstvo. Vidi i, Jelčić, Barbara i Božidar, Što oporezivati - dohodak ili potrošnju?, Financijska praksa 21 (3), 1997.

teret, tj. da osobe koje imaju manju ekonomsku snagu plaćaju postotno niži porez - vertikalna jednakost.

Nesumnjivo je jedan od postulata oporezivanja u suvremenim državama utvrđivanje porezne snage u skladu s ekonomskom snagom poreznih obveznika.⁸ Danas je općeušvojen stav da se ravnomjernost u oporezivanju može postići upravo primjenom progresivnog oporezivanja, kojim se ostvaruje i jedno socijalno načelo - načelo solidarnosti - da snažniji porezni obveznici iz svoje ekonomske snage izdvoje relativno više novca za opće potrebe, jer će im još uvijek ostati dovoljno za podmirivanje vlastitih potreba.⁹

Naravno, razvoj misli o poreznopravnim načelima počeo je ranije, u grčkih filozofa koji su taj pojam određivali s raznih stajališta.¹⁰ Toma Akvinski je govoreći o pravednosti u oporezivanju iznio stajališta da vladar ne čini pljačku kada primijeni silu pri ubiranju poreza od podanika sve dok ti porezi služe općem dobru. Jean Bodin je tražio općost u oporezivanju. Montesquieu je zastupao ideju porezne progresije i smatrao da oporezivanjem ne smije biti zahvaćen egzistencijalni minimum.

Socijalno-politička načela oporezivanja, među kojima su pravednost i jednakost, zaokupljala su brojne druge pisce, ali nesumnjiv je doprinos trojice sljedećih pisaca u razvoju i učenju o pravednosti i jednakosti u oporezivanju.

Adam Smith je svoja porezna načela, poznata kao "porezni kanoni", formulirao još 1776., zalažući se za 4 načela: ravnomjernosti, određenosti, ugodnosti, jeftinoće. Po načelu ravnomjernosti stanovnici svake države moraju sudjelovati u podmirivanju

⁸ Stariji teoretičari smatrali su da je načelu ravnomjernosti udovoljeno kod primjene proporcionalnih poreznih stopa, dok moderna financijska teorija smatra da će se to načelo realizirati samo primjenom progresivne tarife. Za razliku od primjene proporcionalnih poreznih stopa kojom su porezni obveznici sa većom poreznom snagom izdvajali iz nje na ime oporezivanja više, primjena progresivnih poreznih stopa daje još jednu dimenziju tome, koja se očituje tako da onaj tko ima više neće plaćati samo apsolutno veće svote na ime oporezivanja, već i relativno veće svote. Za ostvarenje načela ravnomjernosti nije dovoljno samo primjenjivati progresivne porezne stope, jer je vrlo važna visina progresivnih poreznih stopa kao i regresivni učinak posrednih poreza.

Progresivno oporezivanje ima nesumnjive prednosti. Problem je utvrđivanje progresije. Naime, dok je relativno lako utvrditi donju granicu zahvaćanja ekonomske snage poreznog obveznika, pitanje je kada tj. za koju osnovicu i kod koje visine porezne stope prestaju rasti i prelaze u proporcionalne stope. Što je strmija progresija, to se efikasnije ostvaruju socijalnopolitička načela oporezivanja.

⁹ Protivnici progresivnog oporezivanja ističu da progresija u poreznom sustavu znači samovolju. Kod progresivnih stopa se uvijek otvara pitanje visine primijenjenih stopa. Ali taj prigovor da se kod progresivnog oporezivanja ne mogu utvrditi objektivni kriteriji za određivanje visine poreznih stopa ipak nije dovoljan da bi rekli da je progresivno oporezivanje nepravedno. Ozbiljan prigovor progresivnom oporezivanju odnosi se na djelovanje tog načina oporezivanja, na aktivnost poreznih obveznika, gospodarskih subjekata, jer se ističe da ono različito tretira porezne obveznike: "kažnjava marljive, a povlašćuje neradnike." Taj prigovor o nestimulativnoj naravi progresivnih poreza (potiče lijenost, nesposobnost, a zapostavlja sposobnost, marljivost) ne može se bez rezerve prihvatiti. Dvojba imanentna kod progresivnog oporezivanja jest koja je optimalna kombinacija poreznih osnovica i poreznih stopa, tj. pitanje najprihvatljivije strmine progresivne porezne skale, ali i niz problema vezanih za primjenu progresivnih poreznih stopa.

¹⁰ Šimović, Načelo porezne pravednosti i novi hrvatski porezni sustav, Financijska praksa, 6/94, str. 13.

rashoda države razmjerno dohotku koji uživaju pod njezinom zaštitom. Njegov je prilog financijskoj teoriji, između ostaloga, u postavljanju postulata plaćanja poreza prema ekonomskoj snazi.

Adolph Wagner zaslužan je za najrasprostranjeniju i najpotpuniju sistematizaciju poreznih načela. Njegov je posebni doprinos u afirmaciji socijalno-političkih načela oporezivanja. On je formulirao 9 rukovodnih načela kojih se pri oporezivanju treba pridržavati, a svrstao ih je po sličnosti i međusobnoj povezanosti u 4 skupine, i to: finansijskopolitička, ekonomskopolitička, socijalnopolitička, poreznotehnička. Najznačajnija je njegova razrada socijalnopolitičkih načela. Pri tome on ističe da je oporezivanje pravedno ako se zadovolji zahtjevu općosti u oporezivanju i zahtjevu za ravnomjernošću u rasporedu poreznog tereta.

Financijski teoretičar koji se u 20. st. pozorno bavio poreznim načelima Fritz Neumark, grupirao je 11 načela u 4 skupine: porezno-budžetska, etičko-socijalnopolitička, ekonomsko-politička, porezno-tehnička i porezno-pravna načela.¹¹

Porezna načela nisu nepromjenljiva zbog kompatibilnosti s pravnim poretkom, političkim i ekonomskim prilikama te filozofskim i etičkim odrednicama nekog prostora i vremena.

Iz navedenoga možemo zaključiti da je načelo jednakosti subnačelo načela pravednosti, dok su načelo univerzalnosti (općosti), ravnomjernosti i plaćanja poreza prema ekonomskoj snazi zapravo subnačela načela jednakosti. Riječ je o načelu koje nema ustaljeni, standardni sadržaj, koji je određen prostornim, vremenskim i brojnim drugim odrednicama. Stoga ovo načelo kao civilizacijsku stečevinu valja aktualizirati zakonskim tekstovima poreznoga prava i sudskom praksom.

Mjesto i uloga načela jednakosti u poreznom pravu i sudskoj praksi nekih zemalja EU

Načelo jednakosti postiglo je u većini zemalja status ustavnog načela, što se odražava nužno na materiju oporezivanja. U zemljama gdje to nije slučaj, iz prakse najviših sudskih instanci razvidno je njegovo značenje u poreznom pravu. Pokušali smo sagledati značenje ovoga načela kao sredstva harmonizacije, njegov doprinos u stvaranju "*jus commune europaeum*" te njegovo oživotvorenje i utjecaj na porezne sustave pojedinih zemalja EU.

Obratili smo pozornost na njemačku, talijansku i englesku sudsku praksu koja se odnosi na tematiziranu problematiku.

Načelo jednakosti - u ustavima, međunarodnim konvencijama i sudskoj praksi - i porezno pravo

Porezna jednakost označava jednaki porezni tretman istovrsnih gospodarskih

¹¹ Prema, Jelčić, Božidar, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Informator, Zagreb, 1998., str. 154-182.

stanja, tj. istovrsnih dohodaka, prihoda ili imovine, pri određivanju i ubiranju poreza.¹²

Složena narav pravnih načela, pa tako i načela jednakosti, potiče brojne studije pravne doktrine, a istovremeno imaju važnu ulogu u pravnoj praksi. Opća pravna načela, ili kao ih neki nazivaju "opća načela pravičnosti",¹³ privlače pozornost zakonodavaca i teoretičara odavno. U većini su zemalja ta načela najprije nastajala u području civilnog prava. To je slučaj s načelom dobre vjere, razumnosti i poštenja iz građanskih zakonika. Zatim su se načela "korektne" (engl. *proper*) administracije utvrdila u upravnom pravu, a posljednjih desetak godina načelo jednakosti i povjerenja utvrđuju se u poreznom pravu kao nastavak, tj. proširenje općih načela. Neka su pravna načela nepisana, neka su našla svoj izraz u člancima međunarodnih ugovora i sporazuma opće naravi. Opća načela se izvode iz brojnih različitih izvora. Nastojali smo obratiti pozornost na načelo jednakosti, kao jedno od općih pravnih načela, kako je uređeno na nacionalnoj razini, zatim u međunarodnim konvencijama te konačno kakav je stav sudske prakse na nacionalnoj i međunarodnoj razini, a sve u svjetlu poreznoga prava.

Opća načela pravičnosti priznata su kako u EU tako i individualno, u državama članicama. Ova su načela npr. načelo jednakosti, povjerenja, razumnosti i poštenja određena zajedničkim nazivnikom: pravičnost kao suprotnost nepravdičnosti. To znači da su sva načela određena granicama na kojima, po mišljenju društva, počinje nepravdičnost.¹⁴

Čini se da bi trebalo analizirati opća pravna načela i njihovu ulogu u pravnom sustavu Europske Unije te odrediti njihovo značenje u stvaranju "*jus commune europaeum*". Važno je odrediti utjecaj općih načela Europskog prava na nacionalnoj razini, te istovremeno utvrditi u kojoj mjeri ta opća načela djeluju kao sredstvo "meke harmonizacije" nacionalnih pravnih sustava, unutar kojih posebno poreznog sustava.

Posebno je zanimljivo vidjeti u kojem opsegu prava iz Europske konvencije o ljudskim pravima iz 1950.¹⁵ čine dio općih načela Europskog prava, budući da se na tu konvenciju u velikoj mjeri odnose pokušaji Europskog Suda Pravde¹⁶ u utvrđivanju ustavnih vrijednosti koje su zajedničke za sve države članice. Iako je priznato posebno značenje ovoj Konvenciji, Europska Unija nije razmatrala mogućnost da njome bude i formalno vezana. Točnije, mišljenje je ECJ-a kako Europskoj uniji kao zajednici nedostaje nadležnost da bi pristupila navedenoj Konvenciji. Važnu ulogu ovdje igra praksa Europskog suda za ljudska prava,¹⁷ posebice kada je u pitanju porezopravna

¹² Lončarić-Horvat, Olivera, Osnove općega poreznog prava I dio, Porezni vjesnik, Pos. broj 8a, 1998., str. 43.

¹³ Selected issues in european tax law, ed. Albrechtse, Dirk, Kogels, Han, Kluwer Law International, 1999., str. 47.

¹⁴ Prema, Ibid.

¹⁵ The European Convention on Human Rights, Rome 4 November 1950 (dalje u tekstu: ECHR), and its Five Protocols: Paris 20 March 1952, Strasbourg 6 May 1963, Strasbourg 6 May 1963, Strasbourg 16 September 1963, Strasbourg 20 January 1966., (dalje u tekstu: ECHR).

¹⁶ Dalje u tekstu: ECJ.

¹⁷ Dalje u tekstu: ECtHR.

materija. Navedeni sud može se promatrati i kao surogat ustavnog suda Europske unije.¹⁸ Naime, iz prakse suda proizlazi kako države članice moraju osigurati suglasnost nacionalnih i akata Europske unije s pravima zajamčenim u konvenciji, te postoji njihova odgovornost u tim slučajevima a sud u Strasbourgu će tada biti nadležan. Iz navedenoga proizlazi kako ECJ mora obratiti pozornost na praksu ECtHR-a. Oba suda moraju brinuti o tome da ne bi smjelo biti razlika u tumačenju konvencijskih prava. Unatoč nekim razlikama koje ćemo naći u sudskoj praksi ovih dvaju sudova, ipak nedavne odluke ECJ-a pokazuju kako se on rukovodi praksom ECtHR-a.¹⁹ ECJ primjenjuje ECHR kao dio općih načela Europskog prava i tumači ECHR u skladu s tumačenjem ECtHR-a. Međutim, u slučajevima kada se ne može ECJ pozvati na stav ECtHR-a, moguće su razlike u tumačenjima. Taj je rizik neizbježan budući da nema formalne veze između dvaju sudova.

Odnos ECJ-a i nacionalnih sudova je takav da se čini da su države članice Europske unije, vjernom implementacijom nacionalnih sudova načela odgovornosti države članice, zapravo "kvazi - ratificirale" nadležnost tog suda.²⁰ Taj odnos njemački Ustavni sud opisuje kao "odnos kooperacije" sa ECJ-om.²¹ Opća pravna načela koja su ECJ i ECtHR "razvili" na način da su komparativno analizirali pravne sustave država članica EU, u tolikoj su mjeri ustaljena u praksi tih sudova da su u stvarnosti postala temeljna načela Europskog prava. Njihovo se nacionalno porijeklo u potpunosti zanemaruje. Istovremeno postoje nastojanja da se kodificiraju načela koja su Sudovi primjenjivali kao opća pravna načela. To je slučaj s načelom supsidijarnosti i proporcionalnosti. Prema tome, pokrenuta je inicijativa za kodifikacijom temeljnih prava u EU. Takav "*Bill of Rights*" bi predstavljao jak poticaj za razumnija i skladnija mjerila za pravosudnu kontrolu, povećavajući na taj način legitimnost pravosudnog sustava kontrole ostvarivanja temeljnih prava. Pretpostavlja se da EU "*Charter of Fundamental Rights*" ne bi bila samo deklaracija bez pravno obvezujućeg učinka za sve države članice.²²

Načela zajednička pravnim sustavima država članica EU služe kao izvor prava. Riječ je o temeljnim načelima kao izvorima prava na nacionalnoj, supranacionalnoj te međunarodnoj razini. ECJ i ECtHR te nacionalni sudovi služe se tim načelima također kao izvorima prava.²³

Uz opća pravna načela Europske unije, određena posebna načela poreznog

¹⁸ Prema, General Principles of European Community Law, Reports from a Conference in Malmö, 27-28 August 1999, ed. Bernitz, Ulf, Nergelius Joakim, Kluwer Law International, 2000., str. 13.

¹⁹ Vidi, Cf. ibid., str. 15.

²⁰ Prema, Cf. ibid., str. 21.

²¹ Vidi, Ibid.

²² Vidi, Cf. ibid., str. 21. i str. 92.

²³ U razlikovanju općih pravnih načela i pravnih pravila navest ćemo dva temeljna razlikovna elementa: - opća pravna načela ne određuju pravne posljedice koje će uslijediti u točno određenim okolnostima i - opća pravna načela su takvog značaja da kada su jedno drugom protivna, taj se problem rješava procjenjivanjem značaja jednog načela spram drugog., Prema, Selected issues in european tax law, op. cit., str. 20

prava zajednička su državama članicama EU i priznaje ih ECJ u svojoj praksi.²⁴ Tako je ECJ priznao u svojim rješidbama poreznopravno načelo teritorijalnosti, nadiskriminacije i dr. ECJ do sada nije priznao na neposredan način načelo sposobnosti za plaćanje.²⁵

Sudska praksa ECJ-a zahtijeva od država članica da nacionalni porezni zakonodavci poštuju načela Europskog prava. ECJ često koristi opća načela Europskog prava u određivanju valjanosti EU ili nacionalnih zakonskih mjera, uključujući porezna pravila. Ta načela omogućila su popunjavanje različitih praznina u Europskom pravu i učinila su ga koherentnijim. Opća pravna načela su posebno važna u području kao što su direktni porezi. Razlog tomu je što je zakonodavna aktivnost Europske Unije u toj materiji prilično rijetka i opća načela ne omogućuju ECJ-u procjenjivanje interesa zaštićenih Europskim pravom spram legitimnih nacionalnih poslova i aktivnosti. Iako pravna načela ne nude automatski sigurnost u određivanju točne granice između pravičnosti i nepravičnosti, ipak ona čine jedno mnoštvo različitih sredstava koja sucima mogu pomoći u određivanju te granice.²⁶

Porezno pravo, kao i svako drugo pravo, mora biti u skladu s općim pravnim načelima tj. načelima pravičnosti. U situaciji kada to nije slučaj, bilo da je riječ o općim ili pojedinačnim situacijama, to će pravilo biti ukinuto načelima pravičnosti, među kojima i poreznopravnim načelom jednakosti. Nacionalna porezna zakonodavstva o direktnim i indirektnim porezima moraju biti u skladu s općim pravnim načelima koja se primjenjuju u EU. Tako moraju biti usklađena i s načelom jednakosti.

Brojni pravni dokumenti od najvećeg značenja - ustavi i međunarodni ugovori, sadrže u sebi odredbe o načelu jednakosti. Najčešće je načelo jednakosti uobličeno u jednu opću ustavnu normu.²⁷ No različiti ustavi sadrže različito izraženo ovo načelo. Čak ćemo u jednom ustavu u nekoliko ustavnih normi naći različito postavljeno ovo načelo.²⁸

Načelo jednakosti je svoje mjesto našlo u brojnim međunarodnim ugovorima. Posebno ćemo istaknuti njegovu kodifikaciju u čl. 14. ECHR-a²⁹ te u čl. 26.

²⁴ Navesti ćemo neka od načela Europskog prava: načelo supremacije Europskog prava nad odredbama nacionalnog prava; načelo nediskriminacije; načelo proporcionalnosti, načelo poštovanja temeljnih prava; načelo suradnje, načelo pravne sigurnosti, načelo opravdanog očekivanja, načelo učinkovite sudske kontrole, i dr. Vidi, Cf. *ibid.*, str. 21-23.

²⁵ Ali ovo načelo je odlučujući činitelj kada se odlučuje jesu li pravila poreza na dohodak, kada razlikuju rezidente i nerezidente, diskriminatorna. Pojam rezidenta najčešće je definiran, npr. u ugovorima o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, a u većini slučajeva označava fizičku ili pravnu osobu koja ima prebivalište, uobičajeno boravište ili sjedište u jednoj državi u trajanju dužem od 183 dana., Prema, *Pravo i porezi*, br. 4, travanj 2001., str. 75.

²⁶ Vidi, *Selected issues in european tax law*, op. cit., str. 33.

²⁷ Vidi, *The Principle of Equality in European Taxation*, ed. Meussen, Gerard, T.K., Kluwer Law International, 1999., str. 27. i Appendix I., Ustave Austrije, Belgije, Francuske, Njemačke, Italije, Nizozemske i Španjolske, o različitim načinima formuliranja načela jednakosti kao ustavnog načela.

²⁸ Tako, *The Principle of Equality in European Taxation*, op. cit., str. 27., gdje se za primjer tog slučaja navodi njemački Ustav.

²⁹ ECHR, čl. 14. "*The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be*

Međunarodne konvencije (pakta) o građanskim i političkim pravima.³⁰ Doseg ovih dvaju članaka različit je glede njihove primjene u poreznom pravu.

Čl. 26. ICCPR-a sadrži jednu opću zabranu diskriminacije i neovisne je naravi u smislu da nije ograničen na prava sadržana u Konvenciji. Upravo je zbog te svoje općenitosti ova Konvencija primjenjiva u poreznopravnoj materiji. Čl. 26. kaže da su svi jednaki pred sudom i svi mogu tražiti jednaku zabranu diskriminacije svake vrste, te svima jamči jednaku i prikladnu zaštitu od diskriminacije na bilo kojoj osnovi. Međutim, princip jednakosti iz čl. 14. ECHR-a akcesorne je naravi u smislu da je ograničen samo na prava i slobode priznate samom Konvencijom. Diskriminacija zabranjena člankom 14. ograničena je dakle samo na prava i slobode koja su navedena i priznata u Konvenciji. U tom smislu ova Konvencija ima uži doseg i ostavlja manje mjesta sudu u određenju diskriminatorne radnje te posebice smanjuje primjenu u pitanjima poreznog prava.

Načelo jednakosti našlo je svoj izražaj i u *EC Treaty*, u čl. 6., te *Treaty of Amsterdam*, čl. L koji kodificira sudsku praksu ECJ-a.

Može se postaviti pitanje je li ustavom osigurana sudska kontrola, provjera ostvarenja načela jednakosti. Naime, sudac može biti mišljenja da je neki zakonodavni akt u suprotnosti, sukobu s načelom jednakosti. Naravno, to je moguće ukoliko je sudskoj vlasti dopuštena provjera i ispitivanje zakonodavnih akata glede njihove sukladnosti ustavu i obvezujućim odredbama međunarodnih sporazuma. Ustavi mnogih zemalja dopuštaju mogućnost sudske provjere, ustavnosudske, zakonodavnih akata. Prema tome, zakonodavni akti podliježu provjeri glede njihove sukladnosti načelu jednakosti na način koji je ustavom određen. Međutim, u Nizozemskoj Ustav (čl. 120.) zabranjuje provjeru zakonodavnih akata glede njihove sukladnosti s odredbama ustava. Prema tome, nizozemskom sudstvu nije dopuštena provjera zakonodavnih akata ni glede njihove sukladnosti s načelom jednakosti, formuliranom u čl. 1. nizozemskog Ustava³¹. Ipak, nizozemski Ustav omogućuje (čl. 94.) provjeru zakonodavnih akata spram načela jednakosti iz čl. 26. ICCPR te iz čl. 14. ECHR. Navedene odredbe iz Konvencija imaju utjecaja i na pravosuđa drugih zemalja. Stoga je važno odrediti doseg međunarodnih sporazuma. Mnoge takve sporazume, posebice one "*self-executing*", direktno primjenjuje nacionalno pravosuđe.³²

secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

³⁰ International Covenant on Civil and Political Rights, the United Nations General Assembly Resolution 2200 a(XXI) of 16 december 1966, 23 March 1976., (dalje u tekstu: ICCPR), čl. 26. "*All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."*

³¹ Prema, *The Principle of Equality in European Taxation*, op. cit., str. 29.

³² Ali to i ne mora biti slučaj. Dva su moguća pristupa pitanju odnosa međunarodnog i domaćeg, nacionalnog prava. Dualističko poimanje polazi od shvaćanja da međunarodno pravo tj. njegove

Ustavi nekih zemalja eksplicitno ne priznaju prvenstvo odredbi navedenih dviju Konvencija, ali to prvenstvo može priznati pravosuđe, što je slučaj s belgijskim pravnim sustavom. Navedeni čl. 14. ECHR-a i 26. ICCPR-a imaju dvostruko djelovanje na nacionalno porezno pravo. Odredbe ovih članaka mogu biti direktno primijenjene, ali one istovremeno imaju utjecaj na implementaciju nacionalnog, ustavnog načela jednakosti.

Građanin koji se želi žaliti zbog povrede načela jednakosti iz čl. 14. i čl. 26. navedenih Konvencija može se obratiti specijaliziranom sudskom organu. ECtHR u Strasbourgu i Komisija za ljudska prava (*Human Rights Committee*) u New Yorku ili Genevi kompetentni su da primaju individualne tužbe (podneske), koji se tiču povreda glede čl. 14 ili čl. 26. navedenih Konvencija, navodeći povrede od strane države ugovornice tih Konvencija. Naravno, prethodno moraju biti iscrpljena sva pravna sredstva u nacionalnom pravnom sustavu. Dakle porezni obveznik se mora prvo obratiti nacionalnom sudu kako bi se ukinula povreda navedenih "*self-executing*" sporazuma, tj. konvencija.

Situacija u Engleskoj je bitno drugačija. Mora se imati na umu kako u Engleskoj nema pisanog ustava koji bi osiguravao ostvarenje načela jednakosti. Što više, nema niti ustavnopravnih pravila koja bi bila po pravnoj hijerarhiji viša od pravila koja donosi zakonodavac. Može se reći kako "suverenitet Parlamenta" u Engleskoj sprječava sudsku provjeru zakonodavnih akata. Ipak, sudovi mogu ocjenjivati zakonitost aktivnosti drugih dijelova pravnog sustava, izuzev zakonodavne vlasti. Ipak, ima mišljenja kako bi i engleski Parlament trebalo staviti u iste granice kao sve druge dijelove pravnog sustava.³³

Sud treba imati na umu kako ne bi smio kršiti ovlasti zakonodavca u određivanju ciljeva vladine politike, tj. ne bi smio olako donositi ocjenu o zakonodavčevom kršenju načela jednakosti. Tako sud ne bi smio olako zauzimati stanovište da zakonodavac nema dovoljno razloga i temelja za razlikovanje brojnih kategorija poreznih obveznika. Sud mora znati granice zakonodavčeva djelovanja i ne prekoračiti svoje ovlasti. Zakonodavčeva "širina zahvata", tj. djelatnost ovisi i dijelom o ustavnoj ulozi sudova. Sudska praksa je nekada rezultat samo više formalne provjere, a nekada više normativne i supstancijalne sudske provjere. Sudska praksa ECtHR-a zanimljiv je "vodič" za moguće određivanje metodološkog značenja načela jednakosti u poreznom pravu. Iz nje proizlazi da je načelo jednakosti iz čl. 14. ECHR-a povrijeđeno u slučajevima kada nema objektivnog i razumnog opravdanja za učinjeno razlikovanje.³⁴ Čl. 14. ECHR je primjenljiv u fiskalnoj materiji. ECtHR je utvrdio da se čl. 1. prvog

odredbe trebaju biti implementirane u domaći pravni sustav odredbama nacionalnog prava. Monistička škola, međutim, podržava i daje prvenstvo odredbama međunarodnog prava nad nacionalnim. Ibid., gdje se navodi za primjer prihvaćanja monističkog stanovišta čl. 94. nizozemskog Ustava.

³³ Tako, Cf. *ibid.*, str. 31.

³⁴ Zahtjevu za objektivno i razumno opravdanje razlikovanja, npr. različitih kategorija poreznih obveznika, udovoljeno je kada su ispunjena sljedeća dva uvjeta: - zakonit, legitiman cilj vladine politike i - razumna proporcionalnost između upotrijebljenih sredstava i postavljenog cilja. Riječ je o kriteriju za određivanje (ne)diskriminacije, a što je važno za porezno zakonodavstvo., Prema. Ibid.

Protokola ECHR-a primjenjuje u poreznom zakonodavstvu.³⁵ To zakonodavstvo treba udovoljiti kriterijima nediskriminacije: zakoniti cilj te razumna proporcionalnost između sredstava i cilja kojemu se teži. Načelo jednakosti nema standardan sadržaj. Stoga navedene Konvencije valja promatrati kao "žive" instrumente, koje treba interpretirati u svjetlu današnjih uvjeta i novih i nepredvidivih situacija. Dakle, stara, tradicionalna pravna načela valja aktualizirati samim zakonima, ali i sudskom praksom.³⁶ Većina demokratskih pravnih sustava zasniva se na trodiobi vlasti te njihovoj ravnoteži. Sudskoj vlasti pripada provjera ostvarenja nekih temeljnih pravnih načela, no ona mora ostaviti zakonodavnoj vlasti dovoljno prostora u ostvarenju zadaća. U tom smislu sudska vlast ne bi smjela olako zadirati i u ostvarenje načela jednakosti kroz akte zakonodavne vlasti. Sudska praksa iz područja poreznog prava, koja se tiče ostvarenja načela jednakosti, pokazuje koliko u različitim europskim pravnim sustavima sudska vlast zadire u zakonodavnu vlast i njezino djelovanje kada je riječ o ostvarenju ili povredi tog načela.

Načelo jednakosti u njemačkom poreznom pravu i sudskoj praksi

Najveće značenje načela jednakosti u poreznom pravu Njemačke ogleda se u sudskoj praksi Saveznog Ustavnog suda. Pretpostavka za obraćanje ovome sudu jest da su prethodno iscrpljena sva pravna sredstva koja su građanima na raspolaganju. Tužba Ustavnom sudu zahtijeva suglasnost Ustavnog suda da mu se obrati, a to će biti ukoliko je riječ o izuzetnom značaju te ustavne tužbe ili ukoliko je tužitelj povrijeđen toliko da je nužno razmotriti tužbu jer je riječ o zaštiti temeljnih prava.

Pravila o jednakosti, zasnovana na međunarodnopravnim sporazumima, uz izuzetak zabrane diskriminacije u Europskom pravu, od malog su značenja u Njemačkoj. Poznat je svega jedan slučaj iz sudske prakse ECtHR-a koji je donio presudu o prikladnosti jednog dijela njemačkog poreznog prava, ali je ta odluka od slabog praktičnog značenja.³⁷ Njemački ustav u čl. 3.(1.) sadrži odredbu o jednakosti.³⁸

³⁵ Protokol 1., čl. 1.: "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties."

³⁶ Vidi, The Principle of Equality in European taxation, str. 32.

³⁷ Riječ je o "porezu koji se ubire u korist vatrogasne zaštite", u Baden-Württembergu. Taj su porez morali plaćati muškarci koji nisu služili u vatrogasnom društvu, a što je bilo propisano zakonom. Sud je zauzeo stav da je riječ o povredi čl. 14. i čl. 4. (3) Europske Konvencije o ljudskim pravima jer takav zakon pretpostavlja nejednak tretman muškaraca i žena. Narav ovog poreza kao kompenzacije, nadoknade za propust obavljanja službe u vatrogasnom društvu može biti samo teoretski, jer u gradovima koji imaju profesionalne vatrogasne postrojbe samo manji dio muške populacije može zapravo služiti kao vatrogasci. Prema, Cf. ibid., str. 89.

³⁸ Njem. Grundgesetz.

Može se dati jedan pregled prakse Saveznog ustavnog suda u odlučivanju o odnosu između ustavnog načela jednakosti i određivanja i prikupljanja poreza. Odluke koje se odnose na poreznu materiju mogu se, ugrubo, podijeliti u tri različite skupine.

Prvu je fazu, tj. njezin početak obilježila odluka o zajedničkom oporezivanju bračnih drugova te još nekoliko slijedećih odluka. U odluci od 17. siječnja 1957. o zajedničkom oporezivanju supružnika sud je razmatrao posebno ograničenja iz pravila čl. 3.(1.) i čl. 6.(1.) njemačkog Ustava kao sredstva provjere poreznih zakona. Ovom je odlukom sud otvorio novi period u svome postupanju glede ustavnopravnog odnosa spram porezne materije. U ovom se slučaju sud pozvao na ustavnu zaštitu braka i obitelji, zajamčenih čl. 6.(1.) Ustava.³⁹

Nešto kasnije, 24. lipnja 1958., sud je odlučivao o poreznom odbitku priloga političkim strankama. Sud je odvojio formalan princip jednakosti o pravu na glasovanje od relativne jednakosti kao sredstva za provjeru poreznih zakona. U području poreznog prava jednaki tretman različitih kategorija poreznih obveznika, npr. ista porezna stopa za "bogate" i "siromašne", bio bi suprotan načelu jednakosti. Tako je sud odlučio da relativna jednakost za ekonomski snažnije osobe znači da porezi moraju biti plaćeni po višoj postotnoj stopi no ekonomski slabije osobe.

U srednjoj je fazi sloboda zakonodavca u poreznoj materiji bila osobito naglašena, te je sudska provjera bila manje sistematična i slabije izražena. Odlukom suda o porezu na dohodak, od 20. prosinca 1966. godine, opravdano je nejednako tretiranje u zakonskoj poreznoj materiji.

Zanimljivo je postupanje suda u materiji o uzdržavanju, prvenstveno djece, gdje je sud pridonio razvoju načela opterećenja poreznih obveznika u skladu sa sposobnošću plaćanja. Odluka suda od 23. studenog 1976. stavila je na snagu načelo jednakosti povezano s načelom opterećenja u skladu sa ekonomskom snagom. Međutim, načelo ekonomske snage smatralo se predvosmislenim. Šest godina kasnije sud je priznao kao odbitak iznose uzdržavanja u slučaju poreza na dohodak. U tom postupanju suda od 3. studenog 1982. zauzet je stav da je oporezivanje prihoda udovica/rastavljenih, razvedenih i nevjenčanih roditelja s najmanje jednim djetetom, na način istovjetan oporezivanju vjenčanih parova, neustavno, budući da bi takvo oporezivanje, u usporedbi s oporezivanjem vjenčanih parova s djecom, vodilo neopravdanom povećanju opterećenja "samohranih", tj. jednog roditelja, bez bračnog druga, jer dodatni troškovi dječje njege nisu uzeti u obzir kod ovakvog poreza. Naime, intencija je zakonodavca da se bez obzira jesu li roditelji u braku ili ne, izjednače kao obveznici poreza na dohodak i u odnosu prema olakšicama pri priznavanju troškova odnosno smanjenja dohotka u odnosu prema uzdržavanju zajedničke djece.⁴⁰

³⁹ Načela individualnog opterećenja i oporezivanja u skladu sa ekonomskom snagom, također su ovdje razmatrana.

⁴⁰ Vidi sličnu odluku Upravnog suda Republike Hrvatske, Us-2399/1996. od 26. ožujka 1998., gdje se navodi kako su roditelji izjednačeni kao obveznici poreza na dohodak u odnosu prema olakšici za uzdržavanje zajedničke djece, bez obzira jesu li u braku ili ne. Prema, ING Pregled sudske prakse 2000., Inženjerski biro, Zagreb, str. 25.

Vremenom se načelo sposobnosti plaćanja više nije smatralo predvosmislenim, te se time i suzio prostor zakonodavca koji je dosada imao u "manevriranju" s oporezivanjem. Načelo sposobnosti plaćanja shvaćeno je na način da izdaci izvan područja stvaranja prihoda, kao što su npr. obiteljski, privatni izdaci, koji nastaju i neophodni su, moraju biti uzeti u obzir kod oporezivanja dohotka. Ekonomski teret dječje potpore je kvalificiran kao posebna situacija koja utječe na ekonomsku snagu roditelja. To neizbježno opterećenje ne može ignorirati zakonodavac a da pritom ne povrijedi načelo jednakosti u oporezivanju.⁴¹

Važan korak u razvoju načela jednakosti u oporezivanju imala je i odluka od 22. veljače 1984. Njome je zauzet stav da zakonodavac ne može postavljati nerealna ograničenja za odbitke plaćanja obveznog izdržavanja, a proizašla je iz načela oporezivanja u skladu sa sposobnošću plaćanja.

U srednjoj su se fazi, krajem 1970-ih, istražne ovlasti Suda promijenile. Tada je donesena odluka o plaćanju uzdržavanja/alimentacije, a koja je bila suprotna ranijim odlukama. Riječ je o postupku o međusobnom učinku plaćanja dječjeg uzdržavanja i porezne snage.

Krajem 80-tih je počela treća faza, s odlukom o poreznoj osnovici kod poreza na bogatstvo,⁴² o oporezivanju prihoda od kamata, o egzistencijalnom minimumu. Usporedno sa zahtjevom za pravnom jednakošću, pravo na slobodu postalo je sve učinkovitiji činitelj u ograničavanju državne vlasti u fiskalnom opterećivanju građana.⁴³

U odluci Suda od 29. svibnja 1990. o međusobnom odnosu plaćanja uzdržavanja i ekonomske snage izražena je eksplicitno pozicija suda glede obiteljskog egzistencijalnog minimuma. Osnovni princip ljudskog dostojanstva i princip socijalne države iz čl. 1. 1. i 20. 1. njemačkog Ustava zahtijevaju od vlasti da se ne zahvaća u onaj dio prihoda poreznog obveznika koji je potreban za dostojan život - egzistencijalni minimum. Ustavom zajamčena zaštita braka i obitelji proširuje taj zahtjev zakonodavcu za poštovanje egzistencijalnog minimuma za svakog člana obitelji. Ustav zahtijeva da vlast osigura siromašnim građanima egzistencijalni minimum sredstvima socijalnog osiguranja, te ne može lišiti osobe koje ostvaruju prihod (dohodak) sredstava za postizanje istog nivoa egzistencijalnog minimuma. Odlukom od 26. siječnja 1994. godine razmatrano je ponovno pitanje novčanih

⁴¹ Prema, *The Principle of Equality in European Taxation*, op. cit., str. 95.

⁴² Postupkom o oporezivanju koje se tiče oporezive vrijednosti u porezu na bogatstvo započela je treća faza. Odlukom suda od 22. lipnja 1995. godine koja se tiče oporezive vrijednosti kod poreza na bogatstvo utvrđeno je da porezno opterećenje izazvano oporezivanjem stečene imovine mora biti "sinhronizirano" od strane zakonodavca na način da je zajamčeno dosljedno i usklađeno porezno opterećenje te da je izbjegnuto pretjerano porezno opterećenje. U tim je pokušajima presudno povezivanje sudskog načela jednakosti sa sudskom provjerom ustavnih sloboda. Razlikovanje predviđeno načelom jednakosti mora biti usklađeno sa granicama (prekomjernog) poreznog opterećenja imovine što proizlazi iz temeljnog prava na slobodno posjedovanje i slobodu vlasništva. U opravdanjima poreza na bogatstvo, na postupanje Saveznog ustavnog suda u kojima je sud utvrdio da nema povrede načela jednakosti, utjecali su brojni razlozi koji su van sfere poreznog prava.

⁴³ Prema, Cf. *ibid.*, str. 91.

troškova povezanih s profesionalnom izobrazbom, školovanjem djece, te je istaknuto kako priznanje za odbitak samo polovice učinjenih troškova ne može biti ustavno.

Odlukom od 27. lipnja 1991., u primjeni općeg načela jednakosti, zahtjev za jednakošću na osnovi sposobnosti za plaćanje poreza promijenjen je u zahtjev za stvarno jednaki porezni teret. Oporezivanje kao "opći teret" za sve građane opravdan je jednakošću tereta, čime se razlikuje od ostalih zadiranja vlasti u slobodu. Zakonski okvir za oporezivanje građana mora uzeti u obzir pravila poreznog zakonodavca o opterećivanju. Stav je Suda da čl. 3.(1.) Ustava zabranjuje svako određivanje poreza koje nije vodilo računa o sposobnosti za plaćanje. Otuda slijedi da bit poreznoga prava mora biti učvršćena u normativni oblik, u kojem je prije svega zajamčena jednakost u određivanju poreznog tereta i prikupljanju poreza.

Jednakost u oporezivanju uvijek je relativna jednakost. U konkretiziranju načela jednakosti u poreznom pravu ta je jednakost određena kao načelo oporezivanja zasnovano na sposobnosti za plaćanje (njem. *Leistungsfähigkeitsprinzip*). Sva ustavnopravna pitanja jednakosti u materiji oporezivanja obuhvaćena su i određena ideji sposobnosti za plaćanje. Načelo sposobnosti za plaćanje bi trebalo pridonijeti ograničenju oporezivanja kako bi se na taj način omogućilo ostvarenje osnovnog načela jednakosti. Četiri su korijena načela sposobnosti za plaćanje u njemačkom Ustavu. To su: regulacija distribucije poreznog novca u čl. 106. Ustava; načelo jednakosti u čl. 3; načelo pravnog pravila kao izraz ustavne zabrane arbitrarnosti; i načelo socijalne države.⁴⁴

Izražavanje porezne pravičnosti kao relativne jednakosti ne smije se krivo shvatiti kao što se misli da je dovoljna provjera ne/postojanja arbitrarnosti. Stoga se predlažu 4 koraka u postupku vrednovanja: - je li zakonodavac prepoznao objektivno razlike koje aktualno postoje u individualnoj sposobnosti te je li to na odgovarajući način uzeo u obzir pri kreiranju poreznog sustava; - može li se porezno pravo inkorporirati, uklopiti u cjelokupni pravni sustav te vodi li dostatno računa o pravnim vrednotama Ustava i zakona. To ima utjecaja na primjenu načela jednakosti; - Da li se porezni zakon koji se razmatra uklapa u okvir općeg poreznog prava na dosljedan način; Uzima li u obzir posebice kombinirani i kumulativni učinak pojedinačnih vrsta poreza; Konačno, je li krajnji učinak pojedinog poreznog zakona dosljedan, usklađen i logičan?

Uz navedeno, pitanje kontrole jednakosti u oporezivanju je uvijek usmjereno u dva različita smjera. Prvo je vertikalni smjer, gdje se pokušava opravdati različite porezne razrede na različite prihode u skladu s načelom jednakosti (vertikalna porezna jednakost). U horizontalnom smjeru daje se garancija da će jednako visoki dohodci biti jednako oporezivani (horizontalna porezna jednakost).

Tradicionalno, porezni zakoni uključuju sposobnost za plaćanje na dva načina. Prvi je pristup takav da se sposobnost za plaćanje povezuje s dohotkom i kapitalom, a drugi se sastoji u povezivanju s potrošnjom dohotka (tzv. indirektni porezi). Iz čl. 106. Ustava proizlazi da se dopušta takva dvojaka provjera, ocjena sposobnosti plaćanja. Stoga je ovo načelo sposobnosti za plaćanje valjano za ocjenu o postojanju

⁴⁴ Vidi, *The Principle of Equality in European Taxation*, op. cit., str. 100.

prekomjernog poreznog opterećenja.

Savezni ustavni sud je u postupcima, posebice onim "novijim", koji su se ticali porezne jednakosti, te onda i sposobnosti za plaćanje, formirao svoje stanovište. Stoga je i usklađeno postupao provjeravajući porezne zakone u odnosu na pravo na jednakost i slobodu. Horizontalna i vertikalna jednakost su zajamčene specifičnom primjenom načela jednakosti u području poreznog prava. Načelo sposobnosti za plaćanje na jedan specifičan način je preuzelo jednu ulogu pravila spram drugih ustavnih načela, kao što su temeljna prava na slobodu ili norme na kojima se temelji demokratska država. Određivanje krajnjeg poreznog opterećenja kao granice u postavljanju poreznih tereta pojačano kontrolira Savezni ustavni sud, pozivom na temeljno pravo na slobodu (čl. 2.(1.) sa čl. 14 i 12. Ustava).

U Njemačkoj je, dakle, osnovni test u ustavnoj kontroli poreznih zakona u provjeri njihove sukladnosti s osnovnim načelom jednakosti iz čl. 3(1) Ustava. Pojam pravičnosti u oporezivanju je "odlučno" izražen u postupcima Saveznog ustavnog suda. Međutim, posebice je to prisutno u novijim odlukama suda koje su se odnosile na odnos poreznih zakona i načela jednakosti.

Najvažnije je istaknuti da primjena čl. 3.(1.) Ustava znači oporezivanje u skladu s poreznopravnim načelom sposobnosti za plaćanje.

Riječ je o temeljnom načelu u oporezivanju građana, koje svoje korijene ima u čl. 106. Ustava, o osnovnoj regulaciji raspodjele, u čl. 20. Ustava o načelu demokratske države, koje izražava ustavnu zabranu arbitrarnosti, te čl. 20. i 28., i konačno čl. 3.(1.) s temeljnim načelom jednakosti.

Načelo jednakosti u talijanskom poreznom pravu i sudskoj praksi

Vrijedi obratiti pozornost na sudsku praksu iz područja talijanskog poreznog prava u odnosu na povrede i kršenje čl. 14. ECHR-a te čl. 26. ICCPR-a. Dolazimo do spoznaje o razlikama između Rima i Strasbourga, tj. talijanskog Ustavnog suda i ECtHR-a.

Naime, u sudskoj praksi međunarodnih sudova ne nalaze se odluke koje bi se ticale talijanskog poreznog sustava, a ni odluke koje bi se odnosile na primjenu konvencijskih načela nediskriminacije unutar talijanskog nacionalnog zakonodavstva. Stoga treba tražiti razloge koji priječe talijanske porezne obveznike u traženju zaštite u ostvarenju načela nediskriminacije kada je riječ o aktima talijanske države, bilo da je riječ o obraćanju ECtHR-u u Strasbourgu ili ICCPR-ovoj Komisiji za ljudska prava. Razlog bi mogao ležati u nepovjerenju talijanskih poreznih obveznika u zaštitu koju im pružaju međunarodne konvencije ili možda u njihovu povjerenju u talijanskog zakonodavca, tj. u njegovo poštivanje jednakosti uvijek kada je riječ o poreznim pravilima, te u ustavnu djelotvornost načela jednakosti i njegovu interpretaciju od strane Ustavnog suda.

Prema tome, primjena navedenih Konvencija ne ide lako u Italiji. Talijanski Ustav je, pravno gledano, prilično "strog", tj. rigidan, budući da se talijanski pravni sustav temelji na hijerarhiji pravnih izvora, u kojoj Ustav dolazi na prvo mjesto. Međunarodne konvencije u talijanskom pravnom sustavu, većim dijelom u poreznom pravu, postaju pravosnažne jedino putem talijanskih zakona o ratifikaciji istih.

Jedna od poteškoća glede navedenih Konvencija sastoji se u učinkovitosti njihovih

načela, čak i u materiji poreznog prava, tj. području oporezivanja, prema građanima, kada smo jednom prihvatili njihovu učinkovitost u odnosu na države ugovornice. U talijanskom se poreznom sustavu mora ustanoviti da li konvencijska načela mogu biti istog djelovanja i učinkovitosti kakvo imaju talijanski zakoni. Talijanska pravna doktrina je mišljenja da načela međunarodnih konvencija, uključujući načelo o nediskriminaciji, imaju neposredan učinak za talijanske građane te im pružaju pravnu zaštitu koja se odnosi na građanska i politička prava. Otuda zaključak o mogućnosti talijanskih građana i poreznih obveznika da se obrate nacionalnom sudu i pozovu se na povredu pravila međunarodnih konvencija. Stoga nemaju potrebe obraćati se ECtHR-u. S druge strane, ECtHR mora prevladati nepovjerenje u talijansku sudsku praksu.

Talijanski Kasacijski sud (tal. *Corte di Cassazione*) uvijek je nastojao ograničiti učinke navedene Konvencije na države ugovornice, a ne na građane, umjesto dopuštanja građanima da se obrate nacionalnim sudovima zbog povreda konvencijskih načela, uključujući čl. 14. Postupno je ipak rastao broj slučajeva pred talijanskim Kasacijskim sudom u kojima se priznaje neposredan učinak načela Konvencije, uključujući čl. 14. u talijanskom pravnom sustavu. Današnje je stanovište suda, koje proizlazi iz njegove sudske prakse, da konvencijska prava treba priznati i talijanskim građanima, te im stoga treba pružiti zaštitu u okviru talijanskog pravnog sustava. Stoga danas u Italiji obje Konvencije pružaju neposrednu zaštitu građanima. Konvencijskim je načelima, pa i načelu nediskriminacije, pružena puna pravna zaštita pred talijanskim sudovima što se jamči talijanskim poreznim obveznicima kao građanima.

Međutim, moramo istaknuti kako ove konvencije nisu dobile svoje ustavnopravno mjesto, tj. djelovanje, unatoč njihovu općem karakteru i funkciji zaštite ljudskih, građanskih i političkih prava. Talijanski Ustavni sud nikada nije dao ustavno priznanje načelima ovih Konvencija, a ni nediskriminacijskom načelu te ni u području oporezivanja. To znači da je u hijerarhiji pravnih izvora načelo jednakosti, kao ustavno načelo, u Italiji više od načela nediskriminacije utvrđenog čl. 14. i čl. 26. navedenih Konvencija, koja nisu uspjela u pokušaju postizanja "statusa" ustavnog načela unatoč njihovu neposrednu učinku na pravni sustav.

Kada se porezni obveznici, putem nižih sudova, obrate Ustavnom sudu radi provjere sukladnosti zakona s načelima Konvencije o ljudskim pravima, a ne samo sa talijanskim ustavnim načelima, Ustavni sud ipak i pored toga odlučuje na temelju talijanskih ustavnih načela, odbijajući na taj način priznati ustavni status, makar i posredno, načelima navedene Konvencije, uključujući i načelo nediskriminacije u poreznoj materiji. Posebice je u primjeni čl. 14. i čl. 26. navedenih Konvencija u materiji oporezivanja Italija zadržala svoju punu ustavnu suverenost spram nediskriminacijskog načela iz navedene europske konvencije.

Međutim, premda navedeni čl. 14. i čl. 26. nisu od ustavne vrijednosti u Italiji, ipak ih primjenjuje ECtHR te Komisija za ljudska prava. Stoga je zajamčena dvostruka zaštita poreznih obveznika.

Prema tome, Talijani preferiraju zaštitu koju im pruža Ustav u materiji oporezivanja. To proizlazi iz činjenice njihova neobraćanja ECtHR-u ili Komisiji za ljudska prava radi rješavanja slučajeva diskriminacije u materiji oporezivanja. Ustavno načelo jednakosti uživa autoritet, budući da ga se doživljava kao učinkovito i potpuno

u odnosu na zaštitu koju nude nediskriminacijska načela iz čl. 14. i 26. navedenih Konvencija.

Čl. 3. talijanskog Ustava je odredba o načelu jednakosti.⁴⁵ Velika je sličnost ove odredbe s čl. 14. ECHR-a te s čl. 26. ICCPR-a. Razlike između odredbi o načelu jednakosti međunarodnih akata i talijanskog Ustava, (koje se tiču boje kože te pripadnosti nacionalnim manjinama) nisu tolike da bi se razlikovala učinkovitost načela jednakosti iz talijanskog Ustava u usporedbi s konvencijskim načelom.

Nema sumnje da se načelo jednakosti u Italiji primjenjuje u materiji oporezivanja, kao i u drugim pravnim područjima. Stoga Ustavni sud uvijek razmatra ovo načelo kao neizbježnog "pratitelja" načela iz opće odredbe iz čl. 53. Ustava po kojoj svatko mora doprinositi javnim izdacima u skladu sa svojom sposobnošću za plaćanje.

Talijanski porezni obveznici imaju veliko povjerenje u ustavno načelo jednakosti, što je rezultat "pristupačnosti", tj. mogućnosti obraćanja Ustavnom sudu, koja proizlazi iz Ustava, nakon obraćanja nižem sudu, uvijek kada porezni obveznici smatraju da je došlo do kršenja njihovih prava aktima talijanskog zakonodavca.

U Italiji se smatra da ustavno načelo jednakosti učinkovito pruža punu zaštitu poreznim obveznicima od diskriminacijske politike. Ustavno načelo jednakosti u materiji oporezivanja u vezi s čl. 3. talijanskog Ustava koji ga formulira te povezano s čl. 53. talijanskog Ustava po kojemu svi moraju doprinositi financiranju države, ipak ne sprječava talijanskog zakonodavca u kreiranju takvih rješenja koja vode povredi načela jednakosti. Čini se da je zakonodavac slobodan u određivanju i primjeni poreznih zakona na način da javni interes za plaćanjem poreza ima prevagu nad načelom jednakosti. U izboru najsigurnijih, najredovitijih te najbržih metoda i različitih načina prikupljanja poreza te primjeni kriterija od strane države država nije ograničena.⁴⁶

Ustavno načelo jednakosti često nije u stanju spriječiti nacionalnog zakonodavca u izboru načina određivanja i prikupljanja poreza, koji mogu rezultirati povredom tog istog načela. Razlog tomu leži u javnom interesu za dovoljnim proračunskim prihodima. Posljedica toga je da diskrecijske ovlasti zakonodavca u težnji za ostvarenjem javnog interesa za plaćanje poreza postaju izraz javnog interesa, pa stoga to može odnijeti prevagu nad načelom jednakosti. Tako te diskrecijske ovlasti

⁴⁵ "...all citizens have the same social dignity. They are considered equal before the law without any difference of sex, language, religion, political opinion, personal or social condition.". Prema, Cf. *ibid.*, str. 117.

⁴⁶ Zakonodavčev izbor obuhvaća različite poreze, pa tako i neposredne i posredne poreze.

Tako je glede neposrednih poreza talijanski zakonodavac odlučio njima obuhvatiti i prihode od poljoprivrednih zgrada i zemljišta, po katastarskom kriteriju, bez obzira na stvarni dohodak. Ostvoreni dohodak je kriterij koji vrijedi kod "profesionalnih i industrijskih prihoda". Ustavni je sud priznao kao zakonite takve akte, primjenjujući isto načelo na različita rješenja u obuhvaćanju oporezivog bogatstva na temelju unaprijed određenih kriterija a ne stvarnog kriterija.

Među posrednim porezima u Italiji je porez na nasljedstvo takav da se odnosi ne samo na nasljednika, koji ima korist od nasljedstva, već i na one osobe koje su korisnici u nasljeđivanju *mortis causa*, bilo jer su spomenuti u oporuci ali nisu još prihvatili nasljedstvo, bilo jer moraju upravljati naslijeđenom imovinom.

zakonodavca, zbog njihove političke naravi, mogu izbjeći ustavnu kontrolu od strane Ustavnog suda.

Čini se stoga logičnim zapitati ne bi li bilo uputnije pozvati se na čl. 14. Europske konvencije o ljudskim pravima, kada su u pitanju porezna rješenja donesena od strane talijanskog zakonodavca, umjesto pozivanja na ustavnu zaštitu. Mogla bi se dati prednost obraćanju ECtHR-u ukoliko su nejednako određeni porezi diskriminatorni, te bi u tom slučaju porezni obveznik mogao zahtijevati od ECtHR-a nediskriminaciju spram državnog interesa za poreznim prihodima, umjesto obraćanja Ustavnom sudu.

U stvarnosti je čl. 14. ECHR-a autonoman, i diskriminacija može postojati jedino u vezi s ostvarivanjem prava. Učinkovitost načela nediskriminacije mora biti odmjerena, čak i u materiji oporezivanja, u odnosu na ljudska prava, koja su zaštićena i ograničena primjenom, u području poreznoga prava, čl. 1. Protokola 1.⁴⁷

Prema tome, ako u svjetlu primjene čl. 1. Protokola br. 1. gledamo poreze, zabrana diskriminacije je u području poreznog prava opravdana i valjana isto onoliko koliko u ostalim područjima. Za poreznu je materiju važno imati na umu paragraf 2. čl. 1. Protokola 1.,⁴⁸ koji omogućuje sucima ECtHR-a da dopuste državama, do jedne granice, ipak šire razlikovanje u materiji oporezivanja no što je to u ostalim pravnim područjima. Iz stava suda slijedi da različite situacije moraju biti u uzete u obzir u odmjerenju poreza u skladu sa ciljem koji je odredio porezni zakonodavac te u skladu s neophodnim poreznim prihodima. Prema tome, iz čl. 1 Protokola br. 1. prevladava financijski cilj, dajući državama članicama velike diskrecijske ovlasti kada je u pitanju zaštita interesa za plaćanjem poreza. Prema mišljenju ECtHR-a države mogu zakonito odrediti slične situacije koje opravdavaju razlikovanje u poreznom režimu.

Možemo primijetiti da kada gledamo interpretaciju nediskriminacijskog načela s ograničenjima poreznih zakona utvrđenim čl. 1. Protokola br. 1. te čl. 14. Konvencije, porezna rješenja talijanskog zakonodavca u različitim aspektima oporezivanja (određivanje, prikupljanje, kontrola) mogu biti uzeta kao usuglašena s Europskom konvencijom o ljudskim pravima.

Treba imati na umu kako sudska praksa ECtHR-a u primjeni poreznog prava i čl. 14. i čl. 1. Protokola 1. ECHR-a te mišljenja Komisije za ljudska prava glede čl. 26. ICCPR-a imaju u Italiji prvenstveno kulturni, a ne pravni značaj. To je razumljivo ako se zna da u talijanskom pravnom sustavu čl. 14. i čl. 26. navedenih Konvencija, kao i ostala načela međunarodnih konvencija, nisu uspjeli postići ustavni status, te da Talijani imaju veće povjerenje u nacionalni Ustavni sud no u ECtHR u stvarima koje se tiču porezne diskriminacije. Unatoč toj "sudskoj" slabosti, zaštita koju pruža ECtHR nije bitno različita od zaštite koju talijanskim poreznim obveznicima pruža Ustavni sud svojom praksom. Slično ECtHR-u, bez čl. 1. Protokola br. 1., Ustavni sud daje talijanskom zakonodavcu široke diskrecijske ovlasti u ostvarivanju svoje

⁴⁷ Vidi, Protokol I ECHR-a, čl. 1.

⁴⁸ Vidi, Protokol I ECHR-a, čl. 1.

vlasti u određivanju poreza.

Ustavni sud nije smatrao povredom načela jednakosti sve one slučajeve i situacije koje je zakonodavac ocijenio i priznao kao važne za oporezivanje. U tumačenju načela sposobnosti za plaćanje, u skladu s time, talijanski zakonodavac ima široku moć istog stupnja kao politička diskrecijska moć. U svim aspektima oporezivanja je Ustavni sud provjeravao je li porezna administracija povrijedila načelo nediskriminacije u situacijama za koje se smatra da moraju biti istovrsne. Na isti je način Ustavni sud mogao jednostavno poreći postojanje diskriminacije u slučajevima poreznih izuzetaka koji su se npr. odnosili na zgrade koje su obuhvaćene urbanističkim planom, a ne i na one koje su u prostornom planu, ili za ratne mirovine, a ne i na sve druge vojne mirovine, ili za katoličku crkvu, a ne i za ostale vjeroispovijesti različite od katoličke religije.

Slično je u razmatranjima ubiranja, a ne samo određivanja poreza, Ustavni sud smatrao kako nema diskriminacije u različitim poreznim režimima s jedne strane za zastupnike izabrane u nacionalne skupštine a s druge strane za one osobe koje obavljaju druge javne funkcije.

Unatoč razlikama u određivanju poreza te njihovu prikupljanju Ustavni sud je donio istu odluku: nejednaka porezna rješenja nisu diskriminatorna, ukoliko su ta rješenja u skladu sa svrhom i ciljem poreznih zakona koje oni žele postići. U stvari, ukoliko su porezi i njihova primjena povezani s različitim ciljevima (urbanistički plan regulira izgradnju i zgrade, međutim prostorni plan štiti prostor, područja) ili s različitim situacijama, makar u istoj skupini poreznih obveznika (obnašatelji javnih funkcija nisu reprezentanti ostalih poreznih obveznika) ili s religijom, tako da je isti porezni režim neophodan, ili s različitim područjima, teritorijima, tada mora ovlast nametanja poreza biti slobodno izvršena.

Kako bi se izbjegla mogućnost promjene diskrecijske ovlasti zakonodavca u političke odluke, Ustavni sud uvijek podržava kriterij razumnosti. To je učinkovito sudsko ograničenje koje dopušta Ustavnom sudu da odredi različita porezna rješenja kao diskriminatorna: ili u izboru poreza, ili u primjeni poreza ili zbog pravne zaštite. Sa stajališta sudske prakse Ustavnog suda razumnost je ograničenje diskrecijske ovlasti zakonodavca u poreznim zakonima. Ali, isto tako služi i kao neophodan kriterij koji jamči točnu, sigurnu primjenu ustavnog načela jednakosti kako bi se moglo presuditi jesu li rješenja talijanskog zakonodavca diskriminatorna ili ne. Prema tome, kriterij razumnosti daje Ustavnom sudu učinkoviti kriterij za primjenu načela jednakosti u području oporezivanja kako bi procijenio jesu li nejednake situacije diskriminatorne ili ne. Takvo rješenje daje opći kriterij koji se može na odgovarajući način primijeniti na određivanje svih vrsta poreza.

Od poreza na dohodak do poreza na nasljedstvo, stav je Ustavnog suda uvijek isti: nejednaki pravni režimi primijenjeni na istovrsne situacije diskriminatorni su ako nisu razumni. U skladu s takvim zaključkom je Ustavni sud ocijenio samovoljnim i diskriminatornim porezne izuzetke, iznimke koje se odnose na zaposlenikov dohodak, ali ne i na dohodak osoba koje samostalno obavljaju djelatnost, ili primjenu nekih poreznih odredbi u korist djece od bioloških roditelja kao nasljednika spram usvojene djece kao nasljednika.

U skladu s načelom razumnosti, kontrola Ustavnog suda bila je sve jača paralelno s diskrecijskim ovlastima zakonodavca u, ne samo primjeni, već i u sankcioniranju

i reguliranju pravne zaštite. Ustavni je sud ocijenio neustavnim takav zakon koji je sprječavao poreznim obveznicima obraćanje poreznim sudovima ukoliko još nisu platili porez, jer takav zakon nerazumno vrši diskriminaciju između bogatih poreznih obveznika, koji su mogli ostvariti svoje pravo plaćanjem poreza, i siromašnih poreznih obveznika, koji budući da nisu u mogućnosti platiti porez, ne mogu tražiti pravnu zaštitu u poreznom pravu.

Ustavni je sud mudro izbalansirao interese države za poreznim prihodima s interesima poreznih obveznika za jednaku raspodjelu poreznog opterećenja. Na isti je način osigurao talijanskim poreznim obveznicima učinkovitu zaštitu u odnosu na diskriminatorna porezna rješenja. Ustavni sud naime pristupa i priznaje zakonodavčeve diskrecijske ovlasti jedino kao izraz fiskalnog, poreznog suvereniteta, a ne izraz zloupotrebe. Kada imamo na umu istovrsne situacije, tada financijski ciljevi mogu opravdati nejednak porezni režim jedino ako su rješenja i izbor razumni. Tako načelo razumnosti definira razliku između ovlasti i zloupotrebe u poreznom pravu.

Razvoj talijanske ustavne sudske prakse nije mogao biti pod utjecajem međunarodne sudske prakse jer čl. 14. i čl. 26. predmetnih Konvencija nisu dobili ustavni status. Međutim, razvoj sudske prakse bio je sličan precedentima ECtHR-a u području poreznog prava. Stoga možemo govoriti o sličnim odlukama iz talijanske sudske prakse Ustavnoga suda i one ECtHR-a. Tako iz odluka obaju sudova, Europskog i talijanskog Ustavnog suda, vjenčani i nevjenčani parovi, osobe koje imaju povremeno i uobičajeno boravište nisu u usporedivim situacijama, te stoga i različiti porezni režimi nisu diskriminatorni.

Ukoliko i buduća sudska praksa bude odražavala ovakvo stanovište, talijanski će porezni obveznici moći potvrditi svoje povjerenje u pravnu zaštitu koju im pruža Ustavni sud u slučajevima porezne diskriminacije. Oni će napustiti njihovu nacionalnu zaštitu jedino ukoliko im čl. 14. i čl. 26. navedenih Konvencija ponude učinkovitiju zaštitu načela jednakosti koju im pruža Ustav. Ustavni će sud imati najveću odgovornost za takvu promjenu. Ravnoteža između diskrecijske ovlasti i razumnosti ovise o njegovoj interpretaciji čl. 3. i 53. talijanskog Ustava.

Načelo jednakosti u engleskom poreznom pravu i sudskoj praksi

U literaturi možemo naći tvrdnje kako nema načela jednakosti u engleskom poreznom pravu. Međutim, takvu tvrdnju treba i objasniti.

U objašnjenju valja poći od engleske ustavne pozadine. Najprije treba istaknuti činjenicu da Engleska nema i nikada nije imala pisani ustav. Stoga nema niti ustavnog temelja za ispitivanje engleskog poreznog zakonodavstva glede ne/sukladnosti s ustavnim normama. Međutim, iz toga da Engleska nema pisanog ustava ne proizlazi da nema ustavnog prava. Imamo ustavne dokumente koji obuhvaćaju *Magnu Chartu* iz 1297. i *Bill of Rights* 1688.⁴⁹

⁴⁹ *Bill of rights* nema pojmovu koji bi zadirali u demokraciju ili jednakost između osoba.

U nedostatku pisanog ustava u Engleskoj u prošlosti nije bilo ustavne provjere zakonodavstva jer nema ni ustavnog suda. Tek unatrag nekoliko godina engleski sudovi imaju pravo i ovlašteni su utvrditi da neki parlamentarni akt ne smije stupiti na snagu, ali jedino s osnove nesukladnosti sa pravom Europske unije. Tako engleski sudovi mogu ispitivati i sukladnost između zakona i prava zajamčenih ECHR-om prema Zakonu o ljudskim pravima, iz 1998. (koji je trebao stupiti na snagu 2000. godine). Unatoč ograničenim mogućnostima za sudsku provjeru zakonodavstva, u Engleskoj se tradicionalno priznaje doktrina parlamentarnog suvereniteta. Po toj je doktrini Parlament u potpunosti suveren kao i njegovo zakonodavstvo, te se ne može provjeravati ni po kojoj osnovi, uključujući i s osnove nejednakosti u primjeni.

Međutim, ova bi se činjenica o nepostojanju načela jednakosti u engleskom poreznom pravu mogla izmijeniti zbog harmonizacije poreznog prava unutar Europske unije.

Odredbe engleskog poreznog zakonodavstva bile su u nekim slučajevima napadane jer se smatralo da one krše obvezu nediskriminacije. Kao primjer može poslužiti jedan slučaj iz sudske prakse *MacGregor v. United Kingdom*. Radilo se dodatnom osobnom odbitku koji se priznavao samo bračnom drugu koji je uzdržavao (nesposobnu) suprugu, ali ne i kada je bila riječ o supruzi koja je uzdržavala supruga u sličnim okolnostima. Gđa. McGregor se stoga obratila Komisiji za ljudska prava ističući kako je nepriznavanje takvog osobnog odbitka predstavljalo diskriminaciju. Ona je uspjela u svom zahtjevu, a englesko je zakonodavstvo ispravljeno u tom smislu.

Dakle, treba istaknuti kako se u engleskom poreznom pravu, u veoma ograničenom opsegu, javlja jedan pristup koji ima neke aspekte načela jednakosti. To se događa na nekoliko načina. Najprije, čl. 14. ECHR-a zahtijeva da se prava koja jamči Konvencija treba uživati bez diskriminacije.⁵⁰ Obveza nediskriminacije nametnuta je Velikoj Britaniji s obzirom na vršenje svoje zadaće u poreznoj materiji i samom naravi EC Sporazuma. Svaka diskriminacija koja se protivi pravima i koja vrijeđa ostvarivanje temeljnih prava kojima je zajamčena zaštita pravom Europske unije, te koja ne može biti opravdana, nesukladna je i time je uvijek napadana.

Konačno, iako u Engleskoj nije priznato kao samostalno načelo jednakosti u poreznom pravu, ipak je procesno načelo pravičnosti ili jednakosti priznato godinama. To je načelo priznato kao dio načela "*natural justice*" koje se uzima u obzir u vršenju pravosudnih i kvazi- pravosudnih funkcija. Ta se načela "*natural justice*" svode na dva načela. Prvo je, načelo *audi alteram partem*, koje jamči svakome pravo da bude saslušan prije donošenja konačne odluke. Drugo je načelo *nemo debis esse iudex in propria causa potest*, po kojem ne može tijelo koje ima interesa u nekoj stvari samo odlučivati o njoj. Ta se načela priznaju u području porezne administracije već godinama. Međutim ona ne dodiruju pitanje supstantivne jednakosti.

Prema tome, kroz ECHR i pravo EU, koncepti poput jednakosti u oporezivanju

⁵⁰ Iako ECHR nije još dio engleskog nacionalnog prava, ona bi to uskoro mogla postati.

počinju nalaziti svoj put i u engleskom poreznom sustavu. Svakako sudska praksa susjednih zemalja može pomoći njenom razvoju u Engleskoj, koja za sada izostaje.

Zaključak

Događaji u svijetu iz temelja su promijenili okruženje u kojem države djeluju. Tako i porezni sustavi kao derivati socio-ekonomskih i političkih sustava doživljavaju promjene. Integracijski procesi, stvaranje EU, harmonizacija, globalizacija svjetskog tržišta, a u nas privatizacija, demokratizacija, opredjeljenje za tržišni način privređivanja te brojne druge promjene zahtijevaju izmjene poreznih sustava. To svakako izaziva i pitanja o pravednosti poreznih pravnih sustava te njihovoj ulozi u harmonizaciji pravnih sustava zemalja EU.

Načelo pravednosti jedno je od civilizacijskih stečevina. Njegovo je subnačelo i tematizirana problematika ovoga rada, tj. poreznopravno načelo jednakosti. Poreznopravnim načelom jednakosti obuhvaćena su subnačela univerzalnosti, ravnomjernosti i plaćanja poreza prema ekonomskoj snazi.

Načelo jednakosti kodificirano je u ustavima svih zemalja i brojnim međunarodnim dokumentima. Njegov utjecaj na postupanja sudova u poreznopravnim stvarima je velik.

Poreznopravno načelo jednakosti ima svoje korijene i u brojnim međunarodnim konvencijama, od kojih smo izdvojili navedene ICCPR i ECHR. To čini ovo načelo univerzalnim. Obje su konvencije relativno novijeg datuma, tj. datiraju iz perioda iza drugog svjetskog rata. Mnoge europske zemlje imaju u ustavima sadržano ovo načelo, i to potječe iz starije povijesti. Štoviše, načelo jednakosti bilo je dijelom nepisanih načela nacionalnih pravnih sustava i prije no što je postalo dijelom pisanih ustava. Jedina je iznimka Engleska, koja nema niti je ikada imala pisani ustav, pa stoga nema ni pisanog ustavnog temelja za provjeru i dovođenje u pitanje poreznog zakonodavstva s osnove nesukladnosti s ustavnim normama o načelu jednakosti. Većina zemalja EU imaju ustavni sud koji može ocjenjivati sukladnost nacionalnog prava i zakonodavstva sa ustavom.

Načela međunarodnih konvencija, u pravilu, imaju neposredan učinak na građane i ona im jamče pravnu zaštitu građanskih i političkih prava. Građani, prema tome i porezni obveznici, mogu se obratiti nacionalnim sucima kako bi ovi ukinuli povrede pravila međunarodnih konvencija. U pravilu se oni ne moraju obraćati ECtHR-u u Strasbourgu, niti Međunarodnoj Komisiji za građanska i politička prava u New Yorku.

U praksi, međutim, navedeni čl. 26. ICCPR i 14. ECHR imaju malo ili gotovo nemaju ustavnog značenja. Nacionalni će ustavni sudovi primjenjivati nacionalno ustavno načelo jednakosti. Pri tome će možda voditi računa o sudskoj praksi ECtHR-a i Međunarodne Komisije za građanska i politička prava, ali u svojim će se pravorijecima uvijek pozivati jedino na nacionalni ustav.

Kada je uključen nacionalni ustavni sud, građani će zbog brojnih razloga biti nescloni obraćanju Europskom sudu i Međunarodnoj Komisiji. Postupak na nacionalnoj razini najčešće je izuzetno dug, npr. najmanje traje 5 godina. Kao rezultat sporosti i dugotrajnosti postupaka pred domaćim sudovima građani/porezni obveznici često postaju obeshrabljeni i predaju se nakon što je njihova tužba odbijena od

strane ustavnog suda.

Također neki primjećuju kako "porezni pravnici" nisu skloni razvoju ljudskih prava koji se odnosi na materiju poreza međunarodnim konvencijama. Skoro je pravilo da oni neće lako savjetovati poreznom obvezniku obraćanje međunarodnom sudu. Stoga porezni obveznici mogu unaprijed posumnjati da su njihovi izgledi veoma ograničeni pred međunarodnim sudom, te da nema svrhe obraćati mu se.

U Nizozemskoj i Engleskoj ne postoji ustavni sud. To je razlog različitom razvoju načela jednakosti u području oporezivanja u ovim zemljama spram ostalih zemalja EU koje imaju ustavni sud, tj. u usporedbi s razvojem ovog načela u Austriji, Belgiji, Francuskoj, Njemačkoj, Italiji i Španjolskoj.

Situacija u Engleskoj glede načela jednakosti u oporezivanju u usporedbi s ostalim zemljama Europe bitno je drugačija. Trenutno ECHR nije dio engleskog nacionalnog prava. Po novom Zakonu o ljudskim pravima, iz 1998., koji je trebao stupiti na snagu 2000., ECHR će biti implementirana u englesko nacionalno zakonodavstvo. Jedino će tada engleski sudovi moći primjenjivati načela ljudskih prava iz ECHR-a u materiji oporezivanja. Za sada jedino odlukama međunarodnih sudova i vijeća o ljudskim pravima koncept jednakosti u oporezivanju polagano počinje ulaziti i u engleski porezni sustav.

U navedenom smislu Engleska i Nizozemska mogu se uzeti kao dva ekstrema u odnosu na načelo jednakosti u oporezivanju. U Nizozemskoj je koncept načela jednakosti u oporezivanju razvijen na relativno razrađenom nivou, dok u Engleskoj trenutno tek polako nastaje.

U zemljama EU koje imaju ustavne sudove te pisano ustavno načelo jednakosti, ocjenjivanje i provjera poreznih zakona i poreznih mjera spram načela jednakosti manje-više slijedi istu proceduru.

U Njemačkoj prije obraćanja Saveznom ustavnom sudu porezni obveznik mora iscrpiti sva pravna sredstva, uključujući i neuspješno obraćanje najvišem poreznom sudu u Münchenu. Ustavna tužba u Njemačkoj zahtijeva suglasnost Saveznog ustavnog suda da sasluša taj predmet. Ta će se suglasnost i dobiti ukoliko ustavna tužba ima fundamentalno značenje ili ukoliko je riječ o takvim povredama koje imaju nekoliko posljedica, tako da je neophodno saslušati predmet s obzirom na zaštitu temeljnih prava. Tako u Njemačkoj Savezni ustavni sud igra najvažniju ulogu u provjeri i sankcioniranju povreda poreznopravnog načela jednakosti.

U Italiji je, u hijerarhiji pravnih izvora, načelo jednakosti kao ustavno načelo više od istog načela iz čl. 14. ECHR-a i čl. 26. ICCPR-a, koji nisu postigli ustavni status unatoč njihovu neposrednom učinku unutar tog pravnog sustava. Ustavni sud odlučuje jedino na temelju talijanskih ustavnih načela, odbijajući na taj način priznati ustavni, makar posredni, status tom konvencijskom načelu.

U odnosu na načelo jednakosti, iz prakse ECtHR-a je poznati *Darby* slučaj učinio jasnim da je to načelo primjenjivo u poreznoj materiji. Europski je sud odredio da čl. 14. ECHR povezan s čl. 1. Protokola br. 1. ECHR-a zabranjuje diskriminaciju u oporezivanju. Sud je odlučio da je diskriminatorno priznanje poreznih oslobođenja i olakšica, koje su se primjenjivale u korist Švedske Luteranske Crkve, jedino poreznim obveznicima koji nisu pripadali Švedskoj Crkvi ali su bili registrirani kao osobe s prebivalištem u Švedskoj, tj. kao rezidenti. Sud je utvrdio da sama administrativna potreba, nužda ne može opravdati razlike u primjeni poreznog pravila

te da je riječ o povredi načela jednakosti.⁵¹

ECtHR je odredio, definirao načelo jednakosti. Značajna je sličnost između načela ustanovljenih od ovoga Suda i načela koja se mogu izvesti iz sudske prakse većine europskih zemalja. Najprije se mora odrediti postoji li situacija u kojoj se različito tretiraju jednaki slučajevi. Ukoliko je odgovor potvrđan, netko bi mogao reći da je to diskriminacija.

U praksi je međutim nekada teško prosuditi je li riječ o stvarima koje se mogu usporediti. Jednaki je tretman povrijeđen samo kada nema objektivnog i razumnog opravdanja za učinjeno razlikovanje. Širina takvog opravdanja treba se prosuđivati na način da se uzima u obzir svrha i rezultat takve mjere, te uzimajući u obzir načela koja su općeprihvaćena u demokratskoj zajednici.

Zanimljivo je primijetiti kako njemački Savezni ustavni sud, u europskom kontekstu, primjenu načela jednakosti provodi na, čini se, najsveobuhvatniji način. Do toga dolazimo kada uzmemo u obzir njegovo postupanje u slučajevima o obiteljskom egzistencijalnom minimumu, o poreznim oslobođenjima i olakšicama te o oporezivanju u skladu s poreznom osnovicom pri porezu na bogatstvo. Odluke se iz tih slučajeva zasnivaju na načelu sposobnosti za plaćanje, koje se razvijalo kao rezultat zahtjeva za pravednošću u oporezivanju i ustavnog načela jednakosti.

Svi ustavni sudovi imaju na umu granicu do koje zakonodavac može ići. O tome brinu kako pri procjenjivanju jednakosti u slučajevima tako i pri prosuđivanju postoji li ili ne objektivno i razumno opravdanje za svaku nejednakost u tretmanu. Većina sudova slijedom toga rijetko ukida, preinačuje rješenja zakonodavca utvrđujući da je prekršio načelo jednakosti. Naime, ukidanje akata zakonodavca moglo bi značiti da ustavni sud dijelom preuzima i poslove, dužnosti zakonodavca, a što, u načelu, nije u skladu s konceptom diobe vlasti unutar države. Nizozemski je *Hoge Raad* u svojim postupcima razvio izvanrednu praksu i rješenja. Njegovo poimanje da je riječ o takvim pravnim odredbama koje su diskriminatorne te da krše načelo jednakosti ne znači i da je porezni obveznik uspio sa svojim zahtjevom. Ukoliko uklanjanje diskriminacije nadilazi zadatak suda da razvija pravo, zakone, tada se to ostavlja zakonodavcu. U takvom se slučaju zakonodavac mora time pozabaviti što je prije moguće.

Malen je broj slučajeva u kojima različiti europski ustavni sudovi utvrđuju da postoji neopravdano kršenje načela jednakosti poreznim pravnim pravilom ili

⁵¹ Do sada je sudska praksa koja se odnosi na poreze ECtHR-a bila prilično ograničena, što pokazuju sljedeći primjeri. 1. Do sada je, glede načela jednakosti u poreznoj materiji, zabilježen samo jedan slučaj. Riječ je francuskom poreznom obvezniku tj. Hentrich v. France. 2. Samo je u jednom slučaju ovaj sud odlučivao o prikladnosti jednog aspekta njemačkog poreznog prava. Taj je slučaj od prilično malog značenja, a radilo se o porezu u korist vatrogasne zajednice u Baden-Würtenbergu. 3. Što se tiče situacije u Velikoj Britaniji, tu je važno spomenuti nedavnu odluku Komisije za ljudska prava u slučaju McGregor v. United Kingdom. Radilo se o dodatnom osobnom odbitku na koji su imali pravo supruzi koji su skrbili o nesposobnim suprugama, ali ne i supruge koje su skrbile o nesposobnim supruzima u sličnim okolnostima. Komisija je presudila da je takvo porezno rješenje diskriminatorno, te je Velika Britanija ispravila svoje zakonodavstvo.

primjenom takvog pravila. Međutim, u slučajevima gdje je utvrđena povreda tog načela, velik je utjecaj toga i od zakonodavca se zahtijeva da se pozabavi tim predmetom što je prije moguće. Iako postoje razlike između europskih zemalja kada je u pitanju primjena načela jednakosti u oporezivanju, ipak je opći zaključak da je značenje ovog načela sve veće i nastavlja sve više rasti. Zajedno s odredbama članaka o nediskriminaciji te o slobodi kretanja zaposlenika, slobodi poduzetništva i dr. iz EC Sporazuma, sve se više zahtijeva od poreznog zakonodavca da brine o svim relevantnim okolnostima prilikom pisanja novih poreznih zakona. U konačnici recimo da se, ukoliko bi trebalo zauzeti stav glede dvojbe da li dati prevagu zakonodavčevu reguliranju ili rješidbama sudske prakse u ovoj materiji, moramo odrediti spram sudske prakse u tumačenju načela jednakosti. Mišljenja smo da sudska praksa "sramežljivo" ulazi u ovu problematiku, bojeći se da će izaći van svojih zadaća. Predmetno načelo nesumnjivo je našlo svoj izraz u aktima poreznih zakonodavaca zapadnoeuropskih zemalja. Sudske rješidbe su glede ovog pitanja još uvijek malobrojne, manje kao rezultat nepostojanja povreda, a više zbog još uvijek neučvršćenog mjesta i uloge ovog načela u sudskoj praksi. Unatoč navedenim slučajevima iz prakse sudova nekih zemalja EU, ipak nam se čini da bi se sudska vlast morala slobodnije određivati kada je u pitanju ostvarenje načela jednakosti. Pri tome, imamo na umu nacionalna sudstva. Ukoliko to ne bi bio slučaj, premda ne vidimo razloga za to, trebalo bi poticati obraćanje međunarodnim sudskim instancama koje su neopterećene "nacionalnim" potrebama, interesima izraženim kroz zakonodavne porezne akte, a koje nacionalni suci uzimaju u obzir.

Riječ je o ključnom elementu u svakom ustavu i međunarodnoj konvenciji o ljudskim pravima. Primjena tog načela u odnosima oporezivanja ima relativno kratku povijest u Europi, ali je unatoč tome značajna za porezne zakonodavce i za porezne pragmatičare. Usprkos skromnoj sudskoj praksi u ovoj materiji, iz svega navedenoga razvidno je koliki je doprinos načela jednakosti u stvaranju "jus commune europacum" te njegovo djelovanje kao sredstva "meke harmonizacije", kako pojedinih poreznih sustava na nacionalnoj razini, tako pravnih sustava zemalja članica na razini EU. Ostvarenju ovoga načela moraju posvetiti pozornost ne samo zakonodavna i sudska vlast već i sami porezni obveznici.

Literatura

1. General Principles of European Community Law, Reports from a Conference in Malmo, 27-28 August 1999, ed. Bernitz, Ulf, Nergelius Joakim, Kluwer Law International, 2000.
2. ING Pregled sudske prakse 2000, Inženjerski biro, Zagreb.
3. International Covenant on Civil and Political Rights, the United Nations General Assembly Resolution 2200 A(XXI) of 16 december 1966, 23 March 1976.
4. Jelčić, Barbara i Božidar, Što oporezivati-dohodak ili potrošnju?, *Financijska praksa* 21 (3), 1997.
5. Jelčić, Božidar, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Informator, Zagreb, 1998.
6. Lončarić-Horvat, Olivera, Osnove općega poreznog prava, I dio, *Porezni vjesnik*, Pos. broj 8a, 1998.
7. Lončarić-Horvat, Olivera, Porez na promet u ulozi pravednog poreza, "*Financijska praksa*", 18, (6), 1994.
8. Padjen, Ivan, Fairness as an Essential Element of Law, *Politička misao/Croatian Political Science Review*, vol. 33. br. 5., 1996.

9. Pravo i porezi, br. 4, travanj 2001.
10. Selected issues in european tax law, ed. Albregtse, Dirk, Kogels, Han, Kluwer Law International, 1999.
11. Šimović, Načelo porezne pravednosti i novi hrvatski porezni sustav, Financijska praksa, 6/94.
12. The European Convention on Human Rights, Rome 4 November 1950 and its Five Protocols: Paris 20 March 1952, Strasbourg 6 May 1963, Strasbourg 6 May 1963, Strasbourg 16 September 1963, Strasbourg 20 January 1966.
13. The Principle of Equality in European Taxation, ed. Meussen, Gerard, T.K., Kluwer Law International, 1999.

Summary

THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN THE TAX LAW AND COURT PRACTICE IN SEVERAL COUNTRIES OF THE EUROPEAN UNION

The attempt to determine the principle of equality as a Tax Law principle refers us on the one hand to connect this principle with the principle of justice, and on the other hand with the principle of universality, uniformity and principle of paying taxes according to the economic strength. The Tax Law principle of equality is a part of common law principles and it is of extreme importance to create "*jus commune europaeum*". The court practice in several countries of the European Union shows how significant this principle is to define and to collect taxes. Today, we can find its codification not only in the constitutions of most of the countries. Furthermore, the codification has been introduced in numerous international instruments. The author gives special attention to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms from 1950 and to the International Covenant on Civil and Political Rights from 1966. The principle of equality has been reflected in national legislations and their regulation of taxing as well as in international and national courts practice, especially of constitutional courts. The article presents a sample of rich court practice concerned with effectuation of the principle of equality in national tax systems, infringements of this principle and correlated sanctions.

Key words: *principle of equality, Tax Law, court practice in several countries of the European Union.*

Zusammenfassung

DAS PRINZIP DER GLEICHHEIT IM STEUERRECHT UND DIE RICHTSPRAXIS EINIGER EU LÄNDER

Der Versuch das Prinzip der Gleichheit als steuerrechtliches Prinzip zu definieren weist auf seine Verbindung mit dem Prinzip der Gleichheit einerseits und mit dem Prinzip der Universalität und Gleichmäßigkeit andererseits sowie der Entrichtung

der Steuern nach der wirtschaftlichen Kraft hin. Das steuerrechtliche Prinzip der Gleichheit ist als Teil allgemeiner Rechtsprinzipien von außerordentlicher Bedeutung für die Schaffung des "jus commune europaeum". Aus der Gerichtspraxis einiger Mitgliedsstaaten der EU wird ersichtlich wie wichtig es bei der Festlegung und Einziehung von Steuern ist. Seine Kodifizierung findet sich heute nicht nur in den Verfassungen der meisten Staaten, sondern auch in zahlreichen internationalen Instrumenten. Besonders hervorgehoben werden die Europäische Konvention zu den Menschenrechten von 1950 sowie die internationale Konvention über Bürger- und politische Rechte von 1966. Dieses Prinzip spiegelt sich sowohl in der nationalen Gesetzgebung und deren Regelung der Steuern als auch in der Praxis internationaler und nationaler vor allem Verfassungsgerichte. Es wird ein Teil der reichen Gerichtspraxis gezeigt, die sich auf die Verwirklichung des Gleichheitsprinzips in den nationalen Steuerbehörden bezieht, auf die Verletzung des steuerrechtlichen Prinzips der Gleichheit sowie deren Sanktionierung.

Schlüsselwörter: Gleichheitsprinzip, Steuerrecht, Gerichtspraxis einiger EU-Länder.

Sommario

PRINCIPIO DI EGUALIANZA NEL DIRITTO TRIBUTARIO E NELLA PRASSI GIURISPRUDENZIALE DI ALCUNI PAESI DELL'UNIONE EUROPEA

Il tentativo di determinare il principio di eguaglianza come un principio del diritto tributario consente da una parte di connettere questo principio con il principio di giustizia, e dall'altra parte con il principio di universalità, di uniformità e del pagamento delle imposte secondo la capacità economica. Il principio di eguaglianza del diritto tributario è parte dei principi giuridici comuni e di grande importanza per creare lo "jus commune europaeum". La prassi giurisprudenziale in alcuni Paesi dell'Unione Europea mostra come questo principio sia significativo per definire e raccogliere i tributi. Oggi noi possiamo trovare la sua codificazione non solo nelle costituzioni di molti Paesi e in numerose fonti internazionali. L'Autrice dedica particolare attenzione alla Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 e al Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966. Il principio di eguaglianza è stato tradotto nelle legislazioni nazionali e nelle loro regolazioni della tassazione, così come nella pratica dei giudici nazionali e internazionali, specialmente delle corti costituzionali. L'articolo presenta un ricco campione di prassi giurisprudenziale relativa all'attuazione del principio di eguaglianza nei sistemi tributari nazionali, le violazioni di questo principio e le relative sanzioni.

Parole chiave: principio di eguaglianza, diritto tributario, prassi giurisprudenziali in alcuni Paesi dell'Unione Europea.

OSOBNJA ODGOVORNOST I KRIVNJA PREMA STATUTU MEĐUNARODNOG KAZNENOG SUDA ZA TEŠKA KRŠENJA MEĐUNARODNOG HUMANITARNOG PRAVA NA PODRUČJU BIVŠE JUGOSLAVIJE*

Dr. sc. Velinka Grozdanić, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Dr. sc. Anita Kurtović, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 341.49
343.222
Ur.: 13. srpnja 2001.
Pr.: 22. srpnja 2001.
Izlaganje sa znanstvenog skupa

U radu se analiziraju odredbe Statuta Međunarodnog suda i Pravila o postupku i dokazima o osobnoj odgovornosti i krivnji počinitelja zločina. Analiza ukazuje na nedvojbenu činjenicu da je krivnja temeljna kaznenopravna pretpostavka odgovornosti i kažnjivosti. Stoga iznenađuje da ovi temeljni dokumenti ne sadrže odredbe o krivnji (definiciju, oblike) i osobito razloge koji je isključuju ili smanjuju (neubrojivost, smanjena ubrojivost, zabluda o biću kaznenog djela, neotklonjiva zabluda o protupravnosti djela), čime se dovodi u pitanje načelo zakonitosti. Budući da se na temelju tih akata već sudilo, sudi se i suditi će se, postavlja se pitanje na koji način popuniti legislativni "kostur" određen Statutom i Pravilima. U radu se navodi više rješenja, a autorice se zalažu za dopunu Pravila novom odredbom o primjeni kaznenog zakona države u kojoj je kazneno djelo počinjeno, za sva pitanja koja nisu regulirana Statutom i Pravilima i pod uvjetom da nisu u suprotnosti sa međunarodnim pravom, smatrajući da bi se na taj način zadovoljilo ne samo načelo zakonitosti već i načelo pravednosti.

Ključne riječi: Statut Međunarodnog kaznenog suda, osobna odgovornost, krivnja.

* Rad predstavlja izlaganje održano na Međunarodnom skupu "Međunarodni kazneni Sud za bivšu Jugoslaviju", u Opatiji, 8. i 9. svibnja 2000.

1. Uvod

Od samog početka svog postojanja ljudi ratuju. Gonjeni nerazumljivim porivima vlastite psihe izazivaju užasne posljedice - tisuće i tisuće mrtvih, ranjenih, enormna materijalna razaranja. Ove posljedice, koje nakon rata jedino i ostaju, nisu dovoljna prijetnja ljudskoj ludosti. Nakon kratkih mirnih razdoblja okrutne borbe na život i smrt nastavljaju se i dalje, a svaki novi sukob je u odnosu na prethodni bezobzirniji, krvaviji, svirepiji. Znanost u funkciji ratovanja osigurava sve opasnije i razornije tehnike ubijanja koje istom silom nasrću na ljude ne praveći razliku između civila i ratnika. Povijest, učiteljica života, čovjeka je jedino naučila da s ratom treba računati.

U tom ratnom ludilu i besmislu rodila se ideja o "humanizaciji ratovanja". Nastojanja da se svireposti rata svedu na što manju mjeru dovela su do parcijalnog reguliranja, a zatim i do kodifikacije pravila običajnog prava u vidu općih konvencija u kojima su postavljeni neki opći principi ratnog prava. Danas već postoje brojni međunarodni dokumenti - rezolucije, deklaracije, konvencije kao izraz težnji međunarodne zajednice da pravnom regulativom doprinese uspostavi mira u svijetu.

Značajan pravni korak na tom putu učinjen je 1993. g. donošenjem Statuta Međunarodnog kaznenog suda za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije (u daljnjem tekstu Statut).

U Statutu, koji je podijeljen na materijalnopravni (čl. 2. - čl. 10.), organizacijski (čl. 11. - čl. 17.) i procesnopravni dio (čl. 18. - čl. 29.), posebno mjesto zauzima odredba o osobnoj kaznenoj odgovornosti (čl. 7.).

2. Načelo osobne kaznene odgovornosti

Statut izrijekom ograničava nadležnost suda na utvrđivanje krivnje isključivo fizičkih osoba (čl. 6.).¹ Time, kao i odredbom st. 1. članka 7. koja određuje osobnu odgovornost u smislu odgovornosti samo za vlastito individualno sudjelovanje u zločinu, zapravo je onemogućena kažnjivost članova zločinačkih organizacija za djela tih organizacija. Statut usvaja nužno i logično stajalište o osobnoj, individualnoj krivnji, a ne o kolektivnom kažnjavanju.²

¹ Pravne osobe, bile one države, korporacije, organizacije ili drugo, ne potpadaju pod nadležnost ovoga suda. Tijekom izrade Rimskog Statuta ICC postojao je prijedlog Francuske za proširenjem nadležnosti stalnog Međunarodnog kaznenog suda i na organizacije, ali nije usvojen. Arsanjani M.H.: *The Rome Statute of the International Criminal Court*, *The American Journal of International Law*, Vol. 93:22, 1999., str. 36.

² Takvo kažnjavanje primijenjeno temeljem Statuta Međunarodnog Vojnog suda iz 1945. god., kada su neke skupine ili organizacije bile proglašene zločinačkima, imalo je za posljedicu osude članova tih organizacija. To je izazvalo oštre kritike jer se smatralo da je riječ o kolektivnom kažnjavanju bez utvrđivanja individualne krivnje. Bavcon Lj. i dr.: *Međnarodno kazensko pravo*, Ljubljana, 1997., str. 63. Isto Etcheberry A.: *The Impact of the Nature and Volume of Crime and Administrative Processes on Criminal Justice Systems: New Trends in Combating Organised Crime*, br. 17, AIDP/ Eres, 1998, str. 334.

Međutim, dvije odredbe članka 7., koje definiraju oblike počiniteljstva, izazivaju dvojbe o proširivanju kažnjivosti protivno zahtjevima *actus reus* i *mens rea*.

Odredba o osobnoj krivnji u st. 1. čl. 7. ostavlja dojam ekstenzivne i vrlo fleksibilne norme. Prihvaćeno načelo krivnje kao individualne (samostalne) i osobne kažnjivosti onih pojedinaca koji su ne samo neposredni počinitelji ili nalogodavci, već i onih koji su planirali, poticali, ili na koji drugi način pomagali ili sudjelovali u planiranju, pripremanju ili počinjenju zločina, otvara važan problem. Nedvojbene su pretpostavke kažnjivosti počinitelja i nalogodavaca zločina, ali odredba sadrži i pojam sudioništva koji, pored klasičnih oblika poticanja i pomaganja, obuhvaća i bilo koje pomaganje i sudjelovanje u planiranju, pripremanju ili počinjenju zločina (*or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime...*).³ Takav osobni doprinos u obliku pripomaganja i podupiranja u planiranju, pripremanju ili počinjenju zločina otvara mogućnosti vrlo širokog podvođenja, pa ostaje problematičnim utvrđenje zahtjeva objektivnog udjela potrebnog za kažnjivost (tzv. *actus reus*). Stoga se smatra nužnim ispitati za svako kazneno djelo navedeno u Statutu je li tako širok pojam upravo za taj zločin ukorijenjen u pisanom ili nepisanom međunarodnom pravu.⁴

Navedeni oblici počinjenja djela koji mogu značajno proširiti kažnjivost ukazuju na namjeru da se obuhvati i koncept "conspiracy", koji kao takav ne postoji u tradiciji europskog kaznenog prava.⁵ Vodeći računa o razlikovanju europske kontinentalne teorije o (akcesornom) sudioništvu i angloameričkih pravnih modela koji pojam sudjelovanja u djelu mogu toliko proširiti, ukazuju se mogućim i rješenja koja su protivna temeljnom načelu europskog kaznenog prava - zakonitosti djela i kažnjivosti. I premda je neprijeporno da su neki od prihvaćenih oblika počiniteljstva u Statutu posljedica posebne prirode zločina o kojima je riječ, problemi nastaju kada se oni ne uzimaju u obzir na isti način u nacionalnim pravima.⁶

³ Doduše, pojmovi "*pripomoći i poduprijeti*" navedeni su kumulativno, a ne alternativno.

⁴ Triffterer O.: Temelji, mogućnosti i granice međunarodnog suda za progon zločina protiv međunarodnog humanitarnog prava u bivšoj Jugoslaviji, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 1, 1994., str. 363.

⁵ Koncept "conspiracy", koji u europskom pravu ne postoji kao opći institut, u angloameričkom pravnom sustavu utemeljen je na legalnoj fikciji da djelo postoji već samim sporazumom (dogovorom) da se poćine neka djela i kada namjera još nije materijalizirana. Pri tome kažnjavanje za conspiracy ne ovisi o planiranom djelu, te je svaki sudionik odgovoran za svako poćinjeno djelo i neovisno o svom znanju. Međutim, vrlo je teško ovo pravilo (*Pinkerton v. U.S.*, 1946.) uskladiti s kontinentalnim europskim konceptom individualne odgovornosti i krivnje. Šire Mewett-Manning: Criminal Law, 1985., str. 179., McLean-Morrish: Harris Criminal law, str. 64. i Weigend T.: The Criminal Justice Systems Facing the Challenge of Organized Crime, Section I, General Part, General Report, Revue internationale de droit pénal, Vol. 68, 1997, str. 531.

⁶ Problem postoji čak i kada nacionalna kaznena prava pojmove navođenja i pomoći, odnosno sudjelovanja u djelu druge osobe "široko" tumaće. Međutim, nužno je naglasiti da i europsko pravo sve više, pod pritiskom novih oblika kriminaliteta koji su obilježeni transnacionalnom, međunarodnom prirodom (npr. organizirani kriminal), ekstenzivnijim tumaćenjima uvlači u kažnjivu zonu sve više osoba. Snažan je i doktrinarni koncept prema kojemu se svako, čak i marginalno, sudjelovanje smatra vlastitim uzročnim doprinosom kazneno djelu (sustav "jedinstvenog funkcionalnog poćiniteljstva"), pa austrijsko kazneno zakonodavstvo poćiniteljem smatra svaku osobu koja na bilo koji drugi način

Zločini navedeni u Statutu mogu biti izvršeni činjenjem ili nečinjenjem,⁷ dok je pojedinac odgovoran bez obzira je li zločin počinio sam ili udruženo.⁸

Za usporedbu, korisno je ukazati na koji način Rimski Statut razrađuje elemente kažnjivosti u zahtjevu oblika počinjenja (*actus reus*). Stavkom 3. članka 25., pojedinci su odgovorni ako su: a) počinili zločin, bilo pojedinačno, zajednički s drugom ili posredstvom druge osobe, neovisno o tome je li ta druga osoba kazneno odgovorna; b) naredili, nagovarali ili potakli na počinjenje djela ili pokušaj počinjenja; c) u cilju olakšanja počinjenja zločina, pomogli, podupirali ili na drugi način sudjelovali u počinjenju ili pokušaju počinjenja, uključujući i pribavljanje sredstava za počinjenje; d) na bilo koji drugi način doprinijeli počinjenju zločina grupe koja djeluje sa zajedničkim ciljem.⁹ Zaključujemo da je Rimski Statut ICC učinio korak naprijed jer je legislativno precizniji i određeniji u postavljanju objektivnih uvjeta osobne krivnje.

Nadalje, još šire uvjete kažnjivosti Statut predviđa za nadređenog za djela njemu podčinjenih osoba ako je nadređeni znao ili imao razloga znati da će podređeni počiniti djelo ili da ga je počinio, a nije poduzeo potrebne i razumne mjere za sprečavanje djela ili za kažnjavanje počinitelja (čl.7.st.3).¹⁰ Ustanovljeno načelo tzv. zapovjedne odgovornosti za propust (nečinjenje) novina je ne samo za međunarodno kazneno pravo, već ponajprije za europsko pravo, te otvara problem utvrđivanja krivnje onih osoba koje u hijerarhijski ustrojenim organizacijama imaju ovlasti odlučivanja i nadzora. Nadređene osobe, u prvom redu vojni zapovjednici, odgovaraju za djela drugih osoba koje su pod njihovom kontrolom ako nisu poduzele podobne mjere za sprečavanje djela¹¹ ili kažnjavanje počinitelja. Krivnja zapovjednika nije sadržana u njegovom osobnom počiniteljstvu, direktnom naređenju ili bilo kojoj drugoj aktivnosti, već je posljedica propusta primjene dužne kontrole nad onim

pridonosi počinjenju djela. Šire Weigend T.: op. cit., str. 529. i Fabrizzy E.E.: Austria: The Criminal Justice Systems Facing the Challenge of Organized Crime, *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 68, 1997, str. 620.

⁷ Premda Statut u sljedećem stavku 3. članka 7. izrijeком uspostavlja kažnjivost nadređenoga za nepoduzimanje određenih mjera, počinjenje djela nečinjenjem je i inače kažnjivo: "Naročito se "podupiranje" kao oblik sudioništva, ali i svaki drugi oblik izvršenja zločina protiv čovječnosti može izvršiti nečinjenjem, pogotovo pak prešutnim toleriranjem." Triffterer O.: op. cit., str. 363. Također, i u Rimskom Statutu riječ "conduct" obuhvaća i činjenje i nečinjenje (*act or omission*). Arsanjani M.H.: op. cit., str. 36.

⁸ Pojedinac je u slučaju udruživanja odgovoran samo za svoje individualno sudioništvo i ne postoji njegova odgovornost za sva djela organizacije.

⁹ Takav oblik sudjelovanja u djelu pored namjere, mora ispunjavati i sljedeći uvjet: (I) mora biti poduzeto s ciljem ostvarivanja (promicanja) kriminalne aktivnosti ili kriminalne svrhe grupe koja obuhvaća počinjenje zločina u nadležnosti Suda; ili (II) mora biti poduzeto sa znanjem namjere grupe da počinu takve zločine.

¹⁰ Sudioništvo se ovdje još više proširuje, te se kažnjivost nadređenoga opravdava već time što je on imao razloga za pretpostavku da će jedan od njegovih podčinjenih počiniti takav zločin ili ga je počinio. Triffterer O.: op. cit., str. 363.

¹¹ Ne radi se o faktičnom sprečavanju, nego o poduzimanju podobnih mjera u tu svrhu. Triffterer O.: op. cit., str. 363.

snagama koje su pod njegovim zapovjedništvom. Takvo je propuštanje po djelovanju i značenju jednako počinjenju tog djela.

Analiza ovog rješenja otvara dilemu je li koncept zapovjedne odgovornosti oblik krivnje kao i ostali oblici ili je on utemeljen na drukčijim principima odgovornosti. Također, postavilo se i pitanje obuhvaća li jednaka odgovornost sve nadređene (i one u civilnim okolnostima) ili pak samo vojne.

Različita stajališta o doktrini zapovjedne odgovornosti uočljiva su iz presude u slučaju Čelebići (Celebici Judgment, Part III). Zauzimajući stav o elementima osobne kaznene odgovornosti prema čl. 7(3) Statuta, Sud je prikazao različita tumačenja iste odredbe od strane tužiteljstva i obrane.¹²

ICTY drži evidentnim da je nužna pretpostavka za primjenu čl. 7(3) počinjenje jednog ili više zločina iz čl. 2. do 5. Statuta, te da su za odgovornost zapovjednika (nadređenog) potrebna tri konstitutivna dijela (osnovni elementi zapovjednikove krivnje za propust): (I) postojanje odnosa nadređenog i podređenog; (II) znanje nadređenoga da će zločini biti počinjeni ili su počinjeni, ili postojanje razloga za njegovo znanje, (III) propust nadređenog da poduzme nužne i razumne mjere za sprečavanje ili kažnjavanje počinitelja.¹³

Prvi uvjet zapovjedne odgovornosti prema ICTY-u je postojanje odnosa nadređeni - podređeni, ali sporni su kako oblici tako i potreban stupanj tog odnosa. Tužiteljstvo zastupa stajalište da je temeljni zahtjev koncepta zapovjedne odgovornosti postojanje zapovjednog nadzora nad podređenim te sposobnost (mogućnost) nadređenog da spriječi ili kazni njemu podčinjene. Nadalje, podupire se stav da, premda se uobičajeni slučajevi u kojima se ovaj koncept primjenjuje odnose na regularne vojne snage pod direktnom subordinacijom formalno određenog vojnog zapovjednika, pravne obveze nadređenoga (i stoga primjena istoga koncepta odgovornosti) ne ovise samo o *de jure* vlasti, već se mogu pojaviti i kao posljedica *de facto* vlasti, ili kao kombinacija obje. Također, smatra se da stupanj kontrole nužan za primjenu navedenog koncepta može biti različit, jer se vlast i nadzor nad podređenima može primjenjivati na više načina (operativno, taktički, administrativno, utjecajem i sl.). Stoga ovakvo stajalište polazi od koncepta prema kojemu zapovjedna odgovornost

¹² Tako su za tužiteljstvo pravni zahtjevi za koncept zapovjedne odgovornosti sljedeći: 1) nadređeni mora *de jure* i/ili *de facto* neposredno i/ili posredno zapovijedati ili nadzirati podređene; 2) nadređeni mora znati ili je imao razloga znati, što uključuje i neznanje kao posljedicu njegovoga propusta u kontroli svojih podređenih, da će zločini biti počinjeni ili su počinjeni, i 3) nadređeni mora propustiti poduzimanje razumnih i potrebnih mjera koje su u njegovoj ovlasti, ili u njegovoj mogućnosti s obzirom na okolnosti, da spriječi ili kazni podređene za te zločine.

Protivno, obrana (opt. Z. Delalića i H. Delića) smatra da se za kažnjavanje temeljem teorije zapovjedne odgovornosti mora dokazati sljedećih pet elemenata: 1) položaj optuženika kao zapovjednika ili civila koji primjenjuje jednake vojne zapovjedne ovlasti nad osobama koje su počinile zločine; 2) zločini moraju biti počinjeni ili pokušani; 3) nadređeni mora stvarno znati da su djela počinjena ili je imao saznanja potrebna da zaključi da je prekršeno ratno pravo; 4) nadređeni je propustio poduzeti razumne mjere istrage i kažnjavanja počinitelja ili mjere za sprečavanje budućih zločina, i 5) propust nadređenoga mora biti uzrok stvarno počinjenih zločina.

¹³ Zahtjev uzrokovanja zločina činom propusta nadređenog Sud je uvrstio u posljednji element zapovjedne odgovornosti.

kumulativno ovisi o stupnju i obliku kontrole koje je nadređeni poduzeo i o raspoloživim sredstvima kojima je mogao vršiti nadzor nad podređenima.

Suprotno, obrana drži da u ovom konceptu postoji jedan veliki kamen kušnje. Nije sporno da prema čl. 7.(3.) optuženik mora biti ili zapovjednik osobi koja je počinila zločin ili mora zauzimati neki drugi položaj koji mu dopušta poduzeti isti oblik vlasti kao i vojnom zapovjedniku. Ali, drži se da mjerilo zapovjedne odgovornosti mora biti "stvarna mogućnost kontrole", odnosno da osoba koja ima zapovjedne ovlasti mora pokazati primjenu ovlasti nad podređenim koja je "razmjerna s ovlasti izdavanja obveznih naredbi i kažnjavanja za kršenje tih naredbi."¹⁴ Također, obrana podupire pravno tumačenje o distinkciji između vojnih zapovjednika i onih sa sličnim ovlastima s jedne i ostalih vrsta nadređenih koji ne primjenjuju te oblike ovlasti s druge strane. Polazište ovoga stava je u užem tumačenju pojma "nadređenog" u čl. 7.(3.) Statuta, tako da pojam ne obuhvaća (pa time ne proširuje koncept zapovjedne odgovornosti) nezapovjednike, odnosno osobe koje samo zauzimaju viši rang ili položaj od počinitelja. Sama činjenica da osoba ima viši položaj nije automatizmom dostatna za njenu odgovornost.¹⁵ Drži se da bi se usvajanjem tzv. vikarijske odgovornosti za osobe koje nisu zapovjednici kršilo načelo zakonitosti.¹⁶

Protivan tome je stav da se u komandi mogu zauzimati različiti položaji, pa pojam "nadređenog" nije ograničen formalnom oznakom "zapovjednika," pri čemu je nesporan zahtjev da počinitelj zločina mora biti podređen osobi višega ranga tako da je pod njegovim neposrednim ili posrednim nadzorom.

Pravno mišljenje ICTY-a o odnosu nužnom za postojanje teorije zapovjedne odgovornosti utemeljeno je na pojmu "hijerarhijski postignutog koncepta nadzora"¹⁷, pa Sud smatra da i osobe koje su efektivno uključene u zapovijedanje čak i neformalnih struktura,¹⁸ ali imaju ovlasti sprečavanja i kažnjavanja zločina onih koji

¹⁴ Zastupa se stajalište da je ključni faktor za određivanje ovakve odgovornosti isključivo "zakonita" ovlast optuženika.

¹⁵ Međutim, jedan je od uvjeta potrebnih za nekažnjavanje pripadnika regularne vojske, policije, dobrovoljačkih odreda te organiziranih oružanih snaga, skupina i jedinica (*les combattants*) za tzv. dopuštene radnje u ratu da imaju na čelu osobu odgovornu za svoje podređene. Šire Horvatić, Ž., Novoselec, P.: Kazneno pravo, opći dio, 1999., str. 238.

¹⁶ Obrana smatra da običajno međunarodno pravo ovaj oblik odgovornosti utemeljuje samo za one pojedince koji imaju ovlast izdavanja obveznih naredbi u svoje ime, te ovlast kažnjavanja za kršenje tih naredbi. To podrazumijeva da u vojsci samo zapovjednik ima takvu ovlast, pa primjena istog koncepta na druge osobe ima "*ex post facto*" učinak.

Inače, koncept vikarijske odgovornosti, koji nije postavljen kao opće primjenjivo načelo u kaznenom pravu, može biti i vrlo problematičan, jer "prebacuje" kaznenu odgovornost s počinitelja na drugu osobu čija se odgovornost zakonski pretpostavlja zbog postojanja odnosa subordinacije u organiziranoj hijerarhijskoj strukturi. Međutim, unutar europskog tradicionalnog kaznenog prava pojavljuju se rješenja, zasada ograničena samo na određena ekonomska djela, koja čine odgovornom jednu osobu za djela drugih (npr. poduzetnika za kaznena djela njegovih djelatnika). Tako se uspostavlja indirektna kaznena odgovornost npr. poduzetnika ako je namjerno ili nehajno propustio kontrolu.

¹⁷ Komentar Additional Protocol I. iz 1977. god.

¹⁸ Utvrđivanje postojanja odnosa nadređenog i podređenog posebice je, prema priznanju samoga Suda, bilo problematično u relevantnom vremenu kada su u bivšoj Jugoslaviji nestale dotadašnje formalne (službene) strukture, te su tijekom interimnog razdoblja nove (moguće paravojne i improvizirane) zapovjedne i nadzorne strukture bile vrlo neodređene i dvojbene.

su faktično pod njihovom kontrolom, mogu pod određenim okolnostima odgovarati. Stoga je prihvaćen stav da se pod koncept zapovjedne odgovornosti prema čl. 7.(3.) mogu podvesti svi pojedinci u civilnoj ili vojnoj strukturi na temelju njihovog *de iure* ili *de facto* položaja nadređenoga, pa nepostojanje formalne ili službene pravne ovlasti nadzora nad podčinjenima ne isključuje kažnjivost.

Ovakvo mišljenje može izazvati dvostruku dvojbu. Prva je da je nejasno i potpuno neodređeno koje su to "određene okolnosti" pod kojima će postojati kažnjivost. Druga se dvojba odnosi na pitanje je li svakako nužno ovaj oblik počinjenja djela vezati za postojanje pravne obveze na sprečavanje nastupanja posljedice odnosno za činjenicu da nadređeni mora biti garant.¹⁹ I premda je ovakvo proširivanje kažnjivosti poznato i u Rimskom Statutu,²⁰ potrebno je upozoriti na oprez i vezati ga što je moguće više uz zahtjev *nullum crimen sine lege certa*. Vrlo je važno u ovoj složenoj materiji pouzdano utvrditi tko se smatra garantom i na što se odnosi klauzula jednake vrijednosti (propuštanje jednako počinjenju).²¹ Nedosljednost sudske prakse pri ovakvom legislativnom stanju bila bi nepoželjna.

Nadalje, Statut je u još jednoj odredbi o osobnoj kaznenoj odgovornosti djelomično dvojbjen. U čl. 7.(4.) predviđeno je već od ranije prihvaćeno načelo međunarodnog prava prema kojemu postupanje po naredbi vlade ili nadređenog ne isključuje kažnjivost, ali se ta činjenica uvažava jer može dovesti do ublažavanja kazne ako Sud utvrdi da to zahtijeva pravičnost. Premda je Statut izričito predvidio kažnjivost, ipak je upitno je li doista prihvaćen stav da osoba koja je postupala po naredbi uvijek odgovara ili, ipak, s obzirom da situacije mogu biti vrlo različite (npr. podčinjeni ne zna ili nije mogao znati da je naređenje nezakonito, a bio je obavezan izvršiti ga), postoji mogućnost isključenja kažnjivosti.²² Ako odgovornost postoji u svakom slučaju, nedvojbjen je zaključak da je Rimski Statut blaži prema počiniteljima ratnih zločina koji su postupali po naredbi.²³

¹⁹ O dužnosti nadzora nad trećim osobama koje predstavljaju izvor opasnosti, o garantima koje predstavljaju osobe u položaju autoriteta ili nadređenog te dužnosti vojnih, službenih i odgovornih osoba da spriječe kaznena djela podređenih v. Horvatić, Ž., Novoselec, P.: op. cit. str. 186.

²⁰ I ovdje je Rimski Statut učinio korak naprijed jer je u čl. 28, pored uvjeta potrebnih za kažnjivost vojnih zapovjednika odnosno osoba koje efektivno (stvarno) obnašaju funkciju vojnog zapovjednika (uključujući i one koji vrše kontrolu paravojnih snaga), posebno razradio uvjete koji se traže za kažnjivost nadređenoga. Značajna je novina uvjet koji zahtijeva da se zločini moraju odnositi na aktivnosti ili akcije obuhvaćene stvarnom odgovornošću i kontrolom nadređenoga. Šire Broomhall B.: *The International Criminal Court: Overview, and Cooperation with States u ICC Ratification and National Implementing Legislation*, br. 13, AIDP/Eres, 1999, str. 62. i 152.

²¹ Pri utvrđenju trećeg uvjeta kažnjivosti nadređenoga, koji se sastoji u propustu poduzimanja nužnih i razumnih mjera za sprečavanje ili kažnjavanje, sud zadržava veliku slobodu odlučivanja o tome je li ispunjena ta pretpostavka.

²² Nacionalna zakonodavstva, kao npr. KZ Republike Hrvatske, to pitanje rješavaju posebnom odredbom koja u vrlo ograničenom opsegu isključuje protupravnost radnje podređenog kod vojnih kaznenih djela.

²³ U tom smislu Rimski Statut (čl. 33.) sadrži uvjete koji isključuju kažnjivost za počinjenje ratnog zločina po naređenju (ali ne i zločina genocida i zločina protiv čovječnosti). Broomhal B.: op. cit., str. 85. O tome i Bavcon, Lj. i dr.: op. cit., str. 72.

3. Krivnja i razlozi koji je isključuju ili umanjuju

Analiza navedenih odredbi Statuta jasno ukazuje da je počinitelj kaznenog djela subjekt međunarodnog kaznenog prava i da je njegova osobna, individualna krivnja temeljna kaznenopravna pretpostavka za primjenu kazne.²⁴ Stoga iznenađuje što u Statutu nema odredbi koje bi definirale krivnju i općepoznate razloge njezinog isključenja ili umanjenja, kao što su neubrojivost, smanjena ubrojivost, zabluda o biću kaznenog djela, neotklonjiva zabluda o protupravnosti djela.²⁵

Nema nikakve sumnje da će se o neubrojivosti, odnosno smanjenoj ubrojivosti počinitelja voditi briga. To proizlazi iz Pravila o postupku i dokazima (na snazi od 14.3.1994.-U.N.Doc.IT/32-1994.-u daljnjem tekstu Pravila) koja, u odredbi o recipročnoj dostavi dokaza, izričito navode da će obrana obavijestiti tužitelja o svojoj namjeri da se brani neubrojivošću ili smanjenom ubrojivošću (čl. 67.). Pored toga, u Izvješću glavnog tajnika (u skladu s paragrafom 2. Rezolucije 808 Vijeća sigurnosti iz 1993.) navodi se da će Međunarodni sud uvažiti različita svojstva i okolnosti na strani okrivljenika koje isključuju ili smanjuju kaznenu odgovornost, kao što su malodobnost ili neubrojivost, što je u svim zemljama prihvaćeno kao opće pravno načelo. Ipak ostaje pitanje bez jasnog odgovora kako će se o neubrojivosti, odnosno smanjenoj ubrojivosti voditi računa? Na temelju kojih odredbi? Da li prema odredbama zakona države čiji je počinitelj državljanin ili prema pravu države u kojoj je kazneno djelo počinjeno ili prema općim pravnim principima koje međunarodni sud treba utvrditi, a koji rezultiraju iz zajedničkih odredbi većine nacionalnih pravnih sustava? Razlike između pojedinih država u definiranju neubrojivosti, a još i više u reagiranju prema takvim delinkventima (unutar kaznenog prava putem sigurnosnih mjera obaveznih psihijatrijskih liječenja ili putem prisilnih hospitalizacija civilnopravnih postupanja) ostavlja dojam velike neodređenosti i nedorečenosti.

Slično stanje nalazimo kod malodobnosti, odnosno kod dobne granice kaznene odgovornosti i općenito pri postupanju prema maloljetnim okrivljenicima. Ni o tome u Statutu, Pravilima o postupku i dokazivanju i Pravilima o pritvaranju nema nikakvih odredbi. Kada bismo krenuli od pretpostavke da je dobnu granicu kaznene odgovornosti relativno lako odrediti ravnajući se prema rješenjima većine država,

²⁴ O različitim odgovorima na pitanje da li aktivni subjekt međunarodnog kaznenog prava može biti samo država ili i pojedinac v. npr. Bavcon, Lj.: op. cit., str. 62.-63., Degan, V. Đ.: Međunarodno pravo, PF Rijeka, 2000., str. 473-480.

²⁵ Isti se prigovor odnosi i na druge opće institute općeg dijela kaznenog prava koji mogu predstavljati smetnje kažnjivosti, odnosno koji mogu isključiti protupravnost, pa time i postojanje kaznenog djela kao npr. nužna obrana, krajnja nužda, sila i prijetnja, pristanak povrijeđenog itd., a što je primijetilo više autora. Tako npr. i Triffterer, O.: op. cit., str. 364. Brojniji su autori koji su identične prigovore upućivali Nacrtu zakonika o zločinima protiv mira i sigurnosti čovječanstva: npr. Wise, E.: The Structure of the Draft Code, str. 40.-41. i Eser, A.: The Need for a General Part, str. 51. u Commentaries on the International Law Commission's Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, br. 11., AIDP/Eres, 1993., odnosno Nacrtu statuta stalnog Međunarodnog kaznenog suda-npr. Wise, E.: General Rules of Criminal Law, u International Criminal Court: Observations and Issues before the 1997-98 Preparatory Committee; and Administrative and Financial Implications, br. 13., AIDP/Eres, 1997., str. 269.

opet ostaje nejasno kako prema njima postupati, tj. koje sankcije primijeniti s obzirom na vrlo različita rješenja u pojedinim državama.

Nepostojanje u Statutu navedenih, ali i niza drugih odredbi koje čine uvjete kažnjivosti u priličnoj mjeri dovodi u pitanje temeljno načelo kaznenog prava - načelo zakonitosti. Nema nikakve sumnje da je ostvarenje načela legaliteta u međunarodnom kaznenom pravu, koje se u velikoj mjeri oslanja na vrlo različite kaznenopravne sustave pojedinih država, vrlo zahtjevan zadatak. Ima li se u vidu da se kod ratnih zločina radi o najtežim kaznenim djelima za koja se mogu izreći i najstrože kazne, načelo zakonitosti postaje imperativ. Drugim riječima, ako je ovo značajno načelo moguće ostvariti tek propisivanjem cjelovitog kaznenog zakona u kojem bi, uz posebni dio o kaznenim djelima s međunarodnim karakterom (genocid, zločini protiv čovječnosti, ratni zločini), bio detaljno reguliran i opći dio, bježanje od takvog rješenja čini se nerazumnim. Osobito ako se uzme u obzir postignuti stupanj razvoja međunarodnih odnosa (neizbježna globalizacija) s jedne strane i velike i stalne prijetnje miru, ali i čovječanstvu uopće (ratovi, naoružanje), s druge strane.

Međutim, to su sve rješenja *pro futuro*, za neke buduće zločine koji će biti počinjeni nakon stupanja na snagu takvog akta. Stoga se postavlja pitanje kako popuniti pravne praznine koje se odnose na krivnju i razloge njezinog isključenja ili smanjenja u glavnim pravnim izvorima, Statutu i Pravilima, na temelju kojih je suđeno, sudi se i suditi će se za ratne zločine počinjene na području bivše Jugoslavije. Moguća su dva različita pristupa u rješenju navedenog problema.

Prvi pristup vezan je uz činjenicu postojanja teksta Rimskog Statuta (za budući stalni Međunarodni kazneni sud iz 1998. g.) koji u svojim odredbama djelomično otklanja spomenute nedostatke, regulirajući krivnju (čl. 30.), razloge isključenja kaznene odgovornosti (čl. 31.), zablude o činjenicama ili protupravnosti (čl. 32.) i isključenje jurisdikcije Suda za osobe koje *tempore criminis* nisu navršile 18 godina. Naravno da će se odredbe Rimskog Statuta moći primjenjivati tek u postupcima za zločine počinjene nakon njegovog stupanja na snagu. Međutim ukoliko bi se sadržaji navedenih odredbi smatrali općim međunarodnim pravom, ne bi postojale zapreke za njihovu primjenu. Tim više što se ovaj statut donosi dugi niz godina, u njegovoj pripremi sudjelovali su eksperti brojnih država i do sada ga je potpisala 121 država.²⁶ Ovaj pristup podrazumijeva da smo suglasni s odredbama Rimskog Statuta, odnosno da vjerujemo da su njegove odredbe o krivnji, neubrojivosti, zabludama dovoljno jasne i precizne te da će stoga i načelo zakonitosti biti u potpunosti poštivano. Ne ulazeći u analizu navedenih odredbi dovoljno je ukazati na neke nedostatke koji ruše ovu pretpostavku. Tako se npr. krivnja definira samo *dolusom* (*intent* i *knowledge* - čl. 30. Rimskog Statuta) iako prema Statutu osobna kaznena odgovornost nadređenog za djela podređenog postoji i u situacijama ako on nije

²⁶ Više o tome v. Bassiouni M. C.: *The History of the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, in *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, br. 11., AIDP/Eres, 1993., str. 1-21.

znao ali je imao razloga znati za zločine podređenog (culpa - čl. 7. Statuta). Isto tako ni Rimski Statut ne sadrži odredbe o smanjenoj ubrojivosti. Što više i kada je neka odredba precizna i jasna kao npr. odredba o isključenju jurisdikcije Suda prema osobama koje u vrijeme počinjenja zločina nisu navršile 18 godina (čl. 26. Rimskog Statuta) teško se složiti s time da se takva odredba može smatrati općim međunarodnim pravom kada je poznato da u većini europskih država (i u svim državama bivše Jugoslavije) kaznena odgovornost počinje s navršених 14 godina.

Drugi pristup rješanju pitanja zakonitosti vodi izmjenama i dopunama postojećih pravnih izvora: Statuta i /ili Pravila. S obzirom na način donošenja Statuta teško je računati s kompliciranim postupkom njegove izmjene.²⁷ Stoga bi pozornost trebalo usredotočiti dopunama Pravila koje u svojim odredbama predviđaju jednostavan način svojih izmjena. Naime pravilom 6.t.A predviđeno je da prijedloge za izmjenu pravila može podnijeti sudac, tužitelj ili tajnik i bit će prihvaćeni ako ih prihvati najmanje sedam sudaca na plenarnoj sjednici Suda (ovaj broj sudaca je ujedno i potreban kvorum za održavanje plenarne sjednice - Pravilo 26.t.A.), odnosno ako se s prijedlogom slože jednoglasno svi suci (t.B. Pravila 6.). Prihvaćene izmjene stupaju na snagu odmah, ali tako da ne ugrožavaju prava okrivljenika protiv kojih je postupak u tijeku (t.C. istog Pravila).

Izmjene odnosno dopune postojećih Pravila odnosile bi se na uvođenje novog 126. pravila po kojem bi se za sva pitanja koja nisu regulirana Statutom i ovim Pravilima primjenjivale odredbe Kaznenog zakona države u kojoj je kazneno djelo počinjeno (*lex loci delicti commissi*), ukoliko nisu u suprotnosti s međunarodnim pravom. Ako su kaznena djela počinjena na teritoriju više država, primijenit će se kazneni zakon one države u kojoj je prema optužnici Suda počinitelj osumnjičen za veći broj kaznenih djela. Ako je i taj broj identičan, primijenit će se kazneni zakon države u kojoj je počinitelj počinio najteže kazneno djelo. Ukoliko su sve okolnosti izjednačene, primijenit će se jedan od kaznenih zakona država u kojima su djela počinjena.²⁸

Ovo inzistiranje na teritorijalnom načelu (inače temeljnom načelu internih kaznenopravnih poredaka suvremenih kaznenih zakonodavstava u pitanju primjene kaznenog zakonodavstva u prostoru) uz ignoriranje ostalih pravnih veza koje neku osobu vezuju uz određenu državu, kao što su državljanstvo, prebivalište ili boravište optuženika, izraz je razmišljanja o općepreventivnom efektu suđenja i kažnjavanja,

²⁷ O načinu osnivanja, legalitetu i legitimitetu Međunarodnog kaznenog suda za područje bivše Jugoslavije v. Krapac, D.: Međunarodni kazneni sud za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije od godine 1991.: pregled glavnih povijesnih, međunarodno-pravnih i kaznenopravnih pitanja, u Međunarodni sud za ratne zločine na području bivše Jugoslavije, Zagreb, 1995. str. 18.-25.

²⁸ Iako ovakva rješenja mogu podsjećati na rješenja iz međunarodnog privatnog prava u kojem točke vezivanja (državljanstvo, nacionalni teritorij, interes države, *lex fori*) određuju područje primjene internog prava na privatnopravne odnose (tzv. kolizijske norme), ne treba ih s njima poistovjećivati jer se ovdje nalaze u potpuno drugoj funkciji osiguravanja primjene supsidijarnog prava, radi popunjavanja pravnih praznina. O odnosu međunarodnog privatnog i međunarodnog kaznenog prava v. Zlatarić, B.: Međunarodno kazneno pravo, Zagreb, 1979., str. 30-31.

i potrebi zadovoljenja vrlo zahtjevnog osjećaja pravednosti kažnjavanja i to osobito, i prije svega, među žrtvama zločina, a što znači na teritoriju gdje je kazneno djelo počinjeno, odnosno gdje je pravni poredak kaznenim djelom bio poremećen. Kao što moralne vrijednosti u društvu utječu na zakonsku regulativu (osobito u pravcu da najteže povrede morala moraju u kaznenim zakonima biti određene kao kaznena djela), tako i kazneni zakoni svojim sadržajima i dosljednom primjenom u dužem vremenskom periodu utječu na stvaranje i razvijanje osjećaja pravednosti kažnjavanja počinitelja djela. Odstupanja od primjene poznatih, očekivanih, zadovoljavajućih rješenja, a do čega može doći zbog primjene pravila koja se bitno razlikuju od zakonske regulative u nekoj državi, mogu dovesti do osjećaja nepravdnosti, odnosno do osjećaja da pravda nije zadovoljena, što u krajnjem slučaju može biti generator novih sukoba. Vjerojatno se upravo to i imalo na umu kada je u odredbi Statuta o kaznama propisano da će sudbeno vijeće pri određivanju uvjeta zatočenja uzeti u obzir opću praksu određivanja zatvorske kazne na sudovima bivše Jugoslavije (čl. 24).

Prema tome, uvođenjem u Pravilnik odredbe o supsidijarnoj primjeni kaznenog zakona države u kojoj je zločin počinjen, za sva pitanja koja nisu regulirana Statutom i Pravilnikom osiguralo bi se načelo zakonitosti (jer zakoni svih država na području bivše Jugoslavije u svom općem djelu definiraju krivnju, razloge koji je umanjuju ili isključuju, ali naravno i sve ostale uvjete kažnjivosti) i ono što je jednako tako važno - osjećaj pravednog kažnjavanja zločinca.

4. Zaključak

Izvan svake sumnje je opredjeljenje današnje međunarodne zajednice da svi počinitelji zločina moraju biti kažnjeni, posebice oni koji su počinili najteže ratne zločine i teške povrede humanitarnog prava. Također je nedvojbeno da je Međunarodni kazneni sud za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije obavezan utvrditi individualnu, osobnu krivnju počinitelja prema normativnim okvirima određenim u Statutu. Navedeni normativni okviri predstavljaju značajan korak u razvitku međunarodnog kaznenog prava i njegove preventivne uloge, ali iznijete rezerve navode na oprezno i obazrivo postupanje. Uvođenje i primjena novih kaznenopravnih instituta, kao npr. zapovjedne odgovornosti, te pitanja pretpostavki za krivnju i razloga za njeno isključenje ili smanjenje moraju biti što precizniji. Ako to nije slučaj zbog velikog oslonca na međunarodno pravo, odnosno na opća načela priznata od civiliziranih naroda i međunarodne običaje kao dokaze opće prakse prihvaćene kao pravo, problemi se mogu pojaviti ako se ta rješenja ne prihvaćaju na isti način u nacionalnim pravima.

Na sreću, razlike u nacionalnim zakonodavstvima civiliziranih država sve su manje, a zločini koji u današnjoj globalizaciji sve više imaju međunarodni karakter, ujedinjuju nas u prihvaćanju sustava mjera protiv njih. Suočeni s izazovom takvih zločina nužno je i mijenjati tradicionalno kazneno pravo, ali i pri tome ostati na općeprihvaćenim temeljnim načelima krivnje, osobne odgovornosti, zakonitosti i zaštite osnovnih ljudskih prava.

Statutom Međunarodnog kaznenog suda za teška kršenja međunarodnog

humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije i Pravilima o postupku i dokazima uspostavljen je tek legislativni "kostur". Da bi "kostur" prerastao u zadovoljavajući normativni akt, nužno je popunjavanje njegovih praznina. Iako je to moguće učiniti na više načina korištenje općeg dijela kaznenog zakona države u kojoj je kazneno djelo počinjeno (*lex loci delicti commissi*), za sva pitanja koja nisu regulirana ni Statutom ni Pravilima, a pod uvjetom da nisu u suprotnosti sa međunarodnim pravom, čini se logičnim rješenjem. Na taj bi se način zadovoljila dva temeljna principa kaznenog prava: princip zakonitosti i princip pravednosti, bez čijeg ostvarenja svaka primjena prava ostaje dvojben.

Literatura

1. **Arsanjani M. H.:** The Rome Statute of the International Criminal Court, The American Journal of International Law, Vol. 93:22, 1999.
2. **Bassiouni M.C.:** The History of the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, in Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, br. 11., AIDP/Eres, 1993.
3. **Bavcon Lj. i dr.:** Međunarodno kazensko pravo, Ljubljana, 1997.
4. **Broomhall B.:** The International Criminal Court: Overview, and Cooperation with States u ICC Ratification and National Implementing Legislation, br. 13, AIDP/Eres, 1999.
5. **Degan V. Đ.:** Međunarodno pravo, PF Rijeka, 2000.
6. **Eser A.:** The Need for a General Part, Commentaries on the International Law Commission's Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, br. 11., AIDP/Eres, 1993.
7. **Etcheberry A.:** The Impact of the Nature and Volume of Crime and Administrative Processes on Criminal Justice Systems: New Trends in Combating Organised Crime, br. 17, AIDP/Eres, 1998.
8. **Fabrizy E.E.:** Austria: The Criminal Justice Systems Facing the Challenge of Organized Crime, Revue internationale de droit pénal, Vol. 68, 1997.
9. **Horvatić Ž., Novoselec P.:** Kazneno pravo, opći dio, 1999.
10. **Krapac D.:** Međunarodni kazneni sud za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije od godine 1991: pregled glavnih povijesnih, međunarodno-pravnih i kaznenopravnih pitanja, u Međunarodni sud za ratne zločine na području bivše Jugoslavije, Zagreb, 1995.
11. **McLean-Morrish:** Harris Criminal Law, 1985.
12. **Mewett-Manning:** Criminal Law, 1985.
13. **Triffterer O.:** Temelji, mogućnosti i granice međunarodnog suda za progon zločina protiv međunarodnog humanitarnog prava u bivšoj Jugoslaviji, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 1, 1994.
14. **Zlatarić B.:** Međunarodno krivično pravo, Zagreb, 1979.
15. **Weigend T.:** The Criminal Justice Systems Facing the Challenge of Organized Crime, Section I, General Part, General Report, Revue internationale de droit pénal, Vol. 68, 1997.
16. **Wise E.:** General Rules of Criminal Law, International Criminal Court: Observations and Issues before the 1997-98 Preparatory Committee; and Administrative and Financial Implications, br. 13., AIDP/Eres, 1997.
17. **Wise E.:** The Structure of the Draft Code, Commentaries on the International Law Commission's Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, br. 11., AIDP/Eres, 1993.

Summary

INDIVIDUAL CRIMINAL RESPONSIBILITY AND GUILT ACCORDING TO THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA

In the working paper authors analyze provisions of the Statute of the International Tribunal and Rules of Procedure and Evidence on individual criminal responsibility and guilt of the committer of a crime. The analysis points at the undoubted fact that the guilt is the basic criminal legal assumption of responsibility and culpability. Having this in mind, it surprises that these basic documents do not contain provisions on guilt (definition, modes) and especially provisions that include reasons upon which the guilt can be excluded or diminished (mental incapacity, diminished mental capacity, mistake of fact, unavoidable mistake of law). Consequently, the principle of legality is questioned. Moreover, it can not be denied that mentioned legal documents have been used as a legal basis for previous, present and will be used for future criminal proceedings. Therefore, we have an obligation to give an answer to the question how to fulfill legal emptiness of the Statute and Rules. The paper contains a few possible solutions and the authors plead for annex of the Statute with the provision upon which the Penal Code of the state where a crime was committed is going to be applied whenever there is no legal rule in the Statute and Rules and if so is not against international law. This solution will not only comply with the principle of legality, furthermore it will be in accordance with the principle of justice.

Key words: *Statute of the International Tribunal, individual criminal responsibility, guilt.*

Zusammenfassung

PERSÖNLICHE VERANTWORTLICHKEIT UND SCHULD NACH DEM STATUT DES INTERNATIONALEN STRAFGERICHTS FÜR SCHWERE VERLETZUNGEN DES INTERNATIONALEN HUMANITÄREN RECHTS AUF DEM GEBIET EXJUGOSLAWIENS

In der Arbeit werden Bestimmungen des Statuts des Internationalen Gerichts und Regeln über Verfahren und Beweise über persönliche Verantwortung und Schuld von Straftätern analysiert. Die Analyse weist auf die unzweifelhafte Tatsache hin, dass Schuld die grundlegende strafrechtliche Voraussetzung für Verantwortung und Strafbarkeit ist. Deshalb ist es verwunderlich, dass diese grundlegenden Dokumente keine Bestimmung der Strafe enthalten (Definition, Formen), ebenso wenig der Gründe, die sie ausschließen oder mildern (Unzurechnungsfähigkeit, verminderte Zurechnungsfähigkeit, Irrtum über das Wesen der Straftat, unvermeidbarer Irrtum über die Widerrechtlichkeit der Tat), wodurch das Prinzip

der Gesetzlichkeit in Frage gestellt wird. Da auf Grund dieser Akte schon geurteilt wurde, geurteilt wird und werden wird, stellt sich die Frage, auf welche Art das legislative "Gerüst" zu ergänzen ist, das durch das Statut über die Regeln bestimmt wird. In der Arbeit werden mehrere Lösungen angeführt, und die Autorinnen setzen sich für die Ergänzung der Regeln durch eine neue Bestimmung über die Anwendung des Strafgesetzes des Staates, in dem die Straftat begangen wurde auf alle Fragen ein, die durch das Statut und die Regeln nicht reguliert werden, soweit sie nicht dem internationalen Recht widersprechen. Auf diese Weise würde Ihrer Meinung nach nicht nur das Prinzip der Gesetzlichkeit sondern auch der Rechtmäßigkeit befriedigt werden.

Schlüsselwörter: *Statut des Internationalen Strafgerichts, persönliche Verantwortung, Schuld.*

Sommario

RESPONSABILITÀ PERSONALE E COLPEVOLEZZA SECONDO LO STATUTO DEL TRIBUNALE INTERNAZIONALE PER IL PERSEGUIMENTO DELLE PERSONE RESPONSABILI DI GRAVI VIOLAZIONI DEL DIRITTO UMANITARIO INTERNAZIONALE COMMESSE NEL TERRITORIO DELL'EX JUGOSLAVIA DAL 1991

Nel lavoro le Autrici analizzano le disposizioni dello Statuto del Tribunale internazionale e le Regole sulla procedura e le prove per la responsabilità personale e la colpevolezza dell'autore di un crimine. L'analisi indica il fatto indiscutibile che la colpevolezza è il fondamento giuridico-penale della responsabilità e della punibilità. Alla luce di ciò è sorprendente che questi documenti basilari non contengano previsioni sulla colpevolezza (definizione, forme) e regole speciali sulle ragioni per le quali la colpevolezza può essere esclusa o diminuita (incapacità mentale, capacità mentale diminuita, errore di fatto, errore di diritto inevitabile). Conseguentemente è messo in discussione il principio di legalità. Inoltre non si può negare che i documenti legali indicati sono stati utilizzati come basi giuridiche per precedenti, presenti e lo saranno utilizzati per futuri procedimenti penali. Perciò è un obbligo fornire una risposta alla questione di come riempire la vacuità giuridica dello Statuto e delle Regole. Nel lavoro sono contenute alcune possibili soluzioni e le Autrici sono per un allegato allo Statuto con la disposizione per la quale il codice penale dello Stato dove è stato commesso un crimine sia applicato quando non esistono disposizioni legali nello Statuto e nelle Regole e non sia contrario al diritto internazionale. Questa soluzione non solo rispetta il principio di legalità, ma soddisfa anche il principio di giustizia.

Parole chiave: *Statuto del Tribunale internazionale, responsabilità personale, colpevolezza.*

NEKA OBILJEŽJA POČINITELJA NASILNIČKIH DELIKATA NA PODRUČJU PRIMORSKO-GORANSKE ŽUPANIJE S OBZIROM NA VRSTU POČINJENOG DJELA*

Dr. sc. Irma Kovčo, docent
Visoka policijska škola, Policijska akademija
MUP RH
Mr. Ivan Katalinić
Načelnik Policijske uprave, Zadar

UDK: 343.91(497.5 Primorsko-
goranska Županija)
Ur.: 30. listopada 2000.
Pr.: 26. studenog 2001.
Stručni članak

Cilj ovog rada predstavlja testiranje postojanja i kvalitete razlika u prostoru obilježja ličnosti i ponašanja počinitelja, aktivnog socio-ekonomskog statusa, modaliteta izvršenja djela i viktimološkog aspekta nasilničkih delikata na području Primorsko-goranske županije s obzirom na vrstu počinjenog kaznenog djela (ubojstvo, silovanje, razbojništvo).

Uzorak ispitanika ovog istraživanja čine one osobe koje su u periodu od 1985. do 1998. godine na području Primorsko-goranske županije počinile kazneno djelo ubojstva, silovanja ili razbojništva, a koje su do prve polovice 1999. godine pravomoćno osuđene radi počinjenih kaznenih djela (N=100).

Diskriminativna analiza je pokazala postojanje statistički značajnih razlika u sva tri promatrana prostora obilježja.

Ključne riječi: *Primorsko-goranska županija, nasilnički delikti, ličnosti i ponašanje počinitelja, socio-ekonomski status, modaliteti izvršenja.*

1. Uvod

Čini se kako je na pragu novog milenija ljudsko društvo postiglo svoj vrhunac: i u pozitivnom i u negativnom smislu. Pozitivni smisao odnosi se na razvoj tehnologije, uspostavljanje novih, brzih i učinkovitijih načina komuniciranja, pronalaženje mnogih lijekova kojima se liječe nekad smrtonosne bolesti, prepoznavanje djece kao

* Rad je dio studije "Sociodemografska i fenomenološka obilježja nasilničkog kriminaliteta na području Primorsko-goranske županije" koja je izrađena zahvaljujući financijskoj podršci Županije Primorsko-goranske.

najvulnerabilnijih članova društva na kojima počiva njegov budući razvoj, brojne akcije koje su usmjerene na pomoć gladnima i siromašnima. Velika su znanja i vještine prikupljene u ovom proteklom tisućljeću čiji je cilj bio unapređenje ljudskog života i njegovo očuvanje kao najvrijednije dobro civilizacije. No, uvijek je kroz povijest postojao jedan dio ljudi koji su ta ista znanja i vještine koristili kako bi sebi priskrbili nešto što im ne pripada ili kako bi nekom nanijeli neku štetu.

Novinski natpisi, i domaći i strani, svakodnevno nas izvještavaju o devijantnim i kriminalnim ponašanjima pojedinaca koja svojom bizarnošću i stupnjem primijenjenog nasilja izazivaju skoro javnu sablazan. Nije stoga čudno da upravo od nasilničkih delikata u javnosti postoji i najveći strah. Sigurnost, kao ideal života u ljudskoj zajednici, znatno dijelu stanovništva postaje sve apstraktniji pojam. Senzibiliziranje javnosti na rastući problem nasilja, poglavito interpersonalnog, uz istovremeno nepostojanje programa kojim bi se stanovništvo informiralo kako se zaštititi od moguće viktimizacije, povećava stupanj nesigurnosti, odnosno straha od viktimizacije.

Generalno govoreći, nasilničko ponašanje ima posebnu društvenu težinu koja proizlazi iz posljedica tih delikata - destrukcije, odnosno nepopravljivih oštećenja žrtve. Zbog izuzetne društvene opasnosti se vrlo često počiniteljima takovih delikata pripisuju obilježja ekstremne agresivnosti, nasilništva, brutalnosti, netolerantnosti i nemogućnosti kontroliranja vlastitog ponašanja. Počinitelje se vrlo često i u medijima predstavlja kao monstrume, kao egzotične ljude koji ne žive među nama. Stvarnost je, međutim, vrlo drugačija. Vrlo često ti nasilnici žive s nama, često i u našim obiteljima. Velika pažnja u proteklom desetljeću pripisuje se nasilničkom ponašanju u obitelji, gdje se kao najfrekventnije žrtve ističu supružnice i djeca. Svjetska praksa, kako policijska tako i sudska, još nije našla primjeren odgovor na taj problem.

Ubojstva spadaju u one delikte koja se vrlo često zapravo događaju u okviru obitelji - uže ili šire. To se ne slaže s uobičajenom predodžbom po kojoj se ubojstva dešavaju primarno izvan obiteljskog kruga. Poremećaj obiteljskih odnosa, alkoholizam nekog od odraslih članova obitelji, psihopatologija nekog od članova obitelji - sve su to mogući generatori nasilničkog ponašanja koje može završiti i fatalnim ishodom - ubojstvom (Golden i sur., 1996; Kovčo, 1997; Volavka i sur., 1992; Jones, 1992).

Silovanje je delikt koji je kod nas neopravdano do sada plijenio vrlo malu pozornost kriminologa i ostalih stručnjaka koji se bave ovim problemom. Uobičajena predodžba o silovanju je ona u kojoj stranac "zaskače" nedužnu žrtvu, uglavnom mladu djevojku provokativnog izgleda, odvlači je u obližnje grmlje, siluje i bježi s mjesta izvršenja. Stvarnost pokazuje da na ovakav obrazac silovanja otpada svega oko 30% svih slučajeva silovanja. Puno su češći slučajevi u kojima se žrtva i počinitelj već od ranije poznaju. Često se također pogrešno shvaća kako bez težih tjelesnih posljedica po žrtvu ne možemo ni govoriti o kaznenom djelu silovanja. To je ujedno i razlog zašto znatan broj žrtvi ostaje neotkriven, odnosno razlog zbog kojeg žrtve i ne žele prijaviti vlastitu viktimizaciju ovim djelom. Konačno, u široj javnosti postoje određeni mitovi, odnosno predodžbe koje su temeljene na nepotpunom poznavanju ovog problema, koje znatno utječu na ponašanje svih onih koji dolaze po službenoj dužnosti u kontakt sa žrtvom silovanja. Obilježja koja se vezuju uz počinitelje silovanja također pripadaju sferi mitova (Griffiths, 1985; Komušar, 1998).

Razbojništvo je kazneno djelo koje, sudeći po novinskim natpisima, u posljednjih nekoliko godina u Hrvatskoj predstavlja poseban problem. Premda razbojništvo na

fenomenološkoj razini izaziva znatnu pozornost, kako široke javnosti tako i državnih tijela koja se s ovim problemom nose, o etiologiji ove pojave, odnosno o određenim obilježjima počinitelja ovakvih delikata još uvijek se relativno malo zna (Šućur, 1995; Dujmović, 1996).

Procjena opsega i strukture kriminaliteta u određenoj državi značajna je jer daje osnovne informacije o određenom području u određenom vremenu. No, u svrhu poduzimanja određenih konkretnih aktivnosti glede suzbijanja određene vrste kriminaliteta na nekom području, puno su praktičnije studije ograničene samo na određeni lokalitet. Premda je svakom od analiziranih kaznenih djela imanentno nasilje koje se nalazi u srži svakog konkretnog kaznenog djela, smatramo nužnim pronalaženje eventualnih razlika između počinitelja ovih nasilničkih delikata ovisno o konkretnom kaznenom djelu. Tako profilirani podaci poslužili bi kao osnova za promišljanje konkretnih strategija u preveniranju ove izuzetno negativne društvene pojave - nasilničkog kriminaliteta.

2. Metodološki okvir istraživanja

2.1. Cilj rada

Cilj ovog rada predstavlja testiranje postojanja i kvalitete razlika u prostoru obilježja ličnosti i ponašanja počinitelja, aktivnog socio-ekonomskog statusa, modaliteta izvršenja djela i viktimološkog aspekta nasilničkih delikata na području Primorsko-goranske županije, obzirom na vrstu počinjenog kaznenog djela (ubojstvo, silovanje, razbojništvo).

2.2. Uzorak ispitanika

Uzorak ispitanika ovog istraživanja čine one osobe koje su u periodu od 1985. do 1998. godine na području Primorsko-goranske županije počinile kazneno djelo ubojstva, silovanja ili razbojništva, a koje su do prve polovice 1999. godine pravomoćno osuđene zbog počinjenih kaznenih djela. Uzorak čini 100 osoba i to 29 počinitelja ubojstva, 29 počinitelja silovanja i 42 počinitelja razbojništva.

2.3. Uzorak varijabli

Varijable koje označavaju osnovna obilježja ličnosti i ponašanja počinitelja jesu sljedeće: Dob počinitelja, Opća inteligencija, Opća educiranost, Emocionalna stabilnost, Ekstraverzija, Dominantnost, Agresivnost, Samokritičnost, Radne navike, Nezrela ličnost, Poremećaj crta ličnosti, Neurotski poremećaji, Psihopatska struktura, Sklonost skitnji, Besposličarenje, Konzumiranje alkohola.

Analizirana su obilježja aktivnog socio-ekonomskog statusa sljedeća: Nacionalnost, Obilježja mjesta prebivališta, S kim počinitelj živi, Bračni status, Razvod, Broj djece, Obrazovanje ispitanika, Zaposlenje, Stambeni status, Kvaliteta stanovanja, Materijalne prilike, Odnosi u sadašnjoj obitelji.

Zajednička obilježja modaliteta izvršenja djela i tijeka kaznenog postupka te viktimološkog aspekta jesu sljedeća: Stadij izvršenja djela, Svojstvo počinitelja u izvršenju delikta, Sudionništvo, Alkoholiziranost u vrijeme izvršenja djela, Kritičnost prema djelu, Dan izvršenja, Doba dana, Obilježja mjesta izvršenja, Spol žrtve, Dob

žrtve, Alkoholiziranost žrtve u vrijeme izvršenja djela, Obilježja mjesta prebivališta žrtve, Priznaje djelo, Svjedočenje suoptuženog, Svjedočenje žrtve, Psihijatrijsko vještačenje, Sudsko-medicinsko vještačenje, Izrečene mjere sigurnosti.

2.4. Način prikupljanja i obrade podataka

Podaci o počiniteljima dobiveni su popunjavanjem anketnog lista konstruiranog za potrebe ovog istraživanja, a uvidom u sudske spise počinitelja.

Podaci su obrađeni u SPSS programu, a za potrebe cilja ovog rada korištena je multivarijantna metoda diskriminativna analiza. Kao kriterijska varijabla poslužila nam je varijabla - vrsta počinjenog djela (ubojstvo, silovanje, razbojništvo). S obzirom da se utvrđuju razlike u 3 seta varijabli, napravljene su 3 diskriminativne analize.

3. Rezultati i diskusija

Prvom diskriminativnom analizom utvrđuju se razlike između počinitelja različitih nasilničkih delikata u prostoru varijabli koje opisuju neka obilježja njihove ličnosti i ponašanja.

Tablica 1. Značajnost diskriminativnih funkcija

funkcija	kar. vrijednost	% varijance	kanonička korelacija	W lambda	χ^2	SS	P
1	1.21	63,48	.74	.27	118,79	30	.0000
2	.70	36,52	.64	.59	47,5	14	.0000

Iz Tablice 1. razvidno je kako su primjenom diskriminativne analize izlučene dvije diskriminativne funkcije koje ovdje pokazuju statističku značajnost. Prva funkcija objašnjava 63,5% zajedničke varijance, što znači da ima veću vrijednost.

Tablica 2. Diskriminativni koeficijenti (X) i korelacije (S) varijabli s diskriminativnom funkcijom

varijabla	X1	S1	X2	S2
DOBISP	.42	.46	-.14	-.00
OPINTI	-.31	.12	.38	-.04
OPEDUCI	.52	.21	-.31	-.25
AFEKTI	-.06	-.02	-.15	.23
EMSTAB	.55	.44	-.05	-.00
EKSTRA	-.16	-.19	.18	.27
DOMINA	.37	.28	.45	.56
AGRESI	-.07	.27	-.11	-.02
SAMKRI	.17	.22	-.65	-.51
RADNAV	-.35	-.18	.38	.29
NEZRLI	-.71	-.25	-.18	-.21
PORCRL	.36	.20	.35	-.02
NEUROP	-.14	-.08	.23	.12
PSIHOP	-.15	-.12	-.28	-.18
KRONBO	.00	.28	.47	.23

U Tablici 2. su navedene vrijednosti diskriminativnih koeficijenata i korelacija analiziranih varijabli s diskriminativnim funkcijama. Tako je razvidno da (prema visini koeficijenta) u kreiranju prvog diskriminativnog faktora najviše sudjeluju sljedeće varijable: nezrela ličnost, emocionalna stabilnost, opća educiranost i dob ispitanika. Kreiranju drugog faktora najviše doprinose varijable samokritičnost, kronična bolest i dominantnost.

Osim vrijednosti koeficijenata, Tablica 2. sadrži i vrijednosti korelacija analiziranih varijabli s diskriminativnom funkcijom. Tako je vidljivo da s prvom diskriminativnom funkcijom, odnosno faktorom, najbolju povezanost pokazuju varijable dob ispitanika i emocionalna stabilnost ispitanika. S drugom diskriminativnom funkcijom, odnosno faktorom, najbolju povezanost pokazuju varijable dominantnost i samokritičnost.

Tablica 3. Centroidi grupa

grupa	F1	F2
ubojstvo	1.47	.64
silovanje	.16	-1.28
razbojništvo	-1.13	.44

Tablica 3. pruža nam podatke o grupnim centroidima i njihovim vrijednostima, odnosno njihovom položaju u latentnom prostoru analiziranih obilježja. Te vrijednosti nam omogućavaju i interpretaciju dobivenih rezultata.

Temeljem podataka u prethodne dvije tablice možemo zaključiti kako najveće razlike na ovoj diskriminativnoj funkciji postoje između počinitelja ubojstva i počinitelja razbojništva, i to na način da su počinitelji ubojstva znatno stariji od počinitelja razbojništva te da su znatno lošije emocionalne stabilnosti. Za razliku od njih, uz počinitelje razbojništva vezuje se mlađa životna dob i veća emocionalna stabilnost. Ovakvi rezultati su sasvim razumljivi ako pođemo od pretpostavke da ubojstvo zapravo znači pokušaj rješavanja određenog konflikta koji zapravo odražava određenu emocionalnu tenziju kod počinitelja, dok predodžba o počinitelju razbojništva i jest takva da podrazumijeva mladog počinitelja emocionalne stabilnosti koja na neki način predstavlja preduvjet za izvršenje ovakve vrste kaznenog djela.

Prema podacima o vrijednostima diskriminativnih koeficijenata i korelacija te grupnih centroida za drugu izlučenu diskriminativnu funkciju može se zaključiti kako najveće razlike na ovoj diskriminativnoj funkciji postoje između počinitelja ubojstva i počinitelja silovanja. Počinitelji ubojstva prema ovim rezultatima pokazuju iznadprosječnu dominantnost te iznadprosječnu samokritičnost. Za razliku od njih, za počinitelje silovanja vezuje se značajno ispodprosječna dominantnost i ispodprosječna samokritičnost.

Može se reći kako rezultati ove diskriminativne funkcije potvrđuju već postojeća saznanja, kako o počiniteljima ubojstva tako i o počiniteljima silovanja. Tako ne čudi podatak po kojem se uz počinitelje ubojstva vezuje iznadprosječna dominantnost. Konačno, sam delikt ubojstva na neki način odražava upravo ovo svojstvo počinitelja. Podaci o ispodprosječnoj dominantnosti počinitelja silovanja također su značajan podatak koji zapravo opovrgava neke od postojećih mitova o počiniteljima silovanja. Također ovaj podatak služi kao potpora postojećim inozemnim klasifikacijama počinitelja silovanja. I podatak o ispodprosječnoj samokritičnosti počinitelja silovanja

također je sukladan s teorijskim saznanjima o počiniteljima ovih delikata.

Drugom diskriminativnom analizom nastojali smo utvrditi postojanje i kvalitetu razlika u prostoru aktivnog socio-ekonomskog statusa s obzirom na kriterij vrste počinjenog kaznenog djela.

Tablica 4. Značajnost diskriminativnih funkcija

funkcija	kar. vrijednost	% varijance	kanonička korelacija	W lambda	χ^2	SS	P
1	.27	53,04	.46	.64	41,10	22	.0080
2	.24	46.96	.44	.81	19,43	10	.0351

Ovom diskriminativnom analizom izlučene su dvije diskriminativne funkcije koje pokazuju statističku značajnost na razini pogreške od 5%.

Tablica 5. Diskriminativni koeficijenti (X) i korelacije (S) varijabli s diskriminativnom funkcijom

varijabla	X1	S1	X2	S2
MJVRIZ	.66	.49	.24	.28
SKIZIZ	-.24	-.24	.23	-.14
BRASTA	-.24	-.16	-.49	-.61
RAZVOD	.41	.32	.06	.20
DJECAB	.13	.14	.28	.52
OBRAZI	.35	.17	.02	.09
ZAPVRI	-.41	-.30	.24	.09
STAMBI	.57	.19	-.28	-.59
KVASTA	.01	.06	.20	-.01
MATPRI	-.15	-.18	-.39	-.16
ODSAOB	-.34	-.33	.48	.55

Prva diskriminativna funkcija objašnjava 23% zajedničke varijance, u njenom kreiranju s najvišim koeficijentima sudjeluju sljedeće varijable: obilježja mjesta prebivališta u vrijeme izvršenja djela, stambene prilike, razvod ispitanika, zaposlenost u vrijeme izvršenja djela.

Najbolje veze s izlučenom diskriminativnom funkcijom pokazuju varijable obilježja mjesta prebivališta u vrijeme izvršenja djela, razvod počinitelja i zaposlenost u vrijeme izvršenja djela.

Druga izlučena diskriminativna funkcija objašnjava nešto manji postotak zajedničke varijante, a u njenu kreiranju s najvišim koeficijentima sudjeluju obilježja bračni status počinitelja, odnosi u sadašnjoj obitelji i materijalne prilike. Najbolju povezanost s ovom diskriminativnom funkcijom pokazuju varijable bračni status počinitelja, stambene prilike, odnosi u sadašnjoj obitelji i broj djece u ostvarenoj obitelji.

Tablica 6. Centroidi grupa

grupa	F1	F2
ubojstvo	-.41	.64
silovanje	.79	.09
razbojništvo	-.26	-.50

Temeljem podataka iz prethodne tablice može se zaključiti kako na prvoj izlučenoj diskriminativnoj funkciji postoje najveće razlike između počinitelja silovanja i počinitelja ubojstva, i to na način da se uz počinitelje silovanja vezuje ruralno prebivalište, oni su znatno češće razvedeni i u vrijeme izvršenja djela su znatno češće zaposleni od počinitelja ubojstva. Za razliku od počinitelja silovanja, za počinitelje ubojstva vezuje se urbanije prebivalište, znatno manji udio razvoda te veća nezaposlenost u vrijeme izvršenja djela.

Podaci koje pruža ova diskriminativna analiza na neki način predstavljaju pomak u dosadašnjim razmišljanjima o ovim kaznenim djelima. Ubojstva su se tradicionalno vezivala uz ruralnija prebivališta, dok se silovanje vezivalo uz sliku nepoznatog počinitelja koji napada mladu djevojku u gradskim područjima.

Podaci dobiveni uz drugu statistički značajnu diskriminativnu funkciju pokazuju postojanje statistički značajnih razlika između počinitelja ubojstva i počinitelja razbojništva. Tako se uz počinitelje ubojstva vezuju sljedeća obilježja: počinitelji ubojstva su znatno češće u braku, njihovo stambeno pitanje adekvatno je riješeno, odnosi u obitelji su vrlo loši te imaju više djece. Uz počinitelje razbojništva vezuju se sljedeća obilježja: znatno češće su od počinitelja ubojstva samci, znatno češće imaju neriješeno stambeno pitanje, odnosi u njihovim obiteljima dobri su, te znatno češće od počinitelja ubojstva nemaju djece.

Ovakovi podaci nam oslikavaju počinitelje ubojstva kao osobe u braku, riješenog stambenog pitanja, no s lošim odnosima u osnovanoj obitelji i s relativno velikim brojem djece. Iz ovakvih podataka, naravno, ne možemo suditi o smjeru poremećaja odnosa u obitelji. Generira li obiteljska atmosfera takve poremećaje u obiteljskim odnosima ili pak neka obilježja ličnosti i ponašanja samog počinitelja, teško je temeljem ovih izoliranih podataka suditi.

Podaci dobiveni za počinitelje razbojništva također se uklapaju u jednu opću predodžbu o takovim počiniteljima. Oni su samci neriješenog stambenog pitanja koji nemaju djece. S obzirom na mlađu životnu dob ovi su podaci razumljivi. Konačno, ekonomska i stambena nesamostalnost je zasigurno jedan od motivacijskih elemenata kod ovih počinitelja.

Trećom diskriminativnom analizom utvrđuje se postojanje i kvaliteta razlika u prostoru obilježja modaliteta izvršenja djela, viktimološkog aspekta i tijeka kaznenog postupka obzirom na vrstu počinjenog kaznenog djela.

Tablica 7. Značajnost diskriminativnih funkcija

funkcija	kar. vrijednost	% varijance	kanonička korelacija	W lambda	χ^2	SS	P
1	3.09	57,66	.87	.07	228,12	38	.0000
2	2.27	42.34	.83	.31	104,20	18	.0000

I ovom diskriminativnom analizom izlučene su dvije statistički značajne diskriminativne funkcije.

Tablica 8. Diskriminativni koeficijenti (X) i korelacije (S) varijabli s diskriminativnom funkcijom

varijabla	X1	S1	X2	S2
POKDOV	.34	-.09	-.21	-.06
POMPIZ	.17	-.05	.03	.06
SAUCES	-.23	-.02	-.28	-.21
ALVRIZ	.19	.09	.21	.22
KDUTDR	-.30	.00	.21	.10
KRITIO	.11	.27	-.01	-.12
DANIZV	-.01	.06	.16	.06
DOBDAN	-.03	-.13	.33	.08
OBMJIZ	.04	.15	-.07	-.01
SPZRTV	.67	.39	-.37	-.28
DOBZRT	.72	.44	-.08	-.18
ALKZRT	.34	-.02	.07	.16
MJEZRT	.29	.14	.24	-.02
PRIZNA	.47	.33	-.18	-.21
TERSUO	-.36	-.08	-.01	-.06
SVJEZR	.30	.11	.77	.55
PSIHVJ	-.21	-.21	-.16	.00
SUMEVJ	-.18	-.16	-.33	-.38
SIGMJE	.16	.09	.43	.27

Prva diskriminativna funkcija objašnjava nešto više od polovice zajedničke varijance a u njezinom kreiranju najznačajnije sudjeluju sljedeće varijable: dob žrtve, spol žrtve, priznanje počinjenja kaznenog djela. Varijable koje pokazuju najveću povezanost s prvim diskriminativnim faktorom jesu: dob žrtve, spol žrtve i priznanje počinjenja djela.

Druga diskriminativna funkcija objašnjava 42% zajedničke varijance i u njezinu kreiranju najznačajniju ulogu imaju sljedeće varijable: svjedočenje žrtve, izrečene mjere sigurnosti, doba dana izvršenja djela i sudsko-medicinsko vještačenje. Najbolju povezanost s drugom izlučenom diskriminativnom funkcijom pokazuju sljedeće varijable: svjedočenje žrtve, sudsko-medicinsko vještačenje i izrečene mjere sigurnosti.

Tablica 9. Centroidi grupa

grupa	F1	F2
ubojstvo	.13	2.32
silovanje	2.41	-1.05
razbojništvo	-1.76	-.87

Podaci o centroidima grupa daju nam oslonac za zaključivanje da na prvoj diskriminativnoj funkciji postoje najveće statistički značajne razlike između počinitelja silovanja i počinitelja razbojništva. Uz počinitelje silovanja se, prema ovim podacima, znatno češće nego uz počinitelje razbojništva, vezuje mlađa žrtva, ženska žrtva i činjenica da počinitelji silovanja znatno češće od počinitelja razbojništva ne priznaju djelo. Analogno tome za počinitelje razbojništva se tako vezuje starija žrtva muškog spola, a počinitelj razbojništva znatno češće od počinitelja silovanja priznaje počinjeno djelo.

Činjenica o ženskoj žrtvi razumljiva je iz same pravne definicije silovanja koja je bila na snazi do 1.01.1998. godine, po kojem se mogla silovati samo ženska osoba. Interesantan je također podatak po kojem se uz počinitelje silovanja vezuje nepriznavanje počinjenog djela. Ovo nepriznavanje izvršenja djela može često odražavati razmišljanje, odnosno stav počinitelja da nije učinio ništa što bi trebalo kazniti. Ovo se često susreće kod počinitelja silovanja u čijoj se strukturi ličnosti zapravo nalaze mnoga vjerovanja, razmišljanja i stavovi kojima se opravdava generalno nasilničko ponašanje prema ženi, a tako i ono koje ima seksualni predznak.

Na drugoj diskriminativnoj funkciji uočavaju se najveće razlike između počinitelja ubojstva i počinitelja silovanja. Tako se uz počinitelje ubojstva vezuju sljedeća obilježja: njih znatno češće od počinitelja silovanja žrtva ne tereti svojim svjedočenjem, znatno češće je nad njima provedeno sudske-medicino vještačenje, a od mjera sigurnosti im se znatno češće nego počiniteljima silovanja izriču mjere obveznog liječenja od alkoholizma i narkomanije i druge mjere sigurnosti.

Analogno tome počinitelje silovanja znatno češće žrtva tereti svojim svjedočenjem, znatno rjeđe je provedeno sudske-medicino vještačenje i znatno rjeđe su im izricane mjere sigurnosti.

Podatak da žrtva ne tereti svojim iskazom počinitelja ubojstva je sasvim razumljiv imamo li na umu da je u najvećem broju slučajeva kazneno djelo ubojstva dovršeno, što znači smrtni ishod za žrtvu, pa automatski i nemogućnost njenog svjedočenja. Isto obilježje logično je i za počinitelje silovanja u kojima žrtva ima krucijalnu ulogu u samom kaznenom postupku i sankcioniranju počinitelja.

4. Zaključak

Međunarodna stručna javnost u posljednjih nekoliko godina usredotočuje svoje aktivnosti na područje prevencije organiziranog transnacionalnog kriminaliteta. Premda se radi o veoma važnom problemu, ne treba zaboravljati (u smislu interesa) niti forme tzv. klasičnog nasilničkog kriminaliteta. Ubojstva, silovanja i razbojništva kaznena su djela koja značajno utječu na stupanj straha od viktimizacije na određenom području. Istraživanja nasilničkih delikata u Hrvatskoj dobivaju osobito značenje ako uzmemo u obzir činjenicu rata u proteklom desetljeću i brojne promjene koje su pratile osamostaljenje Hrvatske. Kriminalitet je dinamična pojava koju značajno oblikuje prostor u kojem se dešava, pa se tako nasilnički kriminalitet u suvremenim analizama vezuje uz povećanu dostupnost oružja, frustriranost pojedinaca zbog nezadovoljenih potreba i brojne druge čimbenike koji su prisutni u Hrvatskoj u posljednjem periodu.

U upravo navedenom kontekstu, a s ciljem razmatranja određenih preventivnih ili kurativnih mogućnosti, analizirano je postojanje i kvaliteta razlika u prostoru obilježja ličnosti i ponašanja počinitelja, aktivnog socio-ekonomskog statusa, modaliteta izvršenja djela i viktimološkog aspekta nasilničkih delikata na području Primorsko-goranske županije s obzirom na vrstu počinjenog delikta (ubojstvo, silovanje, razbojništvo).

Uzorak čini 100 ispitanika muškog spola koji su u periodu od 1985. do 1998. godine na području Primorsko-goranske županije počinili kazneno djelo ubojstva, silovanja ili razbojništva, a koji su do prve polovice 1999. godine pravomoćno osuđeni zbog počinjenih delikata. Rezultati diskriminativnih analiza mogu se sažeti na sljedeći način (u svakoj diskriminativnoj analizi su izlučene dvije statistički značajne diskriminativne funkcije):

1. Obilježja ličnosti i ponašanja ispitanika

Prva diskriminativna funkcija identificira postojanje statistički značajnih razlika između počinitelja ubojstva i počinitelja razbojništva. Počinitelje ubojstva karakterizira starija dob i lošija emocionalna stabilnost. Druga diskriminativna funkcija ukazuje na razlike između počinitelja ubojstva i silovanja. Počinitelje ubojstva tako karakterizira ispodprosječna dominantnost te iznadprosječna samokritičnost.

2. Aktivni socio-ekonomski status

Prva diskriminativna funkcija koja pokazuje veću statističku značajnost ukazuje na razlike između počinitelja silovanja i ubojstva. Uz počinitelje ubojstva se tako češće vezuje urbanije prebivalište, manji udio razvoda te veća nezaposlenost tempore criminis. Druga diskriminativna funkcija svjedoči o postojanju statistički značajnih razlika između počinitelja ubojstva i razbojništva. Počinitelji ubojstva su češće u braku, njihov stambeno pitanje adekvatno je riješeno, odnosi u obitelji su vrlo loši te imaju više djece.

3. Obilježja modaliteta izvršenja djela, viktimološkog aspekta djela i tijeka kaznenog postupka

Prva diskriminativna funkcija ukazuje na postojanje najznačajnijih razlika između počinitelja silovanja i razbojništva. Počinitelji silovanja djelo čine na štetu mlađe ženske osobe i češće ne priznaju djelo.

Druga diskriminativna funkcija svjedoči o postojanju razlika između počinitelja ubojstva i silovanja. Počinitelje silovanja žrtva češće tereti svojim svjedočenjem, nad njima je rjeđe provedeno sudsko-medicinsko vještačenje i rjeđe su im izricane mjere sigurnosti.

Neki od dobivenih rezultata logični su s obzirom na zakonski opis djela (spol žrtve silovanja) i stadij izvršenja djela (manji udio terećenja žrtve pri ubojstvu), a ostali uglavnom potvrđuju postojeće kriminološke spoznaje. Premda je svim analiziranim kaznenim djelima nasilje sadržano u samom zakonskom opisu, motivacija za takvo ponašanje je sasvim različita, a različita su i osobna obilježja počinitelja i sredine u kojoj su realizirali kazneno djelo.

Konačno se može postaviti pitanje praktične vrijednosti dobivenih rezultata. Oni su višestruki. Prvo državno tijelo koje može iskoristiti ove podatke jest policija, na čijim djelatnicima počiva zadaća identifikacije počinitelja. Podaci o osobinama ličnosti i ponašanja koji se vezuju uz počinitelje pojedinih nasilničkih delikata mogu policijskim istražiteljima pomoći u oblikovanju verzija događaja koje će ih najbrže dovesti do

počinitelja te u odabiru odgovarajuće strategije prilikom obavljanja obavijesnog razgovora s presumptivnim počiniteljem.

Nadalje, rezultati ove studije mogu biti korisni sucima u odabiru adekvatne sankcije za konkretnog počinitelja, a u kontekstu individualizacije sankcioniranja.

Konačno, mogu biti od koristi tretmanskom osoblju kaznenih ustanova u smislu odabira učinkovitih tretmanskih strategija u cilju minimiziranja čimbenika koji bi mogli utjecati na recidivizam počinitelja.

Kako je rečeno u uvodnom dijelu rada, cilj je ovakvih studija prevencija ili redukcija nasilničkog kriminaliteta. Jedna od strategija reduciranja nasilničkog kriminaliteta u kontekstu preveniranja recidivizma je svakako individualna procjena rizičnosti svakog počinitelja nasilničkog delikta. Ključne komponente ovakve procjene su prema Kemshall (1999) sljedeće:

- osnovna demografska obilježja počinitelja (dob, spol i prisustvo ključnih prediktora nasilničkog ponašanja);
- povijest nasilničkog ponašanja;
- uvjeti, okolnosti i situacijski "okidači" nasilničkog ponašanja u prošlosti;
- motivacija za nasilničko ponašanje;
- prisutnost ili odsutnost unutarnjih inhibitora i pro ili antisocijalnih vrijednosti;
- postojeći uvjeti, okolnosti i "okidači" nasilničkog ponašanja (radi li se o obrascu ponašanja);
- dostupnost i spremnost za uporabu oružja;
- dostupnost i blizina prethodne ili potencijalne žrtve;
- vrsta socijalne interakcije između počinitelja i potencijalne žrtve (dugotrajni zlostavljački odnos).

Problem predikcije ljudskog ponašanja i činjenica konstantnosti nasilničkog ponašanja u različitim modalitetima u različitim vremenim i društvima stalni je poticaj znanstvenicima i stručnjacima različitih usmjerenja, poglavito kriminolozima. Na tom tragu je i ovaj rad.

Literatura

1. Dujmović, Z. (1996): Neka kriminološka obilježja počinitelja kaznenih djela razbojništva i razbojničkih krađa u relacijama s načinom izvršenja. Disertacija. Fakultet za defektologiju Sveučilišta u Zagrebu.
2. Golden, C.J., Jackson, M.L., Peterson-Rohne, A., Gontkovsky, S.T. (1996): Neuropsychological correlates of violence and aggression: a review of the Clinical literature. *Aggression and Violent Behavior*, Vol. 1, No. 1: 3-27.
3. Griffiths, G.L. (1985): Psychological factors: the overlooked evidence in rape investigations. *FBI law enforcement bulletin*, Vol. 54, No 4: 8-15.
4. Jones, H. (1992): Neuropsychology of violence. *Forensic Reports*, 5: 221-233.
5. Kemshall, H. (1999): The assessment and management of violent offenders. In: Kemshall, H., Pritchard, J. (Eds.): *Good practice in working with violence*. Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia.
6. Komušar, M. (1998): Maloljetni počinitelji silovanja - analiza slučajeva. Diplomski rad. Visoka policijska škola, MUP RH, Zagreb.
7. Kovčo, I. (1997): Razlike u nekim socio-ekonomskim, fenomenološkim i penološkim obilježjima počinitelja kaznenog djela ubojstva različitog spola. Disertacija. Fakultet za defektologiju Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb.
8. Šučur, Z. (1995): Socijalnoekonomski status počinitelja kaznenih djela razbojništva i razbojničke krađe. U: Skupina autora: *Institucionalni penološki tretman počinitelja kaznenih djela*

razbojstva i razbojničkih krađa. Fakultet za defektologiju, Visoka policijska škola MUP-a RH, Zagreb.

9. Volavka, J., Martell, D., Convit, A. (1992): Psychobiology of the violent offender. Journal of forensic Sciences, Vol. 37, No. 1: 237-251.

Summary*

ON SOME CHARACTERISTIC OF VIOLENT CRIMES COMMITTERS IN PRIMORSKO-GORANSKA COUNTY REGARDING THE TYPE OF A COMMITTED ACT

The aim of this paper is to test the existence and quality of differences in areas of personality and behavior of perpetrators, current socio-economic status, modus operandi and victimology features of violent crimes in Primorsko-Goranska County regarding the type of a criminal act committed (homicide, rape, robbery). The sample is composed of persons who committed above mentioned crimes in Primorsko-Goranska County and who were convicted for these crimes up to the first half of 1999 (N= 100). Discriminative analysis showed the existence of statistical significant differences in each analyzed area.

Key words: *Primorsko-Goranska County, violent crimes, perpetrators' personality and behavior, socio-economic status, modus operandi.*

Zusammenfassung

EINIGE MERKMALE VON GEWALTTÄTERN IM BEREICH DER PRIMORSKO - GORANSKA ŽUPANIJA IM HINBLICK AUF DIE ART DER STRAFTAT

Ziel dieser Arbeit ist Bestehen und Qualität von Unterschieden im Bereich der Persönlichkeitsmerkmale und im Verhalten von Tätern zu testen ebenso wie ihren aktiven sozio-ökonomischen Status, die Modalitäten bei der Ausführung der Tat und viktimologische Aspekte von Gewaltdelikten auf dem Gebiet der Primorsko-goranska Županija hinsichtlich der Art der begangenen Straftat (Mord, Vergewaltigung, Raub).

Bei den Befragten handelt es sich um Personen, die in der Zeit von 1985 bis 1998 auf dem Gebiet der Primorsko-goranska Županija die Straftat Mord, Vergewaltigung oder Raub begangen haben und die bis Mitte 1999 rechtskräftig wegen der Straftat verurteilt worden sind (N=100).

* Translated by the Author.

Die diskriminative Analyse hat gezeigt, dass in allen drei betrachteten Bereichen bedeutende statistische Unterschiede bestehen.

Schlüsselwörter: *Primorsko-goranska Županija, Gewaltdelikte, Persönlichkeit und Verhalten des Täters, sozio-ökonomischer Status, Modalitäten der Ausführung.*

Sommario

A PROPOSITO DI ALCUNE CARATTERISTICHE DEGLI AUTORI DI CRIMINI VIOLENTI NELLA CONTEA PRIMORSKO-GORANSKA RISPETTO ALLA TIPOLOGIA DELL'ATTO COMMESO

Lo scopo di questo lavoro è esaminare l'esistenza e la qualità delle differenze nell'area della personalità e del comportamento degli autori, la posizione socio-economica attuale, il *modus operandi* e le caratteristiche vittimologiche relative ai crimini violenti nella Contea Primorsko-Goranska secondo la specie di atto criminale commesso (omicidio, stupro, rapina). Il campione è composto da persone che hanno commesso tali crimini nella Contea Primorsko-Goranska nel periodo dal 1985 al 1998 e che sono state per quelli condannate sino alla prima metà del 1999 (N = 100). L'analisi incrociata mostra l'esistenza di differenze statistiche significative in ciascuna area analizzata.

Parole chiave: *Contea di Primorsko-Goranska, crimini violenti, personalità e comportamento degli autori, posizione socio-economica, modus operandi.*

II. Prikazi (Surveys, Besprechungen, Recensionen)

Vilim Gorenc - Vjekoslav Šmid: Poslovno pravo u turizmu i ugostiteljstvu, Školska knjiga, d.d., Zagreb, 1999., 326 str.

Sveučilišni udžbenik prof. dr. Vilima Gorenc i prof. dr. Vjekoslava Šmida "Poslovno pravo u turizmu i ugostiteljstvu" pojavljuje se u našoj pravnoj literaturi 14 godina nakon objavljivanja udžbenika prof. dr. Vilima Gorenc "Poslovno pravo u turizmu". Budući da su u tom razdoblju nastupile značajne promjene u gospodarstvenom i u pravnom životu Hrvatske, to se u velikoj mjeri odrazilo i u materiji turističkog prava, kako u statusnom tako i u pravno-poslovnom segmentu. Ovaj rad predstavlja iznimno uspio pokušaj da se svi najznačajniji pravni i gospodarski aspekti turističke i ugostiteljske djelatnosti obrade na jednom mjestu i da se time popuni praznina koja postoji u ovom području. Izuzetan napor autora da u svojoj knjizi obuhvate sve pravne probleme koji se mogu pojaviti u funkcioniranju turizma kao gospodarske grane od preponderantnog značenja za Hrvatsku u ovom trenutku, vidljiv je i iz pregleda njenog sadržaja. Udžbenik je naime podijeljen u tri velike cjeline posvećene različitim pravnim aspektima ove djelatnosti: turističkim ugovorima, instrumentima plaćanja i legitimacijskim papirima u turizmu te trgovačkim društvima kao glavnim nositeljima turističkog gospodarstva.

Prvi dio knjige obuhvaća sve najznačajnije ugovore koji u poslovnoj praksi nastaju u obavljanju turističke i ugostiteljske djelatnosti, što znači ne samo turističke ugovore u užem smislu koji nastaju između tri grupe subjekata, a to su davatelji usluga, izravni korisnici

usluga i putničke agencije, nego i one ugovore koji su na određeni način vezani uz pružanje turističkih usluga iako ne pripadaju klasičnom pojmu turističkih ugovora.

U prvom potpoglavlju ovog dijela rada obrađeni su ugovori koji nastaju između davatelja i korisnika usluga, pa je tako posebno obrađen ugovor o hotelskim uslugama koji nije reguliran u Zakonu o obveznim odnosima, već je njegova regulativa prepuštena Posebnim uzancama u ugostiteljstvu i poslovnoj praksi. To je temeljni ugovor turističkog prava jer regulira odnos davaoca usluga smještaja i akcesornih usluga i gosta. Autori se detaljno bave specifičnostima u zaključivanju ovog ugovora koji nastaje uglavnom između odsutnih osoba, tako da se u tom kontekstu javljaju brojna sporna pitanja koja su od velikog značenja u praksi. Prikaz prava i obveza ugovaratelja postavlja strukturu ugovora u svim specifičnim situacijama u kojima se ovaj ugovor pojavljuje, a posebno su interesantne analize različitih načina prestanka ovog ugovora. U ovom dijelu prvog poglavlja mjesto je rezervirano i za analizu ugovora o uslugama prehrane i točenja pića koji, iako jedan od starijih ugovora, u današnje vrijeme doživljava neslućeni gospodarski razvoj zbog izuzetnog povećanja opsega njegova korištenja kao i pojave velikog broja različitih modaliteta pružanja ovakvih usluga. No, interesantno je da ovakav razvoj ne prati i adekvatna pravna regulativa, budući da se ove usluge veoma često u zakonodavstvu i u sudskoj

praksi podvode pod širi pojam ugovora o ugostiteljskim uslugama, što svakako nameće pitanje o pravnoj prirodi ugovora. Autor na ovom mjestu daje opsežni uporednopravni prikaz različitih gledišta, te se opredjeljuje, na temelju analize osnovnih obveza iz ugovora, za njegovu mješovitu pravnu prirodu.

U okviru ovog ugovora razrađeno je, uz bogat pregled uporednopravnog zakonodavstva i sudske prakse, i pitanje odgovornosti ugostitelja za osobu gosta, kao i pitanje odgovornosti za stvari gosta. Neki od problema postavljeni u okviru proučavanja ovog ugovora dalje se razrađuju u razmatranjima o ugovoru o ugostiteljskoj ostavi kao imenovanom ugovoru reguliranom u Zakonu o obveznim odnosima. Tu se posebni naglasak stavlja na razlikovanje odgovornosti ugostitelja za stvari koje je gost unio u ugostiteljski objekt od odgovornosti za stvari predane na čuvanje, te na vrstu odgovornosti ugostitelja, odnosno njeno isključenje.

Veoma je interesantno i za našu pravnu i poslovnu praksu značajno razmatranje koje se odnosi na ugovor o uslugama kampiranja, budući da se radi o problematici koja je kod nas do sada veoma slabo ili nikako obrađivana. Novi zakon ju je uvrstio u svoju regulativu, ali samo u osnovnim naznakama, dok je sve ostalo prepušteno ugovornoj slobodi i poslovnim običajima u ovoj grani turizma, tako da tek Posebne uzance unose u ovu materiju više jasnoće.

Što se tiče pravne prirode ugovora, usporedba sa sličnim ugovorima ukazuje da se ipak radi o mješovitom ugovoru *sui generis* koji okuplja različite elemente nekih drugih imenovanih ugovora, što jasno proizlazi iz pomne raščlambe načina njegovog sklapanja i međusobnih obveza stranaka. I ugovor o smještaju u turističkim apartmanima

zakon propušta posebno regulirati, ali je ta praznina u velikoj mjeri popunjena odredbama Posebnih uzanci. Po pravnoj prirodi i ovo je mješoviti ugovor na kojega se primjenjuju odgovarajuće zakonske odredbe koje reguliraju materiju ugovora čije elemente sadrži. To veoma jasno proizlazi i iz pregleda dosadašnje prakse i vladajućih stavova u uporednom pravu.

Drugi dio prvog poglavlja knjige posvećen je ugovorima između putničkih agencija i izravnog korisnika turističkih usluga. Razmatrajući ugovor o organiziranju putovanja, koji ima veoma složenu prirodu, autor se detaljno bavi poviješću ovog ugovora kako bi kroz njegov nastanak ilustrirao važnost čvršćeg pravnog reguliranja, što je prihvaćeno i u našem pravu posebnim odredbama Zakona o obveznim odnosima. Posebnost koja određuje prirodu ovog ugovora je njegov predmet koji se u pravnoj teoriji veoma različito definira, a autor upozorava i na moguća tumačenja predmeta prema tekstu našeg zakona, te predlaže najfleksibilnije i za praksu najpovoljnije rješenje.

Za poslovnu praksu turizma je od iznimne vrijednosti razmatranje o specifičnostima koje prate postupak sklapanja ovog ugovora, a posebno analiza tzv. "potvrde o putovanju", njenih pravnih učinaka i sadržaja. Jednako tako detaljno su razrađene obveze i ovlasti obje strane u ugovoru, kao i međusobna odgovornost za sve povrede ugovora. Posebna je vrijednost ovog rada što omogućava jasno razgraničenje između ugovora koji imaju neke zajedničke temeljne karakteristike, a to se posebno jasno uočava upravo u komparaciji ugovora o organiziranju putovanja i posredničkog ugovora o putovanju kao ugovora kojim se putnička agencija obvezuje za određenu cijenu u ime i za račun putnika pribaviti mu bilo

organizirano putovanje bilo jednu ili više usluga u svezi s organiziranjem putovanja. Obrađujući i neke modifikacije ovog ugovora koje se javljaju u turističkoj praksi, autor, utemeljen u ozbiljnoj komparativnoj analizi, definira njegovu pravnu prirodu i rješava pravno teorijske dileme vezane za prirodu zastupanja kod ovog ugovora te pruža za praksu dragocjene raščlambe svih obveza stranaka i njihove odgovornosti.

Treći dio prvog poglavlja bavi se analizom ugovora između putničke agencije i davatelja usluga, pa obrađuje agencijski ugovor o hotelskim uslugama kojim se ugostitelj obvezuje naručiocu da će njegovom klijentu pružiti usluge smještaja i sve pripadajuće usluge te isplatiti ugovorenu proviziju. S obzirom da Posebne uzance razlikuju podtipove ovog ugovora, vezano za činjenicu da li se usluge pružaju inividualnom gostu ili skupini gostiju, i autori su materiju ovog ugovora analizirali prema toj podjeli.

Jednaka pozornost posvećena je i ugovoru o alotmanu ili o angažiranju ugostiteljskih kapaciteta kojim se ugostitelj obvezuje tijekom određenog vremena staviti putničkoj agenciji na raspolaganje dio svojih kapaciteta i platiti joj određenu proviziju, a agencija se obvezuje nastojati popuniti kapacitete ili obavijestiti ugostitelja da to ne može učiniti te platiti ugostitelju cijenu pruženih usluga. Budući da se radi o tehnički veoma složenom ugovoru s brojnim međusobnim obvezama i odgovornostima, detaljna razrada svih aspekata ovog ugovora, onakako kako ih regulira zakon i Posebne uzance, sigurno je od izuzetnog značenja za njegovo bolje funkcioniranje u praksi.

U istoj skupini ugovora obrađen je i ugovor o zakupu ugostiteljskog objekta kojim se ugostitelj obvezuje putničkoj agenciji uz naknadu prepustiti na uporabu

određeni ugostiteljski objekt s osobljem. Specifičnost ovog ugovora, koja ga razlikuje od klasičnog zakupa, jest činjenica što se ne iznajmljuje samo objekt nego i cjelokupni inventar, oprema i osoblje, što ovaj ugovor čini posebnim neimenovanim ugovorom koji živi u praksi, iako ga zakon još ne regulira.

Da bi prikaz ugovornog prava turizma bio potpun, svakako je u ovo djelo trebalo uključiti i analizu ugovora između turističkih i drugih subjekata koji služe boljem ostvarenju temeljne usluge. U tom kontekstu posebno je pozornost usmjerena na ugovor o prijevozu osoba koji je sastavni dio velikog broja ugovora vezanih za turistički promet ili je u najmanju ruku nužan preduvjet pružanja turističke usluge. Jednako tako, institut osiguranja služi boljem pružanju ugostiteljskih usluga i stoga je poznavanje temeljnih odrednica ovog pravnog i ekonomskog odnosa potrebno za svakog tko proučava ili primjenjuje turističko pravo. U novije vrijeme u turističkoj privredi pojavljuje se i primjena ugovora o franchisingu i timesharingu, koji svojim posebnim pogodnostima služe boljem obavljanju i proširivanju temeljnih turističkih djelatnosti.

Drugi dio rada bavi se analizom svih relevantnih instrumenata plaćanja i legitimacijskih papira u turizmu, kao što su ček, uputnica, kreditno pismo, putnički ček, euroček, a posebno je vrijedno razmatranje pravne prirode i funkcioniranja kreditnih kartica čije značenje u turističkom poslovanju i kod nas nezaustavljivo raste. Analiza pravnih odnosa koji nastaju povodom korištenja kreditnih kartica umnogome će doprinijeti boljem razumijevanju i uklanjanju mogućih sporova vezanih za ovaj način plaćanja. Isto tako, vrijedno je pažnje i razmatranje vezano za pravnu narav i funkcioniranje vouchera kao specifičnog

instrumenta turističkog prava.

U trećem dijelu knjige autori se bave statusnom problematikom turističkog poslovanja prema postojećem zakonodavstvu u Hrvatskoj, te posebno pažnju usmjeravaju na pojedine oblike trgovačkih društava kao jednog od mogućih subjekata turističkog poslovanja. Nakon kratkog pregleda općih zakonskih odredbi koje se odnose na sva trgovačka društva, pomno se analiziraju struktura i djelovanje javnog trgovačkog društva, komanditnog društva, gospodarskog interesnog udruženja, dioničkog društva i društva s ograničenom odgovornošću. Svako od ovih potpoglavlja donosi veoma pregledan prikaz pravnih odnosa koji nastaju među članovima društva u upravljanju društvom, sudjelovanju u dobiti i odgovornosti, kao i nekih specifičnosti svakog od navedenih oblika. S obzirom da je funkcioniranje trgovačkih društava u svim njihovim raznovrsnim pojavnim oblicima ipak relativna novost u našem pravu turizma, ovaj dio knjige predstavlja posebno vrijedan doprinos autora boljem funkcioniranju turističkog gospodarstva.

Već ovaj veoma sumaran prikaz sadržaja knjige jasno ilustrira da je riječ o djelu iznimne ozbiljnosti i znanstvene akribije, koje na jednom mjestu obrađuje gotovo sva najznačajnija pitanja turističkog prava. I za znanstvenu javnost i za poslovne subjekte od velikog je značenja sistematična obrada svih formalnih izvora prava turizma. To svakako nije bio lak zadatak s obzirom na brojnost relevantnih propisa i složenost njihovih interakcija, a treba naglasiti i posebno kritičan odnos autora prema nekim propisima na snazi i vrijednost ponuđenih rješenja problema koje oni u praksi mogu izazivati. Od ne manjeg značenja je i komparativnopravni pristup gotovo svakom pravnom problemu kojim se

djelo bavi, što pruža ne samo bolju ilustraciju domaćih propisa, nego ujedno omogućava njihovo uspješnije tumačenje i primjenu u poslovnoj praksi. I priloženi popis brojne domaće i strane literature kojom su se autori služili služi istom cilju, a ujedno svjedoči o znanstvenoj ozbiljnosti i širokoj uporednopravnoj utemeljenosti knjige koja je pred nama.

Djelo je, naravno, prvenstveno namijenjeno studentima ekonomskih i pravnih fakulteta, kao i studentima poslijediplomskih studija, ali širinom tematike koju obrađuje može veoma uspješno zadovoljiti i potrebe nekih nastavnih kolegija na drugim, srodnim studijima. Pored ove didaktičke uloge koja je očito diktirala koncepciju djela i način obrade materije, knjiga prof. Gorenca i prof. Šmida nesumnjivo može poslužiti svima koji se u praksi bave turističkom djelatnošću kao rijetko pregledna analiza instituta turističkog prava. Tome uvelike doprinosi veoma jasan stil i jezik djela te vidljivo nastojanje autora da daju pregledne i širem auditoriju razumljive definicije i objašnjenja svih pravnih instituta i njihovih sastavnih elemenata, a snalaženje u ovoj ipak veoma složenoj materiji uvelike im je olakšano uvrštavanjem kvalitetno obrađenog stvarnog kazala. Praktičaru će biti od neprocjenjive vrijednosti i iznimno uspio napor autora da jasno povuku razdjelnicu između brojnih srodnih pojmova i sličnih pravnih kategorija i tako uklone dvojbe i pogreške koje prate primjenu takvih pravila. Zbog svega ovog djelo prof. Gorenca i prof. Šmida možemo samo toplo preporučiti kao više no dobrodošao prilog ne samo pravnoj znanosti trgovačkog i posebno turističkog prava, nego i kao neobično vrijedan vodič poslovnoj praksi turizma.

Silvija Petrić

**Marko Pavliha: Prevozno pravo,
Gospodarski vestnik, Ljubljana, 2000., 351 str.**

Prof. dr. Marko Pavliha, poznat je i priznat stručnjak i znanstvenik u hrvatskoj akademskoj javnosti. Rođen je 15. prosinca 1962. godine u Ljubljani. Još u studentskim danima kao iznadprosječan student za svoj uspjeh dobio je nagradu ljubljanskog Pravnog fakulteta, gdje je diplomirao 1986. godine. Blistavi tempo studija nastavio je na poslijediplomskom studiju prava mora Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu. Pod mentorstvom vodećeg hrvatskog stručnjaka na području pomorskog prava prof. dr. sc. Ive Grabovca, magistrirao je 1989. godine s temom *Pravno varstvo mora*, a tu je temu predstavio javnosti u svojoj prvoj knjizi pod istim naslovom. Kao stipendist kanadske vlade doktorirao je na McGill University, Faculty of Law u Montrealu 1992. godine. Njegov je mentor bio poznati profesor William Tetley, a doktorska disertacija objavljena u obliku knjige 1993. godine *Implied terms of voyage charters*¹ doživjela je međunarodni uspjeh. Godine 1996. prof. Pavliha predstavio se čitateljima svojom novom izvršnom knjigom pod naslovom *Zbirka slovenskih zavarovalnih predpiso*.² Kao vrlo plodan autor (objavio je više od 160 znanstvenih i stručnih članaka) sredinom 1999. godine izabran

je u zvanje izvanrednog profesora za prometno pravo i pravo osiguranja te je danas predstojnik katedre za pomorsko i prometno pravo Fakulteta za pomorstvo i promet ljubljanskog sveučilišta, a u okviru istog sveučilišta predaje na Pravnom i Ekonomskom fakultetu. Gostujući je profesor na IMO International Maritime Law Institute na Malti i na University of Malta, Faculty of Law.

Nova knjiga Marka Pavlihe pod naslovom *Prevozno pravo (pogodbe o prevozu tovora, potnikov in prtljage)* objavljena je 2000. godine u izdanju Gospodarskog vestnika u Ljubljani. Opseg joj je 351 stranica i podijeljena je u 7 glavnih poglavlja.

Prvo poglavlje (str. 31-58) *Temeljne značajke prijevoznog prava* govori nam o sadržaju prijevoznog prava, unifikaciji prava, unifikaciji prijevoznog prava, unifikaciji prijevoznog prava unutar Europske unije te o budućnosti prijevoznog prava.

Drugo poglavlje (*Općenito o prijevoznom pravu*, str. 59-88) opisuje nam općenite značajke prijevoznog ugovora, pravne izvore, vrste prijevoznog ugovora, ugovor o prijevozu stvari i ugovor o prijevozu putnika.

Treće poglavlje (str. 89-166) posvećeno je *Pomorskom prijevozu*. Nakon objašnjenja pojma i izvora pomorskog prava autor analizira vrste ugovora o iskorištavanju brodova, međunarodne pomorske prijevozne konvencije, ugovore o prijevozu stvari, prijevoz putnika i prtljage, tegljenje i potiskivanje, druge plovidbene poslove, prijevoz s više prijevoznika, zakup lađe i sukob zakona.

¹ Prikaz knjige vidi u časopisu *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1, 1993., str. 363.

² Prikaz knjige vidi u časopisu *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 3-4, 1997., str. 437-438.

Zračni prijevoz (str. 167-224) tema je četvrtog poglavlja gdje se kao posebne jedinice izdvajaju pojam i izvori zračnog prava, napomene o nekim međunarodnim sporazumima, vrste prijevoznih ugovora, ugovori o prijevozu putnika i prtljage, ugovori o prijevozu stvari, prijevoz s više prijevoznika, ugovor o zakupu zrakoplova, ugovor o obavljanju drugih komercijalnih djelatnosti, prihvati i otprema putnika, prtljage i stvari te kolizija zakona.

Peto poglavlje (*Željeznički prijevoz*, str. 225-258) prikaz je navažnijih pitanja u željezničkoj grani prometa (pojam i izvori željezničkog prava, Konvencija COTIF, općenito o prijevoznim ugovorima, prijevoz putnika, prijevoz registrirane prtljage, prijevoz stvari, kombinirani prijevoz, prihvaćanje, odštete i reklamacije, zastara zahtjeva i kolizija zakona).

Šesto poglavlje (*Cestovni prijevoz*, str. 259-284) sadržajno obuhvaća iste naslove kao i prethodno, pa se u okviru cestovnog prijevoza ističu pojam i izvori cestovnog prava, međunarodne prijevozne konvencije, općenito o prijevoznim ugovorima, prijevoz putnika, prijevoz prtljage, prijevoz stvari, prijevoz s više prijevoznika, reklamacije, zastara i kolizija zakona.

Sedmo poglavlje kao zadnje u logičnom slijedu izložene materije ima naslov *Multimodalni prijevozi* (str. 285-302), a tu se raščlanjuju pojmovi multimodalnog prijevoza stvari, slovenski propisi i međunarodne konvencije, Konvencija UN o međunarodnom multi-

modalnom prijevozu stvari, Pravila UNCTAD i ICC, tipske prijevozne isprave te sukob zakona.

Nakon zadnjeg poglavlja slijede različiti popisi. U pitanju su popisi najvažnijih prijevoznih i srodnih propisa Europske unije (str. 303-307), međunarodnih sporazuma na snazi u Sloveniji (str. 308-324) te slovenskih propisa (str. 325-326). Knjiga završava popisom bogate literature, uporabljene i preporučljive (str. 327-344) i stvarnim kazalom (str. 345-351).

Naglasimo samo neke bitne spoznaje i značajke ove knjige. Prijevozno pravo je po svojoj prirodi međunarodno, a pomorsko prijevozno pravo razvilo se puno prije od kopnenog prijevoznog prava. Stoga su mnogi instituti slični, ali uočljive su specifičnosti svake grane prometa, posebno pomorskog prijevoza. Trebalo je mnogo truda i znanja da bi se usporedili slovenski i međunarodni propisi u različitim granama prometa. Prof. dr. Marko Pavliha uspio je u tome, jer je kao dostojni nasljednik svima dobro poznatog prof. dr. Stojana Cigoja, napisao odličan repetitorij međunarodnog i slovenskog prometnog prava. Jasnoća, preglednost i dobra didaktika autora ukazuju nam da njegova knjiga *Prevozno pravo (pogodbe o prevozu tovara, putnikov in prtljage)* nije samo obogatila slovensku pravnu doktrinu, već je kao izvrsno sistematično djelo dobro došla svakom teoretičaru i praktičaru prometnog prava.

Dragan Bolanča

**Marko Pavliha: Zavarovalno pravo,
Gospodarski vestnik, Ljubljana, 2000., 371 str.**

Prof. dr. Marko Pavliha vrlo je plodan autor, objavio je više od 160 znanstvenih i stručnih članaka. Izvanredni je profesor za prometno pravo i pravo osiguranja te predstojnik Katedre za pomorsko i prometno pravo Fakulteta za pomorstvo i promet Ljubljanskog sveučilišta, a u okviru istog sveučilišta predaje na Pravnom i Ekonomskom fakultetu. Gostujući je profesor na IMO International Maritime Law Institute na Malti i na University of Malta, Faculty of Law. Savjetnik je Uprave Pozavarovalnice Sava d.d. Ljubljana, titularni član Međunarodnog pomorskog odbora (CMI), Kanadskog udruženja za pomorsko pravo (CMLA), Kanadskog udruženja pomorskih arbitara (AMAC), predsjednik Društva za pomorsko pravo Slovenije i član Hrvatskog društva za pomorsko pravo. Slovenski je korespondent revije *European Transport Law* (Antwerpen) i *International Journal of Insurance Law* (London).

Sve nam ove nabrojene značajke ukazuju na dvije bitne činjenice u radu kolege Pavlihe: u pitanju je cijenjeni stručnjak i znanstvenik (pomorskog prava i prava osiguranja), a njegovo veliko znanje na tragu je poznatog načela da je teorija bez prakse samo slijepa ulica. Samo je jednom vrsnom znalcu kao njemu bilo moguće u jednoj godini objaviti dvije izvrsne knjige. Naime, knjiga Marka Pavlihe pod naslovom *Prevozno pravo (pogodbe o prevozu tovara, putnika i prtljage)*¹ objavljena je u prvoj polovici 2000. godine u izdanju Gospodarskog vestnika u Ljubljani, dok

je u drugoj polovici 2000. isti izdavač tiskao novu knjigu prof. Pavlihe *Zavarovalno pravo*.

Opseg knjige iznosi 371 stranicu, a podijeljena je u sedam glavnih poglavlja.

Prvo poglavlje (str. 37-74) *O pravu osiguranja* govori nam o definiciji, opsegu i značaju tog prava, razvoju instituta osiguranja i prava osiguranja, izvorima slovenskog prava osiguranja i njegovom uključivanju u Europsku uniju te o smjernicama OECD (1997.) za države u tranziciji.

Drugo poglavlje (*Zakonsko pravo osiguranja*, str. 75-148) opisuje nam temeljne institute u osiguranju kao što su vrste osiguranja, izvođači poslova osiguranja, zastupnici i posrednici osiguranja, naknada štete, poslovne knjige, unutarnja revizija, čuvanje povjerljivih podataka, državni nadzor osiguratelja.

Treće poglavlje (str. 149-205) posvećeno je *Pravnom uređivanju ugovora o osiguranju*, a u njemu se objašnjavaju temeljna načela obveznog prava primjenjiva na taj ugovor, zajednička pravila za imovinska i osobna osiguranja, imovinska osiguranja, osobna osiguranja te sukob zakona.

Obvezna osiguranja (str. 207-250) tema je četvrtog poglavlja, gdje se kao posebne jedinice izdvajaju pojam i izvori, vrste obveznih (individualnih) osiguranja, osiguranja profesionalne odgovornosti,

¹ Prikaz knjige vidi u časopisu Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 3-4, 2000., str. 439-440.

osiguranje za zdravlje i medicinsku pomoć, osiguranje organizatora putovanja, ekološka osiguranja, te obvezna životna osiguranja uključujući i nezgodu.

Peto poglavlje (*Pomorska osiguranja*, str. 225 - 258) prikaz je navažnijih pitanja u okviru pomorskog osiguranja kao oblika transportnog osiguranja. Autor analizira klasične institute tog osiguranja kao što su pojam i vrste, osiguranje broda, osiguranje tereta, osiguranje odgovornosti, osiguranje vozarine i drugih interesa te koliziju zakona.

Šesto poglavlje (*Zračna osiguranja*, str. 293-315) sadržajno obuhvaća najznačajnije probleme ove vrste transportnog osiguranja, a to su značajke posebnih vrsta u okviru tog osiguranja (osiguranje kaska, odgovornosti...), svemirska osiguranja i kolizija zakona.

U sedmom poglavlju izložena je materija *Ugovora o reosiguranju* (str. 317-339), a tu se raščlanjuju pojmovi, oblici i načini tog osiguranja, kao i njegovi izvori (slovenski i oni Europske unije), pravna narav ugovora, te bitne obveze reosiguratelja i reosiguranika.

Nakon zadnjeg poglavlja slijede različiti popisi. U pitanju su popisi najvažnijih propisa osiguranja i srodnih propisa Europske unije (str. 343-344) te slovenskih propisa u istoj materiji (str. 345-348). Knjiga završava popisom bogate literature, uporabljene i preporučljive (str. 349-363), i stvarnim kazalom (str. 365-371).

U čemu je veliko značenje knjige prof. dr. Marka Pavlihe *Zavarovalno*

pravo? U predgovoru knjige prof. dr. Šime Ivanjko ističe da se autor tek prije nekoliko godina pojavio u slovenskom osiguranju kao *enfant terrible*, ali da je svojom knjigom bitno doprinio razvoju slovenskog osiguranja. Razlog tome leži u činjenici što ekonomsku moć slovenskog osiguranja nije pratio dostojni znanstveni razvoj te struke. Kolega Pavliha je iznimnim individualnim trudom (proizašlim iz zaljubljenosti u pravo osiguranja) napisao na pregledan i sustavan način pravno uređenje slovenskog osiguranja kao posebne gospodarske djelatnosti. Složena materija predstavljena je jasnim jezikom, čime je dostupnost knjige omogućena studentima dodiplomskih i poslije-diplomskih studija ekonomske, pravne i prometne naravi. Ali, ta je knjiga bogat izvor spoznaja za svakog praktičara i znanstvenika prava osiguranja. Dok se slovenska pravna znanost ima čime podičiti, nažalost u Republici Hrvatskoj još uvijek nema sličnog djela, premda je novi hrvatski Zakon o osiguranju donesen još 1994. godine. Time se u hrvatskim pravnim krugovima još više ističe nesumnjiva vrijednost knjige *Zavarovalno pravo*.²

Dragan Bolanča

² U uvodnom dijelu autor moli od svojih čitatelja da mu svoje kritičke primjedbe upute na adresu Sv. Peter 65 a 6333 Sečovlje, e-mail: marko.pavliha. @ guest.arnes.si

Opći porezni zakon - prikaz temeljnih instituta

Uvodne napomene

S nestrpljenjem smo očekivali izmjene u hrvatskom poreznom pravu. Početkom 2001. godine one su se i dogodile. Naime, od 1. siječnja 2001. godine stupilo je na snagu nekoliko novih zakonskih propisa iz područja poreznoga prava. Naravno, najveća je novost stupanje na snagu (28. prosinca 2000.) i početak primjene već dugo najavljivanog Općeg poreznog zakona (Narodne novine, br. 127/00. i 86/01.; dalje u tekstu: OPZ).

OPZ u primjeni je od 1. siječnja 2001. godine. Riječ je o najznačajnijem propisu u poreznom pravu naše zemlje. OPZ predstavlja zajedničku osnovu svih poreznih propisa i sadrži odredbe kojih u posebnim zakonima, koji se odnose na pojedine porezne oblike, nema. Budući da OPZ svojim sadržajem, predstavlja zajedničku osnovu cjelokupnog poreznog sustava, uređenog nizom posebnih zakona, bilo je potrebno da uz pravila kojima se uređuju pitanja porezno-pravnih odnosa (porezno-dužnički, porezno-postupovni odnos) sadrži i načela iz kojih ne samo da generiraju zakonske odredbe OPZ-a, već predstavljaju pravnu osnovu i cilj kompletiranja cjelokupnog poreznog sustava donošenjem brojnih posebnih poreznih zakona.

Države Europske Unije takve zakone odavno imaju, a određuju ga najznačajnijim zakonom poreznog prava. To je u Njemačkoj "Abgabebordnung", Austriji "Bundesabgabebordnung", Sloveniji "Zakon o

davčbem postopku".

Sam naziv ovog zakonskog teksta govori o njegovoj ulozi i značaju kao temeljnom poreznom propisu u poreznom sustavu naše zemlje, koji se primjenjuje na sve porezne obveznike, neovisno o vrsti dohotka, tj. dobitka koji ostvaruju, te neovisno o načinu njihova oporezivanja. OPZ sadrži temeljne postupovne odredbe u pogledu utvrđivanja i naplate poreza, prava na žalbu i žalbenog postupka, tijeka zastare, prekršajnog i ovršnog postupka. Stoga te odredbe više ne sadrže zakonski tekstovi kojima se uređuje oporezivanje pojedinim vrstama poreza.

Samim naslovima pojedinih odjeljaka iz sadržaja OPZ-a pružen je već dovoljan i informativni uvid u sadržaj zakona i bez detaljnog prikazivanja: *TEMELJNE ODREDBE; NAČELA OPOREZIVANJA; POREZNO-PRAVNI ODNOS; POREZNO-DUŽNIČKI ODNOS; opće odredbe, odredbe o odgovornosti, gospodarstvena cjelina, gospodarstveno dobro i njihova procjena, mjesna određenost poreznog obveznika; OPĆE POSTUPOVNE ODREDBE: nadležnost, porezni akti u poreznom postupku, poslovne knjige i evidencije poreznih obveznika, sudjelovanje poreznih obveznika u utvrđivanju činjeničnog stanja, porezne prijave, utvrđivanje činjenica u poreznom postupku, utvrđivanje poreza, porezna zastara, pravna pomoć u poreznim stvarima, inspekcijski nadzor, plaćanje poreza*

i kamata; sredstva osiguranja naplate poreznog duga; OVRŠNI POSTUPAK: opće odredbe, ovrha pljenidbom na pokretninama, tražbinama i drugim imovinskim pravima, mjere osiguranja; PRAVNI LIJEK; ODREDBE O POREZNIM PREKRŠAJIMA; PRIJE-LAZNE I ZAVRŠNE ODREDBE.

Istaknut ćemo samo neke sadržaje, karakteristične za područje primjene poreznih propisa. Cilj je OPZ-a i razvoj

suradnje između poreznih obveznika i tijela nadležnih za utvrđivanje poreza, ali se ne može očekivati da će se na taj način moći uvijek, dakle kroz tu suradnju, ostvariti naplata. Stoga je bilo potrebno osigurati neke oblike dobivanja potrebnih obavijesti, osiguranje naplate poreznog duga te konačno urediti i postupak ovrhe s ciljem ostvarivanja naplate poreznog duga, što se može, u najvećem broju slučajeva, jedinstveno urediti za sve vrste poreza.

Temeljne odredbe

Pravna priroda OPZ određena je u uvodnim, temeljnim odredbama. Riječ je o dvojakoј pravnoj naravi ovog zakonskog teksta. S jedne je strane OPZ *lex generalis* spram ostalih poreznih zakonskih tekstova koji uređuju materijalno porezno pravo, poput zakona o pojedinim vrstama poreza (čl. 1., dalje u tekstu članak naveden u zagradi odnosi se na OPZ.).

Nakon definicija oblika javnih davanja i pojma poreznog tijela određen je odnos ovog zakona spram drugih zakona, točnije spram zakona koji je do njegova stupanja na snagu uređivao postupak poreznih tijela u primjeni poreznih propisa. Odnos OPZ-a i Zakona o općem upravnom postupku (Narodne novine, br. 53/91., 103/96.; dalje u tekstu: ZUP), koji je do sada uređivao odnos poreznih obveznika i poreznih tijela, određuje se kao odnos *lex specialis* i *lex generalis*, odnosno u postupku oporezivanja će se primjenjivati odredbe OPZ-a, a odredbe ZUP-a će se primijeniti samo u odnosu na ona pitanja koja OPZ nije uredio. Isto je tako OPZ *lex specialis* u odnosu na Ovršni zakon (čl. 4.), Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 53/91., 73/91., 3/94 i 7/96., dalje u tekstu: ZOO), čl. 115. i 136. i Zakon o zaštiti tajnosti podataka

(Narodne novine, br. 108/96.) (čl. 8.).

Uvodni dio propisuje i temeljna načela oporezivanja koja se moraju poštovati u postupku oporezivanja, tj. u svakom poreznopravnom odnosu između poreznih obveznika i poreznih tijela. Postupanje poreznog tijela mora biti u skladu sa sljedećim načelima: zakonitosti, zabrane povratne primjene poreznih propisa, objektivnosti, dvostupanjskog postupka, čuvanja porezne tajne, postupanja u dobroj vjeri, omogućavanja poreznom obvezniku da se očituje o činjenicama i okolnostima bitnima za oporezivanje, procjene poreznih činjenica prema njihovoj gospodarskoj biti, utvrđivanja porezne obveze prema gospodarskim posljedicama prikrivenog pravnog posla, ako se taj posao prikriva drugim pravnim poslom.

- Načelo zabrane povratne primjene poreznih propisa: u postupku se oporezivanja primjenjuju oni porezni propisi koji su bili na snazi u vrijeme nastanka činjenica na kojima se temelji oporezivanje (čl. 5.);

- Načelo zakonitosti: porezno tijelo je dužno zakonito utvrđivati sva prava i obveze iz porezno-pravnog odnosa (čl. 6. st. 1.);

- Načelo objektivnosti: porezno tijelo je dužno utvrđivati sve činjenice koje su bitne za donošenje zakonite i pravilne

odluke, te je pri tome dužno s jednakom pažnjom utvrditi i one činjenice koje idu u korist poreznog obveznika, a koje će se radnje i u kojem opsegu, u postupku, poduzimati, određuje porezno tijelo. Porezno tijelo, uz to što treba poticati porezne obveznike na podnošenje poreznih prijava, dužno je upozoriti sudionike poreznopravnog postupka na prava i obveze u tom postupku (čl. 6. st. 2. i 3. i čl. 107.);

- Načelo omogućavanja poreznom obvezniku da se očituje o činjenicama i okolnostima bitnima za oporezivanje (*audi alteram partem*): porezno je tijelo dužno prije donošenja poreznog akta, kojim se utvrđuju prava i obveze poreznog obveznika, omogućiti poreznom obvezniku očitovanje o činjenicama i okolnostima relevantnim za donošenje tog akta (čl. 7.);

- Načelo čuvanja porezne tajne: obveza čuvanja porezne tajne, uz navođenje što čini poreznu tajnu, propisana je za sve osobe uključene u porezni postupak, poput službenih osoba, vještaka i dr., te se dodatno utvrđuje kada je obveza čuvanja porezne tajne povrijeđena a kada nije. U tom se smislu navodi Zakon o zaštiti tajnosti podataka kao *lex generalis* (čl. 8.);

- Načelo postupanja u dobroj vjeri: sudionici porezno-pravnog odnosa dužni su postupati *bona fidae*;

- Načelo upotrebe jezika i pisma koji je u službenoj upotrebi: kada porezni obveznik preda ispravu na stranom jeziku i pismu, porezno tijelo će odrediti rok dostave ovjеровljenog prijevoda iste isprave na hrvatski jezik i latinično pismo, a u protivnom će porezno tijelo prevesti ispravu o trošku poreznog obveznika (čl. 6. st. 4. i 5.);

- Načelo procjene poreznih činjenica prema njihovoj gospodarstvenoj biti:

porezno je tijelo dužno istražiti i utvrditi u kojim slučajevima određeni gospodarstveni sadržaj pojmova iz drugih pravnih područja može biti obuhvaćen propisima poreznog prava. Tako u praksi osoba koja nije prema građanskom pravu vlasnik nekoga dobra, ali u gospodarstvenu smislu ima položaj vlasnika jer koristi to dobro na način da je vlasnik isključen od utjecaja na dobro, biti će porezni obveznik. Isto tako ako je neki gospodarstveni učinak rezultat djelatnosti koja nije pravno dozvoljena, on će biti porezni objekt i predstavljat će činjenicu bitnu za oporezivanje (čl. 10., 34. i 77.). Ovakav pristup omogućuje oporezivanje imovinske koristi ostvarene nelegalnom djelatnošću, npr. prostitucijom, prodajom droge i sl., a što je uobičajena praksa npr. u Njemačkoj. Naravno, ako je u kaznenom, prekršajnom ili drugom postupku poreznom obvezniku oduzet takav gospodarski učinak - u vidu imovinske koristi ostvarene tom djelatnošću - na zahtjev poreznog obveznika ukida se njegova porezna obveza. Načelo utvrđivanja porezne obveze prema gospodarskim posljedicama prikrivenog pravnog posla, ako se taj posao prikriva drugim, prividnim pravnim poslom, proizlazi iz načela po kojem se porezne činjenice utvrđuju prema njihovoj gospodarstvenoj biti. Stoga će za utvrđivanje porezne obveze biti relevantan prikriveni (disimulirani) pravni posao, a ne prividni (simulirani) posao, kao rezultat ništavosti simuliranog pravnog posla uslijed mane volje, tj. simulacije;

- Načelo dvostupanjskog postupka: porezni obveznik ima pravo žaliti se na porezne akte kojima se odlučuje o njegovim pravima i obvezama, i to na porezno rješenje uvijek, a na zaključak samo kad zakonom nije zabranjeno. Protiv drugostupanjskog rješenja dopu-

štena je sudska kontrola zakonitosti poreznog akta, putem upravnog postupka pred Upravnim sudom. Zaštitu temeljnih prava i sloboda, zajamčenih Ustavom, može tražiti i u postupku pred Ustavnim sudom (čl. 49. i 162.).

U razvoju porezno-pravnih odnosa temeljna su pitanja uređenje porezno-dužničkog odnosa te postupovna pravila po kojima nadležna tijela u provođenju poreznih propisa moraju postupati. U okviru prvog pitanja bilo je potrebno odrediti porezno-pravni odnos, porezno-dužnički odnos, prava iz tog odnosa, preduvjete nastanka tih prava, te prvenstveno prava i obveze poreznog tijela i poreznog obveznika, ali i prava i obveze drugih sudionika koji temeljom pravila

o odgovornosti postaju sudionici porezno-dužničkog odnosa.

Unutar druge grupe pitanja koju čine postupovne odredbe OPZ-a jasno su određena tijela nadležna za primjenu poreznih propisa, načela i stvarne odredbe o postupanju. Njima je, s jedne strane, osigurano učinkovito djelovanje poreznog tijela u primjeni zakonskih odredbi, a s druge strane, jasno utvrđene ne samo obveze, već i prava poreznih obveznika. Tako je obuhvaćen velik broj pitanja o načinu donošenja poreznih akata, načinu sudjelovanja poreznih obveznika u utvrđivanju njihovih poreznih obveza, npr. pravo na očitovanje, obveza sudjelovanja poreznog obveznika u utvrđivanju činjeničnog stanja, podnošenje prijave i dr.

Porezno-pravni odnos

Porezno-pravni odnos u smislu OPZ-a je odnos između poreznog tijela i poreznog obveznika koji obuhvaća njihova prava i obveze u poreznom postupku. Sudionici su tog odnosa porezno tijelo, porezni obveznik te osobe koje prema odredbama OPZ-a jamče za plaćanje poreza.

Uz definiciju poreznog tijela, u uvodnim odredbama, ovdje se daje i definicija poreznog obveznika kao osobe koja je kao takva određena zakonom kojim se uređuje pojedina vrsta poreza. Uz definicije pojedinih sudionika u postupku, dio koji uređuje porezno-pravni odnos (čl.12.-17.) propisuje slučajeve u

kojima porezni obveznik ima obvezu imenovati opunomoćenika za primanje poreznih akata, odnosno uređeno je pravo poreznog obveznika na angažiranje opunomoćenika, pomagača i poreznog savjetnika u poreznom postupku, uz određivanje navedenih pojmova. U istom dijelu su navedene obveze zakonskih zastupnika, upravitelja imovine i osoba s pravom raspolaganja imovinom u ispunjavanju poreznih obveza te se propisuju slučajevi u kojima porezno tijelo po službenoj dužnosti imenuje, tj. postavlja poreznom obvezniku zastupnika iz reda poreznih savjetnika ili odvjetnika.

Porezno-dužnički odnos

U okviru odredbi o *porezno-dužničkom odnosu* (čl. 18.- 42.), uvodno je određen pojam tog odnosa. U smislu OPZ-a je taj pojam određen kao dio porezno-pravnog odnosa u kojem sudionici porezno-dužničkog odnosa ostvaruju svoja prava i obveze. Porezno-

pravni odnos je širi od porezno-dužničkog odnosa, tako da prvi može postojati bez drugoga, ali ne i obratno.

Sudionici su tog odnosa porezno tijelo, porezni dužnik i porezni jamac.

Za razliku od porezno-pravnog odnosa, gdje su objekti prava neimo-

vinske naravi, objekti porezno-dužničkog odnosa jesu prava imovinske naravi. Tako porezno tijelo u tom odnosu ima pravo na naplatu poreza, kamata i novčanih kazni te novčanih činidbi po osnovi odgovornosti iz poreznog jamstva. S druge strane, porezni obveznik može zahtijevati od poreznog tijela povrat poreza plaćenog bez pravne osnove te povrat kamata na tako plaćeni porez.

Pri nastanku prava iz porezno-dužničkog odnosa valja voditi računa o činjenici je li riječ o poreznom tijelu ili poreznom obvezniku, tj. drugom sudioniku porezno-dužničkog odnosa. Naime, pravo poreznog tijela iz ovog je odnosa zakonodavac vezao uz porezni akt, tj. pravo je poreznog tijela iz porezno-dužničkog odnosa vezano uz utvrđivanje porezne obveze, odnosno izricanje novčane kazne. Međutim, nastanak prava poreznog obveznika ili drugih sudionika porezno-dužničkog odnosa na povrat preplaćenog poreza ili poreza plaćenog bez pravne osnove vezano je uz trenutak kada je porezno tijelo taj iznos primilo (nije vezano uz akt poreznog tijela kojim se utvrđuje nepostojanje poreznog duga).

OPZ predviđa zaštitu sljedećih prava

poreznog obveznika:

- pravo na očitovanje (čl. 7.)
- pravo na zaštitu osobnosti (čl. 8.)
- pravo na zaštitu ljudskog dostojanstva (čl. 124. st. 2., 135. st. 2., 140., 145.)
- pravo na informiranje poreznog obveznika (čl. 145. t. 1.)
- pravo na žalbu (čl. 158.)
- pravo na uskratu obavijesti kod opasnosti od samookrivljavanja (čl. 73.)
- pravo na povrat u prijašnje u stanje (čl. 81.).

Kao protuteža navedenim zaštićenim pravima poreznog obveznika stoje sljedeće njegove dužnosti u porezno-pravnom postupku:

- postupanje u dobroj vjeri (čl. 9.)
- potpuno, točno, pravodobno i uredno vođenje poslovnih knjiga i evidencija (čl. 53. i 55.)
- sudjelovanje u poreznom postupku (čl. 57. i 58.)
- dopuštanje obavljanja očevida (čl. 71.).

Prava i obveze u poreznom postupku i drugih osoba navedenih u OPZ-u jesu pravo na uskratu obavijesti o činjenicama bitnim za oporezivanje (čl. 72.) te dužnost predočavanja isprava, poslovnih knjiga, raznih evidencija i drugih stvari (čl. 74.).

Prestanak prava i obveza iz porezno-dužničkog odnosa

Zakonodavac je predvidio prestanak prava i obveza iz porezno-dužničkog odnosa vezujući ga uz izvršenje obveze imovinske naravi jednog sudionika, i to na nekoliko načina. Riječ je o plaćanju, prijebu, otpisu (čl. 24. st. 1.).

Samo prava, dakle ne i obveze, iz porezno-dužničkog odnosa prestaju zastarom (čl. 24. st. 2.). Dakle, zastarom prestaju prava na izvršenje novčanih činidbi sudionika porezno-dužničkog odnosa protekom tri (čl. 90. st. 1.)

odnosno šest godina (čl. 92.).

Postavlja se pitanje je li samom stilizacijom odredbe na navedeni način zakonodavac želio naglasiti kako ne dolazi do prestanka same obveze.

Ima tumačenja da zastarom prestaju prava i obveze svih sudionika porezno-dužničkog odnosa.

Čini se da protekom zastarnog roka niti jedan od sudionika navedenog odnosa ne može zahtijevati niti ispuniti novčanu činidbu. Ako bi porezni dužnik želio

izvršiti novčanu obvezu, čak i samo kao moralnu obvezu, porezno tijelo je ne može primiti. Naime, porezno tijelo nema pravne osnove u tom slučaju za naplatu ili primitak zastarjelog poreza, kamate ili novčane kazne.

Međutim, drugačija je situacija s drugim sudionikom porezno-dužničkog odnosa. Kako se u literaturi navodi, porezni dužnik zastarom gubi samo pravo na tužbu, ali ne i na primitak preplaćenog ili pravno neosnovano naplaćenog poreza i kamata. Dakle, zastarom on gubi pravo na zahtjev za izvršenje obveze, ali ne i samo pravo. Prema tome, ovdje ostaje moralna obveza poreznog tijela i vjerovnik, u ovom slučaju porezni-dužnik je ovlašten primiti njezino ispunjenje.

Riječ je o drugačijem pristupu institutu zastare s obzirom na dosadašnje poimanje istoga. Očekivati je da će nadležna tijela dati tumačenje ove odredbe kako bi se osigurala jedinstvena primjena pravila o učincima zastare u poreznim stvarima.

U dijelu OPZ-a o postupovnim odredbama određeno je da prava i obveze iz porezno-dužničkog odnosa prestaju i *plaćanjem* (čl. 113. i 114.). Zakon sadrži odredbe o načinu i vremenu plaćanja te redosljedu podmirivanja.

Ako OPZ ne propisuje drugo, *prijeboj* se vrši u skladu s odredbama

ZOO-a, čl. 336. Određeno je da porezni obveznici mogu prebijati porezne dugove iz porezno-dužničkog odnosa samo s nespornim i pravomoćno utvrđenim poreznim obvezama (čl. 115.).

Kod *otpisa* poreznog duga razlikujemo dvije situacije:

1. porezni dug koji se ni u postupku ovrhe ne može naplatiti otpisuje se kao nenaplativ, i to je riječ o dva slučaja:

- ovršenik je umro, a nije ostavio pokretnina ni nekretnina iz kojih se može naplatiti porezni dug,

- pravna osoba je po okončanju stečaja brisana iz sudskog registra, a protiv odgovorne osobe nije u zastarnom roku podnijet zahtjev za plaćanje poreza i kamata iz poreznog jamstva;

2. porezni dug bi se mogao naplatiti, ali se na zahtjev poreznog obveznika iznimno otpisuje u potpunosti ili djelomice, budući da bi izvršenje naplate poreznog duga dovelo u pitanje osnovne životne potrebe ovršenika ili njegova kućanstva (čl. 135., st. 1. i 2.).

U prvoj je situaciji zapravo riječ o internoj radnji poreznog tijela o kojoj čak i ne treba donijeti porezno rješenje. U drugom je slučaju riječ o otpisu dospjelog poreznog duga kao poreznom aktu, budući da se provodi na zahtjev poreznog obveznika te se i donosi porezno rješenje s kojim se mora upoznati i porezni dužnik.

Promjene u porezno-dužničkom odnosu

Iz odredbi zakona i navedenoga proizlazi kako predviđene promjene tijekom trajanja porezno-dužničkog odnosa jesu:

- odgoda naplate poreznog duga
- prodaja poreznog duga
- otpis poreznog duga.

Odgodu naplate poreznog duga iz porezno-dužničkog odnosa porezno tijelo

će odobriti, na zahtjev poreznog obveznika, najdulje do 10 mjeseci, ako je udovoljeno sljedećim uvjetima:

- naplata poreznog duga na dan dospijeća mora predstavljati za poreznog obveznika neprimjereno opterećenje ili
- naplata poreznog duga na dan dospijeća mora nanositi bitne gospodarske štete poreznom obvezniku (čl.

118. st. 1.).

Odgoda naplate poreznog duga može se odobriti jednokratno ili u vidu otplate poreznog duga u obrocima (čl. 118. st. 3.). Za vrijeme odgode obračunava se kamata na porezni dug čije je plaćanje odgođeno (čl. 117.).

Među odredbama o osiguranju naplate poreznog duga navodi se da porezno tijelo može tražiti od poreznog obveznika ili poreznog jamca da dađe sredstva osiguranja plaćanja poreza kao uvjet za odgodu naplate poreznog duga (čl. 120.). Navedene vrste sredstava osiguranja naplate poreza jesu neopoziva garancija banke ili druge financijske organizacije ovlaštene za obavljanje platnog prometa koju odredi porezno tijelo, zalog vrijednosnih papira -

vrijednosnica (vlasničkih i vjerovničkih) i tražbina (uključujući i tražbine po osnovi udjela u kapitalu), založno pravo na nekretnini i pravu građenja i jamstvo druge osobe vlasnika imovine čija vrijednost odgovara visini poreznog duga (čl. 120.). Ako se porezni obveznik ne pridržava rokova iz rješenja o odgodi plaćanja, porezno će tijelo ukinuti to rješenje te porezni dug naplatiti iz sredstava osiguranja (čl. 122.).

Vladi RH dano je ovlaštenje da raspolaže poreznim dugom na način da ga može prodati (čl. 119. st. 1.). Najčešće je riječ o prodaji poreznog duga zajedno s gospodarskim subjektom koji je u državnom vlasništvu.

O otpisu poreznog duga vidi *amplius supra*.

Ovršni postupak

Dosadašnji institut prisilne naplate poreznog duga zamijenjen je *ovrhom*. Svakako nije riječ samo o terminološkoj već i supstancijalnoj promjeni ovog instituta.

OPZ je određen kao *lex specialis* u odnosu na Ovršni zakon kada je u pitanju ovršni postupak u poreznopravnoj materiji (čl. 136.). Ovršni postupak određen je kao dio porezno-pravnog odnosa u kojem porezno tijelo provodi postupak prisilne naplate poreznog duga na temelju ovršnih i vjerodostojnih isprava. Prema tome, kako nalazimo u literaturi, dok je ovrha u građanskom pravu postupak kojim se ostvaruju prava vjerovnika, najčešće privatnih osoba, uz pomoć državne prinude, u poreznom pravu ovrha predstavlja primjenu državne prinude radi ostvarenja prava države kao vjerovnika iz porezno-dužničkog odnosa. Dakle, ovrhovoditelj je porezno tijelo koje provodi ovrhu, a ovršenik je porezni dužnik ili njegov

jamac od kojega se naplaćuje porezni dug iz porezno-dužničkog odnosa (čl. 125.).

Ovrha se provodi na temelju ovršne ili vjerodostojne isprave. Rješenje o utvrđivanju poreza određuje se kao ovršna isprava. Propisujući da se ovrha može provesti i temeljom vjerodostojne isprave OPZ određuje da se pod takvom ispravom podrazumijeva knjigovodstveni izlist stanja poreznog duga potpisan od ovlaštene osobe poreznog tijela (čl. 127. st. 1., 2., 3.). Ova vjerodostojna isprava mora sadržati sve podatke potrebne za provođenje ovrhe.

O provođenju ovrhe donosi se rješenje o ovrsi, protiv kojega se može podnijeti žalba u roku od osam dana od dana dostave rješenja o ovrsi, koja ne odgađa provedbu ovrhe (čl. 127. st. 4., 5., 6.). Taj je rok, dakle, kraći od roka za žalbu na sve druge porezne akte, koji je trideset dana (čl. 159.). Porezno tijelo može ovrhu provoditi na temelju rješenja

o ovrsi koje je samo donijelo ili rješenja koje je donijelo neko drugo javnopravno tijelo, pri čemu je riječ o ovrsi na temelju zamolbe.

Uz taksativno navođenje obvezatnog sadržaja rješenja o ovrsi (čl. 128.), navodi se da se ovrha provodi u opsegu koji je potreban za namirenje poreznog duga iz cjelokupne imovine poreznog obveznika (čl. 129. st. 1.), a rješenje o ovrsi s nalogom za plaćanje poreznog duga i troškova ovrhe dostavlja se ovršeniku na adresu njegova sjedišta odnosno prebivališta ili uobičajenog boravišta (čl. 129. st. 2.).

Nedopuštena je ovrha nad imovinom tijela državne uprave izuzev slučaja kada je tijelo državne uprave dužnik poreznog dužnika (čl. 130.). Prema tome razlikujemo:

a) ovrhu radi naplate poreznog duga (čl. 129.) i

b) ovrhu nad tijelom državne uprave kada je ono dužnik poreznog dužnika (čl. 130. st. 2.).

Pretpostavke koje moraju biti ostvarene za provođenje ovrhe jesu:

- da je porezni dug dospio (iznimka je pljenidba radi osiguranja naplate poreznog duga iz čl. 156),

- da je ovršeniku naloženo da u roku od osam dana od dana dostave rješenja o ovrsi podmiri porezni dug i troškove ovrhe,

- da ovršenik nije udovoljio nalogu iz rješenja o ovrsi,

- da je porezno tijelo poduzelo sve mjere da se porezni dug naplati iz sredstava osiguranja naplate poreznog duga (čl. 132.).

Do *obustave ovrhe* može doći po službenoj dužnosti ili na prijedlog ovršenika u taksativno navedenim slučajevima:

1. ako je ovršna isprava pravomoćno preinačena ili ukinuta ili poništena;

2. ako prestanu prava i obveze iz porezno-dužničkog odnosa;

3. ako se obustavi izvršenje rješenja o ovrsi;

4. ako se odgodi plaćanje poreznog duga;

5. ako se pokrene stečajni postupak (čl. 133.).

Na prijedlog ovršenika može doći do, djelomične ili potpune, odgode ovrhe u trajanju ne dužem od šest mjeseci, i to u sljedećim, taksativno navedenim, slučajevima:

1. ako je protiv ovršne isprave podnijeta žalba;

2. ako je podniet zahtjev za povrat u prijašnje stanje u postupku u kojem je donijeta ovršna isprava;

3. ako je ovršenik protiv rješenja o ovrsi podnio žalbu ili tužbu (čl. 134. st. 1.).

Odgodu ovrhe porezno tijelo može uvjetovati davanjem sredstava osiguranja naplate, a za trajanja odgode ovrhe obračunavaju se kamate (čl. 134. st. 2. i 3.).

Budući da prijedlog za ovrhu nad nekretninama porezno tijelo podnosi nadležnom sudu, to su porezna tijela ovlaštena provoditi ovrhu samo nad pokretninama (čl. 154.). Ovrha nad nekretninama provodi se postavljanjem zahtjeva za upis založnoga prava radi osiguranja naplate ili zahtjevom za prisilnu dražbu, koji postavlja porezno tijelo nadležnom sudu.

Stoga se ovrha provodi pljenidbom na pokretninama, tražbinama i drugim imovinskim pravima (čl. 137.). Pljenidba kao oblik provođenja ovrhe u porezno-pravnim stvarima označava akt poreznog tijela kojim se neka pokretna stvar prinudno oduzima od poreznog dužnika kako bi se unovčila radi isplate duga poreznog dužnika.

Pljenidba novčanih sredstava na

žiroračunima i drugim računima te pljenidba tražbine ovršenika provodi se također zapljenom novčanih sredstava na njegovu žiro računu i drugim računima, odnosno tražbine ovršenika (čl. 138. i 139.).

Nepljenjive ovršenikove tražbine su one po osnovi plaće i s plaćom izjednačena primanja do visine osobnog odbitka te novčana primanja izuzeta od oporezivanja (čl. 140.).

Utvrđena je obveza očitovanja ovršenikova dužnika. Tako dužnik ovršenika mora ovrhovoditelja u roku od petnaest dana od dana primitka rješenja o ovrsi na tražbini ovršenika obavijestiti priznaje li tražbinu kao utemeljenu, koja prava prema tražbini polažu druge osobe te je li zbog kojih prava tražbina već zaplijenjena za druge vjerovnike (čl. 141.).

Vlasnički i vjerovnički vrijednosni papiri nakon što su zaplijenjeni, prodaju se na burzi ukoliko kotiraju, a u protivnom, prodaju se na slobodnom tržištu uz obvezu oglašavanja prodaje u dnevnom tisku (čl. 142.).

Tražbine na temelju udjela u kapitalu također podliježu pljenidbi, a njihova javna prodaja obvezatno mora biti objavljena u dnevnom tisku (čl. 143.).

Uz odredbe o pljenidbi pokretnina

koje su kod ovršenika jesu i odredbe o pokretninama koje ne mogu biti predmet pljenidbe (čl. 144. i 145.). Zaplijenjene pokretnine se javno prodaju (čl. 148.).

Pri ovrsi na imovinskim pravima primjenjuju se odredbe OPZ-a o ovrsi nad pokretninama i tražbinama, osim ako je riječ o imovinskim pravima koja su predmet ovrhe na nekretninama. Učinci pljenidbe pri ovrsi na imovinskim pravima nastupaju u trenutku kada je ovršeniku priopćena zabrana raspolaganja imovinskim pravima (čl. 151.).

Učinak je pljenidbe taj da porezno tijelo stječe založno pravo na zaplijenjenoj imovini, a po načelu *prior tempore, potior iure* založno pravo po osnovi ranije pljenidbe ima prednost pred založnim pravom po osnovi kasnije pljenidbe (čl. 152.).

Odredbama o troškovima ovrhe određeno je da ovršenik snosi troškove ovrhe, a ukoliko ih je više, oni su solidarni dužnici, a utvrđen je i najmanji iznos troškova ovrhe (čl. 155.).

OPZ predviđa pljendibu kao oblik provođenja ovrhe, ali i kao mjeru osiguranja naplate poreza ako postoji vjerojatnost da porezni dužnik onemoguću naplatu još nedospjelog iznosa poreza (čl. 156. st. 1.).

Pravna zaštita

U skladu s načelom dvostupanjskog postupka (čl. 49. i 162.) porezni obveznik ima pravo žaliti se na porezne akte kojima se odlučuje o njegovim pravima i obvezama iz porezno-pravnog odnosa. Uvijek ima pravo na *žalbu na porezno rješenje*, a na zaključak samo kada to zakonom nije zabranjeno. Tako npr. protiv zaključka kojim je odlučeno o povratu u prijašnje stanje nije dopuštena žalba, osim ako je zahtjev za povrat u prijašnje stanje podnijet zbog pro-

puštenog roka za žalbu na porezno rješenje (čl. 81. st. 3. i 4.).

OPZ je predvidio žalbu kao redoviti pravni lijek. Dakle, žalba ima *suspenzivni učinak*, te odgađa izvršenje poreznog akta pobijanog žalbom do donošenja odluke o žalbi. Izuzetak od suspenzivnosti žalbe jest slučaj kada se žalbom pobija akt donesen na temelju podataka koje je sam porezni obveznik naveo u poreznoj prijavi (čl. 165.). Jednako nema suspenzivni učinak žalba

kojom se pobija rješenje o ovrsi (čl. 127. st. 6.).

Žalba se može podnijeti ne samo protiv poreznog akta kojim je odlučeno o pojedinačnim pravima i obvezama iz porezno-pravnog odnosa već i kada na zahtjev žalitelja za donošenjem poreznog akta nije donijeta odluka u propisanom roku (čl. 157. st. 1. i 2.). Rješenje kojim je odlučeno o žalbi može se pobijati tužbom nadležnom sudu, koja ne odgađa izvršenje poreznog akta (čl. 157. st. 3. i 4.).

Pravo na podnošenje žalbe ima svaka osoba o čijim se pravima ili obvezama odlučivalo u prvostupanjskom poreznom postupku, ali i svaka osoba koja za to ima pravni interes (npr. porezni jamac).

Žalbeni je rok trideset dana od dana primitka poreznog akta, a podnosi se, putem prvostupanjskog, nadležnom drugostupanjskom poreznom tijelu. U odnosu na dosadašnje uređenje bitno je skraćen rok za izjavljivanje žalbe kojom se pobija rješenje o ovrsi, budući da on iznosi osam dana (čl. 127. st. 5.). Iz žalbe se mora vidjeti tko je žalitelj i koji porezni akt pobija te mora biti vlastoručno potpisana, a u žalbi bi trebalo navesti i žalbene razloge te dokaze kojima se žalba obrazlaže (čl. 160. st. 1. i 3. i 4.).

Prema tome, prvostupanjsko će tijelo kada je žalba nedopuštena - podnijeta od neovlaštene osobe ili nije u roku podnijeta - odbaciti žalbu, a protiv rješenja o odbacivanju žalbe može se izjaviti žalba (čl. 161. st. 1. i 2.). Žalba podnijeta u propisanom roku nenadležnom tijelu više se ne može odbaciti kao nepravodobna (čl. 159. st. 2.).

Tijekom postupanja po žalbi prvostupanjsko porezno tijelo će izmijeniti porezni akt, tj. žalbu usvojiti i novim poreznim aktom zamijeniti pobijani i bez provođenja dopunskog postupka ako

ocijeni da je žalba opravdana i nije nužno provoditi novi ispitni postupak (čl. 161. st. 3. i 4.).

Tijekom postupanja po žalbi prvostupanjsko porezno tijelo će izmijeniti porezni akt uz provođenje dopunskog postupka ako:

1. ocijeni da je provedeni postupak bio nepotpun, a to je moglo utjecati na rješavanje;

2. žalitelj u žalbi iznosi takve činjenice i dokaze koji bi mogli utjecati na drukčije rješavanje stvari;

3. žalitelju je moralo biti omogućeno sudjelovanje u postupku;

4. žalitelj je propustio sudjelovati u postupku ali je propuštanje u žalbi opravdao (čl. 161. st. 3. i 4.).

Porezni obveznik može izjaviti žalbu i protiv novog poreznog akta koji se može izmijeniti do donošenja odluke o žalbi (čl. 161. st. 5. i 6.).

Za rješavanje po žalbi protiv rješenja prvostupanjskog poreznog tijela nadležno je drugostupanjsko tijelo određeno posebnim zakonom (čl. 162.). Kada su u pitanju žalbe na porezna rješenja, to tijelo je Središnji ured Porezne uprave (Zakon o poreznoj upravi, Narodne novine, broj 75/93.), a kada je riječ o žalbi na rješenja carinarnica, to je Središnji ured Carinske uprave (Zakon o carinskoj službi, Narodne novine, broj 53/91., 57/91., 106/93.).

Sudionici žalbenog postupka jesu žalitelj i osoba pozvana da sudjeluje u postupku (čl. 163.). Poziv na sudjelovanje u postupku drugostupanjsko tijelo uputit će po službenoj dužnosti ili na zahtjev poreznog obveznika osobama čiji bi pravni interes mogao biti pogođen odlukom poreznog tijela, a prvenstveno poreznim jamcima. Prethodno će o pozivu na sudjelovanje u postupku nadležno tijelo omogućiti očitovanje

podnositelju žalbe o toj činjenici (čl. 164.).

Od iznimnog je značenja naglasiti novost koju je OPZ uveo u naš porezni sustav. Dakako, riječ je o pravnom učinku žalbe, točnije o suspenzivnosti žalbe. Prema tome, žalba odgađa izvršenje pobijanog poreznog akta do donošenja rješenja o žalbi, izuzev slučaja kada je pobijani porezni akt donesen na temelju podataka koje je porezni obveznik sam naveo (čl. 165. st. 1. i 2.) te pobijanja rješenja o ovrsi (čl. 127. st. 6.).

Iako žalitelj može odustati od žalbe do donošenja rješenja o žalbi, on ne gubi pravo na ponovnu žalbu ako žalbeni rok nije istekao.

U slučajevima kada rješenje o žalbi ovisi o prethodnom pitanju koje je predmet sudskog spora ili je u nadležnosti kojeg drugog tijela državne uprave, zaključkom će drugostupanjsko tijelo privremeno prekinuti postupak do donošenja odluke o prethodnom pitanju. Za to vrijeme privremenog prekida postupka ne teku zastarni rokovi (čl. 167.).

Rješenje o žalbi mora se donijeti i dostaviti stranci najkasnije u roku od dva mjeseca od dana predaje žalbe (čl. 168. st. 5.).

Kada je protiv rješenja podnijeta tužbu nadležnom sudu, porezno tijelo koje je donijelo sporno rješenje može do okončanja upravnog spora poništiti ili izmijeniti svoje rješenje zbog razloga poradi kojih bi sud mogao to rješenje poništiti samo ako se na taj način otklanja nezakonitost rješenja i ako se porezni

obveznik time ne dovodi u lošiji položaj. Takvo se, poništeno ili izmijenjeno, rješenje dostavlja poreznom obvezniku i nadležnom sudu (čl. 169.).

Prema tome, protiv drugostupanjskog rješenja predviđena je sudska kontrola zakonitosti poreznog akta. Riječ je o postupku pred Upravnim sudom. Svakako, porezni obveznik u slučaju povrede ustavom zajamčenih prava i sloboda ima i pravo na njihovu zaštitu u postupku pred Ustavnim sudom.

Završno, uz odredbe o poreznim prekršajima (čl. 170.), slijede odredbe o novčanim kaznama za njih (čl. 171.) te prijelazne i završne odredbe (čl. 172., 173., 174.). Primijetiti ćemo kako je možda trebalo odrediti dulji vakacijski rok od onoga iz čl. 174. gdje je određeno stupanje na snagu osmoga dana od dana objave. Spomenimo samo da je njemački *Abgabenordnung*, doduše s 415 članaka, donijet 16. ožujka 1976. a stupio je na snagu 1.1. 1977. Možda je trebalo dati više vremena poreznim obveznicima i poreznim tijelima da prouče i upoznaju odredbe OPZ-a. Naime, riječ je o prilično opsežnom zakonskom tekstu, koji uz to određuje primjenu odredbi nekih zakonskih tekstova koji do stupanja na snagu OPZ-a nisu primjenjivani u poreznoj materiji. To je slučaj s Ovršnim zakonom. Zato nam se čini potrebnim ukazati na potrebu dosljedne i pozorne primjene odredbi OPZ-a, uz edukaciju i upoznavanje sa svim temeljnim odredbama OPZ-a kako bi se adresati OPZ-a mogli pripremiti na ispunjavanje zahtjeva i izvršavanje OPZ-a.

Zaključne napomene

Godinu dana nakon donošenja OPZ čini se potrebnim prikazati neke temeljne institute OPZ-a. Nedovoljan vremenski odmak od donošenja ovoga

zakonskog teksta ne daje mjesta i iznošenju kritika prakse. Naime, praksa primjene OPZ-a tek je počela, pa treba pričekati moguće sukobe životnih

situacija i okolnosti koje tekst zakona eventualno nije predvidio ili adekvatno uredio. Riječ je o zakonu koji je stupio na snagu nedugo nakon usvajanja, svega osam dana, pa je i to jedan od razloga što nije bilo previše teorijskih rasprava u pogledu donošenja i učinaka ovoga zakonskog teksta.

OPZ je nešto što do sada nismo imali, a ostvarena je ideja o cjelovitom rješenju raznih pitanja koja se tiču porezne problematike.

Iz svega prethodno navedenoga možemo govoriti o nekim posljedicama donošenja OPZ-a. U pogledu poreznoga sustava kao cjeline OPZ predstavlja sredstvo njegove racionalizacije. Njegovim donošenjem nije ukinuta mogućnost posebnosti u uređenju porezno-pravnih odnosa pojedinim, posebnim poreznim zakonima kojima se uvode pojedini oblici poreza. Štoviše, donošenjem OPZ-a izbjegnuta je situacija u kojoj se zakonske odredbe, zajedničke za sve porezne propise, višestruko ponavljaju unutar brojnih posebnih poreznih zakona. Takvim "pročišćavanjem" posebni porezni zakoni dobivaju na transparentnosti.

Boljim strukturiranjem i transparentnošću poreznog sustava pridonosi se, ujednačenošću i pravilnom primjenom poreznih propisa, jačanju pravne države, tj. vladavini prava, kao jednoj od najvećih ustavnih vrednota.

Posebno se prihvatljivim ističe OPZ-om pojačana aktivna uloga poreznog obveznika, što će doprinijeti, s jedne strane, očuvanju i zaštiti zakonom

utvrđenih prava poreznih obveznika, a s druge strane učinkovitosti poreznih tijela.

Definirani uvjeti donošenja pojedinih oblika rješenja u utvrđivanju porezne obveze onemogućuju arbitrarno ponašanje poreznih tijela u postupanju, čime je ojačana pravna sigurnost poreznih obveznika.

Bitnim se čini istaknuti i činjenicu da se, za razliku od današnjeg pristupa, OPZ zasniva na koncepciji oporezivanja s gospodarskog stajališta.

Posebno je značajna novost, uvedena OPZ-om, da žalba po prvostupanjskom rješenju odgađa izvršenje, uz dvije prethodno navedene iznimke, suprotno dosadašnjem uređenju koje je dovodilo u neravnopravan položaj porezne obveznike, budući da je uvijek moguća greška poreznog tijela.

Porezni sustav RH donošenjem OPZ-a je, unatoč detaljno razrađenom i opsežnom tekstu ovoga zakona, pojednostavljen te usklađen s modernim poreznim zakonodavstvima. Zahvaljujući OPZ-om povećanoj jednostavnosti, transparentnosti poreznog sustava, pravnoj sigurnosti, RH je postala atraktivna i stranim ulagačima. Zakonodavac je nastojao zakonske odredbe učiniti što jednostavnijima i jasnijima, a da pri tome ne izgube na konzistentnosti. Čini se da je zakonodavac imao na umu i ulogu jednostavnosti porezno-pravnih propisa, jer se kaže: "*Samo jednostavno pravo može biti i pravedno pravo*".

Nataša Žunić Kovačević

Zajednički europski projekt suzbijanja organiziranog kriminaliteta *(Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata)*

1. Grad Palermo, poznat po prisutnosti organiziranog kriminaliteta, kao i po intenzivnim i raznolikim akcijama njegova suzbijanja, pokrenuo je tijekom 1998. godine **Zajednički europski projekt suzbijanja organiziranog kriminaliteta**. U Projekt su uključeni poznati Max Planck Institut za inozemno i međunarodno kazneno pravo (Freiburg im Breisgau - Njemačka), Sveučilište Pablo de Olavide (Seviglia - Španjolska), a kasnije Visoki institut za kriminalne znanosti (Siracuse - Italija) te druge znanstvene ustanove i pravosudna tijela iz Italije, Njemačke i Španjolske.

Polazna osnova Projekta je **Europski akcijski plan protiv organiziranog kriminaliteta** iz 1997., koji obuhvaća raznovrsna područja aktivnosti. Znanstveni koordinator Projekta je profesor **Vincenzo Militello** s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Palermu.

U projektu su izložene mjere koje je grad Palermo poduzeo u suprotstavljanju organiziranom kriminalitetu i uspoređene s mjerama u drugim sredinama. Velika pozornost bila je posvećena ulozi obrazovanja i odgoja. Posebnu potporu Projekt je dobio u "Programu Falcone" Europske unije, koji djeluje od 1998. godine i bavi se istraživanjem, razmjenom iskustava i drugim oblicima suradnje subjekata koji se na razne načine bave suprotstavljanjem organiziranom kriminalitetu.

2. Osnovni cilj Projekta je razvijanje profesionalnih sposobnosti pripadnika različitih službi i upoznavanje s djelatnostima usmjerenim suzbijanju pojava organiziranoga kriminaliteta, a posebno utvrđivanjem odgovarajućih, zajedničkih europskih normativnih rješenja. U perspektivi takvih ciljeva prikupljanje podataka se istodobno vrši komparativno, usporedbom podataka u sve tri zemlje, ali i integrirano, u području profesionalnih znanja i iskustava i postignutih rezultata. Time se nastoji prikupiti podatke neophodne za ispitivanje mogućnosti i potreba usklađivanja i ujednačavanja europskoga zakonodavstva u području suzbijanja organiziranog kriminaliteta kao bitnog uvjeta djelotvorne akcije.

3. Istraživanja u okviru Projekta najprije su bila usmjerena na ispitivanje koliko su zakonodavstva u sve tri zemlje usklađena s postavkama Europskoga akcijskog plana, a zatim koliko su realni izgledi za harmonizacijom legislativnih sustava zemalja Europske unije.

U prvom razdoblju istraživanja, tijekom 1998. i 1999. godine, prikupljeni su podaci o pojavama organiziranog kriminaliteta u sve tri zemlje, njegov prodor u različite oblasti društvenog, političkog i gospodarskog djelovanja, mjere sprječavanja pojava i razmatrane mogućnosti harmoniziranja legislativnog uređenja. Rezultati istraživanja objavljeni su u dvotomnoj knjizi objavljenoj na njemačkom i talijanskom "Organizirani kriminalitet kao transnacionalni fenomen - pojave u Italiji, Njemačkoj i Španjolskoj".

U drugoj fazi je rad usmjeren na pronalaženje prijedloga zajedničkih, europskih rješenja za kazneno pravo u području suzbijanja organiziranog kriminaliteta.

Zajednička europska legislativna rješenja ograničena su na vrlo uzak krug pitanja, budući da su razlike među zakonodavstvima i te kako značajne i u skladu s tim i otpori opsežnijoj harmonizaciji, koja u ovom trenutku posve sigurno nije moguća. Prijedlozi zajedničkih europskih rješenja zbog tih se razloga ograničavaju na dvije ustanove kaznenoga prava i dvije ustanove kaznenoga postupka.

Na prvome mjestu predlaže se kažnjivost za sudjelovanje u zločinačkoj organizaciji, koja je stupnjavana ovisno o modalitetima i oblicima sudjelovanja u radnjama kaznenih djela. Osim za fizičke osobe kažnjivost se predviđa i za djelatnost pravnih osoba koje postaju sredstvo ili "pokriće" zločinačkih organizacija. Za otpadnike od zločinačke organizacije predviđa se blaže kažnjavanje, a ako je njihovom djelatnošću spriječena zločinačka djelatnost, mogu biti oslobođeni kazne.

Druga je ustanova oduzimanje prihoda od kaznenog djela bez obzira u kojem se obliku on nalazi. To uključuje i oduzimanje od pravne osobe ako su njeni predstavnici ili zastupnici sudjelovali u radnji kaznenoga djela u cilju pribavljanja koristi za tu pravnu osobu. Za takvu pravnu osobu pod određenim se uvjetima predviđa prestanak postojanja.

Za kazneni postupak je vrlo značajna ustanova nadzora nad sredstvima komuniciranja na daljinu. Ta se mjera može primjenjivati samo u postupku za određena kaznena djela, na temelju naloga suda i u ograničenom vremenu. Osobe koje su zaštićene pozivnom tajnom ne mogu, osim iznimno, biti podvrgnute toj mjeri. Rezultati nadzora nad sredstvima komuniciranja mogu se koristiti izvan postupka u kojem je primijenjena mjera, samo iznimno pod strogo određenim uvjetima i samo ako se radi o saznanju u svezi s kaznenim djelom za koje se ta mjera može primijeniti.

Četvrta među zajedničkim ustanovama uključuje dvije istražne ustanove: suradnike pravosuđa i prikrivene policijske istražitelje. Te osobe važne su za otkrivanje pripremanih teških kaznenih djela, stvaranje, strukturu i djelovanje organizacije, njenih nacionalnih i međunarodnih veza i mogućih mjera kojima bi se organizacija lišila prihoda ostvarenih kaznenim djelom. U tom sklopu nužne su mjere zaštite svjedoka - suradnika pravde i bliskih osoba te posebna pravila o pribavljanju njihova iskaza. Posebna, zajednička pravila i osobito recipročno međunarodno priznavanje djelatnosti, ali i razrađeni uvjeti djelovanja, nužni su u odnosu na postupanje prikrivenih policijskih istražitelja.

4. Rezultati istraživanja i prikupljeni podaci razmatraju se u sklopu brojnih studija različitih značajki pojava organiziranoga kriminaliteta. Zaključci i prijedlozi bi nakon svih provjera, osim u odnosu na opće ustanove, također morali stvoriti okvir odlučivanja za uvođenje minimalnih zajedničkih sadržaja u području kaznenih djela i kaznenih sankcija u takvim područjima kakvo su terorizam, promet opojnim drogama i druge aktivnosti tipične za područje djelovanja zločinačkih organizacija.

Berislav Pavišić

"Stručne osnove za reformu lokalne samouprave u Hrvatskoj" Okrugli stol, Zagreb, 29.-30. lipnja 2000.

29. i 30. lipnja 2000. godine, u organizaciji Hrvatskog pravnog centra, održan je u Zagrebu okrugli stol pod nazivom "*Stručne osnove za reformu lokalne samouprave u Hrvatskoj*". Na skupu, koji je okupio najeminentnije stručnjake iz Vlade Republike Hrvatske, državne uprave, lokalne samouprave i znanstvenih institucija u području ustavnog prava, upravne znanosti, upravnog prava, financijskog prava itd., javno su prezentirane i stručno raspravljane analize i prijedlozi nastali u sklopu projekta "*Zakonski okviri decentralizacije u Hrvatskoj*". Navedeni projekt izveden je sa svrhom izrade obrazloženih prijedloga za promjenu hrvatskog zakonodavstva o lokalnoj samoupravi, jer propisi koji se primjenjuju ne odgovaraju razvojnim potrebama Hrvatske, niti su usklađeni s europskim standardima u tom području. Eventualnim promjenama u zakonodavstvu o lokalnoj samoupravi otklonile bi se pravne zapreke te stvorio pogodan okvir za poticanje procesa decentralizacije.

U sklopu navedenog projekta provedena je analiza hrvatskih pravnih propisa koji se odnose na dotičnu materiju, te su njihova normativna rješenja uspoređena s europskim standardima. Analiza je obuhvatila pitanja teritorijalne strukture, lokalnih poslova i centralno-lokalnih odnosa, financiranja lokalnih jedinica, decentralizacije društvenih službi, lokalnog sustava upravljanja, zaštite nacionalnih i etničkih manjina te pravne zaštite građana i lokalne samouprave.

Sukladno navedenoj analizi odvijao se i predviđeni program rada. Skup je obuhvatio sedam tematskih cjelina pod nazivima "*Adaptacija postojeće teritorijalne strukture*", "*Proširenje samoupravnog djelokruga i sužavanje nadzora*", "*Jačanje financijskog kapaciteta i autonomije lokalnih jedinica*", "*Decentralizacija javnih službi*", "*Personalni lokalni izbori i racionalnija upravljačka struktura u lokalnim jedinicama*", "*Uloga lokalne samouprave u multikulturalnim i etničkim pitanjima*" i "*Djelotvornija pravna zaštita*". Iza uvodnih izlaganja članova projektnih timova, redovito se odvijala rasprava o temama, postavljala su se pitanja, davali odgovori, primjedbe te iznosila vlastita stajališta. U raspravama je sudjelovao veliki broj sudionika skupa. Rad skupa vodio je dr. sc. Ivan Koprić.

Skup je tonski sniman, a namjera je organizatora objaviti posebnu ediciju Hrvatskog pravnog centra na hrvatskom i engleskom jeziku, koja bi sadržavala analizu izlaganja i prijedloga nastalih na ovome projektu. Nekoliko dana prije početka skupa organizator je dostavio sudionicima skupa radni materijal u obliku problemskih pitanja i teza, na osnovi kojega su se sudionici mogli pobliže upoznati s pojedinim tematskim cjelinama i, u raspravama nakon izlaganja, doprinijeti radu skupa.

Prva tematska cjelina, "*Adaptacija postojeće teritorijalne strukture*", obuhvatila je tri izlaganja. U prvom izlaganju o teritorijalnim osnovama lokalne i regionalne samouprave dr. sc. Stjepan Ivanišević konstatirao je da je postojeća teritorijalna organizacija lokalne i regionalne samouprave u Republici Hrvatskoj

koncipirana tako da omogućiti i osigura centralističko upravljanje javnim poslovima, zatim da u Hrvatskoj postoji velik broj relativno malih općina koje se samo formalno, a ne i stvarno razlikuju od gradova, da se sve općine i gradovi, izuzev Zagreba, nalaze u sastavu županija te su slijedom toga i pod nadzorom županijskih tijela, da upravljanje Gradom Zagrebom slijedi obrazac centralističkog upravljanja državom te da postoji tendencija postupnog povećanja broja osnovnih lokalnih jedinica - općina i gradova. Uz to, spomenuo je i neadekvatni teritorijalni opseg pojedinih županija. Dr. sc. Ivanišević u danoj situaciji predlaže četiri osnovna pravca reforme: zaustavljanje tendencije umnožavanja osnovnih lokalnih jedinica (općina i gradova), povećanje samostalnosti i odgovornosti većih gradova, postupno reformiranje županijskog ustrojstva i uspostavljanje metropolitanskog područja Zagreba.

U sljedećem izlaganju dr. sc. Željko Pavić analizirao je odnos grada i gradskog ruba. Istaknuo je da područje gradskog ruba, bilo ono i neurbanizirano, traži odgovarajuće mjere utjecaja, planiranja i nadzora od strane središnjeg grada, odnosno proširenje akcijskog radijusa gradskih službi i na područje gradskog ruba. Navodi rješenja kojima je rezultirala današnja urbana praksa, kao što su metateritorijalne ovlasti gradova nad područjem gradskog ruba, sklapanje sporazuma o obavljanju odgovarajućih službi za područje gradskog ruba, dobrovoljna metropolitanska vijeća, urbanizacija okruga, spajanje grada i okruga, aneksija područja gradskog ruba, metropolitanska federacija, metropolitansko područje kao poseban tip upravne jedinice, funkcionalno povezivanje grada i okoline te *ad hoc* tijela za obavljanje pojedinih djelatnosti na metropolitanskom području. Kao primjer uzima grad Zagreb. Na kraju postavlja pitanja u kojoj je mjeri dosadašnje ustrojstvo Zagreba kao milijunskoga grada pogodno za rješavanje navedenih problema i u kojoj mjeri Zagrebačka županija kao neka vrsta zagrebačkoga prstena doista omogućuje da sustav komunalne infrastrukture čini nedjeljivu funkcionalnu cjelinu.

Juraj Hrženjak zaključio je ovu tematsku cjelinu prikazujući Grad Zagreb u sustavu lokalne samouprave u Republici Hrvatskoj. Naveo je da Grad Zagreb s položajem županije ima manje autonomije od drugih gradova i općina u Hrvatskoj te da na upravljanje Zagrebom ima snažan i neposredan utjecaj državna vlast. Mjesne samouprave na nižoj razini, pa tako ni decentralizacije poslova i ovlasti na dijelove grada, u Zagrebu nema. Posebnu pozornost skreće na autonomiju upravljanja Zagrebom, decentralizaciju poslova i ovlasti gradskoj samoupravi, Statut Grada Zagreba i metropolitanski razvoj Zagreba.

Druga tematska cjelina nosi naziv "*Proširenje samoupravnog djelokruga i sužavanje nadzora*". U prvome izlaganju ove tematske cjeline, o razdiobi javnih poslova između središnje vlasti i lokalnih samoupravnih jedinica, dr. sc. Ivan Koprić posebno ističe načela supsidijarnosti i solidarnosti, važnost suradnje između lokalnih jedinica te pomoći i podrške viših razina nižima. Naglašava da ovlasti lokalnih samoupravnih jedinica moraju biti potpune i cjelovite te jasno određene zakonom. Predlaže sužavanje obligatnog, a proširenje fakultativnog samoupravnog djelokruga lokalnih jedinica, čime bi se povećala lokalna autonomija, a ujedno i smanjio financijski teret jedinicama u slabije razvijenim i ratom devastiranim područjima. S ciljem sprječavanja nezakonitog manipuliranja lokalnim financijskim sredstvima potrebno je osigurati efikasan, čvrst i stalan financijski nadzor nad lokalnim jedinicama od strane vrlo centraliziranih nadzornih službi, koje bi mogle reagirati trenutno, neovisno i čvrsto.

Kao protutežu ovim nadzornim službama potrebno je utvrditi sudsku zaštitu lokalne samouprave te političko-pravnu zaštitu pomoću parlamentarnog povjerenika.

U drugom je izlaganju Helena Masarić, u ime Vjere Ljubanović i svoje, na primjeru Grada Opatije izložila samoupravni djelokrug jedinica lokalne samouprave. Pri tome je istaknula da postojeća pravna regulacija ne uzima u obzir specifičnost potreba pojedinih geografskih područja, pa tako ni Grada Opatije te da problemi u funkcioniranju lokalne samouprave dobrim dijelom proizlaze iz nepotpunih i proturječnih zakonskih rješenja. Ističe da samo u manjem broju slučajeva jedinice lokalne samouprave imaju pravo da uređuju i upravljaju bitnim dijelom javnih poslova te da su im pri tome nadležnosti potpune i cjelovite, dok se ostali poslovi pojavljuju sporadično te nemaju osobito značenje za zadovoljavanje lokalnih potreba građana. Na kraju zaključuje da izmjenama zakona kojima je uređena lokalna samouprava treba prići cjelovito, jer bi fragmentarni pristup doveo do ponovne neusklađenosti.

Treća tematska cjelina, *"Jačanje financijskog kapaciteta i autonomije lokalnih jedinica"*, započela je tezama za raspravu dr. sc. Jure Šimovića: Zbog čega danas problemi financiranja javnih potreba na razinama lokalnih jedinica dobivaju na značenju?, Što je optimalan stupanj fiskalne autonomije lokalnih jedinica u fiskalnom sustavu?, Koja su pristupna pravila *Europske povelje o lokalnoj samoupravi* koja se odnose na pitanja financijskog kapaciteta i financijske autonomije lokalnih vlasti te financijskih odnosa između središnjih i lokalnih vlasti?, Koji su mogući pravci promjena u postojećem instrumentariju te uvođenju novih instrumenata financiranja javnih potreba lokalnih jedinica?, Koje je fiskalno značenje lokalnih poreza danas u financiranju lokalnih jedinica i koje mjere bi eventualno trebalo poduzeti da se ono poveća?, Kako uspješno razriješiti pitanja vertikalnog financijskog izravnavanja između središnjih i nižih razina vlasti?, Kako utvrditi valjane kriterije za zaštitu financijski slabijih lokalnih jedinica?, Koje mjesto i ulogu trebaju imati neporezni prihodi kao instrumenti financiranja lokalnih jedinica? i Koje mjesto i ulogu treba dati nefiskalnim instrumentima u financiranju javnih potreba lokalnih jedinica poglavito u oblasti lokalne i regionalne infrastrukture?

Dr. sc. Hrvoje Arbutina izložio je međunarodno-komparativne aspekte financiranja jedinica lokalne samouprave. Osvrnuo se na financijsko izravnavanje koje se alimentira prihodima od vlastitih i zajedničkih poreza i dotacijama, odnosno međuproračunskim transferima. Zatim se osvrnuo na lokalne jedinice u financijskim teškoćama te postavlja ključno pitanje: kako potaknuti lokalne vlasti na samodisciplinu, u smislu da traže pomoć od središnje vlasti samo u opravdanim slučajevima. Ova tematska cjelina zaključena je prikazom mogućih zaduženja lokalnih jedinica te su data dva primjera mogućih pristupa zaduživanja lokalnih jedinica - danski i britanski.

"Decentralizacija javnih službi" naziv je četvrte tematske cjeline koja je započela izlaganjem dr. sc. Vlade Puljiza o decentralizaciji i sustavu socijalne pomoći. Upozorio je na krizu socijalne države te ukazao na potrebu za određenim stupnjem *"reteritorijalizacije"* socijalne pomoći. Navodi da je socijalna pomoć u Hrvatskoj strogo centralizirana u regulativnom, organizacijskom i financijskom smislu te da decentralizacija može odigrati veliku ulogu u primjeni načela kao što su supsidarnost, socijalna pravda i solidarnost. Dalje je dr. sc. Gojko Beževan izložio zakonske okvire djelovanja jedinica lokalne samouprave u stambenoj politici. Istaknuo je da su

problemi stanovanja političko, socijalno i gospodarsko pitanje. U procesu podmirivanja stambenih potreba nužna je intervencija države. Središnja i lokalne vlasti morale bi imati značajnu ulogu u nadzoru stambenih programa. Smatra da u Hrvatskoj ne postoji program stambene politike, a da je uloga jedinica lokalne samouprave prilično nesvrhovita i fragmentarna te da bi se u procesu uspostavljanja novog sustava stambene politike trebalo posebno računati s ulogom jedinica lokalne samouprave. Ovo je izlaganje popraćeno i grafički. O decentralizaciji zdravstvenih sustava govorio je dr. sc. Siniša Zrinščak. Navodi da je hrvatski zdravstveni sustav 1993. godine postao dominantno centraliziran. Sustav zdravstvenog osiguranja podvrgnut je potpunoj državnoj kontroli. Strategija decentralizacije ogledala bi se u stupnju autonomnosti sustava i načinu upravljanja zdravstvenim jedinicama, teritorijalnoj odgovornosti za zdravstveni sustav te, sukladno tome, teritorijalnoj razdiobi financijskih sredstava i u važnosti lokalne samouprave u promociji javnozdravstvenih programa. Ovu je tematsku cjelinu svojim izlaganjem zaključio Zlatko Ljubić, iznoseći zakonski okvir decentralizacije u sustavu odgoja i obrazovanja. Tvrdi da prosvjetnu regulativu obilježavaju rješenja o visokom stupnju centralizacije upravljanja, kako djelatnošću u cijelosti tako i školskim ustanovama. U skladu s hrvatskim zakonodavstvom osnovne i srednje škole su javne ustanove, a osnivačka prava nad njima ima Republika Hrvatska, ali osnovne i srednje škole nemaju ni financijsku ni upravnu autonomiju, njihova je pravna osobnost ograničena, pa prema tome nemaju ni obilježja javne ustanove. Ljubić ipak smatra da decentralizacija kada je riječ o odgoju i obrazovanju, ne bi postigla najbolje rezultate. Ovu je tematsku cjelinu zaključio dr. sc. Gojko Beževan, ponovo uzevši riječ, no ovoga puta o oblicima suradnje privatnih neprofitnih organizacija i jedinica lokalne samouprave. Tvrdi da civilne - nevladine inicijative omogućuju nove oblike razvoja zajednice i predstavljaju povratak oblicima lokalne demokracije. Smatra da bi građanima i gospodarskim subjektima trebalo dati mogućnost neoporezivog davanja u općekorisne svrhe, što će promovirati ideju civilne zauzetosti za probleme u lokalnim zajednicama. Kada bi se sustav socijalne skrbi decentralizirao, jedinice lokalne samouprave imale bi veći interes za suradnju s nevladinim organizacijama u pružanju socijalnih usluga. Neprofitnim se organizacijama treba dati veća mogućnost za sudjelovanjem u procesima sačinjavanja programa lokalnih politika u različitim područjima. U područjima socijalne skrbi, zaštite okoliša, odgoja i obrazovanja, zapošljavanja itd. trebalo bi uvijek naglašavati potrebu partnerstva neprofitnih organizacija i jedinica lokalne samouprave.

Drugi dan održavanja okruglog stola, započeo je tematskom cjelinom "*Personalni lokalni izbori i racionalnija upravljačka struktura u lokalnim jedinicama*". Izlaganje je započeo dr. sc. Stjepan Ivanišević elaborirajući rješenja u pogledu upravljačke strukture u lokalnim samoupravnim jedinicama. Izbor, organizaciju i način rada predstavničkih tijela valjalo bi postaviti na zajednička načela koja bi vrijedila za sve lokalne jedinice. U pogledu strukture izvršnih organa lokalnih samoupravnih jedinica pristup bi trebao biti mnogo fleksibilniji, u većim gradovima primjerice mogao bi djelovati gradski menadžer, a u manjim bi se izbor gradonačelnika vršio na neposrednim izborima. Administraciju bi trebalo racionalizirati, a lokalnim upravnim organima rukovodili bi stručnjaci izabrani na osnovi javnog natječaja. Na kraju trebalo bi isključiti svaku povezanost izvršne strukture lokalnih samoupravnih

jedinica i sustava državne vlasti, kao i svaku vrstu hijerarhijske podčinjenosti i odgovornosti lokalnih organa i dužnosnika organima državne vlasti i uprave. O lokalnim službenicima u upravljanju lokalnim jedinicama nastavila je Gordana Marčetić, navodeći da danas u Republici Hrvatskoj postoji znatna razlika u regulaciji radnih odnosa državnih i lokalnih službenika i namještenika. Predložila je nekoliko formi moguće normativne regulacije te postavila pitanje koja bi područja trebalo urediti na nivou zakona, a koja prepustiti autonomnoj odluci nižih jedinica, imajući u vidu, donekle proturječnu, potrebu decentralizacije i jedinstvenosti upravnog sustava. Inzistira na obrazovanju službenika i dužnosnika na fakultetima ili nekim drugim ustanovama.

U trećem izlaganju ove cjeline, dr. sc. Jasna Omejec govorila je o izborima za predstavnička tijela jedinica lokalne samouprave i uprave. Misli da bi trebalo uvesti novi izborni sustav te na pravilan način urediti pojedine izborne institute čija se sadašnja regulacija u praksi pokazala problematičnom i dovodila da brojnih konfliktnih situacija. Sadašnji paralelni ili mješoviti razmjerno-većinski sustav daje nezadovoljavajuće izborne rezultate. Zato predlaže da novi izborni sustav za predstavnička tijela općina, gradova i županija bude razmjerni, u jednom od sljedeća dva oblika: razmjerni personalizirani mješoviti izborni sustav ili razmjerni izborni sustav s otvorenim kandidacijskim listama te predlaže zamjenu *D'Hondtove metode* preračunavanja glasova u mandate *Hare-Niemeyerovom metodom*. Izlaganje je popraćeno grafičkom prezentacijom izbornih sustava na primjeru izbora za Gradsko vijeće Grada Vrbovca.

Šestu tematsku cjelinu, "*Uloga lokalne samouprave u multikulturalnim i etničkim pitanjima*", obradila je također dr. sc. Jasna Omejec. Mišljenja je da je pored prava na jezik i prava na obrazovanje novim Zakonom o pravima nacionalnih manjina potrebno urediti i prava nacionalnih manjina na tzv. manjinsku mjesnu samoupravu i prava nacionalnih manjina na političko predstavljanje na državnoj i lokalnim razinama. Upozorava na potrebu razlikovanja individualnih manjinskih prava koja pripadaju svakom pojedincu - pripadniku neke nacionalne manjine i prava nacionalne manjine kao zajednice. Predlaže i uvođenje ombudsmana za nacionalne manjine, koji bi djelovao na nacionalnoj razini. Problem vidi u inkorporaciji predstavnika nacionalnih manjina u predstavnička tijela lokalnih jedinica. Smatra da bi predstavnici nacionalnih manjina trebali, uz pravo kandidirati se kao i svi drugi kandidati, u postupku izbora biti predloženi i od manjinskih udruga.

Sedma i posljednja tematska cjelina, "*Djelotvornija pravna zaštita*", započela je međunarodnopravnim i komparativnim prikazom Ivana Šprajca o kontroli akata jedinica lokalne samouprave. Ističe da su temeljne funkcije nadzora nad djelovanjem organa lokalne samouprave ostvarenje principa vladavine prava, ostvarenje prava na lokalnu samoupravu te zaštita ostalih prava i sloboda čovjeka i građanina. Kontrola akata jedinica lokalne samouprave predstavlja oblik koordinacije djelovanja svih javnopravnih subjekata te oblik pravne zaštite građana od nezakonitog djelovanja lokalnih jedinica. Jedinice lokalne samouprave trebaju obvezno raspolagati pravom na sudsku zaštitu svojih ovlasti, odnosno načela lokalne samouprave kako su utvrđena u ustavu ili zakonodavstvu. Međunarodno pravo zahtijeva decentralizaciju odgovornosti za obavljanje javnih zadaća, što ima odraz i u načinu i u opsegu nadzora nad aktima lokalnih jedinica.

Skup možemo ocijeniti izuzetno dobro organiziranim i korisnim, te smatramo da je postigao dobre rezultate, posebno zbog kvalitete samih izlaganja te rasprava koje su uslijedile i u kojima je sudjelovao velik broj sudionika skupa, iznoseći svoja zapažanja iz teorije i prakse. Nerijetko su bila i suprotna, što je rezultiralo nužnom argumentacijom stajališta. Vjerojatno je da će zaključci s ovoga skupa odigrati važnu ulogu u formiranju novoga zakonodavstva o lokalnoj samoupravi u Republici Hrvatskoj.

Dario Đerđa

"Državna i pravna pitanja novije povijesti sjevernojadranskog područja" **Međunarodni znanstveni skup, Mošćenice - Pazin, 7.-8. rujna 2001.**

Sjevernojadransko područje može se ubrojiti u ona područja koja su vrlo često bila u središtu interesa izrazito dinamičnih zbivanja i prijemora i, to baš u onom povijesnom razdoblju koje označavamo novijom poviješću, tj. kad su otpočeli procesi profiliranja novog građansko-demokratskog društva. Baš su se na tim prostorima vrlo često sučeljavali interesi velikih sila i odigrali značajni, često i vrlo dinamični događaji. Stoga je razumljiv interes za ta pitanja ne samo povjesničara našeg kraja. To je bio jedan od razloga da Katedra za povijest prava i države Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci u suradnji sa Zavodom za kaznene znanosti - Mošćenice fakulteta organizira Međunarodni znanstveni skup i njime pokuša bolje ukazati na neke dosadašnje spoznaje i znanstvena stajališta, navlastito o državnim i pravnim pitanjima tog segmenta povijesti. Stoga je u Mošćenicama i Pazinu 7. i 8. rujna 2001. organiziran skup s naslovom "Državna i pravna pitanja novije povijesti sjevernojadranskog područja", uz sudjelovanje eminentnih znanstvenika s područja povijesnih i pravno-povijesnih znanosti.

O povijesnom razdoblju od početka konstituiranja moderne građanske države i o pravnim institutima u specifičnim prilikama grada Rijeke i Istre (od 1848. do 1918.) govorili su dr. Agneza Szabo, dr. Ljubinka Toševa-Karpowicz, mr. Manon Giron, prof. dr. Ljubomir Zovko, prof. dr. Irvin Lukežić i akademik Petar Strčić. Ovi značajni istraživači naše suvremene historiografije upoznali su sudionike skupa s nizom pitanja iz povijesti Rijeke i Sušaka. Istaknuta su pitanja o vrlo kompleksnom državno-pravnom statusu Rijeke u vremenima nagodbi, neke teme vezane za malo poznati riječki Statut iz 1872., kao i politički procesi u Rijeci i Sušaku.

Kraj Prvog svjetskog rata donosi izrazito dinamična zbivanja za koja nerijetko kažemo da bi u nekom drugom narodu mogla okupirati i stoljeća. U tom razdoblju od oko 1918. do početka 1924. gotovo da se iz mjeseca u mjesec, a katkada i iz dana u dan, mijenja politička, i pravna situacija u Rijeci. Neka od tih pitanja obradili su sudionici skupa. Doc. dr. Vesna Crnić-Grotić ukazala je na vrlo žive međunarodne

i međunarodno-pravne implikacije statusa Rijeke u navedenom razdoblju, a Wiliam Klinger usmjerio je svoj interes prema kratkom boravku D'Anunzia u Rijeci te prikazao interesantan ustavni akt njegove kontroverzne Regencije Kvarnera. O događajima u Istri odmah nakon završetka Prvog svjetskog rata govorila je ugledna slovenska povjesničarka dr. Milica Kacin-Wohinz, dok se na privremenu savezničku upravu u Puli osvrnuo Giovanni D'Alessio.

Nekoliko tema predstavilo je i razdoblje međuraća, ukazujući na svekolikost tragedije toga vremena na sjevernojadranskim prostorima. Izdvojimo tako prikaz mr. Jakova Jelinčića, koji prikazuje monstruozno zakonodavstvo fašističke Italije ostvareno i promjenama prezimena. Dr. Željko Bartulović bavi se pitanjima malo poznatih Nettunskih konvencija iz 1925., dok o međunarodnim iskustvima i dodirima Dalmacije i Istre u tragičnim okolnostima fašizma progovara dr. Tonči Šitin, s Filozofskog fakulteta u Zadru.

Dva osvrta na zbivanja u Drugom svjetskom ratu, ona Budislava Vukasa, ml. te dr. Antona Girona, imala su cilj osvijetliti dosad manje poznate činjenice istog vremena i ukazati na njihovo značenje u pozitivnom međunarodnom pravu.

Kao i završetak Prvog svjetskog rata, tako i kraj druge globalne katastrofe na sjevernojadranskim prostorima donosi mnoga zbivanja i probleme. To je bio sadržaj izlaganja prof. dr. Stefana Pilotta, dr. Darka Dukovskog, Nevenke Troha i Darija Đerđe, koji u svom interesantnom prikazu ukazuje na, i danas aktualna, pitanja državljanstva optanata.

Spomenimo još i izlaganja tema koja upotpunjuju naša saznanja o povijesti sjevernojadranskog područja, a koje su predstavili prof. dr. Ivo Rendić Miočević, mr. Željko Radić i Goran Crnković.

Sudionici skupa svoju su raspravu nastavili tijekom druženja na izletu središnjom Istrom, posjetivši Arhiv u Pazinu i poznate lokalitete glagoljaške Istre, kojima je domaćin bio ravnatelj navedenog arhiva, mr. Jakov Jelinčić.

Na kraju valja spomenuti mogućnost koju ističe prof. dr. Berislav Pavišić, predstojnik Zavoda za kaznene znanosti - Mošćenice i sadašnji dekan Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, da bi ovaj skup mogao postati tradicionalan i time prepoznatljiv simbol Katedre za povijest države i prava, pa i cijelog Pravnog fakulteta.

Budislav Vukas, ml.

"Žene i kazna zatvora"

Međunarodni znanstveni skup, Rijeka, 26.-27. listopada 2001.

Problematika izdržavanja kazne zatvora te problematika kriminaliteta uopće većinom su plijenile pažnju znanstvenika i šire javnosti kada se raspravljalo o muškoj populaciji prijestupnika. Ponukani ovakvim pristupom problemima ženskih zatvora i žena koje izdržavaju kaznu zatvora, znanstveni istraživači projekta "Položaj žena u razdoblju tranzicije: multidisciplinarne perspektive", koji se ostvaruje u okviru suradnje Inštituta za kriminologiju pri Pravni fakulteti v Ljubljani te Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, organizirali su međunarodni znanstveni skup pod nazivom "Žene i kazna zatvora". Skup je održan 26. i 27. listopada, 2001. godine na Pravnom fakultetu u Rijeci i Zavodu za kaznene znanosti u Mošćenicama, a njegova interdisciplinarna tema okupila je brojne teoretičare i praktičare iz područja prava, penologije, kriminologije, defektologije i socijalne pedagogije iz Hrvatske, Slovenije, Njemačke, Crne Gore i Makedonije.

Doc. dr. sc. Zoran Kanduč u svom je izlaganju upozorio na probleme središnjih kriminologijskih cjelina vezane uz žene, zločine i zatvore te postavio iscrpan opći temelj za daljnja izlaganja skupa i diskusiju. Dr. sc. Davor Derenčinović iznio je povijesni pregled položaja žena u izvršenju kazne zatvora, dok je doc. dr. sc. Vesna Crnić Grotić govorila o međunarodnim standardima postupanja s osobama lišenim slobode te svoje izlaganje potkrijepila praksom Europskog suda za ljudska prava. Prof. dr. sc. Velinka Grozdanić predstavila je kompleksno empirijsko istraživanje provedeno u pet kaznenih zavoda za žene (Požega u Hrvatskoj, Ig u Sloveniji, Justizanstalt Swarzac u Austriji te Justizvollzugsanstalt Aichach i Schwabisch Gmünd u Njemačkoj). Rezultatima toga istraživanja potvrdila je teorijske zaključke izlaganja dr. Kanduča, naglašavajući da izrečena kazna ne vodi resocijalizaciji osuđenica već više njihovoj desocijalizaciji i otuđenju od društva. Analizu kućnih redova navedenih kaznenih zavoda kao odraza usmjerenja tih zavoda prezentirala je prof. dr. sc. Alenka Šelih te posebice upozorila na karakteristike "nove penologije" i novije konstatacije o suvremenoj funkciji zatvora i zatvorske kazne.

Ponukana različitim pristupima muškom i ženskom kriminalitetu doc. dr. sc. Vladimira Žakman Ban prezentirala je istraživanje tretmana ženske osuđeničke populacije u kaznenom zavodu u Požegi, koji se bitno razlikovao od tretmana muške osuđeničke populacije kaznenog zavoda Lepoglava. Autori navode kako ove razlike vjerojatno proizlaze iz bio-psihološkog statusa osuđenica te nekih vanjskih, ne uvijek povoljnih, socioloških čimbenika. Prof. dr. sc. Anita Kurtović upozorila je u svome izlaganju na pravni položaj žena s duševnim smetnjama u kaznenim zavodima te njihovu stvarnu poziciju koja ne odgovara zahtjevima postavljenim u zakonskim mehanizmima. Naime, novo je hrvatsko kazneno zakonodavstvo od 1998. godine uvelo potpuno nov položaj smanjeno ubrojivih počinitelja kaznenih djela te naložilo istovremenost liječenja počinitelja i izdržavanja kazne zatvora. Prof. dr. sc. Miloš Babović posvetio se specifičnostima i problemima tretmana ženskih osuđenica

invalida. Posebnu pozornost privuklo je izlaganje doc. dr. sc. Ute Bremer Karlavaris koje je razotkrilo duhovni emocionalni svijet osuđenica o kojem one progovaraju glasovima u člancima časopisa što se izdaju unutar kaznenih zavoda. Doc. dr. sc. Zorina Pinoza Kukurin osvrnula se s obzirom na izrečeno na oblike pomoći lokalne zajednice ženama nakon izdržane kazne zatvora.

Treća je sekcija izlaganja znanstvenog skupa bila posvećena izvještajima o izvršavanju kazne zatvora za žene u različitim državama iz kojih dolaze sudionici skupa. Tako je Bettina Vökl-Fischer prezentirala statistički pregled izvršenja kazne u bavarskom ženskom zatvoru, dok se njezina kolegica Birgit Balzer posvetila problematici zatvorenice majke i rješenjima u istome zatvoru. Katarina Levkova Joveska približila je sudionicima sistem izvršavanja kazne zatvora u Republici Makedoniji te iznijela podatke o posebnome odjelu za ženske zatvorenice Kazneno-popravnog doma Idrizovo. Vesna Ratković zajedno s kolegom Aleksandrom Razićem predočila je poziciju ženskih osuđenica u Republici Crnoj Gori, dok je doc. dr. sc. Zoran Šućur prikazao socijalnokriminološki status ženske zatvoreničke populacije u Hrvatskoj. Doc. dr. sc. Dragan Petrovec prezentirao je eksperiment u Igu, jedinom ženskom zatvoru u Sloveniji. Pozitivni rezultati ovoga eksperimenta i metoda primjene humanističke psihologije bili su predmetom žustre i inovativne rasprave koja je potom uslijedila.

Zaključna razmatranja međunarodnog znanstvenog skupa "Žene i kazna zatvora" usmjerena su novim humanijim pogledima na probleme žena osuđenica. Za raspravnim stolom suočila su se mišljenja znanstvenika i stručnjaka iz prakse, u nastojanju da zajedničkim iskustvima pronađu rješenja kako pripremiti ženu lišenu slobode za život na slobodi. Nadajmo se da će ovakva nastojanja biti samo jedna u nizu i da će ostvariti očekivanja sudionika za nastavkom daljnje međusobne suradnje.

Dalida Rittossa

III. Fakultetska kronika
(Faculty Chronicle, Fakultätschronik, Cronaca della Facoltà)

Posjeti Fakultetu

Gospodin Matias Hellman, koordinator Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, boravio je na Fakultetu 26. siječnja 2001. godine i tom prigodom razgovarao s nastavnicima i studentima o temi *Nastanak, organizacija i ciljevi Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju*.

Prof. Dr. Manfred Dausen, direktor h.c. Suda Europskih Zajednica (Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften) i profesor Karlovog sveučilišta u Pragu, održao je 9. studenog 2001. javno predavanje *Prema jedinstvenom građanskom pravu za Europu*.

Novi magistri znanosti

Znanstvena novakinja Maja Bukovac obranila je 26. rujna 2000. na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, pred povjerenstvom u sastavu: prof. dr. sc. Branko Vukmir, mentor, prof. dr. sc. Jakša Barbić i prof. dr. sc. Zoran Parać, magistarski rad o temi *Međunarodna mjenica - pokušaj ujednačenja angloameričkog mjeničnog prava i mjeničnog prava prema ženevskim konvencijama*.

Znanstvena novakinja Sandra Fabijanić-Gagro obranila je 28. prosinca 2000. na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, pred povjerenstvom u sastavu: prof. dr. sc. Maja Seršić, mentor, prof. dr. sc. Budislav Vukas i prof. dr. sc. Vladimir Ibler, magistarski rad s naslovom *Ovlaštenja država pri onečišćenju mora s brodova prema Konvenciji Ujedinjenih naroda o pravu mora*.

Znanstvena novakinja Marissabell Škorić obranila je 28. prosinca 2000. na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, pred povjerenstvom u sastavu: prof. dr. sc. Budislav Vukas, mentor, prof. dr. sc. Maja Seršić i prof. dr. sc. Vladimir Ibler, magistarski rad o temi *Progon stranog broda*.

Sudjelovanje na domaćim i međunarodnim znanstvenim skupovima

Doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić izlagala je o *Pravnoj prirodi pravila međunarodnoga ratnog i humanitarnog prava*, na stručnom seminaru MORH-a *Implementacija međunarodnog ratnog i humanitarnog prava*, održanom u Crikvenici od 5. do 9. lipnja 2000. Izlaganjem *The Control Mechanisms of the Charter* sudjelovala je na Konferenciji *Evaluating Policy Measures for Minority Languages in Europe: Towards effective, cost-effective and democratic implementation*, u organizaciji European Centre for Minority Issues, u Flensburgu, Njemačka, od 22. do 25. lipnja 2000.

Mlađi asistent Dario Đerđa sudjelovao je 29. i 30. lipnja 2000. u Zagrebu na Okruglom stolu *Pravni temelji za reformu lokalne samouprave u Hrvatskoj*, u organizaciji Hrvatskog pravnog centra.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević sudjelovao je kao predsjednik International Society of Family Law na *10th World Conference of the International Society of Family Law*, od 9. do 14. srpnja 2000. u Brisbanu (Australija), gdje je održao uvodni referat, pozdravnu i završnu riječ. Od 24. do 29. srpnja 2000. sudjelovao je na konferenciji International Law Association u Londonu.

Doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić održala je predavanje *Minorities: The Promotion and Protection of the Rights of Persons Belonging to National, Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, na *2nd Annual Summer School on Human Rights*, u organizaciji United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, održanoj u Dubrovniku od 17. do 28. srpnja 2000.

Prof. dr. sc. Susan Šarčević održala je, na poziv organizatora, predavanje o temi *Ansätze zu einer Theorie der Rechtsübersetzung: Bestimmung der Übersetzungsstrategie* na međunarodnom savjetovanju *Sprache, Recht, Kultur - Lingua, diritto, cultura* na Europäische Akademie u Bolzanu, Italija, od 7. do 9. rujna 2000.

Na međunarodnom skupu *Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina - implementacija i praksa*, što je održan u Lovranu od 19. do 21. listopada 2000. u organizaciji Zajednice Srba Rijeka, doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić izlagala je o temi *Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina*, dr. sc. Željko Bartulović o temi *Iz povijesti zaštite nacionalnih i vjerskih skupina u Hrvatskoj* te mr. sc. Sanja Barić o temi *Uloga nevladinih organizacija u okviru Vijeća Europe*.

Dr. sc. Željko Bartulović održao je 20. listopada 2000. predavanje *Propisi o javnozdravstvenoj zaštiti u Nettunskim konvencijama 1925.* na međunarodnom znanstvenom skupu *Rijeka i Riječani u medicinskoj povijesnici*. Skup je organiziralo od 19. do 20. listopada 2000. u Rijeci Hrvatsko znanstveno društvo za povijest zdravstvene kulture i Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. Na znanstvenom skupu *Grobnišćina: tragovi, znakovi i smjerokazi*, koji je u okviru znanstveno-stručne-kulturne manifestacije *Grobnička jesen* održan na Grobniku 4. studenoga 2000. u organizaciji Katedre čakavskog sabora Grobnišćine, predavao je o temi *Iz povijesti organizacije općina na Grobnišćini*. Predavanjem o temi *Hrvatska državnost u djelu akademika Luje Margetića* sudjelovao je na znanstvenom skupu u čast akademika Luje Margetića, održanom u organizaciji Povijesnog društva Rijeka, 24. studenoga 2000. u Zavodu za povijesne i društvene znanosti HAZU u Rijeci.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur izlagao je temu *Interpretativna uloga Ustavnog suda u radnopravnim i socijalnopravnim odnosima i sporovima* na međunarodnom savjetovanju *Interpretativna uloga Ustavnog suda* održanom u Novom Vinodolskom od 28. do 30. rujna 2000. Na *15th Biennial International Congress, Tourism and Hospitality Management: Trends and Challenges for*

the Future, Opatija, 25.-28. listopada 2000., sudjelovao je s radom *Regulation of Seasonal Work in Hotel Management and Tourism*. Na VI. međunarodnom simpoziju *Gospodarenje otpadom*, održanom u Zagrebu od 15. do 17. studenog 2000., izlagao je o temi *Elementi pravne odgovornosti kod odlaganja otpada na neuređenim odlagalištima komunalnog i opasnog otpada*.

Doc. dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat održala je na savjetovanju u Skopju od 3. do 5. studenoga 2000. predavanje o temi *Pravna vrela europskoga prava*. Savjetovanje su organizirale Hrvatska javnobilježnička komora i Notarska komora Republike Makedonije. Na međunarodnom znanstvenom skupu održanom 14. i 15. prosinca 2000. na Max-Planck-Institutu u Münchenu podnijela je referat *Die Globalisierung des Sozialrechtes und Transformationstaaten*.

Mr. sc. Sanja Barić izlagala je o *Pravnom okviru suradnje između države i nevladinih organizacija u RH* u Sofiji i Velikom Tarnovu, Bugarska, 22. do 26. studenog 2000., a 27. studenog 2000. g. u Zagrebu sudjelovala na tribini HHO o Nacrtu novog Zakona o udrugama.

Prof. dr. sc. Susan Šarčević izlagala je o temi *Translation Procedures for Legal Translators* na međunarodnom savjetovanju *Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union* održanom u Lovranu, od 8. do 9. prosinca 2000.

Prof. dr. sc. Velinka Grozdanić sudjelovala je u prosincu 2000. g. s referatom o temi *Kazne - nova rješenja u kaznenom zakonu i njihova provedba u sudskoj praksi* na XIII. redovitom savjetovanju Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu u Opatiji.

Doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić izlagala je o temi *Bilateral Agreements and the Charter on Minority and Regional Languages* na seminaru *Stability Pact Programme - Seminar on Legal Aspects of Rights of National Minorities*, što je održan u Zagrebu, 4. i 5. prosinca 2000.

Dr. sc. Željko Bartulović predavao je o temi *Ekologija i pravo, Auto-cesta kroz Gacku dolinu* na tribini u organizaciji čakavskog sabora pokrajine Gacke, u Gackom pučkom otvorenom učilištu u Otočcu, 21. prosinca 2000. Izlaganjem *Iz pravne povijesti riječke luke* sudjelovao je na skupu *Riječka luka* u organizaciji Muzeja Grada Rijeke, 25. siječnja 2001. u Rijeci.

Doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić održala je izlaganje *Universal and Regional Documents on the Protection of Human Rights and the Freedom of Expression* na skupu *Human Rights Program*. Skup je održan u organizaciji International Center for Education of Journalists u Opatiji 13. ožujka 2001. Na konferenciji *Linguistic Diversity: Challenge for Europe Cities and Regions*, Rovinj, 22.-23. ožujka 2001. održala je predavanje *The Role of the European Local and Regional Authorities in Promoting Linguistic Diversity*. O temi *La protezione delle minoranze in Europa* izlagala je na skupu *L'Istria e la minoranza italiana* 29.-30. ožujka 2001. održanom u organizaciji Università degli Studi di Trieste, Dipartimento di Scienze Politiche, u Trstu.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur sudjelovao je u Zagrebu 14. ožujka 2001. na savjetovanju *Novine u ostvarivanju i zaštiti prava iz radnih odnosa*, te na međunarodnom savjetovanju *Europske perspektive demokratske Hrvatske*, Zagreb, 6. lipnja 2001.

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić sudjelovao je s referatom *Integracija kriminalistike u obrazovanje pravnika* na znanstvenom simpoziju *Mjesto i perspektive kriminalističkih nauka i kriminalističke profesije u savremenim uslovima*, što je 19. i 20. ožujka 2001. održan u Sarajevu.

Doc. dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat održala je u lipnju 2001. predavanje o temi *Ugovori o pridruživanju* na tribini u organizaciji Hrvatskog društva pravnika, Rijeka.

Dr. sc. Željko Bartulović održao je u Senju 8. lipnja 2001. znanstveno predavanje *Iz povijesti Senja* na 5. simpoziju hrvatskih grafičara "Blaž Baromić", u organizaciji Društva hrvatskih grafičara, informatičara i nakladnika.

Mlađi asistent Dario Đerđa izlagao je na Međunarodnom skupu *Der Vertrag von Nizza und die Erweiterung der EU* u Varšavi, 11. i 12. lipnja 2001. o temi *European Citizenship and its Relation to the National Citizenship*.

Doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić izlagala je o temi *Clinical Legal Education Experience in Rijeka*, na *ABA - CEELI's Annual Meeting*, Zagrebu, 8.-11. srpnja 2001. Na *3rd Annual Summer School on Human Rights*, što je u organizaciji United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights održana od 16. do 27. srpnja 2001. u Malinskoj sudjelovala je predavanjem *The Promotion and Protection of the Rights of Persons Belonging to National, Ethnic, Religious and Linguistic Minorities Universal and Regional Level*.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević sudjelovao je u Vancouveru (Kanada) od 20. do 28. kolovoza 2001. na sesiji Institut de droit international. Na konferenciji je postao redovni član Instituta i određen za referenta o temi *Registered Partnerships in Private International Law*.

Prof. dr. sc. Susan Šarčević sudjelovala je s referatom *Multilingualism in the European Union: The Challenge of Enlargement* na III. svjetskom kongresu *European Society for Translation Studies*, održanom na Copenhagen School of Business, Danska, od 30. kolovoza do 1. rujna 2001.

Doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić izlagala je o temi *Pravni položaj Rijeke od Rapalskog do Rimskog ugovora*, na Međunarodnom znanstvenom skupu *Država i pravna pitanja novije povijesti sjevernojadranskog područja*, održanom 7. i 8. rujna 2001. u Mošćenicama u organizaciji Katedre za pravnopovijesne znanosti Pravnog fakulteta u Rijeci. Na istom skupu dr. sc. Željko Bartulović sudjelovao je s predavanjem *Nettunske konvencije*, mlađi asistent Dario Đerđa s izlaganjem *Državljanstvo na području Slobodnog Teritorija Trsta*, a znanstveni novak Budislav Vukas s prethodnim priopćenjem *Neka međunarodno-pravna pitanja o "suverenitetu" NDH na sjevernojadranskom području 1941.-1945.*

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur sudjelovao je priopćenjem o temi *Radna i socijalna prava - osnov pravne sigurnosti u nacionalnim i međunarodnim odnosima* na međunarodnom savjetovanju *Ustav kao jamac principa pravne države u međunarodnom i gospodarskom prometu*, održanom od 26. do 28. rujna 2001. u Novom Vinodolskom.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević organizirao je u okviru Interuniversity Center u Dubrovniku, od 1. do 5. listopada 2001. poslijediplomski međunarodni seminar na engleskom jeziku o temi *International Commercial Arbitration*, na kojem je bio i jedan od izlagača. Ostali predavači bili su: J. Bredow (Bonn), C. Tomas (Washington), G. Herrmann (Beč), S. Lebedev (Moskva), P. Lalive (Ženeva), J. Sekolec (Beč - UNCITRAL), A. Carlevaris (Pariz). Na godišnjoj skupštini China Society of Private International Law održanoj u Xianu (N.R. Kina), 20. listopada 2001. govorio je o temi *New Developments in Private International Law*. Sudjelovao je kao referent na konferenciji ILA Committee on International Family Law, održanoj u Tokiju 31. listopada 2001.

Nastavnici Fakulteta kao gostujući predavači

Prof. dr. sc. Susan Šarčević održala je predavanje *Multilingual Communication in the Law* 12. rujna 2000. na Pravnom fakultetu u Oslu, Norveška, te 13. rujna 2000. na Pravnom fakultetu u Bergenu, Norveška.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević predavao je 12. rujna 2000. na Pravnom fakultetu u Bergenu (Norveška) te 13. rujna na Pravnom fakultetu u Bergenu (Norveška) o temi *Succession of Foreign Bank Accounts*.

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić predavao je kao gostujući profesor na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Mostaru, Fakultetu kriminalističkih nauka u Sarajevu te na Central European University, Budapest. Kao gostujući profesor na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Macerati drži predavanja iz kolegija *Diritto e procedura penale comparati: la comparazione dei principali sistemi europei del diritto e procedura penale* u okviru dodiplomskog studija.

Dr. sc. Željko Bartulović predaje na pravnim fakultetima sveučilišta u Mostaru i Bihaću.

Doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić predavala je o temi *Documents Regulating Human Rights* u okviru Philosophy of Human Rights poslijediplomskog studija *Democracy and Human Rights in South-East Europe*, Sarajevo, 29.-31. siječnja 2001.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević bio je od 1. travnja do 30. lipnja 2001. gost profesor na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Fribourgu, Švicarska. Predavao je na predmetu Schweizerisches Internationales Privatrecht i izbornom predmetu Principles of Business Law in Countries in Transition. O temi *Private International Law of Money and Monetary Transactions* održao je niz predavanja u N.R. Kini: 9. listopada 2001. na Eastern University of Law and Politics u Šangaju te od 15. do 19. listopada 2001. na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Wuhanu.

Prof. dr. sc. Susan Šarčević održala je 10. listopada 2001. na Eastern University of Law and Politics u Šangaju, NR Kina predavanja s temom *New Developments in Legal Translation: From Canada to Hong Kong*. Od 15. do 19. listopada 2001. održala je na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Wuhanu, NR Kina, seriju predavanja za postdiplomante *Formulating Obligations, Prohibitions, Permissions and Authorizations in English and Chinese*.

Stručna usavršavanja u zemlji i inozemstvu

Mr. sc. Sanja Barić sudjelovala je 1. lipnja 2000. u Zagrebu na prezentaciji projekta *Mogućnosti suradnje između neprofitnog sektora i države* u suradnji s Vladinim uredom za udruge i Međunarodnim centrom za neprofitno pravo iz Budimpešte, te na seminaru Ministarstva vanjskih poslova *O harmonizaciji zakonodavstva RH s Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava, članak 11.*, održanom u Opatiji, 26. i 27. lipnja 2000. Od 15. do 22. srpnja 2000. usavršavala se iz područja zakonskog okvira djelovanja nevladinih organizacija u Pragu, u organizaciji i uz financiranje USAID-a. U rujnu 2000. sudjelovala je u Budimpešti na trainingu za mlade asistente i znanstvene novake s područja bivše Jugoslavije, u organizaciji Constitutional and Legislative Policy Institute. Obradivalo se europsko pravo, ustavni temelji, četiri slobode i uloga Europskog suda pravde. U listopadu 2000. sudjelovala na savjetovanju *Interpretativna uloga ustavnog suda* u Novom Vinodolskom.

Znanstvena novakinja Ivana Kunda pohađala je ljetnu školu na Geneva Institute in Transnational Law u Švicarskoj, u organizaciji Duke University School of Law, SAD, od 10. srpnja do 9. kolovoza 2000.

Mr. sc. Sanja Barić i znanstvena novakinja Ivana Kunda sudjelovale su u Mošćeničkoj Dragi od 18. do 22. rujna 2000. na tečaju *Analiza Europske Unije*, u organizaciji Ministarstva za europske integracije u suradnji s European Policy Information Centre iz Londona.

Doc. dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat boravila je tijekom listopada 2000. g. na Max-Planck-Institutu u Münchenu.

Znanstvena novakinja Ivana Kunda sudjelovala je u Lovranu od 8. do 9. prosinca 2000. na tečaju *Pravno prevođenje: Priprema za pristupanje Europskoj uniji*, održanom u organizaciji Ministarstva za europske integracije i Pravnog fakulteta u Rijeci.

Znanstvene novakinje Eva Kucich i Ana Pošćić posjetile su 15. veljače 2001. Ministarstvo za europske integracije, te tom prigodom prisustvovala predavanju o temi *Izazovi procesa europskih integracija*.

Mr. sc. Sanja Barić sudjelovala je od 31. ožujka do 7. travnja 2001. na seminaru o neprofitnom pravu u Berlinu.

Znanstvena novakinja Nataša Žunić Kovačević sudjelovala je u travnju i listopadu

2001. u prvom i drugom ciklusu radionica za sveučilišne nastavnike i suradnike te članove Universitas. Voditelj radionica bio je David Baume, direktor Teaching Development Centre for Higher Education Practice, s The Open University London.

Mlađi asistent Dario Đerđa i stručna suradnica Sandra Laleta boravili su od 15. svibnja do 15. srpnja 2001. g. kao stipendisti Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit na Sveučilištu u Regensburgu, Njemačka, radi pisanja magistarskih radnji *Državljanstvo Europske unije*, odnosno *Odgovornost za štetu koju prouzroči radnik na radu i u vezi s radom trećim osobama*.

Znanstveni novak Budislav Vukas sudjelovao je u radu Međunarodnog stručnog tečaja *Law of the sea at the beginning millenium*, koji je u organizaciji Interuniverzitetskog centra Dubrovnik održan od 4. do 9. lipnja 2001. u Dubrovniku.

Mr. sc. Sanja Barić sudjelovala je 6. lipnja 2001. u Zagrebu na jednodnevnoj konferenciji njemačkih zaklada aktivnih u RH o temi *Europske perspektive demokratske Hrvatske: Pravna država*.

Znanstvena novakinja Ivana Kunda pohađala je od 2. do 20. srpnja 2001. ljetni tečaj iz međunarodnog privatnog prava u organizaciji Hague Academy of International Law, Nizozemska.

Znanstveni novaci Ivana Kunda, Eva Kucich, Marko Maljevac i Ana Pošćić prisustvovali su predavanju o temi *Tržišno natjecanje i državna pomoć* u okviru radionice *Usklađivanje zakonodavstva u prioritetnim područjima i Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju*, održane 7. lipnja 2001. u Zagrebu.

Znanstvene novakinje Eva Kucich i Ana Pošćić sudjelovale su od 19. kolovoza do 1. rujna 2001. na *XLIII Séminaire de droit comparé* u Urbinu, Italija.

Znanstvene novakinje Ivana Kunda, Eva Kucich i Ana Pošćić pohađale su tečaj *International Commercial Arbitration* u okviru Interuniverzitetskog centra u Dubrovniku, pod pokroviteljstvom UNCITRAL-a, od 1. do 6. listopada 2001.

Članstvo u radnim skupinama za izradu Zakona

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić sudjelovao je kao član radne skupine u izradi Nacrta Kaznenog zakona, Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, te izmjena Zakona o kaznenom postupku. Koordinator je radne skupine za izradu Nacrta Zakona o sprječavanju neovlaštene uporabe opojnih droga.

Novi poslijediplomski studij

16. studenog 2000. započela su predavanja na novom poslijediplomskom studiju Pravnog fakulteta u Rijeci *Pravo europskih organizacija*. Od 1. ožujka 2001. studij druge generacije poslijediplomanata financirat će se preko TEMPUS programa Europske komisije EU.

Predstavljanje knjiga

Knjiga akademika Luje Margetića *Hrvatska i crkva u srednjem vijeku. Pravnopovijesne i povijesne studije*, objavljena u Biblioteci Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, predstavljena je 30. listopada 2000. O knjizi su govorili akademik Franjo Šanjek, prof. dr. sc. Mladen Montana, prof. dr. sc. Miomir Matulović i sam autor.

Brošura mr. sc. Sanje Barić *Pravni okvir suradnje država i neprofitnih organizacija u RH*, predstavljena je na Danima udruga u Zagrebu 8. prosinca 2000.

Na okruglom stolu o knjizi *Nationalism and Ethnic Conflict - Philosophical Perspectives* (ed. Nenad Mišćević), u izdanju nakladnika Open Court, Chicago and La Salle, Illinois, 15. prosinca 2000. govorili su doc. dr. sc. Elvio Baccarini, prof. dr. sc. Miomir Matulović, prof. dr. sc. Nenad Mišćević, mr. sc. Neven Petrović, prof. dr. sc. Ivan Padjen i prof. dr. sc. Žarko Puhovski.

O knjizi prof. dr. sc. Vinka Hlače *Hrvatsko prometno pravo i međunarodne konvencije*, objavljenj u izdanju Biblioteke Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, govorili su u prigodi njezina predstavljanja 19. prosinca 2000. prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur, prof. dr. sc. Milovan Jovanović, prof. dr. sc. Miomir Matulović i sam autor.

Knjiga prof. dr. sc. Marinka Đ. Učura *Socijalno pravo*, u izdanju Informatora, Zagreb, predstavljena je u Institutu za ljudska prava, Novi Vinodolski, 15. svibnja 2001. O knjizi i autoru govorili su: dr. sc. Jadranko Crnić, dr. sc. Nikola Filipović, prof. dr. sc. Boris Buklijaš i mr. sc. Mato Arlović.

Donacije knjiga

U ožujku 2001. pristigla je donacija 74 naslova Deutsche Forschungsgemeinschafta, Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit iz Bonna.

U srpnju 2001. g. Biblioteka Pravnog fakulteta primila je donaciju od 3500 svezaka knjiga i periodike Fondacije Sabre.

Savjetovanja i seminari u organizaciji Fakulteta

U Lovranu je 8. i 9. prosinca 2000. održano Savjetovanje *Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union* u organizaciji Pravnog fakulteta u Rijeci i u suradnji s Ministarstvom za europske integracije Republike Hrvatske. Voditeljica savjetovanja bila je prof. dr. sc. Susan Šarčević. Na savjetovanju su izlagali: Pascale Berteloot (Translation Directorate, European Court of Justice), prof. dr. sc. Maja Bratanić (glavna urednica 'Pojmovnik Eurovoc', Zagreb), prof. dr. Jean-Claude Gémard (École de traduction de l'Université de Geneve), Paolo Gozzi (TAIEX, European Commission), prof. dr. sc. Vladimir Ivir

(Filozofski fakultet u Zagrebu), Adriana Krstić (Služba Vlade Republike Slovenije za evropske zadeve), Eric Lavigne (Translation Service of the European Commission), prof. dr. sc. Susan Šarčević (Pravni fakultet u Rijeci), Emma Wagner (Translation Directorate, European Commission). Radovi sa seminara objavljeni su na engleskom jeziku u knjizi: *Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union*, koje je urednica: prof. dr. sc. Susan Šarčević, izdanje Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2001.

Savjetovanje *Vlasništvo - obveze - postupak* održano je od 4. do 6. travnja 2001. u Poreču. Na Savjetovanju su izlagali vrsni profesori i suci iz Hrvatske i Italije. S Pravnog fakulteta u Rijeci sudjelovali su: prof. dr. sc. Dragutin Ledić, prof. dr. sc. Aldo Radolović, prof. dr. sc. Petar Simonetti, prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur, doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić i mr. sc. Eduard Kunštek. Voditelj Savjetovanja bio je prof. dr. sc. Petar Simonetti, a radovi su objavljeni u Zborniku Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 22, br. 1 (2001.).

Pravni fakultet u Rijeci u suradnji s Juristische Fakultät der Technischen Universität Dresden te uz potporu Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. i Deutscher Akademischer Austauschdienst iz Bonna organizirao je stručni tečaj *Njemačka pravna škola (Deutsche Rechtsschule)* od 1. ožujka do 30. lipnja 2001., na kojem je sudjelovalo 40-ak polaznika.

U organizaciji Katedre za pravnopovijesne znanosti Pravnog fakulteta u Rijeci održan je 7. i 8. rujna 2001. godine u Mošćenicama međunarodni znanstveni skup *Država i pravna pitanja novije povijesti sjevernojadranskog područja*. Na skupu su, uz ostale, izlagali nastavnici Fakulteta: doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, dr. sc. Željko Bartulović, mlađi asistent Dario Đerđa i znanstveni novak Budislav Vukas.

Na Pravnom fakultetu u Rijeci od 26. do 27. listopada 2001., u suradnji s Institutom za kriminologiju pri Pravnoj fakulteti u Ljubljani održan je Međunarodni znanstveni skup *Žene i kazna zatvora*. Voditeljica i predsjednica organizacionog odbora bila je prof. dr. sc. Velinka Grozdanić. Uz nju s Pravnog fakulteta u Rijeci izlagale su doc. dr. sc. Ute Karlavaris-Bremer i doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić. Svi radovi objavljeni su u knjizi *Žene i kazna zatvora*, u izdanju Biblioteke Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci.

U navedenom razdoblju prof. dr. sc. Petar Simonetti organizirao je i vodio tjedne kružoke iz građanskog prava, na kojima su sudjelovali asistenti, znanstveni novaci te polaznici poslijediplomskog studija na Pravnom fakultetu u Rijeci, među kojima i stručnjaci iz prakse. Prof. dr. sc. Petar Simonetti održavao je i tjedne kružoke iz Stvarnog prava s grupom studenata.

TEMPUS program

Europska Unija će kroz TEMPUS program, u razdoblju od 1. ožujka 2001. do 1. ožujka 2002. financirati Poslijediplomski znanstveni studij *Pravo europskih integracija*. Studij se izvodi u suradnji s četiri druga pravna fakulteta članova

konzorcija: iz Macerate i Genove (Italija), Tilburga (Nizozemska) i Osijeka (Hrvatska), te s uglednim profesorima s više njemačkih fakulteta kao i dvije njemačke zaklade: Zakladom za međunarodnu pravnu suradnju iz Bonna i Zakladom DAAD, te Pravnim fakultetom Tehničkog sveučilišta u Dresdenu. Projekt riječkog Pravnog fakulteta zauzeo je visoko četvrto mjesto između prijavljenih 40-ak projekata, te je time u Hrvatskoj omogućen prvi izvorno europski poslijediplomski pravni studij, na kojem se većina predavanja izvodi na engleskom jeziku. Za polaznike studija predviđena je mogućnost okončanja studija i stjecanja magistarske diplome na nekom od europskih fakulteta.

Iz Biblioteke...

Voditeljica Biblioteke Senka Tomljanović predstavila je 25. listopada 2000. web stranice Knjižnice na 1. stručnom skupu knjižnica hrvatskih učilišta u Splitu.

U jesen 2001. g. otpočela je prva faza realizacije programa informatizacije knjižničnog poslovanja: uspostavljenje on-line kataloga knjižnice dostupnog za pretraživanje putem Interneta i elektronsko preuzimanje kataložnih zapisa Nacionalne i sveučilišne knjižnice u lokalni katalog Knjižnice Pravnog fakulteta.

Dovršen je idejni projekt za nadogradnju Fakulteta u okviru koje će knjižnica dobiti adekvatan prostor za odvijanje svoje djelatnosti.

Studentske aktivnosti

VIII. godišnje Villem C. Vis međunarodno natjecanje u trgovačkoj arbitraži

Sudjelovanjem na prestižnom međunarodnom fakultetskom natjecanju *Villem C. Vis International Arbitration Moot*, čiji se finalni dio održao od 7. do 12. travnja 2001. u Beču, studenti Pravnog fakulteta u Rijeci, Zuica Bačev, Maja Hajduković, Tanja Milin, Ivana Radić, Davor Pindulić i Marjeta Vehovec, pod vodstvom mentora prof. dr. sc. Petra Šarčevića, doc. dr. sc. Vesne Tomljenović i dipl. iur. Ivane Kunda, postigli su iznimne rezultate. Naime, u konkurenciji 94 fakulteta iz 32 zemlje svijeta, od ukupno četiri kategorije u kojima se dodjeljuju nagrade, studenti riječkog Pravnog fakulteta ostvarili su uspjeh u čak tri kategorije. Tako je u kategoriji najboljeg govornika studentica Ivana Radić zauzela drugo mjesto, dok je studentski tim Pravnog fakulteta izvanrednim nastupima na ročištima osigurao mjesto među finalistima. Time se ime Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci našlo među imenima elitnih inozemnih sveučilišta kao što su Harvard i Loyola iz SAD-a, Monash, Deakin i Queensland iz Australije te Münster, Köln i Humboldt iz Njemačke. Pored navedenoga, riječki Pravni fakultet nagrađen je za izradu pisanog podneska Odgovora na tužbu, a temeljem evaluacije eminentnih stranih pravnih stručnjaka koji su ga ocijenili jednim od deset najboljih radova. Posebnu važnost uspjehu studenata Pravnog fakulteta pridodaje okolnost da se cjelokupno natjecanje odvijalo na engleskom jeziku.

Tribine u organizaciji Studentskog zbora

U organizaciji s Katedrom za kazneno postupovno pravo 10. listopada 2001. održana je studentska tribina o temi *Zakon o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta*, na kojoj su sudjelovali prof. dr. sc. Berislav Pavišić, doc. dr. sc. Edita Čulinović Herc i mr. sc. Marissabell Škorić.

8. studenog 2001. godine na tribini o temi *Terorizam protiv terorizma - terorizam kapitala* predavao je prof. dr. sc. Milovan Jovanović, voditelj Katedre za političku ekonomiju.

Iz bogate aktivnosti ELSA-e Rijeka izdvajamo...

U prosincu 2000. g. Izvršni odbor ELSA-e Rijeka sudjelovao je na polugodišnjoj skupštini te na seminaru o aspektima pridruživanja Republike Hrvatske Europskoj Uniji u Zagrebu.

Članovi ELSA-e Rijeka Iva Tuhtan, Marjeta Vehovec, Maša Šarar, Davor Pindulić i Ivan Beletić-Tatić sudjelovali su u travnju 2001. g. u proslavi 20. godišnjice ELSA-e International i International Council Meetinga u Beču.

ELSA Rijeka bila je u svibnju 2001. g. domaćin dvodnevne nacionalne skupštine ELSA-e Hrvatske na Krku.

Na training weeku, održanom u Bruxellesu u srpnju 2001. g. sudjelovale su Sunčana Dokmanović i Iva Tuhtan.

Od ljetnog semestra ak. god. 2000./2001. u suradnji s Pravnim fakultetom organiziran je tečaj govornišтва pod vodstvom Jasne Zrinišćak-Šebelić.

Od ostalih aktivnosti u sklopu ELSA-e Rijeka djelovale su radne skupine koje su se bavile problematikom zaštite ljudskih prava, voditeljica Senita Hopovac, ustrojstvom i djelatnostima ICTY-A, voditelj Bojan Tomić, i Debatni klub u organizaciji Davora Pindulića.

UPUTE AUTORIMA

Časopis objavljuje radove koji se recenziraju i one koji ne podliježu recenzentskom postupku. Recenzirani radovi kategoriziraju se u ove kategorije:

- * izvorni (originalni) znanstveni članak - original scientific paper
- * prethodno priopćenje - preliminary communication
- * pregledni znanstveni članak - review
- * izlaganje (referat) sa znanstvenog skupa - conference paper
- * stručni članak - professional paper

Izvorni znanstveni članak sadrži dosad još neobjavljene rezultate izvornih istraživanja. Prethodno priopćenje sadrži nove rezultate znanstvenih istraživanja, koji zahtijevaju brzo objavljivanje. Pregledni znanstveni članak mora biti originalan, sažet i kritički prikaz jednog područja ili njegova dijela u kojem autor i sam aktivno sudjeluje. Mora biti istaknuta uloga autorova izvornog doprinosa u tom području s obzirom na već publicirane radove, kao i pregled tih radova. Izlaganje sa znanstvenog skupa, prethodno referirano na takvom skupu, mora biti objavljeno u obliku cjelovitog članka, i to samo ako nije prije toga objavljeno u zborniku skupa. Stručni članak sadrži korisne prijedloge iz određene struke i ne mora sadržavati izvorna istraživanja.

Odluku o kategorizaciji pojedinog rada donosi uredništvo na temelju prijedloga dva recenzenta.

Rad će se objaviti jedino temeljem pozitivnih recenzija.

Prihvatanje kategoriziranih članaka za objavljivanje obvezuje autora da isti članak ne smije objaviti na drugomu mjestu bez dopuštenja uredništva časopisa ako je ono članak prihvatilo, a i tad uz podatak o tome gdje je prvi put članak objavljen. Kategorija članka navodi se u zaglavlju članka i u sadržaju sveska. Ostali se prilozi koje časopis objavljuje, ne kategoriziraju.

Radovi predloženi za objavljivanje moraju zadovoljiti sljedeće:

1. Rukopis ne smije biti već objavljen ili u tom cilju upućen drugom časopisu;
2. Naslov mora biti koncizan i istovremeno informativan;
3. U lijevom kutu naslovne stranice rukopisa treba stajati ime i prezime autora te naziv i adresa ustanove u kojoj radi;
4. Uz rukopis je potrebno priložiti objašnjenje o značenju upotrijebljenih kratica i simbola;
5. Tablice moraju biti pregledno i korektno priređene, te uredno opisane (broj, naslov, legenda);
6. Bilješke se posebno prilažu rukopisu;
7. Izvorni znanstveni radovi, prethodna priopćenja, pregledni 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 skraćen 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
- * conference paper
- * review article
- * 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 Supplement broj 1 (2001.) - Spomenica akademiku Luji Margetiću:

Antun Cvitanić, Znanstveni doprinos akademika Luje Margetića (U povodu 80 godina njegova života); **Petar Strčić**, Prilog ocjeni života i djela L. Margetića (do kraja 80-ih godina); **Eugen Pusić**, Lokalna samouprava u Njemačkoj; **Magdalena Apostolova Maršavelski**, Zagrebački Gradec - *dacia regis, taxa communitatis, servicia communis*; **Sima Avramović**, Retra efora Epitadeja i testament u spartanskom pravu; **Ivan Mirnik**, O kasnorimskom i bizantskom novcu 5.-13. st. u kontinentalnoj Hrvatskoj; **Slobodan Čače**, Plinije kao izvor za povijest srednje Dalmacije do druge polovice 1. st. po Kr.; **Peter Štih**, O seznamu škofov v Paulus Diaconus, Historia Langobardorum III, 26; **Dalibor Čepulo**, Hrvatsko-ugarska nagodba i reforme institucija vlasti u Hrvatskom saboru 1868.-1871.; **Mirela Šarac**, Odgovornost za savjet u rimskom pravu; **Željko Bartulović**, Djelovanje Hrvatske seljačke stranke na Sušaku 1920.-1940.; **Nado Grubić**, Koncept pučke politike Antuna Radića; **Gherardo Ortalli**, Igrač (kockar) između patologije i prava (Bilješke o srednjem vijeku u Istri i Dalmaciji); **Isabella Rosoni**, La fisiognomica: Alle origini del ragionamento indiziario; **Tomislav Raukar**, Splitsko društvo u "Salonitanskoj povijesti" Tome Arhidakona; **Hodimir Sirotković**, Vladko Maček i pravna izgradnja Banovine Hrvatske; **Franjo Šanjek**, Srednjovjekovna Istra u križištu civilizacija i kultura; **Gian Antonio Benacchio**, Croazia: Dalla Federazione Jugoslava all'Unione Europea; **Stjepan Damjanović**, Hrvatski jezični prostor u srednjem vijeku; **Neda Engelsfeld**, Riječka rezolucija i Hrvatska pučka seljačka stranka; **Anto Milušić**, Povijesne odluke Hrvatskog sabora od 25. lipnja i 8. listopada 1991.; **Aleksandar Stipčević**, Knjižnica bibrirskoga kneza Pavla II. iz 1346. godine; **Srdan Šarkić**, Pojam braka u rimskom, vizantijskom i srpskom srednjovjekovnom pravu; **Ivo Goldstein**, 11. stoljeće: Hrvatska istiskuje Bizant iz Dalmacije; **Antonija Smolaka Kotur**, Dioklecijan i rimsko privatno pravo; **Franjo Emanuel Hoško**, Lanosovićev rukopis *Jus publicum ecclesiasticum* (1783.) i ključne postavke jozefinističkog crkvenog prava; **Anamari Petranović**, *Emptor* u kupoprodaji *rei alienae*; **Dragutin Ledić**, Pravna vrela trgovačkog prava; **Nenad Hlača**, *Impedimenta impediencia* - bračne zabrane.

PRETPLATITE SE I UŠTEDITE 20%!



Naručujem/o ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

• po pretplatničkoj cijeni od **144,00 kn**:

- ☐ Vol. 20 br. 1 i br. 2 (1999.): _____ primjeraka
- ☐ Vol. 21 br. 1 i br. 2 (2000.): _____ primjeraka
- ☐ Vol. 22 br. 1 i br. 2 (2000.): _____ primjeraka

• po pretplatničkoj cijeni od **216,00 kn**:

- ☐ Vol. 22 br. 1, br. 2 i Supplement (2001.): _____ primjeraka

• pojedini broj po cijeni od **90,00 kn** (bez popusta):

- ☐ Vol. ____ br. ____: _____ primjeraka
- ☐ Vol. ____ br. ____: _____ primjeraka

Ime i prezime/Poduzeće/ Ustanova:

Sjedište, adresa, telefon, fax:

MB / JMBG _____

U _____, _____ 2002. godine

MP

Potpis:



Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci, broj: 33800-603-3140.

Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka

Tel./fax 051/675-121, fax 051/675-113

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. (unutarnja cijena: 100,00 kn; vanjska cijena: 140,00 kn)*
- Lujo Margetić, Mile Boras, *Rimsko pravo, 1998. (unutarnja cijena: 150,00 kn; vanjska cijena: 175,00 kn)*
- V. Đ. Dečan, *Međunarodno pravo, 2000. (unutarnja cijena: 250,00; vanjska cijena: 450,00 kn)*
- Vinko Hlača, *Hrvatskoprometno pravo i međunarodne konvencije, 2000. (unutarnja cijena: 125,00 kn; vanjska cijena: 250,00 kn)*
- Vinko Hlača, *Hrvatsko pomorsko pravo. Izabrani radovi, 2001. (unutarnja cijena: 110,00 kn; vanjska cijena: 300,00 kn)*

Monografije:

- Robert Blažević, *Politički poretci i legitimitet, 1995. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 50,00 kn)*
- Lujo Margetić, *Istra i Kvarner. Izbor studija, 1996. (unutarnja cijena: 50,00 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: 60,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Edita Čulinović-Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, 1998. (unutarnja cijena: 60,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Boris Banovac, *Društvena pripadnost, identitet, teritorij, 1998. (unutarnja cijena: 50,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Lujo Margetić, *Rimsko pravo. Izabrane studije, 1999. (unutarnja cijena: 50,00 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: 100,00 kn; vanjska cijena: 100,00 kn)*
- Petar Simonetti, *Rasprave iz stvarnog prava, 2001. (unutarnja cijena: 100,00 kn; vanjska cijena: 148,00 kn)*

Godišnja predavanja:

- Lujo Margetić, *Rimsko pravo kao europski pravni fenomen i hrvatska pravna povijest, 1997. (rasprodano)*

Zbornici sa znanstvenih skupova:

- Vinko Hlača (priredio), *Pomorsko dobro i koncesije, 1995. (rasprodano)*
- Vinko Hlača (priredio), *Pomorsko dobro. Društveni aspekti upotrebe i korištenja, 1996. (rasprodano)*
- Velinka Grozdanić, Alenka Selih, *Žene i kazna zatvora, 2001. (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 128,00 kn)*
- Susan Šarčević, *Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union, 2001. (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 128,00 kn)*

Komentari:

- Željko Horvatić, Milan Batinica, Ante Škorić, Borislav Blažević, Ivica Crnić i Petar Veić, *Komentar Zakona o prekršajima, 1996. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić i Velinka Grozdanić, *Komentar Osnovnoga krivičnog zakona Republike Hrvatske, 1996. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o sigurnosti prometa na cestama, 1995. (rasprodano)*
- Vinko Hlača i Gordan Stanković, *Pravo zaštite morskog okoliša. Priručnik odabranih propisa, 1997. (unutarnja cijena: 50,00 kn; vanjska cijena: 60,00 kn)*

Prijevodi:

- Ralph Folsom, Michalc Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi, 1998. (besplatno izdanje)*
- T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice, 1999. (besplatno izdanje)*
- R.L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje, 1999. (besplatno izdanje)*

Priručnici:

- Miomir Matulović, Berislav Pavišić, *Dokumenti Vijeća Europe, 2001. (unutarnja cijena: 120,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)*

Nakladnik **PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA URIJECI**

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel./fax: 051/675-121

Dekanat tel.: 051/675-596 fax: 051/675-113

e-mail: skriptarnica@pravri.hr

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____
Ime i prezime _____
Ulica i kućni broj _____
Mjesto i poštanski br. _____
MB/JMBG _____
Tel./Fax _____
Datum _____
Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem _____ primjerak(a) knjige

1. _____
2. _____
3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

br. 33800-603-3140 poziv na broj 050-50

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

**BIBLIOTEKA
ZAVODA ZA KAZNE NE ZNANOSTI MOŠĆENICE**

www.pravri.hr/zavodi/zkz

e-mail: zkz@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. (unutarnja cijena: 123,00 kn; vanjska cijena: 200,00 kn)
- Berislav Pavišić, Petar Včić, *Komentar Kaznenoga zakona*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, 1999.
- Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o kaznenom postupku s prilogima*, Rijeka, 2000. (rasprodano)
- Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o kaznenom postupku s prilogima*, 2. izd., Knj. 1, 2001. (rasprodano)
- *Kazneni zakon, redakcijski pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, priredio: Berislav Pavišić, Rijeka, 2001. (rasprodano)
- *Kazneni zakon, redakcijski pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, priredio: Berislav Pavišić, Rijeka, 2. izd., 2001. (rasprodano)
- *Ley penal croata, coordinacion de Davide Bertaccini*, Berislav Pavišić, Máximo Sozzo, Rijeka, 2001. (unutarnja i vanjska cijena: 60,00 kn)
- *Kazneni zakoni*, priredio: Berislav Pavišić, Rijeka, 2001. (unutarnja cijena: 100,00 kn; vanjska cijena: 145,00 kn)

Nakladnik **PRAVNIFAKULTETSVEUČILIŠTA URIJECI**

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel./fax: 051/675-121

Dekanat tel.: 051/675-596 fax: 051/675-113

e-mail: skriptarnica@pravri.hr

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____
Ime i prezime _____
Ulica i kućni broj _____
Mjesto i poštanski br. _____
MB/JMBG _____
Tel./Fax _____
Datum _____
Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem _____ primjerak(a) knjige

1. _____
2. _____
3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

br. 33800-603-3140 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 2001. godini za Vol. 22., br. 1, 2 i Supplement
(prema abecednom redu)*

Dr. sc. Gianmaria Ajani - Torino/I	Dr. sc. Zoran Kanduč - Ljubljana/SLO
Dr. sc. Mira Alinčić - Zagreb	Dr. sc. Petar Klarić - Zagreb
Dr. sc. Magdalena Apostolova Maršavelski - Zagreb	Dr. sc. Polonca Končar - Ljubljana/SLO
Dr. sc. Jakša Barbić - Zagreb	Dr. sc. Janez Kranjc - Ljubljana/SLO
Dr. sc. Vesna Barić-Punda - Split	Dr. sc. Slavica Krneta - Sarajevo/BiH
Dr. sc. Vlado Belaj - Osijek	Dr. sc. Anita Kurtović - Split
Akademik Dušan Bilandžić - Zagreb	Dr. sc. Dragutin Ledić - Rijeka
Dr. sc. Ivo Borković - Split	Akademik Lujo Margetić - Rijeka
Dr. sc. Petar Bosnić - Split	Dr. sc. Ivan Marković - Rijeka
Dr. sc. Lovre Božina - Pula	Dr. sc. Nicola Mazzacuva - Macerata/I
Dr. sc. Rajko Bratož - Ljubljana/SLO	Dr. sc. Dragan Medvedović - Zagreb
Akademik Josip Bratulić - Zagreb	Dr. sc. Đorđe Milović - Rijeka
Dr. sc. Jadranko Crnić - Zagreb	Dr. sc. Petar Novoselec - Zagreb
Dr. sc. Antun Cvitanić - Split	Dr. sc. Berislav Pavišić - Rijeka
Dr. sc. Leo Cvitanović - Zagreb	Dr. sc. Anamari Petranović - Rijeka
Dr. sc. Edita Čulinović-Herc - Rijeka	Dr. sc. Silvija Petrić - Split
Dr. sc. Julijan Dobrinić - Rijeka	Dr. sc. Zorina Pinoza-Kukurin - Rijeka
Dr. sc. Neda Engelsfeld - Zagreb	Dr. sc. Ada Polajnar-Pavčnik - Ljubljana/SLO
Dr. sc. Andrija Eraković - Zagreb	Dr. sc. Siniša Petrović - Zagreb
Dr. sc. Nikola Gavella - Zagreb	Dr. sc. Vesna Radović - Zagreb
Dr. sc. Antun Giron - Rijeka	Akademik Tomislav Raukar - Zagreb
Dr. sc. Igor Gliha - Zagreb	Dr. sc. Anton Ravnić - Zagreb
Dr. sc. Vilim Gorenc - Zagreb	Dr. sc. Petar Simonetti - Rijeka
Dr. sc. Miroslav Goreta - Zagreb	Dr. sc. Ivo Sever - Rijeka
Dr. sc. Ivo Grbin - Zagreb	Dr. sc. Zvonimir Slakoper - Zagreb
Dr. sc. Velinka Grozdanić - Rijeka	Dr. sc. Antonija Smodlaka Kotur - Split
Dr. sc. Ivan Henneberg - Zagreb	Dr. sc. Aleksandar Stipčević - Zagreb
Dr. sc. Nenad Hlača - Rijeka	Dr. sc. Zlatan Stipković - Zagreb
Dr. sc. Marko Ilesić - Ljubljana	Akademik Siniša Triva - Zagreb
Prof. Gaetano Insolera - Macerata/I	Dr. sc. Ksenija Turković - Zagreb
Dr. sc. Šime Ivanjko - Maribor/SLO	Dr. sc. Franjo Šanjek - Zagreb
Dr. sc. Božidar Jelčić - Zagreb	Dr. sc. Lojze Ude - Ljubljana/SLO
Dr. sc. Tatjana Josipović - Zagreb	Dr. sc. Alan Uzelac - Zagreb
Dr. sc. Marijan Jurčević - Rijeka	Dr. sc. Budislav Vukas - Zagreb
Dr. sc. Ljiljana Kaliterna - Zagreb	Dr. sc. Bojan Zabel - Ljubljana/SLO

Vol. 22 br. 2 (2001)

I. Članci:

Lujo Margetić,
Neka pitanja ranije hrvatske povijesti (U povodu knj.
Miočevića *U potrazi za hrvatskom kolijevkom*)

Boris Banovac, Željko Boneta, Vidoje Vujić,
Društvene promjene i starenje

Mirela Šarac,
Mandatum post mortem u rimskom pravu

Antun Jurman,
Rizik kamatne stope u poslovnoj banci

Meliha Powlakić,
O zakonskom uređenju prometa prava na nekretninama i stvarnopravnom
osiguranju potraživanja u BiH *de lege ferenda*

Vesna Šendula-Jengi, Gordan Bošković,
Forenzički značaj "drugih, težih duševnih smetnji"

Petar Šarčević, Vesna Tomljenović,
Primjedbe na Teze za Zakon o međunarodnom privatnom pravu, autora
prof. dr. Krešimira Sajka, prof. dr. Hrvoja Sikirića i doc. dr. Vilima Boučeka

Davor Derenčinović,
Kaznenopravna zaštita autorskih djela znanstvenog sadržaja s
posebnim osvrtom na zaštitu od neovlaštene reprodukcije

Zdenko Konjić,
Značaj ekstradicije kao temeljnog oblika međunarodne kaznenopravne
pomoći

Dragan Zlatović,
Zabrane u žigovnom pravu - Apsolutni i relativni razlozi za isključenje

Nataša Žunić Kovačević,
Načelo jednakosti u poreznom pravu i sudskoj praksi nekih zemalja EU

Velinka Grozdanić, Anita Kurtović,
Osobna odgovornost i krivnja prema Statutu Međunarodnog kaznenog
suda za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području
bivše Jugoslavije

Irma Kovčo, Ivan Katalinić,
Neka obilježja počinitelja nasilničkih delikata na području
Primorsko-goranske županije s obzirom na vrstu počinjenog djela

II. Prikazi

III. Fakultetska kronika

34
2PF52
22/2001/2
D-7