

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 21

BROJ 2

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 21,
Br. 2, str. XII+507-1036, Rijeka, 2000.

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)

Lektorical/Lector: Dušanka Starčević, prof.

Prijevod/Translations: doc. dr. sc. Ute Karlavaris-Bremer (za njemački), Sanja Barić, 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 /Layout: Welt, Rijeka

Tisak/Print: Liniavera, Rijeka

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za *Index to Foreign Periodicals*, Berkeley, California, USA, *Current Legal Theory*, Tilburg, Netherlands i *L'Indice Penale*, Milano/Padova, Italia.

Časopis je objavljen uz financijsku potporu Ministarstva znanosti i tehnologije Republike Hrvatske.

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 21

BROJ 2

RIJEKA, 2000.

SADRŽAJ

I. Članci:

<i>Mijo Biličić, Igor Vio,</i> Maritime Occupation and Safety (izvorni znanstveni članak)	507
<i>Isabella Rosoni,</i> Aspetti logici della teoria della prova indiziaria (izvorni znanstveni članak)	525
<i>Miomir Matulović,</i> Rawlsov <i>Politički liberalizam</i> (izvorni znanstveni članak)	555
<i>Vjekoslav Miličić,</i> Čudoredno-deontološka i pravna načela u medicinskoj informatici (prethodno priopćenje)	579
<i>Dragutin Ledić,</i> Povezana društva i zaštita tržišnog natjecanja (prethodno priopćenje)	591
<i>Ljiljana Mikšaj-Todorović, Zvonimir Dujmović, Dubravka Hajduk-Džaja,</i> Razlika između alkoholičara počinitelja krvnih i imovinskih delikata s obzirom na preporučenu sigurnosnu mjeru obveznog liječenja od ovisnosti (prethodno priopćenje)	619
<i>Maja Vehovec,</i> Preferencije na tržištu rada i društvena odgovornost poduzeća (prethodno priopćenje)	635
<i>Anita Kurtović, Ivana Petrić,</i> Kazneno djelo usmrćenja na zahtjev i eutanazija (prethodno priopćenje) ...	655
<i>Dieter Dörr,</i> Das Wettbewerbsrecht des EGV (pregledni članak)	675
<i>Katherine Shaw Spaht,</i> Louisiana's Covenant Marriage: A Thoroughly European Idea (pregledni članak)	703
<i>Thomas W. Simon,</i> United Nations Convention on the Wrongs to the Child (pregledni članak)	711
<i>Vid Jakulin,</i> Odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja v Sloveniji (pregledni članak)	725
<i>Ljiljana Maurović,</i> Zaštita manjinskih dioničara u postupku preuzimanja dioničkih društava prema hrvatskom pravu i pravu EU (pregledni članak)	741

<i>Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> Proširenje Europske unije (pregledni članak)	763
<i>Dijana Gracin,</i> Kazne i kažnjavanje u europskom zakonodavstvu od prosvjetiteljskog razdoblja do konca XIX. stoljeća s posebnim osvrtom na kaznu lišenja slobode (pregledni članak)	785
<i>Ivica Kinder, Sven J. Reinold,</i> Isključenje od kaznenoga progona pripadnika SFOR-a u Republici Hrvatskoj (pregledni članak)	813
<i>Sanja Barić,</i> The Philosophical Concepts of Equality (pregledni članak)	841
<i>Velinka Grozdanić,</i> Pravni status maloljetnih počinitelja kaznenih djela u novom hrvatskom zakonodavstvu (izlaganje sa znanstvenog skupa)	871
II. Radovi izloženi na savjetovanju "Rimsko pravo i hrvatska pravna povijest" (Rijeka, 4.-5. lipnja 1999.) koji nisu objavljeni u Zborniku Vol. 20 br. 1:	
<i>Sebastiano Tafaro,</i> Diritto, uomini, persona (izvorni znanstveni članak)	889
<i>Maria Luisa De Filippi,</i> Le persone exceptae dal divieto di donazioni della Lex Cincia de donis et muneribus (izvorni znanstveni članak)	915
<i>Anita Vittoria Nettis,</i> Le attività economiche delle liberte (izvorni znanstveni članak)	925
<i>Darko Darovec,</i> Vpliv rimskoga prava na razvoj srednjeveškoga notariata v Istri in Dalmaciji (pregledni članak)	981
III. Pravna praksa:	
<i>Berislav Pavišić,</i> Osvrt na praksu: Kazneni zakon - članci 173. stavak 1. i 272.	1003
IV. Prikazi:	
<i>Dragan Bolanča,</i> Pomorsko pravo (odabrane teme) (Sandra Debeljak Rukavina)	1009
<i>Ivan Koprić,</i> Struktura i komuniciranje u upravnim organizacijama (Dario Đerđa)	1010
<i>Josip Kregar,</i> Nastanak predatorskog kapitalizma i korupcija (Robert Blažević)	1013
<i>Hans Maier et al.,</i> Klasici političkog mišljenja (Robert Blažević)	1016
<i>Max Weber,</i> Vlast i politika (Robert Blažević)	1018
V. Fakultetska kronika	1023

TABLE OF CONTENTS

I. Articles:

<i>Mijo Biličić, Igor Vio,</i> Maritime Occupation and Safety	507
<i>Isabella Rosoni,</i> Logical Aspects of the Theory of Consequential Evidence (Indicia)	525
<i>Miomir Matulović,</i> "Political Liberalism" of John Rawls	555
<i>Vjekoslav Miličić,</i> Moral-deontological and Legal Principles in Medical Informatics	579
<i>Dragutin Ledić,</i> Affiliate Subjects and Protection of Competition	591
<i>Ljiljana Mikšaj-Todorović, Zvonimir Dujmović, Dubravka Hajduk-Džaja,</i> The Difference Between Violent and Nonviolent Offenders-Alcoholics in View of Proposed Measure of Mandatory Treatment of Addicts	619
<i>Maja Vehovec,</i> Preferences on the Labor Market and Companies' Social Responsibility	635
<i>Anita Kurtović, Ivana Petrić,</i> Criminal Act of Causing the Death on Request and Euthanasia	655
<i>Dieter Dörr,</i> European Community Competition Law	675
<i>Katherine Shaw Spaht,</i> Louisiana's Covenant Marriage: A Thoroughly European Idea	703
<i>Thomas W. Simon,</i> United Nations Convention on the Wrongs to the Child	711
<i>Vid Jakulin,</i> Liability of Legal Persons for Criminal Acts in Slovenia	725
<i>Ljiljana Maurović,</i> Minority Shareholders Protection in the Takeover of Joint Stock Companies Under Croatian Legislation and Law of EU	741
<i>Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> Enlargement of the European Union	763
<i>Dijana Gracin,</i> Punishment in European Legislation from Enlightenment Era to the End of XIXth Century with Special Emphasis on the Imprisonment	785

<i>Ivica Kinder, Sven J. Reinold,</i> Immunity of Members of SFOR in Criminal Proceedings in the Republic of Croatia	813
<i>Sanja Barić,</i> The Philosophical Concepts of Equality	841
<i>Velinka Grozdanić,</i> Legal Statuts of the Minors Who Committed Criminal Acts According to the New Croatian Legislation.....	871
II. Conference Texts not published in "Zbornik" Vol. 20/1 "Roman Law and Croatian Law History" (Rijeka, June 4-5, 1999)	
<i>Sebastiano Tafaro,</i> Law, People, Person	889
<i>Maria Luisa De Filippi,</i> Persons Excepted from the Prohibition of Gifts in Lex Cincia de donis et muneribus	915
<i>Anita Vittoria Nettis,</i> Economic Activities of Liberte	925
<i>Darko Darovec,</i> The Impact of Roman Law on Development of the Mediaeval Body of Notaries in Istra and Dalmatia	981
III. Cases and Comment:	
<i>Berislav Pavišić,</i> Comment on Practice: Criminal Code - Art. 173 par. 1 and Art. 272	1003
IV. Surveys	1007
V. Faculty Chronicle	1023

INHALT

I. Aufsätze:

<i>Mijo Biličić, Igor Vio,</i> Seefahrtsberufe und Sicherheit	507
<i>Isabella Rosoni,</i> Logische Aspekte der Theorie des Beweises durch Indizien	525
<i>Miomir Matulović,</i> Rawls' <i>Politischer Liberalismus</i>	555
<i>Vjekoslav Miličić,</i> Sittlich-deontologische und rechtliche Prinzipien in der medizinischen Informatik	579
<i>Dragutin Ledić,</i> Verbundene Unternehmen und freier Wettbewerb	591
<i>Ljiljana Mikšaj-Todorović, Zvonimir Dujmović, Dubravka Hajduk-Džaja,</i> Unterschiede zwischen Alkoholikern als Täter von Gewalt- und Vermögensdelikten hinsichtlich der vorgeschlagenen Sicherheits- massnahme obligatorische Unterziehung einer Entziehungskur	619
<i>Maja Vehovec,</i> Präferenzen auf dem Arbeitsmarkt und gesellschaftliche Verantwortung von Betrieben	635
<i>Anita Kurtović, Ivana Petrić,</i> Die Straftat Tötung auf Verlangen und Euthanasie	655
<i>Dieter Dörr,</i> Das Wettbewerbsrecht des EGV	675
<i>Katherine Shaw Spaht,</i> "Konventionale" Ehe in Louisiana: Ein ganz europäisches Modell	703
<i>Thomas W. Simon,</i> Konvention der UN zu Verbrechen gegen Kinder	711
<i>Vid Jakulin,</i> Verantwortung von juristischen Personen für Straftaten in Slowenien	725
<i>Ljiljana Maurović,</i> Der Schutz von Minderheitsaktionären beim Übernahmeverfahren der Aktiengesellschaft nach kroatischem und EU Recht	741
<i>Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> Erweiterung der Europäischen Union	763

<i>Dijana Gracin,</i> Strafen und Bestrafung in der europäischen Gesetzgebung von der Aufklärung bis Ende des 19. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung der Freiheitsstrafe	785
<i>Ivica Kinder, Sven J. Reinold,</i> Ausschluss der Strafverfolgung von Angehörigen der SFOR in der Republik Kroatien	813
<i>Sanja Barić,</i> Philosophische Konzepte der Gleichheit	841
<i>Velinka Grozdanić,</i> Rechtsstatus von minderjährigen Straftätern in der neuen kroatischen Gesetzgebung	871
II. Tagungsbeiträge: "Römisches Recht und kroatische Rechtsgeschichte" (Rijeka, 4.-5. Juni 1999) die nicht in "Zbornik" Vol. 20/1 veröffentlicht worden sind:	
<i>Sebastiano Tafaro,</i> Recht, Leute, Person	889
<i>Maria Luisa De Filippi,</i> Personen, die vom Schenkungsverbot gemäss Lex Cincia de donis et muneribus ausgeschlossen sind	915
<i>Anita Vittoria Nettis,</i> Wirtschaftstätigkeiten der Freigelassenen	925
<i>Darko Darovec,</i> Einfluss der römischen Rechts auf die Entwicklung der mittelalterlichen Notariate in Istrien und Dalmatien	981
III. Rechtspraxis:	
<i>Berislav Pavišić,</i> Rückblick auf die Praxis: Strafgesetz - Art. 173 Abs. 1 und Art. 272	1003
IV. Besprechungen	1007
V. Fakultätschronik	1023

INDICE

I. Articoli:

<i>Mijo Biličić, Igor Vio,</i> Professione marittima e sicurezza	507
<i>Isabella Rosoni,</i> Aspetti logici della teoria della prova indiziaria	525
<i>Miomir Matulović,</i> "Liberalismo politico" di John Rawls	555
<i>Vjekoslav Miličić,</i> I principi giuridici e morali-deontologici nell'informatica medica	579
<i>Dragutin Ledić,</i> Le società collegate e la tutela della concorrenza	591
<i>Ljiljana Mikšaj-Todorović, Zvonimir Dujmović, Dubravka Hajduk-Džaja,</i> Le differenze tra delinquenti-alcolizzati violenti e non violenti in relazione alla proposta della misura di sicurezza della cura obbligatoria della dipendenza	619
<i>Maja Vehovec,</i> Le preferenze nel mercato del lavoro e la responsabilità sociale delle società	635
<i>Anita Kurtović, Ivana Petrić,</i> Il reato di uccisione su richiesta e l'eutanasia	655
<i>Dieter Dörr,</i> Il diritto della concorrenza nella Comunità europea	675
<i>Katherine Shaw Spaht,</i> Il matrimonio convenzionale in Louisiana: un'idea completamente europea	703
<i>Thomas W. Simon,</i> La Convenzione delle Nazioni unite sugli illeciti contro il bambino	711
<i>Vid Jakulin,</i> La responsabilità delle persone giuridiche per i reati in Slovenia	725
<i>Ljiljana Maurović,</i> La tutela degli azionisti di minoranza nell'acquisizione di società per azioni nella legislazione croata e dell'Unione europea	741
<i>Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> L'allargamento dell'Unione europea	763

<i>Dijana Gracin,</i> La penalità nelle legislazioni europee dall'era dell'illuminismo alla fine del XIX secolo con particolare riferimento all'imprigionamento	785
<i>Ivica Kinder, Sven J. Reinold,</i> L'immunità dei membri della SFOR nei procedimenti penali nella Repubblica di Croazia	813
<i>Sanja Barić,</i> Il concetto filosofico di eguaglianza	841
<i>Velinka Grozdanić,</i> Lo status giuridico dei minori che commettono reati secondo la nuova legislazione croata	871
II. Relazioni presentate al Convegno "Diritto romano e storia del diritto croato" (Rijeka, 4-5 giugno 1999) e non pubblicate in "Zbornik", vol. 20, n. 1)	
<i>Sebastiano Tafaro,</i> Diritto, uomini, persona	889
<i>Maria Luisa De Filippi,</i> Le persone exceptae dal divieto di donazioni della Lex Cincia de donis et muneribus	915
<i>Anita Vittoria Nettis,</i> Le attività economiche delle liberte	925
<i>Darko Darovec,</i> L'influsso di diritto romano sul sviluppo del notariato medievale in Istria e Dalmazia	981
III. Giurisprudenza:	
<i>Berislav Pavišić,</i> Commento alla giurisprudenza: Legge penale - artt. 173, co. 1, e 272	1003
IV. Recensioni	1007
V. Cronaca della Facoltà	1023

I. Članci (Articles, Aufsätze, Articoli)

MARITIME OCCUPATION AND SAFETY

Dr. sc. Mijo Biličić, izvanredni profesor
Igor Vio, LL.M., asistent
Odjel za pomorstvo Sveučilišta u Rijeci

UDK: 331.45/46
347.793

Ur: 12. srpnja 1999.
Pr.: 20. siječnja 2000.

Izvorni znanstveni članak

Pomorsko zanimanje i sigurnost

U početnom dijelu rada izlažu se osnovna obilježja zanimanja uopće, putem sedam komponenata - odrednica (vještine, znanja, duhovnost, ekonomski status, socijalni status, moralna načela i pravna pravila). Potom se u smjernicama ovih odrednica detaljnije obrađuje zanimanje pomorca, a budući da je posljednja od njih, pravno uređenje ovog zanimanja, dobivala sve više na važnosti tijekom zadnjih desetljeća, u posebnom se poglavlju navode međunarodne konvencije o sigurnosti na moru i zanimanju pomorca, usvojene u okviru Međunarodne pomorske organizacije i Međunarodne organizacije rada, kao i njihova primjena u pravnom sustavu Republike Hrvatske. U nastavku se iznosi opće značenje nesreća i sustava zaštite od njih te se posebno razmatraju pomorske nezgode i nesreće pomoraca na radu, kao i okvirni elementi sustava sigurnosti na brodu i na obali. Na koncu, argumentirano se zaključuje da, s jedne strane, sigurnost nesumnjivo jest značajan čimbenik zanimanja pomorca i pomorstva uopće, no, s druge strane, konstatira se da tendencija donošenja prevelikog broja pravnih propisa može postići suprotan učinak. Kruto ugrađivanje elementa sigurnosti u ostale komponente pomorske struke može ovu okameniti, tj. djelovati ograničavajuće na njezin razvitak, koji pak nije moguć bez izgradnje konzistentne teorije zanimanja pomorca.

Ključne riječi: *sigurnost na moru, odrednice - komponente zanimanja, pomorske nezgode, sustavi sigurnosti i zaštite, propisi o sigurnosti.*

1. Introduction

Conventions and Recommendations of the International Labour Organization lead us to the conclusion that safety is the key element of maritime occupation. In order to verify this the determining components of all occupations and particularly those of maritime occupation will be examined with the emphasis on its legal regu-

lation, further on a general framework of maritime accidents will be set forth, as well as seamen's injuries and the systems of protection against them. By comparing the significance of occupation and safety, examining things that they have in common, the place of safety in the system of maritime occupation will be established.

2. Occupation Components

An occupation is a complex phenomenon which consists of several components. Skills needed to transform or to handle things represent the first component. This component includes physical effort and its result, acquiring and developing the skills needed.

K. Bicher thus considers the source of occupation are skills developed by local cottage industry making weapons and tools, clothes and footwear, decorations and building houses. Because of the lack of land some members of the household started acquiring these skills and practising them to earn a living, travelling from one village to another or settling down in towns. Thus the medieval town craftsmen were formed. Each of them worked with his own capital, manufacturing a product from the beginning to the end, selling it at the price he could get on the local market. He had to start as an apprentice, then to work as a journeyman in order to become eventually a skilled workman. For five centuries manual trade dominated Europe and thus in a certain way it became the synonym for occupation (Parson, 1969: 576-580).

The second component of occupation is knowledge. Knowledge is generalised experience gathered in a system of notions and assertions, i.e. in a theory. At the beginning an occupation is rather a practical skill handed down from one generation to another. When the knowledge of a certain occupation is developed into theory then conditions are acquired to establish that occupation as a profession. The knowledge of today's occupations range from simple notions, which explain a subject in a very limited way to notions which give patterns and regularities of high abstractness and considerable power of explanation. In a profession problems related to it are solved relying on theory and producing conclusions inspired by it.

The third component of occupation is the spiritual one. It consists of mission, of the sense of vocation, of a complete dedication to one's profession. M. Weber explores and sets forth the characteristics of the magician, the priest and the monk as first professionals. The magician creates an occupation out of his art to submit gods to his magic power. The priest through his rite honours god and is a functionary of the religious organization. The monk is relatively independent of the ecclesiastical apparatus, but through his enthusiasm and self-control achieves a high level of devotion and ability to diffuse faith efficiently (Sayfarth, 1991: 13).

The fourth component of occupation is the economic one. One practises a certain profession in order to acquire goods necessary for living. The quantity and the value of goods a person gets is the result either of needs (in a tribal community) or from effort, responsibility and risk (in a market-oriented society). Profit can be gained only from work someone is willing to buy as a service or work materialised in a product. On the market, rough and simple work for which training is not necessary is paid less, as well as comfortable work for which there is no need for any hard work or work which does not require trust or confidence. Complex and precise work which

requires long training and talent, a greater physical and mental effort, which can be accomplished only if there is a lot of trust on the part of clients and environment, is paid more (Smith, 1952: 91-99). Profit is always a combination of several elements and is under the influence of the constellation of interest and power in society (Rawls, 1990: 1178).

The fifth component of occupation is the social one. Occupations occupy certain positions in a society based on several criteria. The social status of every occupation generally defines the motives and the role of the person practising a certain profession. Robert E. Clark (A. Laird, C. Laird, 1964: 298) and Pineo, Porter (1970: 174-188) explored and categorized occupations in the USA and Canada into those with high, medium and low level of reputation. A high level of reputation is assigned to those occupations requiring university education, those in which rich owners personally manage their companies, as well as those of senior executives and civil servants. Occupations such as qualified workers and junior clerks have a medium level of reputation. Finally, those occupations where there is no need for any special training and which offer no permanent jobs have a lower level of reputation.

The sixth component of occupation is the moral one. Occupations and particularly professions very often imply some inner, moral rules, principles and values which oblige those who practise them to behave in a certain way. These rules can come in written form of a code of ethics as well. Moral rules, whether written or not, oblige members of a certain profession to use their knowledge for everybody's benefit, to observe their professional standards regardless of connections and pressures, to act honestly towards their colleagues, clients, in the organization in which they work and in their community in general. Solidarity and truthfulness, helping each other and preventing others to make mistakes and to act improperly, are things that should characterize the relationship between colleagues. A job has to be done and services offered regardless of the client's social characteristics (ethnic affiliation, income scale, school qualification etc.). Clients' interests have to come in the first place while their own personal interest and comfort have to be put aside as much as possible. Professional standards and truth have to be defended against the political authorities and general public.

The seventh component of occupation is the legal one. Occupations define the existential and social position of an individual and an occupation as a whole is an important segment of society. Therefore the conditions of practising many occupations have been legally regulated. The state control of occupations is directed towards establishing educational programmes and titles, compulsory expert analysis (in construction industry for example as a compulsory building design and licence) (Šporer, 1989: 48-49), towards protecting certain occupations by making licence obligatory for those who wish to practise them (McConnell, Brue, 1992: 339), towards creating workplace where only highly qualified workers can be employed (Kruger, 1983) and towards various obligatory safety measures in the mining industry and traffic. We can say that, in general, the state regulates some questions and conditions of occupations for the protection of common interests, of the interests of those who use the services provided by certain occupations and to ensure to those who work safe and undisturbed practising of their occupations.

3. Specific Characteristics of Maritime Occupation

General components of occupation are contained in maritime occupation in a specific way. The first component is the skill. The maritime occupation requires the skill of navigation and manoeuvring a ship in various weather conditions, then the skills of operating the ship's driving engine, its various equipment, electric and other systems and finally the skill of handling the equipment for loading and unloading the cargo as well as the safety equipment for the ship and her crew.

The second component is knowledge. In maritime occupation the knowledge refers to ships (their construction and parts); to the organization and workers' management; to functioning of the ship, her engines and equipment; the safety of the ship and her crew, and the knowledge of overall conditions: the sea route, the weather, ports and communications (Regulations on Professional Titles and Certificates of Competence of Seafarers on board Ships of the Merchant Navy of the Republic of Croatia, "Official Gazette" No. 103/98). All this knowledge cannot be gathered in one single theory. Part of that knowledge can be included in models and laws of mechanics, electrical engineering and mathematics, but many parts because of their heterogeneity cannot be put into a single theory. Nevertheless some traditional maritime skills are hastily being replaced by technological knowledge. In the related transportation branches there is no consistent theory either. All this is an obstacle preventing maritime occupation to be established as a profession.

The future of maritime occupation will also be influenced by the tendencies developed as a consequence of mechanization and automation. The first tendency is to decrease the importance of the traditional role of an officer (and his authority) and to increase the importance of technical skill. The second one is the division of the ship's system into the functional departments of navigation, cargo, engine, electric and automatic systems, telecommunications and services. The third tendency is to transmit the traditional and to acquire current knowledge and skills through in-service training and courses. The fourth tendency is to decrease the number and the professional level of the navigation staff.

The third component of occupation is the spiritual one. A great power of spirit has always been necessary for navigation. In spite of modernization (better living and working conditions, greater help from the mainland) the crew feels very much the same as they did in the past. A ship carries the destinies of seamen divided by the ship's bulkheads, splashed by the sea on the bow, swept by the eternally threatening winds (Horvat, 1997: 163). Little has changed in a seaman's soul. The loneliness still creates home-sickness, bad weather still provokes fear, darkness causes nostalgia, the fog anxiety, and the watchkeeping is still endlessly long.

The less known difficulty of the maritime occupation is that seamen are thorn between the life on the ship and that on the land. They service the ship mechanism which in its basic movement functions uniformly, they make part of a system of hierarchy which follows a unique technological mechanism. This creates a certain level of team spirit. Being separated from their families and life on the shore, they concentrate on their work with more energy and emotions. "Saturated" by their work they start feeling nostalgia for their families, but on the other hand maladjustment to the life on the shore causes them to long for the shipboard again. They are very often

tormented by this contradictory feeling: when they are on the ship they want to be on the shore, and when they are on the shore they want to go back to the ship.

The fourth component of occupation is the economic one. The maritime occupation consists of various jobs demanding great mental and physical effort and with the change to market economy the seamen's salaries have become higher than the average ones on the land. Working on board a ship implies responsibility towards the value of cargo and safety of people, and there is always a certain risk of shipwreck. Ships are mechanized and automated and to perform certain jobs, medium or higher level of qualification is required. National trade unions, ITF and other seamen's associations act on the national and international level taking care of the wage rates, of the regularity of payments and of implementing other seamen's rights.

The fifth component is the social one. In current conditions the prestige of seamen has increased primarily not only because of high salaries, but also because of a higher level of education necessary for all categories of seamen. But certain roughness is still present in the relationship among seamen themselves and towards people outside their own circle. This roughness is the result of their way of living since they constantly have to take care of their own basic safety and because while they are on the ship they lose some of the good manners they have acquired while they were on the shore. We can conclude that seamen belong to the group of occupations with medium and high prestige. Master, ship's mates, engineers and maritime experts on the shore enjoy high prestige, while members of the crew enjoy medium prestige.

The sixth component is the moral one. Higher or lower degree of morality is also a component of maritime occupation. Morality of seamen is realized through solidarity and truthfulness towards their colleagues, helping each other at work, covering and correcting mistakes, and in an effort to prevent improper behaviour. Working in conditions where great importance is given to formal ranking, seamen do not like to get around the rules of getting a promotion and they condemn every rise in rank which is not strictly based on merit. Seamen are used to self-sacrifice and are happy to satisfy their clients' interests at the expense of their own comfort and they treat all clients equally. Since they lead isolated lives and are used to obedience, they feel real awe towards the management and the authority, which sometimes is an obstacle in realizing their rightful interests.

The seventh component is the legal one. Maritime occupation is one of the few occupations so highly regulated by legal provisions. International conventions and national regulations prescribe with more or less details:

- the programmes of education for all categories of seamen and their professional titles
- obligatory medical check-ups and examinations of occupational ability
- documents every seaman, ship and cargo must have
- safety measures in navigable waterways and on board a ship
- various kinds of behaviour for example in ports, when bringing goods into a country, when unloading it, the conduct concerning alcoholic drinks etc.

There are so many regulations concerning the work and behaviour of seamen that one could consider it an exaggeration. Many people agree that in the near future emphasis should be directed towards carrying out of the already existing regulations;

towards standardization of certain patterns of behaviour on all ships, seas and shores, and towards consistent and unified implementation of regulations referring to seamen's dignity, working environment and safety.

4. Legal Regulation of Maritime Safety and Seamen's Occupation

Many of the earliest instruments of unification of the maritime law were related to the technical and other questions regarding the safety of navigation and protection of human life at sea. Shipping has always had international characteristics and therefore the legal regulation of maritime safety as well as the problems of the seamen's profession, conditions of their life and work on board, and their social position could not be left exclusively to national legislation, but it was necessary to create international regulations in order to secure the improvement of standards on a global level.

The International Labour Organization (ILO) which, since 1946, has been a specialized agency of the United Nations, and today has about 150 member states, was founded in 1919 (Part XIII of the Treaty of Versailles) with the intention of improving the labour conditions all over the world on the basis of international co-operation. ILO has been especially active and successful in maritime industry. The General Conference, through its sessions which are held once a year, has so far brought over 150 conventions and 160 recommendations. Though many of these apply to various professions including seamen, essential for their status are special conventions and recommendations which have become the most important source of Maritime Labour Law. A special body has been formed: Joint Maritime Commission, consisting of representatives of seamen and shipowners, meets more frequently than the General Conference, and is concerned with the employment issues in shipping and carries out preparatory activities for the sessions of the General Conference dealing exclusively with maritime industry (ten such sessions have been held so far).

The ILO conventions prescribe the conditions which should be met by the crew members, the health requirements for various duties on board, the contents and procedures for issuing seamen's certificates, safety at work, the right of repatriation, vacations and leaves.

The Republic of Croatia became a member of the ILO in 1992, and a year before, on June 25th 1991, the Parliament of Croatia brought the Constitutional Decision on the Sovereignty and Independence of the Republic of Croatia which, in Art.3 contains the following provision: "The international agreements which SFRJ has signed and ratified, will be applied in the Republic of Croatia unless they are contrary to its Constitution and legal order, on the basis of the provisions of the international law on the succession of states, regarding international agreements" ("Official Gazette" No. 31/91). An identical provision is to be found in the Art. 33 of the Law on Concluding and Executing International Conventions ("Official Gazette" No. 53/91). On the other hand, the Constitution of the Republic of Croatia provides, in Art. 134, that the international agreements, which are signed, ratified and published, constitute an integral part of the national legal system, with the legal force below the Constitution but above all the other laws ("Official Gazette" No. 56/90).

By notifications on succession, Croatia has been since October 8th 1991 a party to the following ILO conventions: 8/1920, 9/1920, 16/1921, 22/1926, 23/1926, 27/

1929, 32/1932, 53/1936, 56/1936, 69/1946, 73/1946, 74/1946, 91/1949, 92/1949, 109/1958. ("Official Gazette - International Conventions" No. 2/94).

The International Labour Organization adopted, in 1976, The Convention No. 147 concerning Minimum Standards in Merchant Ships, which entered into force on November 28th 1981, regulating the implementation and enforcement of previously adopted standards like the lowest age limit for employment, medical examinations and health care, safety at work and medical insurance, shipboard living arrangements of the crew, repatriation, the contract of employment, certificates on professional titles of officers, trade union freedoms as well as the right of organizing and collective negotiating. This Convention is already binding for the countries of the European Union and a considerable number of maritime countries, and the countries which join it, must coordinate their internal provisions with the eleven previously adopted conventions of the ILO quoted in the Annex of the Minimum Standards Convention.

In distinction from the enumerated conventions to which Croatia became a party by succession, this ILO convention, which is probably the most important one, is at the same time the first one that the Republic of Croatia has ratified ("Official Gazette - International Conventions" No. 4/96). Thus Croatia binds itself to supervise effectively the ships registered on its territory regarding all the enumerated standards and also to make an official inquiry of any serious maritime accident in which these ships took part.

By ratifying the Merchant Shipping (Minimum Standards) Convention Croatia has, previously becoming a party to other required international conventions, fulfilled the conditions for joining the Paris Memorandum of Understanding on Port State Control of January 26th 1982 (ILM, 21, 1982).

This memorandum is a result of Regional European Conference on Maritime Safety, convoked by the French Government in December 1980, in which thirteen European countries participated. The final Declaration of the Conference stresses the need for improvement of maritime safety and protection of the marine environment, as well as an improvement of the conditions of life and work of seamen.

The aim of the Memorandum, which entered into force on July 1st 1982, is to ensure an effective and harmonized implementation of standards laid down in international conventions in the area of maritime safety. Namely, although the responsibility for the implementation of these standards rests in the first place with the authorities of the flag states, the Preamble of the Memorandum emphasizes the necessity of an efficient action of port states in order to prevent the use of substandard ships. In conformity with this, the signatory countries effected the inspection, during the initial two years of the application of the Memorandum, of 25 % of merchant ships flying foreign flags which entered their ports, so that by the end of June 1984, 18000 examinations had been made whose consequence was the detaining of over 700 ships having serious defects. In order to improve mutual cooperation and coordination of activities, a computerized information system was established in St. Malo, as a data bank at disposition of inspectors.

Although the Memorandum has proved useful in practice, in 1989 the European Commission brought the Recommendation on improving the effectiveness of Port State Control in the European Union, inviting the member countries to consistently

fulfil the obligations taken by the Memorandum. The Recommendation had three aims: 1) reduce and ultimately prevent substandard shipping; 2) avoid unequal conditions in European ports which would negatively affect the competition; and 3) ensure complete and uniform Port State Control system in the whole of the European Union (COM/89/266 final, 1989:15).

The Paris Memorandum demands its member states to sign and ratify a series of international conventions regulating safety of life at sea, standards of employment and shipboard conditions, and protection of the marine environment. These are, besides the above mentioned ILO Merchant Shipping (Minimum Standards) Convention, the following IMO conventions: Loadlines 1966, Tonnage 1969, COLREG 1972, MARPOL 1973/78, SOLAS 1974/78, STCW 1978/95 ("Official Gazette - International Conventions" No. 1/92).

Besides becoming a party to the enumerated conventions, the Republic of Croatia has implemented their provisions into its national maritime law: the Maritime Code and other laws and regulations. The Maritime Code in the chapter regulating the safety of navigation prescribes the required conditions of the sea lanes in the internal waters and territorial sea of the Republic of Croatia, of its ports, ships, small boats and floating craft registered in the Republic of Croatia, the crew, navigation and pilotage at sea ("Official Gazette" No. 17/94). The Code also regulates the inspection control over the implementation of this part of it. As regards the navigation the Code adopted from the Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea (COLREG 1972) the obligation of applying the rules of navigation, as well as the signals and marks which must satisfy the conditions of safe navigation.

The Maritime Code confers an important role on the Croatian Register of Ships, whose status, activities and organization are regulated in detail by the Act on Croatian Register of Ships, which in Art. 1 states that the main function of this public institution is "the public care regarding the protection of life and property at sea and in the internal waterways, as well as the protection of the marine environment and the environment of the internal waterways" ("Official Gazette" No. 81/96). The activities of the Croatian Register of Ships are to establish the seaworthiness and the tonnage measurement of ships, of certain types of small boats and floating craft, ascertaining the safety of containers, ascertaining the adequacy of the shipowners' organization regarding the safety at work and the protection of the environment during the ship's exploitation, co-operation in investigating the causes of accidents at sea as well as participation in work and fulfillment of the commitments to the international organizations. The tonnage measurement and the technical control while establishing the ship's seaworthiness are done by the Register according to technical rules which are in conformity with the Tonnage Convention, and comprise the provisions of the enumerated (SOLAS, MARPOL, Loadlines) and other international conventions from the area of the safety of navigation which Croatia has joined. Among other things this control applies to the safety of life at sea, safety at work and conditions of accommodation of the crew and the passengers.

On the other hand, the Maritime Code provides that the inspectors of the safety of navigation from the Ministry of Maritime Affairs, Transport and Communications also establish the ship's seaworthiness by means of an inspection control, checking

whether there is a minimum number of qualified members of the crew on board and also whether the ships is loaded with cargo and whether the passengers are accomodated in conformity with the conditions from the ship's documents and certificates. More detailed provisions are contained in the Regulations on the Safety of Navigation Inspection Control which, besides conforming to the international conventions (Loadlines and STCW), also represents the first Croatian regulation making possible the application of the Paris Memorandum of Understanding on Port State Control ("Official Gazette" No. 34/97).

The International Convention on Standards on Training, Certification and Watchkeeping of Seafarers (STCW) which was adopted in London on July 7th 1978 and entered into force in 1984, has in the meantime undergone changes and amendments three times: in 1991 the amendments relating to GMDSS were adopted, in 1994 additional regulations on special training of the crew on board tankers were brought, while the most comprehensive modifications were adopted at the Conference which took place in London from June 26th to July 7th 1995. There were several causes that led to this Conference: in the first place, the fact that the human factor is the most frequent cause of accidents at sea imposed the solution for their prevention thanks to higher standards of seamen's qualifications, then the incompleteness and insufficient accuracy of the provisions of the 1978 Convention causing the impossibility of monitoring their application in the internal legal systems of the states parties, and finally the improvements of maritime technology during the last two decades which demanded the bringing up to date of the Convention (Young, 1995: 1). At the Conference however, there were no interventions in the text itself of the articles of the old Convention, but within the Attachment 1 of the Final Act of the Conference, the Annex to STCW 1978 was revised, being systematized in eight chapters marked by Roman numerals, while Attachment 2 contains the STCW Code. It consists of two parts: Part A, which represents the compulsory minimum standards which the states parties to STCW must adopt, and Part B, which is in fact an instructive guidance to the parties, and contains the recommendations about the application of the Convention. Both parts of the Code are systematized in eight chapters following the pattern of the Attachment whose provisions they elaborate, forming a consistent legal structure with it.

Croatia has, in conformity with the provisions of the revised STCW Convention, and based on the Maritime Code, brought Regulations on Professional Titles and Certificates of Competence of Seafarers on board Ships of the Merchant Navy of the Republic of Croatia ("Official Gazette" No. 103/98). These Regulations prescribe professional qualifications, examination programmes, conditions and modes of obtaining, renewal, substitution and suspension of certificates of competence and additional supplementary qualifications of Croatian seafarers, and also the conditions which must be satisfied by the members of the examining bodies which establish the qualifications of seamen as well as by the institutions engaged in the education and training of seamen.

The International Safety Management Code, is an expression of the aspirations of the international community for the improvement of the safety at sea by means of higher global standards not only regarding the operation of the ship by the master and

crew members, and prevention of pollution, but also regarding the functional requirements dealing with procedures of the management of the shipping companies on land. The ISM Code precisely enumerates the obligations of all the links in the chain: from the flag state and its maritime administration, to shipowners and to ship's masters, but it also includes every country whose ports ships enter by means of the system of Port State Control. It is the duty of all states to bring national regulations, applying the ISM Code to their own fleet and shipping industry. Croatia did it last year by issuing the Regulations on Duties and Watchkeeping of Crew Members on board Sea-going Ships of the Merchant Navy of the Republic of Croatia ("Official Gazette" No. 91/98). However, there is a provision in Art. 112 (6) of the Maritime Code, which decrees that the technical supervision (performed by Croatian Register of Shipping in accordance with its technical rules) comprises also inquiring whether the shipping company has been properly organized to enable safe operation of ships and protection of the environment during the ships' exploitation.

5. Safety and the Protection Systems

Safety is:

- a condition in which workers do not find themselves in any form of danger which may threaten their health and life
- a positive feeling or a positive value which is the result of accidents as negative and undesirable experience and events
- rational insight into accidents and dangers possible in a certain working environment and safety measures which can minimize or prevent predictable dangers.

Accidents can be caused by human error, by the lack of machinery and equipment in the construction and maintenance or because they have become obsolete, but also because of unfavourable circumstances in our more immediate and wider environment.

Psychophysiological science has come to the conclusion that accidents at work are caused by:

- insufficient training for a job or maladjustment to work tasks and situations
- the lack of interest for an occupation
- unfavourable general mental state (negligence, superficiality, not being able to concentrate at work, feeling depressed)
- feeling tired (tired people cannot react to danger on time and in the best possible way)
- the lack of experience (young workers are incautious, have too much self confidence etc.)
- harmless sicknesses (like headaches, colds, blood pressure)
- being euphoric or unrealistic about the work situation as a consequence of taking alcohol, drugs etc. (Bujas, 1964: 332-359).

Protection against accidents or increasing the degree of safety can be direct or indirect. Indirectly it can be done by carrying out systematic control of the machine's and equipment's good working order, and through their constant technical improvement from the point of view of safety. Also through systematic training of those

workers connected with safety and trying to stimulate their alertness in various ways. Finally, higher degree of safety can also be achieved indirectly by strictly observing some regulations, for example that tired or inexperienced workers should not work in dangerous places. To act in a direct way means to remove from the potentially dangerous posts those workers who show little interest in the work, those with unfavourable personality traits or those suffering from some light sickness or working under the influence of alcohol. We can observe the establishing of safety from the technical, psychological and legal aspect. In the technical area safety can be established by changing dangerous machines and ways of working; by constructing and by installing various protective equipment and by marking dangerous places in a conspicuous way. In the psychological sphere safety can be achieved by the right choice of workers, by practising only safe work methods, forming the habit of safe work and by developing attitude about the need for co-operation and constant caution. In the legal sphere safety is introduced and maintained by making adequate regulations. These regulations are made at international and national level and on the level of companies and trade unions. They determine persons responsible for safety measures; the development of safety methods is encouraged for all occupations, not only for workers but for the owners and managers of companies as well. Fines are very high for the owners in order to make accidents something undesirable from the business and economic point of view, and not only as something tragic for the workers (Maier, 1965:550).

6. *Maritime Accidents and Safety*

In maritime industry there is a difference between maritime accidents and seamen's accidents at work. Causes of maritime accidents are the result of the lack of technical and professional competence, navigation defects and inadequate help from the shore and unfavourable circumstances coming from the outside. Because of faulty material, construction defects, unstandardized overhaul and unreliable maintenance a ship cannot meet the needs of navigation and can experience a shipwreck. When the crew or some of its members do not fulfil properly their tasks concerning navigation of the ship or operating the engine and the cargo, when major faults are present in managing the ship and the shipping company, the probability for an accident increases. If the signs, equipment and landmarks on shore are not well marked or if the system of navigation guidance is on a very low level the probability is higher. Finally an accident can be caused by natural forces (thunderstorms, waves, fog, ice) or by another ship, no matter how much the equipment or the crew may be impeccable. Nevertheless, the majority of maritime accidents are caused by men. This means that they can be avoided if the right preventive measures are taken (Scharnow, 1984: 19-20).

These preventive measures can be taken through the system of ship's safety. Numerous subjects should take part in creating and carrying out such a system, starting from various services on the shore to the management of ships and shipping companies. In carrying out these measures, workers on a ship, according to their degree of personal responsibility have an important part. The system of protection against maritime accidents can function well only as a part of a constantly coordi-

nated whole. All parts of the system must function according to certain standards and regulations. The main parts of the system of protection against maritime accidents are:

- construction, building, equipping and maintaining a ship,
- education, professional training of the crew, taking care of their health, and filling up work posts with qualified and competent men,
- services for marking, extinguishing, informing, watching, pilotage, towing and salvage.

If all these do not function, if some of these services do not exist or do not work properly, more maritime accidents happen and more people suffer from injuries on various sides.

Seamen's accidents at work are caused by negligence, inexperience, alcohol, defective machinery and inadequate work organization. Seamen's injuries at work can be caused by bad weather, noise, high temperatures and old ships (Vuksanović, 1983: 184). Seamen working on deck and in the engine room suffer injuries more often while those working on other duties suffer far less. Out of all injuries 43% are those of hands, 31% of legs and 26% of head and of the trunk. The following injuries are the most frequent ones: contusions, cuts, open wounds, fractures, dislocations, burns, etc. The rate of those who recover: 90% of the injured get well and continue to work normally, 8-9% become invalids and 1-2% die on the spot or some time later.

The system of protection against injuries and accidents on board a ship is carried out by regulating and controlling the working conditions and workers' duties. The regulations are determined by the international conventions and recommendations, and by national regulations on safety at work. The control is carried out by the state inspectors, the managers and inspectors of the shipping company, and ships' captains.

On an average the shipboard safety systems function better than those in companies on the shore. This is so because, among other things, the dangers of navigation force people to be more cautious and do not allow them to develop routine self-confidence. However, this does not mean that the system of protection on ships does not have its bad sides. Creation and maintenance a high level of safety are obstructed by:

- economizing on financial resources
- tendency to pass on the responsibility for personal safety on lower ranking managers and on workers themselves
- constant crew reductions
- formal inspection by the government authorities.

The managers of safety departments in shipping companies introduce safety measures only to the point to which that legal regulations and state inspectors force them. These services tend to estimate the situation in an optimistic way, take measures only partly and do not react too promptly and thoroughly when minor accidents happen on board ships. That is why they economize wherever they can on direct costs for personal safety and even more on indirect costs such as the substitution of inadequate equipment with a more adequate one.

Passing on the responsibility for personal safety on the lowest ranks means that a whole range of jobs on deck and in the engine room are not carried out under the supervision of a qualified person who would work out in advance the schedule and

work distribution in order to avoid all endangering factors. Those who work on board ships are usually aware of bad work organization, but they themselves can not improve it, and their voice very often is not heard far enough.

Since the 1980s there have been crew reductions on ships. The result of it is that in the periods of intensive work (putting to shore, loading/unloading of cargo or provisions, repairs and maintenance of the engine and the equipment) there are not enough people, so those who are there work too much and in an accelerated way. Some of them are very tired and therefore bound to overlook a threatening rope, a bar of a derrick or an uncovered opening of a cargo hold. Others working off-hand under pressure from their superiors are easily subject to cuts, burns or falls. In these circumstances it is not rare to find an officer addressing a worker in a rude way and by acting so lowering the self-respect and reputation of their workers who therefore break the safety rules from pure spite.

It is difficult to control the regulations on safety at work from the outside. It is possible that all records, documents and equipment are in order, but still the level of safety is low. This happens for example if safety habits have not been developed or if interpersonal relations are bad. Safety habits are created by educating individuals to develop respect towards safety, towards taking care of themselves and to concentrate on the work situation. If in their interpersonal relationship they help each other very little, and there is a lot of spite and imputations, these regulations are not very well carried out even if this would be for their own benefit.

7. Conclusion

Safety is not a component which determines maritime occupation in the same way other components do, but rather a factor which has a special role of the important guideline in this occupation as a whole. When the safety is conceived as an indirect system of protection then it is congruous with other components of the occupation. Promoting and increasing of maritime skills, knowledge, dedication and spiritual strength, economic and social status of seafarers, as well as improving their attitude towards observing moral principles and legal regulations, all these increase safety. The better seamen's skills and knowledge are, the greater effort and the higher their working motivations are, the more responsibly they act on moral and legal principles, the higher is the level of safety and there are fewer maritime accidents and injuries. It is unacceptable if safety is endangered by privileges or tactless attitude of managers which destroy the self-respect and reputation of seamen, or if the formal record of compliance with regulations is achieved by covering up the breaking of rules or improper behaviour, but also if the safety, in general, is based too much on legal constraint.

Safety also exists as a direct intervention in removing a danger, as a control of how orders and regulations are carried out, how work is done and how the equipment functions. Therefore safety is one of the most important bases of the authority of managers and officers. This authority must be appropriate and aimed at an effective and co-ordinated functioning of the ship's mechanism and at satisfying the reasonable interests of seamen. If the authority is not like that, if it is careless or irrational, this

is bad for safety and even the best regulations can do nothing to improve the situation. The share safety has in the reinforcement of authority makes it a somewhat conservative factor which may obstruct the development of maritime occupation. The development of this occupation can only be achieved by improving the theory which is focused on all of its aspects. Only a theory as a system of general technological - sociological notions can direct maritime knowledge and surpass the limitations established by the structures of authority and interest.

Bibliography

1. M. Biličić, Specifičnosti zanimanja i života pomoraca, Zbornik radova Pomorskog fakulteta, Rijeka, 11, 1997.
2. Z. Bujas, Psihofiziologija rada, Zagreb, 1964.
3. A-M Chauvel, Managing Safety and Quality in Shipping, The Key to Success, The Nautical Institute, London, 1997.
4. R.H. Dillon, Shanghaing Days, Coward McCann Inc, New York, 1961.
5. C. Hill, Maritime Law, 4 ed., Lloyd's of London Press Ltd., London, 1995.
6. S.L. Hodges, Liabilities and Penalties for Unsafe Ships, in: The Management of Safety in Shipping, Operations and Quality Assurance, The Nautical Institute, London, 1991.
7. V. Horvat, Pomorci, Rijeka, 1997.
8. W. Kruger, Professionalisierung durch den Staat, Soziale Welt, 34, 1983.
9. A. Laird, C. Laird, Praktična poslovna psihologija, Panorama, Zagreb, 1964.
10. K. Lüscher, Der Prozess der beruflichen Sozialisation, Stuttgart, 1968.
11. N.R.F. Maier, Industrijska psihologija, Panorama, Zagreb, 1965.
12. C.R. McCornnell, S.L. Brue, Suvremena ekonomija rada, Mate, Zagreb, 1994.
13. T. Parsons i sur., Teorije o društvu, I knj., V. Karadžić, Beograd, 1969.
14. P.C. Pineo, J. Porter, Occupational Prestige in Canada, in: The Logic of Social Hierarchies, Markham, Chicago, 1970.
15. V. Power, EC Shipping Law, Lloyd's of London Press Ltd, London, 1992.
16. J. Rawls, Teorija pravde, Naše teme, 34, 5, 1990.
17. U. Scharnow (red.) Schiffssicherheit, Transpress VEB Verlag für Verkehrswesen, Berlin, 1984.
18. C. Seyfarth, Zvanje kao ključni pojam razumijevanja sociologije, in: Max Weber - Suvremene interpretacije, SDH, Zagreb, 1991.
19. A. Smith, Istraživanja prirode i uzroka bogatstva naroda, I sv., Zagreb, 1952.
20. R. Strauss, Medical Care of Seamen: The Origin of Public Medical Services in the United States, Yale University Press, Conn. New Haven, 1950.
21. Ž. Šporer, Elementi profesije, in: Interdisciplinarnost i interprofesionalnost, Scientia Yugoslavica, Zagreb, 1989.
22. M. Učur, Pomorsko radno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1997.
23. M. Učur, Vrela prava zaštite na radu pomoraca, Pomorski zbornik, 35, 1997.
24. P. Vuksanović, Povrede pomoraca, Pomorska medicina III, naučne rasprave, Mornarički glasnik, Beograd, 1983.
25. A. Watson, Avoiding Accidents, A Practical Approach, in: "Odgovornost brodarica za smrt i tjelesnu ozljedu člana posade, osiguranje i naknada štete", Croatia osiguranja, Split, 1997.
26. C. Young, Comprehensive Revision of the STCW Convention: An Overview, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 26, No. 1, 1995.

Sources of Law: International Conventions and National Legislation

1. International Labour Organization Conventions: 7/1920, 9/1920, 25/1921, 16/1921, 28/1929, 32/1932, 53/1936, 54/1936, 55/1936, 70/1946, 74/1946, 75/1946, 76/1946, 108/1958, 109/1958, 133/1970, 134/1970, 147/1976.
2. International Labour Organization Recommendations: 28/1926, 48/1936, 49/1936, 77/1946, 78/1946, 105/1958, 107/1958, 109/1958, 126/1966, 137/1970, 138/1970, 140/1970, 141/1970, 142/1970, 153/1976.
3. The Act of Ratification of the ILO Convention concerning Minimum Standards in Merchant Ships, "Official Gazette - International Conventions" No. 4/96.
4. The Act on Croatian Register of Ships, "Official Gazette" No. 81/96.
5. The Constitution of the Republic of Croatia, "Official Gazette" No. 56/90.
6. The Constitutional Decision on the Sovereignty and Independence of the Republic of Croatia, "Official Gazette" No. 31/91.
7. The Labour Act, "Official Gazette" No. 38/95.
8. The Law on Concluding and Executing International Conventions, "Official Gazette" No. 53/91.
9. The Maritime Code of the Republic of Croatia, "Official Gazette" No. 17/94.
10. The Memorandum of Understanding on Port State Control in Implementing Agreements on Maritime Safety and Protection of the Marine Environment, International Legal Materials, 21, 1982.
11. The Notification of Succession to International Conventions, "Official Gazette - International Conventions" No. 1/92 and No. 2/94.
12. The Ratification of Maritime Conventions, Lloyd's of London Press Ltd., 1993.
13. The Regulations on Duties and Watchkeeping of Crew Members on board Sea-going Ships of the Merchant Navy of the Republic of Croatia, "Official Gazette" No. 91/98.
14. The Regulations on Professional Titles and Certificates of Competence of Seafarers on board Ships of the Merchant Navy of the Republic of Croatia, "Official Gazette" No. 103/98.
15. The Regulations on the Safety of Navigation Inspection Control, "Official Gazette" No. 34/97.

Summary*

MARITIME OCCUPATION AND SAFETY

At the beginning of this paper a few basic characteristics of occupation in general are set forth through seven determining components (skill, knowledge, vocation, economic value, social status, moral principles and legal regulation). Further on through these seven components a more detailed explanation is given of the maritime occupation itself. Since the last of these components, which is legal regulation, has been gaining importance during last decades, there is a special chapter containing a concise review of the main international conventions adopted by ILO and IMO concerning seamen's occupation and maritime safety, as well as their implementation in the national legislation of the Republic of Croatia. Following chapters represent the short description of accidents and their causes and of a system

* Translated by the Author.

of protection against them, stressing particularly the importance of maritime accidents and seamen's injuries together with the framework elements of the system of safety measures, both on board ship and on shore. Finally, in the conclusion arguments are set forth to demonstrate that safety is a significant factor of maritime occupation and a guideline in maritime industry. On the other hand, there is a tendency of adopting too many regulations which may produce an adverse effect, because by incorporating safety too rigidly into other components of maritime occupation one might petrify it rather than develop it. It is not possible to create new development potentials within maritime occupation without previously constructing its consistent theory.

Key words: *maritime safety, occupation determining components, maritime accidents, safety and protection systems, safety management and regulations.*

Zusammenfassung

SEEFahrTSBERUFE UND SICHERHEIT

In der Einleitung werden mittels sieben Komponenten Grundmerkmale von Berufen allgemein dargelegt (Fertigkeiten, Wissen, Geist, ökonomischer Status, Sozialstatus, moralische Prinzipien und Rechtsregeln). Danach wird unter diesen Gesichtspunkten der Beruf des Seemanns gründlicher bearbeitet und, da die letzte von ihnen, die Rechtsregulierung dieses Berufes im Laufe der letzten Jahrzehnte immer wichtiger wurde, werden in einem besonderen Kapitel internationale Konventionen über die Sicherheit auf See und im Beruf des Seemanns angeführt, die im Rahmen der Internationalen Seefahrtsorganisation und Internationaler Arbeitsorganisationen angenommen wurden sowie deren Anwendung im Rechtssystem der Republik Kroatien. Anschließend werden allgemeine Bedeutungen von Unglück und Schutzsystemen angeführt sowie besonders Seefahrtsunfälle und Arbeitsunfälle der Seeleute und Rahmenelemente des Sicherheitssystems auf dem Schiff und an der Küste betrachtet. Schließlich wird argumentiert gefolgert, dass die Sicherheit einerseits zweifellos eine bedeutende Tatsache im Beruf des Seemanns und der Seefahrt allgemein ist, doch andererseits wird konstatiert, dass die Tendenz eine zu große Menge von Rechtsvorschriften zu geben, den gegenteiligen Effekt hervorrufen kann, denn ein unflexibler Einbau von Sicherheitselementen in die anderen Komponenten des Seefahrerberufs kann diesen versteinern lassen, d.h. seine Entwicklung begrenzen, die schließlich nicht möglich ist ohne Ausbau einer konsistenten Theorie des Seemannsberufs.

Schlüsselwörter: *Sicherheit auf See, Bestimmungen - Komponenten des Berufs, Seeunfälle, Sicherheits- und Schutzsystem, Sicherheitsvorschriften.*

Sommario

PROFESSIONE MARITTIMA E SICUREZZA

Al principio di questo saggio sono enucleate alcune caratteristiche fondamentali dell'occupazione in generale attraverso sette componenti determinanti (capacità, conoscenza, vocazione, valore economico, *status* sociale, principi morali e regolazione legale). Successivamente sulla scorta di tali sette componenti è affrontata una spiegazione più dettagliata della professione marittima. L'ultima di queste componenti, che è la regolazione legale, ha guadagnato importanza nel corso degli ultimi decenni, e un paragrafo specifico contiene una concisa rassegna delle principali convenzioni internazionali adottate dall'ILO e dall'IMO relative all'occupazione dei marittimi e alla sicurezza marittima, così come la loro implementazione nella legislazione nazionale della Repubblica di Croazia. I paragrafi seguenti rappresentano una breve descrizione degli incidenti e delle loro cause e del sistema di tutela contro di essi, evidenziando particolarmente l'importanza degli incidenti marittimi e delle lesioni ai marittimi insieme con gli elementi di riferimento del sistema delle misure di sicurezza, sia a bordo della nave sia a riva. Infine, le considerazioni conclusive sono avanzate per dimostrare che la sicurezza è un fattore significativo del lavoro marittimo e una linea di condotta nell'industria marittima. Dall'altra parte, esiste una tendenza all'adozione di troppe regolazioni che possono produrre un effetto contrario, in quanto incorporando troppo rigidamente la sicurezza nelle altre componenti dell'occupazione marittima la si può pietrificare piuttosto che sviluppare. Non è possibile creare nuove potenzialità di sviluppo all'interno del lavoro marittimo senza costruire precedentemente la sua teoria compatibile.

Parole chiave: *sicurezza marittima, componenti determinanti della professione, incidenti marittimi, sistemi di sicurezza e tutela, regolamentazioni e gestione della sicurezza.*

ASPETTI LOGICI DELLA TEORIA DELLA PROVA INDIZIARIA

Dr. sc. Isabella Rosoni, professoressa associata
Facoltà di Giurisprudenza,
Università di Macerata

UDK: 343.142::165
Ur.: 29. studenog 1999.
Pr.: 8. prosinca 1999.
Izvorni znanstveni članak

Logički aspekti teorije dokaza indicijem

Indiciji (dokazne činjenice) kao izvori saznanja nalažu primjenu logičkih pravila. U povijesnom razvoju tradicionalnih modela kaznenog postupka stvorena su posebna pravila dokazivanja pomoću indicija. U njihovu nastanku izravno se isprepliću pitanja pravila logike i kaznenoga postupka. U sadašnjosti novi izazov tome jest primjena znanstvenoga dokaza.

Ključne riječi: dokaz indicijem, logika, razvoj teorije.

1. La prova indiziaria e la logica

Nella storia del pensiero giuridico, la teoria della prova indiziaria in materia penale rivela una stabile continuità teorica ed argomentativa. Fin dalla prima formulazione romanistica, e quindi nel corso delle tre fasi storiche in cui è stata sostanzialmente ripensata ed aggiornata¹, ha mantenuto, almeno in apparenza, una fisionomia costante. Ma mentre sembra per un verso impermeabile alle grandi correnti del pensiero logico moderno, per l'altro appare come anticipatrice di modelli ipotetico-deduttivi destinati a rivelarsi assai fertili nella prospettiva epistemologica successiva. Le trasformazioni del sistema processuale le assegnano di fatto sempre nuove valenze, tanto da mutarne in concreto ruolo e collocazione, pur nell'apparente invarianza della sua struttura teorica. Allo stesso tempo le sue modificazioni - sia pure indotte, indirette o relative - finiscono per ripercuotersi sul processo, ne cambiano le regole e influiscono sulla sua natura.

¹ La fase del diritto comune maturo che, per quanto riguarda la teoria della prova indiziaria in materia penale, possiamo collocare tra la fine del XIII secolo e la seconda metà del XVI; il Seicento, che costituisce il momento di svolta per quanto concerne le teorie logiche, fondamentali nella costruzione dottrinale dei sistemi probatori; infine il periodo a cavallo tra Sette ed Ottocento, nel quale maturano, sul piano teorico oltre che pratico, alcune significative riforme del processo penale. Cfr. I. ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, 1995.

Nell'esperienza processuale ogni modello procedurale rimanda a un modello probatorio particolare; da sempre si è messa in evidenza l'esistenza di uno stretto rapporto tra logica e procedura², tra la teoria gnoseologica di un'epoca e la sua "teoria delle prove". Il nucleo di queste corrispondenze sta nella natura stessa di quella entità teorica, fatta di logica, di retorica e di argomentazione ricavato all'interno della prova e che chiamiamo prova indiziaria.

Posta l'ovvia premessa che non esistono verità o falsità se non nel quadro di convenzioni date delle quali, peraltro, non è possibile dire se siano vere o false, essendo la verità fattuale di per sé impenetrabile³, possiamo avviare il nostro ragionamento sulla prova indiziaria dalla seguente asserzione: la struttura fondamentale del procedimento logico della prova indiziaria - e cioè l'inferenza dal fatto noto al fatto ignoto - è la stessa di quella della prova diretta⁴. In questo senso una analisi dei procedimenti logici sottesi alla prova indiziaria fa luce sulla particolare concezione, di tipo processuale, della verità. Nel terreno del diritto probatorio, la fiducia nella possibilità di conoscere la verità dei fatti si è sempre confrontata con la necessità di ottenere quella verità in modo mediato e indiretto perché ogni prova è una prova indiziaria⁵, e con l'obbligo del rispetto di tutte le regole formali che di volta in volta le procedure stabilivano.

Per poter trarre le conseguenze legali (processuali) dai diversi accertamenti e formulare un giudizio che rischiasse la quantità minima di errore, per evitare i pericoli della soggettività e dell'opinione, venne elaborato un metodo oggettivo che, applicato al campo del diritto - ed in particolare al campo delle azioni umane che non consente conoscenze certe - permettesse un'indagine il più possibile vicina ai criteri della certezza di tipo scientifico. La teoria della prova indiziaria si modellò inizialmente su particolari tipi di retorica⁶ e poi, in seguito, su modelli cognitivi (e comunque argomentativi)⁷ che rispondevano sì ai presupposti gnoseologici

² "Tutta la forma delle procedure legali - ha scritto Leibniz - in realtà non è altro che una specie di logica applicata alle questioni di diritto" (G. W. LEIBNIZ, *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, tr.it. di E. Cecchi, *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, Bari, 1988, lib. IV, cap. 16, § 9, p. 496).

³ H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. di G. Vattimo, Milano, 1983, specie alle pp. 466 e ss.

⁴ Posta comunque la distinzione fra prova logica e prova giuridica, la prima, puramente formale, non consente una effettiva conoscenza della realtà: è un puro ragionamento dimostrativo. La seconda, costituita da fatti e dati reali, che assumono la forma di argomentazioni e conclusioni, è invece un procedimento di determinazione dei fatti ignoti attraverso i fatti noti. Tale procedimento comporta un momento logico che è fondato (e sfocia) su fatti concreti (cfr. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 152).

⁵ "Ogni prouva è indizio" cfr. N. NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1828-1831, parte II, vol. 1, § 52, pp. 68 ss., ma vedi anche ai §§ 238 e 241, pp. 294 ss., 296 ss.

⁶ Cfr. C. GINZBURG, *Aristotele, la storia, la prova*, in *Quaderni storici*, n. 85, 29, 1994, 1, pp. 5-17.

⁷ Alludiamo all'operazione cinquecentesca (si pensi per esempio a R. AGRICOLA, *De inventione dialectica (libri tres)*, Parisiis, 1542, specie al lib. III, cap. 13, pp. 179v.-182v. o a P. RAMO, *Dialecticae libri duo*, Francofurti, 1579) di assimilazione della retorica (classica) nella

dell'epoca, ma che erano tuttavia centrati sulle (limitate) possibilità della inferenza dal noto all'ignoto.

Alla origine della costruzione di un tale modello logico è stato il progressivo abbandono di un sistema di prove che oggi convenzionalmente definiamo irrazionale, tutto centrato su una prova giudiziaria (o del fatto) di tipo presuntivo: l'ordalia il giudizio di Dio, la divinazione, il duello, il giuramento⁸. Questo sistema fu progressivamente sostituito da un altro, altrettanto convenzionalmente inteso come razionale (sistema della prova legale e poi della prova morale), all'interno del quale si pongono in un rapporto complementare e dialettico la prova giudiziaria e la prova giuridica⁹. Sono infatti allo stesso tempo separate e connesse la prova del fatto e l'argomentazione in diritto che la valuta e la rapporta al complesso normativo processuale e penale¹⁰.

E' evidente che qualsiasi gerarchia delle prove nasce e si giustifica nell'intento di fornire le migliori garanzie alla giustizia. E' probabile, allora, che in un'epoca in cui la scrittura non ha sufficiente diffusione e circolazione possa prevalere la regola *in ore duorum vel trium stat omne verbum*; per lo stesso ordine di ragioni, in una fase diversamente caratterizzata può imporsi piuttosto il principio derivato da C.4.20.1: *Contra scriptum testimonium, testimonium non scriptum non fertur*, salva sempre la terza possibilità, enunciata in C.4.21.15, in forza della quale al giudice viene dato il potere di scegliere: *In exercendis litibus eandem vim obtinet tam fides instrumentorum quam depositiones testium*. In una società fortemente gerarchizzata la credibilità e la ammissibilità dei testimoni sarà probabilmente condizionata dal posto che essi occupano nella scala sociale. Là dove il principio di autorità è più presente e radicato è possibile che il parere espresso dai più autorevoli venga anche considerato il più credibile così come sostenuto dal probabilismo di tipo medievale. Pregiudizio, quest'ultimo, opposto alla convinzione che, insieme ad altre, fondò il principio delle giurie popolari sul finire del Settecento: allora si pensò che si dovesse piuttosto far credito al parere della maggioranza secondo un orientamento che, abbandonato il vecchio probabilismo, sembrava preferire il calcolo delle probabilità.

C'è tuttavia da dubitare della razionalità di un sistema che preordina normativamente una gerarchia probatoria ideale alla quale corrisponde una altrettanto preordinata attribuzione di verità. In entrambi i sistemi considerati razionali, e sicuramente in primo luogo in quello legale, lo schema logico dal quale trae forza la prova è simile, e spesso identico, a quello delle prove così dette irrazionali di tipo, per intenderci, ordalico: e cioè "quello della deduzione come necessaria (e non come

dialettica. Sul punto si veda W. C. KNEALE e M. KNEALE, *Storia della logica*, a cura e con premessa di A. G. CONTE, Torino, 1972, pp. 346 ss.

⁸ Vedi P. GARRAUD, *La preuve par indices dans le procès pénal*, Paris, 1913, p. 52.

⁹ A questa si potrebbe aggiungere l'ulteriore distinzione, proposta da Henri Lévy-Bruhl, tra *preuve judiciaire* e *preuve scientifique*. Cfr. H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Paris, 1964, pp. 150 ss.

¹⁰ Ch. PERELMAN, *La spécificité de la preuve juridique*, in *Justice et raison*, XXV, 1963, pp. 207-217, p. 211; e poi in *La preuve*, 4, *Période contemporaine*, Bruxelles, 1963, [Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, XIX], alle pp. 5-18.

probabile) della conclusione giudiziaria dalla prova esperita e dalla norma che ad essa conferisce valore probatorio o immediatamente espressivo del fatto provato”¹¹.

In questo quadro, sia le prove inserite nel regime legale, sia quelle arcaiche, magiche o di genere ordalico¹², si presentano allo stesso modo come prove simboliche perché mentre simulano l'esistenza di una giustificazione materiale, offrono in realtà una base puramente formale (in un certo senso *rituale*) alla decisione. Le semi prove o i quarti di prova, giustapposti e sommati fino a raggiungere il minimo formale valido per la decisione, hanno lo stesso carattere convenzionale e stipulativo proprio delle loro antenate irrazionali. Il credito che il sistema giudiziario ha accordato in epoche diverse ad entrambi i generi di prova, ben al di là della loro capacità di convincere, sta nel fatto di possedere entrambi un potere di indicazione formalizzata: nel fatto di costituire comunque il segno probante di un qualche grado di colpevolezza, nella logica di un sistema che a ragione può essere detto di “graduazione continua”¹³; e non solo: il *mettere alla prova* è anche un mezzo per arrivare alla verità (ordalia) oltre che per asseverarla, come mostra la stessa evoluzione dei sistemi processuali.

La certezza giudiziaria che ha connotato sia il sistema probatorio arcaico che quello di prova legale è concepita come determinata e regolamentata a priori attraverso delle norme obbligatorie, che possono essere di derivazione divina (soprannaturale), o umana (legale), ma che hanno l'identica caratteristica di essere prestabilite e necessarie. Una diversa concezione considera la certezza come una nozione puramente morale, che non può che scaturire dalla convinzione di chi nel giudizio è implicato principalmente e direttamente, vale a dire il giudice. Tale concezione fonda i suoi presupposti sull'assunto, più o meno cosciente o esplicito, che la verità empirica possa essere solo probabile e che la frattura logica che separa fatti provati e dati probatori non può essere in alcun modo colmata. Questo rovesciamento prospettico elegge la prova indiziaria a medium logico: punto di incontro, ma sarebbe meglio dire terreno di incrocio, tra le due verità, quella formale e quella storica. I nuclei teorici della prova indiziaria iscritti nella teoria delle probabilità rimandano anch'essi ad un'idea di *verità*; una verità che non è più registrata entro l'anima dell'accusato, ma è tuttavia rinvenibile nella razionalità dei numeri, e riposta nella rassicurante certezza di poter applicare il calcolo delle probabilità a qualsiasi questione umana.

¹¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 2ª ed. con prefazione di N. Bobbio, Bari, 1990, p. 114.

¹² Sull'ordalia come mezzo di indagine, oltre che come mezzo di prova, si possono vedere F. PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, Torino, 1890, pp. 4, 25 ss. e gli scritti di J. Ph. LÉVY, *L'Evolution de la preuve, des origines à nos jours: Synthèse générale*; F. L. GANSHOF, *La Preuve dans le droit franc*; J. GAUDEMET, *Les Ordalies au moyen âge: doctrine, législation et pratique canoniques*, tutti in *La preuve, 2, Moyen âge et temps modernes*, Bruxelles, 1965, [Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, XVI], rispettivamente alle pp. 9-70, 71-98 e 99-136; infine R. BARTLETT, *Trial by Fire and Water. The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford, 1986.

¹³ “...la dimostrazione in materia penale non obbediva ad un sistema dualista: vero o falso; ma ad un principio di graduazione continua: un grado raggiunto nella dimostrazione formava già un grado di colpevolezza e implicava per conseguenza un grado di punizione” (M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976, p. 46).

Il sistema di prova legale si costruì a partire dal XIII secolo. I giuristi che lo elaborano, siano essi civilisti o canonisti, utilizzano le categorie logiche della scolastica. Nasce così una costruzione di pura invenzione intellettuale che rispecchia la concezione filosofica dell'epoca: in un grande albero tassonomico vengono fissate le regole probatorie sparse nelle fonti romane, nei testi legislativi e nella dottrina giuridica elaborata dai *doctores*.

La prova è il *genere*: una categoria di oggetti che hanno in comune delle proprietà essenziali (e che differiscono per proprietà non essenziali); le *specie* corrispondono ai livelli di credibilità, di verità e quindi di certezza dei modi di prova se si parla del sistema probatorio in senso astratto, in potenza, e delle prove ottenute concretamente se si parla del sistema in funzione, in atto. Possiamo affermare che una simile distinzione quanto ai gradi rimanda alle diverse competenze di giuristi e giudici: mentre il grado di certezza dei singoli modi di prova viene deciso dai primi, i gradi di certezza all'interno dei modi sono di competenza dei secondi. I gradi stabiliscono tre livelli di evidenza all'interno della prova: all'inizio la notorietà, e tutti quei modi di prova che ad essa vengono assimilati; alla fine gli indizi lievi e lontani, le presunzioni temerarie; nel mezzo si colloca invece tutta la sterminata casistica della prova artificiale.

Il concetto stesso di prova non può essere scisso da quello di certezza, e questa, come la prova, viene misurata in gradi. Fine ultimo della prova è la persuasione del giudice che passerà attraverso cinque tappe successive: *Nescentia, dubitatio, suspicatio, opinio, credulitas* o *fides*¹⁴. Quelle che, nel linguaggio giuridico, sono le prove piene, le semiprove, le presunzioni, le congetture, gli indizi, i segni, gli ammenicoli, corrispondono - in una non casuale omologia gerarchica - alle diverse fasi del processo di convinzione. Il convincimento del giudice è un passaggio graduale dalla *dubitatio* alla *fides*, passaggio che è dato trovare, evidentemente in tutti i sistemi di prova, che siano razionali o irrazionali.

Il sistema di prova legale si regola sulla base di formalismi predeterminati dai giuristi e lascia relativamente poco spazio ai pratici del diritto, ai giudici. Per come è strutturato, da solo e di per sé non permetterebbe il funzionamento della macchina processuale. Non ha infatti alcuna efficacia se si limita all'accoglimento delle sole prove piene: scritti autentici e 'ufficiali' - poco presenti nelle cause criminali -, testimonianze valide e concordi, confessione valida e degna di fede dell'accusato.

Per poter funzionare, per uscire da una struttura formale che consentirebbe solo alla testimonianza e alla confessione (ottenuta il più delle volte grazie alla tortura) di superare il limite posto dalla legalità delle prove piene, è costretto a lasciare uno spazio formalmente delimitato, ma di fatto essenziale alla libera valutazione delle prove da parte del giudice. Se infatti esiste una stretta corrispondenza (creata dalla dottrina) tra certezza legale, prova piena e pena ordinaria, una corrispondenza simmetrica (creata dal giudice, nel momento del giudizio) verrà a formarsi fra certezza morale, prova semipiena o indiziaria e pena straordinaria. La centralità teorica della prova indiziaria è giustificata dal fatto che in essa il principio del libero convincimento

¹⁴ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam digesti veteris partem Commentaria*, Venetiis, 1580, l. *admonendi*, *De iureiurando*, nn.15-23.

e il principio della legalità della prova trovano un punto di confluenza. La teoria della prova indiziaria (o presuntiva), così come si sviluppa dalla tradizione classica dell'*ars disputandi*, non è altro che il tentativo di formalizzare, secondo i criteri di elencazione e classificazione allora in uso, la scienza tutta empirica del convincimento del giudice.

Il sistema di prova legale attribuiva una sicura prevalenza (prova piena) a quelle prove che presupponevano una diretta rappresentazione del fatto. Le prove piene dette anche vere, perfette, manifeste, complete, sono quelle che sono sufficienti di per sé - in quanto offrono una *perfecta cognitio facti* - a convincere il giudice e costringerne la decisione, quale che sia la sua opinione, e quindi a consentire l'applicazione della pena edittale. Sono prove piene, in materia criminale, la testimonianza di due testi *irreprobabiles*, la confessione del reo, la *evidentia facti*, la prova scritturale. Le *prove semipiene* sono tutto quel materiale probatorio che sta gerarchicamente al di sotto delle prove piene, possono essere prove dirette viziate in qualche elemento o semplicemente prove indiziarie. *Praesumptio, signum, indicium, suspicio, coniectura*, passano frequentemente per sinonimi, vengono usati indifferentemente l'uno per l'altro e le definizioni che li riguardano sono il larga misura sovrapponibili.

Dalla presenza di una prova semipiena non nasce per il giudice l'obbligo giuridico di dare seguito con la sentenza all'indicazione che da essa deriva perché si tratta di una prova insufficiente. Quel tanto di conoscenza che la semipiena gli porta verrà utilizzato dal giudice e composto con altri elementi: il giudice potrà sottoporre l'imputato a tortura o potrà pronunciarsi per una pena straordinaria e cioè più mite di quella edittale, stabilita secondo il suo arbitrio. In altre parole le complicate regole di prova varranno soltanto quando si tratterà di irrogare una pena ordinaria. Quando invece la prova non sarà completa perché formata da soli indizi il giudice potrà valutarli liberamente e condannare il reo a una pena straordinaria¹⁵.

La teoria della prova indiziaria prese forma a partire dal Duecento. Azzone, Guglielmo Durante, Alberto da Gandino, il *Tractatus de tormentis sive de indiciis et tortura*¹⁶, e infine Bartolo da Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi, tracciano le grandi

¹⁵ J. MENOCHIO, *Tractatus de praesumptionibus*, cit., I, lib. I, quae. 97, nn. 15-18.; G. CLARO, *Opera omnia...*, Venetiis, 1614, *Liber V*, § *Finalis*, [d'ora in avanti: *Practica criminalis*], quae. 20, n. 6. Testimonianza di una ormai solida prassi in G. D. RAYNALDI, *Observationes criminales, civiles et mixtae*, cit., III, obs. ad cap. 34, § 12, n. 39: "Iudex ex inditiis potest secundum eius arbitrium condemnare in poenam extraordinariam".

¹⁶ AZZONE, *Summa*, Venetiis, 1584, IV, rub. *De probationibus*, e IX, rub. *De quaestionibus*; G. DURANTE, *Speculum juris*, Venetiis, 1602, al lib. II, rub. *De probationibus* e rub. *De praesumptionibus*; ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, ed. H. U. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, 2 voll. Berlin und Leipzig, 1907-1926, II, *Die Theorie*, 1926; del *Tractatus de tormentis sive de indiciis et tortura*, abbiamo utilizzato la versione contenuta nei *Tractatus universi iuris*, (vol. XI, t. 1, Venetiis, 1584), pubblicata sotto il nome di Guido da Suzzara. Il *Tractatus*, opera di incerto autore e di incerta data, ebbe molte edizioni a stampa; la sua notevole diffusione contribuì di fatto ad influenzare gran parte del pensiero successivo. Per la questione della sua attribuzione, tuttora incerta bisogna dire, si veda, da ultimo, D. MAFFEL, *Giuristi medievali e falsificazioni editoriali del primo Cinquecento. Iacopo di Belviso in Provenza?*, Frankfurt am Main, 1979, pp. 51 ss., che propone la sua attribuzione ad un giurista di ambiente provenzale.

linee sulle quali si svilupperà quella che verrà chiamata la prova circostanziale o artificiale perché legata all'artificio del ragionamento. Successivamente la materia indiziaria venne ordinariamente affiancata a quella dei tormenti: per esempio nei trattati *De indiciis et tortura* di Francesco Bruni¹⁷, di Marc'Antonio Bianchi¹⁸, di Paolo Grillandi¹⁹, di Francesco Casoni²⁰, scritti tra la fine del Quattrocento e il pieno secolo successivo. Tuttavia i primi veri trattati *indiciorum*, quelli che si sarebbero discostati dalla tradizione basso-medievale, verranno elaborati più tardi, nei secoli XVI (seconda metà) e XVII, quando cominciò ad affermarsi, nella dottrina e nella pratica, una complicata ed intricata economia degli indizi, che si inserì in quello che viene convenzionalmente definito il sistema inquisitorio maturo. Negli anni trenta del Cinquecento Andrea Alciato²¹, e poi nella seconda metà del secolo Jacopo Menochio²², Francesco Mantica²³ e Giuseppe Mascardi²⁴, pubblicano quattro opere che affrontano la prova indiziaria o artificiale separatamente dalla tortura e dalla prova tradizionalmente intesa (testimonianza, scritti, confessione). La vertiginosa casistica, fatta di circostanze ed intenzioni, di cui questi trattati cominciano a tener conto, rende la materia criminale più complessa del puro gioco della verità e della menzogna, implicito nella semplice logica dei tormenti, e la lega ai meccanismi logici dei fatti. Per ottenere la verità c'è bisogno di qualcosa di più potente del dolore; si innesta allora, nella dottrina tradizionale, la proliferazione di una complicata e faticosa casistica.

La apparente contraddizione tra la centralità che la prova indiziaria occupa negli scritti dei criminalisti e il ruolo secondario cui è relegata nella gerarchia probatoria che vede ai primi posti le prove inartificiali è comprensibile se si pensa alla importanza degli indizi per la applicazione della tortura o per la irrogazione di una pena straordinaria. Inoltre gli indizi, legati tra loro in sequenza o aggiunti a prove vere e proprie, permettono che una prova di per sé insufficiente passi di grado e raggiunga un livello di certezza più alto.

¹⁷ F. BRUNI, *Tractatus de indiciis et tortura* (1493 o 1495?), nei *Tractatus universi iuris*, Vol. XI, t. 1, Venetiis, 1584.

¹⁸ M. A. BIANCHI, *Tractatus de indiciis homicidii ex proposito commissi et de aliis indiciis homicidii et furti...*, nei *Tractatus universi iuris*, Vol. XI, t. 1, Venetiis, 1584.

¹⁹ P. GRILLANDI, *De quaestionibus et tortura* (1523-1534), nei *Tractatus universi iuris*, Vol. XI, t. 1, Venetiis, 1584.

²⁰ F. CASONI, *De indiciis et tormentis* (1557), nei *Tractatus universi iuris*, Vol. XI, t. 1, Venetiis, 1584.

²¹ A. ALCIATO, *Tractatus de praesumptionibus* (1538), Venetiis, 1564.

²² J. MENOCHIO, *De praesumptionibus, coniecturis, signis, et indiciis*, 2 voll., Venetiis, 1617; *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis, libri duo*, Venetiis, 1590.

²³ F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis ultimarum voluntatum in libros duodecim distinctus*, Venetiis, 1619.

²⁴ G. MASCARDI, *Conclusiones probationum omnium quibusvis in utroque foro versantibus practicabiles, utiles, necessariae, in quatuor volumina distinctae* (1584), Francofurti ad Moenum, 1684.

Ancora troviamo sistemazioni significative della prova indiziaria nei *Tractatus*, nelle *Lecturae*, nelle *Practicae*, da Bonifacio de Vitalini²⁵ ad Angelo Gambiglioni²⁶, da Ippolito de Marsili²⁷ a Egidio Bossi²⁸, fino a Ludovico Careri²⁹, Giulio Claro³⁰, Tiberio Deciani³¹: in tutte quelle opere, cioè, che insieme alla dogmatica penale affrontano la materia processuale, in una interconnessione tematica difficilmente districabile, stante il carattere composito (un intreccio di criteri incriminativi, regole procedurali e previsioni di pena) del diritto penale comune. Infine Prospero Farinaccio, che nella monumentale *Praxis et theorica criminalis* affronta in più sedi la materia degli indizi³². Con Farinaccio, anche in ragione del carattere per così dire conclusivo della sua gigantesca opera, si chiude la stagione della grande criminalistica italiana, o di stile italiano³³. Da allora il testimone passò oltralpe, alla giurisprudenza francese, spagnola e tedesca, culturalmente più sofisticate, più libere da pesanti tradizioni scolastiche e più attente - oltre che ai profili filologici e storici del diritto - alle implicazioni logiche ed alle connessioni filosofiche della creazione giuridica. E' qui che i criteri di elaborazione, classificazione e valutazione vengono mutuati da forme di ragionamento nate al di fuori della scienza giuridica, tanto che il ruolo egemone nella escogitazione teorica, in materia di indizi e prove (non solo penali), sfugge di mano ai giuristi professionali di tipo tradizionale, per essere assunto da altre figure intellettuali, nutrite (anche) di cultura giuridica ma orientate fundamentalmente verso il pensiero logico e filosofico.

²⁵ Il vero autore del *Tractatus super maleficiis* scritto probabilmente tra XIII e XIV secolo, non è Bonifacio de Vitalini ma Bonifacio Antelmi, (cfr. D. MAFFEI, *Giuristi medievali e falsificazioni editoriali*, cit., *passim*, ed ora anche P. e D. MAFFEI, *Angelo Gambiglioni giureconsulto aretino del quattrocento. La vita, i libri, le opere*, Roma, 1994, p.42). L'edizione a stampa qui consultata è stata pubblicata a Venezia nel 1555.

²⁶ A. GAMBIGLIONI, *Tractatus de maleficiis* (1438), Venetiis, 1555.

²⁷ I. MARSILI, *Practica criminalis*, Venetiis, 1564; *Consiliorum criminalium volumina duo*, Lugduni, 1534.

²⁸ E. BOSSI, *Tractatus varii qui omnem fere criminalem materiam complectuntur*, Venetiis, 1562: in particolare i Trattati *De indicis et considerationibus ante torturam*, *De inquisitione*, *De tortura*.

²⁹ L. CARERI, *Practica causarum criminalium*, Lugduni, 1566, che contiene il *Tractatus de appellationibus*, il *Tractatus de indicis et tortura*, il *Tractatus de homicidio et assassinio* e il *Tractatus de haereticis*.

³⁰ G. CLARO, *Practica criminalis*, cit.

³¹ T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, 2 voll., Venetiis, 1590.

³² P. FARINACCIO, *Praxis et theoricae criminalis*, Lugduni, 1634, specie alle *quaestiones* 36, 52 e 86.

³³ Pensiamo a giuristi non italiani, le cui opere circolarono e fecero opinione nella più generale discussione sulla natura, sul valore e sulla logica degli indizi penali. Tra gli altri, nell'area iberica, A. GOMEZ, *Commentariorum variarumque resolutionum...* (tomi tres), Venetiis, 1575, L. PEGUERA, *Liber quaestionum criminalium...*, Barcinonae, 1585, e *Practica criminalis et ordinis iudicariii civilis*, Barcinonae, 1603; nei Paesi Bassi J. DAMHOUDER (ma Ph. di Vielant), *Praxis rerum criminalium*, Venetiis, 1572 e, più tardi, A. MATTHAEUS, *De criminibus ad libros XLVII et XLVIII digestorum commentarius*, Trajecti ad Rhenum, 1644 (ma Matthaeus sta a fatica in questo elenco: per motivi cronologici, ed anche per il carattere piuttosto innovativo (per contenuti, oltre

L'arco di tempo compreso tra la seconda metà del Cinquecento e l'intero Seicento corrisponde ad un'epoca di straordinaria innovazione culturale. Per convenzione storiografica questi sono i decenni della rivoluzione scientifica, della creazione delle scienze esatte della natura e della matematica³⁴, della demolizione dei fondamenti teorici dell'ontologismo scolastico. Se nuove scoperte e nuove teorie rivoluzionarono il modo di vedere e di pensare il mondo, quella trasformazione si risolse poi nella ricerca di un *nuovo metodo* che fosse in grado di consentire, da un lato, la tesaurizzazione dell'esperienza attraverso la scoperta di regole, la ricerca degli errori e la trasmissione dei complessi culturali così costituiti; dall'altro, il raggiungimento della certezza nel campo del sapere indagato.

E' indubbio che la fiducia nel metodo scientifico basato sull'osservazione, l'analisi e l'induzione, abbia riscattato quel genere di prova che fino ad allora era stato tenuto ai margini della certezza. Ciò che più ci interessa di questa operazione, sono i cambiamenti radicali che si estesero oltre i contenuti scientifici strettamente intesi e finirono per influenzare il mondo del diritto. E infatti, nel processo penale, nel conflitto tra logica e retorica, il diritto sostanziale e quello processuale entrarono in una stretta interdipendenza, conseguenza dell'intreccio di momento etico e momento logico³⁵.

che per metodo) che la sua opera riveste rispetto alla tradizione del tardo commento "all'italiana"); in area tedesca H. BOCER, *De quaestionibus et torturis reorum*, Tubingae, 1630; C. KRAUS (CRUSIUS), *Tractatus de indiciis delictorum ex iure publico et privato*, Francofurti, 1668, opera di notevole interesse perché *summa* della scienza pratica indiziaria. Christoph Kraus si occupa di prova indiziaria anche nel *Rerum criminalium opus absolutissimum, de tortura et indiciis ad torturam facientibus...*, Francofurti, 1697; B. CARPZOV, *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium*, Lipsiae, 1655; J. S. F. BÖHMER, *Elementa iurisprudentiae criminalis. Editio quarta. Accessit in calce Constitutio Criminalis Carolis V*, Halae, 1749, le *Observationes selectae ad Benedicti Carpzovii Practicam novam rerum criminalium*, Frankfurt am Main, 1758, e le *Institutiones iuris canonici tum ecclesiastici tum pontifici*, Halae Magdeburgicae, 1747; in Francia, tra i più diffusi, C. LE BRUN DE LA ROCHETTE, *Le procès criminel, in Le procès civil et criminel*, Rouen, 1611.

³⁴ Dietro i nomi di Tartaglia (1500-1557), Cardano (1501-1576), Pierre de la Ramée (1515-1572), Viète (1540-1603), Stevin (1548-1620), Galileo (1564-1642), Keplero (1571-1630), Descartes (1596-1650), Fermat (1601-1665), Torricelli (1608-1647), Pascal (1623-1662), Huygens (1629-1695), Newton (1642-1727), Leibniz (1646-1716), Jakob Bernoulli (1654-1705) c'è una espansione gigantesca dei contenuti della matematica: cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *L'évolution de la théorie déductive. L'idée de principe chez Leibniz*, Paris, 1970, p.37.

³⁵ A. GIULIANI, *Prova (filosofia del diritto)*, in Enciclopedia del diritto, Milano, 1988, vol. XXXVII, pp. 518-579, p. 520, n. 6. Particolarmente sensibile all'aspetto retorico/logico del processo, e tutto interno alla corrente cinquecentesca di cui si è detto poco sopra, fu il giurista francese Pierre Ayrault (1526-1601), autore di un trattato intitolato *L'ordre, formalité et instruction judiciaire, dont les anciens Grecs et Romains ont usé ses accusations publiques (si non qu' ils aient commencé à l'exécution), conféré aux stils et usage de nostre France*, Paris, 1576. Alcuni decenni dopo anche Ugo GROZIO, *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), ed. P. C. Molhuysen, Lugduni Batavorum, 1919, tenterà di ricondurre il diritto entro un sistema fondato su principi logici. Il suo diritto naturale si distaccherà però da quello *ius naturale* comune a tutti i popoli, che i romani riconoscevano nelle istituzioni esistenti, e diventerà un sistema articolato entro gli schemi di una geometria fondata sulla ragione.

Un contributo fondamentale, seppure fino ad ora mai evidenziato, che permise di osservare sotto una diversa luce i vari elementi (i *signa*) che compongono la prova indiziaria, fu determinato dalla nascita di una nuova arte analitica che permetterà alle scienze matematiche prima e a quelle logiche poi di rafforzare il procedimento della deduzione. La *nouvelle algèbre* di François Viète, matematico ma anche avvocato e uomo politico³⁶ è, come è noto, una aritmetica che anziché occuparsi dei numeri in quanto tali (delle cifre), si occupa dei segni, in quanto segni di numeri (i numeri algebrici sono i coefficienti delle potenze o dei divisori). Questa nuova prospettiva, decisiva per il mondo scientifico, finì per influenzare quei settori e quelle discipline che facevano della logica, mutuata dalle matematiche, il sostegno del loro pensiero³⁷. L'idea di sostituire nei calcoli i segni ai numeri, adottata come *methodus procedendi*, risultò fertilissima in altri settori del sapere, ed in particolare in quelle discipline che avevano la necessità di giustificare o legittimare operazioni logiche o logico/applicative da sempre di fatto praticate. Se il metodo o "modo di pensare" algebrico consiste in una catena di definizioni, e cioè in un sistema valutativo di puro genere deduttivo, ecco che l'innovazione - applicata al campo del diritto probatorio - poteva prestarsi ad un uso molto produttivo: ottenere, per esempio, dalla concatenazione degli indizi quei frutti che la loro semplice somma non riusciva a dare. Un conto sarà infatti aggiungere i frammenti di prova, o giustapporre indizi più o meno pieni, e un conto costruire catene deduttive in grado di moltiplicare il valore probatorio dei singoli termini; sostituire cioè il vecchio criterio matematico della somma degli indizi con il criterio esponenziale implicito, per esempio, nell'argomento degli indizi violenti.

Con l'operazione degli indizi (o presunzioni) violente i giuristi avevano coniugato il rigore della dimostrazione matematica (somma degli indizi) alla costruzione dell'argomentazione giuridica. Non a caso, i *Tractatus indiciorum* vennero prodotti in questa epoca di raccolta enciclopedica del sapere. Essi realizzano in qualche modo l'utopia della riunione sotto schemi unitari, in un solo libro, di tutto un settore della cultura giuridica. L'indagine veniva condotta, con l'approssimazione e i limiti culturali propri di quel ceto di tecnici, con il metodo scolastico aristotelico. Ma un conto è sommare, all'interno di un orizzonte puramente aritmetico, un indizio ad un altro, un conto è sollevarsi ad un cielo più alto e apprezzare gli effetti moltiplicatori che quelle somme aritmetiche suggeriscono. Gli indizi violenti assumono un valore probatorio più alto che li eleva dalla semplice categoria di prova semipiena a quella di prova piena.

³⁶ François Viète fu membro del parlamento di Bretagna, consigliere di Enrico III e di Enrico di Navarra, i suoi scritti sono raccolti in *Opera mathematica recognita opera atque studio Francisci à Schooten, ex officina Bonaventurae et Abrahami Elzeviriorum*, 1646, rist. a cura di J. E. Hofmann, Hildesheim, 1970. I metodi della nuova arte analitica di Viète saranno ripresi dalla generazione dei matematici francesi del secolo successivo, fra i quali Pascal, Fermat e Descartes. Cfr. U. BOTTAZZINI, *La "grande arte": l'algebra nel Rinascimento*, in *Storia della scienza*, a cura di P. Rossi, 3 voll. in 5 tomi, Torino, 1988, vol. I, pp. 59-84.

³⁷ Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *L'évolution de la théorie déductive...*, cit., al capitolo *L'algèbre en tant que "mode de penser"*, in particolare alle pp. 38-40.

Un felice esempio di questa nuova immagine del sapere scientifico applicato al mondo del diritto³⁸ sarà offerto, alcuni decenni più tardi da Francis Bacon³⁹. Egli sistematizza un patrimonio di temi e di idee che si erano andati affermando nel secolo precedente ai margini della scienza ufficiale.

Le tappe di questo percorso logico sono segnate dalla nuova concezione del rapporto delle leggi del pensiero con la natura, con i fatti e con gli oggetti reali da esso indagati. Bacon, filosofo e giurista, matematico e pratico del diritto, invoca, per la comprensione delle leggi naturali, gli stessi strumenti che sono a fondamento dell'indagine giudiziaria⁴⁰. La natura è una realtà esterna ed estranea, che va forzata e costretta a svelare i suoi segreti. Il linguaggio usato è quello della giustizia penale ed è largamente modellato sulla procedura inquisitoria (*indicia, signa, ecc...*⁴¹); il metodo è quello della sostituzione della deduzione scolastica con l'induzione delle scienze sperimentali⁴². Ma in Bacon oggetto della indagine più che la verità delle

³⁸ Sull'argomento, e sulle implicazioni logiche del rapporto diritto/matematica cfr. N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in N. ABBAGNANO ed altri, *Saggi di critica delle scienze*, Torino, 1950, pp. 23-66.

³⁹ Salta agli occhi la stretta relazione che l'indagine probatoria (lettura e interpretazione degli *indicia*) intreccia con il metodo sperimentale inaugurato da Bacon: "Sed de scientiis tum demum bene sperandum est, quando per scalam veram, et per gradus continuos et non intermissos aut hiulcos, a particularibus ascendetur ad axiomata minora, et deinde ad media, alia aliis superiora, et postremo demum ad generalissima. Etenim axiomata infima non multum ab experimentia nuda discrepant. Suprema vero illa et generalissima (quae habentur) notionalia sunt et abstracta, et nil habent solidi. At media sunt axiomata illa vera et solida et viva, in quibus humanae res et fortunae sitae sunt; et supra haec quoque, tandem ipsa illa generalissima; talia scilicet quae non abstracta sint, sed per haec media vere limitantur [...] In constituendo autem axiomata, forma Inductionis alia quam adhuc in usu fuit excogitanda est". Nel tracciare le coordinate del nuovo metodo Bacon non risparmia dure critiche a quella che era la vecchia indagine naturale, fondata sul metodo scolastico aristotelico che fu poi lo stesso delle *tabulae indiciorum*: "Inductio enim quae procedit per enumerationem simplicem res puerilis est, et precario concludit, et periculo exponitur ab instantia contradictoria, et plerumque secundum pauciora quam par est, et ex his tantummodo quae praesto sunt, pronunciat. At Inductio quae ad inventionem et demonstrationem scientiarum et artium erit utilis naturam separare debet, per rejectiones et exclusiones debitas; ac deinde, post negativas tot quot sufficiunt, super affirmativas concludere" (F. BACON, *Novum Organum, sive Indicia vera de interpretatione naturae*, in *Works of Francis Bacon*, a cura di J. Spedding, London, 1857-74, 14 voll., I, 1858, lib. 1, *aphorismi* 104 e 105, p. 205).

⁴⁰ Cfr. J. H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago, 1977, pp.117 ss. (Bacon fu tra il 1596 e il 1615 *Commissioner to torture* nella Cancelleria inglese: si possono vedere le *Ordinances made by the Lord Chancellor Bacon, for the better and more regular Administration of Justice in the Chancery. To be daily observed, saving the prerogative of the Court*, in F. BACON, *Works*, cit., VII, pp. 755-774).

⁴¹ Sulla formazione degli *indicia de interpretatione naturae* cfr. F. BACON, *Novum Organum*, cit., lib. 2, *aphorismus* 10, p. 235: "Atque indicia de Interpretatione Naturae complectuntur partes in genere duas; primam de educendis aut excitandis axiomatibus ab experientia; secunda de deducendis aut derivandis experimentis novis ab axiomatibus. Prior autem trifariam dividitur; in tres nempe ministraciones; ministracionem ad Sensum, ministracionem ad Memoriam et ministracionem ad Mentem sive Rationem".

⁴² Per Aristotele l'induzione, nonostante sia più chiara del sillogismo deduttivo (cfr. *Gli Analitici primi*, a cura di M. Mignucci, Napoli, 1969, lib. B, cap. 23, 25), è priva di valore necessario

cose è la psicologia dell'indagatore, del giudice, alla ricerca delle origini degli errori, delle patologie delle argomentazioni umane⁴³. La teoria degli *idola* non è altro che una lunga, appassionata lezione fatta agli scienziati (e ai giudici) allo scopo di evidenziare gli errori cui il giudizio umano è inevitabilmente esposto⁴⁴.

Non si tratta ancora (siamo negli anni venti del Seicento) del capovolgimento della teoria gnoseologica del secolo precedente⁴⁵. L'attenzione è volta ad una conoscenza migliore, non filtrata, della natura, libera dalle patologie (gli *idola*), attenta a separare il fattore soggettivo della conoscenza da quello oggettivo. La critica baconiana al sistema scolastico non aggiunge molto alla critica cinquecentesca⁴⁶ che aveva visto in Pierre de la Ramée uno dei suoi più autorevoli esponenti⁴⁷, ma sviluppa alcuni dei suoi nuclei logici. In entrambi i punti di vista *l'experimentum / experientia* è un mezzo per accrescere i gradi di conoscenza e arrivare alla verità delle cose; ma

o dimostrativo, e "il suo ambito di validità rimane quello del fatto, cioè della totalità dei casi in cui è stata effettivamente riscontrata valida. Essa può perciò essere usata a fini di esercizio, nella dialettica, o a fine di persuasione, nella retorica: ma non costituisce scienza, perché la scienza è necessariamente dimostrativa". Per Bacon l'induzione assume un carattere di certezza proprio in virtù della disciplina cui viene sottoposta (le *tabulae*).

⁴³ Illuminanti le parole di Francis Bacon che critica le (cattive) dimostrazioni che non beneficiano della esperienza ma si arroccano ai presidi e alle difese degli *idola*. Sfondo concettuale di tali parole sembra essere più la conoscenza processuale che quella scientifica: "At pravae demonstrationes, Idolorum veluti munitiones quaedam sunt et praesidia; eaque quas in dialecticis habemus id fere agunt, ut mundum plane cogitationibus humanis, cogitationes autem verbis, addicant et mancipient. Demonstrationes vero potentia quadam philosophiae ipsae sunt et scientiae. Quales enim eae sunt, ac prout rite aut male institutae, tales sequuntur philosophiae et contemplationes. Fallunt autem et incompetentes sunt eae quibus utimur in universo illo processu qui a sensu et rebus ducit ad axiomata et conclusiones. Qui quidem processus quadruplex est, et vitia eius totidem. Primo, impressiones sensus ipsius vitiosae sunt; sensus enim et destituit et fallit. At destitutionibus substitutionibus, fallacis rectificationes debentur. Secundo, notiones ab impressionibus sensuum male abstrahuntur, et interminatae et confusae sunt, quas terminatas et bene finitas esse oportuit. Tertio, inductio mala est, quae per enumerationem simplicem principia concludit scientiarum, non adhibitis exclusionibus et solutionibus, sive separationibus naturae debitibus. Postremo, modus ille inveniendi et probandi, ut primo principia maxime generalia constituentur, deinde media axiomata ad ea applicentur et probentur, errorum mater est et scientiarum omnium calamitas" F. BACON, *Novum Organum*, cit., lib. 1, *aphorismus* 69, p. 179.

⁴⁴ E. CASSIRER, *Storia della filosofia moderna. II. Il problema della conoscenza nella filosofia e nella scienza da Bacon a Kant*, Torino, 1964, pp. 17 ss.

⁴⁵ Capovolgimento che sarà pienamente rintracciabile in un teorico come Laplace: "...quasi tutte le nostre conoscenze non sono che probabili; e anche quelle pochissime che stimiamo certe, persino nelle scienze matematiche, ci sono date dall'induzione e dall'analogia, che, strumenti principali per giungere alla verità, si fondano sulle probabilità": P. S. DE LAPLACE, *Saggio filosofico sulle probabilità*, in *Opere*, a cura di O. Pesenti Cambursano, Torino, 1967, p. 241.

⁴⁶ V. PIANO MORTARI, *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI*, Napoli, 1978, pp. 115 ss., e N. PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milano, 1987, pp. 101-118, p. 111. A proposito dei legami tra Bacon e il ramismo vedi anche A. GIULIANI, *Prova (filosofia del diritto)*, cit., p. 555.

⁴⁷ P. RAMO, *Dialecticae libri duo*, cit., aveva opposto alla logica aristotelica un metodo dialettico diviso in due momenti: *de inventione* e *de iudicio* (o *dispositio*).

è la tassonomia degli errori elaborata da Bacon che fonda quella che può essere considerata la epistemologia moderna.

Nel quadro che andiamo delineando si innestarono poi alcune linee evolutive che, per il particolare riferimento ai processi che attengono il ragionamento e le sue procedure, quali la inferenza, la induzione e la deduzione, influenzarono fortemente la logica della prova. Il supporto teorico che la epistemologia offrì alla critica del sistema di prova legale emerse in gran parte dalle considerazioni di John Locke e di G. Wilhelm Leibniz sulla probabilità⁴⁸, e maturò con le riflessioni di David Hume⁴⁹ circa il carattere meramente probabile di tutte le conoscenze empiriche⁵⁰.

La nota riconduzione a una regola d'esperienza del rapporto di causa-effetto (Hume), opponendo la forza dell'abitudine alla necessità, toglieva alla relazione causale sia il fondamento logico che quello epistemologico e le attribuiva un senso psicologico (*belief*). L'influenza che lo scetticismo di Hume esercitò sui fondamenti epistemologici della teoria della prova è evidente. La sua analisi getta luce e sulla infondatezza delle costruzioni metafisiche che, per quanto riguarda il processo, coincidono con l'apriorismo legale delle prove inartificiali; e sulla mera probabilità delle idee del senso comune, cioè di quel settore di conoscenze che fin dalla retorica classica⁵¹ fu considerato di competenza delle prove artificiali⁵². In questo modo non solo si giustifica il carattere argomentativo e induttivo del ragionamento giudiziario, ma si sgombra il terreno anche da ogni pretesa di agganciare la verità giudiziaria fattuale a qualsiasi artificio legale⁵³.

⁴⁸ J. LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding* (1690), tr. it. *Saggio sull'intelletto umano*, Torino, 1971, lib. IV, ai capp. 14, 15, 16 e 17, (pp. 745-784) si occupa del *giudizio*, della *probabilità*, dei *gradi dell'assenso* e poi della *ragione*. Su questi aspetti del pensiero di John Locke si può vedere lo studio di F. FAGIANI, *Nel crepuscolo della probabilità. Ragione ed esperienza nella filosofia sociale di John Locke*, Napoli, 1983). Il testo di Locke, come è noto, fu commentato, paragrafo per paragrafo, da Leibniz, nei *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, scritti sotto forma di dialogo nel 1703 (ma la riflessione sull'opera di Locke era iniziata alcuni anni addietro (1693) con lo scritto *Sur l'Essay de l'entendement humain de Monsieur Locke*, stampato a Londra nel 1708). I Nuovi saggi finiscono per essere, forse al di là delle intenzioni dell'autore, una conciliazione dell'empirismo lockiano con il razionalismo cartesiano, una "conciliazione del Locke e del Cartesio, di Aristotele e di Platone, in una nuova teoria della conoscenza, fondata ad un tempo sulla innatezza delle idee e sull'esperienza, che le trae da noi stessi e quasi ce le rivela" (E. CECCHI, *Prefazione ai Nuovi saggi...*, cit., p. VI).

⁴⁹ D. HUME, *An Abstract of a Treatise of Human Nature*, London, 1740; tr.it. *Trattato della natura umana*, 2 voll., Bari, 1982, specie in I, lib. I, parte III, sez. XIV., pp. 169 ss.

⁵⁰ Ricerche sviluppate, come è noto, in *An Enquiry Concerning Human Understanding*, London, 1748, e poi nelle *Enquiries concerning Human Understanding and concerning the Principles of Morals*, London, 1758, tr.it. della 3ª ed. curata da R. Gilardi, *Ricerche sull'intelletto umano e sui principi della morale*, Milano, 1980.

⁵¹ "Definiamo dunque la retorica come la facoltà di scoprire in ogni argomento ciò che è in grado di persuadere" ARISTOTELE, *Retorica*, a cura di A. Plebe, Bari, 1986, lib. I, cap. 2, 1355b.

⁵² Cfr. G. MANETTI, *Indizi e prove nella cultura greca. Forza epistemica e criteri di validità dell'inferenza semiotica*, e P. DESIDERI, *La prova nell'oratoria giudiziaria e nella storiografia nel mondo antico*, entrambi in *Quaderni storici*, n.85, 29, 1994, 1, pp.19-42 e 43-57.

⁵³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 117.

Il ragionamento indiziario si fonda, in effetti, sulla relazione di implicazione, ma non utilizza tutte le implicazioni che la logica formale può definire⁵⁴. Fa invece largo uso delle argomentazioni quasi-logiche, così chiamate a causa del loro carattere non formale e dello sforzo che il pensiero sopporta per ridurle entro i termini della formalità⁵⁵. In questo senso le due argomentazioni quasi-logiche dell'induzione (esempio) e del sillogismo indiziario (entimema)⁵⁶ sono le due forme che il discorso probatorio assume per ottenere il convincimento indiziario⁵⁷. La prima è l'argomentazione per mezzo dell'esempio (l'inferenza induttiva milliana), quella che Perelman chiama *argomentazione dal particolare al particolare*⁵⁸. La seconda è il sillogismo indiziario⁵⁹ che ha due premesse, una maggiore e una minore, e una conclusione. La premessa maggiore è problematica, fondata sulle massime d'esperienza e sul senso comune. La premessa minore indica invece la circostanza indiziante e non deve avere un carattere di problematicità ma di certezza (in altri termini, deve essere un indizio pienamente provato)⁶⁰.

La riflessione epistemologica del XVII secolo, che tenta di legittimare il procedimento del convincimento induttivo⁶¹, fa maturare, in campo giudiziale, una teoria della certezza morale legata al principio della probabilità, teoria che legittima ap-

⁵⁴ E questo per lo scarto che esiste tra *verità e logica*, e poi tra *verità come valore teorico e verità come valore pratico* e cioè morale e giuridico (H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, Torino, pp. 276 ss.); si veda L. GIANFORMAGGIO, *Se la logica si applichi alle norme. In cerca del senso di una questione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 16, 1986, n. 2, pp. 473-488.

⁵⁵ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Prefazione di N. Bobbio, Torino, 1966, pp. 203 ss.

⁵⁶ ARISTOTELE, *Retorica*, cit., lib. I, cap. 2, 1356a-b.

⁵⁷ I due differenti metodi retorici in ARISTOTELE, *Retorica*, cit., al lib. II, cap. 20, 1393a-1394a; e ID, *Gli Analitici primi*, cit., lib. B, cap. 23, p.t.; ID, *Secondi analitici*, in *Organon*, a cura di G. Colli, Torino, 1955, lib. 1, cap. 1, 71a-71b; ID, *I Topici*, a cura di A. Zadro, Napoli, 1974, lib. 1, cap. 1, 100a-25; e lib. 1, cap. 12, 105a-15.

⁵⁸ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, cit., pp. 370 ss.

⁵⁹ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, cit., pp. 242 e 246 ss.

⁶⁰ G. BELLAVISTA, *Indizi*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Milano, 1971, pp. 224-231, p. 227.

⁶¹ Pensiamo, per esempio, alla analisi della *Logique de Port-Royal* condotta nella seconda metà del secolo XVII da Antoine Arnauld e Pierre Nicole: "On appelle induction - vi si dice, a proposito dei processi logici di tipo induttivo - lorsque la recherche de plusieurs choses particuliers nous mène à la connoissance d'une vérité générale [...]. C'est même par là que toutes nos connoissances commencent, parceque les choses singulières se présentent à nous avant les universelles, quoiqu'ensuite les universelles servent à connaître les singulières. Mais il est vrai néanmoins que l'induction seule n'est jamais un moyen certain d'acquérir une science parfaite [...] la considération des choses singulières servant seulement d'occasion à notre esprit de faire attention à ses idées naturelles, selon lesquelles il juge de la vérité des choses en général" (A. ARNAULD et P. NICOLE, *La Logique ou l'art de penser, contenant, outres les règles connues, plusieurs observations nouvelles propres à former le jugement*, nell'edizione critica della ed. di Parigi del 1683, curata da P. Clair e F. Girbal, Paris, 1981, III, cap. 19, § 9, pp. 258-259. La prima edizione di quest'opera fu pubblicata, anonima, nel 1662).

pieno la struttura logica della prova indiziaria. Il principio dell'induzione infatti, è meno certo, talvolta anche meno evidente, di altri principi logici (per es. di quello deduttivo) e riguarda in genere le opinioni probabili. E tuttavia, quando si è in presenza di un insieme, nel senso di una catena induttiva di opinioni, tutte probabili e coerenti l'una con l'altra, esse daranno luogo a una certezza probabile. I tentativi di basare una logica della induzione sul calcolo delle probabilità trovarono nel metodo ipotetico-deduttivo i loro fondamenti logici⁶². La cesura della Rivoluzione francese e l'abbandono del sistema di prova legale in favore di un nuovo tipo di giudizio fondato sul libero convincimento del giudice⁶³, hanno in realtà interrotto questo fertile processo epistemologico, applicando il luogo comune (tutto illuministico) secondo il quale, a imitazione dei vecchi privilegi, ogni cittadino ha il diritto di farsi giudicare dai suoi pari⁶⁴ (salvo il fatto, come sosteneva Beccaria⁶⁵, che la giuria dovrebbe essere composta per una metà di pari del reo e per l'altra metà di pari dell'offeso) e imponendo una banalizzazione del principio della *conviction intime*⁶⁶

⁶² Sul punto si veda R. AJELLO, *Continuità e trasformazione dei valori giuridici. Dal probabilismo al problematicismo*, in *Storia e Diritto*, I, 1986, pp. 357-404, pp. 379 ss.

⁶³ Secondo la legge del 16-19 settembre 1791 (tit. VI, art. 24), i giurati giurano di "se décider d'après les charges et moyens de défense, et suivant leur conscience et leur intime conviction". Questo principio sembrò azzardato e si accese, all'interno dell'assemblea, una vivace discussione sulla possibilità di conciliare i due sistemi (legale e morale). La discussione sfociò nella decisione di aggiungere un avvertimento ai giurati che resterà nei codici successivi (*Code des délits et des peines*, 3 brumaire, an IV, art. 372; *Code d'instruction criminelle*, 1808, art. 342; e poi, quasi inalterato, nelle versioni successive): "La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils devraient faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins; elle leur dit pas non plus: Vous ne regarderez pas comme suffisamment établi toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins et de tant d'indices; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: Avez-vous une intime conviction?"

⁶⁴ "...ces notables incarneront, auprès des juges professionnels, la vigilance et la force de l'opinion publique. On retrouve là un autre lieu commun de la pensée des Lumières. Déjà dans la pensée physiocratique le despotisme légal s'expliquait par l'intervention permanente de l'opinion publique. En 1798, dans la droite ligne de l'héritage des physiocrates l'opinion publique apparaît comme la meilleure garantie du bon fonctionnement des institutions": così J. J. CLERE, *Les constituants et l'organisation de la procédure pénale*, in *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?*, (Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986), 2 voll, Paris, 1988, II, pp. 441-456, p. 446. Ma si veda la ricostruzione del principio del giudizio dei pari presente in A. PADOA SCHIOPPA, *I Filosofi e la giuria penale*, in *Nuova rivista storica*, 70, 1986, nn. 1-2, pp. 113 ss. Infine B. SCHNAPPER, *Le jury criminel. Un mythe démocratique*, in *Une autre justice. Contributions à l'Histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, 1989, pp. 149-170.

⁶⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino, 1965, § 14, p. 35.

⁶⁶ "La formula del libero convincimento del giudice - scrive Ferrajoli - di per sé esprime solo un banale principio negativo che dev'essere integrato dall'indicazione delle condizioni non legali ma epistemologiche della prova": L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 118.

ridotta a mero criterio discrezionale di valutazione del giudice⁶⁷. L'opzione relativa alla forma probatoria influenzava in qualche modo la caratterizzazione del tipo di processo, e quest'ultimo, a sua volta, contribuiva a modificare il rapporto tra valutazione della prova (più o meno vincolata o libera) e decisione del giudice. Sarebbe quindi emersa, come si sa, una sorta di contaminazione tra due stili processuali, che avrebbe dato vita al così detto *processo misto*, molto diffuso nella legislazione ottocentesca (ed arrivato fino a noi), composto da una fase istruttoria, di tipo inquisitorio, e da una successiva fase dibattimentale, riconducibile - dove più, dove meno - a modalità accusatorie. A queste due fasi, molto schematicamente ma con ragione, può essere ricondotta una presenza duplice e differenziata del rapporto tra forma probatoria e decisione del giudice: nella decisione che chiude la fase istruttoria/inquisitoria un certo predominio della prova di tipo legale, nella sentenza che conclude la fase dibattimentale/accusatoria una tendenziale prevalenza del libero convincimento⁶⁸.

Ma torniamo ad occuparci del ragionamento indiziario che, in quanto legato al procedimento inferenziale (o, se si vuole, alla induzione tipica del metodo sperimentale inaugurato da Bacon), si basa necessariamente sul principio della causalità. Si può dire del resto, sia pure con qualche generalizzazione, che tutta la scienza occidentale si è basata - convenzionalmente - sul principio della causalità intesa come verità assiomatica⁶⁹, anche se probabilmente il rapporto *causa/effetto* non è mai esistito

⁶⁷ Peraltro il principio verrà rimesso in discussione anche in seguito agli abusi del tribunale rivoluzionario che sotto il terrore condannava sulla base di prove morali (Décret du 22 prairial, an II, art. 8, 13).

⁶⁸ La giustapposizione dei due modelli viene da taluni criticata, come qualcosa che ha finito per produrre una sorta di cumulo dei difetti di entrambi. Le critiche, anche se da punti di vista differenti, vengono da F. M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, in *Opere*, vol. III, *Principi del codice penale e considerazioni sul processo criminale*, Lugano, 1832, cap. 15, p. 171: "Veggasi ora ciò, che la necessità dell'ordine dalle leggi richiesto, e l'ignoranza de' dottori ha edificato sulla base dell'inquisitorio processo; e come a questo l'accusatorio e tutte le formalità di quello si accoppiarono"; da N. NICOLINI, *Della procedura penale*, cit., 1829, P. III, vol. 2, § 538-540, che tuttavia vede una mitigazione degli inconvenienti in quei sistemi misti che conoscono anche la presenza della giuria. Mentre G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, 4 libri in 2 voll., Napoli, 1843, vol. I, lib. I, cap. 8, pp. 68-78, e vol. II, lib. IV, cap. 5, pp. 33-47, esprime una critica più radicale, insinuando anche il dubbio che il principio del convincimento libero abbia in sé qualcosa di pericoloso per l'equilibrio stesso del processo, ed in particolare per la sua capacità di rinnovare per altre vie il privilegio dell'accusa già presente nell'inquisitorio puro e nel sistema di prova vincolante.

⁶⁹ Usiamo per brevità e comodità la definizione di causa proposta da A. TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in L. LINSKY (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Milano, 1969, pp. 27-68: l'avvenimento A è detto causa dell'avvenimento B se e solo se da un gruppo di proposizioni universali vere segue una implicazione materiale di cui la parte implicante denota A e la parte implicata denota B. La stessa definizione è ripresa da Popper che però ne evidenzia l'applicabilità a quelle situazioni che, come i fatti storici, non hanno il carattere della regolarità, ma se mai si riferiscono agli eventi singolari. La formula che segue mostra una chiara parentela con la *struttura probatoria delle presunzioni*: posta l'esistenza di "1) proposizioni universali che hanno il carattere di leggi universali; e 2) proposizioni specifiche

come dualità ma, se mai, come un *continuum* del quale vengono isolati due frammenti⁷⁰. Essendo il nesso causa-effetto, infatti, non tanto una spiegazione quanto una descrizione dei fenomeni presi in esame. Il pensiero scientifico sei-settecentesco di impronta cartesiana ritenne di dover presentare gli eventi in una successione basata sul rapporto causa-effetto, dove ogni evento veniva giustificato da un altro che si presentava come causa efficiente del primo. Ogni evento trovava giustificazione soltanto nel suo derivare dal precedente ed essere causa del seguente, in breve nel suo essere esattamente inquadrato e ordinato in una serie, in una catena causale. Questo ideale di tipo meccanicistico se pose dei limiti strettissimi al campo di quelle scienze per le quali la parentela con la matematica è più evidente⁷¹ (limiti evidenziati peraltro dall'analisi infinitesimale di Leibniz), riuscì però a sfruttare tutte le sue potenzialità là dove la matematica ricopre un ruolo per così dire ancillare, si piega strumentalmente alle esigenze empiriche e si presenta, rispetto ad esse, come un mezzo logico. Riposa su tutto questo il senso del calcolo della probabilità in materia probatoria⁷².

2. La prova indiziaria e la probabilità

Tralasciamo qui le riflessioni sul noto, grande cambiamento avviato dalla fisica moderna circa gli assiomi della causalità (le cosiddette leggi naturali si sono trasformate in verità statistiche che, però, ammettono delle eccezioni). Cambiamento che ha mutato la categoria di causa, prima sotto il profilo epistemologico e poi sotto quello logico, e l'ha ricondotta ad una nozione statistica e probabilistica della conoscenza e al campo delle scienze umane. Nel loro statuto - peraltro incerto, e soggetto a continua negoziazione - il principio della causalità è evidentemente meno

relative al caso particolare di cui si tratta, ossia le condizioni iniziali", dalle prime possiamo dedurre, tramite le seconde, una conclusione o prognosi scientifica. "Le condizioni iniziali (o, per essere più precisi, la situazione che esse descrivono) sono generalmente considerate la *causa* dell'evento di cui si tratta, mentre la prognosi (o diciamo piuttosto l'evento descritto dalla prognosi) è considerata l'effetto" (K. R. POPPER, *Miseria dello storicismo*, Milano, 1975, p. 112). Il rapporto causale, lungamente studiato dal diritto positivo, conosce una esauriente esposizione nel lavoro di F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento tra azione ed evento*, Milano, 1975.

⁷⁰ Cfr. le belle pagine di commento in F. NIETZSCHE, *La gaia scienza*, in *Opere*, Milano, 1965, vol. V, tomo II, libro III, n. 112, p. 122.

⁷¹ Inoltre, dal momento che la prima regola del metodo cartesiano è l'evidenza (regola che permette di ammettere come vero solo ciò che si presenta all'intelletto in un modo evidente e indubitabile), il metodo geometrico cartesiano, con l'evidenza dei suoi assiomi e delle sue deduzioni, costituisce il modello universale di tutte le scienze. Oggi, dopo che i paradossi della logica e della teoria degli insiemi hanno scosso i fondamenti delle matematiche, le pretese del metodo deduttivo si limitano alla affermazione della evidenza degli assiomi e delle regole di dimostrazione: così Ch. PERELMAN, *La spécificité de la preuve juridique*, cit., alle pp. 209 ss.; ma vedi anche, dello stesso Perelman, *Évidence et preuve, in Justice et raison*, XXV, 1963, pp. 140-154, pp. 148 ss.

⁷² La teoria del calcolo della probabilità applicata alla prova indiziaria in I. ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant*, cit., che alle pp. 251-331 riporta diffusamente le tesi di Grozio; Hobbes; Fermat; Pascal; Leibniz; Craig; Johann, Jakob e Nikolas Bernoulli; D'Alembert; Voltaire; Condorcet; Laplace; Bertrand.

forte di quanto non appaia in quello delle scienze sperimentali. Anzi, proprio sulla sua presenza o assenza, è stato costruito uno dei criteri che servono a distinguere le scienze così dette umane da quelle così dette della natura. Se nel campo fisico è facile prevedere che, in condizioni costanti, da uguali cause derivino uguali effetti, la stessa cosa non può dirsi, per esempio, in ordine al campo dei rapporti intersoggettivi ai quali si applica la disciplina giuridica, perché in tali rapporti entrano come variabili numerosi fattori di tipo psicologico, morale, umano, del tutto incompatibili con il determinismo causale che assume l'ordine naturale come costante e universale, e implica che regole immutabili governino i fenomeni della natura⁷³. Ne deriva che la loro disciplina giuridica, e così anche le regole che presiedono alla applicazione processuale di tale disciplina, non sono facilmente assoggettabili ai principi logici collegati al nesso causa/effetto. Se siamo convinti ormai della impossibilità di applicare la spiegazione causale ai fatti storici e alla storia in generale⁷⁴, allo stesso modo sembra improprio utilizzare un simile modello argomentativo per avvalorare un ragionamento probatorio, ed in particolare per giustificare la catena indiziaria, o il rapporto che esiste tra un fatto da provare e le componenti (segnì, comportamenti, altri fatti, e loro conseguenze logiche) che servono a provarlo.

La teoria delle prove, intesa come l'insieme di regole e principi logico-giuridici che disciplinano l'uso dei mezzi di prova, deve prendere atto del fatto che non esistono leggi date ed immutabili che presiedono alle attività degli uomini, perché inevitabilmente il fattore umano (psicologico, fisiologico e morale) crea una imprevedibilità non riconducibile a leggi generali. Problema della logica giuridica sarà quello di rendere compatibile la concezione meccanicistica della natura, propria delle scienze sperimentali, con gli assunti fondamentali del punto di vista giuridico⁷⁵.

Il determinismo delle scienze umane, e nel nostro caso quello giuridico, ha un campo d'azione più vasto del determinismo che presiede alle leggi proprie delle scienze

⁷³ Vedi M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., pp. 180 ss.

⁷⁴ I fondamenti scientifici di tale impossibilità sono ormai classicamente delineati in K. R. POPPER, *Miseria dello storicismo*, cit., mentre risalgono a più di un secolo fa le prime discussioni sui suoi fondamenti metodologici, considerati alla stregua di componenti tecniche interne della scienza storiografica. Riferimenti alla storia dei tentativi di riforma delle scienze sociali, nel senso di un loro affrancamento metodologico, inaugurati da J. S. Mill, in K. R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici. Platone totalitario*, Roma, 1971, nota 30, del cap. 3, p. 300.

⁷⁵ E' il confronto tra due forme diverse di spiegazione causale: una, l'*essenzialismo* metodologico tende alla scoperta e descrizione della vera natura delle cose, della loro essenza; l'altra, il *nominalismo* metodologico, tende alla descrizione dei comportamenti delle cose nelle diverse circostanze e alla scoperta di possibili variazioni dei comportamenti. Potremmo aggiungere che i due metodi sono strettamente legati alle due diverse nature degli oggetti indagati, tuttavia Popper sostiene che scienze sociali e scienze fisiche dovrebbero entrambe abbandonare la pretesa dell'essenza e limitarsi al nominalismo (K. R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici. Platone totalitario*, cit. pp. 56-58). Una conciliazione delle scienze che concorrono alla descrizione e spiegazione dei fatti, tesa a esaltare il pluralismo metodologico, si trova in O. WEINBERGER, *Fatti e descrizione di fatti*, in N. MAC CORMICK e O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, a cura di M. La Torre, Milano, 1990, pp. 95-113.

fisiche, perché riguarda insieme leggi naturali e leggi umane⁷⁶. E tuttavia anche nelle scienze sperimentali entrerà a buon diritto il fattore della probabilità come elemento fondamentale del determinismo. Il calcolo delle probabilità farà appello a un determinismo nascosto nei fenomeni; le leggi della statistica rimanderanno alla osservazione fatta sui grandi numeri⁷⁷. Il vecchio determinismo classico, perduti i suoi presupposti teorici di tipo metafisico, uscirà trasformato nel senso di una ipotesi umana o, se si preferisce, di un postulato cui far riferimento per costruire una teoria coerente dell'universo, tutto questo nella ingenua fiducia che sia possibile una conoscenza totale.

Nel campo del diritto questo determinismo ha delle basi più larghe⁷⁸, conosce già le complicazioni che nascono dalla probabilità, è più soggetto all'azzardo delle possibilità: si presenta sotto le forme della prova indiziaria o, per meglio dire, del postulato della presunzione, ove per postulato si intende una creazione (del diritto) che viene assunta come vera e dalla quale si parte per stabilire sub-verità particolari o parziali. In questo senso la presunzione è il riflesso umano, e quindi giuridico, del principio della probabilità⁷⁹. E' l'applicazione del metodo deduttivo dentro i passaggi di un percorso formalizzato.

Un esempio della contiguità logica tra teoria della scienza (indagine epistemologica) e diritto (teoria del processo) è offerto dalla formazione e dal significato dell'idea di progresso. Il concorso che a questa creazione intellettuale dà la procedura giudiziaria non è secondo a quello offerto dalla indagine puramente scientifica. Il processo infatti (e la sua etimologia lo ricorda), può essere scomposto in fasi dialettiche distinte, è in genere viziato da un esito dialettico-positivo (nel senso della preminenza della tesi/accusa), e tuttavia conserva il carattere

⁷⁶ "Una delle conclusioni più importanti (anche a livello delle categorie generali del pensiero che definiscono una "cultura"), cui negli ultimi decenni è giunta quest'opera di riesame delle dottrine classiche della conoscenza, consiste appunto nel mostrare, sulla traccia della critica humeana all'idea di causa, che le leggi causali non sono altro che generiche (benchè in molti casi praticamente efficaci) approssimazioni di leggi di natura diversa, quali sono le leggi probabilistiche. Più precisamente, le leggi che vengono espresse in termini causali forniscono una rappresentazione approssimativa delle situazioni in cui i valori di probabilità sono particolarmente alti, trascurando lo scarto esistente tra elevata probabilità e certezza. Ciò non dimostra che la legge probabilistica sia una versione meno perfetta e rigorosa della legge causale; è viceversa vero il contrario, nel senso che la rappresentazione probabilistica dei rapporti tra eventi è la più accurata, e rappresenta il *maximum* di conoscenza possibile, mentre la versione causale del modello è meno esatta e fornisce uno schema improprio della realtà" (M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., pp. 182-183).

⁷⁷ Cfr. B. DE FINETTI, *Teoria delle probabilità. Sintesi introduttiva con appendice critica*, 2 voll., Torino, 1970, I, pp. 255 ss. e II, pp. 382 ss.

⁷⁸ "Conoscere una relazione tra fatti non significa identificare il legame causale che rende necessaria l'esistenza di un fatto sul presupposto dell'esistenza dell'altro, che ne sarebbe la causa, ma stabilire in quale proporzione, posto che uno di essi sia dimostrato esistente, venga resa possibile (o meglio, attendibile o probabile) anche l'esistenza dell'altro. Parlare di vincolo causale significa introdurre nel discorso un'ipotesi metafisica, se a tale vincolo si attribuisce carattere ontologico, o logica, se esso è inteso come criterio necessario di conoscenza, che non ha niente a che vedere con il rapporto logico che può essere effettivamente individuato tra i fatti in questione" (M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., p. 184).

⁷⁹ R. BARRAINE, *Théorie générale des présomptions en droit privé*, Paris, 1942, p. 5.

dell'accumulazione progressiva del sapere, articolato in fasi successive che possono comprendere apertura dell'inchiesta, inquisizione-istruzione, contraddittorio, giudizio, gradi successivi, ecc...⁸⁰. Alla procedura giudiziaria, come alla indagine scientifica, è comune la convinzione che il sapere (giudiziale e scientifico) sia qualcosa che si incrementa e cresce per gradi, e che siano dunque tendenzialmente raggiungibili la perfetta conoscenza della verità, per l'una, ed il totale dominio della natura per l'altra⁸¹. La consapevolezza che questo processo non è mai completo, che la verità che ne scaturisce è sempre, in ogni sua tappa, provvisoria, frutto di approssimazioni successive, sempre bisognose di aggiunte, revisioni, integrazioni, è sicuramente più tarda e attraversa solo a tratti il secolo XVIII.

Si tratta in breve del rovesciamento di un ideale di esperienza. Si affaccia al livello della consapevolezza filosofica⁸² l'idea (nata in ambienti non filosofici, ma tecnici: per esempio nel mondo giuridico, che la coltiva da sempre) che la verità emerga dalla storia e dal tempo⁸³. E' la temporalizzazione o, se si vuole, la messa in prospettiva, dell'ideale della perfezione. Si fanno strada nel mondo filosofico metodi, procedimenti, operazioni e linguaggi provenienti da discipline diverse e da diversi sistemi del sapere, in un rapporto di scambio che vede, come si è già detto, il pensiero giuridico valersi di metodologie provenienti dalla riflessione filosofica o dalla ricerca matematica, dopo che queste ultime si erano valse di alcuni istituti classici della tradizione giuridica: esempio tipico, proprio la teoria degli indizi, che non è certo estranea alla svolta che si realizzò "tra il XVI e il XVII secolo, un'epoca in cui appare, soprattutto in Inghilterra, una scienza dello sguardo, dell'osservazione,

⁸⁰ Ma si veda la critica di Popper a queste "pretese straordinarie" del pensiero logico-dialettico, in K. R. POPPER, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, 1972, pp. 537-538.

⁸¹ Così F. BACON, *Novum organum*, cit., lib. 2, *aphorismi* 129 e 130, pp. 221-223. Sempre Bacon, circa il succedersi delle invenzioni, scrive: "Itaque longe plura et meliora, atque per minora intervalla, a ratione et industria et directione et intentione hominum speranda sunt, quam a casu et instinctu animalium et huiusmodi, quae hactenus principium inventis dederunt" (*Novum Organum*, cit., II, *aphorismus* 108, p. 207). Lo stesso concetto verrà ripreso da G. W. LEIBNIZ nel *Discours touchant la methode de la certitude et l'art d'inventer, pour finir les disputes et pour faire en peu de tems de grands progres*, in *Opera philosophica omnia*, rist. anast., Aalen, 1959, Vol. I, cap. 54, pp. 172-176.

⁸² Ricordiamo fra i tanti gli scritti di B. PASCAL, *Préface sur le traité du vide*, in *Oeuvres complètes*, éd. J. Chevalier, Paris, 1954, pp. 529-535; di G. W. LEIBNIZ, *Protogaea (Protogée, ou de la Formation et des révolutions du globe*, Paris, 1859), scritta fra il 1691 e il 1692 e pubblicata solo nel 1749, opera di carattere metafisico ove Leibniz tenta la conciliazione di meccanicismo e finalismo e traccia una ipotesi di formazione del sistema solare e di formazione del mondo ispirata all'idea di un progresso generale; e, sempre di Leibniz, i due scritti *De progressu in infinitum*, in *Kleine Schrifte zur Metaphysik*, Hamburg, 1986, e *De rerum originatione radicali* (1697), in *Opera philosophica omnia*, cit., I, cap. 48, pp. 147-150, p. 150: "In cumulum etiam pulchritudinis perfectionisque universalis operum divinatorum, progressus quidam perpetuus liberimusque totius universi est agnoscendus, ita ut ad majorem semper cultum procedat. Quemadmodum nunc magna pars terrae nostrae culturam recepit et recipiet magis magisque".

⁸³ Per es. U. GROZIO, *De iure belli ac pacis*, cit., *Prolegomena*, specie il § 55. Ma vedi le pagine che Riccardo Orestano dedica a questa idea e alle sue conseguenze, in R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del Diritto Romano*, cit., pp. 272 ss.

dell'accertamento"⁸⁴. Il modello ideale della scienza seicentesca resta quello di una costruzione razionalistico-deduttiva, nella quale le proposizioni discendono *necessariamente* l'una dall'altra. Ma è ormai indiscutibile che solo la scienza matematica risponde pienamente a tali aspettative. Per tutte le altre scienze il nesso tra soggetto e predicato non è necessario e il rapporto di derivazione è di tipo *induttivo*⁸⁵. E' con la nascita della grande filosofia sperimentale del XVII e XVIII secolo (basti pensare al *Discours préliminaire de l'Encyclopédie*⁸⁶), ed è soprattutto nell'ambiente formatosi in quel contesto, che si fece strada una vera e propria filosofia della storia; una teoria del progresso che, sostenuta e mutuata dalla concretezza delle conoscenze scientifiche e tecniche⁸⁷, invade poi altri settori della vita sociale per loro natura più facilmente permeabili: la politica, la morale, la vita culturale delle società, in una parola la storia⁸⁸. Il progresso è visto come sviluppo unitario e lineare cui concorrono le varie branche del sapere: anzi, è esso stesso una *scienza* unitaria che si giova del concorso delle altre scienze. Le matematiche sono lo strumento di questa nuova prospettiva scientifica, unificano le varie teorie (spesso le ingabbiano in schemi logici chiarificatori ma senza uscita⁸⁹), regolano la derivazione delle une dalle altre, permettono soprattutto la possibilità di risalire ai principi primi, certi ed evidenti e (va detto) assolutamente metafisici, o ideologici, quali la *certezza*, l'*evidenza*, la

⁸⁴ M. FOUCAULT, *L'ordine del discorso*, Torino, 1972, p. 47.

⁸⁵ Scrive F. FAGIANI, *Nel crepuscolo della probabilità*, cit., pp. 90-91: "L'impossibilità di pervenire ad una scienza deduttiva della natura implica la necessità di perseguire l'accrescimento ed il miglioramento della conoscenza del mondo naturale attraverso l'"esperienza e la storia", cioè mediante l'esperimento, l'osservazione e la loro sistematica organizzazione e raccolta: la costruzione di quadri di "concomitanze delle qualità" è infatti l'obiettivo conoscitivo cui si indirizzano le indagini naturali. E poiché esse hanno di mira il conseguimento della più alta probabilità, data l'infinità degli esperimenti possibili, le scienze naturali, come ogni "sapere storico", trovano un fondamento imprescindibile nelle "testimonianze degli altri che attestano le loro osservazioni ed esperienze".

⁸⁶ *Discours préliminaire des éditeurs*, in *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, troisième édition, Livourne, I, 1770, pp. I-XLII.

⁸⁷ Il modello ideale della scienza seicentesca è quello di una costruzione razionalistico-deduttiva nella quale le proposizioni discendano necessariamente l'una dall'altra. Ma solo la scienza matematica risponde pienamente a tali aspettative. Per tutte le altre scienze il nesso tra soggetto e predicato non è necessario e il rapporto di derivazione è di tipo induttivo.

⁸⁸ P. ROSSI, *I meccanici, gli ingegneri, l'idea di progresso*, in *Storia della scienza*, cit., vol.I, pp. 85-106. Ma vedi anche J. BURY, *Storia dell'idea di progresso*, Milano, 1964; E. ZILSEL, *La genesi del concetto di progresso scientifico*, in *Le radici del pensiero scientifico*, a cura di Ph. Wiener e A. Noland, Milano, 1971; R. KOSELLECK e Ch. MEIER, *Progresso*, prefazione di L. Ornaghi, Venezia, 1991. Infine, circa la confusione tra evoluzione e progresso cfr., per tutti, M. HARRIS, *L'evoluzione del pensiero antropologico. Una storia della teoria della cultura*, Bologna, 1971, pp.50-53. e N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano, 1992, pp. 148-150.

⁸⁹ In questo senso vedi le pagine che A. MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, Milano, 1971, pp. 31 ss., dedica alla sistemazione unitaria della scienza (giuridica) nei secc. XVI e XVII; ma cfr. anche, dello stesso, *Teoria delle scienze e potere politico nelle sistematiche tedesche del secolo XVI*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa (Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto)*, 3 voll., Firenze, 1977, vol I, pp. 289-316.

verità. Il processo, in quanto tipica e fondamentale metodologia dell'accertamento, dopo aver non poco contribuito alla formazione di questo ordine di idee, ne verrà a sua volta seriamente investito e condizionato.

D'Alembert scriverà che probabile, verosimile, moralmente certo, incerto, dubbio e falso, sono tutte gradazioni della probabilità⁹⁰, evidenziando in questo modo due verità sottese: a) queste gradazioni della probabilità rimandano all'idea di una completezza che è l'intero, cui tutto viene commisurato⁹¹; b) è evidente la difficoltà di ridurre alla matematica i concetti sui quali si fonda il calcolo delle probabilità, a causa della loro difficile traducibilità in numeri. Queste due idee di fondo, che influenzarono la visione del mondo dei secoli XVIII e XIX, si inseriscono in quella *forma mentis* che alla fine del Settecento tentò di coniugare l'analisi (scientifica) dei fenomeni naturali con le proposte di rinnovamento⁹².

3. La prova indiziaria e i modelli processuali

L'opposizione accusatorio/inquisitorio marca la storia delle forme processuali da un punto di vista sia cronologico che logico; ma quasi mai tutti gli elementi caratteristici dei due modelli puri compaiono poi nelle singole realizzazioni storiche degli stessi⁹³. In altre parole non è possibile rilevare una coincidenza tra forme teoriche e forme storiche dei due modelli che, molto spesso, si mescolano in

⁹⁰ J. B. D'ALEMBERT, *Probabilité*, in *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, cit., XIII, 1774, pp. 366 ss., e soprattutto il *Discours préliminaire des éditeurs...*, cit., p. XVIII: "L'évidence appartient proprement aux idées dont l'esprit aperçoit la liaison tout d'un coup; la certitude à celles dont la liaison ne peut être connue que par le secours d'un certain nombre d'idées intermédiaires, ou, ce qui est la même chose, aux propositions dont l'identité avec un principe évident par lui-même, ne peut être découverte que par un circuit plus ou moins long; d'où il s'ensuivroit que selon la nature des esprits, ce qui est évident pour l'un ne seroit quelquefois que certain pour un autre. On pourroit encore dire, en prenant les mots d'évidence et de certitude dans un autre sens, que la première est le résultat des opérations seules de l'esprit, et se rapporte aux spéculations métaphysiques et mathématiques; et que la seconde est plus propre aux objets physiques, dont la connoissance est le fruit du rapport constant et invariable de nos sens. La probabilité à principalement lieu pour les faits historiques, et en général pour tous les événements passés, présents et à venir, que nous attribuons à une sorte de hasard, parce que nous n'en démêlons pas les causes."

⁹¹ Ma vedi gli argomenti che Voltaire oppone a questa idea sostenendo che la certezza matematica è eterna e immutabile, tutte le altre, indiscriminatamente, non sono che delle probabilità, cfr. VOLTAIRE, *Certain, Certitude*, in *Dictionnaire philosophique*, in *Oeuvres complètes de Voltaire*, II, Paris, 1827, pp. 1429 ss.

⁹² R. AJELLO, *Formalismo medievale e moderno*, Napoli, 1990, alle pp. 39 ss. descrive la *forma mentis* del problematicismo come anticipatrice sia del positivismo sia dell'idealismo. Ma si veda anche, sempre dello stesso autore, *L'estasi della ragione. Dall'Illuminismo all'Idealismo. Introduzione alla Scienza di Filangieri*, in *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, Atti del convegno tenutosi a Vico Equense dal 16 al 18 ottobre 1982, Napoli, 1991, pp. 13-145. Una ricostruzione del dibattito settecentesco sulle probabilità tra matematica e scienze sociali in V. FERRONE, *Il dibattito su probabilità e scienze sociali nel secolo XVIII*, in *Physis*, XXII, 1980, pp. 27-71.

⁹³ Si veda, per la presentazione dei modelli processuali, sia nella loro forma teorica che nel loro rapporto con l'"organizzazione del potere", il lavoro di M. R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991.

proporzioni che variano a seconda delle epoche e comunque non si incontrano mai allo stato puro. Determinare le proporzioni precise di questo *mélange* è una delle questioni più ardue della storia della procedura penale, e non è questo il momento, né sembra questa la sede, per affrontare un problema di tale portata. Peraltro, difficilmente si possono capire le componenti della totalità di un sistema se queste vengono assunte in senso individuale: sono infatti meglio comprensibili solo quando vengono esaminate nel loro intreccio. E però, più complicato è il sistema, più grande diventa la difficoltà di ricerca. Questa difficoltà, tuttavia, può essere appianata con l'introduzione di una seconda e ulteriore distinzione trasversale volta ad evidenziare la simmetria o asimmetria delle parti nel gioco processuale⁹⁴. La asimmetria è assai evidente, per esempio, nella forma processuale inquisitoria, ma è presente anche in molti sistemi a carattere accusatorio. Essa costituisce comunque un carattere strutturale del processo penale ogni volta che una parte conosce una verità comunque decisiva, mentre l'altra deve rimontare lo svantaggio conoscitivo, per esempio compiendo atti di indagine rispetto ai quali una corrispondenza simmetrica delle parti non è comunque pensabile.

I due modelli, accusatorio e inquisitorio, presentano inoltre alcune caratteristiche essenziali e originali (per esempio, per l'accusatorio, la procedura orale, pubblica e contraddittoria, per l'inquisitorio la procedura scritta, segreta e non contraddittoria), che hanno legittimato l'applicazione di giudizi di valore. Alcune correnti storiografiche hanno attribuito caratteristiche politiche un po' schematiche a strutture procedurali di per sé non isolabili dalle rispettive tradizioni storiche⁹⁵: mentre il primo è stato definito garantista, il secondo è risultato invece essere autoritario e repressivo⁹⁶. In questo modo si è scontata l'ingenuità di attribuire i mali di *qualsiasi* giustizia a *quella* giustizia⁹⁷. Tuttavia è dalla variazione dei caratteri secondari ed episodici, presenti nelle varie esperienze storiche, che possiamo giudicare del carattere isonomico o asimmetrico delle forme processuali. I due stili puri, nelle loro caratteristiche essenziali, restano il più delle volte estranei ai giudizi di valore che invece riguardano le sovrapposizioni storiche, i caratteri empirici succedutisi nel corso dei secoli, così come le singole scelte di politica penale⁹⁸.

⁹⁴ A. GIULIANI, *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Sociologia del Diritto*, 1968, n. 2-3, pp. 81 ss.; ID, *L'ordo iudicarius medievale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Rivista di diritto processuale*, 43, 2ª serie, 1988, pp. 598-614, poi in *Studi in onore di G. Ambrosetti*, I, Milano, 1989, pp. 203-221.

⁹⁵ Vedi ad esempio la premessa storico-critica del libro di B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, specie alle pp. 44 ss.

⁹⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 575, che però sottolinea il rischio di simili operazioni ideologiche di contraffazione storica.

⁹⁷ Pensiamo soprattutto a quel filone della storiografia (non solo giuridica) che, nell'enfasi della difesa di un diverso modello processuale, appiattisce le prospettive storiche e risolve nello stile inquisitorio tutti i difetti e le perversioni di quel sistema di giustizia.

⁹⁸ Particolare attenzione a questo genere di riflessioni in M. WEISSER, *Criminalità e repressione nell'Europa moderna*, Bologna, 1989; L. RADZINOWICZ, *Ideologia e criminalità. Uno studio del delitto nel suo contesto storico sociale*, Milano, 1968; J. HEATH, *Eighteenth-Century Penal Theory*, Oxford, 1963; J. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof*, cit.

Se le due procedure si differenziano soprattutto per il modo di introduzione dell'istanza - nella procedura accusatoria l'iniziativa del processo appartiene al privato, nella procedura inquisitoria invece il processo è avviato d'ufficio da un funzionario pubblico - possiamo subito rimarcare come la distinzione tra i due modelli procedurali investa una questione politica centrale, estranea allo stretto punto di vista giudiziario: lo Stato, il potere pubblico, ha il diritto di entrare nei conflitti penali tra privati? e se sì, in che modo e con quali spazi? si deve limitare a una funzione "arbitrale" o può assumere direttamente l'iniziativa attraverso un magistrato che agisce d'ufficio, nell'interesse generale? Peraltro i due modelli processuali si sono accompagnati a due diversi sistemi di garanzie, sia ordinamentali che procedurali, che investono e la figura del giudice, e il tipo di giudizio: "il sistema accusatorio favorisce modelli di giudice popolare e procedure che valorizzano il contraddittorio come metodo di ricerca della verità, il sistema inquisitorio tende a privilegiare strutture giudiziarie burocratizzate e procedure fondate sui poteri istruttori del giudice, compensati magari dai vincoli delle prove legali e dalla pluralità dei gradi di giudizio"⁹⁹. E' evidente allora come possa sembrare fondato il giudizio di valore cui si accennava poc'anzi.

Il diritto comune, in materia di prova, è legalista, scolastico e razionale (o meglio razionalista). E' legalista perché costruisce una serrata griglia di prove legali piene, insieme ad un complicato labirinto di regole che chiariscono, complicano, dialettizzano e creano eccezioni probatorie per le prove semipiene, dove ogni tipo di prova ha un valore dato, fissato legalmente. Questa costruzione è omogenea allo spirito di classificazione sistematica della scolastica perché corrisponde, nella attribuzione dei valori legali, ai gradi di pienezza, che sono poi momenti di una gerarchia. Infine è razionale per lo spirito che permea tutta la costruzione, e razionalista per l'ottimistica fiducia nella corrispondenza tra razionalità della prova e verità dei fatti¹⁰⁰. Il sistema di prova legale, così come viene presentato nella letteratura, è una invenzione dei riformatori del Settecento che, per criticarlo, lo ingabbiano in una struttura un po' artificiale, tutta vera nei dettagli, ma non sempre corrispondente a quella (meno semplificata, ed anche meno perfettamente funzionante) che emerge da una più libera analisi storica¹⁰¹.

Noi oggi possiamo dire che il regime di prova legale stabilisce delle regole fisse, che indicano al giudice su quali/quante prove debba poggiare una sentenza e di quali condizioni debbano essere corredate le prove che provocano la decisione. Questo insieme di regole per un verso vincola il giudice, obbligandolo alla condanna quando esistono le condizioni legali/formali che la comportano; per l'altro gli vieta di pronunciarsi quando la certezza eventualmente acquisita in coscienza non sia accompagnata

⁹⁹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p.576.

¹⁰⁰ J. Ph. LÉVY, *Le problème de la preuve dans les droits savants du moyen âge*, in *La preuve, 2, Moyen age et temps modernes*, Bruxelles, 1965, [Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, XVII], pp. 137-167, p. 166.

¹⁰¹ Si veda, a questo proposito, quanto scrive P. GARRAUD, *La preuve par indices dans le procès pénal*, cit., pp. 54 ss.

dal corredo legalmente necessario di prove rituali. Si tratta di una certezza di tipo legale, che riguarda l'apparato dimostrativo della decisione, e non la condizione psicologica di chi la prende: la ricerca ed il conseguimento di una simile certezza seguono percorsi puramente formali (procedurali), non psicologici o addirittura "d'istinto"¹⁰², come nel sistema di prova morale; sono percorsi il cui tracciato è stabilito nel complesso di regole, sottoregole, estensioni (*ampliatio*), restrizioni (*limitatio*), casistiche ed eccezioni, elaborate nelle opere dei giuristi e che devono, appunto perché frutto della scienza giuridica, essere applicate da giudici tecnicamente preparati.

In questo sistema è di fatto il giurista che, in anticipo e su un piano generale, stabilisce il valore e l'effetto di vincolo dei differenti elementi di prova, in una sorta di scala graduata. Il giudice gioca dunque un ruolo apparentemente secondario, venendo ridotto in qualche modo alla funzione di semplice esecutore di indicazioni dottrinali rese cogenti dalla loro stessa autorità e dalle regole del diritto comune. Egli non può infatti attribuire all'una o all'altra prova quella forza che la sua convinzione personale gli potrebbe suggerire; il suo compito formale consiste (e si riduce) nell'assistere alla produzione delle prove, nel valutarne l'ammissibilità, la regolarità, la forma, poi nel verificarle e nell'accertare l'esistenza delle condizioni legali sufficienti per arrivare al giudizio. Tutto procede secondo un ordine che è principalmente logico e formale, quasi matematico, tanto che il lavoro del giudice sembra prendere la forma di una operazione di calcolo. Se le prove, così predeterminate, sono state raggiunte, il giudice deve condannare, qualunque sia la sua convinzione, né può, evidentemente, ricorrere ad altri mezzi che gli consentano di aggirare il sistema per pronunciarsi secondo il suo convincimento. Il vincolo, a ben vedere, non nasce tanto dalla forza probante predeterminata degli elementi acquisiti nel processo, quanto piuttosto dall'esistenza di regole che - al di là del merito e del valore delle prove raccolte ed esistenti - costringono ad una certezza meramente giuridica, cogente ed insuperabile, prodotta in modo astratto ed automatico dal sistema di prova legale in ragione della sua semplice esistenza e del suo solo funzionamento. Con il risultato di allontanare il giudice da quella che parrebbe essere la sua funzione naturale, e di implicare oltre il dovuto il giurista nel campo giudiziario, assegnandogli una funzione che non sembra naturalmente la sua.

Questo sistema incontra, evidentemente, una quantità di obiezioni. Innanzitutto quelle inerenti la sua logicità: non appare logico perché pretende di (pre)determinare la certezza giudiziaria tramite delle regole invariabili e prestabilite, mentre la certezza è, per definizione (diranno i critici del sistema), una condizione soggettiva che emana dalla coscienza e non può dipendere da norme esterne fissate a priori. Secondariamente quelle che ne rivelano un vizio *ab origine*: il sistema di prova legale, costruito per tutelare l'accusato dai rischi di un giudizio ordalico e per circoscrivere i poteri del giudice, si è - di fatto - rivoltato contro questo originario scopo, spingendo il giudice all'impiego di procedure di costrizione per ottenere, con la confessione

¹⁰² Secondo l'espressione di K. J. A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*, tr.it. di Filippo Ambrosoli, Milano, 1858, p. 77.

dell'accusato, una prova completa, rituale e decisiva. L'elemento ordalico si ripresenta, come è noto, in quelle procedure¹⁰³, ed il potere del giudice - limitato in sede di valutazione e decisione - torna a dilatarsi (sia pure dentro un sistema regolato) al momento della *electio viae* inquisitoriale: non potendo decidere il processo attraverso la libera valutazione delle prove, egli può tuttavia (sostanzialmente) deciderlo scegliendo il mezzo per la loro acquisizione.

Bisogna allora attenuare l'affermazione secondo la quale il giudice altro non sarebbe che un semplice esecutore di direttive pre-determinate¹⁰⁴, per non considerare natura, scopo ed effetti del sistema di prova legale da un punto di vista puramente astratto. Il processo va osservato nella sua realtà di fatto. In concreto, è dalla osservazione del funzionamento della macchina-processo in movimento che emergono spazi più o meno ampi di libertà (o di arbitrio) riservati al giudice; egli li può trarre proprio dal sistema di prova legale, e si tratta di spazi che, anziché mettere in crisi il sistema, ne consentono il buon funzionamento. La dinamica propria del processo penale inteso come lotta tra posizioni drammaticamente divaricate, il suo carattere competitivo, la logica di scontro che lo contraddistingue, la commistione di elementi ludici ed agonistici che è dato trovare nelle sue componenti strutturali¹⁰⁵, assegnano un

¹⁰³ La questione della natura ordalica della tortura venne impostata già nel secolo scorso da H. C. LEA, *Forza e superstizione, ossia compurgazione legale, duello giudiziario, ordalia e tortura* (1878), tr.it. Piacenza, 1910; in seguito messa a punto da H. FEHR, *Gottesurteil und Folter*, in *Festschrift für Rudolf Stammer*, Berlin u. Leipzig, 1926, pp. 231-254 e, più di recente, ripresa tra gli altri da M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976, pp. 44-45; A. GIARDA, "Persistendo'l reo nella negativa", Milano, 1980, pp. 34-35; F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981, pp. 413 ss., e *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, pp. 48-49.

¹⁰⁴ Convince solo in parte l'osservazione secondo cui "L'ideologia della prova legale [...] era stata a lungo elaborata in funzione della limitazione dei poteri dei giudici..." (G. TARELLO, *Il "problema penale" nel secolo XVIII*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, V, 1975, p. 23). In quanto autonoma elaborazione della dottrina giuridica, il sistema di prova legale sembra piuttosto il risultato di una tradizione dottrinale, condizionata dal suo modo di riprodursi e da un rapporto non particolarmente sofisticato con l'eredità aristotelica; quanto alla sua lunga permanenza, sembrano aver contato di più la vischiosità della elaborazione giurisprudenziale del diritto e la logica di assestamento di un sistema che pur aveva i suoi vantaggi e dava i suoi risultati. Si può dire, infatti, che i rapporti di potere nel corso degli antichi regimi erano tali da consentire ben altre forme di controllo sulla giustizia, e che non si vede perché il potere politico avrebbe dovuto ottenere lo scopo di limitare l'autonomia di una parte del ceto dei giuristi (i giudici colti) attraverso la mediazione di un'altra parte dello stesso ceto, quella dei giuristi interpreti; i quali erano del resto capaci di mantenere il necessario raccordo tra sviluppo della dottrina ed esigenze politiche della giustizia, per la propria funzione di ceto, e senza la necessità di un esplicito mandato politico. Sullo sviluppo dottrinale del sistema di prova si rinvia, per tutti, al già citato studio di G. ALESSI, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, cit.

¹⁰⁵ Sono note le affinità tra processo e gioco (si pensi ad A. GIULIANI, *La logique juridique comme théorie de la controverse*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 11, 1966, pp. 87-113; e a F. OST, *Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 31, 1986, pp. 133-162): in entrambi sono rintracciabili e il carattere competitivo (l'*agôn*), e il carattere ludico (con il corollario del rispetto di regole date).

effetto ulteriore al sistema probatorio che definiamo “legale”. Si può ben dire, infatti, che quel sistema finisce per influire sulla competizione processuale, restringendo i margini della decisione del giudice (giudicante) dopo aver limitato, se rigorosamente applicato, anche i suoi poteri di inquirente; si impone quindi un bilanciamento che compensi i limiti posti alla libertà di convincimento con una più ampia possibilità di valutazione quanto alla pena; viceversa, nel sistema di prova morale, la libertà nell’apprezzamento del valore e del peso delle prove è compensata dal vincolo di una pena già stabilita.

Ma aggiungiamo qualche riflessione sui dubbi e sulle perplessità che favorirono il mutamento di direzione del sistema della prova: la convinzione ormai diffusa che un sistema codicistico mal avrebbe tollerato una teoria della prova costruita sugli indizi. Quale legislatore si sarebbe potuto cimentare su tale sfuggente argomento? Come sarebbe stato possibile tracciare una teoria degli indizi, contrassegnare il loro rispettivo valore, percorrerne le infinite combinazioni, stabilire una volta per tutte il numero necessario a costituire una prova, calcolare il peso degli indizi ‘articolati’ che sono quelli di persona (le qualità morali), di luogo, di tempo (le opportunità) e via discorrendo?

Probabilmente in questa oggettiva difficoltà che la prova indiziaria poneva al legislatore sta la spiegazione del passaggio dall’uno all’altro sistema. Se per la confessione fu complicato tracciare un quadro di validità, a causa di tutti i dubbi creati prima dall’applicazione dei tormenti e poi dalle considerazioni circa l’esigibilità di una deposizione contro di sé¹⁰⁶, una difficoltà minore incontrò la testimonianza, con

Tali somiglianze furono messe in evidenza da J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Torino, 1946, p. 104 ss., e individuate, ad esempio, nella esistenza di due parti che si contrappongono e di un terzo che funge da arbitro, di un recinto (corte, tribunale) consacrato al gioco, di forme di mascheramento rituale (parrucche, toghe ecc.) per gli arbitri (giudici), nella presenza dell’elemento *azzardo*, ecc. Il tema venne dibattuto e approfondito in una famosa discussione tra P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, cit., e F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, cit., ricostruita recentemente da S. ANDRINI, *Huizinga et le droit: le procès et le jeu en Italie*, in *Droit et Société*, 17/18, 1991, pp.25-36 (con larga bibliografia). L’argomento è stato riaffrontato, con qualche ampliamento di prospettiva, da S. VALZANIA, *La partita di diritto. Considerazioni sull’elemento ludico del processo*, in *Jus*, n.s., XXV, 1978, pp.204-246, e - più di recente - nel fascicolo che la rivista *Droit et Société* (n.17/18, 1991) ha interamente dedicato a *Droit et jeu. Variations interdisciplinaires*, a cura di F. Ost e M. Van De Kerchove. Gli stessi due autori avevano già pubblicato un saggio dal titolo *Les rôles du judiciaire et le jeu du droit*, in *Acteur sociale et délinquance. Hommage a Christian Debuyst*, Lyège-Bruxelles, 1990, pp. 271-293, seguito ora da F. OST, *Pour une théorie ludique du droit*, in *Droit et Société*, 20/21, 1992, pp. 89-98. Rivolti al rapporto tra rituale giudiziario e funzione reciproca dei diversi ruoli processuali (con particolare riguardo a quello del giudice, da un lato, ed alle tecniche della “competizione processuale” dall’altro), lo studio sull’arte della controversia applicata al diritto di T. KOTARBINSKI, *L’Éristique. Cas particulier de la théorie de la lutte*, in *Logique et analyse*, n.s., 6, 1963, n. 21-24, pp. 19-29; l’eccellente saggio di A. GARAPON, *L’âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1985; le riflessioni sul processo descritto nel romanzo di Lewis Carrol, *Alices’s Adventures in Wonderland*, presenti in B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 515-557, (con accurata bibliografia).

¹⁰⁶ Su questo punto lo studio di P. MARCHETTI, *Testis contra se. L’imputato come fonte di prova nel processo penale dell’età moderna*, Milano, 1994.

tutti i limiti che un tale mezzo di prova comporta: abilità dell'interrogante, possibile errore dei testimoni, malafede, spontaneità, concordanza, non contraddittorietà, ecc. Per gli indizi non fu probabilmente possibile tracciare una teoria legale che prevedesse tutti i gradi della probabilità che percorre la prova indiziaria¹⁰⁷. E infatti per la materia indiziaria la soluzione verrà trovata sviluppando i nuclei fertili della vecchia argomentazione per indizi: il probabilismo medievale venne spogliato della scorza autoritaria dell'*opinio*¹⁰⁸ e ricondotto entro le griglie del calcolo¹⁰⁹, che poi non è altro, ricorda Laplace, che il buon senso: ciò "che gli intelletti acuti avvertono per una specie d'istinto, senza che spesso se ne rendano conto"¹¹⁰. Questa soluzione, di chiara sponda illuministica, permette di evitare le vecchie, autoritarie casistiche, sostituendole con i più sicuri gradi di probabilità e con le più (politicamente) rassicuranti opinioni del senso comune, delle maggioranze¹¹¹.

¹⁰⁷ La questione è posta con lucidità in J. P. BRISSOT DE WARVILLE, *Théorie des loix criminelles*, Berlin, 1781, II, cap. 3, sez. 5, pp. 158 ss.

¹⁰⁸ Scrive A. GIULIANI, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, pp. 652-671, alle pp. 658-659: "Lo studio della conoscenza probabile è al centro del pensiero medioevale che - a differenza di quello moderno - non ha trascurato il vasto settore del dubbio e dell'errore. Quel concetto di probabilità non ha nessun rapporto con la nozione moderna, intesa in termini statistici, oggettivi: esso pare legato all'opinione, all'assenso, alla testimonianza. Nel settore del probabile - che sfugge ad una determinazione scientifica - è possibile il ricorso alla prova, e pertanto i procedimenti probatori rientrano nel campo della speculazione filosofica. La filosofia stessa poteva, sotto tale profilo, essere concepita come *scientia probabilis* [...]. Una proposizione *probabile* non può essere espressa in termini di 'verità' o 'falsità': essa ammette vari gradi di probabilità, e non resta mai esclusa la probabilità contraria. Non tutte le probabilità sono sullo stesso piano; alcune vanno preferite per ragioni di carattere etico: e la preferenza è in relazione ad un sistema di valori, all'impegno di una scelta. La 'verità probabile' - considerata l'unico grado di verità possibile nelle cose umane - viene vista in opposizione alla verità necessaria: esiste insomma una logica del probabile come una logica del necessario".

¹⁰⁹ Si trattò in sostanza di "provare che questo metodo di elaborazione teorico-pratica non era "aperto", come mostrava di essere, ma dipendeva appieno dai poteri tradizionali, declassarlo a mera espressione acritica del mondo "dato", rivelare la sua natura retorico-strumentale, ossia la possibilità di utilizzarlo per difendere qualsiasi tesi, era un punto di passaggio preliminare ed obbligato per chi intendeva colpire il sistema scolastico: salvo a poter costruire poi un nuovo probabilismo, ipotetico e problematico nelle premesse, sperimentale e matematico nelle convalide": R. AJELLO, *Continuità e trasformazione dei valori giuridici. Dal probabilismo al problematicismo*, in *Storia e Diritto*, cit., p. 358.

¹¹⁰ P. S. DE LAPLACE, *Saggio filosofico sulle probabilità*, cit., p. 404.

¹¹¹ "E' impossibile di prevenire tutti i disordini nell'universal combattimento delle passioni umane. Essi crescono in ragione composta della popolazione e dell'incrocicchiamento degl'interessi particolari che non è possibile dirigere geometricamente alla pubblica utilità. All'esattezza matematica bisogna sostituire nell'aritmetica politica il calcolo delle probabilità...": C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § 6, pp. 19-20.

Summary

LOGICAL ASPECTS OF THE THEORY OF CONSEQUENTIAL EVIDENCE (INDICIA)

Indicia (consequential evidence) as a source of knowledge on facts dictate the application of logical rules. During the historical development of criminal procedure models, special rules of evidence for indicia have been formed. In their formation questions of logical rules and criminal procedure have been directly interwoven. Present times pose a new challenge to these rules in view of application of the scientific evidence.

Key words: consequential evidence (indicia), logic, development of theory.

Zusammenfassung

LOGISCHE ASPEKTE DER THEORIE DES BEWEISES DURCH INDIZIEN

Indizien (Beweistatsachen) unterliegen als Wissensquellen der Anwendung logischer Regeln. In der geschichtlichen Entwicklung traditioneller Modelle von Strafverfahren wurden besondere Regeln des Beweises mit Hilfe von Indizien geschaffen. Bei ihrer Entstehung verflochten sich direkt Fragen der Logik und des Strafverfahrens. In der heutigen Zeit ist dabei eine neue Herausforderung die Anwendung des wissenschaftlichen Beweises.

Schlüsselwörter: Beweis durch Indizien, Logik, Entwicklung von Theorien.

Sommario

ASPETTI LOGICI DELLA TEORIA DELLA PROVA INDIZIARIA

Gli indizi (prove di fatti) come fonte di conoscenza sui fatti impongono l'applicazione di principi logici. Nello sviluppo storico dei modelli di procedura penale si sono formati principi speciali sulla prova per indizi. Nella loro formazione le questioni dei principi logici e la procedura penale si sono intersecate. Il tempo presente pone una nuova sfida a tali principi in considerazione dell'applicazione delle prove scientifiche.

Parole chiave: prove indiziarie, logica, sviluppo della teoria.

RAWLSOV POLITIČKI LIBERALIZAM

Dr. sc. Miomir Matulović, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 329.12
340.12

Ur.: 6. prosinca 1999.

Pr.: 27. siječnja 2000.

Izvorni znanstveni članak

Predmet je autorova članka Rawlsov Politički liberalizam. U prvom dijelu članka autor polazi od Rawlsove Teorije pravednosti da bi potom uveo problem društvene stabilnosti koji Rawls postavlja i rješava u Političkom liberalizmu. U drugom se dijelu članka autor usredotočuje na Rawlsovo rješenje tog problema koje predstavlja njegova zamisao preklapajućeg konsenzusa o političkoj koncepciji pravednosti. U trećem dijelu članka autor izlaže teškoće te njegove zamisli. Zaključuje da one upućuju na dva problema Rawlsove pravednosti kao pravičnosti. Jedan je problem njenog kognitivnog opravdanja. Drugi je problem da nije sigurno da ona može ostvariti preklapajući konsenzus.

Ključne riječi: politička filozofija, filozofija prava, pravednost, John Rawls.

John Rawls je najugledniji politički filozof Sjedinjenih Država dvadesetog stoljeća.¹ Ugled je stekao velikom knjigom, po opsegu i sadržaju, *Teorija pravednosti*, iz 1971. godine.² Drugu je knjigu, *Politički liberalizam*, objavio 1993.³ Ove su mu godine objavljeni *Sabrani članci*⁴ i *Pravo naroda*.⁵

U prvom dijelu ovog članka polazim od Rawlsove *Teorije pravednosti* da bi potom uveo problem koji postavlja i rješava u *Političkom liberalizmu*. U drugom se dijelu članka usredotočujem na Rawlsovo rješenje problema, a u trećem izlažem njegove teškoće.

¹ Rodio se 21. veljače 1921. u Baltimoreu, školovao na sveučilištima Princeton i Oxford, a radio na sveučilištima Cornell i Harvard. Sada je u mirovini.

² John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

³ John Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993. Sva se moja pozivanja na knjigu u bilješkama odnose na meko ukoričeno izdanje, iz 1996. g., koje dodatno sadrži "Introduction to the Paperback Edition" i "Lecture IX.: Reply to Habermas".

⁴ John Rawls, *Collected Papers*, Harvard, Harvard University Press, 1999.

⁵ John Rawls, *The Law of Peoples*, Harvard, Harvard University Press, 1999.

1. Od Teorije pravednosti do Političkog liberalizma

Rawls je najzaslužniji za oživljavanje liberalnog političkog mišljenja u Sjedinjenim Državama početkom sedamdesetih godina ovog stoljeća. U prvoj knjizi *Teorija pravednosti* izlaže koncepciju pravednosti koju naziva "justice as fairness" ("pravednost kao pravičnost"). U njoj središnju ulogu imaju dva načela. Prvo zahtijeva da svaka osoba ima jednako pravo na najširi potpuni sustav jednakih osnovnih sloboda sukladan sa sličnim sustavom slobode za sve (načelo jednakih osnovnih sloboda). A drugo zahtijeva da se socijalne i ekonomske nejednakosti imaju tako urediti da se one odnose na službe i položaje koje su dostupne svima pod uvjetima pravične jednakosti mogućnosti (načelo pravične jednakosti mogućnosti), i da su one na najveću dobrobit najgore stojećih (načelo razlike). Rawls vjeruje da su ta načela temelj vladajuće moralne i političke ideologije suvremenog zapadnog svijeta te nastoji pokazati da su rezultat postupka rasuđivanja za koji se svi razložni ljudi mogu složiti da je pravičan. A vladajuća je moralna i politička ideologija suvremenog zapadnog svijeta liberalizam. Taj je liberalizam u većoj mjeri egalitaran nego što je to bio onaj iz osamnaestog i devetnaestog stoljeća, ili što je to suvremeni libertarijanizam, ali je ipak liberalizam. Cilj je Rawlsove *Teorije pravednosti* pružiti uvjerljiv i koherentan teorijski okvir za liberalizam.⁶

S tim su u vezi i druga dva značajna aspekta *Teorije pravednosti*. Jedan je odbacivanje utilitarizma koji je dobrim dijelom devetnaestog i dvadesetog stoljeća bio vladajuća etička i politička teorija u zapadnim demokratskim društvima te oživljavanje naslijeđa teorije društvenog ugovora čiji su predstavnici bili John Locke, J.J. Rousseau i Immanuel Kant. Rawls smatra da je glavna manjkavost utilitarizma u tome što je njegov cilj najveće ukupne sreće nedopustivo neosoban. S utilitarnog stajališta relativno je manje značajno što neka osoba prolazi gore, sve dok je dobrobit drugih osoba veća od tog gubitka. Rawls vjeruje da je to u suprotnosti s intuitivnim sudovima o pravednosti mnogih ljudi. Žrtvovanje je nevine osobe zbog dobrobiti drugih osoba duboko nepravedno. Temeljno je načelo da nitko ne može biti pukim sredstvom za ostvarivanje ciljeva društva. Rawlsovim rječnikom, svatko je od nas "odjelita" osoba u smislu da nitko nije puka brojka u računu društvenih interesa. Utilitarizam valja odbaciti, jer ne uzima za ozbiljno tu odjelitost osoba. Rawls smatra da je može uzeti ozbiljno jedino ugovorni način mišljenja. U skladu s time dva načela njegove pravednosti kao pravičnosti zahtijevaju da svakoj osobi budu priznata osnovna prava i temeljne slobode te osnovna sredstva za njihovo učinkovito izvršavanje.

Također *Teorija pravednosti* predstavlja jasan i odlučan raskid s načinom mišljenja široko usvojenim u humanističkim i društvenim znanostima u prvoj polovini ovog stoljeća. Smatralo se da su vrijednosni sudovi subjektivni i neprovjerljivi izrazi individualnih ili skupnih nagona, osjećaja i interesa, da na osnovi njih nije moguće graditi opće i znanstveno valjane iskaze o stvarnosti, te da humanističke i društvene znanosti imaju biti strogo deskriptivne i neutralne, opisujući i objašnjavajući pojave kakve one jesu, a ne kakve bi trebale biti prema nečijem sudu. To je stajalište imalo

⁶ Za taj i druge aspekte Rawlsove *Teorije pravednosti* o kojima dalje govorim, vidi moju knjigu *Ljudska prava. Uvod u teoriju ljudskih prava*, Zagreb, Hrvatsko filozofsko društvo, 1996., pog. 5.

za posljedicu da su u većini slučajeva humanističke i društvene znanosti (etika, politika, pravo) bile svedene na proučavanje povijesti humanističke i društvene (etičke, političke, pravne) misli i na raščlambu humanističkih i društvenih (etičkih, političkih i pravnih) pojmova. Rawls odbacuje takvo stajalište i uvodi metodu ispitivanja vrijednosnih sudova, metodu reflektivnog ekvilibrija, koja omogućava moralno rasuđivanje u političkoj filozofiji a i šire. Njegova je zamisao da koncepcija pravednosti utvrđuje načela pravednosti čija primjena ima voditi intuitivno opravdanim sudovima u konkretnim slučajevima.

Tijekom je sedamdesetih i osamdesetih godina Rawlsova *Teorija pravednosti* bila predmetom raščlambi brojnih autora.⁷ Također su usporedne koncepcije pravednosti predložili Ronald Dworkin,⁸ B.A. Ackerman⁹ i Michael Walzer.¹⁰ Kao i Rawls, ti autori odbacuju utilitarizam, zastupaju egalitarni liberalizam i nude njegovo moralno opravdanje. Međutim, Robert Nozick je napao egalitarizam općenito i Rawlsovu egalitarno-liberalnu koncepciju pravednosti napose te nudio libertarijanizam kao alternativu.¹¹ A komunitarni autori, poput Michael Sandela,¹² Alasdair MacIntyre¹³ i Charles Taylor,¹⁴ napali su liberalizam općenito i Rawlsovu koncepciju pravednosti napose te nudili komunitarizam kao alternativu. Krajem su osamdesetih i početkom devedesetih godina pod dojmom komutarne kritike liberalizma kompromisne teorije predložili Will Kymlicka,¹⁵ Allen Buchanan¹⁶ i Yeal Tamir.¹⁷ Konačno, početkom se devedesetih godina u raspravu uključio i najugledniji njemački politički filozof Jürgen Habermas, koji se ogradio od komunitarizma, ali i od nekih oblika liberalizma, te predložio diskurzivnu koncepciju prava i demokracije.¹⁸

⁷ Za popis najznačajnijih radova, vidi isto, str. 114, bilj. 3.

⁸ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously. New Impression With a Reply to Critics*, London, Duckworth, 1978.

⁹ B. A. Ackerman, *A Social Justice in Liberal State*, New Haven and London, Yale University Press, 1980.

¹⁰ Michael Walzer, *Spheres of Justice. A Defence of Pluralism and Equality*, Oxford, Blackwell, 1983.

¹¹ Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974.

¹² M. J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

¹³ Alasdair MacIntyre, *After Virtue*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1981; *Whose Justice? Which Rationality?*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1988; *Three Rival Versions of Moral Enquiry: Encyclopaedia, Genealogy, Tradition*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1990.

¹⁴ Charles Taylor, *Hegel and Modern Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

¹⁵ Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989. Vidi više moju knjigu *Ljudska prava*, pogl. 10., odj. 5.

¹⁶ Allen Buchanan, *Secession. The Morality of Political Divorce from Fort Sumner to Lithuania and Quebec*, Boulder, Westview Press, 1991.

¹⁷ Yeal Tamir, *Liberal Nationalism*, Princeton, Princeton University Press, 1993. Vidi više Nenad Mišević, "Liberal Nationalism: A Noble Illusion?", *Croatian Critical Law Review*, 2 (1-2/1997), str. 119-34.

¹⁸ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992., (engleski prijevod: *Between Facts and Norms, Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Polity Press, 1997.)

Dalje ću sažeto navesti prigovore libertarijanskih i komunitarnih autora Rawlsovoj koncepciji pravednosti te alternative koje nude. Prije svega, Nozick se slaže s Rawlsom da se utilitarizam mora odbaciti, jer ne uzima za ozbiljno odjelitost osoba, ali mu prigovara da načelo razlike isto tako povrjeđuje tu odjelitost.¹⁹ Ono traži da spriječimo prirodno darovite u stjecanju više materijalnih sredstava, osim ako to također poboljšava položaj socijalno ugroženih. Ali ako to činimo, tad rabimo darovitu osobu kao sredstvo socijalno ugrožene, žrtvujemo dobrobit jedne osobe zbog dobrobiti druge. Nozick tvrdi da je u slobodnom društvu riječ o vlasništvu osoba, a ne o njihovim udjelima u zajedničkim sredstvima, te da se načela pravednosti moraju odnositi na njihovo vlasništvo, a ne na njihove udjele u zajedničkim sredstvima. Vlasništvo je osoba uvjetovano njihovim sposobnostima, darovitošću i srećom. Nozick prigovara Rawlsu što smatra da su prirodne sposobnosti i društveni položaj osobe samovoljni s moralnog stajališta te ih njegova koncepcija pravednosti poništava. Tvrdi da se time niječe autonomija i odgovornost osobe za vlastito djelovanje, što je vrlo opasno za koncepciju pravednosti koja inače mnogo toga temelji na izboru osobe. To ocrnjivanje osobe ne može se uskladiti sa stajalištem o ljudskom dostojanstvu koje Rawlsova koncepcija pravednosti želi utjeloviti.

Nozick predlaže alternativnu koncepciju pravednosti, koju naziva "ovlašćujućom teorijom pravednosti" ("the entitlement theory of justice"). Ona sadrži tri načela: načelo stjecanja koje ovlašćuje osobu na vlasništvo koje je pravedno izvorno stekla, načelo prijenosa koje ovlašćuje osobu na vlasništvo koje je pravedno stekla od neke druge osobe i načelo ispravljanja nepravde koje zahtijeva sankcioniranje povreda prvog ili drugog načela. Nozickov je zaključak da je jedino opravdana minimalna država ograničena na uske zadaće zaštite od nasilja, krađe, prijevare, nepoštovanja ugovora i tako dalje te da bilo koja ekstenzivnija država povrjeđuje prava pojedinaca i time je neopravdana.

Nozickov je prigovor Rawlsovoj koncepciji osobe nadahnuo važnu kritiku njegove koncepcije pravednosti koju je najpotpunije izložio Sandel.²⁰ On tvrdi da Rawls temelji svoju koncepciju pravednosti na neodrživoj metafizici jastva, a obje dobrim dijelom oblikuje u suprotnosti prema utilitarizmu. Potonji spaja brojne naše želje u jedinstveni sustav želje, dok Rawls ustraje na odjelitosti osoba. Utilitarizam jednostavno definira jastvo kao zbroj vlastitih želja, dok ga Rawls definira kao slobodnog izbornika koji je neovisan o željama i ciljevima koje ima u bilo kojem trenutku. Stoga za Rawlsa jastvo prethodi ciljevima koje bira. Zamisao je jastva kao slobodnog i neovisnog izbornika izražena u idealu neutralne države. Budući da su građani odjelita, neovisna jastva, trebaju neutralnu državu, državu osnovnih prava i temeljnih sloboda, koja se ne opredjeljuje između suparničkih svrha i ciljeva. Ako jastvo prethodi vlastitim ciljevima, tad ispravno mora prethoditi dobru.

¹⁹ Za Nozickovu kritiku Rawlsa kao i njegovu ovlašćujuću teoriju pravednosti, vidi moju knjigu *Ljudska prava*, pog. 6.

²⁰ Za sažeti izraz Sandelove kritike Rawlsa, kao i njegova komunitarizma, koji dalje slijedim, vidi M.J. Sandel, "Introduction", u M.J. Sandel (ur.), *Liberalism and Its Critics*, Oxford UK & Cambridge USA, Blackwell, 1984., str. 1-11, osobito str. 3-6.

Suprotno tome Sandel smatra da je jastvo konstituirano vlastitim ciljevima te da zajedničko dobro prethodi ispravnom. Za naše su osobnosti, dijelom konstitutivne, određene vlastite uloge, kao građana države, ili pripadnika pokreta, ili zastupnika ideje. A ako smo dijelom određeni zajednicama u kojima živimo, tad moramo također biti upleteni u svrhe i ciljeve svojstvene tim zajednicama. Za komunitarizam je nečije dobro ono što je dobro za onoga tko ispunjava te uloge. Zamisao je jastva kao utjelovljenog u zajednici izražena u idealu građanske republike. Biti građanin znači sudjelovati u samoupravi, što uključuje ne samo izbor vlastitih svrha i ciljeva, nego također odlučivanje sa sugrađanima o zajedničkom dobru i pomaganje u oblikovanju sudbine zajednice. Potonje pak zahtijeva poznavanje javnih poslova i osjećaj pripadništva zajednici. Stoga sudjelovanje u samoupravi zahtijeva od građana određena svojstva karaktera ili građanske vrline. To dalje znači da država ne može biti neutralna prema vrijednostima i ciljevima koje usvajaju građani. Za razliku od liberalizma, komunitarizam ili građanski republikanizam zahtijeva politiku koja u građanima razvija vrline potrebne za sudjelovanje u samoupravi.²¹

Rawls je započeo pothvat obrane, preinake i daljeg produblivanja pravednosti kao pravičnosti u nizu ogleđa objavljenih krajem sedamdesetih i tijekom osamdesetih godina.²² Zaokružio je pothvat u drugoj knjizi *Politički liberalizam*, u kojoj su ti ogleđi sakupljeni, neki u neizmijenjenom obliku, dok drugi značajno preinačeni, te međusobno povezani. Rawls u knjizi naglašava glavnu promjenu u svom shvaćanju pravednosti kao pravičnosti u odnosu na *Teoriju pravednosti* navodeći da je sada shvaća kao političku, a ne više kao obuhvatnu moralnu koncepciju. Odatle i naslov knjizi *Politički liberalizam*. Rawls tvrdi, međutim, da je ta promjena odgovor na

²¹ Za Sandelovu dijagnozu stanja liberalne demokracije u današnjim Sjedinjenim Državama prema kojoj njeni problemi proizlaze iz napetosti što ispunjavaju same ideale liberalne teorije, kao i njegov lijek koji bi bio u oživljavanju tradicije građanskog republikanizma, vidi njegovu knjigu, *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1996. Za iscrpniji prikaz i kritiku obrane republikanizma drugog autora, vidi moj članak, "Liberalizam, komunitarizam ili republikanizam: kritičke primjedbe na Pettittovu obranu republikanizma", *Politička misao* 32 (1/1995.), str. 89-98.

²² Ti Rawlsovi ogleđi uključuju: "The Basic Structure as Subject", u A.I. Goldman i Jaegwon Kim (ur.), *Values and Morals: Essays in Honor of William Frankena, Charles Stevenson, and Richard B. Brandt*, Dordrecht, Holland & Boston, Reidel, 1978, str. 47-71; "Kantian Constructivism in Moral Theory", *Journal of Philosophy* 87 (9/1980), str. 515-72; "Social Unity and Primary Goods", u A. K. Sen i Bernard Williams (ur.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, str. 159-85; "The Basic Liberties and Their Priority", u S. MacMurrin (ur.), *Tanner Lectures on Human Values*, vol. 3., Salt Lake City, University of Utah Press, 1982, str. 1-89; "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", *Philosophy and Public Affairs* 14 (1985), str. 223-51; "The Idea of Overlapping Consensus", *Oxford Journal of Legal Studies* 7 (1987), str. 1-25; "The Priority of Right and Ideas of the Good", *Philosophy and Public Affairs* 17 (1988), str. 251-76; "The Domain of the Political and Overlapping Consensus", *New York University Law Review* 64 (1989), str. 233-55. Za prikaz razvoja Rawlsove misli u tim ogleđima, vidi Chandran Kukathas i Philip Pettit, *Rawls: A Theory of Justice and its Critics*, Cambridge, Polity Press, 1990, pog. 7. Za hrvatski prijevod tri pretposljednja Rawlsova ogleđa, vidi moj zbornik John Rawls, *O liberalizmu i pravednosti*, Rijeka, Hrvatski kulturni dom, 1993.

ozbiljni unutarnji problem pravednosti kao pravičnosti u *Teoriji pravednosti*, a ne na kritike komunitarnih i drugih autora.²³

Prema Rawlsu ozbiljni problem u *Teoriji pravednosti* predstavlja zamisao dobro uređenog društva koje je shvaćeno kao društvo u kojem svi njegovi građani podržavaju pravednost kao pravičnost na osnovi obuhvatnog moralnog učenja.²⁴ Građani usvajaju njena dva načela na osnovi tog učenja. Ali na isti način u dobro uređenom društvu koje je spojivo sa utilitarizmom građani općenito podržavaju to obuhvatno moralno učenje i na osnovi njega usvajaju načelo korisnosti. Međutim, to dovodi do ozbiljnog problema jer moderno demokratsko društvo obilježava pluralizam ne samo obuhvatnih filozofijskih, moralnih i vjerskih učenja, nego također protivnih takvih učenja, a koja su ipak razložna. Ni jedno od njih nema podršku svih građana, a ne može se ni očekivati da će u dogljednoj budućnosti netko dobiti podršku svih ili, barem, većine građana. Rawls smatra da činjenica pluralnosti razložnih obuhvatnih učenja, činjenica razložnog pluralizma, upućuje na to da je nerealistična zamisao dobro uređenog društva kako je ona prikazana u *Teoriji pravednosti*. Nerealistična je jer je nespojiva s ostvarenjem načela pravednosti kao pravičnosti pod najpovoljnijim predvidljivim okolnostima.

Rawls u *Političkom liberalizmu* postavlja kao glavni problem pravednosti kao pravičnosti stabilnost dobro uređenog društva. Problem je izražen u pitanju: Kako je moguće da se tijekom vremena može održati stabilno pravedno društvo slobodnih i jednakih građana koji su duboko podijeljeni u svojim razložnim filozofijskim, moralnim i vjerskim učenjima? Ili: Kako je moguće da razložna, ali duboko protivna, učenja mogu zajedno opstojati i da sva potvrđuju istu političku koncepciju ustavnog poretka? Ili: Kakvu strukturu i sadržaj mora imati politička koncepcija pravednosti koja može zadobiti podršku takvog preklapajućeg konsenzusa?²⁵ Prvi dio Rawlsova rješenja problema društvene stabilnosti predstavlja zamisao političke koncepcije pravednosti. Njoj su posvećena prva tri predavanja u knjizi: "Fundamentalne ideje", "Moći građana i njihovo predstavljanje" i "Politički konstruktivizam". Drugi dio njegova rješenja predstavlja zamisao preklapajućeg konsenzusa i s njom povezane zamisli prvenstva ispravnog pred dobrom i javnog uma. Njima su posvećena iduća tri predavanja: "Ideja preklapajućeg konsenzusa", "Prvenstvo ispravnog i ideje dobra" i "Ideja javnog uma". U sažetom obliku Rawlsovo rješenje problema društvene stabilnosti koje predstavljaju te međusobno povezane zamisli glasi ovako: da bi društvo bilo pravičan i stabilan sustav kooperacije među slobodnim i jednakim građanima koji su duboko podijeljeni u svojim razložnim obuhvatnim učenjima, potrebno je da osnovna struktura društva bude uređena političkom koncepcijom pravednosti, da postoji preklapajući konsenzus razložnih obuhvatnih učenja o toj političkoj koncepciji te da se javna rasprava o ustavnim bitnostima i pitanjima osnovne pravednosti vodi u kategorijama političke koncepcije pravednosti.²⁶ U skladu je s

²³ Vidi Rawls, *Political Liberalism*, str. xvii, bilj. 6.

²⁴ Vidi isto, str. xv-xvii.

²⁵ Vidi isto, str. xviii.

²⁶ Vidi isto, str. 44.

time i Rawlsovo određenje cilja pravednosti kao pravičnosti: "Cilj je pravednosti kao pravičnosti ... praktičan: ona predstavlja sebe kao koncepciju pravednosti koju mogu dijeliti građani kao osnovu razložnog, obaviještenog i dobrovoljnog političkog sporazuma. Ona izražava njihov zajednički i javni politički um. Ali da bi postala takav zajednički um, koncepcija pravednosti mora biti koliko je god to moguće neovisna o protivnim i sukobljenim političkim i vjerskim učenjima koja građani potvrđuju. Oblikujući takvu koncepciju politički liberalizam primjenjuje načelo tolerancije na samu filozofiju".²⁷

Premda Rawls tvrdi da je promjena u njegovu shvaćanju pravednosti kao pravičnosti odgovor na unutarnji problem *Teorije pravednosti*, no možda se ona može objasniti i izvanjskim čimbenicima. W.A. Galston²⁸ objašnjava je u kategorijama političkog i kulturnog razvoja Sjedinjenih Država tijekom posljednjih četrdesetak godina. Šezdesetih su godina Sjedinjene Države bile zaokupljene problemom rasne i klasne nejednakosti te ulogom koju aktivistička država može imati u ispravljanju povijesnih nepravdi kroz programe preraspodjele. To je također zaokupljalo Rawlsa i većinu čitatelja njegove *Teorije pravednosti*. Vjerovali su da je središnji problem suvremenog liberalizma problem raspodjele, problem na koji se način imaju raspodijeliti prava, mogućnosti i dobra između pripadnika liberalno-demokratskog društva. Također su dijelili šire uvjerenje svog vremena kako djelovanje države na smanjivanju socijalnih razlika ne predstavlja povredu liberalne slobode nego je najprimjereniji izraz zajedničkog osjećaja za jednakost. Kao što sam kazao, vladajući je oblik liberalizma toga vremena bio egalitaran.

Međutim, prema Galstonu, tijekom sedamdesetih godina dolazi do promjene u naglasku. Brojnim se zahtjevima oglašavaju razne marginalne skupine određene spolom, spolnom sklonošću, rasom, nacionalnim podrijetlom, etnicitetom, klasnom pripadnošću, dobi, tjelesnom ili mentalnom sposobnošću, moralnim uvjerenjima i vjeroispoviješću. Središnji problem socijalne politike postaje problem legitimacije različitosti, problem na koji je način moguće liberalno-demokratsko društvo unatoč činjenici socijalne različitosti. To odražava i promjena u Rawlsovom shvaćanju pravednosti kao pravičnosti u *Političkom liberalizmu*. Interes za problem raspodjele nije nestao već je nadopunjen novim interesom za problem različitosti. Glavna su metafora u prerađenoj argumentaciji vjerski ratovi u Europi u šesnaestom i sedamnaestom stoljeću i doktrina tolerancije koja se pojavila nakon njih. Rawls proširuje domenu načela tolerancije tako da uključuje najšire moguće područje djelovanja i uvjerenja. Za cilj političkog liberalizma načelo tolerancije proširuje čak i na samu filozofiju. Obuhvatna učenja o dobrom životu i dobrom društvu koja su svojstvena filozofiji ne mogu služiti kao osnova ustanovama liberalno-demokratskog društva i imaju se u najvećoj mogućoj mjeri izbjegavati u javnom diskurzu. Međutim, ni jedna politička zajednica ne može se održati samo na činjenici različitosti kao ni

²⁷ Isto, str. 9-10.

²⁸ Vidi W. A. Galston, *Liberal Purposes. Goods, virtues, and diversity in liberal state*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, str. 140 i dalje.

na naravnom skladu. Svaka je zajednica konstituirana na osnovi nekog zajedničkog sporazuma o tome što je pravedno. Rawlsova načela pravednosti predstavljaju prijedlog takvog sporazuma koji je sukladan s osnovnim obilježjima i zasadama liberalno-demokratskog društva. Kao takva, ona izražavaju njegovo shvaćanje kako je činjenica pluralizma najbolje spojiva s potrebom društvenog jedinstva.

2. Problem društvene stabilnosti i njegovo rješenje u Političkom liberalizmu

Rawls u *Političkom liberalizmu* pretpostavlja uz manje preinake istu koncepciju pravednosti kao pravičnosti kao i u *Teoriji pravednosti*. Sada njena dva načela glase ovako: “[s]vaka osoba ima jednak zahtjev na potpuno odgovarajući sustav jednakih osnovnih prava i sloboda, koji je sustav sukladan s istim sustavom za sve, a u tom se sustavu jednakim političkim slobodama, i samo tim slobodama, ima jamčiti njihova pravična vrijednost; a “[s]ocijalne i ekonomske nejednakosti imaju zadovoljavati dva uvjeta: prvo, one se imaju pridružiti položajima i službama dostupnim svima pod uvjetima pravične jednakosti mogućnosti, i, drugo, one imaju biti na najveću dobrobit najgore stojećih pripadnika društva”.²⁹ Ta načela izražavaju liberalnu koncepciju pravednosti u smislu da određuju osnovna prava, slobode i mogućnosti, pripisuju tim pravima, slobodama i mogućnostima osobito prvenstvo, napose u odnosu na opće dobro i perfekcionističke vrijednosti te sadrže mjere koje osiguravaju svim građanima odgovarajuća svrhovita sredstva za učinkovitu uporabu prava i mogućnosti. Također dva načela izražavaju egalitarni oblik liberalizma s obzirom na jamstvo pravične, a ne samo formalne, vrijednosti političkih sloboda, pravične, ponovno ne samo formalne, jednakosti mogućnosti i drugi dio drugog načela koji glasi da se socijalne i ekonomske nejednakosti koje su pridružene položajima i službama imaju ispraviti tako da kolike god bile te nejednakosti budu na najveću dobrobit najgore stojećih pripadnika društva.

Međutim, za razliku od *Teorije pravednosti*, Rawls u *Političkom liberalizmu* predstavlja pravednost kao pravičnost kao političku koncepciju. To znači troje.³⁰ Prvo, ona se primjenjuje na osnovnu strukturu demokratskog društva, odnosno na glavne gospodarske, političke i socijalne ustanove koje čine jedinstven sustav društvene kooperacije. Drugo, samostalno je učenje, što znači da je neovisna o bilo kojem obuhvatnom filozofijskom, moralnom ili vjerskom učenju. I, treće, njene temeljne zamisli, kao što su zamisli političkog društva kao pravična sustava društvene kooperacije i građana kao slobodnih i jednakih, pripadaju kategoriji politike i poznate su iz javne političke kulture demokratskog društva koju čine političke ustanove ustavnog poretka i javno naslijeđe njihova tumačenja kao i povijesni spisi i dokumenti koji su opće poznati.

²⁹ Vidi Rawls, *Political Liberalism*, str. 5-6, 271, 291. Ta se Rawlsova formulacija razlikuje od formulacije u *Teoriji pravednosti*, a oslanja se na formulaciju iz njegova predavanja “The Basic Liberties and Their Priority”, str. 5. Razlika je između dviju formulacija u preinaci prvog načela koja je izvršena kao rezultat kritike H.L.A. Harta, (vidi njegov članak “Rawls on Liberty and Its Priority”, *University of Chicago Law Review* 40 (3/1973), str. 534-55, pretiskano u Norman Daniels (ur.), *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls 'A Theory of Justice'*, Stanford, Stanford University Press, 1989, str. 230-52).

³⁰ Vidi Rawls, *Political Liberalism*, “Lecture I: Fundamental Ideas”, str. 3-46, osobito str. 11-5.

Sa stajališta određenja pravednosti kao pravičnosti kao političke koncepcije Rawls odgovara na prigovore libertarijanskih i komunitarnih autora te odbacuje alternative koje nude. Naglašava bitnu razliku između Nozickove ovlašćujuće teorije pravednosti i pravednosti kao pravičnosti, koja je u tome da u prvoj osnovna struktura društva nema osobitu ulogu, dok u drugoj ima i za nju su mjerodavna osobita načela pravednosti.³¹ Prema Rawlsu, cilj je osnovne strukture osigurati pravedne pozadinske uvjete u kojima djeluju pojedinci i udruge. Motreći samo ponašanje pojedinaca i udruga u pojedinačnim okolnostima ne može se prosuditi jesu li ugovori koje su oni zaključili pravedni s društvenog stajališta. Ta prosudba u značajnoj mjeri ovisi o obilježjima osnovne strukture, o tome uspijeva li održavati pozadinsku pravednost. Na primjer, jesu li pravični ugovori o plaćama ovisi o pravičnosti strukture tržišta rada te o društvenim uvjetima koji su u njenoj pozadini. Općenito nije dovoljno da pojedinci i udruge postupaju pravično i poštuju pravila ugovornog ili nasljednog prava da bi se održala pozadinska pravednost. Ona će unatoč tome tijekom vremena biti postupno uništena jer je tendencija da se ukupni rezultat zasebnih i neovisnih poslova udaljava od pozadinske pravednosti, a ne njoj približava. Stoga su, prema Rawlsu, za održavanje pozadinske pravednosti nužne osobite ustanove, a pravednost kao pravičnost definira načela njihova uređenja.

Rawls priznaje da osnovna struktura utječe na pojedince. Nijeće, međutim, da su prirodne sposobnosti i darovitost pojedinaca nepromjenljivi prirodni darovi. Premda imaju genetsku komponentu, ne mogu se ostvariti neovisno o društvenim uvjetima poticanja i potpore te ustanovama koje se bave njihovim razvijanjem i primjenom. Osnovna struktura dopušta ekonomske i socijalne nejednakosti u životnim očekivanjima građana jer su bilo neizbježne ili nužne ili pak korisne za održavanje društvene kooperacije. Međutim, dopustive nejednakosti moraju biti uređene načelima pravednosti, osobito načelom razlike. Rawls nijeće da je to načelo nespojivo s integritetom osobe. Ono ne nalaže jednaku raspodjelu prihoda i bogatstva. Nalaže samo da dopustive nejednakosti na određeni način funkcionalno doprinose očekivanjima socijalno ugroženih, pri čemu je sam taj funkcionalni doprinos rezultat djelovanja javnog sustava ovlasti. Rawlsov je zaključak³² da libertarijanizam³³ ne povezuje slobodu i jednakost na način na koji to čini pravednost kao pravičnost, dopušta prevelike socijalno-ekonomske nejednakosti te stoga ne može ostvariti društvenu stabilnost na osnovi pravih razloga.

Također, Rawls odgovara na prigovor komunitarnih autora da pravednost kao pravičnost pretpostavlja osobitu metafizičku koncepciju osobe. Tvrdi da su njene

³¹ Vidi isto, "Lecture VII.: The Basic Structure as Subject", str. 257-88, osobito str. 262-69, 269-71 i 281-85.

³² Za taj zaključak, vidi isto, "Introduction to the Paperback Edition", str. lviii.

³³ U međuvremenu se Nozick odrekao svog libertarijanizma i dao neke prijedloge za pravedni sustav oporezivanja nasljedstva u *The Examined Life*, New York, Simon and Schuster, 1989. Unatoč tome, njegovo je ime ostalo nerazdvojivo povezano s libertarijanizmom, barem, kada je riječ o političkoj filozofiji, (vidi Jonathan Wolf, *Robert Nozick. Property, Justice, and the Minimal State*, Cambridge, Polity Press, 1991, str. 2).

zamisli osobe i dobro uređenog društva političke, a ne metafizičke.³⁴ Unutar se tradicije demokratskog mišljenja shvaća osobe kao slobodne i jednake građane a dobro uređeno društvo kao društvo djelotvorno uređeno političkom koncepcijom pravednosti. Međutim, prema Rawlsu, unutar te tradicije postoji dugovječni spor o tome kako se osnovne ustanove ustavne demokracije imaju urediti da bi zadovoljile pravične uvjete kooperacije između slobodnih i jednakih građana. Ako se želi pronaći osnova javnog sporazuma, mora se pronaći sredstvo da se te poznate zamisli urede u političku koncepciju pravednosti koja će ih izraziti na drugačiji način nego što je to ranije bio slučaj. U pravednosti kao pravičnosti tu ulogu ima zamisao izvornog položaja. Osobama se nameće "veo neznanja" kako bi se osiguralo da na njihovo rasuđivanje o načelima pravednosti ne utječe njihov društveni položaj, rasna ili etnička pripadnost, spol i rod, prirodna darovitost i filozofijsko, moralno ili vjersko stajalište. Također se pretpostavlja da one preferiraju "primarna dobra" koja su bitna za ostvarenje njihovog osjećaja za pravednost, sposobnosti za koncepciju dobra kao i određene koncepcije dobra. U izvornom položaju pravednost kao pravičnost biva izabrana od tih osoba u uvjetima koji su oblikovani tako da potvrđuju političke vrijednosti modernog demokratskog društva.

Rawls dalje tvrdi da u političkoj koncepciji pravednosti zamisli dobra također moraju biti političke te da taj zahtjev izražava prvenstvo ispravnog pred dobrom.³⁵ Ono je mjerodavno i za zamisao dobra političkog društva. S obzirom na shvaćanje dobra političkog društva Rawls razlikuje klasični republikanizam, čiji su predstavnici bili Niccolò Machiavelli i Alexis de Tocqueville, od građanskog humanizma, čiji su predstavnici bili Aristotel i Rousseau, te ih oba uspoređuje s političkim liberalizmom.³⁶ Za Rawlsa ne postoji temeljna suprotnost između prvoga i političkog liberalizma. Oba se slažu oko toga da građani u demokratskom društvu ako žele sačuvati svoja osnovna prava i temeljne slobode, moraju imati u potrebnoj mjeri političke vrline i biti spremni sudjelovati u političkom životu. Za Rawlsa, međutim, postoji temeljna suprotnost između političkog liberalizma i građanskog humanizma. Potonji smatra da je sudjelovanje u političkom životu povlašteni oblik dobrog života, a ne samo nužno sredstvo za zaštitu prava i sloboda demokratskog građanstva. Rawlsov je prigovor građanskom humanizmu da ne može biti osnova javnog sporazuma u demokratskom društvu jer je obuhvatno učenje. Time ne niječe da za neke građane najvažnije dobro može biti sudjelovanje u političkom životu i stoga politički život može biti središnji u njihovom obuhvatnom dobru. U dobro je uređenom društvu na dobrobit društva da je to tako, kao što je i na opću dobrobit da građani razvijaju svoje različite i komplementarne darovitosti i sposobnosti te sudjeluju u uzajamno korisnoj kooperaciji. Rawls to izražava zamišlju dobra dobro uređenog društva kao socijalnog jedinstva socijalnih jedinstava.³⁷ Zaključuje, međutim, da se u modernom demokratskom društvu mora odbaciti ideal političke zajednice ako se pod tim idealom misli na političko društvo ujedinjeno u potvrđivanju jednog obuhvatnog učenja.

³⁴ Vidi Rawls, *Political Liberalism*, "Lecture I.: Fundamental Ideas", str. 27, bilj. 29, i str. 29-40.

³⁵ Za to, vidi isto, "Lecture V.: The Priority of Right and Ideas of the Good", str. 173-211.

³⁶ Vidi isto, str. 205-06.

³⁷ Za tu zamisao, vidi isto, "Lecture VIII.: The Basic Liberties and Their Priority", str. 320-23.

Rawlsova je opća postavka u *Političkom liberalizmu* da u modernom demokratskom društvu ni jedno obuhvatno učenje ne može biti osnovom društvenog jedinstva. Kao što sam kazao, za Rawlsa je ta mogućnost isključena zbog činjenice razložnog pluralizma, činjenice mnoštva razložnih obuhvatnih filozofijskih, moralnih i vjerskih učenja koja usvajaju građani.³⁸ S tom su činjenicom povezane i iduće tri činjenice. Jedna je činjenica permanentnosti razložnog pluralizma pod političkim i socijalnim uvjetima koje osiguravaju osnovna prava i temeljne slobode. Druga je činjenica da je nametanje jednog obuhvatnog filozofijskog, moralnog ili vjerskog učenja moguće samo opresivnom uporabom državne sile. I treća je činjenica da demokratski režim mora dobrovoljno i slobodno podržavati većina politički aktivnih građana, odnosno da političku koncepciju pravednosti koja je javna osnova opravdanja ustavnog režima moraju podržavati različita i protivna razložna obuhvatna učenja.

Budući da u modernom demokratskom društvu koje obilježavaju gore navedene činjenice ni jedno obuhvatno učenje ne može biti osnovom društvenog jedinstva, potrebna je drugačija zamisao društvene stabilnosti. Jedna je takva zamisao ona o *modus vivendi* koja potječe od Thomasa Hobbesa.³⁹ Prema toj bi zamisli konsenzus između raznih društvenih skupina bio moguć kao kompromis između njihovih protivnih interesa. Kako ni jedna društvena skupina ne može nametnuti svoje učenje uz podnošljivu cijenu za sve, svaka će od njih usvojiti politiku međusobne tolerancije. Međutim, društveno jedinstvo koje se osniva na takvom kompromisu samo je prividno stabilno. Njegova je stabilnost uvjetovana održanjem potrebne ravnoteže moći u društvu. Ako jedna društvena skupina prisvoji dovoljno moći da nametne svoje učenje, ne postoji nikakav razlog koji bi je sprječavao da to učini. Hobbes razrješava taj problem pomoću ustanove apsolutnog suverena koji je u stanju spriječiti sukob između raznih društvenih skupina i osigurati mir. Premda Rawls ne raspravlja o Hobbesovom rješenju, može se zaključiti da ga ne bi prihvatio zbog oslanjanja na opresivnu uporabu državne sile. Hobbes je smatrao takvo oslanjanje nužnim jer je jedino sredstvo za osiguranje mira. Protivno tome Rawls vjeruje, kao što sam kazao, da je za moderno demokratsko društvo svojstveno odbacivanje opresivne uporabe državne sile.⁴⁰

Rawls u *Političkom liberalizmu* odbacuje *modus vivendi* i predlaže zamisao preklapajućeg konsenzusa kao način rješavanja problema društvene stabilnosti.⁴¹ Rabi model preklapajućeg konsenzusa koji uključuje tri učenja.⁴² Prvo učenje potvrđuje

³⁸ Za tu i druge činjenice, vidi isto, str. 36-8.

³⁹ Vidi Thomas Hobbes, *Leviathan or the Matter, Form and Power of a Common-wealth, Ecclesiasticall and Civill*, edited with an Introduction by C.B. Macpherson, Harmondsworth, Penguin Books Ltd, 1968. U suvremenoj je političkoj filozofiji zamisao *modus vivendi* najobuhvatnije i najuvjerljivije razradio David Gauthier, *Morals by Agreement*, Oxford, Clarendon Press, 1986. Vidi više moju knjigu *Ljudska prava*, pog. 1. i pogl. 10., odj. 2.

⁴⁰ Za usporedbu Hobbesa i Rawlsa, vidi Jean Hampton, "Political Philosophy and Metaphysics", *Ethics* 99 (4/1989), str. 791-814.

⁴¹ Vidi Rawls, *Political Liberalism*, "Lecture IV.: The Idea of Overlapping Consensus", str. 133-72.

⁴² Vidi isto, str. 145-46.

političku koncepciju pravednosti na osnovi vlastitog vjerskog učenja i obrazloženja slobode vjere koji povlače načelo tolerancije i podržavaju temeljne slobode ustavnog režima. Rawlsov je primjer Lockeovo učenje o vjerskoj toleranciji. Drugo učenje potvrđuje političku koncepciju na osnovi vlastitog obuhvatnog liberalnog moralnog učenja. Primjeri su obuhvatni liberalizmi Kanta i J.S. Milla. Treće učenje potvrđuje političku koncepciju ne na osnovi nekog obuhvatnog učenja nego na osnovi samih njenih političkih vrijednosti. Ono je pluralističko jer sadrži pored političkih i nepolitičke vrijednosti, ali potonje imaju manju težinu te u slučaju sukoba s prvima moraju im prepustiti prvenstvo. U modelu su vjersko učenje i liberalna učenja shvaćena kao opća i obuhvatna, dok je treće učenje samo djelomično obuhvatno. Ali sva su tri učenja suglasna da pod razložno povoljnim uvjetima koji omogućavaju demokraciju, političke vrijednosti imaju prvenstvo pred nepolitičkim vrijednostima koje su s njima u sukobu. Stoga će sva tri učenja voditi približno istim političkim sudovima i preklapati se u političkoj koncepciji pravednosti.

Taj model upućuje na tri obilježja preklapajućeg konsenzusa.⁴³ Prvo, predmet je preklapajućeg konsenzusa politička koncepcija pravednosti koja je moralna koncepcija. Drugo, politička koncepcija pravednosti potvrđuje se na osnovi moralnih razloga. Rawls objašnjava što to znači da su predmet i osnova preklapajućeg konsenzusa moralni ovako: “[u] društvu koje je dobro uređeno načelima međusobno priznatim u preklapajućem konsenzusu, građani imaju mnoge zajedničke vrhovne ciljeve među kojima je davanje jedan drugome međusobne političke pravednosti ... možemo govoriti o međusobnom dobru međusobne pravednosti ... Kao građani u društvu obično tražimo pravednost od svakog drugog ... To produbljuje zamisao da je politička koncepcija koju podržava preklapajući konsenzus moralna koncepcija potvrđena na moralnim osnovama”.⁴⁴ Treće je obilježje preklapajućeg konsenzusa u vezi s prva dva: njegova stabilnost ovisi o moralnim razlozima. Tako se preklapajući konsenzus razlikuje od *modus vivendi* po tome što su njegov predmet i osnova moralni, a njegova stabilnost ovisi o moralnim razlozima. Potonja je razlika bitna: osobe koje imaju različite svjetonazore što potvrđuju političku koncepciju pravednosti neće joj uskratiti svoju podršku ako se ravnoteža moći u društvu promijeni u njihovu korist te oni preuzmu vlast.

Rawls ilustrira razliku između *modus vivendi* i preklapajućeg konsenzusa na primjeru svjetonazora katolika i protestanata u šesnaestom stoljeću.⁴⁵ Tada su obje vjere smatrale da je zadaća vladara podupirati istinsku vjeru i sprječavati herezu. U takvim bi okolnostima prihvaćanje načela tolerancije bio puki *modus vivendi*, jer ako bilo koja vjera postane vladajuća, neće više poštovati načelo tolerancije. Ne bi bilo stabilnosti s obzirom na raspodjelu moći. Budući da su danas takva učenja u manjini, ona ne utječu značajno na kakvoću javnog života i osnovu društvenog ugovora. Većina je u društvu uvjerenjena da će moć biti podijeljena između učenja u konsenzusu koja podržavaju političku koncepciju zbog nje same.

⁴³ Vidi isto, str. 147-48.

⁴⁴ Isto, str. 208.

⁴⁵ Vidi isto, str. 148.

Također, preklapajući konsenzus ima dubinu, širinu i središte. O tome Rawls kaže ovo: “[preklapajući] konsenzus spušta se do temeljnih zamisli unutar kojih je izrađena pravednost kao pravičnost. On pretpostavlja dovoljno dubok sporazum da bi se doprlo do takvih zamisli kao što su one društva kao pravična sustava kooperacije i građana kao razložnih i racionalnih te slobodnih i jednakih. Što se tiče njegove širine, on obuhvaća načela i vrijednosti političke koncepcije (u ovom slučaju one pravednosti kao pravičnosti) i on se primjenjuje na osnovnu strukturu kao cjelinu”.⁴⁶

3. Teškoće preklapajućeg konsenzusa o političkoj koncepciji pravednosti

Rawlsovo je rješenje problema društvene stabilnosti u *Političkom liberalizmu* preklapajući konsenzus o političkoj koncepciji pravednosti. Riječ je o konsenzusu ne samo o načelima pravednosti, nego također o temeljnim zamislima društva kao pravična sustava društvene kooperacije i građana kao slobodnih i jednakih, koje proizlaze iz javne političke kulture demokratskog društva i iz kojih se izvode ta načela. Rawls vjeruje kako upravo činjenica da je politička koncepcija pravednosti izrađena na osnovi tih zajedničkih zamisli omogućava preklapajući konsenzus o njoj. To je Rawlsovo uvjerenje sljednik ranijeg uvjerenja iz *Teorije pravednosti* kako činjenica da je pravednost kao pravičnost rezultat postupka rasuđivanja oko kojeg se mogu složiti svi razložni ljudi omogućava njeno prihvaćanje. Ako je novo uvjerenje opravdano, tad je to, barem dijelom, i ranije. Zamisao preklapajućeg konsenzusa o temeljnim zamislima nazočnim u javnoj političkoj kulturi demokratskog društva isporučuje novi razlog za tvrdnju da je izvorni položaj, koji se sada shvaća kao sredstvo predstavljanja tih temeljnih zamisli, konstruiran na pretpostavkama oko kojih se mogu složiti svi razložni građani.

Tako je sa stajališta Rawlsova političkog liberalizma očita moguća prednost preklapajućeg konsenzusa o političkoj koncepciji pravednosti. Dalje ću razmotriti koliko je ta prednost i stvarna. Jedno je pitanje je li u modernom demokratskom društvu moguć preklapajući konsenzus o političkoj koncepciji pravednosti. Kurt Baier tvrdi da u Sjedinjenim Državama nije ostvaren konsenzus o političkoj koncepciji pravednosti jer još uvijek postoje brojne različite i protivne koncepcije pravednosti, na primjer, utilitaristička, perfekcionistačka, libertarijanska, socijalistička i sada Rawlsova pravednost kao pravičnost, od kojih neke nisu liberalne.⁴⁷ Mišljenja je, međutim, da je ostvaren konsenzus o postupcima za stvaranje i primjenu prava te o izboru osoba čije se odluke imaju smatrati autoritativnim u slučaju neslaganja. Taj se ustavni konsenzus razlikuje od *modus vivendi* jer ne ovisi o sretnim okolnostima ravnoteže moći, nego se vrednuje zbog njega samog jer održava stabilnost ravnoteže moći i promiče vrline tolerancije, poštovanja i uzajamnosti. Po tome je sličan preklapajućem konsenzusu. Ali razlikuje se od potonjeg jer njegov predmet nije politička koncepcija pravednosti nego politička koncepcija vladavine.

⁴⁶ Isto, str. 149.

⁴⁷ Vidi Kurt Baier, “Justice and the Aims of Political Philosophy”, *Ethics* 99 (4/1989), str. 771-90, osobito str. 775.

Rawls u *Političkom liberalizmu* niječe da u modernom demokratskom društvu nije moguć preklapajući konsenzus, da je "utopija".⁴⁸ Skicira način na koji se tijekom vremena ustavni konsenzus može pretvoriti u preklapajući konsenzus. Prema Rawlsu za tu su pretvorbu značajne razlike u dubini, širini i središtu između dviju vrsta konsenzusa.⁴⁹ Preklapajući je konsenzus dublji od ustavnog konsenzusa jer prodire do temeljnih zamisli političke kulture demokratskog društva (zamisli društva kao pravičnog sustava kooperacije i njegovih građana kao slobodnih i jednakih), dok potonji naprosto prihvaća određena načela političke koncepcije pravednosti kao takva, a ne kao utemeljena na određenim temeljnim zamislima o društvu i građanima. Dalje, preklapajući je konsenzus širi od ustavnog konsenzusa jer obuhvaća načela i vrijednosti političke koncepcije pravednosti i primjenjuje ih na čitavu osnovnu strukturu demokratskog društva, dok potonji obuhvaća samo načela političke demokracije. I, konačno, preklapajući je konsenzus određeniji od ustavnog konsenzusa jer je u njegovom središtu određena politička koncepcija pravednosti, dok su u središtu potonjeg različite koncepcije pravednosti koje podržavaju različiti socijalni i ekonomski interesi.

Za Rawlsa su navedene razlike između ustavnog i preklapajućeg konsenzusa značajne jer su u vezi sa silnicama koje guraju prvi prema drugom.⁵⁰ Kad je riječ o dubini, jednom kada je ostvaren ustavni konsenzus, političke skupine moraju ući u javni politički dijalog i obratiti se drugim skupinama koje ne dijele njihova obuhvatna učenja. To će ih prinuditi da izađu izvan okvira svojih obuhvatnih učenja i razviju političke koncepcije pravednosti putem kojih mogu široj javnosti objasniti i opravdati politike kojima su sklone te za njih pridobiti većinu građana. Te političke koncepcije pružaju zajedničku osnovu dijaloga kao i dublju osnovu za objašnjenje značenja i posljedica načela i ciljeva koje svaka skupina zastupa. Rawls tvrdi da bez jedne takve osnove nije moguće, između ostalog, ustavno sudovanje jer da bi ustavni sud, ili neko drugo slično tijelo, nadzirao ustavnost zakona, mora razviti političku koncepciju pravednosti u svjetlu koje tumači ustav. Kad je riječ o širini, jednom kada je ostvaren ustavni konsenzus, mora se donijeti zakonodavstvo koje će uređivati ostale ustavne bitnosti i osnovna pitanja pravednosti, kao što su jamstva slobode savjesti i slobode mišljenja općenito, a ne samo političkog govora i mišljenja, slobode udruživanja i kretanja te druge mjere potrebne da se osiguraju osnovne potrebe građana kako bi mogli sudjelovati u političkom i društvenom životu. To će političke skupine prinuditi da razviju političke koncepcije pravednosti koje obuhvaćaju te ustavne bitnosti. I kad je riječ o određenosti središta, jednom kada je ostvaren ustavni konsenzus, moguće je prevladati ili, barem, smanjiti podjelu između protivnih socijalnih i ekonomskih interesa koji podržavaju različite liberalne koncepcije pravednosti. Rawls vjeruje da to može dovesti do konsenzusa u čijem će središtu biti pravednost kao pravičnost ili, barem, razred liberalnih koncepcija pravednosti koje se u manjem ili većem stupnju razlikuju. Dopušta, međutim, da ako to nije moguće, potpuni preklapajući konsenzus ne može se ostvariti, nego mu se u najboljem slučaju moguće samo približiti.

⁴⁸ Rawls, *Political Liberalism*, str. 158.

⁴⁹ Vidi isto, str. 158-59, 164.

⁵⁰ Za te silnice, vidi isto, str. 165-68.

Rawlsov je odgovor apstraktan te se ne može sa sigurnošću kazati što konkretno misli o mogućnosti preklapajućeg konsenzusa o političkoj koncepciji pravednosti u Sjedinjenim Državama. Dalje je pitanje koliko može biti uključan takav preklapajući konsenzus. Rawlsov model preklapajućeg konsenzusa uključuje tri obuhvatna učenja od kojih je svako ustvari liberalno. Premda na prvi pogled izgleda da svako od njih može potvrditi političku koncepciju pravednosti, to još ništa ne kazuje o mogućnosti uključnijeg konsenzusa. Rawls dalje uvodi preinačeni model preklapajućeg konsenzusa koji uključuje i utilitarizam Jeremy Benthama i Henrya Sidgwicka.⁵¹ Cilj je preinačenog modela ilustrirati različite načine na koje razna razložna obuhvatna učenja mogu potvrditi pravednost kao pravičnost. Odnos bi između Kantove moralne filozofije sa njenim idealom autonomije i političke koncepcije pravednosti bio gotovo deduktivan, što znači da se iz nje mogu manje više deducirati načela pravednosti i njihovo prvenstvo te osnovna struktura društva kao njihov predmet. Za razliku od toga, odnos bi između pluralizma i političke koncepcije pravednosti bio vrsta sukladnosti u smislu da oboje pripisuju veću težinu političkim vrijednostima u slučaju sukoba s nepolitičkim vrijednostima u dobro uređenom demokratskom društvu. Konačno, odnos bi između utilitarizma i političke koncepcije pravednosti bio vrsta aproksimacije u smislu da bi prvi mogao podržati potonju zbog ograničenja ljudskog znanja o društvenim ustanovama i okolnostima, kao i ograničenja složenosti pravnih i institucionalnih pravila te potrebne jednostavnosti smjernica javnog uma.

Rawlsovo uključivanje utilitarizma upućuje na teškoću njegove zamisli preklapajućeg konsenzusa. Kao što sam kazao gore, za Rawlsa je preklapajući konsenzus ne samo konsenzus o načelima pravednosti, nego također konsenzus o temeljnim zamislama društva kao pravična sustava društvene kooperacije i građana kao slobodnih i jednakih, koje proizlaze iz javne političke kulture i iz kojih se izvode ta načela. Drugim riječima, preklapajući konsenzus zahtijeva potvrdu čitave političke koncepcije pravednosti. Međutim, to je iznimno jak zahtjev koji izgleda ne mogu zadovoljiti mnoga razložna obuhvatna učenja. Kao što ističe Samuel Scheffler, njega nikako ne može zadovoljiti utilitarizam.⁵² Utilitarist ne usvaja temeljne zamisli društva kao pravična sustava kooperacije i građana kao slobodnih i jednakih na kojima se osnivaju argumenti za načela pravednosti u izvornom položaju. Rawls kaže u *Teoriji pravednosti* da je "načelo korisnosti nespojivo s koncepcijom društvene kooperacije između jednakih na uzajamnu korist" te da je ono "protivno zamisli uzajamnosti koja je posredovana u pojmu dobro uređenog društva".⁵³ Dalje tvrdi da pravednost kao pravičnost i klasični utilitarizam polaze od različitih koncepcija društva: "U [prvoj] promišljamo društvo kao shemu kooperacije na uzajamnu korist koje je uređeno načelima što bi ih osobe izabrale u polaznoj situaciji koja je pravična, u drugom kao učinkovito upravljanje društvenim sredstvima da bi se maksimiziralo zadovoljenje

⁵¹ Vidi isto, str. 169.

⁵² Vidi Samuel Scheffler, "The Appeal of Political Liberalism", *Ethics* 105 (1/1994), str. 4-22, osobito str. 9-11. Vidi također Rex Martin, "Rawls's New Theory of Justice", *Chicago-Kent Law Review* 69 (1994), str. 737-61, osobito 757-60.

⁵³ Rawls, *A Theory of Justice*, str. 14.

sustava želje koji konstruira nepristrani motritelj iz mnogih pojedinačnih sustava želja”.⁵⁴ Stoga, ako utilitarist odbacuje same temeljne zamisli koje služe kao premise u argumentima za načela pravednosti, nejasno je kako se utilitarizam može uključiti u preklapajući konsenzus o političkoj koncepciji pravednosti.

Utilitarist bi mogao zaključiti, kao što Rawls tvrdi u *Političkom liberalizmu*, da je u uobičajenim društvenim okolnostima politička koncepcija pravednosti zadovoljavajuća, možda čak najbolja, djelatna aproksimacija zahtjevima načela korisnosti s obzirom na sva ograničenja. Ali takav zaključak nije dovoljan da utilitarizam bude uključen u preklapajući konsenzus, ako on odbacuje temeljne zamisli iz kojih su izvedena Rawlsova načela pravednosti. Dalje, točan sadržaj i značenje zaključka utilitarista manje su jasni nego što to na prvi pogled izgleda. Utilitarist bi mogao pristupiti pravednosti kao pravičnosti na dva načina. Jedan je da smatra osnovna prava i temeljne slobode podređenim vrijednostima. Ona postoje u demokratskom društvu jer je njihovo poštovanje u većini slučajeva od velike društvene koristi a njihove su povrede dopuštene samo u iznimnim okolnostima. Međutim, kao što sam kazao, jedan je od značajnih aspekata Rawlsove *Teorije pravednosti* odbacivanje tog pristupa jer on ne uzima za ozbiljno osnovna prava i temeljne slobode. Na drugoj strani, utilitarist bi mogao smatrati da će korisnost stvarno biti maksimizirana ako su osnovna prava i temeljne slobode javno potvrđena i ostvarena kao temelj osnovne strukture društva. Međutim, kao što ističe Scheffler, takav bi argument bio isto što i priznanje neadekvatnosti utilitarizma jer javno potvrđivanje znači da utilitarizam mora biti definiran kao učenje prema kojem je načelo korisnosti ispravno načelo javne koncepcije pravednosti. Stoga, izgleda da ni jedan od dva pristupa uvjerenog utilitarista ne može predstavljati odnos potvrde političke koncepcije pravednosti.

Na sličan je način problematično uključivanje razložnog obuhvatnog vjerskog učenja u preklapajući konsenzus.⁵⁵ Rawls priznaje da pretpostavlja “možda suviše optimistično”, kako “osim određenih oblika fundamentalizma, sve glavne povijesne religije sadrže ... obrazloženje [slobode vjere] i prema tome mogu se smatrati razložnim obuhvatnim učenjima”.⁵⁶ Međutim, opisujući različite načine na koje razna razložna obuhvatna učenja u preinačenom modelu preklapajućeg konsenzusa potvrđuju političku koncepciju pravednosti, Rawls ne kaže kakav bi odnos bio između razložnog obuhvatnog vjerskog učenja i političke koncepcije pravednosti. Njegov je primjer Lockeovo učenje o vjerskoj toleranciji. Ali Locke je zastupao učenje o ograničenoj vjerskoj toleranciji u odnosu na katolike i ateiste, dok Rawlsovo prvo načelo pravednosti zahtijeva jednaku slobodu vjeroispovijedi za sve građane.⁵⁷ Rawls sugerira

⁵⁴ Isto, str. 33.

⁵⁵ Dalje slijedim uz manje preinake treći dio mog izlaganja “Liberalizam i katolicizam: nudi li Rawlsov politički liberalizam mogućnost konsenzusa?” na skupu “Liberalizam i katolicizam u Hrvatskoj” održanom 5. i 6. ožujka 1999., u Dvorcu Brezovica, a u organizaciji Friedrich-Naumann-Stiftung, koje će biti objavljeno u zborniku izlaganja na skupu.

⁵⁶ Vidi Rawls, *Political Liberalism*, str. 170.

⁵⁷ Locke je također zastupao nejednaka politička prava za one koji ne posjeduju vlasništvo, dok Rawlsovo prvo načelo pravednosti zahtijeva jednaka politička prava. Za Rawlsovo ispravljanje Lockeova ugovornog učenja da bi bilo u skladu s zahtjevom jednakih političkih prava, vidi isto, str. 287-88.

u *Teoriji pravednosti*⁵⁸ kako je Locke smatrao opravdanim ograničenje slobode vjeroispovijedi zbog razloga javnog poretka, vjerovao je kako katolike i ateiste ne treba tolerirati jer se u takve osobe ne može pouzdati da će poštovati obveze građanskog društva. Nagada da bi mnogo veće povijesno iskustvo i poznavanje širih mogućnosti političkog života možda uvjerali Lockeja da je bio u krivu, ili da je njegovo stajalište ispravno samo u iznimnim okolnostima. Tvrdi da "... kada se uskrata slobode opravdava prizivom na javni poredak kako ga shvaća zdrav razum ... uvijek je moguće istaknuti da su granice neispravno određene, da iskustvo ustvari ne opravdava ograničenje".⁵⁹ Stoga bi možda smatrao da je odnos između Lockeova učenja o ograničenoj vjerskoj toleranciji i političke koncepcije pravednosti neka vrsta aproksimacije u smislu da bi prvo moglo podržati potonju zbog ograničenja ljudskog znanja.

Rawls, međutim, dalje priznaje u *Teoriji pravednosti* da ako je netolerancija osnovana na vjerskoj dogmi o spasenju duše, kao što je kod Tome Akvinskog, tad nikakva argumentacija nije moguća. Jedno učenje priznaje prvenstvo načela pravednosti koja bi bila izabrana u izvornom položaju, dok drugo ne. Pa ipak Rawls smatra da bi u izvornom položaju bila odbačena kao pogrešna vjerska dogma kako je vjera život duše i kako je ugušenje krivovjerna nužno za spasenje duša, a bio prihvaćen njegov argument za jednaku slobodu savjesti uz ograničenje javnog poretka, prema kojem je sloboda određena nužnim uvjetima same slobode.⁶⁰ Ali čak ako bi u izvornom položaju bila odbačena vjerska dogma, bi li bio prihvaćen Rawlsov argument za toleranciju? Uzmimo suvremeno katoličko učenje o pravu osobe na slobodu vjeroispovijedi kako je izraženo od Drugog vatikanskog sabora u *Dignitatis Humanae*. Prema tom je dokumentu pravo na slobodu vjeroispovijedi osnovano na dostojanstvu ljudske osobe. Ono uključuje obvezu traganja za istinom i imunitet od prinude u građanskom društvu. Stoga je katoličkom učenju protivno svako prinudno nametanje vjere. Ali njemu je također protivan Rawlsov argument prema kojem je sloboda određena samo nužnim uvjetima same slobode. Prema katoličkom učenju sloboda vjeroispovijedi poglavito je određena obvezom usmjerenja slobode prema vjerskoj istini katolicizma. Stoga uvjereni katolik ne bi prihvatio Rawlsov argument. Rawls bi mogao odgovoriti da budući da *Dignitatis* dopušta, a Sveti otac poziva na, "novi evangelizam", ne prinudni, katoličko učenje ipak može potvrditi političku koncepciju pravednosti ili, barem, njen dio, kao što je načelo tolerancije. Međutim, Rawlsov je argument protivan katoličkom učenju.

Štoviše, razložno obuhvatno vjersko učenje izgleda ne bi prihvatilo druge zamisli koje su povezane sa zamisli preklapajućeg konsenzusa. Jedna je od takvih zamisli ona javnog uma. Rawls u *Političkom liberalizmu* određuje javni um kao um slobodnih i jednakih građana koji kolektivno izvršavaju vrhovnu političku i prinudnu vlast u pitanjima ustavnih bitnosti i osnovne pravednosti.⁶¹ Javni um po definiciji ima za cilj

⁵⁸ Vidi Rawls, *A Theory of Justice*, str. 216.

⁵⁹ Isto.

⁶⁰ Vidi isto, str. 215.

⁶¹ Za tu zamisao, vidi Rawls, *Political Liberalism*, "Lecture VI.: The Idea of Public Reason", str. 212-54.

ostvariti preklapajući konsenzus i njegovo je krajnje opravdanje pretpostavka da ga može ostvariti. U potrazi za preklapajućim konsenzusom o ustavnim bitnostima javni um apstrahira od svih drugih moralnih i vjerskih pitanja. Rawls ilustrira uporabu javnog uma na pitanju pobačaja: "Pretpostavimo ... da imamo posla sa normalnim slučajem odrasle punoljetne žene. Pretpostavimo dalje da razmatramo pitanje u kategorijama tri značajne političke vrijednosti: dužnog poštovanja ljudskog života, uređene reprodukcije političkog društva tijekom vremena, uključujući neki oblik obitelji, i konačno jednakosti žena kao jednakih građana ... Vjerujem da će svako razložno vaganje tih triju vrijednosti dati ženi valjano ograničeno pravo da odluči hoće li ili ne prekinuti trudnoću tijekom prvog tromjesečja. Razlog je taj da je tijekom tog ranog razdoblja trudnoće politička vrijednost jednakosti žena najvažnija a to je pravo potrebno da bi joj pružilo sadržaj i obveznost ... svako obuhvatno učenje koje ima za posljednicu ravnotežu političkih vrijednosti koja isključuje to valjano ograničeno pravo tijekom prvog tromjesečja utoliko je nerazložno".⁶²

Međutim, premda mogu biti osobito jakim razlozi da se pitanje pobačaja, oko kojeg postoji duboko neslaganje u modernom demokratskom društvu, politički riješi tako da se apstrahira od moralnih i vjerskih pitanja,⁶³ obuhvatno vjersko učenje koje ne prihvaća takvo apstrahiranje ne mora iz tog razloga biti nerazložno.⁶⁴ Ponovno uzmimo suvremeno katoličko učenje o pobačaju kao obliku ubojstva. Ako je katoličko učenje istinito, ako ljudski život u odgovarajućem moralnom značenju doista počinje začecem te je pobačaj ravan ubojstvu, tad je apstrahiranje od moralno-vjerskog pitanja kada počinje ljudski život u manjoj mjeri razložno nego što bi bilo na osnovi suparničkih moralnih ili vjerskih učenja. Štoviše, čak i Rawls pretpostavlja određene odgovore na moralna i vjerska pitanja od kojih njegova politička koncepcija pravednosti mora po definiciji apstrahirati. Jer rasprava o pobačaju nije samo rasprava o tome kada počinje ljudski život, nego i rasprava o tome koliko je razložno apstrahirati od tog pitanja za ciljeve politike. Katolik može odbiti prijelaz iz područja morala i vjere na područje politike jer zna da će glavni dio njegova stajališta biti izgubljen u tom prijelazu. Područje će politike biti manje gostoljubivo za njegova moralna i vjerska uvjerenja nego što je to za ona zagovornika pobačaja. Za potonjega, međutim, sasvim

⁶² Isto, str. 243-44, bilj. 32. Rawls naglašava da u bilješci nije riječ o njegovu argumentu za pravo žene na pobačaj nego samo o ilustraciji tvrdnje u tekstu na koji se bilješka odnosi, a koja glasi "Jedina obuhvatna učenja koje dolaze u sukob s javnim umom jesu ona koje ne mogu poduprijeti razložnu ravnotežu [ili uređenje] političkih vrijednosti [o kojima je riječ]", vidi isto, str. lv-lvi, bilj. 31.

⁶³ Ronald Dworkin navodi da premda je u prošlosti pobačaj bio i osuđivan i branjen, "nikad nisu argumenti bili tako strastveni, tako otvoreni i jednako tako podijeljeni ... kao što su sada u Sjedinjenim Državama i Europi," (*Life's Dominion, An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Alfred A. Knopf, 1993, str. 3).

⁶⁴ Za tu tvrdnju i njeno razvijanje s obzirom na pitanje pobačaja, vidi Sandel, *Democracy's Discontent*, str. 20-1.

je mala razlika između vjerovanja da je pobačaj moralno dopustiv i slaganja oko toga da žena treba biti politički slobodna samostalno odlučivati o moralnim pitanjima. Moralna je cijena preklapajućeg konsenzusa mnogo veća ako je pobačaj neispravan nego ako je ispravan. Koliko je razložno apstrahirati od suprotstavljenih moralnih i vjerskih učenja, ovisi djelomično o tome koje je od tih stajališta plauzibilnije. Rawlsov je odgovor da su političke vrijednosti, kao što su tolerancija i ravnopravnost žena, dovoljna osnova za zaključak da žene trebaju biti slobodne odlučivati hoće li pobaciti ili ne, država se ne smije odrediti u moralnom i vjerskom sporu o tome kad počinje ljudski život. Ali ako je istinito katoličko učenje o moralnom statusu embrija, ako je pobačaj gotovo moralno jednak ubojstvu, tad nije jasno zašto bi političke vrijednosti tolerancije i ravnopravnosti trebale prevagnuti ili uopće se naći na vagi. Naravno, tvrditi da nije moguće apstrahirati od moralno-vjerskog pitanja kad počinje ljudski život, ne znači opovrgavati pravo na pobačaj. Samo znači da katoličko učenje ne mora biti nerazložno zato što ne bi prihvatilo zamisao javnog uma koji u potrazi za preklapajućim konsenzusom apstrahira od moralnog pitanja veze između ubojstva embrija i zločina ubojstva.

Čak kad bi nekako bilo moguće uključiti razna razložna obuhvatna učenja, kao što su utilitarizam i katolicizam, u preklapajući konsenzus, potonji bi morao uključivati ne samo potpuno artikulirana filozofijska, moralna i vjerska učenja nego i mnoge filozofijske, moralne i vjerske nazore koje usvajaju građani u modernom demokratskom društvu. Drugim riječima, morao bi biti konsenzus građana, a ne razložnih obuhvatnih učenja. Rawls to uzima u obzir i nastoji preokrenuti u svoju korist. On ustvari tvrdi da većina građana ne zastupa nikakva potpuno artikulirana obuhvatna filozofijska, moralna i vjerska učenja.⁶⁵ Njihovi su nazori široka tkanja vrijednosti i uvjerenja različitog stupnja općosti u kojima postoje mnoge praznine i stoga mnogi načini na koje politička koncepcija pravednosti može ugrubo biti sukladna s njima. Građani najčešće ne odlučuju, a i ne razmišljaju o tome je li riječ o odnosu dedukcije, sukladnosti ili aproksimacije između političke koncepcije pravednosti i nazora koje usvajaju. Rawls smatra da mnogi građani, a možda i većina njih, može potvrditi načela pravednosti utjelovljena u ustavu i političkoj praksi njihova društva ne uočavajući ikakvu osobitu vezu između tih načela i njihovih drugih vrijednosti. Oni možda najprije prihvaćaju ta načela zbog toga što su dobra za njih same i njihove bližnje kao i društvo u cjelini te ih potom potvrđuju na toj osnovi. Ako kasnije otkriju da su načela nesukladna s njihovim nazorima, možda će uskladiti ili izmijeniti svoje nazore, a neće odbaciti načela. Na primjer, građani će možda prilagoditi svoje vjerske nazore liberalnom političkom poretku dajući prvenstvo onim njihovim nazorima koji podržavaju toleranciju pred onima koji su joj protivni. Ako je to moguće i ako je moguća politička koncepcija pravednosti koja je osnovana na temeljnim zamislima nazočnim u javnoj političkoj kulturi liberalnog društva, tad bi takvi građani imali jake razloge potvrditi tu koncepciju. Kao što Rawls kaže: "obuhvatna učenja većine ljudi nisu potpuno obuhvatna a to daje prostor za razvoj neovisne lojalnosti političkoj koncepciji pravednosti koja pridonosi da se postigne konsenzus".⁶⁶

⁶⁵ Vidi Rawls, *Political Liberalism*, str. 160.

⁶⁶ Isto, str. 168.

Premda je taj argument donekle uvjerljiv, Rawlsovo naglašavanje mogućnosti preklapajućeg konsenzusa građana upućuje na dalju teškoću njegove zamisli preklapajućeg konsenzusa. Kao što sam kazao gore, prema Rawlsu bitna su obilježja političke koncepcije pravednosti da je predstavljena kao samostalno učenje, što znači da je neovisna o bilo kojem razložnom obuhvatnom učenju, te da je njen sadržaj izražen u temeljnim zamislima društva kao pravična sustava društvene kooperacije i građana kao slobodnih i jednakih, koje su nazočne u javnoj političkoj kulturi demokratskog društva. Drugim riječima, preklapajući konsenzus zahtijeva da građani smatraju koncepciju pravednosti političkom. Međutim, kao što to ističe Scheffler, to je opet iznimno jak zahtjev koji neće zadovoljiti mnogi građani, a izgleda i protivan Rawlsovu razlogu za naglašavanje mogućnosti preklapajućeg konsenzusa građana.⁶⁷ Njegov je razlog za naglašavanje mogućnosti potonjeg taj da građani mogu potvrdivati ista načela pravednosti, premda ih shvaćaju na različite načine ovisno o tome koje razložno obuhvatno učenje usvajaju. Tome je, međutim, protivan zahtjev da sudionici u preklapajućem konsenzusu moraju koncepciju pravednosti shvaćati kao političku. Uzmimo građanina koji usvaja Rawlsova dva načela pravednosti jer vjeruje da slijede iz njegova obuhvatnog liberalnog moralnog učenja. Građaninu nije poznato, međutim, da ta dva načela tvore samostalnu koncepciju pravednosti. Kada ih on objašnjava ili brani pred drugim građanima, predstavlja ih onako kako ih sam shvaća, izvedenim iz obuhvatnog liberalnog moralnog učenja. Premda priznaje da dva načela mogu izražavati zamisao društva kao pravična sustava društvene kooperacije, ne pomišlja da je ta zamisao nazočna u javnoj političkoj kulturi, još manje da je činjenica njene nazočnosti bitna za njenu ulogu u opravdanju. Suprotno tome, on značenje zamisli društva kao pravična sustava društvene kooperacije izvodi iz "ideala autonomije", koji je vrhovni ideal u njegovu obuhvatnom liberalnom moralnom učenju. Ipak je građanin uvjereni i odani zagovornik dva načela pravednosti te kao takav i zagovornik prava drugih građana da potvrđuju i brane svoja drugačija obuhvatna učenja. Ako takav građanin ne zadovoljava uvjet da bude sudionik preklapajućeg konsenzusa zbog toga što ne shvaća dva načela pravednosti kao političku koncepciju pravednosti, tad je zacijelo vrlo mala mogućnost ikakvog, a napose širokog, preklapajućeg konsenzusa. Štoviše, njegovo isključenje iz preklapajućeg konsenzusa bilo bi protivno prvotnoj motivaciji uvođenja zamisli takvog konsenzusa.

Habermas u raspravi s Rawlsom,⁶⁸ u kojoj izražava načelnu suglasnost s njegovim stajalištem političkog liberalizma, ističe, između ostalog, dalju teškoću njegove zamisli preklapajućeg konsenzusa. On postavlja dva međusobno povezana pitanja: prvo, kakva je uloga preklapajućeg konsenzusa o kojem ovisi pravednost kao pravičnost?; i drugo, koje je značenje pridjeva "razložan" u opisu potonje kao osnove razložnog

⁶⁷ Vidi Scheffler, "The Appeal of Political Liberalism", str.13-4.

⁶⁸ Vidi Jürgen Habermas, "Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's *Political Liberalism*", *The Journal of Philosophy* XCII (3/1995), str. 109-31, John Rawls, "Reply to Habermas", str. 132-80, (sada i u Rawls, *Political Liberalism*, "Lecture IX.: Reply to Habermas", str. 372-434). Za iscrpan prikaz rasprave, vidi moj članak "Rasprava Habermas-Rawls", *Politička misao* 33 (1/1996), str. 207-46.

političkog sporazuma? Kad je riječ o prvom pitanju, Habermas polazi od toga da budući da Rawls u *Političkom liberalizmu* u prvi plan stavlja problem društvene stabilnosti, preklapajući konsenzus ima instrumentalnu ulogu, tj. izražava funkcionalni prinos što ga pravednost kao pravičnost može dati mirnoj institucionalizaciji društvene kooperacije. Pri tom se, međutim, već mora pretpostaviti intrinzična vrijednost njene opravdanosti. S tog bi funkcionalističkog motrišta pitanje može li pravednost kao pravičnost biti predmet političkog sporazuma izgubilo epistemičko značenje koje je za nju bitno. Tad bi preklapajući konsenzus bio puki indeks korisnosti, a ne više potvrda njene ispravnosti. On ne bi više bio od interesa s motrišta prihvatljivosti te time valjanosti, nego samo s motrišta prihvaćanja, tj. ostvarenja društvene stabilnosti. Habermas smatra da Rawls ipak ne želi na taj način povući razliku između pitanja opravdanja i pitanja stabilnosti, nego je izgleda njegova nakana, kada pravednost kao pravičnost naziva političkom koncepcijom, ukinuti razliku između njene opravdane prihvatljivosti i njenog stvarnog prihvaćanja. Mišljenja je, međutim, da bi Rawls morao jasnije razlikovati prihvatljivost i prihvaćanje. Instrumentalno shvaćanje pravednosti kao pravičnosti već ukida činjenica da građani najprije moraju biti osvjedočeni u predloženu koncepciju pravednosti da bi potom došlo do preklapajućeg konsenzusa. Koncepcija pravednosti ne smije biti politička u pogrešnom značenju i ne smije voditi samo prema *modus vivendi*. Međutim, ako se odbaci funkcionalističko tumačenje, tvrdi Habermas, mora se dopustiti nekakva epistemička relacija između valjanosti pravednosti kao pravičnosti i mogućnosti njene neutralnosti glede protivnih obuhvatnih učenja koja se potvrđuju u javnim diskurzima. Tad bi preklapajući konsenzus imao kognitivnu ulogu. Njegov bi stabilizirajući učinak bio objašnjen u kategorijama potvrde pretpostavke da je pravednost kao pravičnost neutralna glede obuhvatnih učenja.

Habermas je mišljenja kako bi Rawls mogao prihvatiti tu posljedicu, kad bi želio, ali to ne želi jer postavlja opisu političke koncepcije pravednosti uvjet da ne smije biti opterećena epistemičkim zahtjevom. S tim je u vezi pitanje o značenju pridjeva "razložan" u opisu pravednosti kao pravičnosti kao osnove razložnog političkog sporazuma. Budući da prema Rawlsu obuhvatna učenja mogu biti istinita ili neistinita, pravednost kao pravičnost može biti istinita samo ako je izvediva iz istinita učenja, a ne tek sukladna s njim. Međutim, s neutralnog motrišta političke filozofije ne može se odrediti je li i kada je to slučaj. S tog motrišta tvrdnje obuhvatnih učenja o vlastitoj istinitosti imaju jednaku težinu. Razložna su obuhvatna učenja ona koja se međusobno natječu u refleksivnom mišljenju, tj. polaze od pretpostavke da se vlastita istinitost može nametnuti u javnom diskurzu samo snagom jačih razloga. Razložna se obuhvatna učenja u konačnici ističu po tome što priznaju terete dokazivanja, što omogućuje skupinama s protivnim obuhvatnim učenjima da prihvate "razložno nesuglasje" kao osnovu svog mirnog suživota. Budući da sporovi o filozofijskim, moralnim i vjerskim istinama bivaju nerazriješeni pod uvjetom permanentnog pluralizma, jedino se razložnost te vrste refleksivnog mišljenja može prenijeti kao pridjev valjanosti na pravednost kao pravičnost. Temeljem tog prijenosa pravednost kao pravičnost zadržava posrednu vezu s istinitošću koja se projicira u budućnost, ali se ne može znati je li razložno obuhvatno učenje iz kojeg je izvediva također istinito. Pravednost kao pravičnost razložna je u smislu da može biti tolerantna

prema obuhvatnim učenjima koja nisu nerazložna. Ono što ostaje jest čin vjere u um, ili Rawlsovim riječima: “razložne vjere u mogućnost pravednoga ustavnog režima”.⁶⁹ Premda to stajalište može biti u skladu s našim boljim intuicijama, Habermas smatra da se ne može uskladiti poglavito s Rawlsovim razlozima za prihvaćanje prvenstva ispravnog pred dobrom. Njegov je zaključak da Rawls želi kupiti neutralnost pravednosti kao pravičnosti po cijenu odricanja od njene kognitivne valjanosti.⁷⁰

Gore izložene teškoće Rawlsove zamisli preklapajućeg konsenzusa upućuju na dva problema njegove koncepcije pravednosti. Jedan je problem njenog kognitivnog opravdanja. Predstavljajući pravednost kao pravičnost kao političku koncepciju Rawls je odustao od pothvata da pruži takvo opravdanje. Ali tad je pitanje zbog kojih bi razloga, osim čisto pragmatikih, prihvatili pravednost kao pravičnost. Drugi je problem da nije sigurno da pravednost kao pravičnost može ostvariti preklapajući konsenzus. Konačno, premda nas *Politički liberalizam* ne približava rješenju tih problema što ih je njen autor postavio još prije četvrt stoljeća, riječ je o značajnoj knjizi iz suvremene političke filozofije. Morao bi je pročitati svatko tko ima interes za tu granu filozofije, kao i svatko tko vjeruje u mogućnost liberalno-demokratskog društva.⁷¹

Summary

“POLITICAL LIBERALISM” OF JOHN RAWLS

The article deals with the “Political liberalism” of John Rawls. In the first part, the author begins with his “Theory of justice” introducing the problem of social stability which Rawls has identified and solved in “Political liberalism”. The second part is focused on the given solution incorporated in the idea of overlapping consensus on political concept of justice. The third part explains difficulties of this idea. The author concludes that there are two problems with Rawls’s idea of “justice as fairness”. First, there is a problem of its cognitive justification. Second, it is not sure that it can create an overlapping consensus.

Key words: *political philosophy, philosophy of law, justice, John Rawls.*

⁶⁹ Rawls, *Political Liberalism*, str. 172.

⁷⁰ Vidi Habermas, “Reconciliation through the Public Use of Reason”, str. 110. Za Rawlsovo ustrajavanje na vlastitom stajalištu, vidi *Political Liberalism*, str. 394-95.

⁷¹ Radosna je vijest da je u pripremi hrvatski prijevod knjige.

Zusammenfassung

RAWLS' POLITISCHER LIBERALISMUS

Gegenstand des Aufsatzes ist Rawls' *Politischer Liberalismus*. Im ersten Teil geht der Autor von Rawls' *Theorie der Gerechtigkeit* aus, um danach das Problem der gesellschaftlichen Stabilität einzuführen, das Rawls im *Politischen Liberalismus* aufwirft und löst. Im zweiten Teil konzentriert sich der Autor auf Rawls' Lösung dieses Problems durch seine Idee des übergreifenden Konsensus' bei der politischen Konzeption der Gerechtigkeit. Im dritten Teil werden die Probleme dieser Idee dargelegt. Er folgert, dass sie auf zwei Probleme bezüglich Rawls' Gerechtigkeit als Rechtllichkeit hinweisen. Ein Problem ist deren kognitive Rechtfertigung, das andere Problem ist, dass nicht sicher ist, dass sie den übergreifenden Konsensus realisieren kann.

Schlüsselwörter: politische Philosophie, Rechtsphilosophie, Gerechtigkeit, John Rawls.

Sommario

“LIBERALISMO POLITICO” DI JOHN RAWLS

L'articolo tratta del “Liberalismo politico” di John Rawls. Nella prima parte l'Autore inizia con la sua “Teoria della giustizia” introducendo il problema della stabilità sociale che Rawls ha identificato e risolto nel “Liberalismo politico”. Nella seconda parte l'Autore disquisisce sulla soluzione di Rawls a tale problema che interpreta la sua idea di consenso sovrapposto nel concetto politico di giustizia. Nella terza parte l'Autore spiega le difficoltà di tale idea. L'Autore conclude che ci sono due problemi relativi all'idea di Rawls della giustizia come equità. Il primo è il problema della sua giustificazione cognitiva. Il secondo è il problema dell'incertezza che essa possa creare un consenso sovrapposto.

Parole chiave: filosofia della politica, filosofia del diritto, giustizia, John Rawls.

ĆUDOREDNO-DEONTOLOŠKA I PRAVNA NAČELA U MEDICINSKOJ INFORMATICI

Dr. sc. Vjekoslav Miličić, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 342.721
614.253
681.324
Ur.: 18. ožujka 1999.
Pr.: 25. svibnja 1999.
Prethodno priopćenje

Rad raspravlja jedno od središnjih i ovodobnih prijepora bioetike - vrijednosno-ćudoredno-deontološke te pravne prijepore medicinske informatike, telemedicine.

Autorov je stav da stanje i mogućnosti ovodobne računalne tehnologije i telekomunikacijske tehnologije, svake zasebno i posebice povezane, inače a navlastito primijenjene u medicini, trebale bi, na razini svijesti, načela i na razini prakse, neporecivo uključiti trajnu, postojanu i nezaobilaznu skrb o mogućim ugroženim, zanijekanim vrijednostima - pojedinca, skupina, društvene zajednice, pacijenta, liječnika. U protivnom su moguće dalekosežne, složene, opsežne a nedopustivo neprimjerene posljedice.

Slijedom prethodnoga autor upućuje na moguća osnovna mjerila u medicinskoj informatici, telemedicini, potom na zalihna (redundantna) ćudoredno-deontološka te pravna načela - zaštićene vrijednosti, i propituje njihovu opstojnost u znanstvenoj literaturi, uz piščeve prosudbe.

Zaključna je tvrdnja i poruka rada da je, ćudoredno-deontološki, stanje u medicinskoj informatici u nas krajnje neprimjereno, a zbog nepostojanja, ni danas, zakona koji bi, prema izričitim odredbama čl. 37. URH iz 1990., trebao urediti zaštitu podataka i nadzor nad informatičkim sustavima u nas, i nedopustivo neprimjereno - neustavno stanje informatičkih sustava inače u nas, te otuda i u medicini.

Ključne riječi: *etika, ćudoređe, deontologija, načela, medicinska informatika, telemedicina.*

Sadržaj

1. Osnovna načela
 2. Vrijednosti koje bi trebale biti zaštićene - ćudoredno-deontološka te pravna načela zaštite
 3. Ćudoredno-deontološka te pravna načela medicinske informatike u literaturi
 4. Završna prosudba
- Literatura

1. Osnovna načela

Tzv. tehnizirana medicina, tvorba, korištenje i pohrana obavijesti u medicini dio su ovodobnih, ključnih i graničnih vrijednosno-ćudoredno-deontoloških, dakako i pravnih prijevora *bioetike*.¹

Uspostavljanje i korištenje računalne tehnologije ili/i telekomunikacijske tehnologije pa otuda uspostavljanje pa ozbiljenje djelomičnih, cjelovitih, posebnih sustava obavijesti i protoka/razmjena obavijesti o praktično neograničenim mogućnostima zbiljskih osadržnja (unutar ili/i između različitih sustava), inače, i u medicini (otuda i nazivi "medicinska informatika", "telemedicina", "telematika" i drugo), trebalo bi uključivati, najprije na razini svijesti, pa na razini načela i na razini prakse, kao *condicio sine qua non*, dakle kao neporecivo, bitan ćudoredno-deontološki i pravni uvjet: trajnu, postojanu i nezaobilaznu skrb o mogućim ugroženim vrijednostima - pojedinca, skupina, društvene zajednice, pacijenta, liječnika.

Drugim riječima, u medicinskoj informatici, telemedicini, telematici itd. ćudoredno-deontološki, dakako i pravno, trebalo bi biti nezamislivo i nedopustivo kolokvijalno raspravljanje, a navlastito ozbiljno teorijsko promišljanje, i, još više i još prije, postupanje u medicinskoj praksi koje ne pretpostavlja u svijesti i u praksi u cijelosti prepoznat pa uspostavljen - uređen pa ozbiljen vrijednosni sklop, činitelje njegova ugrožavanja te načela njegove zaštite, skrbi.

Pri tome upućujem na najosnovnija, bitna i uopćena mjerila poput:

- Vrste obavijesti u medicini, informacijski sustavi u zdravstvu;
- Vrste obavijesnih kanala, ovodobne mogućnosti komunikacijskih prijenosa;
- Tvorcima, izvori obavijesti, prijenos obavijesti, korisnici obavijesti, pohrana obavijesti unutar i izvan sustava;
- Prijepori tzv. ekspertnih sustava inače, navlastito u medicini;
- Prijeka potreba korištenja, ali i osobitosti prijepora medicinske informatike u jedinicama intenzivne skrbi;
- Mogući tehnološki incidenti - do raspada sustava, umor poslužitelja i umor materijala, provale sustava, pogreške (višestruko, višeslojno) nenamjerne namjerne, te zloupotrebe unutar i izvan pojedinih sustava, poglavito moguće zloupotrebe od tijela vlasti, itd.
- Mogućnosti da se u tzv. informatičkom optimizmu zamjetno zapostavi ili/i izgubi pacijent;
- Nadzor, odgovornost - ćudoredno-deontološka, pravna, posljedice, i prisile.

¹ Usp. o bioetici, o bitnim ćudorednim, deontološkim, pravnim prijevora: Reich, W.T., Introduction, u Encyclopedia of Bioethics, T. I., The Free Press, New York, 1978.; D'Agostino, F., Deontologia ed etica, la prassi ed i valori, Rivista internazionale di filosofia del diritto - RIFD, br.1/1996, str.60-71.; Marcos del Cano, A.M., La biojuridica en Espana, RIFD, 1994., str. 124-159.; Cayla, O., Ouverture: bioethique ou biodroit?, Droit, br.13/1991., str.3-19, Weinberger, O., Moral zwischen Autonomie und Heteronomie, u Offentliche oder private Moral, D-H, Berlin, 1992., str. 243-259; Visković, N., Bioetika i biomedicinsko pravo, Zbornik radova PFS, br. 39-40/1995., str. 67-83.; Miličić, V., Deontologija profesije liječnik, život ćovjeka i integritet liječnika - ćudoredna raskrižja bioetike, ST- PFZ, Zagreb, 1996: 33 i drugo.

2. Vrijednosti koje bi trebale biti zaštićene - čudoredno-deontološka te pravna načela zaštite

2.1. Slijedom općih standarda zaštite

"Nitko ne smije biti izvrgnut samovoljnom miješanju u njegov privatni život, obitelj, dom ... niti napadajima na njegovu čast i ugled. Svatko ima pravo na zaštitu zakona proti ovakvom miješanju i napadu."² "Svatko ima pravo na poštivanje svoga privatnog i obiteljskog života ..."³

2.2. Slijedom posebnih standarda zaštite u medicini

"Poštivat ću tajnu onoga tko mi se povjeri."⁴

"Liječnik treba u tajnosti čuvati sve što zna o pacijentu, čak i nakon njegove smrti."⁵

"Article 10. (private life and right to information) 1. Everyone has the right to respect for private life in relation to information about his or her health."⁶

Navlastito *Evropska deklaracija o unapređenju prava pacijenata* - EDUPP:

"1.4. Svatko ima pravo na poštivanje svoje privatnosti te podtočke,

4. Povjerljivost i privatnost

4.1. Sve obavijesti o pacijentovu zdravstvenom stanju, uvjetima liječenja, dijagnozama, prognozi i liječenju, te sve ostale osobne informacije moraju ostati povjerljive čak i poslije smrti pacijenta.

4.2. Povjerljive informacije mogu se obznaniti samo uz izričit pristanak pacijenta, ili ako je to izričito u skladu sa zakonom. Pristanak se može pretpostaviti kada se informacije otkrivaju drugim zdravstvenim djelatnicima uključenim u pacijentovo liječenje.

4.3. Svi podaci koji se odnose na pacijenta moraju biti zaštićeni. Zaštita podataka mora biti primjerena načinu njihova pohranjivanja. Svi uzorci, na osnovi kojih se može doći do podataka za identifikaciju, također moraju biti zaštićeni.

4.4. Pacijenti imaju pravo pristupa svojoj medicinskoj dokumentaciji, tehničkim zapisima i svim drugim podacima i zapisima koji se odnose na njegovu dijagnozu, liječenje i njegu, te imaju pravo na primjerak svog dosjea i zapisa ili njihovih dijelova. Pristup podacima ne odnosi se na podatke o trećim osobama.

4.5. Pacijenti imaju pravo tražiti ispravak, dovršenje, poništenje, pojašnjenje i ažuriranje osobnih i medicinskih podataka koji se odnose na njih, a nisu točni, dovršeni, jasni i ažurni ili nisu bitni za dijagnozu, liječenje i skrb.

4.6. Ne smije se uplitati u pacijentov privatni ili obiteljski život, osim i samo ako se to, uz pacijentov pristanak, može opravdati nužnošću za pacijentovu dijagnozu, liječenje i skrb.

² Čl. 12. Opće deklaracije o pravima čovjeka - ODPČ, 1948.

³ Čl. 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda - EKZLJPTS, 1950.

⁴ Ženevska formulacija Hipokratove prisege, 1948.

⁵ Međunarodni kodeks liječničke etike, 1949.

⁶ Convention on Human Rights and Biomedicine - CHRB, 1996.

4.7. Medicinski zahvati mogu se obavljati samo uz dužno poštovanje pacijentove privatnosti. To znači da se takav zahvat može obaviti u prisutnosti samo onih osoba koje su nužne za obavljanje zahvata, osim ako pacijent pristane ili zatraži drugačije.

4.8. Pacijent primljen u zdravstvenu ustanovu ima pravo očekivati smještaj koji osigurava privatnost, osobito dok mu zdravstveni djelatnici pružaju usluge osobne njege ili obavljaju ispitivanja i liječenje.⁷

"Svjetsko liječničko udruženje (SLU) primilo je k znanju veliki napredak i prednost što ih donosi uporaba računala i elektronička obrada podataka u zdravstvu, napose u skrbi za bolesnika i epidemiologiji, te zato preporučuje sljedeće:

1. Nacionalna liječnička udruženja trebaju poduzeti sve mjere da se osigura tajnost, sigurnost i povjerljivost podataka o njihovim bolesnicima.

2. Davanje na uvid ili prenošenje povjerljivih medicinskih podataka radi znanstvenih istraživanja, pregleda računa, ocjenjivanja programa ili sličnih proučavanja ne smatraju se kršenjem povjerljivosti, ali je potrebno da ni tada ne dođe do izravnog ili neizravnog prepoznavanja pojedinog bolesnika u znanstvenim ili finacijskim izvješćima ili ocjenama, te da se identitet pacijenta ni na koji drugi način ne otkrije.

3. Nacionalna medicinska udruženja trebaju se suprotstaviti svakom pokušaju ozakonjenja elektroničke obrade podataka koja bi mogla štetiti ili ugroziti pravo bolesnika na tajnost, sigurnost i povjerljivost. Prije nego što se podaci o socijalnom osiguranju i ostali osobni podaci unesu u računalo, mora se osigurati učinkovita zaštita protiv njihove neovlaštene uporabe i obznanjivanja.

4. Baze medicinskih podataka ne smiju biti povezane s drugim središnjim bazama podataka."⁸

"13. Sve što je liječnik obavljajući svoju dužnost saznao smatra se liječničkom tajnom. Liječnik ju je dužan čuvati i pred bolesnikovim bližnjima, ako to bolesnik želi, osim u slučaju kad bi čuvanjem liječničke tajne ugrozio život i zdravlje drugih ljudi"⁹

"Čl. 21. (1) Liječnik čini povredu, ako ne čuva liječničku tajnu. (2) Liječnik čini povredu, ako ne čuva liječničku tajnu i pred bolesnikovim bližnjim, ako to bolesnik želi, a i nakon njegove smrti, osim u slučaju kad bi čuvanjem liječničke tajne ugrozio život i zdravlje drugih ljudi."¹⁰

Dragocjeno Ćudoredno-deontološko te pravno načelo tzv. profesionalne tajne moguće je zamišljati - teorijski prisposoditi:

- mjerilom osobe/osoba izravno/neizravno koja/koje bi trebale biti zaštićene profesionalnom tajnom;
- mjerilom vrsta i opsega sadržaja profesionalne tajne;

⁷ Evropska deklaracija o unapređenju prava pacijenata, 1994.

⁸ Rezolucija SLU o uporabi računala u medicini, 1973/1983., navedeno prema Švajger, A., Zurak, N., Medicinska etika - Priručno štivo, MFSZ, Zagreb, 1995: 120.

⁹ Kodeks medicinske etike i deontologije, HLKa i HLZa, 1996.

¹⁰ Ove su odredbe bez mašte, konfuzne i neprecizne - Pravilnik o pravima i odgovornosti članova Hrvatske liječničke komore-HLKa, 1996.

- mjerilom osobe/osoba izravno/neizravno koju/koje bi trebala obvezivati profesionalna tajna;
- mjerilom trajanja/trajnosti obveze čuvanja profesionalne tajne;
- mjerilom uključenja/isključenja osobe/osoba u profesionalnu tajnu samom njenom prirodom stvari;
- mjerilom izuzetnog (tisućljetno načelo Paulusa "*Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*"!) opravdanja/eskulpacije (dakle isključenja ćudoredne pa pravne odgovornosti obveznika tajne) za otkrivanje dijela/cjeline profesionalne tajne, ali, otuda i neporecivoga prijepora između načela profesionalne tajne i vrhunskih ćudoredno-deontoloških načela povjerenja i snošljivosti u profesiji liječnik,¹¹ otuda i paradoks profesionalne tajne u mogućoj obvezi otkrivanja/prokazivanja dijela/cjeline profesionalne tajne.

2.3. Slijedom standarda zaštite obvezujućih propisnika Republike Hrvatske

"Svakom se građaninu jamči štovanje i pravna zaštita njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti. (čl. 35.)

Svakome se jamči sigurnost i tajnost osobnih podataka. Bez privole ispitanika, osobni podaci se mogu prikupljati, obrađivati i koristiti samo uz uvjete određene zakonom.

Zakonom se uređuje zaštita podataka te nadzor nad djelovanjem informatičkih sustava u Republici.

Zabranjena je uporaba osobnih podataka suprotno utvrđenoj svrsi njihovog prikupljanja" (čl. 37.).¹²

Nadasve bitan i prijeko potreban zakon o kojem govori čl. 37. URH od 1990. do danas (svibanj 2000.!) još nije učinjen - *ne postoji*, dočim već dosta vremena postoje, uspostavljeni su i ozbiljuju se informatički sustavi Ministarstva unutrašnjih poslova, Ministarstva obrane, Ministarstva financija, Ministarstva znanosti i tehnologije, Ministarstva rada i socijalne skrbi, Ministarstva zdravstva, itd., dakle, *neprijeporno izvan i suprotno čl. 37 URH - neustavno!*?¹³

"U ostvarivanju zdravstvene zaštite svaki građanin ima pravo na:

6. točno obavješćivanje i poduku o svim pitanjima koja se tiču njegova zdravlja,

8. odbijanje da bude predmet znanstvenog istraživanja bez svoje suglasnosti, ili bilo kojeg drugog pregleda ili medicinskog tretmana, koji ne služi njegovom liječenju,

9. povjerljivost svih podataka koji se odnose na stanje njegovog zdravlja, ..." (čl. 25/1. t. 6.,8.,9. ZZZ).

¹¹ Usp. Mappers, T.A., De Grazia, D., Biomedical Ethics, McGraw-Hill Inc., New York, 1996: 162 i drugo, Miličić, V., Život ćovjeka i integritet lijećnika, u zborniku "Dani primarne zdravstvene zaštite Labin 1997", DZL-MFR-HAMZ-ŠNZAS-HUOM, 1997: 36,37.

¹² Ustav Republike Hrvatske - URH (čl. 35, 37!), NN br. 56/1990 i br. 135/1997.

¹³ Vidjeti Miličić, V., Opća teorija prava i države, Sv. II., ST-PFZ, 1997: 207 - Kibernetika, informatika i sustav prava, tzv. ekspertni sustavi prava, isti autor - Kibernetika (informatika) u pravu, Z-SANU, sv. II., 1982., str. 429-439.

Neznantni (pravni) načini zaštite netom navedenih ovlaštenja građana dati su u čl. 26., čl. 169/1. t. 1. ZZZ.

Ovdje, no i inače, osobit smisao ima (već istaknuto) čudoredno-deontološko i pravno načelo tzv. profesionalne tajne.

"Zdravstveni djelatnici dužni su čuvati kao profesionalnu tajnu sve što znaju o zdravstvenom stanju pacijenta.

Na čuvanje profesionalne tajne obvezni su i drugi djelatnici u zdravstvu koji za nju saznaju u obavljanju svojih dužnosti, te studenti i đaci fakulteta, viših i srednjih škola zdravstvenog usmjerenja.

Povreda čuvanja profesionalne tajne je teža povreda radne obveze" (čl. 30. ZZZ).¹⁴

Međutim poluozbiljna pravna zaštita profesionalne tajne dana je u čl. 132. KZ i čl. 17. ZZODS.

"Profesionalna tajna je podatak o osobnom ili obiteljskom životu stranaka koji saznaju odvjetnici, branitelji, javni bilježnici, doktori medicine, doktori stomatologije, primalje ili drugi zdravstveni djelatnici, psiholozi, djelatnici skrbništva, vjerski ispovjednici i druge osobe u obavljanju svoga zvanja (čl. 89/16. KZ).

Neovlašteno otkrivanje profesionalne tajne -

(1) Odvjetnik, branitelj, javni bilježnik, doktor medicine, doktor stomatologije, primalja ili drugi zdravstveni djelatnik, psiholog, djelatnik skrbništva, vjerski ispovjednik ili druga osoba koja neovlašteno otkrije tajnu koju je saznala u obavljanju svoga zvanja, kaznit će se novčanom kaznom do stopedeset dnevnih dohodaka ili kaznom zatvora do šest mjeseci.

(2) Nema kaznenog djela iz stavka 1. ovoga članka ako je otkrivanje tajne počinjeno u općem interesu ili interesu druge osobe koji je pretežniji od interesa čuvanja tajne. ..." (čl.132. KZ).¹⁵

Rekoh prije poluozbiljna zaštita, jer su daljnja oposebljenja profesionalne tajne u čl. 17. ZZODS (inače bitnoga pravnoga propisnika, koji je skoro u cjelini i u detaljima krajnje prijeporan, jer pokušava, na nedopustiv način i s nedopustivim posljedicama, urediti stanja jedne od tri u populaciji najugroženije skupine - osobe s duševnim smetnjama!), poglavito u st. 5. čl. 17. višestruko prijeporne, neprimjerene pa otuda i nedopustive zloupotrebe oblika prava!¹⁶

U prethodnome okružju (skrbi o zaštiti privatnosti, itd. i medicinskoj informatici) mjerodavne su nam i krajnje sumarne odredbe ZZO: "U svrhu osiguranja podataka potrebnih za provođenje zdravstvene zaštite te nadzora nad ostvarivanjem zdravstvene zaštite, korištenjem bolovanja, odnosno ostalih prava iz obveznog zdravstvenog osiguranja, u Zavodu se vode evidencije.

¹⁴ Zakon o zdravstvenoj zaštiti - ZZZ, NN br. 75/1993. i br. 55/1996.

¹⁵ Kazneni zakon - KZ, NN br. 110/1997.

¹⁶ Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama - ZZODS, NN br.111/1997. Vidjeti o tome više Miličić, V., Čudorede i deontologija u psihološkoj medicini, u knjizi "Psihološka medicina", 1999., (str.439-456), urednik prof. dr. sc. E. Klain.

Provedbene propise o načinu i mjestu vođenja, obliku, sadržaju i rokovima evidencija te obveznicima vođenja evidencija, donijet će Zavod" (čl. 76.).¹⁷

Trebalo bi biti neupitno da svi bitni navedeni prijepori neopstojnosti - poglavito nepostojanje zakona koji bi prijeko potrebito uredio zaštitu podataka i nadzor nad informatičkim sustavima u nas, ili/i spomenute nepotpunosti, ili/i neodređenosti/ neodredivosti pravnih odredaba i pravnih izraza, izrijeком niječu bitno tisućljetno načelo u predanju prava - načelo pravne sigurnosti ali i načelo snošljivosti putem poretka prava, izrijeком niječu glavno dogmatsko-pravno načelo - načelo ustavnosti, izrijeком niječu uvriježene postavke načela tzv. pravne države i načela tzv. vladavine prava ("usput" - jedna od osnovnih vrednota sustava prava Republike Hrvatske, predviđena čl. 3. URH!).¹⁸

Dijelom unutar i dijelom izvan obvezujućih propisnika su i "dogmatska utvrđenja", no krajnje skromna i praktično zanemariva, u odnosu ćudoredno-deontološka te pravna načela u medicinskoj informatici, u PSUZD.¹⁹ Ukratko riječ je o specijalizaciji iz javnoga zdravstva i unutar nje navod o: "1.11. Zdravstvena informatika - postojeći informatički sustavi u našem zdravstvu, izobrazba za rad na računalu ...", te specijalizaciji iz epidemiologije i unutar nje samo navod: "informatika."

Kao na osobitu, iako jednako neshvatljivu, zanimljivost upućujem da u Statutu HDMI nema ni nehotice spomena o ćudoredno-deontološkim te pravnim načelima u medicinskoj informatici, telemedicini, itd.²⁰

3. *Ćudoredno-deontološka te pravna načela medicinske informatike u literaturi*

O mogućim osobitostima ćudoredno-deontoloških načela u medicinskoj informatici u literaturi (Database: Medline) raspolazem sa zanemarivo malo naslova, a navlastito izravno mjerodavne reference! Dakle u (izabranome) vremenu od 1992. do siječnja 1998. ukupno četiri naslova - članka?!²¹

¹⁷ Zakon o zdravstvenom osiguranju - ZZO, NN br. 75/1993.

¹⁸ Usp. Miličić, V., *Opća teorija prava i države*, Sv. I., ST-PFZ, Zagreb, 1996: 70,73, Sv. II., ST-PFZ, Zagreb, 1997: 99 i drugo, Sv. III., ST-PFZ, Zagreb, 1998: 52,57 i drugo. Vidjeti zamjetno obavijesnu, preglednu, (jedinu), no prijepornu (inače) ćudoredno-deontološki, i osobito u smislu pravnoga stanja u Republici Hrvatskoj, disertaciju, Brezak, M., *Ozbiljenje ustavnog prava na osobnost pravnom zaštitom podataka (usporedno pravni i informacijski pristup)*, PFZ, Zagreb, 1997: 13,21,22,108,129,178,213,214,220.

¹⁹ Pravilnik o specijalističkom usavršavanju zdravstvenih djelatnika, NN br. 33/1994.

²⁰ Statut Hrvatskog društva za medicinsku informatku S-HDMI, 1997.; nasuprot tome obećavajuće je, iako smatram da nema i zbiljskoga pokrića za to, što je na novome poslijediplomskome znanstvenom studiju (voditeljica prof. dr. sc. Josipa Kern) *Medicinske informatike ("Andrija Štampar")* predviđen - uključen kolegij "*Etičko-pravni i bihevioralni aspekti medicinske informatike*"?!, (moguće su bile neke naznake i na pojedinim skupovima HDMI od 1994.).

²¹ Hasman, A., Albert, A., *Education and training in health informatics: guidelines for European curricula*, *International Journal of Medical Informatics*. 45(1-2):91-110.1997 Jun.; Schwarz, R., *Cancer education-the opportunities for the future*, *Journal of Cancer Education*. 12(1):28-31, 1997 Spring.; Kluge, EH., *Patients, patient records, and ethical principles*, *Medinfo*. 8 Pt 2:1596-600, 1995.; Gremy, F., Degoulet, P., *Assessment of health information technology: which questions for which systems? Proposal for a taxonomy*, *Medical Informatics*. 18(3):185-93, 1993 Jul-Sep.

Što se tiče monografske literature (i inače napisa) u nas imamo udžbenik prof. dr. Đure Deželića (i suautorice prof. dr. Josipe Kern) - *Medicinska informatika*,²² u kojemu nažalost nema skoro doslovno ni slova ne o bitnim, nezaobilaznim, neporecivim, nedopustivo nepostojećim ćudoredno-deontološkim načelima u medicinskoj informatici, ili/i o potrebitim pravnim načelima, već ni o tzv. tehničkim vidovima zaštite, skrbi u medicinskoj informatici, telemedicini!?

Naime, u cijeloj knjizi - udžbeniku (pretpostavljam za prije i poslijediplomski studij na Medicinske fakultetu u Zagrebu?!), na str. 129 imamo riječi "nadzor nad povjerljivosti u odnosu na bolesnika i liječnike" (prof. Đ. Deželić), te na str. 133 "Neke su odluke vezane uz organizaciju, etiku, prognozu ..." (prof. J. Kern)!? A o navedenima bi načelima, krajnje primjereno, trebalo biti riječi, *exempli causa*, na str. 6 i dalje, 7 i dalje, 26 i dalje, 101 i dalje, 117 i dalje, 126 i dalje, i drugo. Potpuno neshvatljivo, tim više jer je riječ o nastavi od 1970., kao i o višekratnim izdanjima knjige.

Jednako neprimjereno je stanje u udžbeniku - knjizi *Uvod u medicinu*²³ u dijelu "Medicinske informacije" (prof. S. Vuletić i prof. J. Kern), u udžbeniku *Medicinska etika - Priručno štivo*²⁴ u dijelu "Informacija u medicini" (mr. G. Pavleković), kao i u napisima prof. S. Vuletić i prof. J. Kern "Medicina početkom XXI. stoljeća: informacijski tokovi" (- "... razvoj adekvatnih metoda zaštite medicinskih podataka ..."), prof. Đ. Deželić "Mogućnosti i perspektive medicinske informatike u medicini XXI. stoljeća."²⁵

Izuzetak je u odnosu na prethodno, dakle sa sviješću, s uspostavljanjem i poštivanjem/promicanjem prijeko potrebitih, neporecivih ćudoredno-deontoloških načela u medicinskoj informatici, napis "Izazov telemedicine" - prof. Ž. Danilovića!²⁶

4. Završna prosudba

Uz ograde o nedostatnosti obavijesti, o meni (samo) dijelom stranom tijelu u struci, itd., smatram i uvjeren sam da je u nas i na razini zamisli - svijesti, i navlastito na razini ćudoredno-deontoloških pa pravnih načela, no najdramatičnije na razini njihova ozbiljenja - iskustva, prakse nedopustivo, neshvatljivo stanje u medicinskoj informatici, telemedicini, telematici! Nažalost to nije nova spoznaja i, što je još gore, najmanje da je jedina spoznaja (jedino prijeporno područje bioetike).²⁷ Razlozi: zatvorenost, samouvjerenost struke, moć i nesnošljivost struke, sustava, ignava ratio, argumentum ad ignorantiam, itd. i drugo.

²² Deželić, Đ., (Kern, J.), *Medicinska informatika*, HDMI, Zagreb, 1997., str.164.

²³ Grmek, M.D., Budak, A., *Uvod u medicinu*, NZG, Zagreb, 1996., str. 247.

²⁴ Op. cit. v. supra bilješka VIII.

²⁵ U knjizi - zborniku "Zdravlje i bolest u Republici Hrvatskoj u prvim desetljećima XXI. stoljeća, HAMZ, Zagreb, 1996., str.149.

²⁶ Op. cit. v. supra bilješku XXVI. Usp. i Orešković, S., *Dostupnost i povjerljivost podataka o genetskim oboljenjima*, Soc. ekolog., br. 3/1997., str. 273-287.

²⁷ Vidjeti Miličić op.cit. supra bilješka 1!

Posebice, u odnosu na nižu - pravnu razinu načela i prijevora, *nedopustiva* činjenica *nepostojanja* bitnoga pravnoga propisnika (zakona) koji bi *prijeko potrebno* - *slijedom izričitih navedenih odredaba URH* - trebao urediti, između ostaloga, zaštitu podataka i nadzor nad informatičkim sustavima u nas, smatram da je, od tijela vlasti, učinjena namjerna pravna praznina.²⁸

Kako je nedvojbeno riječ o krajnje ozbiljnim stvarima, jer su brojni bitni informatički sustavi uspostavljeni i ozbiljuju se, a i laiku je jasno da nekoliko banalnih obavijesti o jednoj osobi na jednome mjestu je mogući čudoredni i pravni prijevora, a da ne govorimo i ne uspoređujemo, ne problematiziramo ranije navedene informatičke sustave: što sve sadrže, o kome, kako, tko prikupljaja obavijesti, tko ih i kako pohranjuje, tko i kako sudjeluje i može sudjelovati u prijenosu, dodiru s obavijestima, poglavito tko sve, kada i kako, i navlastito bitno, u koje svrhe koristi neustavno i bez ikakvoga nadzora prikupljene obavijesti itd. i drugo.

Literatura

- D'Agostino, F., Deontologia ed etica, la prassi ed i valori, Rivista internazionale di filosofia del diritto - RIFD, br. 1/1996., str. 60-71.
- Brezak, M., Ozbiljenje ustavnog prava na osobnost pravnom zaštitom podataka (usporedno pravni i informacijski pristup), PFZ, Zagreb, 1997. (disertacija)
- Cayla, O., Ouverture: bioethique ou biodroit?, Droit, br. 13/1991., str. 3-19.
- Convention on Human Rights and Biomedicine - CHR, 1996.
- Deželić, Đ., (Kern, J.), Medicinska informatika, HDMI, Zagreb, 1997., str. 164.
- Evropska deklaracija o unapređenju prava pacijenata, 1994.
- Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda - EKZLJPTS, 1950.
- Gremy, F., Degoulet, P., Assessment of health information technology: which questions for which systems? Proposal for a taxonomy, Medical Informatics, 18(3): 185-93, 1993 Jul-Sep.
- Grmek, M. D., Budak, A., Uvod u medicinu, NZG, Zagreb, 1996., str. 247.
- Hasman, A., Albert, A., Education and training in health informatics: guidelines for European curricula, International Journal of Medical Informatics, 45 (1-2): 91-110, 1997 Jun.
- Kazneni zakon - KZ, NN br. 110/1997.
- Kluge, E. H., Patients, patient records, and ethical principles, Medinfo, 8 Pt 2: 1596-600, 1995.
- Kodeks medicinske etike i deontologije, HLKa i HLZa, 1996.
- Mappers, T. A., De Grazia, D., Biomedical Ethics, McGraw-Hill Inc., New York, 1996., str. 645.
- Marcos del Cano, A. M., La biojuridica en Espana, RIFD, 1994., str. 124-159.
- Međunarodni kodeks liječničke etike, 1949.
- Miličić, V., Kibernetika (informatika) u pravu, Z-SANU, sv. II., 1982., str. 429-439.
- Miličić, V., Deontologija profesije liječnik, Život čovjeka i integritet liječnika - čudoredna raskrižja bioetike, ST-PFZ, Zagreb, 1996., str. 123+LXXXIV.
- Miličić, V., Život čovjeka i integritet liječnika, u zborniku "Dani primarne zdravstvene zaštite Labin 1997", DZL-MFR-HAMZ-ŠNZAŠ-HUOM, 1997., str. 31-44.
- Miličić, V., Opća teorija prava i države, Sv. I., ST-PFZ, Zagreb, 1996., str. 226.
- Miličić, V., Opća teorija prava i države, Sv. II., ST-PFZ, Zagreb, 1997., str. 328.

²⁸ Usp. Miličić, V., Opća teorija prava i države, Sv. II., ST-PFZ, 1997: 233 i dalje.

- Miličić, V., *Opća teorija prava i države*, Sv. III., ST-PFZ, Zagreb, 1998., str. 121.
- Miličić, V., *Kibernetika, informatika i sustav prava*, tzv. ekspertni sustavi prava, u OTPD, 1999., str. 328-330.
- Miličić, V., *Čudoređe i deontologija u psihološkoj medicini*, u knjizi "Psihološka medicina", ured. E. Klain, Golden Marketing, Zagreb, 1999., str. 439-456.
- Opća deklaracija o pravima čovjeka - ODPČ*, 1948.
- Orešković, S., *Dostupnost i povjerljivost podataka o genetskim oboljenjima*, Soc. ekolog., br. 3/1997., str. 273-287.
- Pravilnik o specijalističkom usavršavanju zdravstvenih djelatnika*, NN br. 33/1994.
- Pravilnik o pravima i odgovornosti članova Hrvatske liječničke komore - HLKa*, 1996.
- Pravilnik o ustroju i načinu rada matičnih povjerenstava*, NN br. 38/1997.
- Reich, W. T., *Introduction*, u *Encyclopedia of Bioethics*, T. I., the Free Press, New York, 1978.
- Rezolucija SLU o uporabi računala u medicini, 1973/1983.*, navedeno prema Švajger, A., Zurak, N., *Medicinska etika - Priručno štivo*, MFSZ, Zagreb, 1995., str. 120.
- Schwarz, R., *Cancer education - the opportunities for the future*, *Journal of Cancer Education*. 12 (1): 28-31, 1997. Spring.
- Statut Hrvatskog društva za medicinsku informatiku S-HDMI*, 1997.
- Ustav Republike Hrvatske - URH*, NN br. 56/1990. i br. 135/1997.
- Visković, N., *Bioetika i biomedicinsko pravo*, *Zbornik radova PFS*, br. 39-40/1995., str. 67-83.
- Weinberger, O., *Moral zwischen Autonomie und Heteronomie*, u *Öffentliche oder private Moral*, D-H, Berlin, 1992., s. 243-259.
- Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama - ZZODS*, NN br. 111/1997.
- Zakon o zdravstvenom osiguranju - ZZO*, NN br. 75/1993.
- Zakon o zdravstvenoj zaštiti - ZZZ*, NN br. 75/1993. i br. 55/1996.
- Zdravlje i bolest u Republici Hrvatskoj u prvim desetljećima XXI. stoljeća*, HAMZ, Zagreb, 1996., str. 149.
- Ženevska formulacija Hipokratove prisege*, 1948.

Summary

MORAL-DEONTOLOGICAL AND LEGAL PRINCIPLES IN MEDICAL INFORMATICS

The article discusses one of the fundamental contemporary dilemmas of bioethics - ethical-moral-deontological and legal dilemmas of medical informatics, telemedicine.

The author believes that state and possibilities of contemporary computer and telecommunication technology, each of them but also taken together, in general but especially when applied in medical science, should on conscious and principal level but also in practice, undeniably include permanent, stabile and mandatory care of possibly harmed, negated values - individual, group, social, of a patient or a physician. Otherwise, the consequences might be far-reaching, complicated, voluminous, unacceptable and inadequate.

In that view, the author suggests possible fundamental criteria in medical informatics, telemedicine, and also the redundant moral-deontological and legal principles - protected values, questioning their reasonableness in scientific papers and giving his opinions.

It is concluded that the moral-deontological state of medical informatics in our country is completely inadequate, due to the still non-existent regulation of issues,

included in art. 37 of Croatian Constitution of 1990, i.e. data protection and control over informatical systems in Croatia. Thus, the unconstitutional and inadequate position of informatics in general causes the inadequacy of medical informatics in particular.

Key words: *ethics, moral, deontology, principles, medical informatics, telemedicine.*

Zusammenfassung

SITTLICH-DEONTOLOGISCHE UND RECHTLICHE PRINZIPIEN IN DER MEDIZINISCHEN INFORMATIK

In der Arbeit wird eine der zentralen und modernen Streitfragen der Bioethik - sittlich-deontologische sowie rechtliche Zwistigkeiten der medizinischen Informatik, Telemedizin erörtert.

Der Autor vertritt die Auffassung, dass Lage und Möglichkeiten der zeitgenössischen Computer- und Telekommunikationstechnologie, jede für sich, miteinander verbunden und besonders ihre Anwendung in der Medizin auf der Bewusstseins-, Prinzipien- und Praxisebene unwiderbringlich eine ständige und unumgängliche Sorge um eventuell verletzte, verneinte Werte - von Einzelnen, Gruppen, der Gesellschaft, Patienten, Ärzten einschließen sollte.

Darauf folgend weist der Autor auf mögliche Grundmaßstäbe in der medizinischen Informatik, Telemedizin hin, auf redundante sittlich-deontologische sowie rechtliche Prinzipien - Schutzwerte, und untersucht und bewertet deren Bestehen in der wissenschaftlichen Literatur.

Schlussbehauptung und Botschaft der Arbeit ist, dass die sittlich-deontologische Lage in der medizinischen Informatik bei uns völlig unangemessen ist, auch wegen des Fehlens eines Gesetzes, das gemäß der ausgesprochenen Bestimmungen Art. 37 der Verfassung der Republik Kroatien von 1990 den Datenschutz einrichten sollte und die Aufsicht über Informationssysteme. Die bei uns im Allgemeinen unzulässig unangemessene - verfassungsungemäße Situation des Informationssystems gilt auch für die in der Medizin.

Schlüsselwörter: *Ethik, Sittenordnung, Deontologie, Prinzipien, medizinische Informatik, Telemedizin.*

Sommaro

**I PRINCIPI GIURIDICI E MORALI-DEONTOLOGICI
NELL'INFORMATICA MEDICA**

L'articolo affronta uno dei fondamentali dilemmi contemporanei della bioetica - il dilemma giuridico e morale-deontologico dell'informatica medica-telemedicina.

L'Autore ritiene che lo stato e le possibilità della tecnologia delle telecomunicazioni e dei computer contemporanea, ognuno di essi ma anche considerati insieme, in generale ma specialmente quando applicati alla scienza medica, dovrebbero, a livello primario e di consapevolezza ma altresì in pratica, includere innegabilmente una cura obbligatoria, stabile e permanente delle possibili sofferenze - di non riconosciuto valore individuale, di gruppo, sociale - di un paziente o di un medico. Diversamente, le conseguenze potrebbero essere procrastinate, complicate, aumentate, inaccettabili e inadeguate.

In questa ottica l'Autore suggerisce possibili criteri fondamentali nell'informatica medica, nella telemedicina, e anche principi giuridici e morali-deontologici - valori protetti, indagando la loro ragionevolezza nei saggi scientifici e offrendo le Sue opinioni.

La conclusione è che lo stato morale-deontologico dell'informatica medica nel nostro Paese è completamente inadeguato, per l'ancora inesistente regolazione delle tematiche, incluse nell'art. 37 della Costituzione croata del 1990, come la tutela dei dati e il controllo sui sistemi informatici in Croazia. Così la situazione inadeguata e incostituzionale dell'informatica in generale causa l'inadeguatezza dell'informatica medica in particolare.

Parole chiave: *etica, morale, deontologia, principi, informatica medica, telemedicina.*

POVEZANA DRUŠTVA I ZAŠTITA TRŽIŠNOG NATJECANJA

Dr. sc. Dragutin Ledić, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.721
347.776
339.13.025.3
Ur.: 13. siječnja 2000.
Pr.: 26. svibnja 2000.
Prethodno priopćenje

Trgovac pojedinac, trgovačka društva, obrtnik i druge pravne i fizičke osobe koje obavljaju gospodarske djelatnosti pojavljuju se u prometu robe i usluga na različite načine. Temeljna svrha i cilj njihova postojanja, pa i djelovanja, jest polučiti odgovarajući uspjeh, ostvariti dobit. U tome se djelovanju oni susreću na tržištu ostvarujući, u pravilu, slobodno i pošteno tržišno natjecanje. Nažalost, dolazi i do narušavanja tog slobodnog tržišnog natjecanja, i to u obliku zabranjenih sporazuma, monopolističkog djelovanja i koncentracija odnosno kroz nedopušteno tržišno natjecanje.

Iz čitavog kompleksa tih djelovanja autor se usredotočuje na povezana društva koja uređuje Zakon o trgovačkim društvima i na njihovu ulogu u tržišnom natjecanju, pokušavajući ukazati na oblike i vrste narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja i nepoštenog tržišnog natjecanja, kako iste propisuju Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja i Zakon o trgovini.

Ključne riječi: *povezana društva, tržišno natjecanje, sporazumi, monopol, koncentracije, nedopušteno tržišno natjecanje.*

Sadržaj

Uvod

1. *Pojam, vrste i temeljne značajke povezanih društava*
2. *Povezana društva i tržišno natjecanje*
 - 2.1. *Općenito o pojmu, značenju i ulozi tržišnog natjecanja*
 - 2.2. *Hrvatsko pravo natjecanja*
 - 2.3. *Povezana društva i tržišno natjecanje*
3. *Zaključak*

Uvod

Zakon o trgovačkim društvima (NN 111/93.; 34/99.) svojim donošenjem, a još više primjenom u svakodnevnom životu, bogatstvom propisa (izvorno je bilo, prije donošenja Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima, ravno 647 članaka!) stvorio je posve nesporno sve uvjete za razlikovanje još jedne grane hrvatskog pravnog sustava - prava društava.¹

Međutim, pored toga što Zakon o trgovačkim društvima znači za nastajanje zasebne grane prava društava u nas, posebice kada je riječ o uređenju osnivanja, poslovanja i prestanka trgovačkih društava i ostalih tamo spomenutih sudionika u gospodarskim djelatnostima, isti zakon i njegove norme znače i začetak još jedne, možda će netko reći manje značajne, grane hrvatskog pravnog sustava - prava koncerna, čiji su propisi vrlo izražajno prisutni u istome zakonu.²

Zakon o trgovačkim društvima sadrži, po ugledu na rješenja iz usporednog prava, a prije svega njemačkog prava, odredbe o povezanim društvima (njem. Verbundene Unternehmen, eng. groups of companies). Riječ je o propisima koji se nalaze u Dijelu drugom, Glava VI., čl. 473.-511. Zakona o trgovačkim društvima. Ispravna primjena odredbi o povezanim društvima zahtijevat će, što je moguće dosljednije i našim "posebnim" uvjetima prilagođeno, praćenje i tumačenje poslovne i sudske prakse te stajališta pravne znanosti zemalja čiji su propisi poslužili za uzore prilikom donošenja Zakona o trgovačkim društvima (u daljnjem tekstu: ZTD).

To će, svakako, biti i slučaj s pitanjem postojanja i djelovanja povezanih društava u uvjetima slobodnog tržišnog natjecanja, čije uvjete propisuje, u prvom redu, Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (NN 48/95., 52/97. i 89/98.).

Naime, Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja ima za svrhu urediti ponašanje sudionika (poduzetnika) u prometu roba i usluga kako bi se propisanim pravilima ponašanja i sustavom mjera ostvarila zaštita slobodnog natjecanja na tržištu.³ Nema dvojbe da u svim tim ponašanjima ima mjesta i za povezana društva, a to znači i za prosudbu njihove uloge u eventualnom ograničavanju tržišnog natjecanja.

Ne treba, naravno, zaboraviti ni druge pozitivne propise u našem pravu, a prije svega one što ih sadrži Zakon o trgovini (NN 11/96.). Uz temeljnu zadaću, a to je uređenje uvjeta za obavljanje trgovine na domaćem tržištu i u inozemstvu od strane pravnih i fizičkih osoba koje imaju svojstvo trgovca, propisuju i djela nedopuštenog tržišnog natjecanja, koja su izrijekom zabranjena.

1. Pojam, vrste i temeljne značajke povezanih društava

Pravo koncerna, bilo kao zasebna grana prava, ili pak kao dio prava društava, bavi se povezivanjem društava (poduzeća) u nove, složenije i, u pravilu, trajnije

¹ J. Barbić, *Pravo društava*, Knjiga prva, Opći dio, Organizator - Zagreb 1999., str. 2-3, isto i D. Ledić, *Društva osoba u novom hrvatskom pravu trgovačkih društava*, Zbornik PFRI 14/1999., str. 172.

² D. Ledić, *Povezana društva - začetak hrvatskog prava koncerna*, Zbornik PFRI 16/1995., str. 38.

³ D. Mlikotin -Tomić, *Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja*, Informator br. 4359/95. str. 8.

gospodarske cjeline.⁴ U većini zemalja - članica EU, posebice u Njemačkoj, radi se o zakonodavnoj regulativi, tako da se pravo koncerna sastoji od općih, objektivnih i kodificiranih rješenja kojima će, u doglednoj budućnosti, ponegdje eklektične, nestalne i neusklađene prosudbe, biti zamijenjene međunarodnim, u prvom redu europskim konzistentnim i objektivnim pravom koncerna.⁵

Slijedeći najbolja rješenja iz pravnih sustava koje je imao za uzore, hrvatski zakonodavac drži se najviše onoga što sadrži njemački *AGB-Gesetz* o povezanim društvima, te u Glavi VI. koja nosi naslov "Povezana društva" kao vrste povezanih društava izričito navodi (čl. 473. ZTD):

1. društvo koje u drugome društvu ima većinski udio ili većinsko pravo u odlučivanju;
2. ovisno i vladajuće društvo;
3. društva koncerni;
4. društva s uzajamnim udjelima;
5. društva povezana poduzetničkim ugovorima.

Spomenuta zakonska odredba o vrstama povezanih društava smještena je u odjeljku 1. Glave VI., koji inače nosi naslov "Opće odredbe", gdje se isto tako daje definicija svakog od tih pet naznačenih vrsta povezanih društava.

Uspoređujući sa stanjem u usporednom pravu, dolazi se do neizbježnog zaključka kako je ZTD slijedio njemački *Akt-Gesetz*, jer se tamo u par. 15-20 nalaze do u najsitnijem detalju odgovarajuće odredbe o povezanim društvima. Problem je, ako se to tako uopće može i označiti, u tomu što ZTD u okviru Glave VI., uz već opisani odjeljak 1., sadrži još 4 odjeljka od kojih se mora posebno istaknuti odjeljak 4., koji nosi naslov "Priključena društva", a takva se društva u našoj pravnoj književnosti s pravom pridodaju povezanim društvima.⁶

Očito se prilikom oblikovanja ZTD i unošenja odredbi odjeljka 4. u sadržaj Glave VI. smetnulo s uma to da se u njemačkom pravu govori doslovno o "povezanim poduzećima" (*Verbundene Unternehmen*, par. 15-20 *Akt-Gesetz*, dok se na drugom mjestu (par. 319-327 *Akt-Gesetz* govori o priključenim društvima (*Eingegliederte Gesellschaften*). Zbog toga se i dogodilo da u čl. 473. ZTD nisu spomenuta kao vrsta povezanih društava i priključena društva, iako se i brojni njemački pravni pisci izjašnjavaju za to, da unatoč naprijed opisanim propisima *Akt-Gesetz* koji na različitim mjestima (primjerice par. 15-20 nalaze se u prvom dijelu - općim odredbama prve knjige s naslovom "Dioničko društvo", dok se odredbe par. 319-327 nalaze u okviru treće knjige koja nosi naslov "Povezana poduzeća" - *Verbundene Unternehmen*)

⁴ G. H. Roth, *Konzernrecht*, u *Münchener Rechtslexikon*, Band 2, C.H. Beck Verlag, München 1987 s. 699.

⁵ M. Lutter, Vorwort u knjizi *Konzernrecht im Ausland*, (M. Lutter, Hrsg), Walter de Grueter - Berlin - New York 1994 s. V-VI.

⁶ V. Gorenc, *Trgovačko pravo - društva*, Zagreb 1995., str. 441-442., isto i S. Petrović, *Povezana društva u knjizi Zakon o trgovačkim društvima*, II. dio - vodič za čitanje zakona (Red. dr. J. Barbić), Zagreb 1994., str. 161.

uređuju sve oblike povezanih društava, ima se i u slučaju priključenih društava govoriti o jednoj od vrsta povezanih društava.⁷

Konačna analiza Glave VI. ZTD ukazuje da se u odjeljcima 2., 3. i 5. nalaze preuzeti i tek samo donekle drugačije formulirani propisi par. 291-318 *Akt-Gesetz*, dapače i s istim naslovima i podnaslovima. Dobro je što se tako na jednome mjestu u ZTD-u našla cjelokupna materija povezanih društava, nažalost neki od propusta o kojima je prethodno bilo riječi mogu se boljom sustavnošću izbjeći. Povezana društva, uključujući tu i priključena društva, jesu (moraju biti, op. D.L.) uvijek pravno samostalna društva bez obzira u kakvom se obliku i s kakvim sadržajem konkretna povezanost postiže.⁸

Valja priznati da su vrste povezanih društava o kojima govori ZTD (pet vrsta povezanih društava iz čl. 473. ZTD plus priključena društva) više-manje stvar akademske konvencije i čisto zakonskog, pa i teorijskog razlikovanja, dok se u praksi susreću primjeri povezivanja društava na način da su to društva povezana uz priličnu nazočnost dva, pa i više, oblika povezivanja određenog broja društava.⁹

Pa ipak, poštujući zakonsko razlikovanje (vrste) povezanih društava, opravdano je za svaku od njih istaknuti osnovne značajke i posebnosti po kojima se one uzajamno prepoznaju i individualiziraju:

1. Društvo s većinskim udjelom i društvo s većinskim pravom odlučivanja u drugome društvu (čl. 474. ZTD) znakovito je, prije svega, po odnosu udjela prvoga društva u ukupnom temeljnom kapitalu drugoga društva. Izračunavanje i temeljnog kapitala i udjela vrši se s obzirom na njihovu nominalnu vrijednost, od koje se, međutim, imaju odbiti vlastiti udjeli društva od temeljnog kapitala, kao i oni udjeli koji pripadaju nekome drugome tko ih drži za račun toga društva.

Većinsko sudjelovanje postoji uz upravo opisani način većinskog udjela, i tako što postoji i većinsko pravo odlučivanja koje se utvrđuje odnosom broja glasova ovisnih od pripadajućih udjela prema ukupnom broju svih glasova u skupštini društva. I ovdje će se odbiti od ukupnog broja glasova oni glasovi koji pripadaju vlastitim udjelima i/ili udjelima koje netko drugi drži za račun tog društva.¹⁰

⁷ Tako npr. Reinhard/Schulz, *Gesellschaftsrecht*, 2. Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1981 s. 252, G. H. Roth, *Handels- und Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Verlag Vahlen, München 1994 s. 231., J. M. Druey, *Das deutsche Konzernrecht aus der Sicht des übrigen Europa*, u knjizi "Konzernrecht im Ausland" s. 338-339., ili pak K.J. Hopt, *Handels- und Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck München 1996 s. 290-291.

⁸ Filipović - Gorenc - Slakoper, *Zakon o trgovačkim društvima s komentarom*, Zagreb 1995., str. 601., isto i D. Ledić, *Povezana društva - začetak hrvatskog prava koncerna*, str. 39.

⁹ V. Gorenc, *Trgovačko pravo - društva*, str. 428., Kastner - Doralt - Nowotny, *Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts*, 5. Auflage, Wien 1990, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, s. 31-32.

¹⁰ Isto sadrži par. 16 njemačkog *Akt-Gesetz*, o čemu pobliže G. Krieger, *Konzernrecht des Aktiengesetzes*, u knjizi *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 4, C.H. Beck Verlag, München 1988 s. 711-715, isto i H.G. Koppenheimer, u *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, KG, Köln - Berlin - Bonn - München 1988 s. 143.

Treba istaknuti i to da se ovdje u ulozi većinskog društva može pojaviti i trgovac pojedinac, te da će u tom slučaju u njegovu imovinu ući i udjeli koji inače čine istu i na taj način uračunati se trgovcu pojedincu kome to društvo pripada.¹¹

2. Ako jedno društvo ima neposredno ili posredno prevladavajući utjecaj na drugo pravno samostalno društvo, onda je to, u smislu čl. 475. ZTD odnos vladajućeg i ovisnog društva. Da bi se ipak radilo o takvom odnosu dva pravno samostalna društva, trebalo bi, prije svega, utvrditi što je to poduzetnička ovisnost. Nema nikakvog opravdanja odstupiti od stajališta koje se gotovo unisono pojavljuje u njemačkoj pravnoj i poslovnoj praksi prema kome "ovisnost društva (poduzeća) ogleda se u tome što nastanak i očitovanje volje takvog društva nije moguće postići samostalno (autonomno)".¹²

Koliko su praktično upitne čiste podjele na vrste povezanih društava o kojima govori čl. 473. ZTD, vidi se i iz odredbe st. 2. čl. 475. ZTD, gdje se pretpostavlja postojanje ovisnosti društva ukoliko se nalazi u većinskom udjelu društva koje u njemu ima većinski udio, a to je onda slučaj povezivanja društva sukladno čl. 474. ZTD.¹³

3. Čitava problematika povezanih društava uobičajeno i bez preuveličavanja ima naziv "pravo koncerna" ili jednostavno "koncerni" iako je u zakonodavnoj terminologiji riječ o samo jednoj vrsti povezanih društava. Radi se o dva ili više pravno samostalnih društava koja su objedinjena jedinstvenim vođenjem od strane vladajućeg društva tako da su ostala društva koncerna (čl. 476. ZTD).¹⁴ Radit će se o koncernu i u slučaju kada se pravno samostalna društva spoje zajedničkim vođenjem, a da jedno nije ovisno o drugome, time da pojedinačna društva čine koncernska društva (izvorno zakonski: društva koncerna - st. 2. čl. 476. ZTD).

Zakonodavac izričito propisuje da će se raditi o koncernu:

- kada je sklopljen ugovor o vođenju poslova obzirom da su društva objedinjena jedinstvenim vodstvom (misli se na čl. 479. ZTD koji govori o vrstama poduzetničkih ugovora!),

- u slučaju priključenja jednoga društva drugome (čl. 503. ZTD, koji inače uređuje priključena društva),

- izričito se pretpostavlja postojanje koncerna kada su u pitanju ovisno i vladajuće društvo (čl. 475. ZTD).

4. Društva kapitala sa sjedištem u RH mogu se sjediniti u društva s uzajamnim udjelima (čl. 477. ZTD) povezivanjem udjela koji moraju iznositi više od četvrtine

¹¹ S. Petrović, *ibid.*, str. 147.

¹² H. G. Koppenheimer, *ibid.* s. 193

¹³ B. Kropff, *Grundzüge des Konzernrechts*, u knjizi *Rechtsgrundlagen freiheitlicher Unternehmenswirtschaft* (Lutter/Semler, Hrsg.) Köln 1991. s. 74-75.

¹⁴ Njemački Akt-Gesetz (par. 18) u naslovu i tekstu tog propisa rabi izraz "Konzernunternehmen". ZTD daje naslov čl. 476. "Koncernsko društvo", dok u st. 1. (prva rečenica) koristi, po mišljenju ovog autora, dvojbenu izraz "društvo koncerna". To isto događa se u odredbi st. 2. čl. 476. ZTD.

udjela u drugome društvu. Dogodi li se da svako od društava s uzajamnim udjelima ima većinski udio u drugome društvu ili pak da postoji neposredan ili posredan vladajući utjecaj na drugo društvo i to uzajamno, onda se oba društva pojavljuju u položaju vladajućeg i ovisnog društva. Inače, za slučaj da samo jedno društvo ima većinski udio u drugome odnosno da postoji neposredan ili posredan vladajući utjecaj na ono drugo društvo, tada se prvo društvo javlja u ulozi vladajućeg, a drugo u ulozi ovisnog društva. Treba istaknuti stalnu obvezu obavješćivanja o visini vlastitog udjela u svim fazama postojanja društva s uzajamnim udjelima, uključujući i naknadne promjene u svezi s visinom vlastitog udjela. Gospodarski gledano, ova vrsta povezanih društava nije od osobitog značenja pa je i praksa prilično oskudna.¹⁵

5. Već sama činjenica da ZTD posvećuje zaseban (drugi) odjeljak glave VI. poduzetničkim ugovorima, očit je znak da se radi o najznačajnijoj i najšire primjenjivanoj vrsti povezanih društava. Jednako kao i njemački *Akt-Gesetz* (par. 291), tako i ZTD u čl. 479. naglašava ugovor o vođenju poslova društva i ugovor o prijenosu dobiti,¹⁶ tako da se u pravnoj znanosti za većinu naprijed opisanih vrsta povezivanja društava znade reći kako su to faktični, stvarni koncerni (njem. faktischer Konzern), dok se kod poduzetničkih ugovora radi o formalno povezanim društvima.¹⁷

Osim ova dva "imenovana" ugovora, o vođenju poslova i o prijenosu dobiti, ZTD govori u čl. 480. o "ostalim poduzetničkim ugovorima" i to:

1. ugovor o udruživanju dobiti (u potpunosti ili djelomično) radi postizanja zajedničke dobiti (ugovor o zajedničkoj dobiti - t. 1 st. 1);
2. ugovor o prijenosu dobiti (u potpunosti ili djelomično) nekome drugome (ugovor o djelomičnom prijenosu dobiti - t. 2 st. 1) i
3. ugovor o davanju u zakup pogona ili ugovor o prepuštanju pogona (t. 3 st. 1).

Za sve poduzetničke ugovore, bitno je istaknuti da ono društvo koje podvrgava vođenje poslova odnosno prenosi dobit, odnosno udružuje ili prenosi dobit, ili pak daje u zakup, ili prepušta pogon, mora biti društvo kapitala. A contrario, društvo na koje se prenosi vođenje poslova odnosno na koje se prenosi (cijela) dobit to ne bi moralo biti.¹⁸

Daljnja posljedica sklapanja poduzetničkih ugovora (pisani oblik je obvezatan!) ogleda se u potrebi da skupština društva daje suglasnost glasovima koji predstavljaju najmanje tri četvrtine temeljnog kapitala zastupljenog na skupštini, a ukoliko su obje ugovorne strane društva kapitala, to vrijedi ne samo za društvo koje prenosi ili ustupa određena prava i ovlasti, već i za ono društvo koje dobiva ista prava i ovlasti. Poduzetnički ugovor kao i njegove izmjene upisuju se u sudski registar, što omogućava zainteresiranim osobama uvid u isti ugovor i ostale isprave, a što se nikako ne može postići kod tzv. faktičnih koncerna.

Na kraju, kod poduzetničkih se ugovora susreću brojna sredstva osiguranja društva, vjerovnika, vanjskih dioničara, a imaju za cilj onemogućiti razne zloporabe.

¹⁵ H. G. Koppenheimer, *ibid.* s. 251.

¹⁶ G. H. Roth, *ibid.* s. 229-230.

¹⁷ V. Gorenc, *Trgovačko pravo - društva*, str. 432.

¹⁸ Za naše pravo isto stajalište i V. Gorenc, *ibid.*, str. 432., isto S. Petrović, *ibid.*, str. 154.

Njima se prava i interesi društva, vjerovnika i vanjskih dioničara imaju učinkovito zaštititi.¹⁹

6. Priključena društva (njem. eingegliederte Gesellschaften) nisu, kako je to naprijed već rečeno, navedena kao vrste povezanih društava u čl. 473. ZTD. Pa ipak, to su po svojoj naravi povezana društva i u smislu cjelovitijeg prikaza ponašanja povezanih društava u tržišnom natjecanju, potrebno ih je spomenuti, tim prije jer su sustavno i uređena u Glavi VI. ZTD.

Temeljna značajka priključenih društava ogleda se u tomu da se i priključeno i glavno društvo javljaju u društvima kapitala i da oba društva moraju imati sjedište u RH.²⁰

Postoje suštinski dva oblika priključenja:

1. "Redovito" priključenje događa se kad skupština d.d. ili d.o.o. donese odluku o priključenju drugome d.d. ili d.o.o. ako sve dionice odnosno jedini udio drži buduće glavno društvo. Valjanost takve odluke skupštine priključenog društva uvjetuje se suglasnošću skupštine glavnog društva. Dok se za odluku skupštine priključenog društva ne traži poseban "kvorum", iako bi se s obzirom na posljednju rečenicu st. 1 čl. 503. ZTD mogao izvesti zaključak da je dovoljna obična većina glasova, skupština glavnog društva donosi odluku o davanju suglasnosti većinom glasova koji predstavljaju najmanje tri četvrtine temeljnog kapitala zastupljenog u skupštini pri donošenju odluke, a statutom odnosno društvenim ugovorom može se zahtijevati i veća većina ili ispunjenje dodatnih pretpostavki.

2. Priključenje odlukom većine javlja se kod društava kapitala sa sjedištem u RH, i to onda kad dionice priključenog društva ili udio u ukupnom nominalnom iznosu koji čini najmanje devedesetpet posto (95 %) temeljnog kapitala drži buduće glavno društvo. I tada je nužna odluka skupštine priključenog društva kao i suglasnost skupštine glavnog društva na način kako se to zahtijeva i kod "redovitog" priključenja. U svakom slučaju postoji obveza upisa priključenja u sudski registar, a upis ima konstitutivno značenje, jer od tog trenutka glavno društvo preuzima sve dionice odnosno udjele uz obvezu dioničarima i/ili imateljima udjela koji istupaju iz (priključenog) društva isplatiti primjerenu otpremninu.

Postupak priključenja zadržava "na životu" i glavno društvo i uz njega priključeno društvo, time da za ovog drugoga praktično sve, u njegovo ime i za njegov račun, obavlja glavno društvo, za razliku od spajanja gdje se gubi pravna osobnost, a tu istu ipak zadržava priključeno društvo.²¹

Zamjetna je zaštita vjerovnika od posljedica priključenja davanjem osiguranja i solidarnom odgovornošću glavnog društva za obveze priključenog društva.

Već naznačene značajke svakog od ovih šest vrsta povezanih društava upućuju na zaključak da hrvatsko pravo povezanih društava (koncerna), unatoč tome što

¹⁹ Reinhardt/Schulz, *ibid.*, str. 291-294, isto i Filipović - Gorenc - Slakoper, *ibid.*, str. 656-659.

²⁰ V. Gorenc, *ibid.*, str. 442., među uvjete priključenja spominje samo to da glavno društvo mora imati sjedište u RH. Ovaj autor smatra da i priključeno društvo mora biti sa sjedištem u RH, jer inače u protivnom ne bi se ni radilo o situaciji na koju će se primijeniti ZTD!

²¹ Reinhardt/Schulz, *ibid.* s. 297-298.

postoji relativno kratko vrijeme i predstavlja pravnu materiju "en voie de développement",²² obuhvaća uglavnom sve poznate oblike povezanih društava. Tako se, primjerice, u našem pravu susreću izravne norme o povezanim društvima u društvima s ograničenom odgovornošću, a to nije slučaj niti s njemačkim pozitivnim pravom. Tamo se odredbe spomenutog *Akt-Gesetz*, zahvaljujući stajalištima pravne znanosti,²³ u poslovnoj i sudskoj praksi primjenjuju na sve oblike povezanih društava i tako nadoknađuju izravni pozitivnopravni propisi.²⁴

U djelovanju povezanih društava valja računati na posebnu pozornost i zainteresiranost tijela državne vlasti, društva u cjelini i javnosti uopće. Odnosi u koje ulaze povezana društva odnosno oblici, vrste, trajnost poslova i prostor na kojemu se ova pojavljuju imaju iznimno veliko značenje glede prava i obveza, naravno i odgovornosti, drugih pravnih subjekata. Misli se, u prvome redu na manjinske članove, ali i ostale članove u samim povezanim društvima, jednako kao i na vjerovnike, zakonske obveze i ponašanje u tržišnom natjecanju, što će se, ovo posljednje, pokušati u ovome radu opisati i proučiti s dužnom pozornošću.

2. Povezana društva i tržišno natjecanje

ZTD je, prema izričitim obrazloženjima hrvatskog zakonodavca, zamišljen kao temeljni zakon koji ima zadaću biti osnovom, podlogom za druge propise koji će uređivati cjelokupni gospodarski sustav Republike Hrvatske. Kada je riječ o povezanim društvima, to znači uređenje načina njihovog povezivanja primjereno potrebama tržišnog gospodarstva. To se postiže povezivanjem kapitala i u svrhu koja je sukladna interesima tog istog kapitala. U našoj nedavnoj prošlosti povezivanje poduzeća bilo je više nego umjetno, a osobito u vrijeme Zakona o udruženom radu, kada se "udruživanje rada i sredstava" na svim razinama i oblicima (od osnovne organizacije udruženog rada do složene organizacije udruženog rada) ostvarivalo bez utjecaja tržišta kapitala i radne snage. Takvo povezivanje i udruživanje gospodarskih subjekata imalo je pogubne gospodarske i ine štetne posljedice, bilo je daleko od povezivanja istih takvih subjekata u uvjetima tržišnog natjecanja.²⁵

Gospodarske prednosti povezivanja trgovačkih društava nisu niti najmanje sporne.²⁶ Egzaktni se podaci o nazočnosti povezanih društava na tržištu jedne zemlje, pa i šire, teško mogu pronaći, a još manje smatrati vjerodostojnim zbog prostog

²² J. M. Druey, *ibid.* s. 367.

²³ M. Lutter, 100 Bände BGHZ: Konzernrecht, ZHR 151. August/Oktober 1987 s. 454-455 suprotstavlja se analognoj primjeni odredbi Akt - Gesetza na d.o.o. (GmbH), dok suprotno ističu Baumbach/Hueck, GmbH - Gesetz, 15. völlig neubearbeitete Auflage, München 1988 s. 1300-1304. jedino ako se radi o odredbama par. 319-327. Akt - Gesetz, nema mjesta analognoj primjeni istih na d.o.o. (GmbH).

²⁴ D. Ledić, *Povezana društva - začetak hrvatskog prava koncerna*, str. 50.

²⁵ D. Ledić, *ibid.*, str. 38.

²⁶ P. Hommelhoff, *Konzernrecht für den europäischen Binnenmarkt*, u knjizi "Konzernrecht im Ausland" s. 55-56 ističe promjene do kojih svakodnevno dolazi djelovanjem i pojavom velikog broja povezanih društava na cijelom području EU, ili kako to autor doslovce kaže "unutarnjem tržištu".

razloga što se radi o živim i fluidnim organizmima.²⁷ Načini povezivanja stručnih, finansijskih, tehničko-tehnoloških, marketinških, razvojnih i ostalih resursa u povezanim društvima i njihovo pojavljivanje na tržištu, unatoč određenim nedostacima o kojima će dijelom biti i ovdje govora, ogromnom prednošću znače njihov pozitivan doprinos odvijanju tržišnog natjecanja.²⁸

2.1. Općenito o pojmu, značenju i ulozi tržišnog natjecanja

Gospodarske djelatnosti od vremena liberalnog kapitalizma odvijale su se uglavnom tako što se priznavalo, izričito i/ili prešutno, postojanje i djelovanje dopuštenog tržišnog natjecanja. Vrijedila je poznata glavna misao vodilja nastala u doba liberalnog kapitalizma - *Laiser faire, laiser passer*. Smatralo se, naime, da borba za ostvarenje, postizanje dobiti dopušta svaki oblik natjecanja (konkurencije) i da se gospodarski cilj može postići jedino uz uvažavanje potpuno dopuštenog natjecanja.²⁹

Slobodno tržišno natjecanje, međutim, postupno se pod izravnim utjecajem tržišta i tržišnog gospodarstva izrodilo u svoju suprotnost. Nakana, gotovo pohlepa za postizanjem što veće dobiti zasljepila je sudionike gospodarskog nadmetanja pa se ne vodi računa o položaju i interesima onih drugih sudionika u tom nadmetanju, poglavito potrošača. Zato se u cilju reguliranja uvjeta i odnosa u tržišnom natjecanju, posebice zaštite potrošača, pristupilo donošenju i provedbi mjera na suzbijanju nedopuštenog natjecanja kao radnji koje se protive dobrim trgovačkim (poslovnim) običajima, ili pak sprječavaju i ograničavaju poduzetničke slobode i djelovanje poduzetnika u prometu roba i pružanju usluga na tržištu te tako nanosi šteta drugim sudionicima, potrošačima i društvu u cjelini.³⁰

Rezultat sve otvorenijeg utjecaja i uloge države s namjerom reguliranja uvjeta i odnosa u tržišnom natjecanju pojava je većeg broja pravnih propisa različitog opsega i mogućnosti stvarnog utjecaja. Pa ipak, već odavno se zbog njihove nazočnosti, izgrađene poslovne prakse i djelovanja pravne znanosti govori o najmanje tri zasebne grane prava: pravu industrijskog vlasništva, pravu (nelojalnog) natjecanja i antikartelnom (antitrustovskom) pravu, a moguće je govoriti i o još nekim drugima.³¹

²⁷ Tako V. Gorenc, *Trgovačko pravo - društva*, str. 427., spominje podatak da je u Njemačkoj 70 % dioničkih društava "na neki način povezano", K. J. Hopt, *ibid.* s. 289, naglašava neprestani proces koncentracije poduzeća (Unternehmenskonzentration) kroz razne oblike povezanih društava.

²⁸ M. Lutter, Bericht, u publikaciji "Ein Konzernrecht für Europa", Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht Bonn 1999 s. 15-17, spominje, pored ostalog da Veba - Konzern obuhvaća više od 1000 pravno samostalnih poduzeća. Tu su, uz bok, i Bayer, Deutsche - Bank, Rhône Poulenc i dr., isto i Filipović - Gorenc - Slakoper, *Zakon o trgovačkim društvima s komentarom*, str. 604.

²⁹ D. Ledić, *Neloyalna utakmica u knjizi Loza - Sušić - Ledić, Osnovi prava i privredno pravo*, Sarajevo 1983., str. 396.

³⁰ D. Ledić, *ibid.*, str. 396.

D. Mlikotin-Tomić, *Zabranjeni oblici spajanja i preuzimanja poduzeća: koncentracije, Zakonitost (47) 1993.*, br. 1. str. 80., izrijekom navodi kao izvore prava koji uređuju ovu materiju sudsku praksu, propise i kodekse ponašanja.

³¹ M. Trifković, *Pravo konkurencije*, Sarajevo 1981., str. 27.

Kada je riječ o pravu industrijskog vlasništva, mora se istaknuti da je Pariška konvencija za zaštitu industrijskog vlasništva kao jedan od predmeta te zaštite u čl. 1. t. 2. spomenula i nedopušteno (nelojalno) natjecanje. U čl. 10. bis detaljnije se govori o nedopuštenom natjecanju pod kojim se ima razumijevati "svaki akt konkurencije što je protivan poštenim običajima u industriji i trgovini".³²

Pravo konkurencije (*Wettbewerbsrecht*, *Diritto della concorrenza*, *Droit de la concurrence*) nastoji se u teoriji opisati s tri točke motrišta, koja zapravo nisu u osnovi suprotstavljena, već samo se razlikuju po sveobuhvatnosti predmeta tog istog prava.³³

Tako se, najprije, pravo konkurencije ograničava samo na pravo nedopuštenog (tržišnog) natjecanja. Ovakvo poimanje postojalo je u francuskom pravu i temeljilo se na tumačenjima čl. 1382 i 1383 zakonika *Code civil*,³⁴ čemu se jedno vrijeme priklonilo i talijansko pravo pozivom na čl. 1151 talijanskog *Codice civile* iz 1885. godine.

S pojavom većeg interveniranja države dolazi i do proširenijeg poimanja prava konkurencije. Tu sada ne ulazi isključivo pravo nedopuštenog natjecanja, već i antikartelno, antimonopolističko, antitrustovsko pravo. Međutim, s obzirom na tradiciju, različiti zakonodavni pristup, a s tim usko povezanu razlikovnu dimenziju poslovne i sudske prakse, ne umanjujući ni pravnoteorijske i filozofske razlike, ovo shvaćanje prava konkurencije od jedne do druge zemlje, od jednog do drugog sustava prilično je neujednačeno.

Tako se u SAD zahvaljujući propisima *Federal Commission Act* i *Clayton Act* na jedinstven način ostvaruje pravna zaštita i protiv djela koja nose monopolistička obilježja, jednako kao i protiv djela nedopuštenog natjecanja i špekulacija.³⁵

Talijanski *Codice civile* iz 1942. godine uređivao je natjecanje općim odredbama iz čl. 2595 i 2596, dok je zasebnim propisima regulirao djelovanje natjecatelja na tržištu i nedopušteno natjecanje. Međutim, kako je Italija članica EU, donijela je 1991. godine posebni zakon, kojim pored ostalog uređuje i pravo konkurencije.

Njemačko pravo, a poglavito pravna znanost, opravdava uzajamnu povezanost prava (nedopuštenog) natjecanja (*Wettbewerbsrecht*) i antikartelnog prava. Naime, dok je zadaća i svrha antikartelnog prava osigurati natjecanje, pravo natjecanja svoje opravdanje nalazi u "čistoći - jasnoći natjecanja" (*Wettbewerbsklarheit*). Zaštićena dobra su identična, tako da pravo konkurencije svojom sveobuhvatnošću osigurava slobodu i razvitak svake ličnosti koja se pojavljuje u tržišnom natjecanju.³⁶

³² Poblje vidjeti kod J. Čizmić, *Ogledi iz prava industrijskog vlasništva*, Rijeka - Split 1998., str. 228-229.

³³ M. Trifković, *ibid.*, str. 27.

³⁴ H. J. Sonnenberger, *Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2. völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1991 s. 147-148 ističe da u Francuskoj ne postoji nikakav zaseban zakon koji bi se bavio nedopuštenim natjecanjem.

³⁵ M. Trifković, *ibid.*, str. 28.

³⁶ W. Tillmann, *Recht gegen den unlauteren Wettbewerb und Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, ZHR - Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 151. Band 4/5 - 1987 s. 464-466.

Na kraju, valja istaknuti da švicarska pravna znanost odvojeno od prakse koju se inače može susresti u Danskoj i Norveškoj, pa sve više i u Švedskoj, zajedno proširuju naprijed opisano pravo tržišnog natjecanja i na pravo potrošača.

O pravu konkurencije postoje i više - manje oprečna stajališta pravne znanosti kada je riječ o pretpostavkama koje se traže za njegovu učinkovitost. Tako se zastupnici Common Law sustava i francuskog prava zalažu za postojanje odnosa natjecanja i sukoba na tržištu, jer bez te dvije pretpostavke nema ni (nedopuštene) tržišne utakmice. U zemljama europskog kontinentalnog prava zagovara se "socijalna funkcija" propisa sadržanih u pravu natjecanja, vodi se računa i o potencijalnim sudionicima na koje može i pozitivno i negativno djelovati tržišno natjecanje, a to su najčešće potrošači pa i društvo u cjelini, ne zaboravljajući dakako položaj i interese nositelja gospodarskih djelatnosti na tržištu.

U kom pravcu, najkraće rečeno, ide Europska Unija s obzirom da se izravno i neizravno, danas manje a uskoro zasigurno daleko više i utjecajnije, ima odraziti na stanje u Republici Hrvatskoj?

Već Rimski ugovori iz 1957. godine određuju u općim načelima "uvođenje režima koji će osigurati da natjecanje u zajedničkom tržištu ne bude izigrano, ometano ili narušeno".

Razlikujući primarno i sekundarno pravo Europske Unije,³⁷ može se s pravom zaključiti da ne samo spomenuti osnivački (Rimski) ugovori, već i pravila i odluke Vijeća Europske Unije čine primarna vrela europskog prava tržišnog natjecanja, uz znatan broj propisa koji dolaze iz bogate riznice sekundarnog dijela tog istog prava.

Temelji antimonopolskog i antitrust prava Europske Unije (u daljnjem tekstu: EU) sadržani su u čl. 85 i 86 Rimskih ugovora, kojima se zabranjuju sporazumi s monopolskim učincima, odnosno zloporaba dominantnog položaja na tržištu. Nije teško prepoznati u njima duh i pravila američkog antitrust prava. Zanimljivo je istaknuti da se primjerice u čl. 85. navode i primjeri zabranjenih sporazuma koji su ništavi, ali i iznimke koje ozbiljno smanjuju djelotvornost i učinkovitost odredbi "opće zabrane" naznačene u stavku 1 članka 85 Rimskih ugovora.³⁸

Naime, dok je "opća zabrana" iz čl. 85/1 ostala više - manje pa i isključivo nepromijenjena, nadležna tijela EU, a prije svega Komisija (ova je donijela značajan broj uredbi), iskoristila su odredbu stavka 3 istog članka te sustavom grupnih iznimaka, tj. iznimaka po vrstama i grupama sporazuma, predvidjela neprimjenjivanje odredaba o toj općoj zabrani.

Bilo bi nepotpuno govoriti ovdje o europskom pravu konkurencije a da se ne istakne zabrana zloporabe monopolističkih sporazuma koju sadrži čl. 86 Rimskih ugovora, jer će kasnije biti govora o monopolističkom djelovanju u našem pravu.

Postojanje monopolističkog djelovanja vezuje se za tri temeljna (kumulativna, op. D.L.) uvjeta, a to su:

³⁷ D. Ledić - N. Bodiřoga -Vukobrat, *Europsko pravo*, skripta, Rijeka 1998., str. 47-51.

³⁸ K. van Miert, *Die Zukunft der Wettbewerbspolitik in der EU*, Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn 1997 str. 13-15.

1. zloraba već postojećeg vladajućeg položaja tj. prethodno postojanje monopolske situacije koja se nadovezuje na nedopušteno iskorišćivanje tog položaja;

2. štetan utjecaj na razmjenu i trgovinu između država članica koji se pojavljuje kao poremećaj ili opasnost za međudržavnu trgovinu i

3. da se posljedice zlorabe monopola očituju na zajedničkom europskom tržištu ili na "mjerodavnom dijelu tog tržišta", što će u posljednjem slučaju za svaki konkretni slučaj zahtijevati, kroz opseg, vrijednost, geografsko područje i druge okolnosti, odgovarajuće vrednovanje i presudbu.³⁹

Za razliku od čl. 85, u čl. 86 Rimskih ugovora nije predviđena mogućnost da se putem "izjave o neprimjenljivosti" ili na neki sličan način bilo koji oblik zlorabe, a s njom pridodanog nedopuštenog iskorišćivanja izuzme od predviđene zabrane. To su uvijek nedopuštena činjenja i jedino se može na zahtjev zainteresiranih subjekata isposlovati tzv. "negativni atest" kojim Komisija utvrđuje da nisu nazočni uvjeti iz čl. 86 pa prema tomu da i nema mjesta zabrani određenih postupaka odnosno položaja na tržištu.⁴⁰

2.2. *Hrvatsko pravo natjecanja*

Okosnicu pozitivnog hrvatskog prava konkurencije čine propisi Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (u daljnjem tekstu: ZZTN) i Zakona o trgovini (u daljnjem tekstu: ZT) za koje ustavni temelj čini odredba čl. 49. Ustava RH gdje se izričito propisuje:

"Poduzetnička i tržišna sloboda temelj su gospodarskog ustroja Republike. (st. 1.)

Država osigurava svim poduzetnicima jednak pravni položaj na tržištu. Zabranjeni su monopoli." (st. 2.)

ZZTN govori o pravilima ponašanja i sustavu mjera za zaštitu slobodnog tržišnog natjecanja na tržištu (čl. 1.), time da svoje područje primjene, jednako kao i većina europskih zemalja pojedinačno i naravno Europska Unija u cjelini,⁴¹ ostvaruje pozivom na osobna (personalna), funkcionalna i teritorijalna mjerila (načela).

Prema osobnom mjerilu, ZZTN se primjenjuje na sve poduzetnike koji obavljajući gospodarsku djelatnost sudjeluju u prometu robe i usluga, a to mogu biti trgovačka društva, trgovac pojedinac, obrtnik i druge pravne i fizičke osobe koje se na bilo koji način javljaju sudionicima tog prometa. Tako će se odredbe ZZTN primijeniti i na one pravne i fizičke osobe koje ostvaruju povremeni ili jednokratni promet robe i usluga na tržištu, te, što pak ima posebno značenje, i na pravne i fizičke osobe sa sjedištem odnosno prebivalištem u inozemstvu, ako njihovo sudjelovanje u tomu prometu proizvodi učinak na hrvatskom tržištu.⁴²

Osobni kriteriji moraju se dovesti u svezu s funkcijom odnosno mjerilom funkcionalnosti, a to je gospodarska djelatnost, sudjelovanje u prometu robe i usluga,

³⁹ K. van Miert, *ibid.* s. 24-25.

⁴⁰ Rinck/Schwark, *Wirtschaftsrecht - Wirtschaftsverfassung, Kartellrecht, Wettbewerbsrecht, Wirtschaftsverwaltung*, 6. vollständig neubearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag KG Köln - Berlin - Bonn - München, 1986, s. 160-161.

⁴¹ Rinck/Schwark, *ibid.* s. 131.

⁴² V. Šoljan, *Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja*, Zbornik PFZ 47 (3) 235-289 (1997.), str. 246.

pa i onda kada se to postiže povremenim ili jednokratnim pojavljivanjem u prometu robe i usluga.⁴³

Prema teritorijalnom mjerilu ZZTN svoju primjenu prvenstveno usmjerava na poslove, djelovanja i ugovore učinak kojih se javlja na domaćem tržištu, ali će se njegova primjena protegnuti i izvan tog tržišta ako to proizlazi iz međunarodnih ugovora što ih je potpisala RH kao i kada se na ino-tržištu pojedini poduzetnici ponašaju na način koji šteti interesima drugih domaćih poduzetnika.

Iako ZZTN ne sadrži nekakav "zaprepašujuć" opseg normi (u vrijeme donošenja ZZTN bilo je svega 46 članaka!) zakonodavac je, imajući za uzore rješenja iz usporednog prava, pa i ona iz prava EU koja su donekle naprijed opisana, predvidio određene iznimke na koje se ovdje nazočni propisi neće primjenjivati.⁴⁴

Tako se, prije svega, u čl. 5. st. 1 ZZTN izrijeком isključuje primjena tog zakona na ugovorne odnose između nalogodavatelja s jedne strane i zastupnika odnosno komisionara s druge strane te na odnose u kojima sudjeluju poslodavci i zaposlenici kada su isti odnosi rezultat uređenja kolektivnih ugovora što su sklopljeni između poslodavca i sindikata zaposlenika.

Dok se opisana iznimka u smislu stajališta pravne znanosti ima označiti "apsolutnom iznimkom",⁴⁵ odredba čl. 4. ZZTN može se označiti "relativnom iznimkom", jer se tamo naznačeni subjekti, pravne i fizičke osobe, u određenim slučajevima izuzimaju od propisa ovog zakona. Njihova je zadaća obavljati komunalne djelatnosti, opskrbljivati energijom, vodom, plinom, pružanje telekomunikacijskih usluga i sl. i bez obzira da li su oni u pretežitom državnom vlasništvu i kako su uopće organizirani. Radi se o položaju što ga oni imaju temeljem posebnih zakona (propisa!) ili su posebnim propisima dobili isključivo pravo, koncesiju, baviti se javnim službama. Relativnost ove iznimke sastoji se u tomu što će jedino onda kada bi primjena ZZTN na takve subjekte "priječila obavljanje zadaća koje su im posebnim propisima utvrđene i zbog kojih su te osobe osnovane" (čl. 4. st. 1 in fine). U drugim bi situacijama primjena odredbi ZZTN, a contrario, bila posve moguća i dopuštena. Ovakvom se odredbom naš zakon u cijelosti ugledao na čl. 90 Rimskih ugovora.⁴⁶

⁴³ Čl. 4. i 5. ZZTN određuju iznimke kada se njegove odredbe neće primjenjivati na pravne i fizičke osobe koje se pojavljuju kao obnašatelji javnih službi ili temeljem posebnih propisa odnosno na koje se poslove i ugovore zbog njihove prirode ili pojave izvan područja RH isključuje primjena ZZTN. Čl. 4. ZZTN očito je imao svoj uzor u čl. 90 Rimskih ugovora.

⁴⁴ D. Mlikotin -Tomić, Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, (I dio) Informator 4359/1995., str. 8-9 vrši vrlo utemeljenu podjelu na "apsolutne" i "relativne" iznimke u ZZTN.

⁴⁵ V. Šoljan, *ibid.*, str. 246, I. Gergorić, Prikaz Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, Hrvatska gospodarska revija, veljača/1996. str. 67(221), D. Mlikotin -Tomić, Sporazumi kojima se ograničava slobodno tržišno natjecanje, Pravo u gospodarstvu vol. 37/1998. str. 607, isto i za europsko pravo, W. Möschel, Neuere Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht, u knjizi Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftrecht (U. Everling/K. H. Narjes/J. Schemand/Hrsg.) Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 1993 s. 336

⁴⁶ W. Möschel, *ibid.* s. 336; D. Mlikotin -Tomić, Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, Informator 4359/95. str. 9; V. Šoljan, *ibid.*, str. 255-264.

Nedopušteno tržišno natjecanje nije pojam koga upotrebljava ZZTN, dok Zakon o trgovini rabi izričaj "nepošteno tržišno natjecanje" (Dio četvrti čl. 57.-59. ZT). U ZZTN govori se o "narušavanju slobodnog tržišnog natjecanja" (Dio drugi čl. 6.-26. ZZTN) time da se ovim pojmom obuhvaćaju različiti oblici sprečavanja i ograničavanja poduzetničkih sloboda i djelatnosti poduzetnika u prometu robe i usluga na tržištu. Još konkretnije, ZZTN u čl. 6. razlikuje sporazume čijim se predmetom, svrhom, posljedicom i učinkom ili mogućim učinkom ograničava tržišno natjecanje, zatim monopolističko djelovanje i koncentracije koje stvaraju novi ili jačaju postojeći monopolistički i vladajući položaj.

Valja istaknuti da spomenuta odredba (čl. 6. ZZTN) predstavlja opću zabranu narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja dok se na nekoliko posebnih mjesta (primjerice čl. 7. za sporazume, čl. 13.-20. za monopolističko djelovanje te čl. 21.-24. za koncentracije) nalaze propisi koji preciziraju pojedinačne zabrane odnosno primjere kojima se narušava slobodno tržišno natjecanje.⁴⁷

Bez obzira koliko će poslovna praksa i pravna znanost pristati na ovakvo ili neko drugo razlikovanje zabrana u sustavu zaštite slobodnog tržišnog natjecanja, bit će svakako nužno prihvatiti ona stajališta prisutna u pravnoj znanosti usporednog,⁴⁸ ali i domaćeg prava, po kojima se radi o "novim granicama slobode ugovaranja koje su utvrđene općim i izričitim zabranama sporazuma (ali i monopolističkih djelovanja i koncentracija, op. D.L.) kojima je cilj, posljedica ili mogući učinak ograničavanje tržišnog natjecanja".⁴⁹

Utvrđiti postojanje zabranjenih sporazuma moguće je prosudbom tržišnih uvjeta konkretnog poduzetnika, gdje će se osobito voditi računa o obujmu i raznovrsnosti ponude i potražnje robe i usluga, o brojnosti sudionika (natjecatelja) i njihovom udjelu na tržištu te o načinu opskrbe tržišta i potrošača robom i uslugama.

Monopolističko djelovanje u smislu ZZTN jest svaka zloporaba monopolističkog položaja na tržištu odnosno zloporaba vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu ili na dijelu tržišta.⁵⁰

Koncentracija poduzetnika nastaje pak, priključenjem, povezivanjem, spajanjem ili pripajanjem poduzetnika te stjecanjem većinskog udjela ili većinskog prava odlučivanja sukladno odredbama ZTD i drugim propisima. Ona će biti zabranjena ako se na taj način stvara novi i/ili jača postojeći monopolistički ili vladajući položaj poduzetnika na tržištu i time značajno ili trajno ograničava ili ukida slobodno tržišno natjecanje.⁵¹

⁴⁷ D. Mlikotin -Tomić, Sporazumi kojima se ograničava slobodno tržišno natjecanje, *Pravo u gospodarstvu* vol. 37/1998. str. 599, uvrštava i čl. 6. i čl. 7. ZZTN u "opću zabranu". Doduše, samo kada je riječ o "sporazumima".

⁴⁸ W. Möschel, *ibid.* s. 344-345; Rinck/Schwark, *ibid.* s. 66-67; W. Tilmann, *ibid.*, s. 470-478 i dr.

⁴⁹ D. Mlikotin -Tomić, *ibid.*, str. 598, u istom smislu i V. Šoljan, *ibid.*, str. 249-250.

⁵⁰ D. Mlikotin -Tomić, Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (II dio), *Informator* 4369/96. str. 6, izvodi tezu da pojam monopolsko djelovanje predstavlja ostavštinu socijalizma, dok se monopol i u američkom pravu i u europskom pravu javlja predmetom zakonske regulative jedino ako ima namjeru monopoliziranja odnosno zlouporabu monopolističkog položaja.

⁵¹ V. Šoljan, *ibid.* str. 273; D. Mlikotin -Tomić, Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (III dio), *Informator* 4370/96 str. 11; Rinck/Schwark, *ibid.* s. 136-139.

Za razliku od ZZTN, Zakon o trgovini u svome četvrtom dijelu uređuje nepošteno tržišno natjecanje podrazumijevajući pod tim pojmom "radnje trgovca kojima se radi tržišnog natjecanja povređuju dobri poslovni običaji". Takvo je natjecanje zabranjeno (čl. 57. st. 2. ZT).

Odmah se mora istaći još jedna bitna razlika između ZZTN i ZT kada je riječ o uređenju i zaštiti slobodnog tržišnog natjecanja odnosno obavljanja djelatnosti trgovine i s njom povezanog nepoštenog tržišnog natjecanja. Naime, ZZTN je sustavom zabrana točno označio sve oblike narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja, za razliku od ZT koji svojom odredbom da se nepoštenim tržišnim natjecanjem imaju podrazumijevati "osobito" radnje naznačene u čl. 58. ZT, a moglo bi se reći da ih zakonodavac prepoznaje u ravno 13 situacija, drugim riječima pristup ZZTN bliži je taksativnom, a ZT uz benevolentnost zakonodavca mjerilu "dobri poslovni običaji" primjerenom, egzemplarnom propisivanju i uređenju tamo naznačenih radnji, odnosno i osoba u situacijama koje znače narušavanje slobodnog tržišnog natjecanja odnosno nepoštenog tržišnog natjecanja.

2.3. *Povezana društva i tržišno natjecanje*

Trgovačka društva uopće pa tako i povezana društva imaju za predmet poslovanja obavljanje svake gospodarske i društvene dopuštene djelatnosti. Što će se smatrati dopuštenom djelatnošću kao mjerilo poslužiti će odredba ZTD iz čl. 32. st. 1. gdje stoji: "dopuštena je svaka djelatnost koja nije zakonom zabranjena ili nije suprotna moralu društva", dok će u svakom pojedinom trgovačkom društvu predmet poslovanja biti utvrđen izjavom o osnivanju, društvenim ugovorom odnosno statutom društva (čl. 33. ZTD). Dok se predmet poslovanja može odrediti kao skup djelatnosti kojima se određeno društvo bavi,⁵² taj skup, zbroj dopuštenih djelatnosti koje se ogledaju u poslovnim aktivnostima pojedinog društva uvjetovan je konkretnom svrhom i nakanom izraženom u osnivačkom aktu, a što se onda odražava i kroz zakonsku obvezu upisati takav predmet poslovanja u sudski registar (čl. 34. st. 1. ZTD). Napuštajući doktrinu ultra vires hrvatsko pravo društava priznaje, međutim, za pravovaljane i one poslove koje društvo sklopi i izvan kruga djelatnosti što su kao predmet poslovanja upisane u sudski registar.⁵³

Sloboda obavljanja dopuštenih djelatnosti koju uživa sukladno ZTD svako trgovačko društvo, a to onda znači i povezana društva u cjelini, ostvarit će se u smislu slobodnog natjecanja na tržištu uz poštivanje uvjeta i pravila za sudjelovanje koja vrijede u hrvatskom pozitivnom pravu.⁵⁴

Ovdje se želi, prije svega, naglasiti uloga i položaj povezanih društava s obzirom na zaštitu tržišnog natjecanja, te nije uopće upitno da svako od uvijek pravno

⁵² J. Barbić, *Pravo društava*, str. 303.

⁵³ V. Gorenc, *Trgovačko pravo - društva*, str. 54, isto i J. Barbić, *ibid.*, str. 317-318.

⁵⁴ D. Mlikotin-Tomić, *Uvod u primjenu Zakona tržišnog natjecanja: - koncentracije, "Računovodstvo i financije" 12/95*, str. 114. ukazuje na povezanost hrvatskog i njemačkog prava povezanih društava, tvrdeći da je moguća usporedba, ali ne i znak jednakosti tj. identičnosti nadzora kao elementa kvalifikacije zabranjenih koncentracija.

samostalnih društava koje ulazi u neke od spomenutih vrsta povezanih društava, u okviru svojih sudjelovanja i djelatnosti može na tom istome tržištu narušiti slobodu takvog natjecanja (čl. 6. ZZTN) odnosno počiniti neku od radnji nepoštenog tržišnog natjecanja (čl. 57. i 58. ZT). Zbog toga će se dati naglasak onim postupcima i radnjama koje isključivo ili barem najčešće dolaze od tih povezanih društava.

Kada je riječ o narušavanju slobodnog tržišnog natjecanja, odredbe koje nalazimo u ZZTN, sigurno su za ponašanje povezanih društava od krucijalnog značenja one koje govore o koncentracijama. Radi se o zabranjenim djelatnostima poduzetnika kojima se stvara novi i/ili jača postojeći monopolistički ili vladajući položaj poduzetnika na tržištu, na način da se značajno ili trajno ograničava ili ukida slobodno tržišno natjecanje.

Do koncentracije poduzetnika dolazi priključivanjem, povezivanjem, pripajanjem ili spajanjem poduzetnika te stjecanjem većinskog udjela ili većinskog prava odlučivanja, sukladno odredbama Zakona o trgovačkim društvima i drugim propisima (čl. 21. st. 1. ZZTN). Tek reda radi, valja primijetiti da se hrvatski zakonodavac u stilizaciji naprijed citiranog čl. 21. st. 1. ZZTN nije previše pridržavao upravo onih odredbi ZTD koje govore o povezanim društvima, a o kojima je ovdje pod t. 1 bilo dovoljno govora. Na to upućuje poglavito izriječkom navođenje i "priključivanja" i "povezivanja" te "stjecanje većinskog udjela ili većinskog prava odlučivanja", a zapravo su to sve zajedno vrste i oblici povezanih društava. Moguće se jednoga dana i u hrvatskom pravnom sustavu "dogodi sustavnost"!

Koncentracija kao oblik povezivanja poduzetnika, onako kako je uređuje ZZTN, podliježe ocjeni koju provodi Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (u daljnjem tekstu: Agencija), i to tako što o namjeravanoj koncentraciji pisanu prijavu podnose svi sudionici koncentracije ili samo onaj poduzetnik koji bi provedbom namjeravane koncentracije imao steći prevladavajući (vladajući, op. D.L.) utjecaj.⁵⁵

ZZTN se prilično ugledao na rješenja što ih o koncentraciji sadrži Uredba o slobodi cijena i konkurenciji Europske Unije iz 1996. godine, koja se uobičajeno označava kao Uredba 4064 i zbog koje se praktično na koncentracije više ne primjenjuju čl. 85 i 86 Rimskih ugovora.⁵⁶ Međutim, za razliku od Uredbe 4064, gdje se želi razlikovati dva pozitivna i jedan negativan uvjet,⁵⁷ u odredbama ZZTN može se govoriti samo o dva pozitivna uvjeta kojima se pravi razlika između "dopuštene" i "nedopuštene" koncentracije, ili "mjerila", kako ih se znade nazivati u domaćoj pravnoj literaturi,⁵⁸ dok se ne spominje i "negativni" uvjet, a to je prema Uredbi 4064 nedostatak tzv. "community dimension". Ova se "dimenzija" postiže

⁵⁵ V. Šoljan, *ibid.*, str. 275.; D. Mlikotin -Tomić, *ibid.*, str. 116-117, kao i kod iste autorice, Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (III dio), Informator br. 4370/96. str. 11.

⁵⁶ W. Mörschel, *ibid.* s. 339-344 kao i J. S. Köln, *Zwei Jahre europäische Fusionkontrolle - ausgewählte Zentralfragen und Ausblick*, u istoj knjizi s. 381-383.

⁵⁷ J. S. Köln, *ibid.* s. 385-387.; R. W. Davis, *U.S. and EC Merger Law, Contrast and Convergence*, u istoj knjizi s. 252-255.

⁵⁸ D. Mlikotin -Tomić, *ibid.*, str. 12.

samo u slučajevima kada svaki od sudionika ostvaruje za sebe razinu ukupnog prometa čije su dvije trećine ostvarene unutar jedne od država članica. Jednostavnije rečeno, nije u nadležnosti tijela EU, a poglavito njenog Suda, raspravljati o koncentraciji gdje se javljaju takve vrijednosti ukupnog prometa, jer to je onda stvar konkretne države članice, a ne Unije i njenih tijela.⁵⁹

Dakle, uvjeti koje propisuje ZZTN tiču se samo "namjeravane", a ne i u vrijeme stupanja na snagu istog zakona (a to je bilo 22.07.1995.) postojeće koncentracije, bili bi sljedeći:

1. ukupan godišnji promet svih poduzetnika sudionika koncentracije ostvaren prodajom robe i usluga treba prelaziti iznos od 700,000.000,00 kuna u obračunskom razdoblju koje je prethodilo koncentraciji;

2. ukupan godišnji promet svakog ili najmanje dva poduzetnika sudionika koncentracije ostvaren prodajom robe i usluga treba prelaziti iznos od 90,000.000,00 kuna u obračunskom razdoblju koje je prethodilo koncentraciji.

Prijava namjeravane koncentracije, kako je već spomenuto, podnosi se Agenciji radi ocjene, ali i upisa u upisnik koncentracije koji vodi ista Agencija. ZZTN ne predviđa rok u kome bi se morala podnijeti prijava, što je i razumljivo jer se radi o namjeri provesti koncentraciju pa će u svakom slučaju ista provedba ovisiti o postupku ocjene što ga ima provesti Agencija. Taj postupak, međutim, Agencija treba (dužna je, kako stoji u čl. 23. st. 1. ZZTN) provesti i donijeti ocjenu u roku 60 dana od dana prijave.

Ugledajući se na čl. 5 st. 5 Uredbe 4064 hrvatski je zakonodavac izuzeo od primjene odredaba o koncentraciji, bolje rečeno ne smatra zabranjenom koncentracijom situacije u kojima bankarska i druge financijske organizacije ili osiguravajuća društva, ukoliko je to uključeno u njihovu djelatnost, kupuju i/ili prodaju dionice za svoj račun ili za račun drugih osoba, steknu privremeno dionice, radi daljnje prodaje pod uvjetom da ih u roku 24 mjeseca izlože prodaji.⁶⁰

Kako se u postupku ocjene dopuštenosti odnosno zabrane koncentracije od strane Agencije ne bi pojavljivala arbitrarnost, ZZTN je u čl. 24. naveo koje se sve činjenice imaju utvrditi time da obveza osigurati dokaze o istima (onus probandi) leži na poduzetnicima sudionicima koncentracije.⁶¹

Posebnosti trenutnih potreba u hrvatskoj pravnoj i poslovnoj praksi dolaze do izričaja kroz propis čl. 26. ZZTN, gdje se uređuje davanje mišljenja Agencije na zahtjev Hrvatskog fonda za privatizaciju, da li bi prodaja dionica, odnosno udjela u postupku privatizacije određenom kupcu mogla dovesti do stvaranja koncentracije, koja će onda ograničavajuće utjecati na tržišno natjecanje.⁶²

Nema dvojbe da postupak ocjene namjeravanih koncentracija u našem pravu (zahvaljujući gore opisanim propisima ZZTN, a koje su, što je više puta naglašeno,

⁵⁹ J. S. Köln, *ibid.* s. 389-390.

⁶⁰ J.S. Köln, *ibid.* s. 391, za naše pravo: D. Mlikotin - Tomić, *ibid.*, str. 12. ili V. Šoljan, *ibid.*, str. 277.

⁶¹ I. Gergorić, *ibid.*, str. 223-224(69-70)

⁶² V. Šoljan, *ibid.*, 279-280.

sukladne rješenjima europskog prava), i uz primjenu Pravilnika o načinu vođenja upisnika koncentracija (NN 30/97.) koji pak vrlo detaljno uređuje postupak prijave i ocjene koncentracije, u komu sudjeluju Savjet za zaštitu tržišnog natjecanja i ravnatelj Agencije, ima voditi sustavnoj i objektivnoj pravnoj sigurnosti svih zainteresiranih subjekata na koje se ista može izravno ili neizravno odnositi.⁶³

Poslije koncentracija, bile one dopuštene ili zabranjene, za ponašanje povezanih društava u tržišnom natjecanju svakako su najznačajniji sporazumi o kojima se govori u čl. 7. st. 1. ZZTN. Riječ je o zabranjenim sporazumima kojima je cilj, posljedica ili mogući učinak ograničavanje ili sprečavanje slobodnog tržišnog natjecanja.

Nije teško suglasiti se s već postojećom pravnom teorijom u nas koja upućuje na bitnu sličnost spomenute odredbe ZZTN s čl. 85 Rimskih ugovora,⁶⁴ s obzirom da se u Europskoj Uniji, ranije Zajednici, narušavanje slobodnog tržišnog natjecanja sklapanjem određenih sporazuma već od samog njenog nastanka nije smatralo pravno dopuštenim.⁶⁵

Opća odredba sadržana u čl. 7. st. 1. ZZTN, koja je tek djelomice citirana, zapravo se sastoji od ravno 6 "karakterističnih oblika",⁶⁶ dok se u st. 2. izričito propisuje da su "ništavi sporazumi zabranjeni stavkom 1. ovog članka".

Kao i svaki drugi poduzetnik, i povezana društva mogu u svome pojavljivanju na tržištu, sudjelujući u prometu robe i usluga, biti i sudionikom bilo kojeg od opisanih "karakterističnih oblika" zabranjenih sporazuma. Pa ipak, neka to bude dopušteno ovome autoru potpuno iskreno se očitovati, za povezana društva će najčešće doći u obzir oblici označeni pod točkom 1., 2., 5., 6. u čl. 7. st. 1. ZZTN, što nikako ne znači da su ista povezana društva "imuna" ili isključena od mogućnosti počinuti, odnosno skupiti i druge zabranjene sporazume.

Po prirodi stvari povezana društva često istupaju zajednički i usklađeno na tržištu i u prometu robe i usluga. Tako će izravno ili neizravno utvrđivati cijene robe i usluga, visinu i vrijeme snižavanja ili povećavanja cijena ili će takvim zabranjenim sporazumima dovoditi potrošače u nejednak položaj glede cijena.⁶⁷

Drugi slučaj dogodit će se kada poduzetnici (čitaj: povezana društva!) između sebe dijele tržište ili izvore nabave robe i usluga, što je u praksi povezanih društava više nego čest slučaj.⁶⁸

⁶³ V. Šoljan, *ibid.*, 279.

⁶⁴ V. Šoljan, *ibid.*, 250., isto i D. Mlikotin -Tomić, *Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja* (I dio), *Informator* 4359/95. str. 9, te I. Gergorić, *ibid.*, str. 222(68)

⁶⁵ W. Möschel, *ibid.* s. 331-333., R. W. Davis, *ibid.* s. 258, W. Tilmann, *ibid.* s. 489-490., Rinck/Schwark, *ibid.* s. 100-101.

⁶⁶ Zbog ekonomičnosti upućuje se čitatelja na cjeloviti tekst čl. 7. st. 1. u ZZTN!

⁶⁷ D. Mlikotin -Tomić, *Sporazumi kojima se ograničava slobodno tržišno natjecanje*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 37/1998. str. 603, kod iste autorice, *Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja* (I dio), *Informator* 4359/95. str. 9, isto i V. Šoljan, *ibid.*, str. 252.

⁶⁸ P. Doralt, *Zur Entwicklung eines österreichischen Konzernrechts*, u knjizi *Konzernrecht im Ausland* (M. Lutter, Hrsg.) s. 196-198., ističe, ali u pozitivnom smislu i u granicama dopuštenog takva ponašanja povezanih društava.

Prednosti i razlozi postojanja povezanih društava, uz ostalo, jesu u razvijanju znanstvenih i istraživačkih, tehnoloških i drugih djelatnosti. Ako se poduzetnicima koji nisu sudionici sporazuma sprečava i/ili ograničava sudjelovati u takvim djelatnostima ili primijeniti rezultate tih djelatnosti, odnosno ograničava ili sprečava tehnološki razvitak i investiranje u te svrhe, riječ je o zabranjenim sporazumima.⁶⁹

U negativnom ozračju pojave povezanih društava u prometu robe i usluga, kao zabranjeni sporazumi javljaju se oni gdje se poduzetnicima koji nisu sudionici takvih sporazuma ograničava pristup na tržište ili ih se s toga isključuje.

Bilo bi nepotpuno i izvan načela pravne sigurnosti zadovoljiti se samo s nabrojanjem "karakterističnih oblika" zabranjenih sporazuma iz čl. 7. st. 1. ZZTN i reći: "to je sve dovoljno da bi takvi zabranjeni sporazumi bili ništavi"!

Dapače, kao i u slučaju koncentracija, i ovdje ZZTN traži dodatne činjenice, mjerila kojima se utvrđuje postojanje ograničavanja i/ili sprečavanja slobodnog tržišnog natjecanja. Radi se o propisu čl. 8. ZZTN prema komu će se "uvidom i ocjenom uvjeta na tržištu" utvrditi postojanje takvih ograničenja i/ili sprečavanja slobodnog tržišnog natjecanja, osobito s obzirom na:

1. obujam i raznovrsnost ponude i potražnje robe i usluga
2. brojnost natjecatelja i njihov udio na tržištu i
3. način opskrbe tržišta i potrošača robom i uslugama.

Sporazumi o kojima je riječ, bilo da je riječ o sklopljenim ugovorima ili samo nekim njihovim dijelovima, o izričitim ili prešutnim dogovorima, odlukama udruženja poduzetnika ili usklađenom djelovanju, bit će izuzeti od zakonske zabrane ako se mogu na njih primijeniti odredbe čl. 9., 10. i 11. ZZTN. Naime, u ovim se propisima uređuju iznimke od primjene čl. 7. st. 1. ZZTN, za koje se općenito može reći da koincidiraju rješenjima europskog prava i uopće usporednog prava.⁷⁰

Tako se u čl. 9. st. 1. ZZTN određuje da ne postoji ograničavanje slobodnog tržišnog natjecanja sukladno čl. 7. istog zakona kada sudionici sporazuma ostvaruju ukupan godišnji promet u iznosu manjem od 60,000.000,00 kuna, pod uvjetom da time ne ostvaruju više od 50 % prometa na domaćem tržištu u istoj djelatnosti. Neće se raditi o takvom ograničenju ni u slučaju onih sudionika sporazuma koji kao poduzetnici nemaju udjela većeg od 5 % ostvarenog ukupnog prometa na tržištu, ili nije veći od 25 % ostvarenog ukupnog prometa na dijelu tržišta na kojem učinak sporazuma djeluje (st. 2. čl. 9. ZZTN).

Prema čl. 10. ZZTN ne smatraju se, također, zabranjenim sporazumima oni sporazumi koji sadrže ograničenja s ciljem unapređenja proizvodnje i distribucije robe i usluga, unapređenja tehnološkog i gospodarskog razvitka ili povećanja natjecateljske snage poduzetnika na međunarodnom tržištu.⁷¹

⁶⁹ D. Mlikotin - Tomić, Sporazumi kojima se ograničava slobodno tržišno natjecanje, Pravo u gospodarstvu, vol. 37/1998. str. 602, naglašava da je sva djela iz čl. 7 st. 1. ZZTN kao "imenovana djela" preuzeo hrvatski zakonodavac iz prava EZ (sada EU).

⁷⁰ D. Mlikotin - Tomić, Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (I dio), Informator 4359/95. str. 9, V. Šoljan, ibid., str. 255-257.

⁷¹ D. Mlikotin - Tomić, ibid., str. 9 ukazuje na preuzimanje ove odredbe iz europskog prava. O stanju u europskom pravu glede prve iznimke vidjeti kod Rinck/Schwark, ibid. s. 102-105.

Iznimke od primjene čl. 7. ZZTN nalaze se i u čl. 11., a odredbe tog propisa u našem pravu s obzirom na njihovo nekritično preuzimanje iz europskog prava neki s pravom prosuđuju "nedovoljno preciznim".⁷²

U smislu st.1. čl. 11. ZZTN ne smatraju se zabranjenim sporazumi koji po svojoj prirodi i sadržaju odgovaraju obilježjima ugovora o specijalizaciji, o isključivoj distribuciji, o selektivnoj distribuciji, o isključivoj kupnji, o franchisingu i o istraživanju i razvoju.

Do primjene čl. 7. ZZTN neće doći sukladno st. 2. čl. 11. ako se radi o ugovoru o međusobnoj suradnji, o licenci, patentima i drugim pravima industrijskog vlasništva ako nemaju obilježje tržišnog natjecanja ili su zaštićena posebnim propisima. EU je za svaki od ovih ugovora donijela posebne uredbe i pravilnike kojima se uređuju tzv. grupne iznimke po vrstama ugovora.⁷³

Za hrvatsko pravo predstoji donošenje detaljnih propisa o sadržaju i obilježjima tih sporazuma, čime će otpasti i ona opravdana primjedba da su odredbe čl. 11. ZZTN, a poglavito st. 1. nedovoljno precizne.

Monopolističko djelovanje kako ga podrazumijeva ZZTN jest "zlouporaba monopolističkog ili vladajućeg položaja na tržištu" (čl. 13. ZZTN).

I jedna i druga zlouporaba (monopolističkog ili vladajućeg) položaja zabranjena je (čl. 14. st. 1. i čl. 15. st. 1. ZZTN). U bivšoj zajedničkoj državi spominjao se pojam "monopolistički sporazumi"⁷⁴ dok se u mnogim pravnim sustavima sankcioniranje monopola dovodi u svezu s određenim kombiniranjem ponašanja na tržištu (conduct).⁷⁵

Monopolistički položaj na tržištu jednog poduzetnika javlja se ako takav na tržištu nema takmaca za robu koju kupuje ili prodaje i/ili za usluge koje obavlja. U smislu težišta ovog rada, a to je položaj povezanih društava na slobodnom tržištu, i u natjecanju što se tu javlja, monopolistički se položaj na tržištu javlja kada i više poduzetnika za određene vrste roba i usluga na tržištu međusobno ne ulaze u tržišno natjecanje.

Kada se radi o vladajućem položaju na tržištu u smislu čl. 15. st. 2. ZZTN, u pitanju je poduzetnik koji na cijelom tržištu RH ili na dijelu istoga stoji u nadmoćnom položaju u odnosu na svoje takmace, bilo kao ponuditelj, bilo kao kupac pojedine robe i/ili usluga. To se događa i kada je u pitanju više poduzetnika (st. 3. čl. 15. ZZTN).

Vladajući položaj vezuje se s obzirom na tržišnu snagu poduzetnika pa ZZTN u čl. 18. propisuje mjerila pomoću kojih se ima utvrditi ista snaga.⁷⁶ S druge snage pojam tržišta i dijela tržišta precizno se uređuju u čl. 19. ZZTN.

⁷² V. Šoljan, *ibid.*, str. 261.

⁷³ Rinck/Schwark, *ibid.* s. 103-104., daju vrlo pregledno stanje i primjere dopuštenih i zabranjenih sporazuma.

⁷⁴ Tako npr. Zakon o suzbijanju nelojalne utakmice i monopolističkih sporazuma iz 1974. godine ili Zakon o trgovini iz 1990. godine.

⁷⁵ D. Mlikotin -Tomić, Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (II dio), Informator 4369/96., str. 6.

⁷⁶ I. Gergović, *ibid.*, str. 222-223 (68-69).

U želji da se što je moguće manje pojavljuju nejasnoće, arbitrarnost i odstupanja u primjeni ovih propisa, zakonodavac izričito propisuje da se u slučaju jednog poduzetnika uvijek radi o vladajućem položaju na tržištu ili na dijelu tržišta ako je njegov udio na tom tržištu veći od 30 % (čl. 16. ZZTN). Kada se radi o određivanju vladajućeg položaja više poduzetnika, što bi imalo značiti i položaj povezanih društava na tržištu, predviđeni su rasponi od 50 do više od 80 % udjela na tom tržištu, ovisno o broju poduzetnika (od najmanje dva, do isto tako najmanje 5 poduzetnika).

Konačno, ZZTN predviđa i konkretne radnje, djela koja znače zlouporabu monopolističkog i/ili vladajućeg položaja na tržištu ili dijelu tržišta (čl. 20.). Treba se suglasiti s onim autorima koji ističu da je riječ "... o izboru iz dosadašnjih iskustava i razvoja prava i prakse konkurencije koji prihvaća i uređuje pravo konkurencije EZ (sada EU, op. D.L.) i većine prava novih tržišnih gospodarstava".⁷⁷

Nužno je, na kraju izlaganja o narušavanju slobodnog tržišnog natjecanja, spomenuti da se postupak za utvrđivanje istog narušavanja vodi pred Agencijom koju inače osniva Vlada RH. Zahtjev za pokretanje postupka mogu podnijeti:

1. strukovna i gospodarska udruga poduzetnika
2. udruga potrošača
3. svaka pravna i fizička osoba koja ima pravni interes
4. Vlada Republike Hrvatske i tijela državne uprave
5. ravnatelj Agencije po službenoj dužnosti.

Zanimljivo je istaknuti da je u izvornom zakonskom tekstu čl. 33. st. 1. t. 4. propisivao da je jedino ministar nadležan za trgovinu bio ovlašten pokrenuti postupak pred Agencijom. Nakon stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (N.N. 89/98.) otpala je ova nelogičnost koja nije dopuštala takvu ovlast, primjerice i ministru turizma ili ministru pomorstva, prometa i veza. Sadašnji sadržaj odnosno propis t. 4. istog članka upućuje na to da Vlada RH i druga tijela državne uprave u okviru svojih nadležnosti, mogu pokrenuti ovaj postupak.

Spomenutim zakonskim izmjenama predviđena je i ovlast ravnatelja Agencije da može u tijeku postupka odrediti svojim rješenjem obustavu radnji koje narušavaju slobodno tržišno natjecanje. Mora se raditi o postojanju prijetnje izravnog štetnog učinka zbog čega će se obustaviti svako ono postupanje koje dovodi do štete bilo na strani poduzetnika ili pojedinih područja gospodarstva, bilo na strani potrošača.

Spomenutom zakonskom izmjenom propisano je da Agencija podnosi sudu za prekršaje zahtjev za pokretanje prekršajnoga postupka zajedno s obrazloženim prijedlogom kazne, što ima značiti da će uvijek kada je temeljem rješenja ravnatelja Agencije utvrđena povreda ZZTN doći do podnošenja ovog zahtjeva.

U svojim općim odredbama Zakon o trgovini, pored ostalog, ističe kao svoju svrhu urediti uvjete obavljanja trgovine na domaćem tržištu, obavljanje trgovine u inozemstvu, zaštitne mjere pri uvozu i izvozu, mjere ograničavanje obavljanja trgovine te nepošteno tržišno natjecanje (čl. 1. ZT). Trgovcem se, u smislu čl. 2. st. 1. ZT smatra pravna i fizička osoba koja obavlja djelatnost trgovine, što u smislu odredaba

⁷⁷ D. Mlikotin -Tomić, *ibid.*, str. 7.

ZTD i napuštanja načela ultra vires u hrvatskome pravu⁷⁸ ima značiti da će se odredbe ZT odnositi i na one pravne i fizičke osobe koje u svome predmetu poslovanja nemaju djelatnost trgovine, odnosno tu djelatnost nisu upisale u sudski registar.

Kako je ovdje važno ukazati na položaj povezanih društava koja se javljaju u obavljanju djelatnosti trgovine, a poglavito s motrišta mogućih postupaka koji bi se imali podrazumijevati kao nepošteno tržišno natjecanje, to se o drugim odredbama ZT koje u jednakoj mjeri vrijede za sve osobe što se označuju trgovcem, ovdje neće opširnije govoriti.

ZT poklanja svoj četvrti dio s istim naslovom problemu nedopuštenog tržišnog natjecanja, podrazumijevajući pod tim pojmom "radnje trgovca kojima se radi tržišnog natjecanja povređuju dobri poslovni običaji" (čl. 57. st. 1. ZT).

Ova zakonska odredba zaslužuje pozornost zbog sljedećeg:

Istina, u čl. 4. st. 1 ZT propisano je da se trgovac bavi "trgovinom i uz jednake uvjete na tržištu", i ništa više. To bi, tumačeći ratio legis imalo biti pošteno i slobodno tržišno natjecanje, tim više jer se u st. 2. istog članka određuje kao zabranjeno ponašanje trgovca koje je suprotno dobrim poslovnim običajima, kojim se narušava slobodno tržišno natjecanje te kojim se nanosi šteta potrošačima.

Zakonski izraz "dobri poslovni običaji" sukladan je odredbi čl. 21. st. 1. ZOO pa i onoj iz čl. 143. st. 1. ZOO, premda se u istome ZOO nalazi i odredba o "trgovinskim običajima" (čl. 1107. st. 3. ZOO). Naime, upitno je da li bi bila bolja oznaka i više u suglasju s hrvatskim jezikom i hrvatskom pravnom tradicijom ona koja bi umjesto o "dобрим poslovnim običajima" govorila o "trgovačkim običajima",⁷⁹ tim više jer se i nalazi u propisu koji uređuje djelatnost trgovine!

ZT propisuje, nadalje, da je nepošteno tržišno natjecanje zabranjeno (čl. 57. st. 2. ZT), i ta je odredba u tome dijelu sukladna st. 2. čl. 4. ZT i ne bi bilo problema da se ovdje ne javlja strahovit otklon, gotovo zakonodavni "salto mortale", u odnosu na cjelovit propis čl. 4. st. 2. ZT, a koji se javlja u odredbi čl. 59 st. 2. Riječ je o tomu da u općoj odredbi čl. 4. st. 2. ZT određuje "narušava se slobodno tržišno natjecanje" (zabranjenim ponašanjem trgovca) i time nanosi šteta potrošačima, dok prema čl. 59. st. 2. ZT tužbu za naknadu štete može podnijeti trgovac koji je oštećen te gospodarska komora i drugi oblici udruživanja trgovaca. O potrošačima više nema niti jednog slova, niti jedne riječi!

Što se tiče samih radnji koje se podrazumijevaju nepoštenim tržišnim natjecanjem, a njih je u čl. 58. ZT naznačeno ukupno 13, teško bi se moglo reći da ih ne bi mogla počiniti povezana društva, kao i inače svaki drugi trgovac. Možda bi se ipak moglo ustvrditi da radnje usmjerene na prekid poslovnih odnosa između drugih trgovaca, ili koje sprečavaju ili otežavaju poslovne odnose drugih trgovaca, s obzirom na pojavu, djelovanje i prednosti te utjecaj povezanih društava mogu biti

⁷⁸ V. Gorenc, *Trgovačko pravo - društva*, str. 54, isto i J. Barbić, *ibid.*, str. 317-318.

⁷⁹ A. Goldštajn, *Trgovačko ugovorno pravo*, Zagreb 1991., str. 45-49, isti autor, *Prolegomena Zakonu o obveznim odnosima*, u knjizi *Obvezno pravo*, Prva knjiga, Zagreb 1970., str. 43-48., D. Ledić, *Moderno trgovačko pravo - društva*, Rijeka 1999. (u tisku) str. 29.

njihova izvjesna "specijalnost". To isto, ali doista s velikim oprezom, može biti slučaj s neopravdanim neispunjavanjem ili raskidom ugovora s pojedinim trgovcem (koji ne ulazi u povezano društvo, op. D.L.), da bi se sklopio isti ili povoljniji ugovor s drugim trgovcem (ovoga puta s nekim koji čini to povezano društvo, op. D.L.) te može ući u one radnje koje bi se kao nepoštene tržišno natjecanje mogle najčešće javiti u obavljanju trgovine od strane povezanih društava.

3. Zaključak

Razvitak tržišnog gospodarstva u razdoblju koje je započelo s pojavom liberalnog kapitalizma pa do današnjih dana odvijao se i postojanjem povijesno uvjetovanih odnosa, s današnje točke motrišta više-manje razumljivih. Što je još bitnije, njih se kao ni kotač povijesti uopće, ne može mijenjati ni vratiti u neka bolja rješenja i stanja. Činjenica je da suvremena tržišna gospodarstva ili cjelokupno svjetsko suvremeno tržišno gospodarstvo djeluje pod utjecajem poduzetničke autonomije koja pridonosi razmjeni dobara i/ili usluga, vodeći pri tome računa da se što je moguće više poštuje privatno vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju.⁸⁰ Tržišna se sloboda, međutim, zajedno s poduzetništvom koje u mnogim državama, pa tako i u Republici Hrvatskoj, javlja u ustavom propisanim temeljima gospodarskog ustroja, što se onda u svakodnevnom životu potvrđuje i osigurava, pored ostalog, postojanjem i primjenom većeg ili manjeg broja zakonskih propisa.

Dosljedno tome, stvarajući i oblikujući novi hrvatski pravni sustav, dio pozitivnog prava čine s jedne strane Zakon o trgovačkim društvima, a s druge strane propisi koji uređuju ponašanje gospodarskih subjekata u slobodnom tržišnom natjecanju, a to su ovdje spomenuti i u dobroj mjeri podvrgnuti analizi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja i Zakon o trgovini.

Zbog prijeke potrebe unošenja u naš pravni sustav rješenja i standarda već primijenjenih i prihvaćenih u razvijenim zemljama tržišnog gospodarstva, poglavito europskim zemljama pa i Europskoj Uniji kao cjelini, ne treba čuditi da su i prilikom donošenja ZTD,⁸¹ i prilikom donošenja Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja značajnijim uzorima bila zakonodavna rješenja istih zemalja odnosno europskog prava.⁸²

Povezana društva su tek jedan od mogućih sudionika u tržišnom natjecanju i u njihovu ponašanju često se zahvaćaju interesi brojem većeg i veličinom te snagom utjecanja različitog skupa fizičkih i pravnih osoba. Nema dvojbe, povezana društva u suvremenim gospodarskim tijekovima omogućuju one svrhe povezivanja više, uvijek pravno samostalnih, trgovačkih društava (čl. 473. ZTD), a koje odgovaraju interesima kapitala. Njihovo uređivanje propisima, a to u nas čini ZTD, doprinosi sustavnosti i

⁸⁰ V. Gorenc, *Trgovačko pravo - društva*, str. 10.

⁸¹ D. Ledić, *Povezana društva - začetak hrvatskog prava koncerna*, str. 38., V. Gorenc, *ibid.*, str. 32., J. Barbić, *Pravo društava - knjiga prva*, opći dio, str. 15, 34 i dr.

⁸² D. Mlikotin - Tomić, *Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (I dio)*, Informator 4259/95. str. 8, V. Šoljan, *ibid.*, str. 236.

pravnoj sigurnosti. Vrste i oblici povezivanja podliježu određenim mjerilima, a brine se da od trenutka povezivanja (sklapanjem ugovora, donošenjem odluka nadležnih tijela i sl.) i za cijelo vrijeme trajanja takve veze dobivaju odgovarajuću zaštitu vjerovnici te dioničari odnosno članovi društava.⁸³

U ostvarivanju svrhe i cilja svog postojanja, povezana društva kao i svi drugi poduzetnici, izlaze na tržište, bez obzira koje sve djelatnosti ulaze u njihov predmet poslovanja. Tom prigodom dužna su se i povezana društva pridržavati "pravila ponašanja" koja vrijede za zaštitu slobodnog natjecanja na tržištu (čl. 1. ZZTN) odnosno pridržavati se uvjeta za obavljanje trgovine i drugih djelatnosti kako time ne bi počinili radnje nepoštenog tržišnog natjecanja (čl. 1. ZT).

Upravo zbog takve uloge i djelovanja poduzetnika, pa tako i povezanih društava, na tržištu može nepridržavanje "pravila ponašanja" dovesti do aktiviranja "sustava mjera za zaštitu slobodnog tržišnog natjecanja". Radit će se ili o različitim oblicima sprečavanja i/ili ograničavanja poduzetničkih sloboda, koje se pod zajedničkim imenom narušavanje slobodnog tržišnog natjecanja mogu pojedinačno javiti i to:

1. koncentracije
2. sporazumi
3. monopolističko djelovanje.

Zajedničko svojstvo svakog od ovih oblika narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja jest da su svi oni, pod uvjetima i mjerilima koje propisuje ZZTN, zabranjeni.⁸⁴

U svakom će se slučaju, ako se radi o djelu narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja, u postupku zaštite takvog natjecanja vidno uključiti Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja. Valja se zalagati za takvo tumačenje odgovarajućih odredbi ZZTN prema komu se već pokrenuti postupak za utvrđivanje narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja, na zahtjev ovlaštenih osoba, ne bi mogao obustaviti na prijedlog podnositelja zahtjeva, tim više jer i sama Agencija može ex offo podnijeti takav zahtjev. Ostaje ona primjedba prethodno izražena, da bi, uz ministra nadležnog za trgovinu, pravo na pokretanje ovog postupka trebalo priznati i ministru nadležnom za turizam, pomorstvo, promet i veze te možda i još nekima drugima.

Uskladiti interese i potrebe sudionika u tržišnom natjecanju nije nimalo jednostavno. Natjecanje, i to ono slobodno, predstavlja jednu od pretpostavki uvjeta jednakosti i ravnopravnosti svih pravnih subjekata, a poglavito i potrošača kao krajnjih korisnika roba i usluga što se javljaju na određenom tržištu.⁸⁵ Koliko god ustavne i slične temeljne odredbe, uvodne zakonske i slične proklamacije izgledale jasne i razumljive, u praksi je to ipak sve složenije, teško provedivo i dugotrajnije.⁸⁶

Praksa koja se na polju prava (tržišnog) natjecanja već dugo i vrlo uspješno ostvaruje u pojedinim razvijenim zemljama (npr. SAD izvan Europe), a osobito u

⁸³ V. Filipović - V. Gorenc - Z. Slakoper, *Zakon o trgovačkim društvima s komentarom*, str. 602-612., D. Ledić, *Povezana društva - začetak hrvatskog prava koncerna*, str. 49.

⁸⁴ D. Mlikotin-Tomić, *ibid.*, str. 8-9, I. Gergorić, *ibid.*, str. 221(67).

⁸⁵ K. van Miert, *Die Zukunft der Wettbewerbspolitik in der EU*, Bonn 1998. s. 30-31.

⁸⁶ M. Trifković, *ibid.* str. 32.

okviru Europske Unije, mora biti vodič i za primjenu našeg ZZTN. Kao što se s pravom u vrijeme donošenja ZTD odbacivala svaka primisao kako bi zbog "vlastitih posebnosti i uvjeta" trebalo tražiti vlastiti put u propisivanju prava društava,⁸⁷ tako i u primjeni ZZTN valja odbaciti bilo kakve pritiske i utjecaj politike, gospodarskih subjekata i trećih, kojima bi se umanjila djelotvornost u primjeni zakonskih propisa i postizanju onih ciljeva koje taj zakon, ali i Zakon o trgovini, pa i drugi propisi trebaju pridonijeti u zaštiti tržišnog natjecanja.⁸⁸

Težište proučavanja problematike povezanih društava i zaštite tržišnog natjecanja u ovome radu, najvećim dijelom, upućeno je na ponašanje istih subjekata koja će imati pozitivan učinak. Valja zadovoljiti interese svih subjekata koji se izravno ili neizravno javljaju u mogućim životnim i gospodarskim okolnostima. Bože moj, ako to neće ići na naprijed opisani i očekivani način, zakonodavac je propisao nimalo "neuvjerljive" i "benevolentne" kazne za prekršaje kojima će se kazniti "poduzetnik" (izričaj koji rabi u svojim kaznenim odredbama ZZTN) odnosno "pravna osoba" ili "fizička osoba" (ovo su pak pojmovi kojima se služi ZT). Analizu, strukturu i raspone zapriječenih kazni za pojedine prekršaje bolje je izostaviti makar i iz zaključnih razmatranja na ovome mjestu i sve to prepustiti znanstvenicima i stručnjacima kaznenog prava i kaznenog postupovnog prava i srodnih polja i područja znanosti.

Naravno, kada je riječ o povezanim društvima, ZTD je uspješno izbjegao nedostatke u njihovu uređivanju, koji su se pojavljivali u pravnim sustavima što su bili uzor hrvatskom zakonodavcu, pa dosljedno tome za očekivati je ostvarenje u praksi najvećeg dijela prednosti što se za ta društva u poslovnoj i sudskoj praksi, a ništa manje i u pravnoj znanosti znaju isticati.⁸⁹ U svakom slučaju, svi oni koji su na bilo koji način uključeni u i/ili oko povezanih društava moraju računati s posebnom zainteresiranošću društva i javnosti uopće, pa i nadležnih tijela.⁹⁰ Potvrdu iste zainteresiranosti valja očekivati i u njihovu sudjelovanju u slobodnom tržišnom natjecanju.

⁸⁷ J. Barbić, *Zakon o trgovačkim društvima s uvodnim objašnjenjima*, Zagreb 1993., str. 24.

⁸⁸ V. Šoljan, *ibid.*, str. 287.

⁸⁹ V. Filipović - V. Gorenc - Z. Slakoper, *ibid.* str. 600 i dalje, S. Petrović, *ibid.* str. 147-153., D. Ledić, *Povezana društva*, str. 38-40., K. Hopt, *ibid.* s. 289-292., P. Doralt, *ibid.* s. 196-201. i druga ovdje citirana djela.

⁹⁰ D. Ledić, *Povezano društvo*, str. 50.

Summary

**AFFILIATE SUBJECTS AND PROTECTION OF
COMPETITION**

Entrepreneur, commercial company, small business and other legal and natural persons that conduct economic activities are involved on the market of goods and services in different manners. The fundamental purpose and goal of their existence and activities is to be successful, to gain profit. In achieving this, they meet on the market in, generally, free and fair competition. Unfortunately, sometimes the freedom of competition is violated by prohibited contracting, monopolies and concentration, i.e. by prohibited forms of competition.

Within all the complexities of these activities, the author focuses on affiliate subjects, as regulated by the Law on Commercial Subject, and their role in competition, trying to point out forms and shapes of freedom of competition violations, and unfair market competition, according to Law on Protection of Competition and Law on Trade.

Key words: *affiliate subjects, market competition, contracts, monopoly, concentration, prohibited forms of competition.*

Zusammenfassung

VERBUNDENE UNTERNEHMEN UND FREIER WETTBEWERB

Einzelhändler, Handelsgesellschaft, Handwerker und andere juristische oder natürliche Personen, die Wirtschaftstätigkeiten verrichten, erscheinen im Waren- und Dienstleistungsverkehr auf unterschiedliche Art und Weise. Hauptzweck und Ziel ihres Bestehens und ihrer Tätigkeit ist, einen entsprechenden Erfolg zu erlangen, Profit zu machen. Bei dieser Tätigkeit begegnen sie sich auf dem Markt indem sie in der Regel freien und ehrlichen Wettbewerb realisieren. Leider kommt es auch zur Störung dieses freien Wettbewerbs und zwar in Form verbotener Abmachungen, monopolistischen Wirkens und Konzentration bzw. durch unerlaubten Wettbewerb.

Im ganzen Komplex dieser Tätigkeiten konzentriert sich der Autor auf das Verbundene Unternehmen, das das Gesetz über Handelsgesellschaften reguliert und auf deren Rolle im Wettbewerb indem er versucht auf die Formen und Arten von Störungen des freien Wettbewerbs und unehrlichen Wettbewerbs hinzuweisen, die vom Gesetz über den Schutz des freien Wettbewerbs und Handelsgesetz vorgeschrieben werden.

Schlüsselwörter: *Verbundenes Unternehmen, freier Wettbewerb, Abkommen, Monopol, Konzentration, unerlaubter Wettbewerb.*

Sommario

LE SOCIETÀ COLLEGATE E LA TUTELA DELLA CONCORRENZA

Gli imprenditori, le società commerciali, le piccole attività e le altre persone fisiche e giuridiche che svolgono attività economiche sono coinvolte nel mercato di beni e servizi in differenti modi. Il fondamentale proposito e scopo della loro esistenza e attività è di avere successo, di ottenere profitti. Nel perseguire ciò, essi si incontrano nel mercato, generalmente in libera e corretta concorrenza. Sfortunatamente, talvolta la libertà di concorrenza è violata da accordi vietati, monopoli e concentrazioni, cioè forme vietate di concorrenza.

All'interno di tutte le complessità di tali attività, l'Autore si focalizza sulle società collegate, come regolate dalla Legge sulle società commerciali, e il loro ruolo nella concorrenza, cercando di evidenziare le forme e le figure di violazioni della libertà di concorrenza, e la concorrenza di mercato scorretta, secondo la Legge sulla tutela della concorrenza e la Legge sul commercio.

Parole chiave: società collegate, concorrenza di mercato, accordi, monopoli, concentrazioni, forme vietate di concorrenza.

RAZLIKA IZMEĐU ALKOHOLIČARA POČINITELJA KRVNIH I IMOVINSKIH DELIKATA S OBZIROM NA PREPORUČENU SIGURNOSNU MJERU OBVEZNOG LIJEČENJA OD OVISNOSTI

Dr. sc. Ljiljana Mikšaj-Todorović, izvanredni profesor
Edukacijsko-rehabilitacijski fakultet
Sveučilišta u Zagrebu
Dr. sc. Zvonimir Dujmović,
Ministarstvo unutarnjih poslova,
Visoka policijska škola Zagreb
Mr. sc. Dubravka Hajduk-Džaja,
Zavod za rehabilitaciju Zaječda

UDK: 343.6/7
343.852
613.81
Ur.: 17. lipnja 1999.
Pr.: 7. rujna 1999.
Prethodno priopćenje

U radu se daje pregled objašnjenja povezanosti kriminaliteta i alkohola i brojnih istraživanja ovog problema. Također je izložena problematika koja se odnosi na izricanje sigurnosnih mjera, posebno sigurnosne mjere obveznog liječenja od ovisnosti.

Autori su proveli istraživanje s ciljem ispitivanja razlika između počinitelja krvnih i imovinskih delikata s obzirom na preporuku sudskog vještaka o sigurnosnoj mjeri obveznog liječenja od ovisnosti, na procjenu njihove ubrojivosti i na njihovu alkoholiziranost u vrijeme izvršenja djela. Uzorak čini 209 počinitelja krvnih ($N_1=143$) i imovinskih ($N_2=66$) delikata, koji su vještačeni u Psihijatrijskoj bolnici Vrapče, a čija prva dijagnoza jest alkoholizam.

Rezultati su pokazali da se dvije skupine ispitanika statistički značajno razlikuju u navedenim varijablama. S obzirom na dobivene rezultate, autori raspravljaju o nekim krucijalnim pitanjima vještačenja i izricanja sigurnosnih mjera i daju korisne sugestije.

Ključne riječi: sigurnosna mjera, alkoholizam, kriminalitet.

1. Uvod

Pojavni oblici kriminaliteta koji su povezani s alkoholom vrlo su brojni. Ta je veza složena jer alkoholizam nije opći uzrok kriminaliteta. Sama činjenica da ona postoji nije dovoljna da odredi i značenje alkoholizma kao kriminogenog čimbenika. Još je Pinatel (1958:154) konstatirao da se u pozadini svakoga kaznenog djela nalaze, u različitom odnosu, brojni čimbenici, među kojima i alkoholizam. On se, tako može

javiti kao odlučujući čimbenik izvršenja kaznenog djela, a može, u stjecaju i spletu raznih čimbenika, dati samo određeni, veći ili manji doprinos nastanku kažnjivog ponašanja.

U tom smislu, u literaturi je ponuđeno nekoliko pristupa u objašnjenju relacija alkohola i kriminaliteta. Svi, u osnovi, ukazuju na razlikovanje akutne opijenosti i kroničnog alkoholizma. Akutna opijenost (pijanstvo) vezu s kriminalitetom ostvaruje izravno, što među kriminolozima gotovo da i nije sporno. Svojim utjecajem na ponašanje pojedinca alkohol nesumnjivo poticajno djeluje na činjenje nekih kaznenih djela. Kronični alkoholizam, kojega možemo nazvati posrednim čimbenikom kriminaliteta, razvija se polako. On, prije svega, razorno djeluje na organizam čovjeka, uključujući i živčani sustav, a potom i na psihički i društveni život pojedinca.

Pregledom ranije i suvremene literature vidljivo je da kriminolozi uglavnom istražuju i raščlanjuju tri načina povezanosti kriminaliteta i alkohola.

Prvi se odnosi na to da alkohol može reducirati inhibicije i kod nekih ljudi potaknuti različita patološka, pa i zakonom zabranjena ponašanja. Neki, pak, autori govore da alkohol može pojačati agresiju reducirajući svijest o tome što će se dogoditi ako se ponašaju sukladno trenutnom porivu (Greenfeld, 1988:1). Ova veza dokazuje se brojnim istraživanjima. Tako, primjerice, istraživanje Wolfganga (1958.) pokazuje da ubojstva u kojima je kod počinitelja ili žrtve bio prisutan alkohol uključuju značajno više nasilja i brutalnosti nego ona u kojima ni počinitelj ni žrtva nisu bili pod utjecajem alkohola. Rezultati istraživanja o razbojnicima (Wolcot, prema Petersilia, Greenwood i Lavin, 1977:81) pokazali su da je alkohol u trenutku izvršenja djela bio prisutan kod 71% onih počinitelja koji su djelo učinili iz trenutne pobude, a tek od 44% onih koji su ga planirali.

Drugi način povezanosti između kriminaliteta i alkohola odnosi se na ljude koji su aktivno uključeni u kriminalni život, pa se oslanjaju na alkohol, bilo radi reduciranja anksioznosti, bilo radi dodatnog ohrabrenja za ulazak u djelo koje su planirali (Collins, 1981a, 1981b). Ovo je objašnjenje donekle osporavano jer su neka istraživanja (Pittman, 1974.) pokazala da je teško konzumiranje alkohola zapravo tipično dnevno ponašanje kod svakoga petog osuđenika, što znači da opijanje nije bilo ponašanje kojemu su pribjegli samo prije činjenja kaznenog djela. Ti i takvi rezultati kazuju da je ipak riječ o tzv. problem-alkoholičarima koji povremeno počine kazneno djelo, kad su im inhibicije reducirane alkoholom. Ovome u prilog idu i rezultati istraživanja (Report to the Nation on Crime and Justice, 1988.), u kojem je pronađeno da je gotovo 50% osuđenika svakodnevno konzumiralo veliku količinu alkohola (i to onu koju, inače, na taj način konzumira tek 10% populacije starije od 18 godina). Povrh toga, oko jedna trećina osuđenika svakodnevno je konzumirala alkoholna pića najmanje tijekom jedne godine, prije nego što je počinila kazneno djelo.

Treći pristup u objašnjenju veze između alkohola i kriminaliteta (za razliku od prethodna dva koja kreću od pojedinca) ima široku sociološku osnovu i temelji se na činjenici da različite društvene grupe imaju norme o tome kako bi se trebali ponašati ljudi koji su pod utjecajem alkohola. Među nekima od njih, pijanstvo je viđeno kao "time out" od konvencionalnih zahtjeva. U toj situaciji relaksiranih ponašajnih standarda, agresivno, pa čak i kriminalno ponašanje, može se tolerirati ili očekivati (Ahlstrom - Laakso 1976.; Tomsen 1997.). Za sada je premalo istraživanja

koja se odnose na grupne norme o "pijanom ponašanju" (MacAndrew i Edgerton, 1969.) pa bi ih trebalo intenzivirati jer bi pomogla u oblikovanju odgovora na pitanje: zašto su zloporaba alkohola i kriminalitet unutar različitih grupa međusobno povezani na različite načine?

1.1. Neke dosadašnje kriminološke spoznaje o ulozi alkohola kod činenja krvnih i imovinskih delikata

Prilikom razmatranja uloge zloporabe alkohola kod krvnih i imovinskih delikata treba imati na umu da među ovim deliktima i inače postoje određene bitne razlike. One su vrlo prepoznatljive unutar Chamblissove (1969:360-372) podjele na: instrumentalno ili na cilj-orijentirano ponašanje poput krađe i ekspresivno ponašanje koje rezultira iz unutarnjih potreba počinitelja, kao što je nasilni ispad ili eksces koji može dovesti i do ubojstva. To razlikovanje, dakako, nije uvijek lako načiniti, ali daje opću orijentaciju, što potvrđuju i rezultati istraživanja.

Da je kod ubojstava i tjelesnih povreda uglavnom riječ o ekspresivnom ponašanju prilikom činenja kaznenog djela, potvrđuju rezultati brojnih istraživanja. Ubojstvo se, recimo, češće događa između počinitelja i žrtve koji su se otprije poznavali. Federal Bureau of Investigation (1990:12) utvrdio je da su u 14,6% slučajeva počinitelj i žrtva članovi iste obitelji, a u 38% ljubavnici ili prijatelji: kad se isključe ona kaznena djela u kojima taj odnos nije poznat, proistječe da je odnos kaznenih djela ubojstva u kojima su se počinitelj i žrtva od ranije poznavali i onih u kojima su bili stranci 4:1. Istraživači posebnu pozornost posvećuju ubojstvima u kojima su supružnici u ulogama počinitelja i žrtve. Godine 1958. Wolfgangovo istraživanje pokazalo je da žene podjednako ubijaju svoje supružnike kao i oni njih.

Lundsgaarde (1977:54) je u 1969. godini konstatirao da je broj žena koje su ubile supružnike dvostruko veći nego obratno. FBI (1990:12) je u 1989. godini potvrdio ovaj podatak otkrivši da je u 2,4% svih ubojstava suprug ubio suprugu, a u 4,1% obratno. Konstatirano je da žene, češće nego muškarci, čine ovo kazneno djelo na štetu ljudi s kojima su intimne. Dodatno tome, rezultati istraživanja (Maxfield 1989; Block 1987:3-4) pokazuju da čak 69% svih ubojstava započinje svađom ili tučnjavom, a tek 1% su, primjerice, naručena ubojstva, u kojem se slučaju ubojstvo može smatrati instrumentalnim ponašanjem.

Kad je u pitanju tjelesna povreda, mnogi autori nedvosmisleno ukazuju da je prije svega riječ o nasilju u obitelji, što za službene statistike ostaje skriveno (Gelles i Straus, 1988.). Te statistike kažu da tjelesne povrede u 33% slučajeva uključuju ljubavnike, susjede i prijatelje, a u 14,3% članove iste obitelji (Curtis, 1974.).

Suprotno navedenom, imovinski delikti najčešće spadaju u tzv. instrumentalno ponašanje. Utvrđeno je da se krađa najčešće planira unaprijed i planiraju je ne samo profesionalci nego i početnici (Cameron 1964.). Ponekad djelo nije planirano, već je počinitelj doveden u napast da ukrade nezaštićenu imovinu (nezaključan bicikl, kaput na vješalici u restoranu), ali je i dalje riječ o djelu orijentiranom na cilj. Uostalom, Hindelang (1976:12) je utvrdio da su u 90% slučajeva, počinitelj krađe i njegova žrtva potpuni stranci. Slično vrijedi i za provale koje se najčešće pažljivo planiraju; studira se arhitektura kuće, alarmni sustav i slično (Letkemann 1973.). Iako je kod ovih kaznenih djela utvrđeno da su ih u 42% slučajeva počinili rođaci ili prijatelji

žrtve, vjerojatnije je da je počinitelj više motiviran imovinom koju može otuđiti nego osobnim odnosom prema žrtvi.

Pregledom literature nedvojbeno je da kriminolozi najveću pozornost poklanjaju kriminogenom značenju alkohola kod nasilničkih delikata. Brojni autori, temeljem analiza podataka i pregleda literature, smatraju da alkohol ima najvažniji utjecaj na činjenje ubojstava, tjelesnih povreda i seksualnih delikata (Singer, 1994:649, 651; Greenberg 1981.; Report to the Nation on Crime and Justice 1988:50; Adler, Mueller, Laufer 1991:326), a potom i kod incesta, te zlostave djece (Gebhard 1965.; McCaghy 1967., 1968.).

Znatno manji broj autora ovom redoslijedu pripaja imovinske delikte, a ako da, onda je riječ o razbojstvu u čije činjenje je ionako uključeno nasilje (Wilcot, prema Petersilia i sur. 1977:81; Dujmović, Mikšaj - Todorović 1996.). Od svih dostupnih, samo je jedno istraživanje (Bureau of Justice Statistics, January, 1983:1) pokazalo da neznatno viši udio počinitelja imovinskih delikata konzumira alkohol prije činjenja djela, u odnosu na počinitelje nasilničkih delikata, te da se to posebice odnosi na provalnike.

I napokon, posebnu pozornost utjecaju alkohola na kriminalitet poklanjaju autori koji se bave prometnim deliktima (Singer 1994:651; Adler, Mueller, Laufer 1991:326).

U istraživačkom dijelu ovog rada bavimo se počiniteljima krvnih i imovinskih delikata. Kriminalitet prvih, sudeći prema prethodno navedenim podacima, najuže je povezan sa zlouporabom alkohola, a kod potonjih alkohol igra određenu ulogu, ali ona nije toliko detaljno raščlanjivana. U oba slučaja riječ je o djelima iz područja općeg kriminaliteta, čija je društvena opasnost velika pa je i njegova generalna i specijalna prevencija od posebnog značenja.

1.2. Sigurnosne mjere

Sigurnosne mjere su posebna kategorija kaznenopravnih sankcija koje nisu zamišljene kao zlo za počinitelja, već im je svrha da se njima otkloni određena opasna situacija koja proizlazi iz ličnosti počinitelja i njegove okoline (Zlatarić, Damaška, 1966:163). Ove se mjere, kao samostalne kaznenopravne sankcije pojavljuju u kaznenom pravu početkom 20. stoljeća kao rezultat određenih novih teorijskih postavki o temeljnim pitanjima kaznenog prava (Pavišić, Grozdanić 1996:135), a posebice one - da sama kazna ne može ostvariti svrhu suzbijanja kriminaliteta. Uz nju, potrebne su i druge kaznene sankcije kao reakcija društva protiv ponašanja kojima se povređuju ili ugrožavaju vrijednosti zaštićene kaznenim pravom. U suvremenom kaznenom pravu opće je prihvaćeno stajalište da se kaznom ne mogu postići svi ciljevi kazneno pravne zaštite od kriminaliteta.

U početku primjene sigurnosnih mjera osnova se nalazila u opasnom stanju koje postoji kod nekih kategorija počinitelja kaznenih djela kod kojih postoje psihičke abnormalnosti ili su skloni delinkventnim ponašanjima. Kasnije, pod utjecajem kriminoloških spoznaja o etiologiji kriminaliteta, umjesto opasnog stanja počinitelja, osnova za primjenu sigurnosnih mjera postaje opasnost od ponovnog činjenja kaznenih djela. Zbog toga danas sigurnosne mjere imaju naglašen preventivni karakter i usmjerene su na ostvarivanje kaznenopravne zaštite u slučajevima u kojima se ta zaštita ne može ostvariti kaznom kao izričito represivnom sankcijom. Međutim,

preventivno djelovanje sigurnosnih mjera nema eliminacijski ili izolacijski karakter. Kazneni zakon (Narodne novine, br. 110, 21. listopada 1997.), poznaje šest sigurnosnih mjera: obvezno psihijatrijsko liječenje, obvezno liječenje od ovisnosti, zabrana obavljanja zvanja, djelatnosti ili dužnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom, protjerivanje stranca iz zemlje i oduzimanje predmeta (čl. 73.).

Svrha sigurnosnih mjera je "da se njihovom primjenom otklanjaju uvjeti koji omogućavaju ili poticajno djeluju na počinjenje kaznenog djela" (čl. 74.).

Kaznenopravne sankcije mogu se izreći samo prema počinitelju koji je kriv, što znači da je to i prvi opći uvjet za primjenu sigurnosne mjere. Kazneni je zakon napustio mogućnost primjene bilo koje kaznenopravne sankcije prema počinitelju koji nije kriv, pa i prema onom koji je postupao u neubrojivom stanju. Ubrojivost je jedan od uvjeta kaznene odgovornosti, što znači da se kod utvrđivanja kaznene odgovornosti mora postaviti pitanje je li određena osoba u vrijeme ostvarivanja zakonskih obilježja kaznenog djela bila ubrojiva, tj. je li mogla nesmetano, potpuno i pravilno rasuđivati i odlučivati. Utvrđivanje ubrojivosti poduzima se samo ako se pojavi sumnja da je ona u vrijeme izvršenja djela bila isključena ili smanjena. Novi Kazneni zakon prihvatio je "engleski model" (Konačni prijedlog Kaznenog zakona, 1997:157) po kojemu neubrojiva osoba ne spada u nadležnost kaznenog prava nego se prepušta medicinskom tretmanu pod uvjetima Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (Narodne novine, br. 111 od 22. listopada 1997.).

Utvrđivanje ubrojivosti temelji se na medicinskom kriteriju, koji utvrđuje uzrok nesposobnosti počinitelja kaznenog djela da shvati značaj svog djela ili nemogućnosti da upravlja svojim postupcima, i na pravnom kriteriju, koji utvrđuje nesposobnost počinitelja da shvati značaj djela ili nemogućnost upravljanja svojim postupcima (Mihaljević, 1980:159).

Međutim, ne smatra se neubrojivim počinitelj koji se svojom krivnjom doveo u stanje u kojem nije mogao shvatiti značenje svog postupanja ili nije mogao vladati svojom voljom, uporabom alkohola, droga ili drugih sredstava ako je u vrijeme kad se dovodio u takvo stanje, kazneno djelo što ga je počinio bilo obuhvaćeno njegovom namjerom ili je glede toga kaznenog djela kod njega postojao nehaj (čl. 41). Dakle, moguće je da postoji kaznena odgovornost počinitelja ako je kazneno djelo počinio u stanju neubrojivosti, ali pod uvjetom da je počinjenje tog kaznenog djela posljedica jedne počiniteljeve prethodne radnje i da je njenim poduzimanjem postupao s namjerom ili iz nehaja. Za odgovornost je bitno da je počinitelj ostvario uzrok posljedice, a stavljanje u neubrojivo stanje je uzrok ako je kod toga ostvarena posljedica s umišljajem ili iz nehata. Umišljaj, odnosno nehat počinitelja treba se odnositi na bitna obilježja određenoga kaznenog djela, iako ne i na pojedinosti (Mihaljević, 1980:163). Pravilo da se odgovornost za samoskrivljenu neubrojivost uvijek ocjenjuje u odnosu na konkretno kazneno djelo, treba imati u vidu i vještak psihijatar. Za očekivati je da će sud u naredbi za vještačenje postaviti najkonkretniji zahtjev vještaku da on u svom nalazu i mišljenju odgovori na pitanje je li okrivljenikova intelektualna i voluntaristička moć u odnosu na konkretno djelo bila isključena. U slučaju pozitivnog odgovora to će dovesti do odgovornosti za samoskrivljenu neubrojivost.

Zahtjev sudova sadrži i zahtjev za utvrđivanjem uvjeta koji predstavljaju osnovu za izricanje mjere sigurnosti. Krivnja za počinjeno djelo samo je povod za primjenu

sigurnosne mjere. Može se raditi bilo o kojemu kaznenom djelu, iako ocjena opasnosti počinitelja za okolinu u velikoj mjeri zavisi upravo od toga koje je kazneno djelo počinjeno.

Drugi opći uvjet za primjenu sigurnosne mjere jest opasnost počinitelja koja se očituje u vjerojatnosti ponovnog činjenja kaznenih djela. Utvrđivanje uvjeta koji omogućavaju ili poticajno djeluju na počinitelja da počini novo kazneno djelo jest prognoza budućeg ponašanja počinitelja kaznenog djela. Za takvu prognozu kazneni sud mora koristiti pomoć vještaka.

1.3. Sigurnosna mjera obveznog liječenja od ovisnosti

Sigurnosna mjera obveznog liječenja od ovisnosti (čl. 76.) primjenjuje se prema počinitelju koji je kazneno djelo počinio isključivo (Konačni prijedlog Kaznenog zakona, 1997:171) pod odlučujućim djelovanjem ovisnosti od alkohola ili opojnih droga, a postoji opasnost da će zbog te ovisnosti nastaviti s činjenjem kaznenih djela.

Rješenjem novoga Kaznenog zakona došlo je do ograničenja mogućnosti primjene u odnosu na dosadašnji Zakon koji je sadržavao odredbu da se sigurnosna mjera može izreći ako je kazneno djelo počinjeno zbog ovisnosti. Po novom Zakonu "može se primijeniti prema počinitelju koji je kazneno djelo počinio pod odlučujućim djelovanjem ovisnosti". Prema novoj formulaciji traži se mnogo izravnije djelovanje ovisnosti na počinjenje kaznenog djela, s tim da to djelovanje mora biti odlučujuće (Horvatić, 1997:292).

Za primjenu ove sigurnosne mjere potrebno je utvrditi da se počinitelj kažnjivo ponašao "pod djelovanjem" ovisnosti, odnosno da je počinitelj prilikom izvršenja kaznenog djela bio u teško pijanom stanju (ali ne i neubrojiv) ili u apstinencijskoj krizi. Horvatić (1997:292) navodi da se pod pojmom djelovanja trebaju smatrati i druge životne situacije u kojima je "gotovo sigurno da ne bi počinio kazneno djelo da nije ovisnik i da najvjerojatnije ne bi počinio upravo određeno kazneno djelo da nije bio pod odlučujućim djelovanjem ovisnosti."

2. Cilj istraživanja i hipoteze

Uloga alkohola pri činjenju krvnih i imovinskih delikata različita je jer se i ti delikti međusobno razlikuju. Ova kaznena djela mogu počinuti osobe koje nisu alkoholičari, ali su u vrijeme izvršenja kaznenog djela bile u alkoholiziranom stanju, ili pak osobe koje jesu alkoholičari, a u vrijeme izvršenja djela mogle su, ali ne nužno, biti u takvom stanju.

Stoga smo u ovom istraživanju uzeli u obzir samo počinitelje krvnih i imovinskih delikata čija je prva dijagnoza alkoholizam, s ciljem da ispitamo postoji li među njima razlika s obzirom na preporučenu mjeru sigurnosti obveznog liječenja alkoholičara i narkomana (kako se nazivala u vrijeme provedbe istraživanja). Kako će ta preporuka zasigurno ovisiti o procjeni ubrojivosti počinitelja, kao i činjenici jesu li oni u vrijeme činjenja djela bili u alkoholiziranom stanju, ove su varijable također uzete u obzir prilikom pronalazjenja razlika između počinitelja krvnih i imovinskih delikata.

Sukladno dosadašnjim kriminološkim spoznajama prema kojima su nasilnički (posebice krvni) delikti češće u izravnoj vezi sa zloporabom alkohola od strane

počinitelja, mogle bi se očekivati razlike u smislu statistički značajno češćeg predlaganja navedene mjere sigurnosti od strane vještaka prema počiniteljima krvnih delikata. Međutim, kako je u ovom radu riječ o počiniteljima različitih delikata, a svima je prva dijagnoza alkoholizam, ovo očekivanje ne mora biti realno.

U radu se polazi od tri hipoteze:

H1 - ne postoji statistički značajna razlika između alkoholičara, počinitelja krvnih i imovinskih delikata s obzirom na preporučenu sigurnosnu mjeru obveznog liječenja alkoholičara i narkomana od strane sudskog vještaka;

H2 - ne postoji statistički značajna razlika između alkoholičara, počinitelja krvnih i imovinskih delikata s obzirom na procjenu njihove uračunljivosti (ubrojivosti);

H3 - ne postoji statistički značajna razlika između alkoholičara, počinitelja krvnih i imovinskih delikata s obzirom na njihovu alkoholiziranost u vrijeme izvršenja djela.

3. Metode rada

3.1. Uzorak ispitanika

Uzorak čini 209 počinitelja krvnih (N1=143) i imovinskih (N2=66) delikata, koji su u razdoblju od 01.01.1990. do 31.12.1995. godine podvrgnuti vještačenju u psihijatrijskoj bolnici Vrapče. Istraživanjem su obuhvaćeni svi ispitanici kod kojih je alkoholizam utvrđen kao prva dijagnostička kategorija, izuzev kad je uz nju bila prisutna dijagnoza shizofrenije ili manično depresivne psihoze.

Subuzorak ispitanika počinitelja krvnih delikata najvećim dijelom čine počinitelji ubojstva (50,3%) i ubojstva u pokušaju (36,4%), a slijede počinitelji teške tjelesne povrede (9,1%), lake tjelesne povrede (2,8%) i ubojstva na mah (1,4%).

Subuzorak ispitanika počinitelja imovinskih delikata čini 40,9% počinitelja krađe, 22% počinitelja teške krađe, 21,2% počinitelja razbojništva, 7,6% počinitelja razbojničke krađe, 4,6% počinitelja sitne krađe, te 3% počinitelja prevare.

3.2. Uzorak varijabli

Podaci su dobiveni analizom ekspertiza, psihijatrijskih i psiholoških nalaza i mišljenja o duševnom stanju, koje se nalaze u Centru za forenzičnu psihijatriju Psihijatrijske bolnice Vrapče, te su sistematizirani pomoću posebno konstruiranog Upitnika o psiho-socijalnim i kriminološkim obilježjima. Za potrebe ovog rada izdvojene su četiri varijable:

1. Vrsta delikta
 1. krvni delikt
 2. imovinski delikt
2. Sigurnosna mjera obveznog liječenja alkoholičara i narkomana
 1. preporuča se
 2. ne preporuča se
3. Uračunljivost
 1. uračunljiv
 2. smanjeno uračunljiv, ali ne bitno

3. bitno smanjeno uračunljiv
4. neuračunljiv
4. Alkoholiziranost u vrijeme izvršenja djela
 1. ne
 2. da
 3. nije utvrđeno

3.3. Metoda obrade podataka

Uz izračunavanje apsolutnih i relativnih frekvencija po kategorijama svih varijabli za potrebe deskriptivne analize, u ovom radu primijenjena je i metoda hi-kvadrat testa za nezavisne uzorke kojom se testira razlika među ispitanicima koji su počinili imovinske ili krvne delikte s obzirom na preporučenu mjeru sigurnosti, ubrojivost i alkoholiziranost u vrijeme činjenja djela. Kao kritična vrijednost statističke značajnosti uzeta je vjerojatnost pogreške manja od 5% ($P < .05$). Visina korelacije među varijablama prikazana je koeficijentom kontingencije C.

4. Rezultati

Iz tablice 1 vidljivo je da je vještak preporučio sigurnosnu mjeru obveznog liječenja alkoholičara kod 89,5% ispitanika.

Tablica 1 **Vrsta delikta - Sigurnosna mjera obveznog liječenja alkoholičara i narkomana**

Sigurnosna mjera

Vrsta delikta	ne	da	Svega
Krvni delikti	11	132	143
%	7,7	92,3	68,4
	50,0	70,6	
Imovinski delikti	11	55	66
	16,7	83,3	31,6
	50,0	29,4	
<i>Ukupno</i>	22	187	209
	10,5	89,5	100,0

$$\begin{aligned} \text{Hi - kvadrat} &= 3.8616 & P &= 0.0494 \\ \text{df} &= 1 & C &= 0.1347 \end{aligned}$$

Statistički parametri pokazuju da je veza među varijablama, iako niska, statistički značajna, čime se postavljena hipoteza odbacuje. Vještak je češće (u 92,3% slučajeva)

preporučio navedenu sigurnosnu mjeru počiniteljima krvnih delikata nego počiniteljima imovinskih delikata (u 83,3% slučajeva).

Temeljem tablice 2 može se zamijetiti da je od ispitanika, bez obzira na vrstu počinjenoga kaznenog djela, uračunljivima procijenjeno tek 8 ili 3,8% i to su uglavnom (njih 7) počinitelji imovinskih delikata. S druge strane, samo je troje procijenjeno neuračunljivima (1,4%), a svi su počinili neki krvni delikt. Drugim riječima, ispitanici su uglavnom (94,8%) procijenjeni smanjeno ili bitno smanjeno uračunljivima (što prema čl. 42. Kaznenog zakona, koji je stupio na snagu 01.01.1998., čini jedinstvenu kategoriju smanjeno ubrojivih).

Tablica 2 **Vrsta delikta - Uračunljivost (Ubrojivost)**

Uračunljivost (Ubrojivost)

Vrsta delikta	Uračunljiv	Smanjeno	Bitno	Neuračunljiv	Svega
Krvni delikti	1	47	92	3	143
	0,7	32,9	64,3	2,1	68,4
	12,5	50,0	88,5	100,0	
Imovinski delikti	7	47	12	0	66
	10,6	71,2	18,2	0,0	31,6
	87,5	50,0	11,5	0,0	
<i>Ukupno</i>	8	94	104	3	209
	3,8	45,0	49,8	1,4	100,0

Hi - kvadrat = 47.0573 P = 0.0000
df = 3 C = 0.4287

Postoji statistički značajna razlika između alkoholičara, počinitelja krvnih i imovinskih delikata s obzirom na procjenu njihove uračunljivosti. Veza među varijablama je srednje visine. Te parametre, međutim, treba interpretirati s oprezom zbog niskih frekvencija na krajnjim kategorijama varijable "Ubrojivost" u oba subuzorka, koje su već prokomentirane.

Što se tiče srednjih kategorija (smanjeno i bitno smanjeno uračunljiv), može se konstatirati da se u njima nalazi 97,2% svih počinitelja krvnih i 89,4% svih počinitelja imovinskih delikata.

Tablica 3 pokazuje da je u vrijeme činjenja kaznenog djela 85,2% ispitanika bilo u alkoholiziranom stanju, dok se za 4,8% (a sve su to počinitelji imovinskih delikata) to nije moglo utvrditi.

Tablica 3 Vrsta delikta - Alkoholiziranost u vrijeme izvršenja djela

Alkoholiziranost u vrijeme izvršenja djela

Vrsta delikta	Ne	Da	Nije utvrđeno	Svega
Krvni delikti	2	142	0	143
	1,4	98,6	0,0	68,4
	9,5	79,2	0,0	
Imovinski delikti	19	37	10	66
	28,8	56,1	15,2	31,6
	90,5	20,8	100,0	
Ukupno	21	178	10	209
	10,0	85,2	4,8	100,0

$$\begin{aligned} \text{Hi - kvadrat} &= 64,9771 & P &= 0,0000 \\ \text{df} &= 2 & C &= 0,4870 \end{aligned}$$

S obzirom na alkoholiziranost u vrijeme izvršenja djela počinitelji krvnih i imovinskih delikata statistički se značajno razlikuju, a veza među varijablama je srednje visine. Čak 98,6% počinitelja krvnih delikata te 56,1% počinitelja imovinskih delikata u vrijeme izvršenja djela bilo je pod utjecajem alkohola.

Uzimajući u obzir metodološke teškoće koje se odnose na niske frekvencije, dobiveni podaci omogućuju zaključak da se i preostale dvije hipoteze mogu odbaciti.

5. Diskusija

Dobiveni rezultati određeni su, prije svega, brojem i vrstom slučajeva u kojima sudovi određuju psihijatrijsko vještačenje počinitelja za koje posumnjaju da su u vrijeme izvršenja kaznenog djela zbog zlorabe alkohola bili nebrojivi ili smanjeno ubrojivi. Broj i vrstu tih slučajeva, nažalost, ne možemo navesti jer takvu evidenciju sudovi uglavnom ne vode, niti je možemo naći u sudskoj statistici. Mihaljević (1980:170) ističe da se kod kaznenih djela ubojstva takva vještačenja provode gotovo u svim predmetima, a u velikom broju i kod teških tjelesnih povreda kvalificiranih smrću, zatim kod kaznenih djela silovanja, obljube s djetetom i najtežih oblika protuprirodnog bluda. Stoga počinitelji krvnih delikata u našem istraživanju najvjerojatnije predstavljaju tipičnu populaciju počinitelja krvnih delikata, dok su ispitanici, počinitelji imovinskih delikata, relativno jasno definirana podskupina populacije imovinskih delinkvenata. To tim prije što je u Republici Hrvatskoj (prema statistikama Ministarstva unutarnjih poslova) godišnje, među svim prijavljenima oko 7% počinitelja krvnih delikata, a preko 40% počinitelja imovinskih delikata.

S obzirom na navedeno, dobivene razlike među ispitivanim skupinama (počinitelji krvnih delikata statistički češće su u vrijeme izvršenja djela bili alkoholizirani i/ili smanjeno odnosno bitno smanjeno uračunljivi, a isto tako im je češće izricana i narečena sigurnosna mjera), potvrđuju kriminološke spoznaje o izravnijem utjecaju zlorabe alkohola kod činjenja krvnih nego kod činjenja imovinskih delikata.

Sljedeće pitanje koje se postavlja jest u kojoj će mjeri sud prihvatiti preporuku vještaka za izricanje sigurnosne mjere obveznog liječenja od ovisnosti i o čemu će sve, pri tome, voditi računa. Ona se, naime, provodi za vrijeme izvršenja kazne zatvora, ili uz zamjenu za kaznu zatvora ili uz uvjetnu osudu. Mjera traje do prestanka razloga zbog kojih je izrečena, ali u svakom slučaju do prestanka izvršenja kazne zatvora i proteka roka provjeravanja primjenom uvjetne osude te izvršenjem obveza zamjene kazne zatvora radom za opće dobro. U svim slučajevima obvezno liječenje od ovisnosti ne može trajati dulje od tri godine. Prema našim podacima, ova je mjera preporučena za gotovo 90% ispitanika. Kojima od njih će ona stvarno biti izrečena nemoguće je izračunati, pa niti procijeniti jer se statistički takve vrste podataka pri sudovima ne vode. U sudskim su se statistikama evidentirali podaci samo o pravomoćno izrečenoj "mjeri sigurnosti obveznog liječenja od alkoholizma i narkomanije"^{*}, a nema statistika koje ukazuju na odnos između broja sudskih naredbi, nalaza i mišljenja vještaka i konačnog ishoda u odnosu na spomenutu mjeru. Također nije poznato vodi li sud pri donošenju konačne odluke računa o tome gdje će se sigurnosna mjera izvršavati, odnosno postoje li kapaciteti i programi za njeno izvršenje. Primjerice, u kaznenim zavodima u Republici Hrvatskoj ovu mjeru izvršavaju djelatnici različite temeljne izobrazbe, koji su, u najboljem slučaju, završili neki tečaj iz alkoholologije ili tretmana alkoholičara, kojih ishodišnu točku čine principi terapijske zajednice, a koji nikako ne odgovaraju (čak su suprotni) uvjetima u kaznenim zavodima. Ne treba ni spominjati da u domaćoj literaturi nema ni jednoga znanstvenoga ili stručnog rada u kojemu bi se takvi programi opisali i gdje bi se vrednovao njihov učinak.

Detaljnijom raščlambom podataka lako se može izračunati da u 7% slučajeva u kojima su počinitelji krvnih delikata u vrijeme izvršenja djela bili (bitno) smanjeno uračunljivi ili neuračunljivi, te u 6,3% slučajeva u kojima su u to vrijeme bili alkoholizirani, vještaci ipak nisu preporučili sigurnosnu mjeru o kojoj je riječ. Ovi su

* U razdoblju od 1991. do 1995. godine sudovi u Republici Hrvatskoj izrekli su punoljetnim osuđenim osobama 8090 mjera sigurnosti ili prosječno, 1618 mjera sigurnosti godišnje. Daleko najizricanije mjere sigurnosti bile su: zabrana upravljanja motornim vozilom (4813) i oduzimanje predmeta (1612). Slijede mjera sigurnosti obaveznog liječenja alkoholičara i narkomana (981 ili 196 godišnje), protjerivanje stranca iz zemlje (389), zabrana vršenja poziva (170), psihijatrijsko liječenje u zdravstvenoj ustanovi (76) i mjera sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja na slobodi. U razdoblju od pet godina (1991.-1995.) od ukupnog broja izrečenih sigurnosnih mjera obaveznog liječenja alkoholičara i narkomana (981), 302 mjere ili 30,8% izrečeno je punoljetnim osuđenim osobama za kaznena djela protiv života i tijela, a 384 mjere sigurnosti ili 39,2%, punoljetnim osobama za kaznena djela protiv društvene i privatne imovine.

Izvor: Punoljetni počinitelji kaznenih djela, optužbe i osude u 1996. godini. Statistička izvješća 1043, Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, Zagreb, 1997., str. 42.

slučajevi vrlo zanimljivi i bilo bi dobro zasebno ih opisati jer je vještak, očito, neke druge kriterije za izricanje mjere sigurnosti pretpostavio utvrđenoj alkoholiziranosti i (bitno) smanjenoj uračunljivosti ili neuračunljivosti u vrijeme izvršenja djela.

Što se tiče uračunljivosti, sličan omjer vidljiv je i kod počinitelja imovinskih delikata. Zamijećeno je, nadalje, da je kod njih mjera sigurnosti preporučena u relativno daleko većem udjelu (83,3%) nego što su počinitelji bili alkoholizirani u vrijeme izvršenja djela (56,1%). Ovo ide u prilog ispravnosti promjena u Kaznenom zakonu u odnosu na raniju situaciju jer se u obzir uzima i kriza u kojoj se može nalaziti ovisnik o alkoholu, kao i promjena njegovih karakternih crta, iako u vrijeme izvršenja djela nije bio alkoholiziran.

6. Zaključak

U ovom je radu otvorena tek nekolicina pitanja vezana uz kompleksnu problematiku vještačenja i izricanja sigurnosne mjere obveznog liječenja od ovisnosti. S kriminološkog stajališta prevencija ponovnog činenja kaznenih djela bit će uspješnija ako se praktična iskustva dovoljno dobro prouče, te ako je iz analize dovoljnog broja slučajeva moguće govoriti o nekim zakonitostima ili barem tendencijama.

U tom smislu napominjemo da se premalo pozornosti, a posebice istraživačkih napora, posvećuje broju i vrsti slučajeva, te indikatorima temeljem kojih sudovi određuju psihijatrijsko vještačenje počinitelja za koje posumnjaju da je činenje kaznenog djela povezano sa zloporabom alkohola, odnosno da su zbog toga u vrijeme izvršenja djela oni bili smanjeno ubrojivi ili neubrojivi. Ovaj problem usko je povezan s potrebom analiza sudskih naredbi vještacima radi utvrđivanja stupnja njihove konkretiziranosti. Mihaljević (1980:173) je dao prilično neodređenu brojčanu procjenu, ali je ipak naglasio da je određeni broj ekspertiza, koje po opsegu i kvaliteti ne zadovoljavaju zahtjevima utvrđivanja "uračunljivosti u krivičnom postupku", posljedica nedovoljno konkretiziranih zahtjeva vještacima u naredbama suda. U njima se "često samo parafrazira zakonski tekst... i time potpuno prepušta vještaku daljnji tijek vještačenja, a on, ako nema dovoljno iskustva, provede vještačenje jednostrano, ne znajući što je sve procesno-pravno korisno za sud u konkretnom predmetu."

Potrebno je, nadalje, istražiti u kojoj mjeri sudovi uzimaju u obzir preporuku vještaka o (ne)izricanju sigurnosne mjere obveznog liječenja od ovisnosti te o kojim manifestnim, ali i latentnim varijablama to ovisi.

U svrhu provjere kvalitete primjene sigurnosne mjere obveznog liječenja od ovisnosti potrebno je provesti istraživanje kojim bi se ispitala dostatnost institucija u kojima se ona provodi i evaluirala učinkovitost programa koji se primjenjuju, posebice ako se mjera provodi u nekom od kaznenih zavoda. Smatramo nedopustivim ne raspolagati ni približnom procjenom rezultata uspješnosti napora koji se ulažu u ovaj problem. Predložene analize mogle bi ukazati na više ili manje uspješne modele rada i sugerirati određena poboljšanja.

Bilo bi poželjno da sudski vještaci - praktičari, a posebice znanstvenici, detaljnije opišu probleme i specifične slučajeve s kojima se susreću (ne samo u uskom medicinskom publikacijskom okviru i medicinskim rječnikom), kao što su slučajevi na koje smo naišli u ovom istraživanju.

I napokon, temeljem poteškoća s kojima smo se susreli u izradi ovog rada, smatramo da je, u ime kvalitetnijeg praćenja i unapređivanja opisane problematike, nužno unaprijediti i redovito statističko praćenje prema nešto većem broju pažljivo odabranih (relevantnih) varijabli.

Literatura

- Adler, F., G.O.W. Mueller, W.S. Laufer (1991.); *Criminology*, McGraw - Hill, Inc., New York.
- Ahaslstrom - Laakso, S. (1976.); *European Drinking Habits: A Review of research and Time Suggestions for Conceptual Integration of Findings*, In: *Cross - Cultural Approaches to the Study of Alcohol*. Mouton, The Hague.
- Block, C.R. (1987.); *Homicide in Chicago: Center for Urban Policy*. Loyola University of Chicago, Chicago.
- Bureau of Justice Statistics (1983.); *Prisoners and Alcohol*, U.S. Department of Justice, Washington, D.C.
- Cameron, M.O. (1964.); *The Booster and the Snitch: Department Store Shoplifting*, Free Press, New York.
- Chambliss, W.J. (1969.); *Crime and the Legal Process*. McGraw - Hill, New York.
- Collins, J.J. (1981. a); *Alcohol Use and Criminal Behavior: An Executive Summary*. U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, Washington, D.C.
- Collins, J.J. (1981. b); *Drinking and Crime: Perspectives on the Relationships between Alcohol Consumption and Criminal Behavior*. Guilford Press, New York.
- Curtis, L.A. (1974.); *Criminal Violence: National Patterns and Behavior*, Heath, Mass. D.C.
- Dujmović, Z., Lj. Mikšaj-Todorović (1996.); *Criminological Characteristics of Offenders Guilty of Robbery. Policing in Central and Eastern Europe: Comparing Firsthand Knowledge with Experience from the West*. College of Police and Security Studies, Ljubljana, 359-367.
- Federal Bureau of Investigation (1990.); *Crime in the United States 1989: Uniform Crime Reports*. Government Printing Office, Washington, D.C.
- Gebhard, P.H. (1965.); *Sex Offenders*. Harper and Row, New York.
- Gelles, R., M.A. Straus (1988.); *Intimate Violence*. Simon and Schuster, New York.
- Greenberg, S.W. (1981.); *Alcohol and Crime: A Methodological Critique of the Literature*. In: Collins, J.J.: *Drinking and Crime: Perspectives on the Relationship between Alcohol Consumption and Criminal Behavior*. Guilford Press. New York.
- Greenfeld, L.A. (1988.); *Drunk Driving*. Bureau of Justice Statistics. U.S. Government Printing Office. Washington D.C.
- Hindelang, M.J. (1976.); *Criminal Victimization in Eight American Cities: A Descriptive Analysis of Common Theft and Assault*. Ballinger, Cambridge.
- Horvatić, Ž. (1997.); *Novo hrvatsko kazneno pravo*, Organizator, Zagreb.
- Kazneni zakon (1997.); *Narodne novine*, br. 110, od 21. listopada, Zagreb.
- Konačni prijedlog Kaznenog zakona (1997.); *Vlada Republike Hrvatske*, lipanj, Zagreb.
- Letkemann, P. (1973.); *Crime as Work*. Prentice Hall, Englewood Cliffs, N.J.
- Lundsgaarde, H.P. (1977.); *Murder in Space City: A Cultural Analysis of Houston Homicide Patterns*. Oxford University Press, New York.
- MacAndrew, C., R.B. Edgerton (1969.); *Drunken Comportment: A Social Explanation*. Aldine, Chicago.
- Maxfield, M.G. (1989.); *Circumstances in Supplementary Homicide Reports: Variety and Validity*. *Criminology*, 27, Nov., 671-695.
- McCaghy, C.H. (1968.); *Drinking and Deviance Disavowal: The Case of Child Molesters*, *Social Problems* 16, Summer, 43-49.
- Mihaljević, M. (1980.); *Alkoholizam i računljivost s krivično-pravnog aspekta*. Zbornik radova -

- III tečaj za usavršavanje iz forenzične psihijatrije. Psihijatrijska bolnica Vrapče, Zavod za forenzičku i kliničku psihijatriju, Zagreb.
- Pavišić, B., V. Grozdanić (1996.); Komentar Osnovnog krivičnog zakona Republike Hrvatske, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka.
- Petersilia J., P.W. Greenwood, M. Lavin (1977.); *Criminal Careers of Habitual Felons*. Rand, Santa Monica.
- Pinatel, J. (1958.); *Alcool et criminalite*. Revue de science criminelle et de droit penal compare. Paris.
- Pittman, D.J. (1974.); *Drugs, Addiction, and Crime*. In: Glaser, D.: *Handbook of Criminology*. Rand McNally, Chicago, 209-232.
- Report of the Nation on Crime and Justice (1988.); U.S. Department of Justice, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C.
- Singer, M. (1994.); *Kriminologija*, Globus, Zagreb.
- Tomsen, S. (1997.); *A Top Night: Social Protest, Masculinity and the Culture of Drinking Violence*. *British Journal of Criminology*, 37, 1, 90-102.
- Wolfgang, M.E. (1958.); *Patterns in Criminal Homicide*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia.
- Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (1997.); Narodne novine, br. 111 od 11. listopada, Zagreb.
- Zlatarić, B., M. Damaška (1966.); *Rječnik krivičnog prava i postupka*. Informator, Zagreb.

Summary

THE DIFFERENCE BETWEEN VIOLENT AND NONVIOLENT OFFENDERS-ALCOHOLICS IN VIEW OF PROPOSED MEASURE OF MANDATORY TREATMENT OF ADDICTS

This paper gives a survey of explanations on the connection between criminality and alcohol as well as numerous researches on this topic. It also presents the problems concerning the compulsory measures, especially the mandatory treatment of addicts who committed a crime.

The authors conducted a research with a main goal to examine the differences between offenders who committed a violent crime and those who committed a crime against property in view of the measure of treatment of addicts proposed by a court expert (psychiatrist), his estimation about offender's accountability and the offender's drunkenness in the moment of the crime.

The sample consisted of 209 offenders who have committed violent crimes ($N_1=143$) and crimes against property ($N_2=66$), who were under expertise in psychiatric hospital Vrapče, and whose first diagnosis was alcoholism. The results showed the two groups of examinees significantly differ in mentioned variables.

Considering the results, the authors discuss crucial questions of expertise and application of mandatory treatment, and offer some useful suggestions.

Key words: *compulsory treatment, alcoholism, crime.*

Zusammenfassung

UNTERSCHIEDE ZWISCHEN ALKOHOLIKERN ALS TÄTER VON GEWALT- UND VERMÖGENSDELIKTEN HINSICHTLICH DER VORGESCHLAGENEN SICHERHEITSMASSNAHME OBLIGATO- RISCHE UNTERZIEHUNG EINER ENTZIEHUNGS-KUR

In der Arbeit wird eine Übersicht über die Verbindung von Kriminalität und Alkohol und über zahlreiche Untersuchungen zu diesem Problem gegeben. Außerdem wird die Problematik, die sich auf die Aussprechung von Sicherheitsmaßnahmen bezieht, besonders auf die der obligaten Behandlung von Abhängigkeit, dargelegt.

Die Autoren haben eine Untersuchung durchgeführt mit dem Ziel, die Unterschiede zwischen den Gewalt- bzw. Vermögenstätern festzustellen in Hinblick auf die empfohlene Sicherheitsmaßnahme der obligatorischen Behandlung der Abhängigkeit von Seiten des Sachverständigen, auf die Einschätzung ihrer Zurechnungsfähigkeit und den Grad ihrer Trunkenheit zur Tatzeit. Die Untersuchungssubjekte sind 209 Gewalttäter ($N_1=143$) und Vermögenstäter ($N_2=66$), die in der Psychiatrischen Klinik Vrapče begutachtet wurden und deren erste Diagnose Alkoholismus lautet.

Die Ergebnisse haben gezeigt, dass die beiden Gruppen der Untersuchten sich statistisch in den angeführten Variablen bedeutend unterscheiden. Hinsichtlich dieser Ergebnisse diskutieren die Autoren über wesentliche Frage der Begutachtung und Verhängung von Sicherheitsmaßnahmen und machen nützliche Vorschläge.

Schlüsselwörter: *Sicherheitsmaßnahmen, Alkoholismus, Kriminalität.*

Sommario

LE DIFFERENZE TRA DELINQUENTI-ALCOLIZZATI VIOLENTI E NON VIOLENTI IN RELAZIONE ALLA PROPOSTA DELLA MISURA DI SICUREZZA DELLA CURA OBBLIGATORIA DELLA DIPENDENZA

L'articolo offre un esame delle spiegazioni delle connessioni tra criminalità e alcol, così come di numerose ricerche su questo tema. Esso presenta altresì problemi relativi alle misure di sicurezza obbligatorie, specialmente la cura obbligatoria della dipendenza.

Gli Autori hanno condotto una ricerca avente lo scopo principale di esaminare le differenze tra i delinquenti che hanno commesso un crimine violento e quelli che hanno commesso un crimine contro la proprietà in relazione alla misura di sicurezza della cura obbligatoria della dipendenza proposta dal perito giudiziale, la sua valutazione sulla responsabilità dell'imputato e lo stato di ebbrezza dell'imputato al momento della commissione del fatto. Il campione è consistito in 209 imputati che avevano commesso crimini violenti ($N_1=143$) e crimini contro la proprietà ($N_2=66$),

che erano sottoposti a perizia nell'Ospedale psichiatrico Vrapče, e la cui prima diagnosi era stata di alcolismo.

I risultati hanno mostrato che i due gruppi di esaminati differivano significativamente nelle variabili utilizzate. In considerazione dei risultati, gli Autori discutono le questioni fondamentali della perizia e dell'applicazione della misura di sicurezza, e avanzano alcune utili proposte.

Parole chiave: *misura di sicurezza, alcolismo, criminalità.*

PREFERENCIJE NA TRŽIŠTU RADA I DRUŠTVENA ODGOVORNOST PODUZEĆA

Dr. sc. Maja Vehovec, izvanredni profesor
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 331.54
316.334.2
Ur.: 16. ožujka 2000.
Pr.: 4. svibnja 2000.
Prethodno priopćenje

U fokusu istraživanja nalazile su se preferencije budućih zaposlenika prije neposrednog ulaska na tržište rada s obzirom na motive koji čine izbor nečije karijere više ili manje atraktivnim i u odnosu na status društvene odgovornosti potencijalnog poslodavca.

Slučajno izabrani uzorak sastojao se od diplomanata Sveučilišta u Rijeci koji se suočavaju s prvom odlukom o zapošljavanju. Kako je izbor posla usko povezan s njihovim očekivanjima, nadama i pogledima na buduću karijeru, ovo istraživanje ispitalo je motive koji utiču na odabir zaposlenja, te preferencije iste populacije u odnosu na izbor poduzeća različite društvene odgovornosti.

Rezultati dobiveni iz empiričkog testiranja pokazuju da su altruistični motivi manje važni hrvatskim studentima za razliku od američkih. Također se njihovi odgovori bitno razlikuju prema motivu iskazivanja leadershipa, koji je za hrvatske studente najmanje važan, dok je mogućnost iskazivanja vlastitih sklonosti, kreativnosti i osiguranje sigurne i stabilne budućnosti od prioritetne važnosti. Društvena odgovornost poduzeća odnosno budućeg poslodavca nije jasno prepoznata u svim datim slučajevima, a u jednom paru izbora sasvim je izostala. Objašnjenje je dato dijelom pomoću utjecaja kognitivnih ograničenja, a dijelom pomoću stanja opće svijesti o društvenoj odgovornosti koja u datim tranzicijskim i poslijeratnim uvjetima nije dovoljno razvijena.

Ključne riječi: preferencije, izbor karijere, društvena odgovornost poduzeća.

1. Uvod

Osnovna je hipoteza neoklasične ekonomije da su ljudska bića racionalna, pri čemu se racionalizam definira kao egoistična maksimalizacija vlastitog blagostanja ili udobnosti. Ono što pojedinac postavlja kao vlastiti cilj, npr. način na koji pojedinac može odrediti vlastito blagostanje, teško da se može nazvati racionalnim. Ta teza Davida Huma¹ sadrži razumijevanje svih ciljeva kao jednako legitimnih, i čak i

¹ David Hume, engleski je filozof 18. st. poznat po tezi da je "racionalnost sluga emocija".

najbizarniji među njima ne dovode u pitanje samu racionalnost sve dok su subjekti sposobni pronaći adekvatna sredstva za njihovo ispunjenje, što je pokazao George Stigler na primjeru upotrebljenog motornog ulja.²

Brojni znanstvenici kritiziraju takvo neoklasično shvaćanje racionalnosti, a među njima i Robert Frank³, profesor mikroekonomije i poslovne etike na Sveučilištu Cornell. Kritizirajući standarde "sebičnog interesa" i "sadašnjeg cilja" u teoriji racionalnosti, Frank proširuje koncept racionalnosti uključivanjem neegoističnih motiva. U skladu s tim on navodi mnogo primjera iz stvarnog ponašanja koje odstupa od teorijskog modela racionalnog ponašanja. Objlašavajući zašto do toga dolazi poziva se na zanemarivanje nepovratnih (sunk) troškova, te objašnjenje psihologa o ograničenjima u ljudskom kognitivnom kapacitetu. Douglas North⁴ i njegovo inspirirajuće djelo "Institucije, institucionalne promjene i ekonomske performance" ne ostavlja prostora sumnji da li formalne i neformalne institucije utječu na racionalnog donosioca odluke. Dapače, utjecaj institucija je vrlo važan i o njima ovise pojedine ekonomske odluke i čitavi ekonomski procesi. Kritiku racionalnog koncepta ekonomskog čovjeka neoklasične teorije i potrebu "prepoznavanja" institucija kao utjecajnog činitelja na ekonomsko ponašanje izvrsno je raspravio hrvatski ekonomski teoretičar Vojmir Franičević.⁵

Morris Rosenberg⁶ dao je empirički i eksperimentalni doprinos navedenoj tezi o utjecaju neegoističkih motiva u ljudskom ponašanju u istraživanju još davne 1957. godine. Cilj istraživanja bio je ispitati stupanj do kojeg neegoistični motivi utječu na izbor karijere studenata budućih zaposlenika. Iako navedeno istraživanje daje informacije o općem stavu ispitanika, ono ne pokazuje da li će se ispitanici ponašati sukladno vlastitim izjavama u stvarnom životu, npr. da li bi ispitanici stvarno bili spremni odreći se dijela dohotka ili dobrih radnih uvjeta kako bi stekli priliku pružanja pomoći drugim ljudima. Robert Frank⁷ je ispravio navedeni nedostatak proširivši anketni upitnik s hipotetičkim primjerom izbora zaposlenja. On je ispitao preferencije studenata uključujući i cijenu zamjene između parova poslova, gdje je jedina razlika između poslova ona koja se odnosi na društvenu odgovornost poslodavca.

² George Stigler, američki ekonomist sa Sveučilišta u Čikagu, kritizirao je standard cilja sadašnjeg trenutka upotrijeбивši primjer iskorištenog motornog ulja kao primjer bizarnog ponašanja uz jednostavnu pretpostavku postojanja ukusa. Za nekog čovjek koji pije upotrebjeno motorno ulje iz svog auta, te završava u agoniji i umire, može se tvrditi da je on zaista volio motorno ulje.

³ Robert Frank, američki ekonomist sa Sveučilišta Cornell svjetski poznat po knjizi "Strast s razumom: uloga emocija", 1988., i udžbeniku "Mikroekonomija i ponašanje", 1994.

⁴ Douglass C. North, američki profesor ekonomije i povijesti sa Sveučilišta Washington, Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge, Cambridge University Press, Political Economy of Institutions and Decisions, 1990.

⁵ Vojmir Franičević, ekonomski teoretičar sa Sveučilišta u Zagrebu, "Problemi s racionalnim ekonomskim čovjekom: prema institucionalističkoj rekonstrukciji ekonomske teorije", u knjizi koju su priredili M. Meštrović i A. Štulhofer, Kulturni kapital i tranzicija u Hrvatskoj, Hrvatsko sociološko društvo, Zagreb, 1998.

⁶ Morris Rosenberg, američki sociolog, Occupations and Values, The Free Press, New York, 1957.

⁷ Originalno istraživanje Roberta Franka napravljeno na Sveučilištu Cornell, 1995. te objavljeno 1996. godine u časopisu Southern Economic Journal, USA.

Ponavljajući Rosenbergovu i Frankovu istraživanja, pokušalo se istražiti kakva su očekivanja studenata prema činiteljima koji determiniraju njihov izbor posla ili buduće karijere u Republici Hrvatskoj. Njihova razmišljanja su također testirana na hipotetičkom modelu izbora između parova poslova gdje je moguće odabrati poslove istih radnih uvjeta, a koje osiguravaju poslodavci različitog stupnja društvene odgovornosti. Motiv koji je naveo da se ispitivanje ponovi u različitom društvenom okruženju bio je povezan sa željom da se procijeni da li postoje značajne razlike između stavova studenata iz različitih socio-kulturalnih sredina.

Što se očekuje od ovog istraživanja? Ciljevi su sljedeći:

- prihvaćajući teorijsko gledište vezano uz neegoistične motive kao komplementarne za ekonomski model ponašanja, želi se procijeniti stupanj njihove nazočnosti u socio-kulturalnom kontekstu tranzicijske zemlje (u ovom slučaju Hrvatske);

- želi se doznati da li izabrani uzorak populacije priznaje i cijeni socijalnu odgovornost poduzeća, odnosno poslodavca;

- žele se usporediti originalni rezultati ispitivanja (koji proizlaze iz ispitivanja provedenog u razvijenim zemljama) s domaćim rezultatima (koji proizlaze iz ispitivanja provedenog u tranzicijskoj zemlji);

- očekuju se značajne razlike u rezultatima komparativne analize koje će se vjerovatno moći objasniti na bazi socio-kulturalnog i ekonomskog okruženja i njihovog utjecaja na pristup i ponašanje ispitanika.

U skladu s datim ciljevima, postavljena hipoteza testirana je na uzorku od 142 studenta zadnje godine različitih studija Sveučilišta u Rijeci.

Hipoteza glasi:

A. neegoistični motivi prisutni su u procesu donošenja odluka u izboru zaposlenja u uvjetima tranzicijske ekonomije, ali u znatno nižem stupnju nego što je to slučaj u razvijenim zemljama.

B. Studenti su prilično osjetljivi na prirodu posla vezanu uz društvenu odgovornost poslodavca, ali manje nego u ekonomski razvijenim i stabilnijim zemljama.

Hipoteza se testira na uzorku populacije prikupljenom među studentima zadnje godine studija s četiri različita fakulteta: ekonomskog, pravnog, prirodoslovno-matematičkog i filozofskog na Sveučilištu Rijeka. Fakulteti su odabrani na način da najbliže odgovaraju američkom istraživanju radi komparativne analize. Ukupan uzorak obuhvaća 142 studenta i utvrđen je slučajnim izborom. Anketa je provedena 1996. godine uz garantiranu anonimnost, a rezultati su diskutirani na devetoj konferenciji "The International Association for the Economics of Participation" u Bristolu, UK, u lipnju 1998. Rezultati su obrađeni i prezentirani pomoću metoda deskriptivne statistike.

2. Empiričko istraživanje motiva koji utiču na odabir karijere

Uzorkom studenata Sveučilišta u Rijeci trebalo je pokazati koji činitelji najviše utječu na njihov odabir budućeg zanimanja odnosno karijere. Sudionici ispitivanja imali su zadaću ocijeniti u kojoj mjeri njihov budući posao mora ispuniti određene zahtjeve da bi postigli ono što smatraju "idealnim". Svaki od ponuđenih zahtjeva

ocjenjuje se pojedinačno prema sljedećoj skali: veoma važno (5), srednje važno (4), malo važno (3), irelevantno ili nevažno (2), odbijajuće ili neprijatno (1). Od sudionika ispitivanja tražilo se da ocijene u kojoj mjeri njihov budući posao treba zadovoljiti sljedeće zahtjeve da bi ga se moglo smatrati idealnim poslom:

1. Pružanje mogućnosti korištenja osobnih sposobnosti i sklonosti
2. Davanje prilike zarađivanja velike količine novca
3. Pružanje šanse iskazivanja leadershipa
4. Pružanje društvenog statusa i prestiža
5. Pružanje mogućnosti rada s ljudima
6. Osiguranje sigurne i stabilne budućnosti
7. Pružanje relativne slobode i samostalnosti
8. Dopuštanje kreativnosti i originalnosti
9. Pružanje mogućnosti putovanja
10. Davanje prilike da se bude od koristi drugima.

Prvih devet zahtjeva obuhvaćaju sadržaj većeg ili manjeg stupnja sebičnosti. Zahtjev za "pružanjem mogućnosti rada s ljudima" ne ističe jasno razliku između sebičnosti i altruizma i može se smatrati neutralnim prema egoističkom odnosno ne-egoističkom ponašanju. Jedini pravi altruistički zahtjev je posljednji, a glasi „davanje prilike da se bude od koristi drugima.“

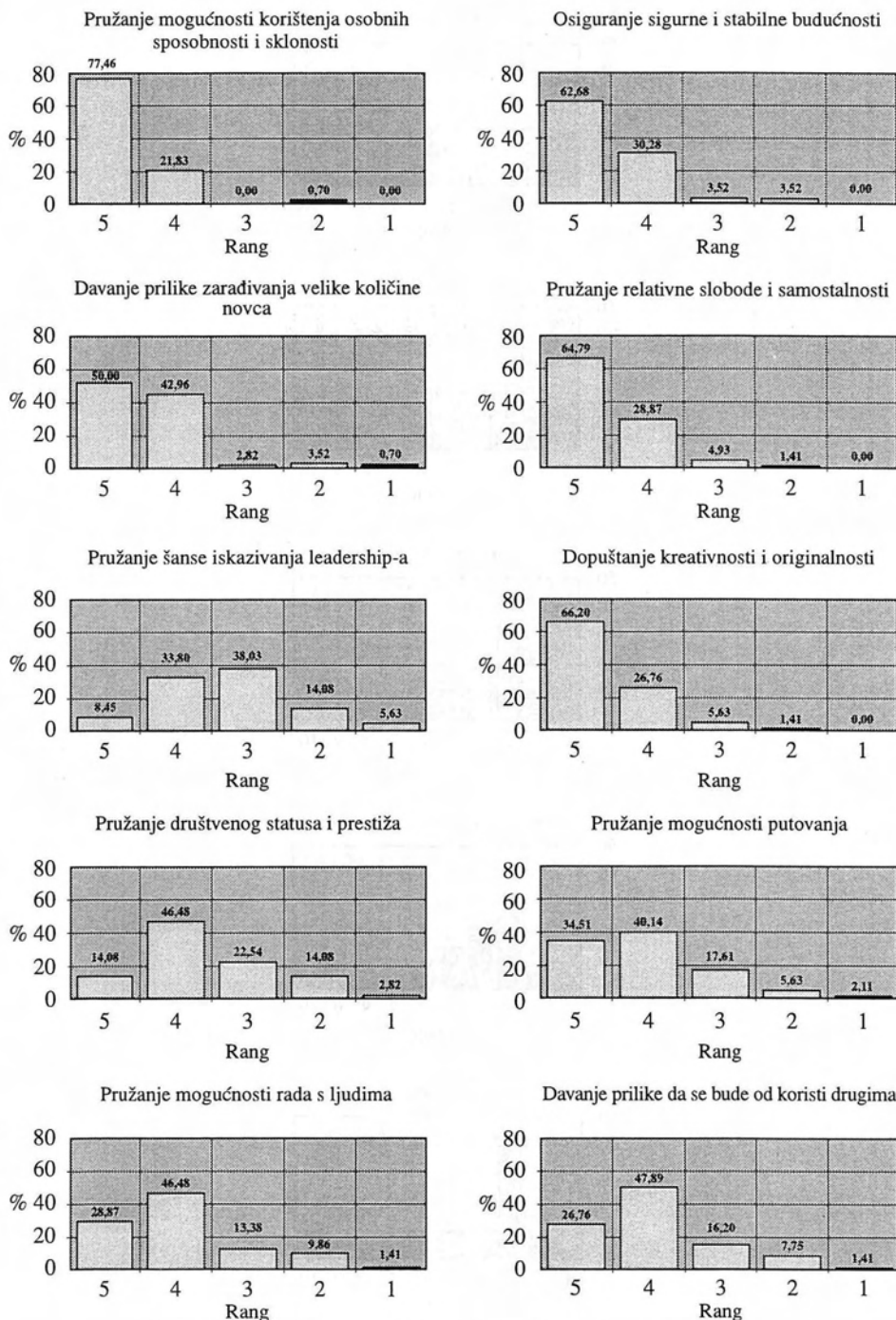
Na grafikonu br.1 prikazuju se odgovori ispitanika na navedena pitanja. Važnost zahtjeva za "idealni" posao rangirana je u postocima prema odgovorima od najviše (5) do najniže (1).

Najzanimljiviji je podatak da je većina sudionika istaknula da su najvažniji zahtjevi za "idealni" posao pod utjecajem motiva sebičnosti.

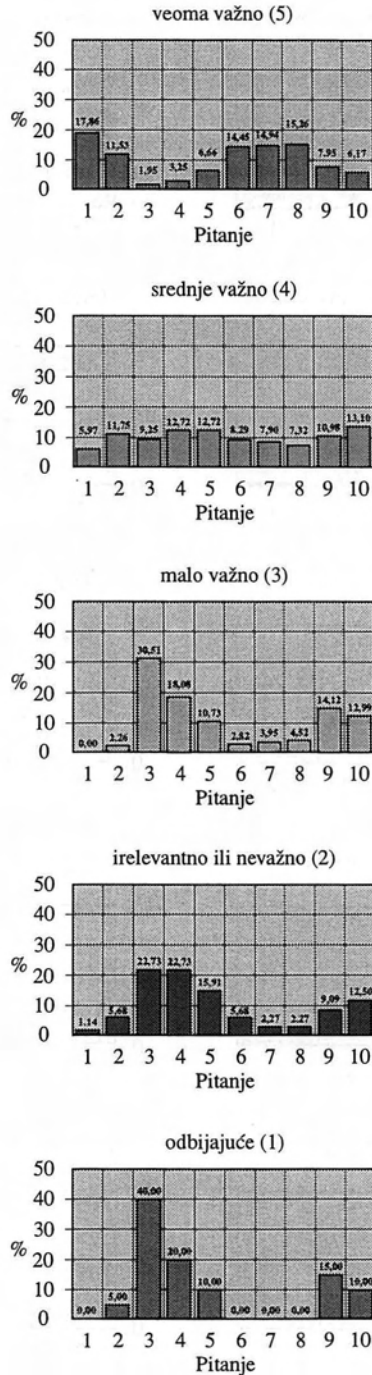
Na osnovi grafičkih prikaza na slici 1. izdvojeni su u tablici 1. najvažniji zahtjevi čije ispunjenje nečiju karijeru čine "idealnom", a rangirani su prema odgovorima ispitanika.

Tablica 1. Rangiranje zahtjeva koji moraju biti ispunjeni da bi se posao smatrao "idealnim" s najvišim prioritetom važnosti

Redoslijed	Zahtjevi	Postotak
1.	Pružanje mogućnosti korištenja osobnih sposobnosti i sklonosti	78
2.	Dopuštanje kreativnosti i originalnosti	66
3.	Pružanje relativne slobode i samostalnosti	65
4.	Osiguranje sigurne i stabilne budućnosti	63
5.	Davanje prilike zarađivanja velike količine novca	50
6.	Pružanje mogućnosti putovanja	35
7.	Pružanje mogućnosti rada s ljudima	29
8.	<i>Davanje prilike da se bude od koristi drugima</i>	29
9.	Pružanje društvenog statusa i prestiža	14
10.	Pružanje šanse iskazivanja leadershipa	8



Slika 1. Rangiranje činitelja koji utječu na izbor karijere



Slika 2. Rangiranje zahtjeva koji čine izbor nečije karijere "idealnim"

Iz tablice 1. i slike 1. može se konstatirati da zahtjev "pružanje mogućnosti korištenja osobnih sklonosti i sposobnosti" čini najvažniji uvjet budućeg zapošljavanja za ispitanike. Ta je mogućnost dobila najviši rang od 77.5%, što znači da je za 110 ispitanika upravo taj zahtjev najvredniji. Na drugom mjestu sa 66% nalazi se zahtjev "dopuštanje kreativnosti i originalnosti" i odmah zatim, vrlo blizu, sa 65% odgovora, "pružanje relativne slobode i samostalnosti". Zahtjev "osiguranje sigurne i stabilne budućnosti" isto je tako visoko ocijenjen, s 63% odgovora. Jedini potpuno neegoistični zahtjev "davanje prilike da se bude od koristi drugima" prilično je nisko rangiran. Najmanje važan zahtjev prema ispitanicima je onaj koji se odnosi na mogućnost iskazivanja leadershipa.

Tablica 2. Rangiranje zahtjeva za "idealni" posao koji su malo važni, irelevantni ili posve odbijajući

Redoslijed	Zahtjevi	Postotak
1.	Pružanje šanse iskazivanja leadershipa	57
2.	Pružanje društvenog statusa i prestiža	49
3.	<i>Davanje prilike da se bude od koristi drugima</i>	25
4.	Pružanje mogućnosti putovanja	25
5.	Pružanje mogućnosti rada s ljudima	25
6.	Davanje prilike zarađivanja velike količine novca	7
7.	Osiguranje sigurne i stabilne budućnosti	7
8.	Pružanje relativne slobode i samostalnosti	7
9.	Dopuštanje kreativnosti i originalnosti	6
10.	Pružanje mogućnosti korištenja osobnih sposobnosti i sklonosti	1

Iz tablice 2. i slike 1. dobivamo različita mišljenja o zahtjevima koji su od male ili nikakve važnosti ili čak odbijajući za sudionike ispitivanja. Više od 50% potencijalnih zaposlenika ne očekuje da će razviti leadership u tijeku buduće karijere i gotovo 50% ispitanika ne zanima da li će im odabir karijere donijeti viši društveni status ili neće. Četvrtina ispitanika misli da neegoistični motivi nemaju važnosti, iako ovaj zahtjev nije tako odbojan poput leadershipa ili društvenog statusa i prestiža.

Tablica 3. Rangiranje zahtjeva za "idealni" posao koji su srednje važni

Redoslijed	Zahtjevi	Postotak
1.	<i>Davanje prilike da se bude od koristi drugima</i>	48
2.	Pružanje društvenog statusa i prestiža	46
3.	Pružanje mogućnosti rada s ljudima	46
4.	Davanje prilike zarađivanja velike količine novca	43

5.	Pružanje mogućnosti putovanja	40
6.	Pružanje šanse iskazivanja leadershipa	34
7.	Osiguranje sigurne i stabilne budućnosti	30
8.	Pružanje relativne slobode i samostalnosti	29
9.	Dopuštanje kreativnosti i originalnosti	27
10.	Pružanje mogućnosti korištenja osobnih sposobnosti i sklonosti	22

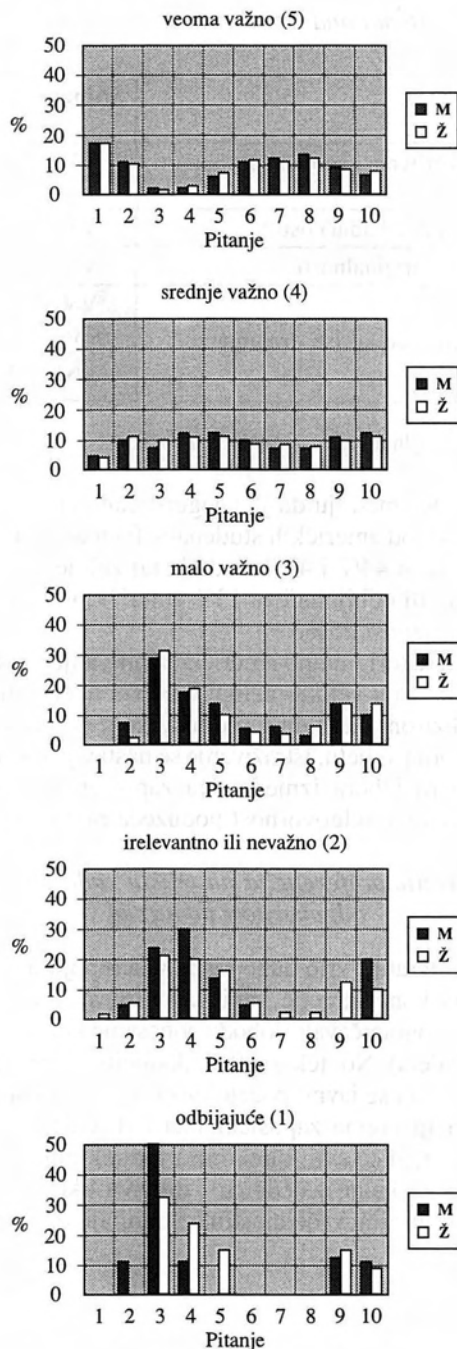
Neegoistični činitelji koji utječu na "idealnu" poslovnu karijeru rangirani su kao srednje važni u gotovo polovici ispitanika (tablica 3.). To znači da najveći dio studenata podvrgnutih ispitivanju smatra da neegoistični motivi nisu od esencijalne važnosti prilikom izbora zaposlenja.

Ispitana su također stajališta prema "idealnom" poslu u odnosu na spol. Rezultati su prikazani na grafikonu br. 3 i oni govore da nema bitne razlike između mišljenja žena i muškaraca. Obje kategorije, posebno muškarci, očekuju da im poslovna karijera omogući korištenje osobnih sposobnosti i sklonosti, da im pruži mogućnost da budu kreativni i originalni te ističu snažnu želju za slobodom i samostalnošću.

Muškarci imaju manje odbojan stav prema mogućnosti iskazivanja leadershipa u odnosu na žene, ali zanimljivo je da ni oni ne obraćaju pažnju na taj zahtjev, i čak je veći postotak muškaraca izrazio odbijajuće odnosno neprijatno mišljenje prema tom zahtjevu.

Muškarci i žene slažu se oko srednje važnosti zahtjeva neegoizma, ali se ne slažu oko pitanja irelevantnosti. Većina muškaraca misli da je mogućnost da se bude od koristi drugima irelevantna ili čak neprijatna. Žene, s druge strane, smatraju taj zahtjev malo važnim za razvoj njihove buduće poslovne karijere. Muškarci i žene nisu se razlikovali oko odgovora u pogledu ocjena zahtjeva koji su vrlo važni za postizavanje "idealnog" posla. Nisu se razlikovali niti oko zahtjeva koji su od srednje važnosti, ali su se počeli razlikovati u pogledu ocjena zahtjeva koje je trebalo kategorizirati u one koje su od male važnosti, irelevantni ili odbijajući.

Ukoliko se usporede rezultati ispitivanja na Sveučilištu u Rijeci s onima postignutim u SAD-u, možemo uočiti da su gotovo slični (tablica br. 4). Svi ispitanici smatraju da idealna poslovna karijera mora pružiti mogućnost korištenja osobnih sposobnosti i sklonosti, i isto tako osigurati sigurnu i stabilnu budućnost. Hrvatski studenti izrazili su međutim veću potrebu za kreativnošću i originalnošću, kao i za slobodom i samostalnošću. Jedno od mogućih objašnjenja jest da hrvatski studenti obuhvaćeni istraživanjem osjećaju manjak mogućnosti za razvoj kreativnosti, originalnosti i samostalnosti tijekom rigidnog sustava školovanja, koji se bitno razlikuje od onog u USA.



Slika 3. Rangiranje zahtjeva koji čine izbor nečije karijere "idealnim" u odnosu na spol

Tablica 4. Komparativna analiza

Zahtjevi	Stupanj*	Američki studenti	Hrvatski studenti
Pružanje mogućnosti korištenja osobnih sposobnosti i sklonosti	VV	78%	78%
Osiguranje sigurne i stabilne budućnosti	VV	61%	62%
Dopuštanje kreativnosti i originalnosti	VV	48%	66%
Davanje prilike da se bude od koristi drugima	VV	43%	27%
	SV	44%	47%
	MV	13%	25%

*VV-visoka važnost; SV-srednja važnost; MV-mala važnost

Hrvatski studenti ne smatraju da je neegoističan zahtjev da se bude od koristi drugima važan, za razliku od američkih studenata. Pa ipak, svi se oni slažu da je rang navedenog zahtjeva između 44% i 47% te da je taj zahtjev od srednje važnosti. Isti taj zahtjev je irelevantan ili odbijajući za 13% američkih studenata, dok taj postotak kod hrvatskih studenata iznosi 25%.

Možemo zaključiti da originalno američko ispitivanje i ponovljeno ispitivanje u Republici Hrvatskoj pokazuju veliku razliku u ocjeni neegoističkih motiva prilikom donošenja odluka. S obzirom na to da se odluka može promijeniti kada se navedeni principi testiraju u stvarnom svijetu, istraživanje se nastavlja testiranjem iste populacije na hipotetičkom primjeru izbora između dva zaposlenja koja imaju potpuno iste radne uvjete, ali je društvena odgovornost poduzeća različita.

3. Empiričko istraživanje preferencija na tržištu rada u odnosu na društvenu odgovornost poduzeća

U ekonomskoj se literaturi vrlo dugo raspravlja o pojmu društvene odgovornosti poduzeća⁸. S procesima koncentracije kapitala u 18. st. krenule su prve rasprave i nastali prvi zakoni koji su ograničavali slobodu ponašanja korporacija prema nositeljima udjela interesa (stakeholders). No, tek je 20. st. donijelo afirmaciju značenju društvene odgovornosti poduzeća kada se javno počelo raspravljati o odlaganju otpada, štetnosti zagađivanja, diskriminaciji prema zaposlenicima i sl. Odgovornost poduzeća prema društvu odnosi se na posljedice svih direktnih i indirektnih efekata poslovnih akcija koje one imaju na ljude, lokalnu zajednicu i njihovu okolinu. Shvaćanje društvene odgovornosti ovisi o kulturnim vrijednostima, tradiciji odnosno etičkim normama

⁸ Dobar pregled pojma, njegova značenja te oblika društvene odgovornosti korporacija nalazi se u knjizi Post, J.E., W. C. Frederick, A.T. Lawrence and J.Weber, *Business and Society*, 8th ed., McGraw Hill, 1996.

ponašanja, koje nazivamo neformalnim institucijama i zbog kojih se društvena odgovornost drugačije shvaća i tumači u različitim društvima. Pored toga, tumačenje društvene odgovornosti na nivou firme ovisi o općoj ekonomskoj razvijenosti zemlje te o stupnju njene otvorenosti i integriranosti u svjetska tržišta. Inicijative u svezi s društvenom odgovornosti bit će usporene ili zanemarene na tržištima s većom stopom nezaposlenosti, većim stupnjem izoliranosti i nižim brutom domaćim proizvodom.

Na kraju 20. stoljeća u razvijenim zemljama više se ne raspravlja o tome da li firme moraju biti društveno odgovorne već o tome kako bi one trebalo da budu odgovorne. Kako zadovoljiti sve interesne grupe kada su neke u sukobu interesa kao na primjer zahtjevi zaposlenika i zajednice nasuprot zahtjevima investitora za maksimalnim poslovnim rezultatom? Tko treba utjecati na formuliranje društvene odgovornosti: javno mijenje, vlada, predsjednici kompanija i njihovi odbori? Trebaju li profitabilne kompanije otpuštati višak radnika ili ih prekvalificirati za nove poslove? Da li kompanije smiju financirati političke izbore? Kako ograničiti njihovu političku aktivnost?⁹

Da bi doznali kako studenti, koji tek ulaze na tržište rada, percipiraju društvenu odgovornost poduzeća u Hrvatskoj, tom je uzorku studenata podijeljen upitnik s primjerom šest parova hipotetskih poslova. Svi parovi poslova imaju jednaku početnu plaću, locirani su u istom gradu i oba posla u paru zahtijevaju isti broj sati rada na tjedan. Zadaci koji se moraju obavljati u svakom od poslova u paru u osnovi su jednaki, što je slučaj i s pratećim privilegijama (mirovina, praznici, osiguranje, i sl.). Poduzeća su izabrana iz stvarnog okruženja, s poznatim imidžom u javnosti i potpuno prepoznatljiva svakom učesniku ankete. Jedina stvarna razlika koja postoji između istovrsnih poslova je priroda posla svakog poduzeća u paru i društvena odgovornost svakog poslodavca koju su ispitanici trebali prepoznati. Na lijevoj strani upitnika navedeni su poslodavci s nižom društvenom odgovornošću, a na desnoj s višom društvenom odgovornošću. Sudionici su trebali odlučiti koji će posao u paru izabrati, a zatim upisati minimalnu godišnju sumu dohotka (tzv. kompenzacijsku premiju) za koju bi bili voljni promijeniti odluku, te promijeniti posao za onaj drugi iz istog para poslova. Ispitanici su sami morali prepoznati koji je posao u paru poslova onaj s višom društvenom odgovornošću. Dato im je uputstvo kako ispuniti upitnik, ali ne i definicija ili kriteriji pojma društvene odgovornosti.

Šest parova poslova navedeno je u nastavku:

- | | |
|---|---|
| 1a. Referent marketinga u tvornici duhana | 1b. Referent marketinga Lige za borbu protiv raka |
| 2a. Knjigovođa u TE Urinj | 2b. Knjigovođa u muzeju umjetnosti |
| 3a. Nastavnik stranog jezika u MUP-u | 3b. Nastavnik stranog jezika u gimnaziji |
| 4a. Kadrovski službenik u Sokol/Šafranić | 4b. Kadrovski službenik u Caritasu |
| 5a. Pravnik u vojnom remontnom zavodu | 5b. Pravnik u "Končaru" |
| 6a. Tehnolog u rafineriji nafte | 6b. Tehnolog u PIK-u |

⁹ Ova i druga pitanja raspravljaju se u članku Reich, R.B. (1998.): The New Meaning of Corporate Social Responsibility, *California Management Review*, Vol. 40, No. 2 Winter, pp. 9-17.

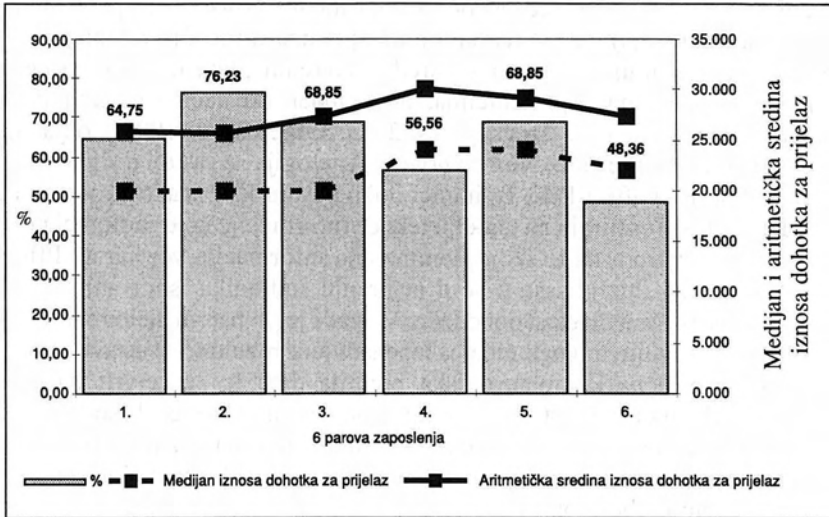
Više od 50% ispitanika odgovorilo je da preferiraju poslove iz drugog stupca, osim posljednjeg para poslova gdje imamo ispod 50% odgovora u korist posla s višom društvenom odgovornošću. Posljednji par poslova je tehnolog u rafineriji nafte koji se percipira kao posao s višom odgovornošću poslodavca od tehnologa u PIK-u. Potpuno jasno opredjeljenje, s većinom pozitivnih odgovora (preko 76%), napravljeno je samo u jednom slučaju, i to u slučaju odabira između knjigovođe u muzeju umjetnosti i termoelektrane. Činjenica koja proizlazi iz dobivenih rezultata ukazuje na to da svijest o društvenoj odgovornosti poslodavca nije jako razvijena. Dobivena je mala distinkcija u društvenoj odgovornosti između tvornice cigareta i Lige za borbu protiv raka, ili službe u Sokol/Šafranić osiguranju i službe u Caritasu. Teško je objasniti zašto studenti biraju jednaki posao tehnologa u rafineriji nafte umjesto u PIK-u. Moguće objašnjenje je da sudionici nisu mogli odabrati pravi odgovor jednostavno zato što društvo odnosno javno mišljenje ne daje jasno tumačenje i priznanje pojmu društvena odgovornost ili zato što u dodiplomskoj nastavi nemaju prilike raspraviti pojam društvene odgovornosti poduzeća.

Prosječne i medijan vrijednosti premija za promjenu poslova bile su najmanje kod proizvođača cigareta, termoelektrane i nastavnog centra MUP-a. Ispitanici su očekivali veće premije ako se prebace na službu u Sokol/Šafranić osiguranju ili na službu u vojnom remontnom zavodu. Za prebacivanje na posao u prehrambeni kombinat ispitanici traže značajnu premiju, što je neuobičajen i neočekivan izbor, suprotan onome kod američkih studenata kod kojih je provedeno isto istraživanje.

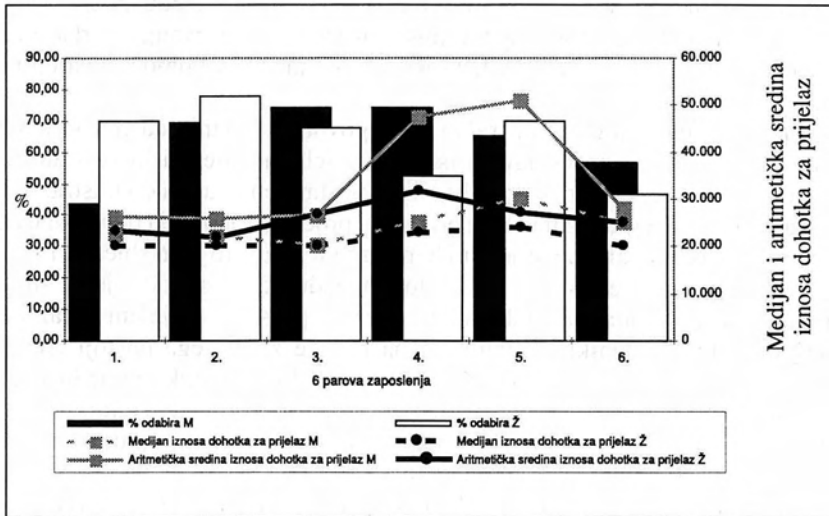
Isto tako razlikuju se i odgovori muškaraca od onih kod žena (grafikon br. 5). Žene su znatno više doprinijele postignutom rezultatu u odabiru poslova u slučaju Lige za borbu protiv raka, muzeju umjetnosti i "Končaru". Istovremeno žene su zauzele odbojniji stav od muškaraca prema poslu u Caritasu ili onom u PIK-u.

Usporedimo neke od tipičnih parova za sve sudionike. Atraktivnost Lige za borbu protiv raka u odnosu na tvornicu cigareta jedva da prolazi 50%. Trebamo pretpostaviti da sudionici jasno razlikuju nivo društvene odgovornosti između dviju institucija. Unatoč tomu, postotak onih koji odabiru Ligu za borbu protiv raka ekstremno je nizak. Racionalno objašnjenje možemo dati na temelju dva razloga. Prvi je sadržan u našoj općoj izjavi o niskim društvenim vrijednostima altruističkih aspekata ponašanja i nedostatka značenja što se pridaje socijalnim institucijama koje pridonose blagostanju društva. Drugi mogući razlog je činjenica (koju treba eksperimentalno dokazati) da osobno i javno zdravlje (visoki rizik raka pluća kojeg uzrokuje pušenje) nije normalno dobro kojem hrvatski sudionici poklanjaju veliku važnost.

Sljedeći tipični par poslova su posao u Caritasu i onaj u Sokol/Šafranić osiguranju. Uzimajući u obzir rezultate istraživanja u razvijenim zemljama, naš je rezultat iznenađujući. Za rad u Caritasu odlučuje se 57%, dok se za osiguranje odlučuje 43%. Mogući razlozi zašto je relativno mali broj ispitanika izabrao Caritas jesu slijedeći: prvo, ljudi u zemlji koja je nedavno izašla iz rata pridaju pretjeranu važnost poslovima povezanim s upotrebom oružja; drugo, društveni ugled Caritasu i sličnih institucija ne poklapa se s njegovim stvarnim utjecajem, zbog afera u javnim glasilima, pa je moguće u tome pronaći razloge pogrešnog shvaćanja koji se vezuju uz njih.



Slika 4: *Preferencije zaposlenja i društvena odgovornost poslodavca*



Slika 5: *Preferencije zaposlenja i društvena odgovornost poslodavca u odnosu na spol*

Sličnu situaciju opažamo i za rafineriju i PIK. Sudionici na uzimaju u obzir nisku društvenu odgovornost prve institucije. Ta činjenica je još više zbunjujuća ako uzmemo u obzir relativno visoku ekološku svijest koju nalazimo u regiji u kojoj je istraživanje provedeno. Moguće prirodno objašnjenje proizlazi iz percepcije koju sudionici imaju zahvaljujući stvorenom imidžu poduzeća (profitno-gubitaš; visoka - niska primanja; iscrpljujući-lagan rad; uredni-neuredni platiša; pozitivni-negativni odnos poslodavca prema zaposlenicima; itd.). Jedan od načina na koji psiholozi (Kahneman D., Slovic i A. Tversky, 1982; G. Gigerenzer, 1991.) objašnjavaju kognitivne iluzije je reprezentativna ravnoteža. Analogija se sastoji u sljedećem. Dva poduzeća, rafineriju nafte i PIK, ispitanici doživljavaju kao znakove pomoću kojih tvore modele koji se formiraju na temelju tekuće informacije koje sudionici povezuju s poduzećem. S obzirom na to da je dominantna informacija vezana uz PIK nizak dohodak, kognitivna iluzija sastoji se u negiranju sudionika ispitivanje hipotetske pretpostavke koja ističe jednakost dohodaka. Moguće je, ili barem djelomično moguće, objasniti pomoću kognitivnih ograničenja iznenađujuće rezultate u sustavu vrijednosti.

Najveća prosječna kompenzacijska premija data je za četvrti par poslova kadrovskog službenika u zaštitarskoj tvrtki u odnosu na Caritas. Također je visoka premija u prosjeku navedena za prijelaz u vojni i remontni zavod iz petog para poslova. Očito postoji veća averzija prema zaposlenjima u firmama koje su u svezi s uporabom sile i upotrebom oružja.

4. Zaključak

U fokusu istraživanja nalazile su se preferencije studenata u pogledu zahtjeva koji nečiju karijeru čine "idealnom" i njihove preferencije u pogledu izbora zaposlenja u poduzeću s višom društvenom odgovornošću. Rezultati istraživanja uzorka studenata posljednje godine studija sa Sveučilišta Rijeka obrađeni su pomoću dva empirička upitnika.

U prvom dijelu istraživanja tražio se odgovor na pitanje da li kod studenata prilikom izbora karijere prevladavaju isključivo sebični interesi ili su i altruistički motivi jednako važni, te je potvrđena hipoteza postavljena na početku istraživanja, a koja je glasila da su neegoistični motivi prisutni u procesu donošenja odluka u uvjetima tranzicijske ekonomije, ali u znatnom nižem stupnju nego što je to slučaj u razvijenoj ekonomiji. Istraživanje je također pokazalo iznenađujuće jasnu odbojnost studenata prema motivu iskazivanja leadershipa, što ostavlja prostora daljnjem istraživanju u tom pravcu da bi se proniknuli odgovori na pitanje zbog čega postoji takav stav. Ispitivanje u odnosu na spol je pokazalo da nema bitne razlike između mišljenja muškaraca i žena o tome koji najvažniji zahtjevi moraju biti ispunjeni da bi se postigla "idealna" karijera. Od poslovne karijere očekuju da im omogući korištenje osobnih sposobnosti i sklonosti, kreativnosti i originalnosti, te da im pruži slobodu i samostalnost. Ono u čemu se oni ne slažu jest pitanje što je to irelevantno, pa čak i odbijajuće u odnosu na postavljene zahtjeve. Muškarci imaju manje odbojan stav prema iskazivanju leadershipa u odnosu na žene, ali svejedno je taj zahtjev potpuno zapostavljen. Komparativna analiza odgovora populacije studenata u USA i Hrvatskoj pokazala je da jedni i drugi smatraju da idealna poslovna karijera mora pružiti mogućnost korištenja osobnih sposobnosti i sklonosti, te da mora osigurati sigurnu i

stabilnu budućnost. Nisu se složili u pogledu ispunjenja potrebe za kreativnošću i originalnošću, a pogotovo se nisu složili u pogledu važnosti neegoističnog zahtjeva da se bude od koristi drugima.

U drugom dijelu istraživanja ispitanici su testirani na hipotetičkom primjeru izbora poslova u paru u kojem se poslovi nisu razlikovali po radnim uvjetima, već jedino prema društvenoj odgovornosti poduzeća. Oni su u prvom koraku trebali prepoznati društveno odgovorno poduzeće, a u drugom su se trebali odlučiti za koju su novčanu premiju voljni prijeći kod poslodavca s nižom društvenom odgovornošću. Ukoliko su sebični motivi važni ili daju viši nivo zadovoljstva, može se očekivati da će deficit potražnje kod poslova s nižim etičkim imidžem biti moguće kompenzirati višim plaćama. Razlika u plaćama predstavlja premiju koju budući zaposlenici očekuju da će dobiti od poslodavca s nižom društvenom odgovornošću.

Većina ispitanika prepoznala je društveno odgovornija poduzeća, iako u nešto manjem opsegu nego što se očekivalo. Prema tome se može potvrditi istinitost zadane hipoteze o postojanju osjetljivosti na prirodu posla vezanu za društvenu odgovornost poduzeća, ali se ne može potvrditi da je ta osjetljivost jaka ili sasvim jasno izražena u izabranoj populaciji. Potrebno je istaknuti da u jednom paru poslova većina nije prepoznala društveno odgovornije poduzeće (tehnolog u rafineriji nafte i tehnolog u prehrambenom kombinatu), a da je s druge strane većina ispitanika jasno prepoznala razliku između društvene odgovornosti u slučaju termoelektrane i muzeja umjetnosti. Slaba distinkcija društveno odgovorne firme dobivena je u slučaju para poslova referenta marketinga u tvornici cigareta i lige za borbu protiv raka, odnosno službe u zaštitarskoj agenciji ili u Caritasu. Prosječna premija za zamjenu posla firme s većom društvenom odgovornošću firmom s manjom društvenom odgovornošću bila je najveća u slučaju zaštitarske agencije i Caritasu, što nije potpuno u skladu s njihovim generalnim opredjeljenjem (57%) u kojem su prepoznali Caritas kao organizaciju više društvene odgovornosti. Ako se analiziraju odgovori muškaraca i žena, prepoznaje se izrazita razlika između njih u općem stavu. Razlika se pojavljuje u pojedinim parovima izbora, pa tako u tri para zaposlenja žene predvode u opredjeljenju za društveno odgovorniji posao, a tri para predvode muškarci. U slučaju prosječne premije za zamjenu posla muškarci su tražili puno višu novčanu naknadu za rad u zaštitarskoj agenciji i vojnom remontnom zavodu.

Rezultati u svakom od parova poslova mogu se tumačiti na specifičan način. Negdje je to postojanje dominantne informacije i kognitivnih ograničenja za koje su psiholozi dokazali da utječu na racionalnog donosioca odluka, a negdje su to utjecaji društvene svijesti o niskim društvenim vrijednostima altruističkih aspekata ponašanja ili nepostojanje opće društvene svijesti o štetnosti zagađivača.

U traženju odgovora za razumijevanje rezultata stavova ispitanika potrebno je uzeti u obzir šire obrazloženje ekonomskog i socio-kulturnog okruženja¹⁰ ispitanika. Razdoblje socijalizma potaknulo je egoistično ponašanje zato što je sustav strogo

¹⁰ Čitatelj se upućuje na zanimljiva istraživanja Aleksandra Štulhofera koja se referiraju u popisu literature.

sankcionirao svaki oblik ponašanja vezan uz ideologiju, dok je prešutno promovirao granične i polulegalne oblike ponašanja povezane uz ekonomski opstanak. Iako je izvorna namjera socijalističke doktrine bila eliminiranje ljudskog egocentrizma, rezultat je bio potpuno suprotan - ljudi su postajali sve više sebični, barem što se tiče odnosa prema društvu. Volonterski rad provođen je putem naredbi, partijske dužnosti ili straha od posljedica nesudjelovanja. Sustav obrazovanja nosi karakteristiku rigidnosti bez mogućnosti slobode izbora predmeta ili disciplina, a interdisciplinarnost se sankcionira.

U tranzicijskom, postkomunističkom razdoblju, naslijeđeni oblici ponašanja pojačani su nedovoljno određenim granicama tržišne ekonomije, te stimulirani tzv. "divljim kapitalizmom". Pritom se prvenstveno misli na nedovoljne institucionalne norme koje predstavljaju "pravila igre", otvarajući prostor za interpersonalno djelovanje. Nesigurnost koja proizlazi iz naglih promjena pridonosi kaotičnom stanju u tržišnim odnosima. Sigurnost i stabilnost zaposlenja, garantirane mirovine, besplatno obrazovanje, zdravstveno osiguranje i stanovanje, djelovali su kao uporišta blagostanja u socijalizmu, a zatim je sve navedeno naglo nestalo ili se promijenilo. Stoga je moguće očekivati da će opći osjećaj nesigurnosti i nestabilnosti i dalje poticati sebično ponašanje i manju osjetljivost prema pitanjima društvene odgovornosti od strane poslodavaca. Obrazovni sustav, čak i da prepoznaje potrebu za prepoznavanjem i priznavanjem vrijednosti društvene odgovornosti, ima djelovanje u dugom roku i ne može dominantno utjecati na ispitanika ako je poslovna praksa i poslovno okruženje različito.

Za svako društveno istraživanje postoji preporuka njegova ponavljanja, a zbog nekonzistentnosti u odgovorima i teškoća tumačenja pojedinih opredjeljenja ovo istraživanje potrebno je ponoviti u razumnom vremenskom razdoblju i rezultate obraditi faktorskom analizom radi znanstveno utemeljenijeg tumačenja podataka. Sadašnja praksa na sveučilištima u kojoj ne postoji prikupljanje podataka o diplomantima i njihovim zaposlenjima ne omogućava da se statistički analiziraju njihova stvarna opredjejenja. Studenti se potpuno individualno pojavljuju na tržištu rada, a svaka praksa organiziranosti u procesu zapošljavanja na sveučilištima je za sada nepoznata, iako postoje pokušaji studentskih udruga u osmišljavanju tzv. dana izbora karijere.

Literatura

- Frank H. R. (1988): *Passion with Reasons: The Strategic Role of the Emotions*, W.W. Norton.
- Frank, H. R. (1989): If Homo Economicus Could Choose His Own Utility Function, Would He Want One with a Conscience?, *American Economic Review*, 79 (3), pp. 594-96.
- Frank, H. R. (1994): *Microeconomics and Behavior*, 2nd ed. McGrawHill.
- Frank, H. R. (1996): What Price the Moral High Ground?, *Southern Economic Journal*, 63 (1), July, pp. 1-17.
- Franičević, V. (1998): "Problemi s racionalnim ekonomskim čovjekom: prema institucionalističkoj rekonstrukciji ekonomske teorije", u knjizi M. Meštrović i A. Štulhofer, *Kulturni kapital i tranzicija u Hrvatskoj*, Hrvatsko sociološko društvo, Zagreb.
- Fukuyama, F. (1995): *Trust*, The Free Press, New York.
- Gigerenzer, G. (1991): Probabilistic Mental Models: A Brunswikian Theory of Confidence, *Psychological Review*. No. 4.
- Hume, D. (1986): *Treatise of Human Nature*, Vol. 2, London-New York, Dent&Sons.
- Kahneman D., Slovic and A. Tversky (1982): *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge University Press.

- North, D. (1990) *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Post, J.E., W. C. Frederick, A.T. Lawrence and J.Weber (1996), *Business and Society*, 8th ed., McGraw Hill.
- Reich, R.B. (1998): The New Meaning of Corporate Social Responsibility, *California Management Review*, Vol. 40, No.2 Winter , pp. 9-17.
- Rosenberg, M. (1957): *Occupations and Values*, The Free Press, New York.
- Stigler, G and G. Becker (1977): "De Gustibus Non Est Disputandum", *American Economic Review*, September, pp. 67-79.
- Štulhofer, A. (1997a): "Sociokulturni aspekti neslužbenog gospodarstva - između oportunitizma i nepovjerenja", *Financijska praksa* 21, br. 1-2, str. 125-140.
- Štulhofer, A. (1997b): "Politička ekonomija neslužbenog gospodarstva - Sociokulturna dimenzija porezne evazije", *Financijska praksa* 21, br. 1-2, str. 277-294.
- Štulhofer, A. (1998): "Što kultura ima s tim? Sociokulturni kapital, civilnost i hrvatsko gospodarstvo", u knjizi M. Meštrović i A. Štulhofer, *Kulturni kapital i tranzicija u Hrvatskoj*, Hrvatsko sociološko društvo, Zagreb, str. 161-172.
- Vehovec M. and M. Kaštelan Mrak (1997): The Challenge of Building Trust in the Emerging Business Culture in Croatia, in *Enterprise in Transition*, DAAAM International Vienne and University of Split, pp. 354-359.

Summary

PREFERENCES ON THE LABOR MARKET AND COMPANIES' SOCIAL RESPONSIBILITY

This research was focused on the workers' preferences before entering the labor market in relation to motives that make the choice of a particular career more or less attractive and in relation to social responsibility status of a potential employer.

Randomly chosen group consisted of the University of Rijeka students that faced the first employment decision. Since the choice of work is closely connected to their expectations, hopes and view on future career, this research has examined the motives that influenced on the choice of profession, as well as the preferences of examined population in relation to choice of company with different social responsibility.

Empirical results showed that altruistic motives are less important for Croatian students than for American students. Furthermore, they differ in the level of importance of leadership possibilities motive, since Croatian students felt it to be the least important, while emphasizing the possibility of expressing their potentials, creativity and ensuring a stabile future as priorities. Social responsibility of a company, i.e. of a potential employer, was not clearly recognized in all cases, and in some even completely neglected. An explanation was given partly through the influence of cognitive limitations and partly through a general state of consciousness on social responsibility which is not adequately developed in given transitional and postwar conditions.

Key words: *preferences, career choice, company's social responsibility.*

Zusammenfassung

**PRÄFERENZEN AUF DEM ARBEITSMARKT UND
GESELLSCHAFTLICHE VERANTWORTUNG VON BETRIEBEN**

Im Mittelpunkt der Untersuchungen stehen Präferenzen von Berufstätigen unmittelbar vor ihrem Beitritt zum Arbeitsmarkt bezüglich der Motive die für jemanden die Auswahl einer Karriere mehr oder weniger attraktiv machen und hinsichtlich des Status gesellschaftlicher Verantwortlichkeit des potentialen Arbeitsgebers.

Die zufällig ausgewählten Untersuchungssubjekte sind ehemalige Studenten der Universität Rijeka, die zum erstenmal über ihre Berufstätigkeit entscheiden müssen. Da die Berufswahl eng mit ihren Erwartungen, Hoffnungen und ihrer Ansicht über eine zukünftige Karriere verbunden ist, wurden in dieser Untersuchung die Motive erfragt, die die Wahl der Berufstätigkeit beeinflussen sowie die Präferenzen derselben Population hinsichtlich der Wahl von Betrieben mit unterschiedlicher gesellschaftlicher Verantwortlichkeit.

Die aus den empirischen Tests gewonnenen Resultate zeigen, dass den kroatischen Studenten im Gegensatz zu den amerikanischen altruistische Motive weniger wichtig sind. Ebenso unterscheiden sich ihre Antworten wesentlich im Motiv des Anstrebens einer Führungsposition, das kroatischen Studenten weniger wichtig ist, während das Zeigen eigener Neigungen und Kreativität sowie die Absicherung einer sicheren und stabilen Zukunft Priorität haben. Die gesellschaftliche Verantwortung des Betriebs bzw. des zukünftigen Arbeitgebers ist in allen gegebenen Fällen nicht klar zu erkennen und bei einem Paar der Wahl gar nicht erwähnt worden. Als Erklärung wird teilweise der Einfluss kognitiver Begrenzung angeführt und teilweise der allgemeine Bewußtseinsstand über die gesellschaftliche Verantwortlichkeit, die unter den gegebenen Transitions- und Nachkriegsbedingungen nicht genügend entwickelt sind.

Schlüsselwörter: Präferenzen, Wahl der Karriere, gesellschaftliche Verantwortlichkeit von Betrieben.

Sommario

**LE PREFERENZE NEL MERCATO DEL LAVORO E LA
RESPONSABILITÀ SOCIALE DELLE SOCIETÀ**

La presente ricerca è incentrata sulle preferenze dei lavoratori prima di entrare nel mercato del lavoro in relazione alle motivazioni che portano alla scelta di una particolare carriera più o meno attrattiva e in relazione allo *status* di responsabilità sociale di un potenziale datore di lavoro.

Il gruppo è stato casualmente scelto tra gli studenti dell'Università di Rijeka che erano di fronte alla decisione della prima occupazione. Siccome la scelta del lavoro è strettamente connessa alle relative aspettative, speranze e visioni sulla futura

carriera, questa ricerca ha analizzato le motivazioni che influenzano la scelta della professione, così come le preferenze del campione esaminato in relazione alla scelta della società con differente responsabilità sociale.

I risultati empirici hanno mostrato che le motivazioni altruistiche sono meno importanti per gli studenti croati che per gli studenti americani. Inoltre, essi differiscono nel livello di importanza della motivazione delle possibilità di *leadership*, poiché gli studenti croati la sentono meno importante, mentre enfatizzano come priorità la possibilità di esprimere le loro potenzialità e creatività, e di assicurarsi un futuro stabile. La responsabilità sociale della società, cioè del potenziale datore di lavoro, non è chiaramente riconosciuta in tutti i casi, e in alcuni addirittura completamente negata. Una spiegazione è data in parte dall'influenza dei limiti cognitivi e in parte dallo stato generale della consapevolezza della responsabilità sociale che non è adeguatamente sviluppata nelle condizioni postbelliche e transnazionali attuali.

Parole chiave: *preferenze, scelte della carriera, responsabilità sociale delle società.*

KAZNENO DJELO USMRĆENJA NA ZAHTJEV I EUTANAZIJA

Dr. sc. Anita Kurtović, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu
Ivana Petrić, dipl. iur.
Split

UDK: 343.611
340.62
Ur.: 20. ožujka 2000.
Pr.: 3. svibnja 2000.
Prethodno priopćenje

Autorice, potaknute nespornostima po kojima se usmrćenje na zahtjev izjednačava s eutanazijom, u radu obrađuju najprije vrlo sporan pojam eutanazije i različite situacije koje taj pojam pokriva, a potom analiziraju pravna obilježja kaznenog djela usmrćenja na zahtjev. Na temelju toga ukazuju da de lege lata novo kazneno djelo usmrćenja na zahtjev "pokriva" slučajeve dobrovoljne aktivne i pasivne eutanazije, ali da je i širi pojam, jer se ne odnosi samo na situacije prikraćivanja patnji. Autorice predlažu de lege ferenda normiranje u smislu još blažeg kažnjavanja slučajeva u kojima je do usmrćenja na zahtjev došlo zbog osjećaja samilosti prema umirućem bolesniku. Također, smatraju da je krajnje nužno odrediti pravno rješenje slučajeva tzv. nedobrovoljne pasivne eutanazije odnosno slučaja koji se ne može podvesti pod usmrćenje na zahtjev, jer umirući takav zahtjev ne može uopće postaviti.

Ključne riječi: eutanazija, usmrćenje na zahtjev.

I. Uvodne napomene

Novo hrvatsko kazneno zakonodavstvo (Kazneni zakon Republike Hrvatske iz 1998. godine, u daljnjem tekstu KZ) u svoj je katalog inkriminacija unijelo (novo) djelo pod nazivom usmrćenje na zahtjev (čl. 94.). Ova potpuna novina u našem kaznenopravnom sustavu otvara brojna polemična pitanja glede uvjeta pod kojima se određeno ponašanje može podvesti pod zakonski opis usmrćenja na zahtjev. Primjena ove zakonske odredbe zasigurno će biti opterećena nizom konkretnih problema zbog nepostojanja sudske prakse, pa se ukazuje potreba pojasniti određene pojmove i predvidjeti moguća sporna pitanja, te navesti neka teorijska rješenja.

Dakako, postoji još jedan značajan razlog za pravnu analizu kaznenog djela usmrćenja na zahtjev. Naime, u javnosti je pogrešno stečen dojam da je uvođenjem toga djela sada dopuštena, odnosno legalizirana tzv. eutanazija, pa su brojni nespornosti i sporovi čak i u stručnoj javnosti u kojima se usmrćenje na zahtjev izjednačava s pojmom eutanazije. Pitanje dopuštenosti eutanazije podijelilo je

cjelokupnu javnost na dvije suprotstavljene strane. Jedni je smatraju zločinom, a drugi, pak, humanim činom. Dok protivnici eutanazije tvrde da se napretkom znanosti i medicine život može samo produžiti, ali ne i skratiti, pobornicima dopuštenosti "slatke smrti" važan je argument po kojemu se umjetnim putem produžava smrt, a ne život. Pretpostavljamo da će se, kako u budućnosti budu veće mogućnosti produljenja života, istodobno sve više produbljivati i navedene dvojbe.

Zbog toga je neizbježno razjasniti odnos eutanazije i kaznenog djela usmrćenja na zahtjev, i to određujući kako njihove dodirne točke, tako i jasne i precizne kriterije razgraničenja ova dva pojma. Pri tome treba posebice naglasiti dvije okolnosti: prvu, da se pravo ne bavi eutanazijom kao općedruštvenim, već kao osobnim problemom, te drugu, da ova obrada, zbog oskudnosti literature i sudske prakse, i nema pretenziju ni nuđenja konačnih odgovora niti obuhvaćanja cjelokupne problematike.

II. Eutanazija

1. Pojam i vrste eutanazije

Eutanazija,¹ kako to proizlazi iz povijesnog pregleda² kao i iz određenih definicija, nejasan je i višeznačan pojam. Tako se eutanazijom označava hotimičan čin ili propust koji uzrokuje smrt kako bi se na taj način uklonila svaka bol, pa se radi

¹ Pojam eutanazije u etimološkom smislu potječe iz grčkog jezika od riječi *eu* - dobro i *thanatos* - smrt što bi doslovno značilo *dobra smrt*. B. Klaić u *Rječniku stranih riječi* određuje eutanaziju kao laku smrt, kao olakšanje smrtno muke; ublažavanje boli umirućem s pomoću narkotika i sl., te kao usmrćenje neizlječivo bolesnih.

² Ovaj pojam se u staroj Grčkoj javlja u dva temeljna značenja: kao lijepa, laka, sretna smrt i kao plemenita, hrabra smrt. Sama riječ eutanazija po prvi je put zabilježena u III. stoljeću p.n.e. u kazališnom djelu *Mrav* komediografa Posidipa: "*Od svega što si čovjek može poželjeti od bogova, ne želi on ništa bolje od dobre smrti.*" Pojam eutanazije također nalazimo u djelima nekih pisaca staroga Rima kao što su Polibije, Ciceron, Kratin, a koji izriču zajednički stav pred neizbježnom činjenicom smrti: kad se već mora dogoditi, neka to bude na što brži i bezbolniji način. Cit. prema Novaković D.: *Eutanazija i situacije umiranja*, Revija za sociologiju, br. 21, 1990., str. 194.

Protivno, Stari i Novi zavjet, kao i rano kršćanstvo, ne prepoznaju problem eutanazije ni pojmovno ni sadržajno jer se Bog smatrao jedinim gospodarom života i smrti. Međutim, u tom je učenju ipak prisutna visoka razina poštovanja i solidarnosti sa starijima i bolesnim ljudima.

Srednji vijek i renesansa ističu, pod utjecajem antike, *ars moriendi* - umijeće umiranja. Zahtijevalo se herojstvo u umiranju, jer je život trebalo napustiti dostojanstveno. Ovu ideju promiče Thomas More u djelu *Utopija* 1516. godine, pa se u idealnoj državi savjetuje neizlječivim bolesnicima ili da "*sami požure iz ovog svijeta i života ili da ovlaste druge da ih oslobode.*" Tko prihvati ovaj prijedlog pa se oslobodi, bit će zadržan u časnoj uspomeni. Tko ga ne prihvati, bit će i dalje njegovan, jer prijedlog nije nikakva obveza ili prisila. Cit. prema Pozaić V.: *Život dostojan života - eutanazija u prosudbi medicinske etike*, Zagreb, 1985., str. 12 - 14.

T. More nigdje izriječno ne spominje izraz eutanazija, ali ga koristi Francis Bacon 1623. godine u djelu *Instauratio magna* kojim je izvršio preokret u shvaćanju eutanazije. On, predviđajući razvoj medicine koja će biti sposobna izmijeniti posljednje trenutke života i pripremiti dušu za odlazak na onaj svijet, poziva liječnike da istraže područje bola, čime bi se ostvario stari san čovječanstva: otići se strahotama posljednjih trenutaka života i ugasiti se na vrijeme na blag i miran način. Takvu vrstu smrti F. Bacon naziva eutanazijom. Cit. prema Novaković D.: *Eutanazija i situacije umiranja*, Revija za sociologiju, br. 21, 1990., str. 195.

o namjernom ubojstvu neizlječivo bolesnih i umirućih ili tek rođenih s teškim oštećenjima (eutanazija se primjenjuje ne samo na kraju nego i na početku života).³ Eutanazija je čin ili propust kojim se svjesno i namjerno zadaje smrt sebi ili drugome, sa ili bez znanja osobe o kojoj se radi, da se izbjegnu boli te omogućiti umiranje u skladu s ljudskim dostojanstvom.⁴ Eutanazija je namjerno skraćivanje života neizlječivom bolesniku ili unesrećenoj osobi radi uklanjanja patnji, ili, općenito, usmrćivanje iz humanih razloga.⁵

Eutanazija je stoga pojam koji se koristi za više različitih situacija, pa je tako početno ona predstavljala čovjekovu želju za brzom i bezbolnom smrću, dok je poslije, na sljedećoj razini, označavala potrebu njege bolesnih i umirućih, kako bi umrli po mogućnosti bez patnji.⁶ Međutim, suvremeno značenje eutanazije, dakako uključujući u sebi prva dva, dodaje i novi, sporniji sadržaj - postupke kojima se postiže laka smrt. Izvorno i suvremeno značenje, različite situacije i stanja upravo izazivaju zabunu i sporove. Stoga da bi se поближе označilo u kojem se smislu pojam eutanazije upotrebljava, odnosno o kakvoj se situaciji radi, dodaju mu se terminološka pojašnjenja pridjevima: aktivna i pasivna, dobrovoljna i nedobrovoljna, posredna, te oporučna eutanazija.

1.1. Aktivna i pasivna eutanazija

Kriterij za ovu podjelu je način izvršenja eutanazije, pa je aktivna eutanazija izravno skraćivanje života direktnom, aktivnom pomoći u umiranju. Određenim se

Sedamdesetih godina XIX. stoljeća započela je javna rasprava o eutanaziji, dok se početkom XX. stoljeća javljaju i prvi zahtjevi za njezinom legalizacijom. Međutim, sudbina je svih takvih prijedloga bila ista: odbačeni su od nadležnih zakonodavnih institucija. Pravnik Karl Binding i liječnik Alfred Hoche u svom djelu "*Dopuštanje uništenja životno nevrijednog života*" iz 1920. god. kao motive eutanazije navode *samilošt* i *svijest o beznačajnosti* pojedinačne egzistencije u odnosu prema interesima cjeline. Pri tome ljudski život vrednuju sa materijalističkog nazora: korist - trošak - učinak, pa teške i neizlječive, te duševne bolesnike označavaju *balastom egzistencije*, kao *živote nevrijedne života*, i, dosljedno tome, kandidatima za bezbolnu smrt. Nešto kasnije Hitler je takve ne samo nazvao *beskorisnim jedačima*, već je tu teoriju i praktično primijenio. Tako je primjena eutanazije doživjela svoj procvat u nacističkoj Njemačkoj tijekom drugog svjetskog rata. U ime samilosne smrti nemilosrdno je pobijeno više desetaka tisuća ljudi, premda točan broj ni danas nije poznat. Prvi na udaru bili su zdravstveno i ekonomski nekorisni, a zatim i politički nepoželjni. Cit. prema Pozaić V.: *Život dostojan života - eutanazija u prosudbi medicinske etike*, Zagreb, 1985., str. 15 - 21.

Ubrzo nakon rata obnavljaju se društva i pokreti za promicanje eutanazije, a javna rasprava, poticana brojnim slučajevima iz sudske prakse, ne jenjava. Novina suvremene situacije je odlučno i oštro odbacivanje prisilne eutanazije radi eugeničkog poboljšanja vrste. Najčešće su situacije u kojima bolesnici traže eutanaziju (kao umiranje u staračkoj zapuštenosti ili mehanički podržana vegetiranja u stanju kome) i olakšani su načini njezinog izvršenja, a pri tome je pristanak javnog mnijenja i medicinske struke na neke oblike skraćivanja života sve širi. Šire Visković N.: *Bioetika i biomedicinsko pravo*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 39-40, 1995., str. 75.

³ Čehok, I.: *Etika - priručnik jedne discipline*, Zagreb, 1996., str. 277.

⁴ Pozaić, V.: op. cit., str. 34.

⁵ Šeparović, Z.: *Granice rizika - etičkopравни pristupi medicini*, Zagreb, 1985., str. 92.

⁶ Pozaić, V.: op. cit., str. 29.

činom, dakle, namjerno zadaje smrt.⁷ Kaznenopravna rješenja aktivne eutanazije mogu biti različita - od inkriminacije ubojstva, privilegiranog oblika ubojstva (ubojstvo iz milosrđa ili samilosti), pomoći u samoubojstvu, ili legalizacije.⁸

Pasivna, negativna ili indirektna eutanazija predstavlja situaciju pomoći umirućem izbjegavanjem mjera kojima se produžava život, odnosno izazivanje smrti (puštanjem da umre) propustom pružanja dužne pomoći.⁹ Kako se propuštanje dužnosti da se spriječi smrt u pravu izjednačava sa činjenjem, pasivna eutanazija može, također, imati različita kaznenopravna rješenja: može se inkriminirati kao nepružanje dužne pomoći, i zabranjeno usmrćenje, ili se počinitelj može pod određenim uvjetima osloboditi krivnje. Suvremena dostignuća medicine dovela su ovu vrstu eutanazije u središte pažnje, pa se danas naročito javlja u slučajevima propuštanja primjene terapije ili sredstava kojima se umjetno održava ili produžava život.¹⁰

Za postojanje pasivne eutanazije posebice je značajno pitanje utvrđivanja smrti čovjeka. Danas mnoge dvojbene situacije izaziva upravo mogućnost umjetnog održavanja rada srca i disanja, čime je prestalo važiti pravilo da život traje do posljednjeg udisaja i posljednjeg otkucaja srca. Suvremena medicina u kojoj se poduzima sve da bi se produžio život, dok se istodobno želi što ranije utvrditi trenutak smrti kako bi se pristupilo uzimanju dijelova tijela za potrebe presađivanja ili u svrhu znanstvenih pokusa, aktualizirala je problem utvrđivanja smrti.¹¹ Općeprihvaćeno je stajalište većine zemalja da smrt čovjeka nastupa u trenutku tzv. moždane smrti (*mors cerebri*) čiji pojam znači *stanje organizma koje nastaje nakon prestanka funkcije središnjeg živčanog sustava*.¹² Identifikacijom moždane smrti smatra se da je čovjek mrtav, premda neki organi mogu zadržati svoju funkciju pomoću umjetnih sredstava, npr. srce, pluća, bubreg. Zbog toga, ako je moždana smrt utvrđena, obustavljanje rada aparata za revitalizaciju ne znači usmrćenje u smislu eutanazije, jer se radi samo o tehničkom postupku prema osobi koja je već mrtva.¹³

Dok se aktivna eutanazija odobrava u manjoj mjeri, pasivna eutanazija je prilično široko prihvaćena kako u zakonima nekih zemalja tako i u medicinskim krugovima. To se obrazlaže tvrdnjom da postoje važne i velike razlike u etičkom poređenju

⁷ Ova se vrsta eutanazije naziva i *pozitivnom* ili *direktnom*. Čehok, I.: op. cit., str. 277.

⁸ Visković, N.: op. cit., str. 76.

⁹ Šeparović, Z.: op. cit., str. 92.

¹⁰ Visković, N.: op. cit., str. 76.

¹¹ Šeparović, Z.: *Pravo na život: mjesto prava na život u klasifikaciji prava i sloboda čovjeka prema posljedicama njihova kršenja*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 1, 1997., str. 8.

¹² Pojam moždane smrti određen je 1968. god. od strane Medicinskog fakulteta u Harvardu - *The Harvard Report*. Liječnik može proglasiti pacijenta mrtvim ako se na njegovu elektroencefalogramu u tijeku dvadeset četiri sata ne pokažu moždani valovi, a istodobno nema spontanog disanja, zjenice su proširene i ukočene, te nema nikakvih reakcija na vanjske podražaje.

¹³ Harvardski kriteriji utvrđivanja smrti široko su prihvaćeni u nizu država iz dva vrlo značajna i praktična razloga: da bi se omogućilo vađenje organa za potrebe presađivanja dok su oni još sposobni za život odnosno funkciju, ali i da bi se liječnicima pribavio siguran dokaz da su aparati za umjetno održavanje životnih funkcija nekažnjeno uskraćeni. Šire Šeparović Z.: *Granice rizika...*, str. 105.

aktivne i pasivne eutanazije, jer moralno je gore ubiti čovjeka nego ga pustiti da umre.¹⁴ Aktivna eutanazija izravno proturječi temelju medicinske etike - Hipokratovoj zakletvi: "I nikome neću, makar me za to i molio dati smrtonosni otrov, niti ću mu za njega dati savjet". Medicinski pristup problemu aktivne i pasivne eutanazije istovjetan je stavu Katoličke crkve prema kojemu se aktivna eutanazija izrijeckom smatra ubojstvom,¹⁵ dok se primjena pasivne eutanazije tolerira: "U neizostavnosti neizbježne smrti usprkos upotrebljenim sredstvima, u savjesti je dopušteno odlučiti se za otklanjanje liječenja kojim bi se postiglo samo privremeno i bolno produženje života a da se pritom ne prekine normalno liječenje koje se bolesniku u tim slučajevima treba pružiti. Liječnik tada ne bi trebao sebi predbacivati da nije pružio svu pomoć osobi u opasnosti."¹⁶

Unatoč navedenim stajalištima, sve je više onih koji se zalažu za legalizaciju aktivne eutanazije i otklanjanje razlika u etičkom uspoređivanju s pasivnom eutanazijom, jer nema moralno presudnog razilaženja između aktivne i pasivne eutanazije, s obzirom da i usmrćivanje i postupanje na način da se nekog pusti umrijeti imaju jednaku krajnju namjeru, a to je smrt drugoga. Moralno gledajući isto je ako liječnik iz samilosti ubrizga pacijentu smrtonosnu injekciju i ako mu, također iz samilosti, uskrati prijeko potrebnu. Dapače, ako postoji mogućnost da se produži bolno pacijentovo umiranje, odluka o takvom produžavanju patnji protivna je humanitarnoj nakani medicine.¹⁷ Također, prema istom stavu postoje dva temeljna razloga za legalizaciju aktivne eutanazije. Prvi je unošenje izvjesnog reda u postojeću praksu o kojoj se javno ne govori, pa je izvan društvene kontrole. Time bi se potaknuli oni liječnici i medicinske sestre koji provode eutanaziju da otvoreno raspravljaju o tom značajnom pitanju kako bi se djelotvornije rješavali problemi što ih nameće praksa.¹⁸ Drugi razlog legalizacije je eliminacija zloupotreba. Eutanazija bi kao javna

¹⁴ Ovakav stav podržava i *Američko liječničko udruženje*, jer dopušta odustajanje od daljnjeg tretmana u slučaju nepobitnih znakova neposredne nastupajuće smrti pacijenta, ali se ni pod kakvim okolnostima ne smiju poduzeti mjere koje bi direktno izazvale njegovu smrt. Cit. prema Rachels J.: *Aktivna i pasivna pomoć za smrt*, Zbornik Trećeg programa Radio Zagreba, br. 31, 1991., str. 70.

¹⁵ "Trebalo bi ponovno sa svom odlučnošću izjaviti da nitko i ništa ne može nekoga ovladati da zada smrt nekom nevinom ljudskom biću, bilo da se radi o zametku ili embriju, djetetu ili odraslom, starcu, neizlječivom bolesniku ili nekome koji je u agoniji. Nitko ne može tražiti taj ubojnički postupak za sebe ni za drugoga koji je povjeren njegovoj brizi, niti na nj pristati, izričito ili isključivo. Radi se, naime, o kršenju božanskog zakona, o povredi dostojanstva ljudske osobe, o zločinu protiv života, o atentatu na ljudski rod." *Deklaracija o eutanaziji* iz 1980. god. Cit. prema Požaić, V.: op. cit., str. 103.

¹⁶ *Ibid.*, str. 107.

¹⁷ Smatra se da je stoga ispravniji postupak onog liječnika koji se odlučio na skraćivanje patnji ubrizgavši smrtonosnu injekciju. Rachels, J.: op. cit., str. 70, 72.

¹⁸ Sve je više liječnika koji su spremni javno govoriti o svojim iskustvima, pa je tako ravnatelj bolnice u Kyoti priznao da je bolesniku s uznapredovalim karcinomom prostate "pomogao umrijeti" smrtonosnom dozom narkotika. Također, anonimni liječnik je u dogovoru s obitelji obustavio ishranu putem sonde pacijentu koji se nalazio u komatoznom stanju. Ovakva priznanja potakla su raspravu o eutanaziji koja je oštro podijelila japansku javnost, pa je Ministarstvo zdravstva povjerilo specijalnoj komisiji da prouči etičke i pragmatske probleme vezane uz legalizaciju eutanazije. *Eutanazija podijelila i Japance*, Slobodna Dalmacija od 16. veljače 1997.

postala dostupna svima koji su za nju zainteresirani, pa bi se izbjegle zloupotrebe od strane pojedinaca koji je prakticiraju bez ikakve društvene i osobne odgovornosti, te poštivanja etičkih normi.¹⁹

1.2. Dobrovoljna i nedobrovoljna eutanazija

Ova je podjela posljedica usvajanja kriterija postoji li ili ne postoji zahtjev eutanazirane osobe, pa je dobrovoljna eutanazija slučaj pomaganja u umiranju na zahtjev ili molbu.²⁰

Nedobrovoljna eutanazija se izvršava bez zahtjeva, ali se razlikuju eutanazija protiv volje i eutanazija bez pristanka. Eutanazija protiv volje predstavlja oduzimanje života osobi (pod pretpostavkom postojanja njenog interesa) protiv njene izražene želje da ostane na životu ili bez truda da se uopće otkrije njen stav.²¹ Pobornici prinudne eutanazije predlažu njezinu primjenu u slučajevima tzv. eugeničke eutanazije (usmrćenje nakaznih ili nasljedno opterećenih pojedinaca sa nakanom da se poboljša rasa), ekonomske eutanazije (uklanjanje duševnih bolesnika, invalida, staraca i neizlječivih kako bi se društvo oslobodilo nekorisnih osoba), kriminalne eutanazije (usmrćivanje društveno opasnih i nepoželjnih) itd. Ipak, prihvaćen je stav da se u tim i sličnim slučajevima ne radi uopće o eutanaziji, već o ubojstvima pod velom blažeg i prihvatljivijeg imena.²²

Eutanazija bez pristanka predstavlja oduzimanje života osobi kada ona nije u situaciji da ima ili nije u situaciji da izrazi svoj stav o tome. U ovu kategoriju spadaju nakazna novorođenčad i odrasli ljudi koje poremećaj sprječava ili da oni sami odluče ili da izraze svoju odluku (prvenstveno se radi o komatoznim bolesnicima koji se nalaze u trajno vegetirajućem stanju).²³

¹⁹ Ova stajališta naglašavaju i neprimjerenost Hipokratove zakletve koja datira iz IV. st. pr.n.e., pa se njezin prvobitni smisao ne može dosljedno primijeniti u suvremenom progresivnom napretku medicine. Šire Šegota, L.: *Nova medicinska etika i eutanazija*, Društvena istraživanja, br. 3-4, 1996., str. 700-702.

²⁰ Šeparović, Z.: *Granice rizika...*, str. 92. Pitanje dobrovoljne eutanazije posebno je aktualizirano pojavom AIDS-a. Liječnici smatraju da postoje dva razloga zbog kojih oboljeli od AIDS-a mnogo češće postavljaju zahtjeve za eutanazijom nego ostali umirući bolesnici. Prvi razlog je što su napredovanje i završetak ove zastrašujuće neizlječive bolesti vrlo dobro poznati, a drugi je relativna mladost oboljelih koja budi snažno ogorčenje koje uzrokuje želju za smrću. Cit. prema *Eutanazija - za i protiv*, Slobodna Dalmacija, Split, 27. svibnja 1989.

Premda u praksi iznimna, teorijski se spominje, i tzv. autoeutanazija ili racionalno samoubojstvo koje sam sebi priušti neizlječivi bolesnik svjestan svog stanja. Glover, J.: *Eutanazija*, Zbornik Trećeg programa Radio Zagreba, br. 21-22, 1988., str. 207.

²¹ Glover, J.: op. cit., str. 210.

²² Pozaić, V.: op. cit., str. 33. Prinudna eutanazija i nije eutanazija u pravom smislu, pa je ona zabranjena i kažnjiva kao ubojstvo. Šeparović, Z.: *Granice rizika...*, str. 92.

²³ Glover, J.: op. cit., str. 210. Gledajući sličnih životnih situacija u teoriji se raspravlja o tzv. surogatima pristanka: "djelovanju u interesu oštećenika" ili "pretpostavljenom pristanku," kao mogućim razlozima isključenja protupravnosti. Šire Bačić, F.: *Kazneno pravo, opći dio*, Zagreb, 1998., str. 196.

1.3. Posredna i oporučna eutanazija

Granica između brige za umirućeg i eutanazije može biti vrlo tanka. Postoje situacije u kojima se ne može uvijek razgraničiti da li će krajnja posljedica medicinskih zahvata biti ublažavanje bolova i patnji ili eutanazija. Naime, davanje jakih sedativa za ublažavanje boli slabi organizam neizlječivih i umirućih bolesnika, te posredno ubrzava trenutak smrti. Tijekom vremena opada sposobnost apsorpcije lijekova, pa u pojedinim slučajevima nije moguće sa sigurnošću utvrditi koja je doza smrtonosna. U ovakvim situacijama provodi se tzv. politika dvostrukog efekta: osnovna namjera primijenjenih metoda je oslobađanje od bolova, a smrt je predviđen, ali ne i namjeravan usputni proizvod.²⁴ Ako smrt i nastupi, ne radi se o pravoj, već posrednoj eutanaziji koja se i teorijski i u praksi smatra etički opravdanom.²⁵

Oporučna eutanazija postoji u slučaju kad imamo izjavu bolesnika kojom se on unaprijed odriče primjene posebne tehnike i zahvata na njemu ako dospije u situaciju koja je puna patnje i bez izgleda za ozdravljenje.²⁶

2. Poredbeni prikaz kaznenopravnog statusa eutanazije

2.1. Pravo na smrt angloameričkog pravnog sustava

Kao prvi i temeljni razlog za legalizaciju eutanazije navodi se čovjekovo pravo na vlastitu smrt, tj. na smrt po izboru i u dostojanstvu. Pokret Pravo na smrt (*Right to Die*) je nastao konfliktom ideja i ciljeva individualizma i kolektivismizma. Krajnji kolektivismizam prenaplašava opće interese stavljajući ih uvijek ispred individualnih - život čovjeka ima primarno društvenu vrijednost. Stoga postoji dužnost očuvanja zdravlja, pa život treba održavati pod svaku cijenu, a pomaganje u samoubojstvu i eutanazija su zabranjeni. Krajnji individualizam apsolutno respektira čovjekovu volju, pa se zagovara čovjekovo pravo na smrt, nekažnjavanje pomaganja u samoubojstvu i legalizacija eutanazije (kao usmrćenja na zahtjev).²⁷

Ideja prava na smrt tekovina je suvremene civilizacije i izvanrednog napretka medicine, te pokazatelj zaostajanja pravne regulacije i promjena u sustavu etičkih vrijednosti. Ona se uglavnom svodi na sljedeće stavove: ako čovjek ima pravo na život, to isto pravo znači i pravo okončati život. Nitko nije dužan, niti se od njega može zahtijevati trpljenje nepotrebnih patnji kada već nema mogućnosti oporavka. Pri tome je posebice naglašena kvaliteta života: život treba održavati, ali samo ukoliko doista ima smisao. Problem produženog života u patnji uveo je novu fazu između punog života i konačne smrti, koja se naziva "život tijela i smrt ljudskosti".²⁸

²⁴ Ibid., str. 214.

²⁵ Novaković, D.: op. cit., str. 198.

²⁶ Bolesnik unaprijed izjavljuje tzv. *Living Will*. Cit. prema Šeparović, Z.: *Granice rizika...*, str. 92.

²⁷ Radi se o konfliktu dvaju načela: *salus aegroti suprema lex* i *voluntas aegroti suprema lex*. Ibid., str. 25.

²⁸ S obzirom da se danas više ne razlikuju samo krajnji polovi - život i smrt, kod mnogih je prisutan strah od produženog umiranja i ovisnosti, pa se pravo na smrt u dostojanstvu mora priznati i zaštititi kao jedno od temeljnih ljudskih prava. Ibid., str. 172.

Ideja prava na smrt karakteristična je pojava anglosaksonskog pravnog sustava, nastala u svezi s nekim dramatičnim slučajevima u zdravstvu SAD-a. Pažnju svjetske javnosti izazvao je 1976. godine slučaj Karen Ann Quinlan, djevojke koja je pala u komu nakon pogubne konzumacije droge i alkohola, pa je disala uz pomoć respiratora. Međutim, nakon nekoliko mjeseci kada je postalo očito da se Karen nalazi u nepovratno vegetirajućem stanju, njezini su roditelji zatražili isključenje respiratora, ali se bolnica usprotivila tom zahtjevu. Spor je riješio Vrhovni sud države New Jersey koji je ustvrdio da postoji pravna osnova za donošenje odluke o isključenju aparata, jer Karen ima ustavom zagwarantirano pravo na *privacy*, tj. pravo na nesmetanje osobnog intimiteta i interes da bude pošteđena od svakog besmislenog zadiranja u svoj tjelesni integritet, pa makar to bilo u namjeri da je održi na životu (*her right to die under her right of privacy*). Primjena ustavnih prava i jamstava ne može biti onemogućena osobama koje zbog bolesti ne razumiju svoj položaj. Nakon isključivanja aparata Karen je, na iznenađenje svih, počela disati sama i umrla je šest godina kasnije, od upale pluća.²⁹

Slučaj Quinlan je bio *ocasio legis* za donošenje prvog u svijetu Zakona o pravu na smrt, *Right to - die Bill*, u državi California 1977. god., koji daje mogućnost terminalnim bolesnicima da odluče o prekidu besmislene terapije umjetnog produžavanja života. Uz uvjet da pacijent izrazi svoju posljednju volju u pismenom obliku, liječnici su obvezni provesti takvu odluku čime se otklanja njihova kažnjivost.³⁰ Ova tzv. biološka oporuka (*Living Will* kao slučaj oporučne eutanazije) potvrđena je i federalnim zakonom *Patient Self-Determination Act* iz 1991. god.³¹

Sustav *common law* priznaje odraslim osobama (kompetentnim) pravo kontrole vlastitog tijela (*a right to control his own body*), iz kojega prava proizlazi pravo na odbijanje medicinskog tretmana, liječenja ili operativnih zahvata i kada znaju da takvo odbijanje može prouzrokovati njihovu smrt. Odluka o odbijanju medicinske pomoći može biti donijeta u vrijeme takve potrebe ili može biti sadržana u dokumentu (oporuci *living will*).³² Dvojba je riješena na način da je individualno pravo ispred općih interesa očuvanja života pojedinca.³³ Premda Zakon o pravu na smrt želi osigurati pravo čovjeka da umre svojom prirodnom smrću, izričito zabranjuje aktivnu eutanaziju.³⁴ Sudska praksa, međutim, ide u suprotnom smjeru, pa je od prvih trinaest sudskih postupaka za aktivnu eutanaziju čak devet završilo oslobađajućom presudom.

²⁹ Pravosudna dvojba trajala je godinu dana, jer su roditelji uložili žalbu Vrhovnom sudu protiv presude suda koji je riješio da bi isključivanje respiratora predstavljalo ubojstvo. Vrhovni sud jednoglasno je zaključio da "pravo izbora smrti ima prednost nad državnim interesima očuvanja života građana." Gardner, T.J.: *Criminal Law, Principles and Cases*, West Publishing Company, 1989, str. 328.

³⁰ Novaković, D.: op. cit., str. 198.

³¹ Visković, N.: op. cit., str. 76.

³² Gardner, T.J.: op. cit., str. 328.

³³ Američka praksa zauzima takav stav u mnogim sudskim presudama, npr. presuda Supreme Court of New Jersey iz 1985. god. u slučaju Conroy. Gardner, T.J.: op. cit., str. 327.

³⁴ Slična situacija postoji u zakonodavstvima drugih saveznih država SAD-a. Cit. prema Pozaić, V.: op. cit., str. 23.

Posebice je pravno zanimljiv slučaj Jacka Kevorkiana, umirovljenog patologa koji je izumio stroj za samoubojstvo pomažući neizlječivim bolesnicima da svojevóljno umru kako ne bi više patili.³⁵ On je bio optužen za smrt dvojice pacijenata (sedamdeset osmogodišnjeg svećenika koji je bio teški plućni bolesnik i dvadeset sedmogodišnjeg studenta također neizlječivo bolesnog), ali se tijekom sudskog postupka otkrilo da nije bila riječ samo o ovoj dvojici nego o dvadeset sedmorici Kevorkianovih pacijenata kojima je on, u razdoblju od 1990. do 1996. god., pomogao da umru. Sud države Michigan oslobodio je krivnje dr. Kevorkiana zaključivši da njegova namjera nije bila izazivanje smrti, već ublažavanje patnji.

U SAD-u postoji niz udruga koje zagovaraju pravo na dostojanstvenu smrt i podupiru ideju o legalizaciji eutanazije.³⁶ Međutim, na legislativnoj razini još uvijek ne postoji suglasnost o pravnom rješenju navedenih praktičkih napora. Tako je u državi Washington 1996. god. proglašen neustavnim *Zakon o zabrani liječničkog pomaganja pri izvođenju samoubojstava*,³⁷ dok je u državi Oregon od 1997. god. na snazi *Zakon o dostojanstvenoj smrti* koji dopušta liječnicima samo da prepisu, ali ne i da primijene, smrtonosne doze lijekova na zahtjev bolesnika kojima ostaje manje od šest mjeseci života.³⁸ Rješenja pravnog statusa eutanazije na saveznom nivou još nema.

U Velikoj Britaniji je još 1936. god. osnovano *Dobrovoljno društvo za eutanaziju* koje je po prvi put iste godine britanskom parlamentu predložilo legalizaciju eutanazije. Međutim, prijedlog je bio odbijen i, unatoč mnogobrojnim pokušajima sljedećih godina, eutanazija nije ni danas zakonski normirana. Prijedlog za donošenje zakona temeljio se na ovlaštenju liječnika da primijeni eutanaziju na neizlječivo bolesnom, ali mentalno zdravom čovjeku koji je najmanje trideset dana prije potpisao odgovarajuću izjavu.³⁹

Australska savezna država Sjeverni Teritorij prva je u svijetu legalizirala eutanaziju *Zakonom o dopuštenju eutanazije* u lipnju 1996. god., kojim se omogućava eutanazija neizlječivim bolesnicima ako dobiju potpise trojice liječnika specijalista od kojih barem jedan mora biti iz Sjevernog Teritorija. Prva legalna eutanazija izvršena

³⁵ Stroj dr. Kevorkiana, kojemu su mediji dali nadimak dr. Smrt, sastoji se od tri bočice spojene na iglu za infuziju. U prvoj je bezopasna fiziološka otopina koja služi za povezivanje pacijenta sa strojem. Pritiskom na polugu uključuje se druga bočica napunjena thiopentalom od kojega se pacijent istog trenutka onesvijesti. Nepunu minutu kasnije automatski se uključuje posljednja, treća bočica u kojoj je smrtonosni kalijev klorid. Srce pacijenta prestaje s radom, a cijeli postupak ne traje duže od pet minuta. Cit. prema Šegota, I.: op. cit., str. 704., i *Tri bočice za smrt*, Vjesnik od 8. lipnja 1990.

³⁶ Najstarija i najveća udruga *Nacionalno vijeće za pravo na smrt* sa sjedištem u New Yorku je neprofitna organizacija koja prihode stječe članarinom i dobrovoljnim prilozima, a cilj joj je da zainteresiranim osobama osigura izvršenje njihove volje glede života i smrti kada dospiju u terminalnu fazu. U tu se svrhu izdaju formulari o životnoj volji s naptucima liječnicima, medicinskim sestrama i drugima kako da izvrše definiranu volju u određenom trenutku, a svi učlanjeni stječu pravo na iscrpne informacije o zakonskim i drugim uvjetima umiranja u pojedinim savezним državama.

³⁷ Šegota, I.: op. cit., str. 701.

³⁸ *Umrla prema Zakonu o dostojanstvenoj smrti*, Slobodna Dalmacija od 28. ožujka 1998.

³⁹ *Dobrovoljno napuštanje "doline suza"*, Slobodna Dalmacija od 1. listopada 1989.

je 22. rujna 1996. god. kada je Max Bell, trpeći bolove zbog teškog oblika karcinoma prostate, okončao svoj život pri punoj svijesti, u prisutnosti supruge i liječnika, uključivanjem kompjutorskog uređaja kojim je ubrizgao u vene smrtonosnu dozu barbiturata. Suglasnost za okončanje života dao je osobni liječnik uz potpis psihijatra koji je potvrdio da je Bell odluku o vlastitoj smrti donio potpuno svjestan svoje situacije.⁴⁰

2.2. Pravo na smrt u kontinentalnom sustavu

Prihvatanje tzv. prava na samoodređenje, prema kojemu je čovjek gospodar ne samo svoga tijela, već i svoga života, i iz toga prava izvedenog prava na smrt, proširuje se i u sustav kontinentalnog prava. Tako je u Nizozemskoj parlament prihvatio *Zakon o eutanaziji, pomoći u samoubojstvu i okončanju života pacijenta bez njegova zahtjeva* 30. studenoga 1993. god., kojim je pravno riješen status dugo prakticirane eutanazije i drugih oblika okončanja života terminalnih bolesnika, s njihovim zahtjevom ili bez zahtjeva.⁴¹ Premda je donošenje zakona predstavljalo legalizaciju postojeće prakse, liječnici neće biti kažnjeni za ubojstvo iz samilosti ili pomaganje u samoubojstvu ako budu poštivali dvadeset i osam zakonskih uvjeta. Prije svega bolesnik mora biti duševno sposoban da donese odluku o vlastitom usmrćenju, a odluka mora biti dobrovoljna, više puta izražena i po mogućnosti pismeno registrirana. Tako se eutanazija, na primjer, ne može provesti nad pacijentom koji je u komatoznom stanju ili djetetom koje je rođeno nakazno. Također, mora postojati dokumentacija o neizlječivosti bolesti i o neizdrživim patnjama oboljelog koje se ne mogu ublažiti ni jednim poznatim lijekom. Liječnik koji namjerava primijeniti eutanaziju mora pripremiti izvješće s cjelokupnom poviješću bolesti, te ga dostaviti na verifikaciju liječniku i magistratu koje odredi sud. Njihovo je mišljenje odlučujuće. Ako se utvrdi nepoštivanje navedenih uvjeta, zakon predviđa zatvorsku kaznu u trajanju do dvanaest godina.⁴²

⁴⁰ Dan prije svoje smrti M. Bell dao je napisati pismo u kojem traži od Vlade da ne ukine Zakon o dopuštenju eutanazije. Cit. prema Šeparović, Z.: *Pravo na život...*, str. 10.

Janet Mills je druga osoba koja je, uz velike poteškoće ispunjenja uvjeta, iskoristila zakonsko pravo na eutanaziju 2. siječnja 1997. god. Naime, bilo je potrebno više od pet tjedana da se prikupe tri zakonski tražena liječnička potpisa, jer su četvorica liječnika u posljednjem trenutku povukla svoje odobrenje pod snažnim pritiskom protivnika eutanazije. J. Mills koja je bolovala od neizlječive vrste karcinoma kože i posljednje godine života provela u teškim mukama, naposljetku je javno zamolila da joj se javi liječnik spreman podržati njezin zahtjev za eutanazijom. Posljednje riječi koje je izgovorila prije nego je pokrenula program koji joj je ubrizgao smrtonosnu injekciju, bile su: "Konačno mir". Cit. prema *Eutanazija podijelila i Japance*, Slobodna Dalmacija od 16. veljače 1997.

⁴¹ Prema službenom izvješću koje obuhvaća razdoblje od 1986. do 1991. god., od pedeset smrtnih slučajeva jedan je "obavio" liječnik, smrtonosnom injekcijom. Podaci pokazuju da se u Nizozemskoj prosječno svake godine eutanazija primjenjivala kod 2700 umirućih pacijenata. U 80% slučajeva to su bili bolesnici od karcinoma s metastazama, 10% su bolesnici od teških posljedica moždanih bolesti i preostalih 10% se odnosi na bolesnike od AIDS-a. Cit. prema Šeparović, Z.: *Pravo na život...*, str. 11, i *Slatka smrt ulazi u život*, Slobodna Dalmacija od 26. veljače 1993.

⁴² Ibid.

Danska je zakonski normirala samo tzv. oporučnu eutanaziju 1992. god., pa se izjavom (*living will*) pacijenti mogu unaprijed odreći mučnog i beznadnog liječenja koje bi umjetno održavalo njihov život. U tu svrhu Ministarstvo zdravstva izdaje posebni obrazac koji pacijent mora potpisati, predmet se zatim registrira, a o njemu odlučuje posebna komisija.⁴³

Španjolska, Italija, Švicarska, Austrija i Njemačka (*Totung auf Verlangen* - čl. 216.) blaže kažnjavaju osobe koje su usmratile drugoga iz samilosti, na njegov zahtjev ili uz njegov pristanak.⁴⁴ Prema tim zakonodavstvima čin usmrćenja ostaje kazneno djelo, radi se o zabranjenom usmrćenju, ali se ipak uzima u obzir životna činjenica stanja osobe ili postojanja njegovog subjektivnog prava.

III. Kazneno djelo usmrćenja na zahtjev⁴⁵

Kazneni zakon Republike Hrvatske odredbom čl. 94. predviđa: "*Tko drugog usmrti na njegov izričit i ozbiljan zahtjev, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do osam godina.*"

Prema zakonskom opisu usmrćenje na zahtjev sadrži sva konstitutivna obilježja kaznenog djela ubojstva iz čl. 90. KZ, te stoga predstavlja namjerno usmrćenje druge osobe, ali uz postojanje jedne dodatne okolnosti koju ne sadrže drugi oblici ubojstva. Naime, dok se kod ostalih oblika ubojstva djelo čini protiv volje žrtve, ovdje tog protivljenja nema. Ne samo da ne postoji protivljenje, već žrtva zahtijeva vlastito usmrćenje. Međutim, takav izričit i ozbiljan zahtjev za usmrćenjem ne isključuje protupravnost, ali bitno utječe na smanjenje opasnosti i stupnja kažnjivosti (krivnje) počinitelja. Zbog toga zakonodavac već i samim nazivom ovoga djela hoće naglasiti njegovo privilegiranje označavajući ga usmrćenjem, a ne ubojstvom, premda se radi o svjesnom i voljnom oduzimanju tuđeg života. Zahtjev žrtve ne isključuje protupravnost, odnosno nedopuštenost ovakvog usmrćivanja, jer zaštita ljudskog života

⁴³ U Danskoj je vrlo povoljno prihvaćen ovaj zakonski postupak, što potvrđuje pomalo nevjerojatan podatak da je za samo mjesec dana sedam tisuća bolesnika potpisalo proeutanazijsku izjavu i dostavilo je svojim ambulantom, koje ih dalje prosljeđuju zdravstvenim institucijama.

⁴⁴ V. Zečević, D.: *Sudska medicina*, Zagreb, 1979., str. 217.

⁴⁵ Prvi kazneni zakon koji je na ovom području inkriminirao djelo ubojstva na zahtjev koje po svojim bitnim obilježjima odgovara opisu današnjeg kaznenog djela usmrćenja na zahtjev bio je Krivični zakonik Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca iz 1929. godine koji je ubojstvo na zahtjev predviđao kao privilegirani oblik osnovnog djela ubojstva: "*Ko liši života kakvo lice na njegov izričan i ozbiljan zahtjev ili molbu, kazniće se zatočenjem do pet godina ili zatvorom.*"

Ako je ovako lišenje života izvršeno usljed sažaljenja prema bednom stanju lica, učinilac će se kazniti zatvorom do tri godine." (čl. 168.).

Poslije dugo vremena odredba sličnoga sadržaja pojavljuje se tek u prvom Nacrtu prijedloga Krivičnog zakona SR Hrvatske iz 1976. god. koji je predviđao kazneno djelo ubojstva na zahtjev kao novi oblik privilegiranog ubojstva. Međutim, taj prijedlog nije postao i zakon u Hrvatskoj, ali je u isto vrijeme Republika Slovenija, ipak, doduše posredno, uspjela predvidjeti manju mjeru kažnjavanja i za slučajeve eutanazije (usmrćenje počinjeno pod osobito olakšavajućim okolnostima iz čl. 46. st. 4. KZ SR Slovenije). I u važećem slovenskom Kaznenom zakonu predviđen je čl. 127. st. 3. privilegirani oblik ubojstva pod posebno olakotnim okolnostima.

nije isključivo usmjerena prema zaštiti pojedinca. Društvo ima interes održavanja života svojih građana, pa je zabranjeno oduzimanje njihovih života i onda kad oni to zahtijevaju. Zakonodavac zalazi u subjektivnu sferu pojedinca da bi ga bolje zaštitio, ali i da bi promicao opće, društvene interese, pa čovjek nema pravo slobodno raspolagati individualnim dobrima (vrijednostima) na čijem održanju postoji interes društva. Zato je usmrćenje i na izričit i ozbiljan zahtjev kažnjivo.⁴⁶

I. Valjanost zahtjeva

Usmrćenje na zahtjev nikako nije istovjetno oduzimanju života uz pristanak (privolu)⁴⁷ oštećenika. Samo pristanak, koji znači da se volja osobe ne opire djelu, odnosno da ne postoji njeno protivljenje, nije dostatan, jer nitko ne može dati pristanak na vlastitu smrt bez obzira o kakvim je plemenitim pobudama riječ.⁴⁸ Stoga je za postojanje kaznenog djela usmrćenja na zahtjev potrebno da podnositelj zahtjeva kod počinitelja izazove (stvari) odluku da ga usmrti.

Zahtjev treba biti **upravljen prema određenoj osobi**, počinitelju.⁴⁹ Glede vremena podnošenja zahtjeva relevantno je da se zahtjev ne može dati unaprijed za slučaj koji bi se mogao dogoditi u budućnosti, npr. netko zahtijeva od drugog da ga usmrti **“ako jednom neizlječivo oboli ili kad više ne bude pri svijesti”**. Zahtjev se upućuje počinitelju **neposredno prije** usmrćenja,⁵⁰ i ne smije biti opozvan prije dovršenja djela.

Zahtjev mora biti strogo **osoban**, tj. da ga je postavila osoba koja je jedina titular zaštićenoga dobra (*dominus verus*), pa je to u ovom slučaju jedino sama žrtva. Pri tome, podnositelj zahtjeva mora ispunjavati određene uvjete glede svojih mentalnih sposobnosti, jer se mora raditi o svjesnoj osobi koja je sposobna za davanje takve izjave i koja uviđa njezino značenje (osoba sposobna za donošenje valjane odluke i isticanje kvalificirane izjave).⁵¹

Zahtjev mora biti **izričit**, odnosno mora biti izrečen usmeno, pismeno ili izravno kretnjama (mora biti očitovan prema van). Postavlja se pitanje može li se zahtjev postaviti i konkludentnim radnjama, npr. odbijanjem hrane, lijekova i druge

⁴⁶ Pristanak žrtve na usmrćenje ima ograničeni učinak utoliko što može opravdati primjenu kaznenog djela usmrćenja na zahtjev kao privilegiranog ubojstva. Pristanak isključuje protupravnost samo kod onih individualnih dobara kod kojih autonomija pojedinca ne dolazi u sukob s društvenim interesima. Horvatić, Ž., Novoselec, P.: *Kazneno pravo, opći dio*, Zagreb, 1999., str. 243.

⁴⁷ Pristanak oštećenika je dopuštenje za povredu pravno zaštićenog dobra koje daje nositelj tog dobra. Bačić, F.: op. cit., str. 194. U teoriji postoji razlikovanje između dva pojma: pristanka i suglasnosti s različitim pravnim učincima. Šire Horvatić, Ž., Novoselec, P.: op. cit., str. 242.

⁴⁸ Cross and Jones: *Introduction To Criminal Law*, London, 1976., str. 119.

⁴⁹ Suprotno tome je stav prema kojemu zahtjev ne treba biti upravljen prema određenoj osobi, ali ako jeste, treća osoba ga ne može izvršiti. Šilović Josip i Frank Stanko: “Krivični zakonik za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca od 27. januara 1929.”, Zagreb, 1929., str. 139.

⁵⁰ Horvatić, Ž.: “Novo hrvatsko kazneno pravo”, Zagreb, 1997., str. 323.

⁵¹ Kurtović, A., Garačić, A., Pavlović, Š.: *Kaznena djela protiv života i tijela i kaznena djela protiv sloboda i prava čovjeka i građanina*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 5, br. 1, 1998., str. 191.

pomoći.⁵² Zahtjev također mora biti **ozbiljan** odnosno mora odgovarati pravoj volji osobe koja zahtijeva.⁵³ Ali, ozbiljnost zahtjeva može biti i nepostojana odnosno dvojbena kategorija, pa je stoga potrebno daljnje ispitivanje da se utvrdi da je zahtjev doista posljedica promišljene i nedvojbene odluke.

Nadalje, zahtjev mora biti dan **slobodno**. Odluci o podnošenju zahtjeva mora prethoditi puna svijest o posljedicama ovoga postupka i potpuno razumijevanje svih okolnosti. Zahtjev se neće tretirati kao ozbiljan ukoliko je stavljen u prolaznom neraspoloženju, afektu ili pod utjecajem opijata, odnosno ako izražava trenutačno duševno stanje.⁵⁴ Iznuđeni zahtjev dan pod prisilom ili u zabludi također isključuje postojanje kaznenog djela usmrćenja na zahtjev.⁵⁵

Prema tome, valjan zahtjev za usmrćenjem ne može dati dijete, malodobna osoba ili osoba kojoj je u značajnoj mjeri smanjena sposobnost shvaćanja njezina postupanja i vladanje vlastitom voljom.⁵⁶ Ako bi ovakva osoba bila usmrćena, djelo bi se kvalificiralo kao ubojstvo premda je i dokazano postojanje zahtjeva.⁵⁷

2. Krivnja počinitelja

Za valjanost zahtjeva njegov podnositelj mora kod počinitelja izazvati ili stvoriti odluku da ga ovaj činjenjem ili nečinjenjem usmrti. Prema tome, počinitelj je svjestan svih obilježja kaznenog djela i hoće njegovo počinjenje. Usmrćenje s izravnom namjerom počinitelja je nesporno, jer je počinitelj donio odluku o djelu na izričit i ozbiljan zahtjev žrtve. U ovom slučaju dodatni subjektivni element cilja koji postoji na strani oštećenika, a ne počinitelja, smanjuje stupanj počiniteljeve krivnje.⁵⁸ Sporan

⁵² Moguće rješenje nudi slučaj uvažavanja pristanka koji nedvojbeno proizlazi iz konkludentnih radnji. V. Bačić, F.: op. cit., str. 196.

⁵³ Šilović Josip i Frank Stanko: op. cit., str. 139. Postoji široki spektar mogućnosti ili dvojbi u kojoj mjeri osoba stoji iza svoje izjave, pa bi bilo neodgovorno uzeti svaki zahtjev za eutanazijom doslovno, bez da se ispita njegov istinski sadržaj. Iskustvo svjedoči da izraženi zahtjevi nisu uvijek iskreni, već predstavljaju podsvjesnu želju da se privuče pažnja na sebe i pobudi sažaljenje, o čemu govori ekstremni primjer iz jedne nizozemske bolnice. Od sedamdeset četiri teška bolesnika njih pedeset je izrazilo želju za smrću. Ekipa specijalista i psihologa stupila je s njima u pripremne razgovore. Od tih pedeset izabrali su dvadeset četiri duševno postojane osobe sposobne donijeti odluku o eutanaziji kojima su priopćili da su spremni ispuniti njihove zahtjeve. Svih dvadeset četvero bilo je šokirano. Više puta izražena želja za smrću odmah je nestala čim je smrt postala prisutna, na domak ruke, blizu. Cit. prema Pozaić, V.: op. cit., str. 75.

⁵⁴ Glover, J. op. cit., str. 208.

⁵⁵ Kurtović A., Garačić A., Pavlović Š.: op. cit., str. 191.

⁵⁶ Anglosaksonska sudska praksa priznaje takvo pravo na odluku samo odraslima koji imaju sve potrebne mentalne sposobnosti, dok to pravo nemaju djeca i duševno nesposobne osobe: "Although a competent adult can make such a decision, a child (minor) or an incompetent adult cannot." Gardner, T.J.: op. cit., str. 328.

⁵⁷ Horvatić, Ž.: op. cit., str. 323. Također, ako bi počinitelj samo pomogao pri samoubojstvu djetetu ili osobi koja nije bila u mogućnosti shvatiti značenje svojeg postupanja ili nije mogla vladati svojom voljom, takvo je pomaganje izjednačeno s ubojstvom iz čl. 90. KZ-a.

⁵⁸ Na oštećenikovo strani postoji namjera i cilj iskazani u obliku njegovog zahtjeva koji privilegira takvo usmrćenje.

oblik krivnje kod ovoga djela predstavlja neizravna namjera. Može li, ipak počinitelj postupati s dolusom eventualisom, odnosno biti svjestan da može počinuti djelo i na to pristati? Stvorena odluka počinitelja isključuje pristajanje na djelo, jer počinitelj ide za tim da ostvari obilježja kaznenog djela, premda se ne može isključiti njegovo pristajanje na posljedicu.

Glede sadržaja namjere odnosno sadržaja svijesti o djelu počinitelj mora biti svjestan svih okolnosti konkretnog događaja, što znači i okolnosti da postoji oštećenikov valjan zahtjev. Ako je počinitelj bio u zabludi o postojanju zahtjeva uopće ili o pretpostavkama za valjanost zahtjeva, njegova se kažnjivost određuje prema pravilima za error facti.⁵⁹

3. *Usmrćenje na zahtjev i kazneno djelo sudjelovanja u samoubojstvu*

Nužno je razgraničiti usmrćenje na zahtjev kao teže kazneno djelo i kazneno djelo sudjelovanja (pomaganjem) u samoubojstvu (čl. 96. KZ) za koje je predviđena blaža kazna (od šest mjeseci do pet godina zatvora).⁶⁰ Kada je čovjek u stanju sam počinuti samoubojstvo, nema potrebe da traži pomoć drugih, ali kada je samoubojstvo bez pomoći nemoguće, može se zatražiti pomoć. Međutim, pomaganje se može manifestirati u dva različita oblika. Osoba može tražiti da joj se stave na raspolaganje sredstva za izvršenje samoubojstva, jer ih ne može sama pribaviti, ali može zatražiti da netko drugi izvrši čin oduzimanja njenoga života, jer je objektivno nesposobna sama to napraviti. Pružanje pomoći prvog oblika predstavlja sudjelovanje u samoubojstvu, a pružanje pomoći drugog oblika je usmrćenje na zahtjev ako se radi o valjanom zahtjevu.⁶¹ Glede osobe koja pruža pomoć jedina je razlika u tome što usmrćenje uključuje jedan fizički pokret više, inače su ta dva postupka jednaka s obzirom na ishod. Dakle, razlika između usmrćenja na zahtjev i sudjelovanja u samoubojstvu je u tome tko izvodi konačni čin oduzimanja života odnosno tko poduzima radnju počinjenja.⁶² Pri tome, razgraničenje ova dva djela nije samo na objektivnoj (*actus reus*), već i subjektivnoj strani (*mens rea*), jer pomagateljska namjera obuhvaća svijest o tome da on samo podupire ili olakšava poduzimanje radnje počinjenja ili čina od strane drugoga.

IV. *Odnos kaznenog djela usmrćenja na zahtjev i eutanazije*

Inkrimiranje usmrćenja na zahtjev uzrokovalo je brojne nesporazume glede razlikovanja ovog kaznenog djela i eutanazije, koja se uglavnom shvaća kao postupak namjernog izazivanja smrti neizlječivih bolesnika radi skraćivanja njihovih patnji.

⁵⁹ Ovdje se ne radi o zabludi o protupravnosti koja bi postojala npr. u slučaju kada roditelj smatra da eutanazija čini njegovo djelo dopuštenim. Bačić, F.: op. cit., str. 267.

⁶⁰ Ovdje je kao posebno kazneno djelo predviđeno pomaganje u djelu čiji se "počinitelj" inače ne kažnjava, jer samoubojstvo samo po sebi nije kazneno djelo.

⁶¹ Kod usmrćenja na zahtjev radi se zapravo o samoubojstvu koje umjesto samoubojice na njegov izričit i ozbiljan zahtjev izvrši netko drugi. Glover, J.: op. cit., str. 207.

⁶² U angloameričkom pravu postoji tzv. *suicide pacts* koji mijenja kvalifikaciju ubojstva (*murder*) u blaži oblik usmrćenja (*manslaughter*). Šire *Harris's Criminal Law*, London, 1973., str. 439.

Usmrćenje na zahtjev doista obuhvaća i određene situacije eutanazije, ali ujedno je širi pojam. Naime, kod počinitelja eutanazije postoji specifična pobuda za djelovanje koja se izražava kao sažaljenje ili supatnja s osobom koja se eutanazira. Kako naš zakonodavac ne navodi nikakav motiv ili stanje žrtve kao posebno obilježje kaznenog djela usmrćenja na zahtjev, ono se može izvršiti i zbog razloga koji nisu pozitivni ili altruistički. U tom slučaju radi se o usmrćenju na zahtjev u užem smislu, a ne o eutanaziji. Ove se dvije situacije razlikuju prema motivaciji počinitelja.⁶³ Budući da važeći zakon ne provodi ovo razgraničenje, trebalo bi u svakom pojedinačnom slučaju utvrditi koji je motiv potakao počinitelja na djelovanje. Ako se utvrdi postojanje sažaljenja i situacija eutanazije, to bi moralo utjecati na izbor vrste i mjere kazne u smislu blažeg stupnja kažnjavanja nego u slučaju usmrćenja na zahtjev u užem smislu. Ako su, pak počinitelja potakli lukrativni ili slični razlozi, aktualizira se problem autentičnosti zahtjeva i mogućnosti zlorabe ovog kaznenog djela uopće. Zato bi trebalo podrobno ispitati u kakvom se međusobnom odnosu nalaze podnositelj zahtjeva i počinitelj usmrćenja u smislu ovisnosti, obiteljskih i drugih veza. U prilog razgraničenja navodi se i to da inicijativa kod usmrćenja na zahtjev može potjecati isključivo od žrtve, za razliku od slučaja eutanazije gdje je krug osoba širi i u pravilu obuhvaća pripadnike bliskih srodnika teško oboljele osobe.⁶⁴

Zbog navedenih razloga možemo zaključiti da se usmrćenje na zahtjev ne može poistovjetiti s eutanazijom, ali istodobno je "pokriva" i omogućava da se tretira na privilegirani način. S obzirom na različite klasifikacije eutanazije, možemo precizirati da se našim kaznenim zakonom regulira *dobrovoljna* eutanazija, jer je nužno postojanje zahtjeva osobe koja se usmrćuje. Pri tome se takvo usmrćenje može izvršiti činjenjem ili propustom pružanja dužne pomoći, pa eutanazija može biti i *aktivna*⁶⁵ i *pasivna*. Za pretpostaviti je da će osobe koje postavljaju zahtjeve uglavnom biti medicinski slučajevi. U ovoj kategoriji prvenstveno bi bili neizlječivi i umirući bolesnici koji trpe velike bolove. Međutim, u praksi drugih država brojni su primjeri pacijenata koji nemaju izrazitih fizičkih bolova, a ipak postavljaju zahtjeve za eutanazijom, jer se ne mogu pomiriti sa svojim stanjem višegodišnje paralize, nekontroliranog disanja, gutanja, mokrenja i sl.. Ove osobe su izvan životne opasnosti, ali zbog specifične situacije u kojoj se nalaze osjećaju takvu duševnu degradaciju da traže ubrzanje

⁶³ Za zakonski tekst inkriminacije iz Krivičnog zakonika iz 1929. god. vidi bilj. 45. Ta je odredba sadržavala dva oblika kaznenog djela ubojstva. U prvom stavku radilo se o usmrćenju na zahtjev u užem smislu, pri čemu je nevažno koji su motivi potaknuli počinitelja na djelovanje, dok je drugim stavkom inkriminirana eutanazija ili pomaganje pri umiranju. Ako je počinitelj udovoljio zahtjevu ili molbi osobe uslijed sažaljenja prema njenom bijednom stanju, djelo je predstavljalo još lakši oblik ubojstva. Kao sažaljenje smatralo se "*osjećanje tuđe boli kao svoje*," dok se pod bijednim stanjem podrazumijevalo ili bolesno stanje koje je neizlječivo ili drugo stanje povezano s velikim bolovima protiv kojih nema pomoći. Zakon je pri tome izjednačavao molbu sa zahtjevom. Cit. prema Šilović, J. i Frank, S.: op. cit., str. 139.

⁶⁴ Kurtović A., Garačić A., Pavlović Š.: op. cit., str. 190.

⁶⁵ Bačić podržava stav da mora ostati protupravna i kažnjiva kao ubojstvo ona eutanazija koja se sastoji u prikraćivanju života osobe na samrti, umjetnim zahvatima u ostatak životnih procesa da bi se ubrzalo nastupanje smrti (tzv. aktivna eutanazija). Bačić, F.: op. cit., str. 193.

smrti.⁶⁶ Nemedicinski slučajevi bi se odnosili na ostale životne situacije u kojima bi najčešće neka nesreća uvjetovala izvršenje eutanazije.⁶⁷

Postavlja se pitanje kako pravno tretirati slučajeve isključivanja s aparata za održavanje vitalnih funkcija komatoznih pacijenata koji se nalaze u trajno vegetirajućem stanju.⁶⁸ Ovdje se radi o *nedobrovoljoj* pasivnoj eutanaziji, jer inicijativa za usmrćenje dolazi od liječnika ili obitelji, a ne osobe koja se eutanazira. Ova situacija nije izričito navedena u našem kaznenom zakonu, a mogla bi se podvesti pod inkriminaciju nepružanje medicinske pomoći iz čl. 243. KZ, a čak postoje i mišljenja da bi takav postupak pod određenim uvjetima mogao biti i pravno dopušten.⁶⁹ Iako u hrvatskoj sudskoj praksi nije zabilježen ni jedan slučaj, život pokazuje da je izvjesno da se slučajevi nedobrovoljne pasivne eutanazije događaju, i to bez mogućnosti ikakve kontrole.⁷⁰ U ovakvim i sličnim situacijama može doći do kobnih pogreški u procjeni liječnika ili rodbine, a mogućnosti medicinskih zloupotreba su nesagledive. Zato je nužno što prije zauzeti i pravno odrediti odgovarajući stav prema nedobrovoljnoj pasivnoj eutanaziji.⁷¹

V. Zaključak (de lege lata i de lege ferenda)

Nezaobilazno je pitanje vremena u kojemu živimo poštivanje prava na život koje uključuje i zahtijeva poštivanje prava na smrt. Naime, poštovanje dostojanstva u životu uključuje u sebi i poštovanje tog istog dostojanstva u umiranju. Pri tome, pitanje dostojanstva u umiranju nije samo teorijsko, jer različite situacije traže i praktična vrlo konkretna rješenja. Danas medicina spašava i produžava život na spektakularan način, ali postoji dobro liječenje i pretjerano liječenje, a jedno je suprotno drugome. Primjenom suvremenih aparata za održavanje vitalnih sustava disanja i krvotoka stvara se stanje u kojem čovjek više ne može umrijeti, dok se

⁶⁶ "Umrijeti ili umirati," Start, br. 278, Zagreb, 1979.

⁶⁷ Npr. osoba beznadno zarobljena u gorućem kamionu traži da je se ubije kako ne bi trpjela umiranje u plamenu. Glover, J.: op. cit., str. 214.

⁶⁸ U pasivnu eutanaziju spadali bi slučajevi odustajanja od davanja lijekova ili od tehničkih intervencija.

⁶⁹ Bačić smatra da danas nije prijeporno da je dopušteno uskratiti lijekove i postupke koji, s obzirom na stanje pacijenta, ne liječe ali održavaju život, odgađaju trenutak smrti. To je tzv. terminalna faza ili faza umiranja u kojoj se liječnik ograničava da osigura bezbolnu i mirnu smrt. Međutim, da bi taj postupak bio pravno dopušten, potreban je pristanak pacijenta odnosno njegova odluka o prekidu svake terapije, ako je on u svjesnom stanju u kojem može sam odlučivati. Također, pacijent mora biti točno informiran o stanju bolesti. Ako je pacijent u besvjesnom stanju, a ne zna se njegova volja, onda o svemu tome odlučuje liječnik, polazeći od interesa pacijenta i poštovanja dužnosti očuvanja života, ali vodeći računa o svojoj ocjeni o stvarnoj vrijednosti ostatka života. Poželjno je saslušati i bliske rođake. V. Bačić, F.: op. cit., str. 193.

⁷⁰ Npr. teško ozljeđeni pacijent uopće ne bude primljen na odjel za intenzivnu skrb jer su izgledi da preživi minimalne. Prikriveni oblik eutanazije postoji i u svakoj odluci da se respirator koji je do tada održavao na životu jednog pacijenta priključi drugome, a da se prvi pacijent prepusti prirodnom tijeku stvari zato što nema dostatno aparata za sve.

⁷¹ Gregović, D.: *Pravo na smrt*, Zakonitost, br. 7-8, 1991., str. 188.

primjenom novih metoda oživljavanja može vratiti u život klinički mrtav čovjek. Međutim, najčešće se time spašava od smrti upravo život u kojem uopće ne postoje nikakve značajke ljudske osobnosti. Ako je borba za održavanje života pacijenta postala besmislena i ako se bolesnik protivno njegovoj volji prisiljava da dalje tako živi, povrjeđuje se pravo na ljudsko dostojanstvo i ponos. Medicina koja je sama sebi cilj je nehumana, nečovječna medicina. Zbog toga je već dugo vremena, ali i danas aktualno pitanje pravne dopuštenosti eutanazije odnosno pravnog tretiranja različitih situacija koje taj medicinski pojam obuhvaća. Pobornici legaliziranja eutanazije pozivaju se ne samo na temeljno pravo čovjeka na izbor smrti, već i na sasvim pragmatično pitanje novca.⁷²

Novo hrvatsko kazneno zakonodavstvo učinilo je korak naprijed u području reguliranja pravnog statusa slučajeva dobrovoljne eutanazije, jer je uvođenjem kaznenog djela usmrćenja na zahtjev u katalog inkriminacija omogućeno podvođenje i tih slučajeva pod ovaj zakonski opis, te njihovo privilegiranje. Onaj tko vrši eutanaziju (aktivnu ili pasivnu) na izričit i ozbiljan zahtjev neizlječivo bolesne osobe ili usmrćuje osobu iz sažaljenja prema njenom stanju svakako ne zaslužuje istu strogost kao i počinitelj "običnog" ubojstva. Ali, bilo bi ispravnije da je zakonodavac ovo djelo nazvao usmrćenje na zamolbu, jer je životnije predočiti da netko tko se nalazi u stanju teške i neizlječive bolesti ne podnosi zahtjev, već zamolbu da mu se prikrate patnje.⁷³

Također, s obzirom na to da motiv i stanje žrtve nisu posebna obilježja kaznenog djela usmrćenja na zahtjev (stoga je to djelo šire od pojma eutanazije), zakonodavac je trebao napraviti i daljnji korak predviđanjem još blažeg kažnjavanja počinitelja koji je iz samilosti usmratio osobu koja ga je zbog svoje teške bolesti ili stanja izričito i ozbiljno za to zamolila.

U svakom slučaju, otvaranjem mogućnosti da se eutanazija tretira kao privilegirano ubojstvo, a polazeći od stava da u Republici Hrvatskoj još nisu sazreli uvjeti za legalizaciju eutanazije, izabrano je treće, srednje rješenje - eutanazija se niti dopušta niti se strogo kažnjava. Nitko nema pravo oduzeti život pa makar on bio toliko nekvalitetan, ali tko to učini zbog izričitog i ozbiljnog zahtjeva samog nositelja prava na život, manje je kriv. Svi ostali slučajevi predstavljaju ubojstvo.

Bez obzira je li zabranjena ili dopuštena, eutanazija se svakako mora pravno nadzirati.

⁷² Legalizacija eutanazije riješila bi dva velika problema suvremenih zajednica. Prvi problem su komatozni pacijenti koji vegetiraju zahvaljujući medicinskoj tehnologiji, te terminalno oboljeli koji umiru u uvjetima nedostojnim čovjeka. Drugi je problem prozaično pitanje novca i velikih ekonomskih izdataka, jer u zapadnim državama na liječenje i bolnički smještaj ovih bolesnika otpada 8-9% bruto nacionalnog dohotka. Kada je izbor neizbježan, ako netko mora umrijeti, pustimo ga da umre i istim sredstvima spasimo nekog drugog.

⁷³ Umiruća osoba ne zahtijeva nego moli. Posebice je potrebno naglasiti da je zahtjevu antipod obveza, a notorno je da se nitko ne može obvezati ili prisiliti da umrti drugog.

Literatura

1. Bačić Franjo: *Kazneno pravo, opći dio*, Zagreb, 1998.
2. Čehok Ivan, Koprek Ivan i suradnici: *Etika - priručnik jedne discipline*, Zagreb, 1996.
3. Gardner J. Thomas: *Criminal Law, Principles and Cases*, West Publishing Company, 1989.
4. Glover Johnathan: *Eutanazija*, Zbornik Trećeg programa Radio Zagreba, 21-22, 1988.
5. *Harris's Criminal Law*, Sweet & Maxwell, London, 1973.
6. Horvatić Željko: *Novo hrvatsko kazneno pravo*, Zagreb, 1997.
7. Horvatić Željko i Novoselec Petar: *Kazneno pravo, opći dio*, Zagreb, 1999.
8. Gregović Danilo: *Pravo na smrt*, Zakonitost, 7-8, 1991.
9. Jelačić Olga: *Eutanazija - etički aspekt*, Split, 1985.
10. Kurtović Anita, Garačić Ana i Pavlović Šime: *Kaznena djela protiv života i tijela i kaznena djela protiv sloboda i prava čovjeka i građanina*, Ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 5, br. 1, 1998.
11. Novaković Dragutin: *Eutanazija i situacija umiranja*, Revija za sociologiju, 21, 1990.
12. Pozaić Valentin: *Život dostojan života - eutanazija u prosudbi medicinske etike*, Zagreb, 1985.
13. Rachels James: *Aktivna i pasivna pomoć za smrt*, Zbornik Trećeg programa Radio Zagreba, 31, 1991.
14. Slobodna Dalmacija, Split: "Eutanazija - za i protiv", 27. 5. 1989.; "Dobrovoljno napuštanje 'doline suza'", 1. 10. 1989.; "Slatka smrt ulazi u život", 26. 2. 1993.; "Prva legalna eutanazija", 27. 9. 1996.; "Eutanazija podijelila i Japance", 16. 2. 1997.; "Umrlo prema Zakonu o dostojanstvenoj smrti", 28. 3. 1998.
15. Start, 278, Zagreb, 1979.: "Umrijeti ili umirati."
16. Šegota Ivan: *Nova medicinska etika i eutanazija*, Društvena istraživanja, 3-4, 1996.
17. Šeparović Zvonimir: *Granice rizika - etičkopравни pristupi medicini*, Zagreb, 1985.
18. Šeparović Zvonimir: *Pravo na život: mjesto prava na život u klasifikaciji prava i sloboda čovjeka prema posljedicama njihova kršenja*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 1, 1997.
19. Šilović Josip i Frank Stanko: *Krivični zakonik za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca od 27. januara 1929*, Zagreb, 1929.
20. Visković Nikola: *Bioetika i biomedicinsko pravo*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 39-40, 1995.
21. Zečević Dušan i suradnici: *Sudska medicina*, Zagreb, 1979.

Summary

CRIMINAL ACT OF CAUSING THE DEATH ON REQUEST AND EUTHANASIA

Authors, motivated by misunderstandings that treat causing the death on request as euthanasia, deal in this article firstly with very disputable notion of euthanasia and different situations that fall under this category, and then they analyze legal characteristics of criminal act of causing the death on request. They point out that the new *de lege lata* criminal act of causing the death on request "covers" cases of voluntary active and passive euthanasia, but it is also a broader notion since it does not include only situations of ending a suffering. The authors suggest *de lege ferenda* the need of even lesser punishment for causing the death on request when committed in compassion with the dying patient. Moreover, the authors believe that it is necessary to find a legal solution for cases of, so called, involuntary passive euthanasia, i.e. cases that

cannot be deemed as causing the death on request since the dying patient cannot even express that request.

Key words: *euthanasia, death on request.*

Zusammenfassung

DIE STRAFTAT TÖTUNG AUF VERLANGEN UND EUTHANASIE

Von den Missverständnissen motiviert, denen nach die Tötung auf Verlangen mit Euthanasie gleichgesetzt werden, bearbeiten die Autorinnen zuerst den sehr diskutablen Begriff Euthanasie und verschiedene Situationen, für die dieser Begriff angewandt wird. Danach analysieren sie die Rechtseigenschaft der Straftat Tötung auf Verlangen. Auf Grund dessen zeigen sie auf, dass die neue Straftat Tötung auf Verlangen *de lege data* die Fälle von freiwilliger aktiver und passiver Euthanasie „deckt“, doch dass sie auch ein breiterer Begriff ist, da sie sich nicht nur auf Situationen von Verkürzung des Leidens bezieht. Die Autorinnen schlagen *de lege ferenda* vor, die Fälle noch milder zu bestrafen, in denen es zu der Tötung auf Verlangen aus dem Gefühl des Mitleids mit dem sterbenden Kranken gekommen ist. Sie meinen außerdem, dass es höchste Zeit ist, die Rechtslösung der Fälle einer sogenannten nicht freiwilligen, passiven Euthanasie zu bestimmen bzw. der Fälle, die nicht zu der Tötung auf Verlangen gehören, denn ein Sterbender kann solch eine Forderung überhaupt nicht stellen.

Schlüsselwörter: *Euthanasie, Tötung auf Verlangen.*

Sommario

IL REATO DI UCCISIONE SU RICHIESTA E L'EUTANASIA

Le Autrici, motivate dai fraintendimenti di inquadrare l'uccisione su richiesta come eutanasia, affrontano nel presente articolo innanzitutto l'opinabile nozione di eutanasia e le differenti situazioni che rientrano in questa categoria, e quindi analizzano le caratteristiche giuridiche del reato di uccisione su richiesta. Esse rilevano che *de lege lata* il nuovo reato di uccisione su richiesta copre casi di eutanasia attiva e passiva volontaria, ma è anche una nozione più ampia in quanto non include solo situazioni relative al terminare una sofferenza. Le Autrici suggeriscono *de lege ferenda* il bisogno di una sempre minore punizione per l'uccisione su richiesta quando commessa per compassione nei confronti di paziente terminale. Inoltre le Autrici credono che sia necessario trovare una soluzione giuridica per i casi di c.d. eutanasia passiva involontaria, ovvero i casi che non sono ritenuti come uccisione su richiesta da quando il paziente terminale non può più esprimere quella richiesta.

Parole chiave: *eutanasia, uccisione su richiesta.*

DAS WETTBEWERBSRECHT DES EGV*

Prof. Dr. Dieter Dörr
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Universität Mainz

UDK: 347.776::061.1EU
339.13.025.3::061.1EU
Ur.: 9. studenog 1999.
Pr.: 12. siječnja 2000.
Pregledni članak

Europsko pravo tržišnog natjecanja

Članak se temelji na predavanju o europskom pravu tržišnog natjecanja. Njegova je svrha pružanje opće slike, a ne pokušava dati odgovore na sofisticirana pitanja. Autor daje živu sliku europskog prava tržišnog natjecanja o kome postoji samo nekoliko odredbi u ugovorima. Stoga je praksa Komisije i Suda od odsudnog interesa.

Ključne riječi: *pravo tržišnog natjecanja, državna pomoć, antimonopolističko pravo, zloporaba.*

Inhalt

I. Allgemeines

II. Die Wettbewerbsregeln der Art. 81 ff. EGV

1. Einführung

- a) Die Adressaten des europäischen Kartellrechts (persönlicher Anwendungsbereich)*
- b) Die Zwischenstaatlichkeitsklausel (sachlicher Anwendungsbereich)*
- c) Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung*
- d) Territorialer Anwendungsbereich*

2. Das Kartellverbot des Art. 81 EGV

- a) Allgemeines*
- b) Die relevante Maßnahme im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV*
- c) Das Erfordernis der Wettbewerbsbeschränkung*
- d) Die Freistellung*

* Dieser Beitrag beruht auf einer Gastvorlesung, die ich am 20. 11. 1998 an der Universität Rijeka gehalten habe. Für die Ausarbeitung der erheblich erweiterten Aufsatzfassung danke ich meinem wissenschaftlichen Mitarbeiter *Florian C. Haus*.

3. *Der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung Art. 82 EGV*
 - a) *Allgemeines*
 - b) *Die marktbeherrschende Stellung*
 - c) *Die mißbräuchliche Ausnutzung*
 - d) *Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten*
4. *Die Fusionskontrolle*
 - a) *Allgemeines*
 - b) *Anwendungsbereich*
 - c) *Verfahren*
- III. *Öffentliche und monopolartige Unternehmen*
 1. *Die Bestimmung des Art. 86 Abs. 1 EGV*
 2. *Die Bestimmung des Art. 86 Abs. 2 EGV*
- IV. *Die Beihilfebestimmungen der Art. 87 ff. EGV*
 1. *Allgemeines*
 2. *Das Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV*
 - a) *Der Beihilfebegriff*
 - b) *Wettbewerbsverfälschung*
 - c) *Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten*
 3. *Die Beihilfenaufsicht nach Art. 88 EGV*
 - a) *Verfahren*
 - b) *Rechtsschutz*
 4. *Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidrig gewährter Beihilfen*

I. Allgemeines

Der EGV sieht die Wettbewerbsfreiheit als eine Grundlage des gesamten Gemeinschaftsrechts an. Dies kommt schon in Art. 2 EGV zum Ausdruck, der es als Aufgabe der Gemeinschaft bezeichnet, einen hohen Grad von Wettbewerbsfähigkeit zu fördern. Auch Art. 3 lit. g) EGV macht deutlich, daß ein System, welches den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt und die Wettbewerbsfähigkeit stärkt, zu den Tätigkeiten der Gemeinschaft gehören. Schließlich bekennt sich Art. 4 EGV zu dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb.

Die marktwirtschaftliche Orientierung des durch den EGV geschaffenen Systems gewährt den Unternehmen große Freiheiten. Es wird darauf vertraut, daß im freien Spiel der Kräfte die besten Ergebnisse zum Wohle der Allgemeinheit erzielt werden. Indessen birgt eine unbegrenzte Freiheit in der wirtschaftlichen Betätigung die Gefahr, daß die Marktteilnehmer Maßnahmen ergreifen, um eben diese Freiheit zu ihrem alleinigen Vorteile zu beseitigen. An dieser Stelle setzt jedes Kartellrecht an; der Wettbewerb soll vor dem Mißbrauch wettbewerbsmäßiger Freiheit geschützt werden.

Ergänzt wird das europäische Wettbewerbsrecht durch die Beihilfebestimmungen, die sich an die Mitgliedstaaten richten. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, daß keine Verzerrung der Wettbewerbsbedingungen durch finanzielle Interventionen

staatlicherseits erfolgt.¹ Mit diesem letzteren Aspekt ist zugleich ein Charakterzug des europäischen Wettbewerbsrechts angesprochen, der es von den nationalen Kartellrechtsordnungen unterscheidet: es dient neben der Gewährleistung der Wettbewerbsfreiheit auch dem europäischen Integrationsprozeß.²

II. Die Wettbewerbsregeln der Art. 81 ff. EGV

1. Einführung

Der Vertrag sieht verschiedene Regelungen vor, welche die Möglichkeit eröffnen, das Verhalten der Wirtschaftssubjekte am Markt zu kontrollieren. Das Instrumentarium reicht dabei vom Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EGV über das Verbot des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 82 EGV) bis zur Fusionskontrolle durch die Gemeinschaft nach Maßgabe der Verordnung des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, die als Fusionskontrollverordnung (FKVO) bezeichnet wird.

Diese Wettbewerbsregeln³ zeichnen sich dadurch aus, daß sie im Gegensatz zu den übrigen Bestimmungen des EGV die grundsätzliche Trennung zwischen gemeinschaftlicher Kompetenz zum Erlaß von Rechtsakten und mitgliederschaftlichem Vollzug nicht vornehmen, sondern den Gemeinschaftsorganen meist sämtliche Kompetenzen - also auch die zur Vollziehung des Gemeinschaftsrechts - übertragen.

Neben dem europäischen Wettbewerbsrecht bleiben die nationalen Kartellrechtsordnungen anwendbar. Da die wettbewerblichen Handlungsspielräume der Unternehmen auf diese Weise aus zwei Richtungen begrenzt werden, spricht man auch von der „Zwei-Schranken-Theorie“.⁴

a) Die Adressaten des europäischen Kartellrechts (persönlicher Anwendungsbereich)

Primär wendet sich das EG-Kartellrecht an die Unternehmen der Privatwirtschaft. Ihnen sollen als Marktteilnehmern wettbewerbsverzerrende oder - behindernde Praktiken untersagt werden, die sich hemmend auf die Schaffung eines gemeinsamen Marktes auswirken. Erfasst sind dabei ausweislich des Wortlauts des Art. 81 EGV auch Unternehmensvereinigungen. Wer sind nun die Unternehmen im Sinne der Art. 81 ff. EGV?

Die Konzeption des EG-Kartellrechts als überstaatliche Wettbewerbsordnung läßt es nicht zu, auf die innerstaatliche Rechtsform eines Unternehmens abzustellen. Die Mitgliedstaaten oder auch die Unternehmen hätten es andernfalls in der Hand,

¹ Zu weitergehenden Möglichkeiten einer europäischen Wettbewerbsordnung siehe *Dreher*, *Gemeinsamer Europäischer Markt - einheitliche Wettbewerbsordnung?*, in *FIW* (Hrsg.), *Umbruch der Wettbewerbsordnung in Europa*, 1995, S. 1 ff.

² Vgl. *Rittner*, *Das europäische Kartellrecht*, *JZ* 1996, 377, 383.

³ Wie auch die Beihilfebstimmungen, dazu unten IV.

⁴ Grundlegend *EuGH*, *Slg.* 1969, 1 ff - *Walt Wilhelm*.

durch entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsrechts bzw. der Unternehmensverfassung die Reichweite des EG-Kartellrechts zu beeinflussen. Maßgeblich ist daher eine kartellrechtsfunktionale Begriffsbildung. Der Zielsetzung der Art. 81 ff. EGV entspricht es, jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit zu erfassen, unabhängig von ihrer Rechtsform, von dem Vorliegen oder dem Fehlen der Gewinnerzielungsabsicht sowie von der Art ihrer Finanzierung.⁵

Verbundene Unternehmen, bei denen das eine Unternehmen einen beherrschenden Einfluß auf das andere hat, gelten als Einheit, als ein Unternehmen. Ihr Verhältnis zueinander unterfällt nicht Art. 81 f. EGV, solange das beherrschte Unternehmen sein Marktverhalten nicht autonom bestimmen kann.⁶

Im Anwendungsbereich der Art. 81 f. EGV werden zudem Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen erfaßt. Auch ohne gesetzliche Definition des Begriffs der Unternehmensvereinigung wird man davon ausgehen können, daß die Vereinigung - unabhängig von ihrer Organisationsform - jedenfalls bindende Beschlüsse fassen können muß, um das Marktverhalten der Mitglieder zu regeln.

Neben den Unternehmen der Privatwirtschaft sind von den Wettbewerbsregeln vorbehaltlich des Art. 86 EGV auch die Öffentlichen Unternehmen erfaßt.⁷ Überdies sind die Mitgliedstaaten selbst über Art. 4, 10, 81 ff. EGV an das Wettbewerbsrecht gebunden. Die Mitgliedstaaten dürfen keine Maßnahmen treffen - auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen - welche die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln aufheben könnten.⁸ Demgemäß sind die Gemeinschaftsorgane in der Vergangenheit auch gegen staatliche bzw. staatlich geförderte Wettbewerbsbeschränkungen vorgegangen.

b) Die Zwischenstaatlichkeitsklausel (sachlicher Anwendungsbereich)

Es kommt für Art. 81 und 82 EGV darauf an, ob eine Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach geeignet ist, die Freiheit des Handels zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die die Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Markts nachteilig betrifft.⁹ Dabei kann beispielsweise auch zu untersuchen sein, ob ein einzelner - für sich genommen möglicherweise unbedeutender - Vertrag Teil eines Systems oder „Bündels“ ist, welches insgesamt eine Wirkung entfaltet, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist, sog. „Bündeltheorie“.¹⁰

⁵ Ständige Rechtsprechung, vgl. *EuGH*, Slg. 1991-I, 1979, Tz. 20 ff. - Höfner; Slg. 1997-I, 7140, Tz. 21 ff. - Job-Centre.

⁶ *EuGH*, Slg. 1989, 803, Tz. 35 - Ahmed Saeed.

⁷ Vgl. dazu näher unten III.

⁸ Vgl. *EuGH*, Slg. 1989, 803, Tz. 52 - Ahmed Saeed; *EuGH*, Slg. 1994-I, 2517, Tz. 14 - Delta.

⁹ *EuGH*, Slg. 1966, 321, 324 - Grundig-Consten.

¹⁰ *EuGH*, Slg. 1991-I, 935, Tz. 14 ff - Delimitis.

c) Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Die Beeinträchtigung des Handels muß spürbar sein. Nach der „de minimis“-Regel werden ganz geringfügige Wettbewerbsbeschränkungen vom Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln ausgenommen.¹¹ Maßgeblich sind hier die Marktanteile der an der betreffenden Vereinbarung beteiligten Unternehmen. Dies führt zu der kartellrechtlich besonders wichtigen Frage der Marktabgrenzung, auf die noch einzugehen sein wird.¹²

d) Territorialer Anwendungsbereich

Nach dem Wirkungsprinzip greifen die Wettbewerbsregeln immer dann, wenn sich ein Verhalten der Wirtschaftsteilnehmer auf den Gemeinsamen Markt auswirkt. Die Unternehmen müssen demgemäß weder ihren Sitz in der EG haben, noch müssen sie ihr wettbewerbsbeschränkendes Verhalten im Geltungsbereich des EGV realisieren. Dies ist insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle von praktischer Relevanz. Als Beispiel mag die spektakuläre Fusion von Boeing und McDonnell-Douglas aus dem Jahr 1997 dienen.¹³ Sollen hier Auflagen durchgesetzt oder Bußgelder verhängt werden, versagt das völkerrechtliche Territorialitätsprinzip der *Kommission* die eigenständige Exekution. Die *Kommission* bemüht sich daher um die Durchsetzung ihrer Vorstellungen im Wege der Zusammenarbeit mit den anderen Kartellbehörden, etwa der US-amerikanischen Federal Trade Commission. Man spricht hier von *positive comity*.¹⁴

2. Das Kartellverbot des Art. 81 EGV

a) Allgemeines

Die Regelung des Art. 81 EGV stellt einen wichtigen Bestandteil des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrechts dar. Als unmittelbar wirksame Rechtsnorm findet sie auch in der nationalen Rechtspraxis Anwendung.¹⁵ Nach der neueren Entwicklung ist insoweit zu erwarten, daß die nationalen Kartellbehörden vermehrt die sog. dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts übernehmen werden.¹⁶

¹¹ Siehe Bekanntmachung der *Kommission* über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art. 81 I EGV fallen (sog. Bagatellbekanntmachung), ABIEG 1997 C 372, 13.

¹² Vgl. näher zur Marktabgrenzung unten 2c) und 3b) aa).

¹³ Entscheidung der *Kommission* v. 30. 7. 1997, ABIEG 1997 L 336, 16.

¹⁴ Vgl. das Abkommen zwischen der EG und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung der positive comity, ABIEG 1998 L 173, 26 und den XXVII. Wettbewerbsbericht der *Kommission* für das Jahr 1997 f, Tz. 324-327.

¹⁵ Vgl. für die Bundesrepublik Deutschland etwa *BGH*, EuZW 1998, 315 - Selektive Exklusivität.

¹⁶ Siehe das Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABIEG 1999 C 132, 1 und ferner die Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der *Kommission* und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Bearbeitung von Fällen im Anwendungsbereich der Art. 85 und 86 EGV, ABIEG 1997 C 313, 3. Für die Praxis des Bundeskartellamtes vgl. Praxis und Perspektiven der dezentralen Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts, http://www.bundeskartellamt.de/dezentrale_anwendung.html.

b) Die relevante Maßnahme im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV

Art. 81 EGV verbietet den Unternehmen im Sinne des oben dargestellten Unternehmensbegriffs in Form einer sehr weiten Generalklausel jede privatautonome Wettbewerbsbeschränkung. Im Gegensatz zu manchen nationalen Kartellrechtsordnungen werden horizontale und vertikale Vereinbarungen und andere abgestimmte Verhaltensweisen gleichermaßen erfaßt.¹⁷ Dem wettbewerblich unterschiedlichen Charakter dieser zwei Kategorien trägt die Praxis jedoch insoweit Rechnung, als das Kriterium der Spürbarkeit differenziert angewandt wird. So werden etwa Vertriebsvereinbarungen mit Ausschließlichkeitsklauseln, welche den Wettbewerb zwischen Herstellern (*inter-brand-competition*) prinzipiell zu fördern geeignet sind, großzügiger betrachtet, dies unter Inkaufnahme einer Beeinträchtigung möglichen *intra-brand*-Wettbewerbs.

Bei der Prüfung einer „Vereinbarung“ zwischen den Partnern bzw. einer abgestimmten Verhaltensweise am Maßstab des Art. 81 Abs. 1 EGV ist zu berücksichtigen, ob die Kooperation durch eine gesetzliche Bestimmung, also staatlich vorgegeben ist. Der *EuGH* ist hier der Auffassung, daß Art. 81 und 82 nicht anwendbar sind, wenn einem Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten durch nationales Recht vorgeschrieben wird oder das nationale Recht sonst jedes Wettbewerbsverhalten ausschließt. Die *Kommission* hat demzufolge die Aufgabe, im Kartellverfahren die dem betreffenden Unternehmen verbleibenden Handlungsspielräume zu untersuchen.¹⁸

Ein weiterer möglicher Anwendungsfall des Kartellverbots sind die Gemeinschaftsunternehmen. Bei der Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen bewegt sich der Rechtsanwender auf der Grenze zwischen Kartellverbot und Fusionskontrolle.¹⁹ Man unterscheidet zwischen kooperativen und konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen.²⁰ Unter Konzentration versteht man in diesem Zusammenhang die dauerhafte rechtliche Verselbständigung der Zusammenarbeit. Dies ist dann der Fall, wenn durch das Zusammengehen der beteiligten Unternehmen ein neues selbständiges und funktionsfähiges Unternehmen gegründet wird. Bei der bloßen Kooperation ist dies hingegen in aller Regel nicht der Fall. Hier ist in erster Linie das primärrechtliche Kartellverbot anwendbar.²¹ Darüber hinaus kann bei eigentlich fusionsrechtlich zu beurteilenden konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen Art. 81 EGV zum Zuge kommen, wenn das Gemeinschaftsunternehmen

¹⁷ *EuGH*, Slg. 1966, 321, 387 - Grundig-Consten.

¹⁸ Vgl. nur *EuG*, Slg. 1997-II, 6265, Tz. 33 - Kommission u. Frankreich/Ladbroke Racing Ltd.

¹⁹ Siehe zu den Abgrenzungsschwierigkeiten die Mitteilungen der *Kommission*, ABIEG 1998 C 66, 1 ff., 38 ff.

²⁰ Dabei wird noch weiter danach differenziert, ob das Gemeinschaftsunternehmen alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen) oder nur teilweise (Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen) bzw. nicht auf Dauer angelegt ist; siehe näher *Hirsbrunner*, Die revidierte EG-Fusionskontrollverordnung, *EuZW* 1998, 71 ff.

²¹ Vgl. den 23. Erwägungsgrund zur FKVO in der durch die VO (EG) Nr. 1310/97 geänderten Fassung.

den im selben oder in einem benachbarten Markt verbliebenen Gründerunternehmen die Möglichkeit eröffnet, eine wettbewerbswidrige Koordinierung zu realisieren (sog. *spill-over-Effekt*).²²

Im übrigen erfaßt Art. 81 Abs. 1 EGV mit seiner bewußt weiten Formulierung jegliche Verträge, die unabhängig von ihrer Form die Vertragspartner gegenseitig binden. Hier ist allerdings umstritten, ob schon eine Bindung im Sinne eines *gentlemen's agreement* hinreichend ist.²³ Dies kann jedoch in der Regel offenbleiben, da Art. 81 Abs. 1 schließlich auch die Anwendung aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen erfaßt. Dieser aus dem amerikanischen anti-trust-Recht stammende Begriff stellt darauf ab, daß Unternehmen ohne förmliche Vereinbarung bzw. Bindung an einen Beschluß einer Unternehmensvereinigung durch bloße Abstimmung ihres Verhaltens wettbewerbs hindernd tätig werden können.

c) *Das Erfordernis der Wettbewerbsbeschränkung*

Entscheidend für die Frage, ob Art. 81 Abs. 1 EGV eingreift, ist aber darüber hinaus die Wettbewerbsbeschränkung. Dieses schwer zu fassende Tatbestandsmerkmal wird durch die Regelbeispiele der Buchstaben a) - e) illustriert und unterscheidet sich ersichtlich nicht wesentlich von anderen Kartellrechtsordnungen. So sind insbesondere Preis- und Konditionenabsprachen untersagt, Gebietsabsprachen oder etwa Quotenkartelle verboten.

Die Vereinbarung muß eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bewirken oder bezwecken. Die beiden Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ bzw. „bewirken“ bedeuten, daß es bei den Wettbewerbsbeeinträchtigung entweder nur auf den Zweck ankommt - selbst wenn dieser nicht erreicht werden sollte - oder lediglich auf die Wirkung, selbst wenn diese gar nicht intendiert ist. In der Praxis liegt die Spürbarkeitsschwelle bei einem Marktanteil zwischen 5 und 10 %. Die Spürbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens läßt sich daher nur ermitteln, wenn eine Abgrenzung des jeweils relevanten Marktes vorgenommen wird.²⁴ Nach allgemeiner Anschauung wird die Marktabgrenzung aus der Sicht der Marktgegenseite ermittelt. Zu dem sachlich relevanten Markt gehören nach diesem sog. Bedarfsmarktkonzept sämtliche Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen oder Dienstleistungen nur in geringem Maße austauschbar sind.²⁵

Eine solche Abgrenzung der Märkte ist in der Praxis oft schwierig. Beispielhaft läßt sich dies am Fernsehmarkt, der die *Kommission* bei Wettbewerbsfragen in jüngster Vergangenheit öfters beschäftigt hat und auch noch beschäftigt, aufzeigen. Zunächst ist festzuhalten, daß sich für allgemein zugängliches Fernsehen auf der Grundlage der bisher vorliegenden Entscheidungen der *Kommission* unterschiedliche Märkte

²² Vgl. Art. 2 Abs. 4 Satz 1, Art. 3 Abs. 2 FKVO.

²³ Bejahend *EuG*, Slg. 1995-II, 791, Tz. 96 - *Tréfileurope Sales*.

²⁴ *EuG*, Slg. 1992, 1403, Tz. 159 - *SIV*.

²⁵ Vgl. *EuGH*, Slg. 1980, 3775, Tz. 25 - *L'Oréal*; *EuGH*, Slg. 1991-I, 3359, Tz. 51 - *AKZO*.

unterscheiden lassen.²⁶ Einmal hat die *Kommission* zu Recht festgestellt, daß es einen Markt der Programmherstellung und -beschaffung und einen Markt der Werbekunden gibt²⁷, wobei ein enger Zusammenhang zwischen Einschaltquoten und Werbeeinnahmen besteht.²⁸ Darüber hinaus ist ein Markt der Verbreitung der Programme mit den Untermärkten der terrestrischen Verbreitung²⁹, der Kabelverbreitung³⁰, der Satellitenverbreitung³¹ und der digitalen Verbreitung festzustellen. Zudem läßt sich der Markt auch programmorientiert in einen allgemeinen Fernsehmarkt, in einen Markt für Spartenkanäle und in einen Markt für besondere Programmschwerpunkte aufteilen.³² Schließlich kommt eine Marktabgrenzung auch nach Finanzierungsquellen in Betracht; insoweit lassen sich Werbe-, Abonnement- und Gebührenfinanzierung unterscheiden.³³

Es ist demnach jeweils im Zusammenhang mit den anzusprechenden Fragen zu ermitteln, auf welchen Markt im einzelnen abzustellen ist. Nur unter dieser Voraussetzung läßt sich feststellen, ob eine Wettbewerbsbeschränkung eintreten kann.

d) Die Freistellung

Von großer Praxisrelevanz sind wegen der tatbestandlichen Weite des Kartellverbots die Regeln über die Freistellung von der Anwendung des Art. 81 EGV. Neben der Möglichkeit der Einzelfreistellung hat die *Kommission* eine Reihe von Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen, um die Arbeitslast durch eine zu große Zahl von Verfahren zu mindern und der Wirtschaft handhabbare Rechtsregeln zu geben. So haben etliche Wirtschaftszweige, beispielsweise die Automobilindustrie³⁴, insbesondere für Vertriebsvereinbarungen diese Form von Sekundärrecht zu beachten.

Aktuell diskutiert wird momentan die Frage, inwieweit das bisherige Freistellungsmonopol der *Kommission* aufgegeben werden und die nationalen Kartellbehörden an der Befugnis zur Freistellung partizipieren sollen.³⁵

3. Der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung Art. 82 EGV

a) Allgemeines

Die Wettbewerbsregeln sind auch dann verletzt, wenn ein Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt. Die Vorschrift des Art. 82 EGV setzt voraus,

²⁶ Zum ganzen auch *Jestaedt/Anweiler*, Europäische Fusionskontrolle im Medienbereich, EuZW 1997, 549 ff.

²⁷ *Kommission* 86, 649/EWG, ABIEG 1996 L 294, 14.

²⁸ *Kommission*, ABIEG. 1989 L 284, 36 - Filmeinkauf deutscher Fernsehanstalten.

²⁹ *Kommission*, ABIEG 1996 L 53, 20 ff., Tz. 57 - Nordic Satellite Distribution.

³⁰ *Kommission*, ABIEG 1994 L 364, 1 Tz. 39 - MSG Media Service.

³¹ *Kommission*, ABIEG 1996 L 53, 20 ff., Tz. 55 - Nordic Satellite Distribution.

³² So ansatzweise, ABIEG 1994 L 364, 1 - MSG Media Service.

³³ Vgl. auch dazu *Kommission*, ABIEG 1994 L 364, 1 Tz. 39 - MSG Media Service.

³⁴ VO EG/1475/95, ABIEG L 145, 25. Siehe auch XXVII. *Kommission*, Wettbewerbsbericht für das Jahr 1997, Tz. 61.

³⁵ Vgl. Nachweise oben Fußn. 16.

daß das fragliche Unternehmen einen Markt beherrscht und seine marktbeherrschende Stellung mißbraucht. Überdies muß, wie eingangs dargestellt, der Bezug zum Gemeinsamen Markt gegeben sein (Zwischenstaatlichkeitsklausel) und beim Marktbeherrscher muß es sich um ein Unternehmen im Sinne des EG-Kartellrechts handeln. Wie auch beim Kartellverbot handelt es sich beim Mißbrauchsverbot um eine unmittelbar wirksame Verbotsnorm.

b) Die marktbeherrschende Stellung

aa) Der Markt

Die Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung setzt eine sorgfältige Abgrenzung des relevanten Marktes voraus. In der Praxis werden mit der Marktabgrenzung oftmals die Weichen für das Ergebnis des Mißbrauchsverfahrens gestellt. Ein Unternehmen wird in der Regel versuchen, den Markt als besonders weit darzustellen, um seine eigenen Marktanteile proportional zu verkleinern. Wie bereits erläutert, folgen die *Kommission* und der *EuGH* hier dem Bedarfsmarktkonzept. Es sind also alle Anbieter solcher Produkte oder Dienstleistungen zum relevanten Markt hinzuzurechnen, die aus der Sicht der Marktgegenseite als untereinander austauschbar erscheinen.³⁶ Zusätzlich werden all jene Anbieter berücksichtigt, die ohne besondere Schwierigkeiten ihr Angebot auf das fragliche Produkt oder die fragliche Dienstleistung umstellen können, deren Markteintritt also keine besonderen Marktzutrittsschranken entgegenstehen (sog. Angebotsumstellungsflexibilität). Ferner gehören nach der Praxis der *Kommission* solche Angebote zum relevanten Markt, auf die die Nachfrage umschwenkt, wenn der Preis um eine bestimmte geringfügige Marge erhöht wird (sog. Kreuzpreiselastizität).³⁷ Für die Marktabgrenzung müssen sich *EuG* und *EuGH* demzufolge ökonomischen Erwägungen und sonstigen Formen empirischen Nachweises öffnen. So hat der *EuGH* beispielsweise die Substituierbarkeit von Bananen durch anderes frisches Obst oder von verschiedenen Vitaminprodukten untereinander verneint, weil sie ganz spezifische Eigenschaften besitzen, hingegen die Substituierbarkeit von Leichtmetallverpackungen für Fleisch- und Fischkonserven durch Leichtmetallverpackungen für andere Produkte als möglich angesehen.

Bei der räumlichen Marktabgrenzung wird darauf abgestellt, inwieweit homogene Wettbewerbsbedingungen vorliegen.³⁸ Kriterien wie Transportkosten, Sprache, Kultur und sonstiges Verbraucherverhalten können dabei herangezogen werden.

bb) Die Marktbeherrschung

Die marktbeherrschende Stellung im Sinne des Art. 81 EGV ist nach der Auslegung des *EuGH* eine wirtschaftliche Machtstellung, die ein oder mehrere

³⁶ Vgl. oben 2c).

³⁷ Siehe des Näheren *Kommission*, Bekanntmachung der zur Definition des relevanten Marktes im Wettbewerbsrecht, ABIEG C 372, 5 ff.

³⁸ *EuGH*, Slg. 1998-I, 1453, Tz. 143 ff. - Kali + Salz/MdK.

Unternehmen (Oligopole) in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie dem marktbeherrschenden Unternehmen bzw. Oligopol die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.³⁹ Man spricht verkürzend vom Unabhängigkeitspostulat. In der Praxis ist eine marktbeherrschende Stellung jedenfalls bei einem Marktanteil von 50 % bejaht worden.⁴⁰ Zu beachten ist dabei, daß der Erwerb und das Innehalten einer marktbeherrschenden Stellung als solcher durch das Wettbewerbsrecht nicht mißbilligt werden.

Der Aufgabe des EG-Kartellrechts entspricht es, schon tatbestandlich nur solche marktbeherrschenden Stellungen zu erfassen, die sich auf einen „wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes“ erstrecken. Ein solcher wesentlicher Teil ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn das Gebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten umfaßt ist.⁴¹ Der *EuGH* hat aber auch das Gebiet einzelner großer oder größerer Regionen als wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes angesehen. Er hat sogar den Hafen von Genua wegen seiner Bedeutung für den innergemeinschaftlichen Handel als wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes eingestuft.⁴²

c) Die mißbräuchliche Ausnutzung

Der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung ist nach der ständigen Rechtsprechung ein objektiver Begriff. Er erfaßt Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist. Dem beherrschenden Unternehmen ist es verboten, den auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerb oder dessen Entwicklung zu behindern, etwa einen Mitbewerber zu verdrängen, in dem es zu anderen Mitteln als denen des Leistungswettbewerbs greift.⁴³ So ist z. B. nicht jeder Preiswettbewerb zulässig.⁴⁴

Besonderes Aufsehen hat in letzter Zeit eine von der *Kommission* auf der Grundlage des amerikanischen anti-trust-Rechts entwickelte „neue“ Fallgruppe erregt. Es handelt sich um die sog. „*Essential-facilities*“-Doktrin. Nach dieser Lehre mißbraucht ein Unternehmen, das hinsichtlich der Gestellung von Einrichtungen, die für die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen auf einem anderen Markt wesentlich sind (*essential facilities*), eine beherrschende Stellung innehat, diese beherrschende Stellung, wenn es den Zugang zu diesen Einrichtungen

³⁹ *EuGH*, Slg. 1978, 207, Tz. 65 - United Brands; *EuGH*, 1979, 461, Tz. 38 ff. - Hoffmann-Laroche; Slg. 1980, 3775, Tz. 26 - L'Oreal.

⁴⁰ *EuGH*, Slg. 1992-I, 3439, Tz. 60 - AKZO.

⁴¹ *EuGH*, Slg. 1991-I, 1979, Tz. 28 - Höfner; Slg. 1983, 3461, Tz. 28 - Michelin.

⁴² *EuGH*, Slg. 1991-I, 5889, Tz. 15 - Mercati convenzionali porto di Genova; *EuGH*, Slg. 1994-I, 1783, Tz. 41 - Corsica Ferries Italia; *EuGH*, v. 18. Juni 1998, C-266/96, Tz. 38 - Corsica Ferries France (noch nicht in der Sammlung).

⁴³ *EuGH*, 1979, 461, Tz. 91 - Hoffmann-Laroche.

⁴⁴ *EuGH*, Slg. 1991-I, 3439, Tz. 70 ff. - AKZO.

ohne sachlichen Grund verweigert.⁴⁵ Ein marktbeherrschendes Unternehmen soll sich in bestimmten Fällen nicht nur eines wettbewerbswidrigen Verhaltens enthalten, sondern sogar den Wettbewerb dadurch aktiv fördern, daß es potentiellen Wettbewerbern zu den von ihm entwickelten Einrichtungen Zugang gewährt.⁴⁶ Insbesondere die *Kommission* erhofft sich durch die Anwendung dieser Grundsätze dort Wettbewerb zu schaffen, wo aufgrund früherer monopolistischer Strukturen ein Unternehmen die Kontrolle über strategische Engpaßeinrichtungen hat, sog. „*Bottle-neck*“-Einrichtungen.⁴⁷ Nachdem eine frühere Entscheidung⁴⁸ weithin als Anerkennung dieser Lehre bewertet wurde, hat der *EuGH* nunmehr eine deutlich restriktive Position bezogen. Er verneinte den Marktmachtmißbrauch in einem Fall, in dem ein marktbeherrschender Verlag, der zugleich Inhaber eines landesweiten Zeitungszustellungssystems war, einem Wettbewerber den Zugang zu diesem Vertriebssystem verweigerte. Solange potentieller Ersatz für das Vertriebssystem bestehe, könne von mißbräuchlichen Schädigung oder Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem Zeitungsmarkt keine Rede sein.⁴⁹

d) Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Auch bei Art. 81 Abs. 1 EGV muß der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden. Allerdings kommt es im Rahmen des Art. 82 EGV auf eine tatsächliche, spürbare Beeinträchtigung nach der Rechtsprechung des *EuGH* gerade nicht an. Es genügt der Nachweis, daß das mißbräuchliche Verhalten hierzu geeignet ist.⁵⁰

4. Die Fusionskontrolle

a) Allgemeines

Im Zusammenhang mit Art. 82 EGV stellt sich ein weiteres Problem. Diese Bestimmung erfaßt lediglich die nachträgliche Beurteilung einer bereits vorgenommenen Fusion, die zu einer marktbeherrschenden Stellung geführt hat. Wird diese mißbräuchlich ausgenutzt, greift Art. 82 EGV ein. Die Bestimmung bildet aber eigentlich keine Grundlage für eine vorher erfolgende Kontrolle, ob sich Monopole oder Oligopole überhaupt am Markt bilden dürfen. Die Frage, ob sich aus dem EGV unmittelbar eine Fusionskontrolle ableiten läßt, war lange Zeit umstritten; der *EuGH* ließ eine solche Vorabkontrolle gestützt auf Art. 82 EGV und auf Art. 81 EGV in bestimmten Fällen zu.⁵¹ Am 21. Dezember 1989 verabschiedete der *Rat* schließlich

⁴⁵ Siehe eingehend *Bittnner*, Die Verweigerung der Drittzulassung zu Infrastruktureinrichtungen unter dem Aspekt des Mißbrauchsverbots aus Art. 86 EG-Vertrag, Hamburg, 1998.

⁴⁶ Vgl. *GA Jacobs*, Schlußanträge in der Sache C-7/97, *EuGRZ* 1999, 15 Tz. 34 - Bronner.

⁴⁷ Vgl. *Kommission*, Mitteilung zur Anwendung der Wettbewerbsregeln im Telekommunikationssektor, ABIEG 1997 C 76, 9.

⁴⁸ *EuGH*, Slg. 1995-I, 743 - Magill TV-Guide.

⁴⁹ *EuGH*, *EuGRZ* 1999, 22, Tz. 38 ff. - Bronner.

⁵⁰ *EuGH*, Slg. 1991-I, 1979, Tz. 32 - Höfner; Slg. 1983, 3461, Tz. 104 - Michelin.

⁵¹ *EuGH*, Slg. 1973, 215, Tz. 26 - Continental Can.

die Verordnung Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, die nicht nur auf Art. 83, sondern auch auf Art. 308 EGV gestützt wurde.⁵² Sie enthält einen in sich geschlossenen Regelungskomplex, der ohne das zu Art. 81 f. EGV ergangene Sekundärrecht auskommt.

b) Anwendungsbereich

aa) Zusammenschlußbegriff

Der Begriff des Zusammenschlusses ist in Art. 3 FKVO legaldefiniert. Erfasst sind einerseits die Fusion durch Verschmelzung oder Neugründung und andererseits der Erwerb der Kontrolle über ein Unternehmen in sonstiger Weise (Kontrollerwerb). Wie bereits dargelegt, unterfällt ferner auch die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen regelmäßig der FKVO.⁵³ Charakteristikum eines Zusammenschlusses ist jedenfalls die dauerhafte Veränderung der Unternehmensstruktur.⁵⁴

bb) Gemeinschaftsweite Bedeutung

Die Verordnung erfaßt gem. Art. 1 Abs. 2 „Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung“, das sind u. a. solche, bei denen alle beteiligten Unternehmen einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als 5 Mrd. Ecu und mindestens zwei beteiligte Unternehmen gemeinschaftsweit einen Gesamtumsatz von jeweils mehr als 250 Mio. Ecu haben.⁵⁵ Diese Umsatzschwellen lassen sich als Ausprägung des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 EGV) verstehen. Den nationalen Kartellbehörden sollen solche Fusionen zur Behandlung überlassen bleiben, deren Bedeutung eine Beurteilung nach dem EG-Kartellrecht nicht erforderlich erscheinen läßt. Dieser Telos wird durch Art. 1 Abs. 2 (letzter Halbsatz) FKVO verdeutlicht, nach dem die Aufgreifkriterien der lit. a) und b) nicht gelten, wenn die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 2/3 ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein- und demselben Mitgliedstaat erzielen. Für die Unternehmen hingegen kann es aber auch bei Nichterreichen der Schwellenwerte zur Vermeidung einer aufwendigen Mehrfachanmeldung erstrebenswert sein, ihren Zusammenschluß allein „in Brüssel“ anzumelden (sog. „one-stop-shopping“). Diesem Bestreben kommt der neugefaßte Art. 1 III FKVO entgegen, der eine Zuständigkeit der *Kommission* auch für diese Fälle begründet.

cc) Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt

Art. 2 FKVO enthält die materiellen Kriterien für die Beurteilung der Auswirkungen des angemeldeten Zusammenschlußvorhabens. Bei der Abfassung

⁵² Novelliert wurde die FKVO mit Wirkung vom 1. 3. 1998 durch die VO 1310/97 v. 30. 6. 1997, ABI 1997 L 180, 1; ber. ABI 1998 L 40, 17.

⁵³ Art. 3 Abs. 2 FKVO, vgl. dazu schon oben II 2b). Den Kontrollerwerb präzisiert Abs. 3.

⁵⁴ Siehe den 23. Erwägungsgrund zur FKVO.

⁵⁵ Zu den Einzelheiten siehe *Kommission*, Mitteilung über die Berechnung des Umsatzes, ABIEG 1998 C 66, 25.

der Kriterien wurde dabei einer wettbewerblichen Lösung der Vorrang vor einer industriepolitischen Lösung gegeben.⁵⁶ Maßgeblich ist die Zielaussage der Aufrechterhaltung und der Entwicklung wirksamen Wettbewerbs auf dem betroffenen Markt.⁵⁷ Bewirkt nun ein Zusammenschluß die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, so ist er gem. Art. 2 Abs. 3 FKVO von der *Kommission* für mit dem gemeinsamen Markt für unvereinbar zu erklären. Ersichtlich ist auch hier eine genaue Marktuntersuchung erforderlich.⁵⁸ Im Grundsatz ist für die Bestimmung des relevanten Marktes auf die obigen Ausführungen zu verweisen.⁵⁹ Zu erwähnen ist noch, daß die FKVO den räumlich relevanten Markt in Art. 9 Abs. 7 legaldefiniert; sachliche Unterschiede zu Art. 81, 82 EGV ergeben sich hierdurch nicht, da sich die Kriterien gleichen. Auch die aus Markt und Marktanteil resultierende marktbeherrschende Stellung vor und / oder nach der angestrebten Fusion bestimmt sich nach den Kriterien des primärrechtlichen Wettbewerbsrechts.⁶⁰ Durch diese marktbeherrschende Stellung muß der Wettbewerb ausweislich des Art. 2 Abs. 2 FKVO erheblich beeinträchtigt werden. Anhaltspunkte für diese aus dem de-minimis-Kriterium hergeleitete Untersuchung sind hier etwa eine durch die Fusion mögliche qualitative Neupositionierung auf dem relevanten Markt⁶¹, eine Vervollständigung des Sortiments mit marktverschließender Wirkung⁶² oder die Entstehung eines Oligopols.⁶³ Ausnahmsweise kann die Kausalität des Zusammenschlusses für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung entfallen, wenn eines der beteiligten Unternehmen ein Sanierungsfall ist und ohnehin aus dem Markt ausscheiden würde (sog. *failing company defence*).⁶⁴

Statistisch betrachtet sind Untersagungen selten. Von den angemeldeten Zusammenschlüssen wurden 1997 einer und 1998 zwei untersagt. Im selben Zeitraum sind demgegenüber 348 sonst verfahrensabschließende Entscheidungen der *Kommission* ergangen.⁶⁵ Vor diesem Hintergrund ist verständlich, daß die wenigen Untersagungen um so mehr Aufmerksamkeit erlangen - wie etwa der unlängst entschiedene Fall des geplanten Zusammenschlusses zwischen Bertelsmann und Kirch

⁵⁶ *Emmerich*, Kartellrecht, 8. Auflage (1999), S. 477.

⁵⁷ Art. 2 Abs. 1 lit a FKVO und 13. Erwägungsgrund zur FKVO.

⁵⁸ Siehe etwa *EuGH*, Slg. 1998-I, 1453, Tz. 143 - Kali + Salz/MdK. Vgl. auch anschaulich *Kommission*, ABIEG 1992 L 356, 1 ff. - Nestlé/Perrier.

⁵⁹ Vgl. oben II 2c) und 3b) aa).

⁶⁰ Vgl. *Sedemund/Montag*, in: *Dauses*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 2. Auflage 1998, H. I, Rdnr. 308.

⁶¹ *Kommission*, ABIEG 1997 L 218, 15 - Coca Cola/Amalgated Beverages und ABIEG 1998 L 145, 41 - The Coca Cola Company/Carlsberg.

⁶² *Kommission*, ABIEG 1998 L 288, 24 - Guinness/Grand Metropolitan. Siehe zum *Portfolio*-Kriterium auch das Bundeskartellamt, welches die geplante Übernahme von Cadbury Schweppes durch Coca-Cola zu untersagen angekündigt hatte (Pressemitteilung vom 25. Mai 1999). Die Übernahme wurde daraufhin aufgegeben.

⁶³ Vgl. *EuGH*, Slg. 1998-I, 1453, Tz. 152 ff. - Kali + Salz/MdK.

⁶⁴ Vgl. erneut *EuGH* (s. vorige Fußn.), Tz. 90 ff; *Hirsbrunner*, Die Entwicklung der Europäischen Fusionskontrolle in den Jahren 1997 und 1998, *EuZW* 1999, 389, 392.

⁶⁵ Vgl. *Hirsbrunner*, (oben Fußn. 64), 389.

im Bereich des digitalen Fernsehens.⁶⁶ Hier hatte die *Kommission* im wesentlichen damit argumentiert, es müsse eine Abschottung des deutschen Marktes für digitales Fernsehen und Pay-TV verhindert werden.

c) Verfahren

Das Verfahren der Fusionskontrolle soll hier nur kurz vorgestellt werden. Die *Kommission* begibt sich nach Eingang der Anmeldung in ein Vorverfahren, um sich - in der Regel im Laufe eines Monats - einen ersten Eindruck über die Anwendbarkeit der FKVO und die Wettbewerbsrelevanz des Vorhabens zu verschaffen. Ergeben sich in dieser Prüfungsphase Bedenken, leitet die *Kommission* die zweite Prüfungsphase ein. Nach weiteren vier Monaten wird über Genehmigung oder Untersagung entschieden. Statt einer Untersagung kann die *Kommission* auch eine Genehmigung mit Auflagen aussprechen (Art. 8 Abs. 2 FKVO). Bislang galt hier der Grundsatz, daß allein strukturelle Auflagen in Betracht kommen. Ausnahmsweise ergehen auch Verhaltensaufgaben.

Die *Kommission* kann eine „in Brüssel“ angemeldetes Zusammenschlußvorhaben auch an eine nationale Kartellbehörde zurückverweisen. Materielle Voraussetzung ist hier, daß der Zusammenschluß den Wettbewerb in einem gesonderten Markt betrifft, der nicht auch ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes ist (Art. 9 Abs. 2 FKVO).⁶⁷

III. Öffentliche und monopolartige Unternehmen

1. Die Bestimmung des Art. 86 Abs. 1 EGV

Der Gemeinsame Markt soll nach der Konzeption des EGV in erster Linie von den Kräften des Wettbewerbs gestaltet werden. Öffentliche Unternehmen und solche mit gesetzlich vorgesehenen Monopolen bilden in einem solchen Umfeld prinzipiell einen Fremdkörper und können aufgrund ihrer besonderen Stellung einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren privaten Konkurrenten erlangen.⁶⁸ Indessen sind in den Mitgliedstaaten besondere Privilegierungen einzelner (meist staatsnaher) Unternehmen seit jeher üblich gewesen und im Blick auf bestimmte Allgemeinwohlbelange, etwa die gleichmäßige Versorgung mit bestimmten wichtigen Dienstleistungen oder Gütern, auch stets als erforderlich erachtet worden.⁶⁹ Dementsprechend macht Art. 86 Abs. 1 EGV deutlich, daß den Mitgliedstaaten die Übertragung solcher Rechte bis hin zum Monopol grundsätzlich erlaubt ist.⁷⁰

⁶⁶ *Kommission*, ABIEG 1999 L 53, 1.

⁶⁷ Eine Besonderheit ist hier, daß bei Art. 9 Abs. 2 lit b) auf den Nachweis der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung verzichtet wird.

⁶⁸ *Emmerich*, in: *Dauses*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 2. Auflage 1998, H. II, Rdnr. 1 ff.

⁶⁹ Siehe hierzu auch den durch den Vertrag von Amsterdam neu eingefügten Art 16 EGV.

⁷⁰ *EuGH*, Slg. 1997-I, 5815, Tz. 44 - *Kommission/Frankreich*; Slg. 1992-I, 5833, Tz. 35 - *Telekommunikationsdienste*; Slg. 1991-I, 5889, Tz. 16 - *Merci convenzionali porto di Genova*. Allerdings ist nicht jede rechtliche Rahmenbedingung mit gemeinwirtschaftlichem Bezug als Regelung i.S.d. Art. 86 EGV zu verstehen, vgl. *Monopolkommission*, 11. Hauptgutachten, Tz. 578, Bundestagsdrucksache 13/5309 im Blick auf §§ 3, 4 Energiewirtschaftsgesetz.

Allerdings ist es den Mitgliedstaaten verboten, diesen von ihnen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgestatteten Unternehmen ein Verhalten vorzuschreiben oder sie zu einem Verhalten zu ermutigen, das im Widerspruch zu den Wettbewerbsregeln oder zu sonstigen Vorschriften, etwa den Art. 28-31 EGV, steht.⁷¹ Hierin ist - vor dem Hintergrund des besonderen Einflusses, den die Mitgliedstaaten auf diese Unternehmen haben - in der Sache ein Umgehungsverbot zu sehen.⁷²

2. Die Bestimmung des Art. 86 Abs. 2 EGV

Während der soeben dargestellte Art. 86 Abs. 1 sich an die Mitgliedstaaten wendet, sind die Adressaten des Abs. 2 die Unternehmen. Beide Absätze sind im einem „Zusammenspiel“ zu sehen.⁷³ Die Bestimmung des Abs. 2 soll dadurch, daß sie unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von den allgemeinen Vertragsvorschriften zuläßt, das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrumente der Wirtschafts- oder Fiskalpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Erhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung des Gemeinsamen Marktes in Einklang bringen.⁷⁴ Dabei ist als Grundsatz festzuhalten, daß für öffentliche Unternehmen das Gemeinschaftsrecht einschließlich des Wettbewerbsrechts gilt. Allerdings sind gemäß Abs. 2 die Vorschriften des EGV dann nicht auf das betreffende Unternehmen anwendbar, wenn ihre Anwendung die Erfüllung der besonderen Pflichten, die diesem Unternehmen obliegen, sachlich oder rechtlich gefährden würde.⁷⁵ Art. 86 Abs. 2 EGV entfaltet dabei nicht nur rechtfertigende Wirkung im Blick auf das Wettbewerbsrecht. Gerade im Lichte des neuen Art. 16 EGV wird deutlich, daß das Verhältnis von „Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ und der Tätigkeit der Gemeinschaft nach Ansicht der Mitgliedstaaten ein allgemeineres Problem darstellt, welches im Einzelfall⁷⁶ einer Lösung am Maßstab des Art. 86 Abs. 2 EGV zugeführt werden muß. Bei dieser Vorschrift handelt es sich mithin um einen globalen Rechtfertigungstatbestand.⁷⁷

Dies kann z. B. für das Beihilfeverbot des Art. 87 EGV bedeutsam werden. Unter den Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EGV kann die Anwendung des Beihilfeverbots ausgeschlossen sein. Die Bestimmung stellt für die Befreiung darauf ab, daß die Anwendung der Regelungen des EG-Vertrages bzw. der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich *verhindern* würde. Insoweit hat der

⁷¹ *EuGH*, Slg. 1991-I, 5889, Tz. 15 - *Merci convenzionali porto di Genova*; Slg. 1991-I, 1979, Tz. 29 - *Höfner*; Slg. 1991-I, 2925, Tz. 37 - *ERT*.

⁷² *EuGH*, Slg. 1997-I, 5815, Tz. 47 - *Kommission/Frankreich*.

⁷³ *EuGH*, Slg. 1993-I, 2533, Tz. 13 - *Corbeau*.

⁷⁴ *EuGH*, Slg. 1991-I, 1223, Tz. 12 - *Telekommunikationsendgeräte*; *EuGH*, Slg. 1997-I, 5815, Tz. 55 - *Kommission/Frankreich*.

⁷⁵ *EuGH*, Slg. 1997-I, 5815, Tz. 59 - *Kommission/Frankreich*.

⁷⁶ So dezidiert *Emmerich*, in: *Dausen*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 2. Auflage 1998, H. II, Rdnr. 158.

⁷⁷ Vgl. *Lecheler/Gundel*, Die Rolle von Art. 90 Abs. 2 und 3 EGV in einem liberalisierten Energiemarkt, *Recht der Energie* 1998, 92 ff.

EuGH zunächst in seiner Rechtsprechung den Nachweis gefordert, daß die Anwendung der Regeln mit der Erfüllung der besonderen Aufgaben unvereinbar sei.⁷⁸

Mit der Entscheidung im Fall *Corbeau* ist allerdings eine grundsätzliche Wende in der Rechtsprechung eingetreten. Einmal läßt der Gerichtshof eine bloße *Behinderung* der übertragenen Aufgaben ausreichen, anstelle eine Verhinderung der Aufgabenerfüllung zu verlangen.⁷⁹ Zum anderen ist für die Definition der zu erfüllenden Aufgabe eine materielle Bewertung anhand der einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften vorzunehmen. In diesem Zusammenhang bestätigt der *EuGH* in seinen neuesten Entscheidungen deutlich, daß die Vorschriften des EG-Vertrages gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV dann nicht anzuwenden sind, „wenn ihre Anwendung die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen, die diesem Unternehmen obliegen, sachlich oder rechtlich gefährden würde. Es ist nicht erforderlich, daß das Überleben des Unternehmens gefährdet ist“.⁸⁰

Diese Problematik läßt sich anhand der intensiv diskutierten Finanzierung von öffentlich-rechtlichen bzw. staatlichen Fernsehanstalten durch staatliche Mittel illustrieren. Würde hier die *Kommission* die Gebührenfinanzierung insgesamt in Frage stellen, würde womöglich die Existenz der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in allen Mitgliedstaaten in Frage gestellt und damit die Wahrnehmung der übertragenen besonderen Aufgaben tatsächlich auch verhindert, zumindest aber nachhaltig behindert. Ohne Gebührenfinanzierung oder eine staatliche Finanzierung wären die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten in den meisten Mitgliedstaaten nicht mehr in der Lage, ihre gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen. Demnach ist in einem solchen Fall eine Anwendung des Art. 87 EGV durch Art. 86 Abs. 2 EGV jedenfalls soweit ausgeschlossen, als dadurch die Gebührenfinanzierung insgesamt unmöglich gemacht würde.⁸¹

Zugleich darf aber durch eine Freistellung das Interesse der Gemeinschaft an einem funktionsfähigen Handelsverkehr nicht unterlaufen werden, Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV. Gemeint ist hier nicht der ohnehin erforderliche grenzüberschreitende Bezug, sondern in Anbetracht der legitimen Interessen der Mitgliedstaaten⁸² eine Beeinflussung der Grundsätze des freien Austausch von Waren und Dienstleistungen und der fortschreitenden Marktintegration („Entwicklung“) insgesamt.⁸³

IV. Die Beihilfebestimmungen der Art. 87 ff. EGV

1. Allgemeines

Wie bereits eingangs erwähnt, werden die spezifischen Wettbewerbsvorschriften durch das gemeinschaftsrechtliche Beihilfenverbot ergänzt, um ein gemeinschaftsweites System unverfälschten Wettbewerbs zu garantieren, Art. 3 lit. g) EGV.

⁷⁸ So noch *EuGH*, Slg. 1991, I, 2925, Tz. 33 - ERT.

⁷⁹ *EuGH*, Slg. 1993, I, 2533, Tz. 14.

⁸⁰ So *EuGH*, Slg. 1997-I, 5815, Tz. 59 - Kommission/Frankreich.

⁸¹ Vgl. hierzu näher *Dörr*, Die öffentlich-rechtliche Rundfunkfinanzierung und die Vorgaben des EG-Vertrages, in: *Stern/Prütting* (Hrsg.), Rechtliche und ökonomische Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Lichte des europäischen Rechts, 1999, S. 9 ff.

⁸² Vgl. oben 1).

⁸³ *Pernice*, in: *Grabitz/Hilf*, Kommentar zur Europäischen Union, Stand Mai 1998, Rdnr. 55 zu Art. 90 EGV (a. F.).

Die Vorschrift des Art. 87 EGV regelt die materiellen Voraussetzungen, unter denen Beihilfen der Mitgliedstaaten ausnahmsweise zulässig sind. Nationale Beihilfen sind dem EGV prinzipiell als interventionistische, den freien Wettbewerb störende Maßnahmen verdächtig. Sie bedürfen deshalb stets einer besonderen Rechtfertigung. Diese am Maßstab des Gemeinschaftsrecht zu überprüfen ist die Aufgabe der *Kommission*, die Herrin des Aufsichtsverfahrens nach Art. 88 EGV ist.

2. Das Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV

a) Der Beihilfegriff

aa) Grundlagen

Die Bestimmung des Art. 87 Abs. 1 EGV setzt zunächst voraus, daß eine Beihilfe vorliegt.⁸⁴ Der Begriff Beihilfe ist in Abgrenzung zur Subvention bewußt gewählt, so daß nicht lediglich Geld- und Sachleistung darunterfallen, sondern auch verschonende staatliche Maßnahmen erfaßt sind.⁸⁵ Im übrigen enthält die Vorschrift keine umfassende Definition des Beihilfegriffes. Um so wichtiger ist die Konkretisierung durch die Luxemburger Gerichte.⁸⁶ *EuGH* und *EuG* legen in nunmehr wohl gefestigter Rechtsprechung einen weiten Beihilfegriff zugrunde.⁸⁷ Dies wird verständlich im Blick auf das Konzept des Beihilfenverbots. Die Vorschrift des Art. 87 Abs. 1 EGV stellt nicht auf die Gründe oder Ziele der Maßnahmen ab, sondern beschreibt deren Wirkungen.⁸⁸ Nur so kann verhindert werden, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch von staatlicher Stelle gewährte Vergünstigungen beeinträchtigt wird, die in verschiedener Weise durch die Bevorzugung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Demzufolge enthebt etwa eine sozialstaatliche Zielsetzung einer Beihilfe sie nicht per se vom Verbot des Art. 87 EGV.⁸⁹ Auch sonst sind es in der Praxis insbesondere indirekte und versteckte Förderungsmaßnahmen jedweder Art, die der Beihilfenaufsicht der *Kommission* unterliegen.⁹⁰

⁸⁴ Diese Darstellung behandelt dabei nicht das Beihilfenrecht der Sonderbereiche Agrarpolitik und Montan, vgl. Überblick hierzu bei *Oppermann*, *Europarecht* (2. Auflage 1999), Rdnr. 1103-1106.

⁸⁵ Vgl. *EuGH*, Slg. 1961, 1, 41 ff. - Steenkolenmijnen/Hohe Behörde (zu Art. 4 lit c) EGKSV); *Götz*, in: *Dausen*, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 2. Auflage 1998, H. III, Rdnr. 1. Anderer Ansicht *Oppermann*, aaO (oben Fußn. 85), Rdnr. 1111.

⁸⁶ Vgl. detaillreich *Schohe/Hoenike*, Die Rechtsprechung von *EuGH* und *EuG* zu staatlichen Beihilfen in den Jahren 1996 und 1997, *EuZW* 1997, 741 ff und *Kommission*, XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 181-291.

⁸⁷ Vgl. *EuGH*, Slg. 1996-I, 3547, Tz. 57 - SFEI u.a./La Poste.

⁸⁸ *Schohe/Hoenike*, aaO (oben Fußn. 87), 742.

⁸⁹ So schon *EuGH*, Slg. 1974, 709, Tz. 26 ff. - Familienzulagen im Textilsektor. Siehe auch *Wending*, Die Beihilfenentscheidung der *Kommission* zum Flächenerwerbsprogramm nach dem EALG, *EuZW* 1999, 293 ff.

⁹⁰ Siehe beispielsweise *Koenig/Braun/Lekar*, Erfüllen die Einstandspflichten des Bundes für die betriebliche Altersvorsorgungssysteme der privatisierten Bahn- und Postunternehmen den Beihilfentatbestand des Art. 92 EGV?, *EuZW* 1998, 5 ff.

Zu bedenken bleibt, daß mit einem solch weiten Beihilfebegriff auch eine ausgedehnte Zuständigkeit der *Kommission* einhergeht. Vergleichbar mit der Generalklausel des Art. 81 EGV erhält die *Kommission* damit weitgehende Macht, über Verbot und Freistellung zu entscheiden. Um die gleichzeitig anfallende Arbeitslast zu mindern⁹¹, haben *Rat* und *Kommission* im Jahre 1998 ein System der Gruppenfreistellungen⁹² und Gemeinschaftsrahmen⁹³ ins Leben gerufen.

bb) Die Zurechenbarkeit zum Staat

Die betreffende Maßnahme muß von einem der Mitgliedstaaten herrühren. Ausgeschlossen sind daher nichtstaatliche, private oder kirchliche Beihilfen⁹⁴, eingeschlossen sind die Beihilfen der Untergliederungen des Mitgliedstaates, Zahlungen von Ausgleichskassen und sonstigen staatsnahen Einrichtungen oder Öffentlichen Unternehmen.⁹⁵ Gerade letzteres Beispiel ist praxisrelevant: gegen das Beihilfenverbot verstoßen nicht selten Vorteile, die einem mit einem Öffentlichen Unternehmen verbundenen, dem Wettbewerb ausgesetzten Unternehmen zufließen („Quersubventionierung“).⁹⁶ Fraglich kann hier aber sein, ob es sich nicht um Kapitalströme oder Vorteile nicht finanzieller Art handelt, die marktgemäß sind. Dies führt zu dem nächsten Kriterium, dem Merkmal der Begünstigung.

cc) Das Merkmal der Begünstigung

Eine Begünstigung im Sinne des Art. 87 EGV ist jede Zuführung von Mitteln oder Minderung von Belastungen, die außerhalb marktmäßiger Entgelte gewährt wird.⁹⁷ Bei einem „verlorenen Zuschuß“ des Staates an Unternehmen der Privatwirtschaft ist mangels Gegenleistung die Begünstigung offenkundig. Werden staatlicherseits Waren (auch Grundstücke⁹⁸) oder Dienstleistungen überlassen bzw. erbracht, ist also darauf abzustellen, ob dies zu einem marktmäßigen Preis geschieht. Schwieriger wird die Beurteilung, wenn es sich um Kapital oder sonst unter den

⁹¹ *Kommission*, XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 186.

⁹² Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABIEG L 142 vom 14.5.1998.

⁹³ Siehe hierzu *Uerpmann*, Kooperatives Verwaltungshandeln im Gemeinschaftsrecht: die Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, EuZW 1998, 331 ff.

⁹⁴ Vgl. *Soltész*, Die „Belastung des Staatshaushalts“ als Tatbestandsmerkmal einer Beihilfe i.S. des Art. 92 I EGV, EuZW 1998, 747 ff.

⁹⁵ *Götz*, aaO (oben Fußn. 86), Rdnr. 22 f.

⁹⁶ *EuGH*, Slg. 1996-I, 3547 ff. - SFEI u.a./La Poste; *EuG*, Slg. 1995-II, 1329 - Sytraval/*Kommission*; *Kommission*, XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 196 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato.

⁹⁷ *Götz*, aaO (oben Fußn. 86), Rdnr. 24.

⁹⁸ Vgl. *Pechstein*, Das Flächenenerbsprogramm verstößt gegen das EG-Beihilfenrecht, NJW 1999, 1429 ff.; *Schütterle*, EG-Beihilfenkontrolle und kommunale Grundstücksverkäufe: Schutz des Wettbewerbs oder vermeidbares Investitionshindernis?, EuZW 1993, 625 ff.

Beihilfenbegriff fallende staatlich zugewendete Vorteile an ein Öffentliches Unternehmen oder um eine Unterstützung, die ein solches an ein Tochterunternehmen gewährt⁹⁹, handelt. Hier bedient sich die Praxis des sog. *private investor test*. Die fragliche Maßnahme wird dahingehend untersucht, ob sie ein umsichtiger privater Unternehmer ebenfalls vorgenommen hätte.¹⁰⁰ Hierbei ist eine umfassende Abwägung erforderlich, die den vergangenen und aktuellen Aktienkurs, den Unternehmenswert bzw. dessen prospektive Entwicklung, die Situation von Konkurrenzunternehmen und sonstige marktwirtschaftliche Entscheidungsparameter einbezieht.¹⁰¹

Begünstigte können ausweislich des Art. 87 Abs. 1 EGV einerseits Unternehmen, andererseits Produktionszweige sein. Hier sind letztlich auch einzelne Unternehmen begünstigt, jedoch nach sektoriellen, regionalen oder sonstigen Kriterien.¹⁰²

dd) Die finanzielle Belastung öffentlicher Mittel

Die fragliche Maßnahme muß zu einer finanziellen Belastung öffentlicher Mittel führen.¹⁰³ Hiermit werden solche Maßnahmen ausgeschieden, die für den Mitgliedstaat keine Aufwendungen bedeuten, etwa ein Kündigungsschutzgesetz, welches kleine Betriebe privilegiert.¹⁰⁴ Demgegenüber ist eine Bürgschaft der Öffentlichen Hand, auch schon bevor es zur Zahlung durch den Bürgen kommt, als Beihilfe einzustufen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Begünstigte am Markt keinen Kredit mehr aufnehmen könnte.¹⁰⁵

Wie das Beispiel Kündigungsschutz zeigt, kann es mitunter schwierig sein, eine Beihilfe von einer sonst begünstigenden staatlichen Maßnahme abzugrenzen. Neben dem Kriterium „Belastung des Staatshaushalts“ wird auch danach gefragt, ob die staatliche Maßnahme spezifischen Charakter trägt oder lediglich einen Teil eines allgemeinen, wirtschaftsfördernden Rahmens darstellt, der in den Anwendungsbereich der Art. 98 ff. EGV fiel.¹⁰⁶

⁹⁹ Etwa die bloße „logistische und kommerzielle Unterstützung“, vgl. EuGH, Slg. 1996-I, 3547, Tz. 57 - *SFEI u.a./La Poste*.

¹⁰⁰ Von Wallenberg, in: *Grabitz/Hilf*, Kommentar zur Europäischen Union, Stand Mai 1998, Rdnr. 12 ff zu Art. 92 EGV (a. F.). *Oppermann*, aaO (oben Fußn. 85), Rdnr. 1112.

¹⁰¹ *EuGH*, Slg. 1996-I, 5151, Tz. 36 - *Bremer Vulkan/Kommission*; *Götz*, aaO (oben Fußn. 86), Rdnr. 24.

¹⁰² Siehe *Götz*, aaO (oben Fußn. 86), Rdnr. 26. Die Gewichtung von regionalen und sektoriellen Beihilfen ist von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich, vgl. *Kommission*, Sechster Bericht über staatliche Beihilfen (KOM 1998 [417] endg.), EuZW 1998, 546.

¹⁰³ *EuGH*, Slg. 1978, 25 - *Van Tiggele*; *EuGH*, Slg. 1993-I, 887 - *Sloman Neptun*; *EuGH*, Slg. 1993-I, 6185 - *Kirhammer-Hack/Sidal*.

¹⁰⁴ *Soltész*, aaO (oben Fußn. 95), 748.

¹⁰⁵ *Kommission*, XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 197 - *Case di Cura Riunite*.

¹⁰⁶ *Kommission*, XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 207 ff; *Götz*, aaO (oben Fußn. 86), Rdnr. 27; *Koenig/Kühling*, Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs, EuZW 1999, 517, 520.

b) Wettbewerbsverfälschung

Weiteres Tatbestandsmerkmal des Beihilfenverbots ist die Eignung der Beihilfe, den innergemeinschaftlichen Wettbewerb zu beeinträchtigen. Insofern ist die Möglichkeit einer Wettbewerbsverfälschung hinreichend.¹⁰⁷ Unklar ist allerdings, ob in Anlehnung an das EG-Kartellrecht eine de-minimis Regel Anwendung finden kann.¹⁰⁸ Hierzu hat das *EuG* festgestellt, daß auch geringfügige Vorteile jedenfalls dann wettbewerbsverfälschend wirken können, wenn es sich um ein Unternehmen in einem besonders wettbewerbsintensiven Sektor handelt.¹⁰⁹

Zu einer strengen Handhabung tendierte auch die *Kommission* in einem Fall, in dem ein Großunternehmen Beihilfen im Zusammenhang mit einem Engagement in einem Drittstaat erhalten hatte. Hier wurde der innergemeinschaftliche Wettbewerb insofern als beeinträchtigt erachtet, als europäische Wettbewerber dieses Unternehmens auf dem betreffenden Markt durch die Beihilfe benachteiligt sein könnten.¹¹⁰

Diesen Entscheidungen ist zuzustimmen. Es entspricht der Logik des Regel-Ausnahme-Systems, ohne Spürbarkeitsschwelle zunächst alle Beihilfen mittels des Art. 87 Abs. I EGV zu erfassen und sie im Verwaltungsverfahren auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt hin zu überprüfen.¹¹¹

c) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Der Handel zwischen den Mitgliedstaaten ist beeinträchtigt, wenn durch die Beihilfe künstliche Ausfuhrerleichterungen oder Einfuhrerschwernisse entstehen. Dies setzt voraus, daß die geförderten Güter export- bzw. importfähig ist. Ist dies der Fall, spricht bei jeder Verbesserung der Position eines Unternehmens gegenüber seinen Mitbewerbern eine Vermutung für die Handelsbeeinträchtigung.¹¹² Die *Kommission* hat allerdings - im Blick auf ihr weites Ermessen im Anwendungsbereich des Art. 87 EGV¹¹³ auch zulässigerweise - mittlerweile ein Spürbarkeitskriterium in der Beihilfenaufsicht etabliert, welches Bagatellbeihilfen per se von der Eignung zur Handelsbeeinträchtigung freispricht.¹¹⁴ Systematisch gehört diese Freistellung allerdings nicht zum Beihilfenverbotstatbestand des Abs. I, sondern wurzelt im Bereich der Verfahrensherrschaft der *Kommission* in der Beihilfenaufsicht.¹¹⁵

¹⁰⁷ *Von Wallenberg*, aaO (oben Fußn. 101), Rdnr. 23 ff zu Art. 92 EGV (a. F.).

¹⁰⁸ *Von Wallenberg*, aaO (oben Fußn. 101), Rdnr. 27 zu Art. 92 EGV (a. F.).

¹⁰⁹ *EuG*, Slg. 1998-II, 717, Tz. 46 - Vlaams Gewest. Für die Anwendung des Konzepts des relevanten Marktes auch im Beihilfenrecht plädieren etwa *Koenig/Kühling*, aaO (oben Fußn. 107), 522.

¹¹⁰ *Kommission*, XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 213 und 228 f bzw. ABIEG 1999 L 142, 32 - Lift.

¹¹¹ *Götz*, aaO (oben Fußn. 86), Rdnr. 43; wohl auch *von Wallenberg*, aaO (oben Fußn. 101), Rdnr. 27 zu Art. 92 EGV (a. F.).

¹¹² *EuGH*, Slg. 1980, 2671, Tz. 11 - Philipp Morris; *Götz*, aaO (oben Fußn. 86), Rdnr. 44; *von Wallenberg*, aaO (oben Fußn. 101), Rdnr. 28 zu Art. 92 EGV (a. F.).

¹¹³ *EuGH*, Slg. 1996-I, 3547, Tz. 36 - SFEI u.a./La Poste; *EuGH*, Slg. 1997-I, 2549, Tz. 26 - TWD.

¹¹⁴ Mitteilung der *Kommission* über „de minimis“-Beihilfen, ABIEG 1996 C 68, 9.

¹¹⁵ *Götz*, aaO (oben Fußn. 86), Rdnr. 29, 44-46.

3. Die Beihilfenaufsicht nach Art. 88 EGV

Das Beihilfenverbot ist weder absolut noch unbedingt.¹¹⁶ Vielmehr räumen die Abs. 2 und 3 des Art. 87 EGV die Möglichkeit ein, staatliche Interventionen trotz Wettbewerbsrelevanz mit dem System unverfälschten Wettbewerbs nach Art. 3 lit. g) EGV in Einklang zu bringen.¹¹⁷ Hierfür ist das Verfahren nach Art. 88 EGV vorgesehen, nach dem die *Kommission* fortlaufend bestehende und neue Beihilfen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt hin prüft. Dieses Verfahren hat kürzlich durch eine Verordnung auf Grundlage des Art. 89 EGV eine sekundärrechtliche Ausgestaltung erfahren.¹¹⁸

a) Verfahren

Um die Durchführung der Beihilfenaufsicht zu gewährleisten, sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die *Kommission* von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung einer Beihilfe gem. Art. 87 Abs. 3 zu unterrichten, so daß sie sich rechtzeitig dazu äußern kann.¹¹⁹ Zunächst tritt die *Kommission* in ein Vorpüfungsverfahren ein, im Rahmen dessen über das weitere Vorgehen entschieden wird. Hat sie Bedenken bezüglich der Vereinbarkeit der angemeldeten Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt, wird gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 2 EGV das kontradiktorische Verfahren des Abs. 2 eingeleitet.¹²⁰

aa) Ausnahmetatbestände

Art. 87 EGV liefert in den Absätzen 2 und 3 die materiellen Kriterien für die Vereinbarkeit der fraglichen Beihilfe mit den Interessen der Gemeinschaft und differenziert dabei zwischen Legalausnahmen (Abs. 2) und fakultativen Befreiungstatbeständen (Abs. 3). Bei den Beihilfen, die tatbestandlich unter Abs. 2 zu subsumieren sind, verfügt die *Kommission* also nicht über Ermessen.¹²¹ Für die Mitgliedstaaten ist es für die Umsetzung ihrer Beihilfenpolitik daher besonders interessant, wenn sie die

¹¹⁶ *EuGH*, Slg. 1996-I, 3547, Tz. 36 - SFEI u.a./La Poste.

¹¹⁷ Vgl. *Oppermann*, aaO (oben Fußn. 85), Rdnr. 1098.

¹¹⁸ Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABIEG 1999 L 81, 1 (im folgenden: BeihilfenVO). Siehe dazu *Kruse*, Bemerkungen zur gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensverordnung für die Beihilfekontrolle, NVwZ 1999, 1049 ff.; *Sinnaeve*, Der Kommissionsvorschlag zu einer Verfahrensverordnung für die Beihilfenkontrolle, EuZW 1998, 268 ff.; *dies.*, Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, EuZW 1999, 270 ff.; *Mederer*, in: *vdGroeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Auflage 1999, Band 2/II, Rdnr. XX zu Art. 92 EGV (a. F.).

¹¹⁹ Diese Pflicht zur Notifizierung von Beihilfen entfällt nur bei Subventionen unterhalb der Geringfügigkeitsschwelle, vgl. dazu oben bei Fußn. 115.

¹²⁰ Dieses Hauptprüfverfahren dient im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung zugleich als Vorverfahren, macht ein solches nach Art. 226 EGV also entbehrlich („unmittelbar“).

¹²¹ *Von Wallenberg*, aaO (oben Fußn. 101), Rdnr. 37 zu Art. 92 EGV (a. F.).

Förderziele des Absatzes 2 reklamieren können. Für die Bundesrepublik Deutschland ist dabei Abs. 2 lit. c) von großer Bedeutung.¹²² Die übrigen Beihilfen werden am Maßstab des Abs. 3 gemessen, der der *Kommission* einen weitaus größeren Ermessensspielraum eröffnet, mit dessen Hilfe sie die vertraglichen Interessen der Gemeinschaft und die berechtigten Anliegen der Mitgliedstaaten zum Ausgleich bringen kann.¹²³ Unerlässlich ist dabei jedoch, daß die Beihilfe für die Zielverwirklichung erforderlich ist.¹²⁴

bb) Durchführungsverbot

Vor einer abschließenden Entscheidung der *Kommission* darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchgeführt werden, Art. 88 Abs. 3 Satz 3, Art. 3 BeihilfenVO.¹²⁵ Im Gegensatz zum allgemeinen Verbot der wettbewerbsverzerrenden Beihilfen des Art. 87 Abs. 1 EGV ist dieses Durchführungsverbot unmittelbar wirksam. Systematisch und historisch ist diese Konstruktion damit zu erklären, daß der E(W)GV zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens nicht alle Beihilfen einem absolut wirkenden Verbot unterwerfen wollte, sondern diese (sog.) bestehenden Beihilfen schrittweise einer nachträglichen Kontrolle unterzogen werden sollten. Neue Beihilfevorhaben hingegen unterliegen der bereits erwähnten Unterrichtungspflicht und durchlaufen das oben skizzierte Verfahren der Beihilfenaufsicht. In der Praxis ist festzustellen, daß die Mitgliedstaaten Beihilfen unter Verstoß gegen die Notifikationspflicht des Art. 88 Abs. 3 EGV gewährt haben („formelle Rechtswidrigkeit“) und daß diese Beihilfen nach ihrer Entscheidung auch inhaltlich mit Art. 87 EGV unvereinbar waren („materielle Rechtswidrigkeit“). Die Zunahme dieser Fälle beruht häufig nicht darauf, daß die Mitgliedstaaten bewußt oder grob fahrlässig das Gemeinschaftsrecht mißachten, wengleich gewiß auch solche Fälle vorkommen. Vielmehr herrscht gerade - am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland - bei den Landkreisen oder Gemeinden z.T. erhebliche Unkenntnis über die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts bezüglich der Vergabe von Subventionen. Melden die Gemeinden und Kreise beihilferechtliche Vorgänge nicht an die Regierung des Mitgliedstaates, so kann diese ihrer Notifikationsverpflichtung nach Art. 88 EGV auch nicht nachkommen. Über die Anzahl unentdeckt gebliebener Beihilfen kann man daher nur spekulieren. Es besteht aber Einigkeit darüber, daß die Anzahl nicht etwa unbedeutend ist.¹²⁶

¹²² Siehe nur die Literaturnachweise bei *Oppermann*, aaO (oben Fußn. 85), vor Rdnr. 1123 und die Entscheidungen der *Kommission* unter <http://europa.eu.int/comm/dg04/aid/aid97/w2wtoc.htm>.

¹²³ *Oppermann*, aaO (oben Fußn. 85), Rdnr. 1128.

¹²⁴ *EuGH*, Slg. 1980, 2671, Tz. 17 - Philipp Morris. Näher und m. w. N von *Wallenberg*, aaO (oben Fußn. 101), Rdnr. 41 ff. zu Art. 92 EGV (a. F.).

¹²⁵ Siehe etwa *EuGH*, Slg. 1996-I, 3547, Tz. 38 - SFEI u.a./La Poste.

¹²⁶ Bei den von der *Kommission* geprüften Fällen haben die nichtnotifizierten staatlichen Beihilfen einen Anteil von 20%, vgl. *Kommission*, XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 287.

Werden notifizierte Beihilfen nun genehmigt oder ergeht nach zwei Monaten¹²⁷ keine Beanstandung der *Kommission*, wandelt sich die „neue“ Beihilfe in eine „bestehende“ um.¹²⁸

b) Rechtsschutz

Für den Rechtsschutz der Mitgliedstaaten und der betroffenen Unternehmen ist es bedeutsam, daß die Urteile von *EuG* und *EuGH* über Ermessensentscheidungen der *Kommission* im Verfahren der Beihilfenaufsicht von einer zurückgenommenen Kontrolldichte gekennzeichnet sind.¹²⁹ Insbesondere sei es den Gerichten verwehrt, ihre eigene wirtschaftliche Würdigung an die Stelle jener der *Kommission* zu setzen.¹³⁰ Eine weitere prozessuale Besonderheit verdient Beachtung: gegen positive Beihilfenentscheidungen (oder Verfahrenseinstellungen) der *Kommission* steht Wettbewerbern des begünstigten Unternehmens nur dann der Rechtsweg offen, wenn sie durch die Entscheidung¹³¹ individuell und unmittelbar betroffen sind (Art. 230 Abs. 4 EGV). Dies kann bei Einzelentscheidungen der Fall sein¹³², ist hingegen bei allgemeinen Beihilfenprogrammen schwieriger nachzuweisen.¹³³ Einstweiliger Rechtsschutz eines Dritten vor der nationalen Gerichtsbarkeit ist allerdings unter Berufung auf Art. 88 Abs. 3 Satz 3 bei einem tatsächlichen Verstoß gegen das auch subjektiv-rechtliche Durchführungsverbot aussichtsreich.¹³⁴

Bleibt der Rechtsschutz gegen eine ablehnende Beihilfenentscheidung ohne Erfolg, stellt sich die Frage der Rückerstattung.

4. Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidrig gewährter Beihilfen

Hat die *Kommission* festgestellt, daß eine Beihilfe im Sinne des Art. 87 EGV mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar ist, trifft sie die Entscheidung, daß der betreffende Staat die Subvention aufzuheben und - soweit es sich um eine Geldleistung

¹²⁷ So schon (in Anlehnung an Art. 230, 232 EGV) *EuGH*, Slg. 1973, 1471, Tz. 4 - Lorenz; bestätigt durch *EuGH*, Slg. 1992-I, 4117, Tz. 18 - Spanien/*Kommission*; nunmehr geltendes Sekundärrecht, vgl. Art. 4 Abs. 5, 6 BeihilfenVO.

¹²⁸ Vgl. Götz, aaO (oben Fußn. 86), Rdnr. 83.

¹²⁹ *EuGH*, Slg. 1993-I, 3203, Tz. 25 - Matra; siehe dazu Schoel/Hoenike, aaO (oben Fußn. 87), 744.

¹³⁰ *EuGH*, Slg. 1993-I, 3203, Tz. 23 - Matra; *EuGH*, Slg. 1996-I, 723, Tz. 11 - Belgien/*Kommission*; *EuG*, Slg. 1996-II, Tz. 119 f. - AIUFFASS.

¹³¹ Zu den Rechten Dritter während des Verfahrens siehe *Kommission*, XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 279 ff.

¹³² *EuGH*, Slg. 1986, 381, Tz. 30 f. - Cofaz (Zwischenurteil) und *EuGH*, Slg. 1990-I, 3083, Tz. 9 - CDF Chemie AZF.

¹³³ Siehe etwa *EuG*, Slg. 1996-II, 1531 - Kahn Scheepvaart; dazu Schoel/Hoenike, aaO (oben Fußn. 87), 745.

¹³⁴ Wahl/Schütz, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Band I, München, Loseblatt Stand September 1998, Rdnr. 302 zu § 42 Abs.2 VwGO; Oppermann, aaO (oben Fußn. 85), Rdnr. 1147.

handelt - zurückzufordern hat. Die *Kommission* hat ihre Aufsicht erheblich intensiviert, um Wettbewerbsverzerrungen auch nachträglich rückgängig zu machen.¹³⁵ Auf die Mitgliedstaaten kommt dann die Problematik zu, wie sie dieser Rückforderungspflicht auf der Grundlage ihrer nationalen Regelungen¹³⁶ nachkommen können.¹³⁷ Deren Anwendung darf nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* nicht dazu führen, daß die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung praktisch unmöglich gemacht wird (sog. Effizienzgebot).¹³⁸ In Anwendung dieses Grundsatzes hat der Gerichtshof die deutschen Rücknahmeregelungen in Fällen mit Gemeinschaftsbezug bereits mehrfach modifiziert, insbesondere den dem Beihilfeempfänger zugutekommenden Vertrauensschutz beschränkt.¹³⁹

Dieser Praxis ist grundsätzlich zuzustimmen; die Entscheidung der *Kommission* nach Art. 88 Abs. 2 hätte keinen praktischen Nutzen, wenn sie nicht auch die Befugnis umfaßte, die Rückforderung einer gemeinschaftsrechtswidrig gewährten Beihilfe, die nicht notifiziert wurde, anzuordnen. Diese Anordnung der Rückforderung setzt allerdings nach zutreffender Ansicht voraus, daß die Beihilfe in Form der Subvention auch materiell EG-rechtswidrig ist.¹⁴⁰ Dies ist der Fall, wenn sie unvereinbar mit dem gemeinsamen Markt ist, weil sie den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt.¹⁴¹ Dagegen berechtigt allein der Umstand, daß die Beihilfe formell EG-rechtswidrig ist, weil sie nicht notifiziert wurde, noch nicht zur Anordnung der Rückforderung.¹⁴² Zwar wird die formelle Rechtswidrigkeit, die durch das Unterlassen der Notifizierung begründet würde, auch nicht nachträglich dadurch geheilt, daß die *Kommission* die Beihilfe in Form der Subvention nachträglich genehmigt, weil sie zu dem Ergebnis kommt, daß ihr Art. 92 EGV inhaltlich nicht entgegensteht. Dies berechtigt die *Kommission* aber allenfalls dazu, daß sie anordnet, den Subventionsvorteil für die Zeit zwischen Auszahlung bis zur Genehmigung zurückzufordern.

¹³⁵ Vgl. *Kommission*, XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1998, Tz. 287 ff.; siehe auch den 13. Erwägungsgrund zur BeihilfenVO.

¹³⁶ Zu Plänen der *Kommission*, ein Rückforderungs-Sekundärrecht zu schaffen *Oppermann*, aaO (oben Fußn. 85), Rdnr. 1145.

¹³⁷ Zur Anfechtbarkeit siehe oben, 3b).

¹³⁸ Vgl. etwa *EuGH*, Slg. 1990-I, 959, Tz. 61 - Tubemeuse; Slg. 1990, 3437, Tz. 12 - BUG-Alutechnik.

¹³⁹ *EuGH*, Slg. 1997-I, 1591, Tz. 25 - Alcan II.

¹⁴⁰ *Von Wallenberg*, aaO (oben Fußn. 101), Rdnr. 76 zu Art. 92 EGV (a. F.); *Rawlinson*, in: Lenz (Hrsg.), EG-Vertrag (1. Auflage 1994), Art. 92, Rdnr. 19.

¹⁴¹ Vgl. zur neuen, systematischen Terminologie auch Art. 1 BeihilfenVO.

¹⁴² Vgl. *EuGH*, Slg. 1990, I-307, Tz. 21 - Boussac; *Mederer*, aaO (Fn. 119), Rdnr. 62 zu Art. 93 EGV (a. F.); *Kokott*, Nationales Subventionsrecht im Schatten der EG - das Beispiel der Rückforderung von Subventionen, DVBl. 1993, 1235, 1239; *Pache*, Rechtsfragen der Aufhebung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfebescheide, NVwZ 1994, 318, 320. Ebenso vor dem Hintergrund der BeihilfenVO *Sinnaeve*, The Commission's proposal for a regulation on State Aid procedures, Competition Policy Newsletter (CPN) 1998, 79, 80. Vgl. zur Gegenposition etwa *Oppermann*, aaO (oben Fußn. 85), Rdnr. 1145.

Trotz der Bindungswirkung, die der Entscheidung der *Kommission*, die Subvention zurückzufordern, zukommt (bzw. der Entscheidung des *EuGH*, der diese Anordnung der Rückforderung bestätigt), ist daran festzuhalten, daß sich die Durchführung der Rückabwicklung nach nationalem Recht richtet. Insoweit bestehen zur Zeit weder Vorschriften im primären noch im sekundären Gemeinschaftsrecht. Dies hat sich auch durch die BeihilfenVO nicht geändert.¹⁴³ Daher richtet sich die Rückforderung des ausbezahlten Subventionsbetrages grundsätzlich nach den Vorschriften des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts.¹⁴⁴ Dabei stellt sich die entscheidende Frage, wie den Vorgaben des materiellen Gemeinschaftsrechts bei der Anwendung des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts hinreichend Rechnung getragen werden kann, wie also das Europarecht auf die Tatbestände des Verwaltungsverfahrensgesetzes einwirkt.¹⁴⁵

In der hier gebotenen Kürze läßt sich dabei festhalten¹⁴⁶, daß sich die Rückabwicklung von gemeinschaftsrechtswidrig gewährten Subventionen zwar nach den Vorschriften des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts richtet.¹⁴⁷ Das nationale Recht ist aber vielfältigen Einflüssen des Europarechts ausgesetzt, die bei der Auslegung zu beachten sind.¹⁴⁸ Allerdings sind auch die Einwirkungen des Europarechts begrenzt. Vor dem Hintergrund der neuen BeihilfenVO wird abzuwarten sein, welche Räume für das nationale Verwaltungsverfahrensrecht verbleiben. Nachdem die BeihilfenVO auch nach Ansicht der *Kommission* eine echte Kodifikationsarbeit sein soll¹⁴⁹, müßten die auch durch die teils detaillierten Vorschriften nicht geklärten Fragen weiterhin in der Verantwortung der Mitgliedstaaten beantwortet werden.

V. Ausblick

Es ist dargelegt worden, daß das europäische Wettbewerbsrecht Funktionen eines klassischen Kartellrechts mit der Funktion einer wirtschaftlichen und politischen Integrationsförderung vereint. Bislang darf die Entwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts durchaus als Erfolgsgeschichte bezeichnet werden, gar als

¹⁴³ Vgl. deren Art. 14 Abs. 3 Satz 1.

¹⁴⁴ Vgl. im einzelnen *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrensrecht (4. Aufl. 1995/1998), § 62 Rdnr. 39; *Richter*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Subventionen nach § 48 VwVfG, DÖV 1995, 846 ff und *Kokott*, Nationales Subventionsrecht im Schatten der EG - das Beispiel der Rückforderung von Subventionen, DVBl. 1993, 1235 ff jeweils m. w. N.

¹⁴⁵ Siehe zu dieser schwierigen Frage allgemein etwa *von Danwitz*, Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht, DVBl. 1998, 421 ff.

¹⁴⁶ Eine tiefergehende Untersuchung des *Verfassers* wird demnächst an anderer Stelle unternommen.

¹⁴⁷ Vgl. aber oben Fußn.137.

¹⁴⁸ Siehe dazu allgemein *Schoch*, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 1995, 109 ff.

¹⁴⁹ Vgl. *Mederer*, aaO (Fn. 119), Rdnr. 5 zu Art. 93 EGV (a. F.); *Sinnaeve*, aaO (oben Fn. 143), 79; *dies.*, aaO (oben Fn. 119) EuZW 1999, 270; *Kruse*, aaO (Fn. 119), 1049.

europäischer Exportartikel.¹⁵⁰ Möglicherweise bringt die Zukunft Änderungen, die eine Neubewertung veranlassen. Mit dem Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EGV schlägt die *Kommission* eine Modifikation des Wettbewerbsrechts vor, die nach Ansicht mancher einen fundamentalen Richtungswechsel bedeuten.¹⁵¹ Inwieweit sich im geschriebenen Europäischen Wettbewerbsrecht, u. U. sogar im Primärrecht, auf absehbare Zeit etwas ändern wird, bleibt abzuwarten. Sicher ist, daß das Wettbewerbsrecht weiter eine lebendige und spannende Materie sein wird.

Summary*

EUROPEAN COMMUNITY COMPETITION LAW

The article is based on a lecture about European Competition law. Its purpose is to serve as a basic instruction, not to answer sophisticated questions. The author gives a vivid picture of the EC Competition law especially taking into consideration the fact that there are only few norms in the treaties. Therefore the Commission's and the Court's practice will be of special interest.

Key words: *Competition Law, state aids, Cartel Law, abuse.*

Zusammenfassung

DAS WETTBEWERBSRECHT DES EGV

Der Artikel beruht auf einer Vorlesung über das Europäische Wettbewerbsrecht. Er will dementsprechend weniger offene Fragen beantworten als vielmehr instruktiv einen Überblick über das geltende Recht geben. Zugleich soll exemplarisch aufgezeigt werden, wie das primärrechtlich aus nur wenigen Normen bestehende Wettbewerbsrecht durch Exekution und Jurisdiktion ausdifferenziert wird.

Schlüsselwörter: *Wettbewerbsrecht, Beihilfen, Kartellrecht, Missbrauch.*

¹⁵⁰ Vgl. *Baudenbacher*, Das europäische Modell bei Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht, in: FIW (Hrsg.), *Schwerpunkte des Kartellrechts 1997, 1998*, S. 9 ff.

¹⁵¹ Vgl. *Immenga*, Eine Wende in der gemeinschaftsrechtlichen Kartellpolitik, *EuZW* 1999, 609; *Mestmäcker*, Versuch eine kartellpolitischen Wende in der EU?, *EuZW* 1999, 523 ff. Siehe auch die Stellungnahme der *Monopolkommission* derzeit veröffentlicht unter <http://www.bundeskartellamt.de/topthema.html>.

* Translated by the Author.

Sommario

**IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA NELLA COMUNITÀ
EUROPEA**

L'articolo è incentrato sulla disamina del diritto della concorrenza della Comunità europea. Il suo scopo è di offrire nozioni basilari, non di rispondere a domande sofisticate. L'Autore dipinge un quadro attuale del diritto della concorrenza della Comunità europea soprattutto prendendo in considerazione il fatto che ci sono solo poche norme nei Trattati e quindi risultano di particolare importanza le prassi della Commissione e della Corte di giustizia.

Parole chiave: *diritto della concorrenza, aiuti statali, accordo legale, abuso.*

LOUISIANA'S COVENANT MARRIAGE: A THOROUGHLY EUROPEAN IDEA

Katherine Shaw Spaht
Jules F. and Frances L. Landry Professor of Law
Louisiana State University Law Center
Baton Rouge, Louisiana, USA

UDK: 347.62(763)
Ur.: 5. lipnja 2000.
Pr.: 28. lipnja 2000.
Pregledni članak

“Covenant Marriage” u Lujzijani: potpuno europski model*

Profesorica Shaw Spaht izradila je nacrt zakona o “covenant” braku, kojeg je 1997. godine usvojila država Lujzijana, jedina savezna država čiji pravni poredak slijedi europsku, civil law tradiciju. Slijedila ju je država Arizona koja je usvojila sličan zakon 1998. godine. Budući bračni drugovi u ovim državama mogu birati između “uobičajenog” braka i “covenant” braka. Odredbe o “covenant” braku jačaju bračnu vezu zahtijevajući od parova da pristupe predbračnom savjetovanju i sastave i prilože dva dokumenta kojima prihvaćaju pravnu obvezu da, u slučaju nastupanja kriznih trenutaka, poduzmu razumne korake kako bi sačuvali svoj brak te im se otežava rastava. Odredbe o “covenant” braku dopuštaju rastavu samo uz dokaz da postoji nečija krivnja ili da bračni drugovi žive odvojeno dvije godine.

Ključne riječi: *“covenant marriage”, brak, rastava, Lujzijana.*

It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.

Louis D. Brandeis

Introduction

On August 15, 1997, the state of Louisiana began an experiment with a new type of marriage, covenant marriage, that binds husband and wife to each other more restrictively *as a matter of their own choice*. A covenant marriage requires more

* Teško rastavljiv brak.

preparation and more documentation to enter, more legal efforts to preserve the marriage, and significantly more time living separate and apart to obtain a so-called "no-fault" divorce. Not only do couples who are marrying have the choice of a covenant marriage, but also couples who have been married may "convert" their marriages to covenant marriages. The legislation which has European inspiration represents the first serious divorce law reform in the United States since "no-fault" divorce reform swept the country in the 1970s. Although the legislation has been introduced in approximately 28 states, it has only been enacted by Louisiana and then by Arizona (May 21, 1998).

What makes covenant marriage legislation unique as divorce law reform is its concentration on marriage itself, attempting to make individual marriages more successful. Easy divorce, as increasingly Americans realize, undermines marriage by denying spouses the incentive to sacrifice short-term personal goals for the relationship. The consequences of widespread divorce for children have been devastating on virtually every scale or measure of human endeavor-behaviorally, psychologically, economically, and socially. For the two divorced spouses, the benefits of life-long marriage have been lost-better health, more wealth, more happiness and generally, a sense of well-being. Covenant marriage seeks to make a marriage stronger from the beginning, resilient when difficulties arise, and enduring by slowing down the divorcing process unless serious reasons exist for ending the marriage. Having chosen a covenant marriage, the covenant couple can not argue that the Legislature unfairly imposed restrictions upon their ability to divorce. The law simply enforces the promises made and uses its rhetorical power to emphasize the ideal of marriage as a lifelong, enduring relationship between a man and a woman.

The History of Covenant Marriage Legislation and Its European Inspiration

Even though the 1997 Louisiana legislation was patterned after a bill introduced in Florida in 1990, a much earlier European proposal suggested a choice of an even stronger marital commitment. In 1945 the renowned French law professor Leon Mazeaud, who was a devout Catholic and extremely concerned about the future of the French family, proposed a marriage of one's choice that could be either indissoluble or dissoluble by divorce.

The family is made of stability. All [social] cohesion resides in its perpetuity....The French family is, however, an ephemeral group. It is broken up at the whim of its members. Marriage, which founds it, is provisional. It endures as long as the happiness of the spouses endures. Divorce is there in order to rupture marriage. *Born from the fight led against the church*, divorce is rooted in our laws. The debate ought to cease. It is possible to reach agreement, both in liberty and by liberty. Some want a marriage that divorce dissolves; others, an indissoluble marriage. Then let each choose! Our laws have, in succession decreed first indissoluble marriage, then dissoluble marriage. Let them [now] decree marriage dissolvable or indissoluble *according to the choice of the future spouses!* This is the solution to the problem of divorce - a facultatively indissoluble marriage. No one can protest, for each remains free to bind himself up to death or only

up to divorce. *No one will protest, save for the hypocrite who, at the same time, promises his life and keeps the disposition of it.*

Henri Mazeaud et al, *Lecons de Droit Civil: La Famille* bk. 1, vol.3 nos. 1415 part II at 654, entitled *Solution to the Problem of Divorce* (Larent Levenuer 3d. 7th ed. 1995). See also Jacques-Michel Grossen, *Mariages A Choix? A Propos du "Covenant Marriage" du Droit Louisianais*, Liber Amicorum Marie-Therese Meulders-Klein, *Droit Compare Des Personnes et de la Famille* 305 (Bruylant Bruxelles, 1998).

Fifty years later in the United States, Christopher Wolfe in an article entitled *The Marriage of Your Choice in First Things* (Feb., 1995, at page 37) proposed the identical solution to the divorce problem - a choice between a marriage that is indissoluble and one that is dissoluble by divorce. He characterized the American law of marriage and divorce in the following terms: "The ideal of autonomy, an autonomy so broad as to preclude fixed, permanent, life-long commitments, is the foundation for our contemporary marriage laws. It is a substantive moral ideal." (*Id.* at 41).

Despite the true covenantal nature of its European inspiration, the Louisiana "covenant marriage" law offers only the choice between two types of marriage both dissoluble by divorce - a "standard" marriage dissoluble by no-fault divorce when the spouses have lived separate and apart for six months, and a "covenant" marriage dissoluble by proof of egregious fault by one spouse or by no-fault divorce when the spouses have lived separate and apart for two years. The choice of indissoluble marriage was politically unattainable. As originally introduced, the Louisiana legislation allowed divorce only upon proof of adultery or abandonment for one year. Not surprisingly, the legislation was heavily amended during the legislative process reflecting continuous political compromise. Nonetheless, the legislation represents an historic milestone in the law of marriage and divorce in Western countries, reversing a long history of progressively easing the "ties that bind."

Three Essential Features of Covenant Marriage Legislation

The Western tradition has learned, through centuries of experience, to balance the norms of marital formation, maintenance, and dissolution.... The lesson in this is that rules governing marriage formation and dissolution must be comparable in their stringency.... Loose formation rules demand loose dissolution rules, as we see today. To fix "the modern problem of divorce" will require reforms of rules at both ends of the marital process.

John Witte, Jr., *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion and Law in Western Tradition* 217-18 (1997).

Covenant marriage legislation with its emphasis upon making marriages successful accomplishes the balance of norms of marital formation, maintenance, and dissolution. Covenant marriage more stringently regulates the formation of marriage by mandating that couples entering a covenant marriage participate in pre-marital counseling and execute and file two documents signed by the couple, the counselor, and the notary. By virtue of the contractual provisions in the Declaration of Intent, covenant marriage legislation imposes the duty upon spouses to maintain

their marriage, if possible, by taking reasonable steps to preserve it. Last but surely not least, covenant marriage legislation contains more stringent rules, including longer waiting periods, for dissolution of the marriage by divorce.

The first component of the covenant marriage legislation that addresses the formation of marriage requires counseling that stresses the seriousness of marriage and the expectation that the couple's marriage will be lifelong. This mandatory pre-marital counseling can be performed by a priest, minister, or a secular professional marriage counselor, and in the former cases is expected to include discussion of the spiritual dimension of marriage. Not uncommonly, pre-marital counseling by religious denominations includes pre-marital inventories which reveal areas of disagreement between prospective spouses, instruction on conflict resolution, seminars, retreats, and a minimum number of sessions of specified length. Pre-marital counseling encourages seriousness, deliberation, reflection, and preparation by the couple for the undertaking of marriage.

A second unique component of covenant marriage obligates the couple to take all "reasonable steps to preserve the marriage *if marital difficulties arise*." The legal obligation to try to preserve the marriage is contained in the special contract executed and signed by the couple, witnessed by the notary and counselor, and filed in the public records - The Declaration of Intent (*see* Appendix A). Under Louisiana law the obligation may not, in the ordinary case, be specifically enforced by compelling the resisting spouse to undergo counseling. However, as in other breach of contract cases, the law entitles the aggrieved party to damages, which are both pecuniary and nonpecuniary in nature. Pecuniary loss sustained may include, if causally related to the breach, increased expenses for maintaining two households rather than one during the period of separation or expenses necessitated by attempts to obtain the other spouse's compliance with the obligation. Nonpecuniary damage consists of "damage of a moral nature which does not affect a 'material' or tangible part of a person's patrimony." Examples of the type of loss suffered by the aggrieved covenant spouse include embarrassment, mental anguish, humiliation, and psychological damage.

Thirdly, if divorce is the enemy of marriage and inflicts the ultimate damage on the sacred institution, then limiting the grounds for divorce either to serious misconduct by a spouse or to a long waiting period can only serve to bolster and strengthen marriage. Under the Louisiana legislation spouses in a covenant marriage can only divorce upon proof of fault - adultery, conviction of a felony, abandonment for one year, physical or sexual abuse of a spouse or a child of the parties - or upon proof of having lived separate and apart for two years. Without proof of fault grounds, the spouses must wait two years while living separate and apart to seek divorce. During this two-year period there is ample opportunity for steps to be taken by the spouses to preserve the marriage, which they are legally obligated to pursue.

The combination of the second and third components of covenant marriage has already yielded results. Counselor clergy have already reported numerous anecdotes of covenant couples who have preserved their marriages because they were obligated to try and could not seek a divorce for two years. The children of these covenant couples have thus been spared the devastating consequences of divorce, which empirical studies, particularly over the last ten years, have documented with compelling statistical evidence.

Empirical Study Reveals Information About Covenant Couples and Obstacles to Its Widespread Adoption by Louisianians

A professor of Sociology at the University of Virginia and two sociologists from Tulane University received a large grant from the National Science Foundation to study the following proposition: "Can Louisiana's Covenant Marriage Legislation Solve America's Divorce Problem?" Initially, the three researchers created a committee to assist in advising them on the drafting of a questionnaire for evaluating citizens' attitudes and a separate group of questions for focus group discussion.

The Gallop Organization conducted the first polling of Louisiana citizens' attitudes towards divorce and covenant marriage in the summer of 1998, one year after the Louisiana legislation became effective. The results revealed that only 42.8% of Louisiana citizens polled had even heard of covenant marriage; far fewer knew the specific content of the legislation. 68.5% agreed that divorce was a serious problem and 62% thought that covenant marriage was a good idea and at least an attempt to address the problem.

During the first year that Louisiana couples could choose the covenant marriage option approximately 1% of newly married couples chose covenant marriage. By the end of 1999, approximately 3% of newly married couples chose covenant marriage. From couples marrying during 1999, the research team has selected an equal number of covenant couples and "standard" marriage couples, a total of approximately 1500 individuals, to follow over a five-year period using extensive questionnaires and follow-up telephone calls. Using the data collected over the five-year period from the two sets of couples the research team intends to publish its findings. At this early stage in the process after evaluating the data contained on the initial, extensive questionnaire some of the responses are intriguing.

In the initial very small sample of returned questionnaires, the following differences appear:

(1) 25% of covenant couples lived together before marriage, whereas 80% of standard marriage couples lived together before marriage;

(2) 2% of covenant couples experienced significant conflict while dating; 19% of standard marriage couples did;

(3) 11% of covenant couples agreed that couples should divorce if they no longer love each other; 22% of standard couples agreed;

(4) 88% of covenant couples agreed that society would be better if divorce were harder to get; only 45% of standard couples agreed with this statement;

(5) 98% of covenant couples had premarital counseling; only 36% of standard couples had such counseling;

(6) only 2% of covenant couples said they wish they were in standard marriages; however, 14% of individuals in standard marriages said they wish they were in covenant marriages;

(7) 78% of covenant individuals rated their relationship as excellent; only 60% of those in standard marriages answered that way.

In addition to the National Science Foundation grant, the same three-person research team was awarded a grant by the Smith-Richardson Foundation to study the

implementation of public policy changes. To study implementation of the covenant marriage legislation the team sent graduate students into the offices of seventeen of the sixty-four parish clerks of court to determine whether employees of the clerks were performing their duties under the legislation. The covenant marriage legislation requires that a pamphlet prepared by the Attorney General of Louisiana explaining a couple's choice of a "standard" or "covenant" marriage be distributed to every applicant for a marriage license. The graduate students discovered that not only were the clerks' employees not distributing the pamphlet but also were pre-marking the choice of "standard" marriage on the couple's individual application for a marriage license without consulting the couple. Clearly, the Clerk of Courts' employees are creating obstacles to the implementation of the legislation. In the words of the director of the research team, "[i]n short, there is suggestive evidence that more Louisiana couples would elect covenant marriages if they knew about them."

The Legislature intended the pamphlet to inform couples of their choice of a "covenant" or "standard" marriage. Without the pamphlet few Louisiana citizens know about the choice, and still fewer know the essential differences in the two types of marriage. The results of investigating implementation of the legislation will prove useful in eliminating the current bureaucratic obstacles and will serve other lawmakers in identifying where there may be obstacles to policy changes.

Conclusion

At the present juncture in history, what may really matter is that the Louisiana legislature has recognized the harm done by the tide of no-fault divorce in America, and by a large majority has voted to begin the process of reversing this tide....Having been to the brink with marital instability, Americans are now starting to address the basic legal framework which has helped to undermine the institution of marriage. Britain and other European countries could follow this example, rather than wait until things get as bad as they are in America.

Robert Rowthorn, *Marriage and Trust: Some Lessons from Economics*, Cambridge J. of Econ. (September, 1999).

The number of Louisiana citizens presently choosing covenant marriage is small; however, as the stories spread of marriages preserved because of the legislation, the numbers will increase. Within five years the initial phase of the empirical study of the covenant marriage legislation will be completed, and the results of this noble experiment reported. Hopefully, what began with the inspirational idea of a European professor in 1945 and resulted in legislation by the only civil law jurisdiction in the United States will prove a long-term solution to the suffering of children of divorce. It was for the sake of those children, after all, that I drafted the legislation, Representative Tony Perkins introduced it, and the Legislature enacted it.

Summary

LOUISIANA'S COVENANT MARRIAGE: A THOROUGHLY EUROPEAN IDEA

Prof. Shaw Spaht drafted the bill on covenant marriage that was enacted in 1997 by the state of Louisiana, the only civil law jurisdiction in the United States. The state of Arizona followed by enacting similar legislation in 1998. Future spouses in these states may choose between "standard" marriage and "covenant" marriage. Covenant marriage legislation strengthens the marital bond by requiring couples to participate in pre-marital counseling and to execute and file two documents imposing upon themselves the legal obligation to take reasonable steps to preserve their marriage if difficulties arise and to make it more difficult to divorce. Covenant marriage legislation permits divorce only upon proof of fault or upon proof that the spouses have lived separate and apart for two years.

Key words: *covenant marriage, divorce, Louisiana.*

Zusammenfassung

"KONVENTIONALE" EHE IN LOUISIANA: EIN GANZ EUROPÄISCHES MODELL

Professor Shaw Spaht hat ein Gesetz zur "konventionalen" Ehe ausgearbeitet, das 1997 vom Staat Louisiana angenommen wurde, dem einzigen Bundesstaat, dessen Rechtssystem der europäischen Zivilrechtstradition folgt. Ihm folgte der Staat Arizona, der eine ähnliches Gesetz 1998 angenommen hatte. Zukünftige Ehepartner können in diesen Staaten zwischen einer "gewöhnlichen" und einer "konventionalen" Ehe wählen. Die Bestimmungen der "konventionalen" Ehe verstärken die eheliche Verbindung indem sie von den Paaren verlangen, eine voreheliche Beratung zu durchlaufen und zwei Dokumente aufzusetzen und beizufügen, mit denen sie die rechtliche Verpflichtung akzeptieren, im Falle des Auftretens von Krisen vernünftige Schritte zu unternehmen, um die Ehe zu retten und eine Scheidung zu erschweren. Die Vorschriften zur "konventionalen" Ehe erlauben die Scheidung nur, wenn es einen Schuldigen gibt oder wenn die Ehepartner zwei Jahre getrennt leben.

Schlüsselwörter: *"konventionale" Ehe, Scheidung, Louisiana.*

Sommario

**IL MATRIMONIO CONVENZIONALE IN LOUISIANA: UN'IDEA
COMPLETAMENTE EUROPEA**

L'Autrice ha preparato il disegno di legge sul matrimonio convenzionale che è stato approvato nel 1997 dallo Stato della Louisiana, l'unico ordinamento di *civil law* negli Stati Uniti. Lo Stato dell'Arizona ha approvato una legislazione analoga nel 1998. I futuri sposi in questi Stati possono scegliere tra matrimonio «*standard*» e matrimonio «*convenzionale*». La normativa sul matrimonio convenzionale consolida il legame coniugale con la richiesta alle coppie di partecipare al *counseling* prematrimoniale e di firmare e registrare due documenti che impongono loro l'obbligazione legale di prendere i provvedimenti ragionevoli per preservare il loro matrimonio se le difficoltà cresceranno e di rendere il divorzio più difficile. La disciplina del matrimonio convenzionale permette il divorzio solo con la prova della colpa o con la prova che i coniugi hanno vissuto separati e distanti per due anni.

Parole chiave: *matrimonio convenzionale, divorzio, Louisiana.*

UNITED NATIONS CONVENTION ON THE WRONGS TO THE CHILD

Professor Thomas W. Simon, Ph. D.
Illinois State University,
Normal, Illinois, SAD

UDK: 342.726-053.2(094.2)
Ur.: 14. lipnja 1999.
Pr.: 31. svibnja 2000.
Pregledni članak

Konvencija UN o zločinima protiv djeteta

Pojedinci i skupine se prilikom izjavljivanja pritužbi pozivaju na ideju ljudskih prava. Stručnjaci koje se bave djecom raspravljaju da li bi djeca trebala imati određena prava. Međunarodna konvencija UN o pravima djeteta, kao što joj samo ime kaže, predstavlja jedan od mnogih primjera dokumenata o ljudskim pravima. Međutim, Konvencija odstupa od pravila po kojem su prava i ovlaštenja u prvom planu. Nakon pažljivijeg proučavanja uviđamo da Konvencija daje prvenstvo obvezama i povredama koje se nanose djetetu. Konvencija širi pojam zla te osim fizičkog zlostavljanja uključuje i druge štetne oblike ponašanja, poput ekonomskog iskorištavanja i medicinskog nehata (primjerice, propuštanje radnji kojima se moglo spriječiti izbijanje bolesti). Pomicanje težišta prema obvezama i nanesenim povredama ne znači da teoretičari i zainteresirani za ovu tematiku moraju napustiti ideju prava. Nova strategija zahtijeva samo davanje prednosti obvezama i povredama. Težište na obvezama i šteti ne daje odgovor na svu složenost problema vezanih za djecu, posebice ne na međunarodnoj razini, međutim ono ipak predstavlja djelotvorno polazište za raspravu i rješavanje najozbiljnijih problema s kojima se suočavaju djeca (i odrasli). Konvencija traži od šireg društva i države da prošire obveze prema djeci i na druge subjekte, osim roditelja i same države. Oni među nama koji su mogli znati i mogli djelovati moraju preuzeti odgovornost za sprečavanje zlostavljanja djece.

Ključne riječi: *povreda, obveza, pravo, djeca.*

Ethical theorizing begins and ends with a problem. Increasingly prominent descriptions of harms inflicted upon children make up an important component of children's issues. Concern for children must keep children's harms at the forefront. We can make considerable headway from these meager beginnings. For one thing, an analysis of children's issues with moral wrongs forces us to ask just what are the most serious harms perpetuated upon children. Unfortunately, debates about chil-

dren's rights, child welfare, and even obligations to children have not fully and adequately addressed the worst harms inflicted upon children. Perhaps, they think that cases of severe child abuse are too obvious to cause any ripples in their moral schemes. Yet, the obvious needs to come to the forefront of our moral discussions. There is more to the obvious than meets the eye. We should build upon general agreements over harms.

Concern for children must keep obligations and harms at the forefront. Too often, children's issues become ensnared in conceptual disputes over rights and entitlements. Debates over children's rights do not lend themselves to quick resolutions. A strategy that begins with obligations to do something about harms offers a better way to stimulate action on behalf of children. A focus on obligations and harms has already begun to take hold internationally. The United Nation's International Convention on the Rights of the Child makes a misleading reference to rights in its title. The Convention (or treaty) places more emphasis on obligations and harms than it does on rights and entitlements. When it uses rights language, the Convention promotes a right as a remedy to a harm. The Convention expands the harm orientation beyond physical abuse to other pernicious forms of harm, including economic exploitation and medical negligence (for example, failing to stem the tide of preventable diseases). Recognizing the broader sense of harms on an international scale enriches the discussion of child abuse in the United States. A focus on obligations and harms does not answer all the complex problems involving children, particularly on an international scale, but it does provide a useful starting point for addressing and acting upon the most serious problems confronting children (and adults).

Admittedly, rights language still dominates legal discussions about children's issues. A focus on obligations and harms does not mean that theorists and child advocates must abandon all talk of rights. The new strategy only requires giving priority to obligations and harms. Rights alone "may not be an effective means of addressing some injustices."¹ The philosopher Elizabeth Wolgast cautions against, for example, the strategy of putting rights in the hands of children who must exercise some of them against the people on whom they depend. Yet, even some of the most adamant critics of rights do not propose abandoning rights. Instead, they question the over-reliance on rights as the way to overcome injustices. Politically, it will pay to see how much conceptual agreement and effective action results without placing rights at the center.

Obligations and Harms

Traditionally, ethical theories divide into two types, teleological and deontological. The word "teleological" comes from the Greek *telos*, meaning end or goal. Teleological ethical theories use outcomes or consequences to evaluate actions. The word "deontology" comes from the Greek *deon*, meaning duty or obligation.

¹ Elizabeth H. Wolgast, "Wrong Rights," *Hypatia* (Winter 1987).

Deontological ethical theories focus on the wrongfulness of the act itself and not on the act's consequences. Deontologists find acts wrong not because of their consequences but because of the nature of the acts. Wrongful acts are wrongful irrespective of the consequences. What acts would qualify as something we would not do no matter what?² Deontologists try to provide meta-ethical accounts of wrongful acts. Wrongful acts violate deontological rules (for example, "Do not harm the innocent") that follow from more fundamental principles, such as respect.³ Instead of approaching the issue of wrongful acts meta-ethically (by talking about ethical theory), the strategy followed here works with provisional definitions of wrongful acts and refines the analysis of wrongfulness within a process of constructing a deontological theory.⁴ As a first refinement, let us take "wrongful acts" in the sense of "gravest harms." The concept of gravest harms, without any more being said, remains vague. Yet, narrowing "wrongful acts" to "gravest harms" already marks a two-fold improvement. First, "gravest harms" selects out (admittedly, somewhat arbitrarily, at this stage) a subset of wrongful acts from those commonly found on deontologists' lists. Second, the definitional move (underhandedly) creates a hierarchy among those taken as wrongful acts. An interpretation of "gravest harms" would either exclude lying from the list of wrongful acts or give it a lesser status on the hierarchy of wrongs.⁵

However uninformative the concept of "gravest harms" appears at first, it immediately adds two things to the analysis. First, the concept of harm directs the focus of obligations in the direction of those wrongful acts that involve the direct suffering of victims. Still, the meta-ethicist will remain unsatisfied until they find a fully philosophical justification for using harm as a theoretical building block. What principle or theory justifies placing harms at the core of wrongdoing? Similarly, the deontologist will react skeptically to what looks like introducing consequentialist ideas into the theory. At this stage, perhaps a reflection on "gravest" will overcome at least the initial doubts.

Characterizing wrongdoing as the *gravest* harms opens the door for a second theoretical development. The concept of gravest builds comparisons into the analysis. Whatever an ethical theory does, it should address those actions that intuitively qualify as the gravest forms of suffering. A legal system that had an elaborate enforcement scheme for tax evasion but barely addressed murder would not warrant serious attention as a model. Further, making comparisons a central operation within the theoretical engine makes explicit what often takes place implicitly or unreflectively.

² Nagel, Thomas, *The View From Nowhere* (New York: Oxford University Press, 1986).

³ "It is impermissible not to respect every human being, oneself or any other rational creature." Donagan, Allan. *The Theory of Morality* (Chicago: University of Chicago Press, 1977), p. 66.

⁴ For a critique of the meta-ethical strategy in deontology see Davis, Nancy Ann, "Contemporary Deontology," in *A Companion to Ethics* edited by Peter Singer (New York: Blackwell, 1991), pp. 205-218.

⁵ Wrongful acts appear on par for deontologists. Treating lying on par with murder lends strength to the challenge to deontologists to defend the obligation not to lie even if lying would save countless lives. A more refined formulation to account for exceptions might save the maxim as universalizable, but at the price of elegance. Comparing wrongful acts holds out greater promise.

It forces reflection upon comparative judgments generally made unreflectively. The unreflective judgments manifest themselves in various ways, including within social policy formulation and practice. All forms of child abuse are not equally bad. The legal and welfare systems treat, in practice, certain forms of child abuse as worse than others. Often, the harm hierarchy that operates in practice fails to stand up to reflective scrutiny. The theory construction must also be fully informed by the empirical and by the practice.

Deontology strengthens if the deontologist allows for comparing kinds of wrongful acts (harms). A commonly made charge against deontology weakens when comparisons become legitimate. Deontology then becomes an interesting candidate in areas previously deemed off limits. Critics charge that the deontologist fails to adequately analyze the case where the killing of one innocent life would save millions of other lives since direct killing constitutes the wrongful act. Charles Fried tries to bypass these examples by labeling them as catastrophic situations where moral decisions do not apply. Catastrophic, for Fried, is a concept that "identifies the extreme situations in which the usual categories of judgment (including the category of right and wrong) no longer apply."⁶ Yet, catastrophic situations make up just those cases that cry out for help from moral theory. They should not mark the bounds of the non moral. Thus, the formulation of a universal obligation that uses the idea of gravest harms reads as follows:

All individuals have an obligation not to inflict the gravest harms upon children.

This universal obligation underlies The Convention on the Rights of the Child, despite its misleading reference to rights in its title. I shall call positions that give priority to this universal obligation, Harm Perspectives.

The Convention Against Children's Harms

Ever since over two million Polish children were killed in World War II, Poland has lobbied for a treaty on children's rights. The Convention on the Rights of the Child received acceptance faster than any other human rights treaty: "no other specialized United nations human rights treaty has entered into force so quickly and been ratified by so many states in such a short period of time."⁷ The Convention covers all children within the jurisdiction of a state. The United States tried to change the jurisdiction language so that only children lawfully within a nation's territories would be covered by the Convention, thereby precluding illegal aliens from protection.

The Convention strongly emphasizes, what commentators call, "protection rights." Articles 11, 19, 21, 32-38, and 40 address the need to protect children from various harms. Article 19 (1) states that:

⁶ Fried, Charles, *Right and Wrong* (Cambridge, Ma.; Harvard University Press, 1978), p. 10.

⁷ Lawrence J. LeBlanc, *The Convention on the Rights of the Child* (Lincoln: University of Nebraska, 1995, p. 45.

State Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of the parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.

A Harm Perspective can guide the interpretation and implementation of the Convention. The Convention's harm provisions constitute its core. The harm issues addressed in the Convention should take priority. The right of children to express themselves is important, but first there must be an intact, free-from-serious-harm subject who can even be a candidate for having these empowerment rights. Van Beuren divides the Convention's provisions into the four 'P's': "the participation of children in decisions affecting their own destiny; the protection of children against discrimination and all forms of neglect and exploitation; the prevention of harm to children; and the provision of assistance for their basic needs."⁸ Except for participation, the other categories fit readily into a Harm Perspective. Even Van Beuren recognizes the dilemma posed by placing participation at the forefront, which would underlie an interpretation that saw the Convention as promoting children's rights. If children have participatory rights, then only a harm analysis could block the right of children to participate in armed conflict. The Convention is not a catalogue of rights but rather a comprehensive list of obligations taken by states. The priority of obligations over rights has important consequences. For example, the Convention speaks of a child's right to an identity. If rights, especially group rights take priority, then a child's ethnic identity becomes crucial. The identity right stands on its own, independent of any questions of harm that have or might result from its deprivation. A child's group identity constitutes a good in itself. Its denial alone constitutes a harm. However, if the identity right is seen as a response to a type of harm, as, for example, a counter measure to the mass disappearances of children whose identity papers were deliberately falsified and family ties severed, then the right takes on a different cast. The right, then, takes on an urgency for some children and not for others. When the Convention uses rights language, it does not do so within the typical international framework of dividing civil and political rights from social and economic ones.

On February 15, 1995, the United States signed the Convention. Two issues that have held up United States ratification of the Convention implicate the seemingly innocuous right to life. Abortion and death penalty opponents have relied on a right to life to make their respective cases. Accordingly, abortion violates a fetus's right to life, and the death penalty for child offenders violates their right to life. Regarding abortion, the Convention embodies a tension with the ninth preambular paragraph containing a reference to the "appropriate legal protection, before as well as after birth" despite the definition of a child in Article 1 as "every human being below the

⁸ Geraldine Van Beuren, *The International Law on the Rights of the Child*, p. 15.

age of eighteen years.” A Harm Perspective proves helpful here. No matter what the position one adopts on abortion, a prima facie case exists for treating harms inflicted upon born children as worse than those brought to bear on fetuses. Ascribing harms to others assumes base harms familiar to all of us. From experience, we know the physical and psychological pain and suffering of humans. Extending our concern for the pain and suffering of fetuses, animals, etc. depends upon understanding harm at a human level. Since the harm ascribable to a fetus is “by extension” from a base form of harm, it is lesser than the base since it depends upon making a case for the extension. So, even if we allow nations to issue reservations about precluding the unborn from the Convention, that should not detract from those nations giving priority to the more clear cut pain and suffering experienced by living children. A right-to-life analysis solidifies the tension between the unborn and born claimants (unless, of course, we resolve the tension using a Harm Perspective as happens when continuing the life of the fetus harms the mother). A Harm Perspective forces us to get our priorities straight.

In the 1980s, six nations - Bangladesh, Barbados, Iran, Iraq, Pakistan, and the United States - executed minors (those under 18).⁹ Except for Iran and Iraq, the United States has executed more juveniles in recent years than any other country.¹⁰ More juvenile offenders sit on death row in the United States than any other country.¹¹ The United States made a blanket reservation to Article 6 of the Covenant for Civil and Political Rights prohibition of capital punishment, except for pregnant women, which it excluded. The Human Rights Committee found the reservation illegal, in part. In June 1995, the United States reacted by introducing legislation to restrict expenditures by the State Department relating to the reporting procedures of the Human Rights Committee. This action increases the probability of a reservation to the Children’s Convention, if ever ratified by the United States, which leaves open the possibility of executing the insane and the severely mentally handicapped and for the imposition of the death penalty for crimes without violence.¹²

A Harm Perspective puts the issue of the death penalty in a different light. Since a full analysis has a number of complications, I can only sketch ways that a Harm Perspective provides a different focus by raising questions about the appropriate agent, the nature of the harm, and the type of obligation at stake. First, the Harm Perspective determines the agent inflicting the harm. In many cases of child abuse, the care-giver, ironically, doubles as the agent-of-harm. If we carry out the analogy

⁹ Lawrence J. LeBlanc, *The Convention on the Rights of the Child* (Lincoln: University of Nebraska, 1995), p. 75, Barbados has rescinded the death penalty. The United States Supreme Court, in five to four majorities, has ruled that the execution of those under sixteen constitutes cruel and unusual punishment (*Thomson v. Oklahoma* 487 U.S. 815(1988) but not those sixteen or seventeen at the time of the commission of the crime (*Stanford v. Kentucky* 492 U.S. 361 (1989)).

¹⁰ Geraldine Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child* (Boston: Martinus Nijhoff, 1993), p. 190.

¹¹ *Ibid.*, p. 191.

¹² William A. Schabas. *The Abolition of the Death Penalty in International Law*. Second Edition (Cambridge University Press, 1997), pp. 84-85.

to the death penalty, the agent becomes the state-as-executioner. Notice that another parallel between the cases of child abuse and the death penalty holds. In child abuse cases, seldom do the child-victim's actions, which may have provoked the infliction of harm, rise to the level of excuses. Similarly, the capital offender's actions should not be paramount in assessing the state-as-agent's actions. Second, does the death penalty constitute a harm? The argument, now accepted by most nations, is that the death penalty constitutes inhuman and degrading treatment on par with torture and unbecoming of a mature, civilized society. Interestingly, the prohibition of the sentence of death occurs in the same paragraph (37(a)) of the convention on the Rights of the Child as the prohibition on torture and in a separate paragraph from the right to life. Third, what obligations arise when considering the death penalty for juveniles? The DeShaney case, which hinged on whether the state had a special relationship with Joshua, provides the answer. There, Rehnquist accepts the proposition that "when the State takes a person into its custody and holds him there against his will, the Constitution imposes upon it a corresponding duty to assume some responsibility for his safety and general well-being." For incarcerated juveniles, the state has become their care-giver, establishing the state's 2nd Order Obligations to these children, who are wholly dependent on the state. Other state agencies, namely, courts, have obligations to intervene to prevent the state-agent from inflicting harm upon the juveniles by administering the death sentence against them.

Let us consider two arguments against a the Harm or Protection Perspective taken in the Convention: (1)victimization/paternalism and (2) minimalism. On the first argument, the paternalistic Harm Perspective treats children as victims, thus reinforcing their vulnerability. The force of the argument depends on how to construe "victim." If by "victim" we mean someone who is helpless and incapable of developing ways of fending off the harm, then the Harm Perspective is not committed to that interpretation. The Harm Perspective only needs to take "victim" in the sense of "a recipient of the harm." Further, we need to ask what is the alternative? to avoid talking about the harms? Members of certain groups, such as children, are more vulnerable to harm in any given society. The Harm Perspective demands that, whatever else we do, we address those harms.

On the second argument, the Harm Perspective offers only the minimum. Donnelly and Howard argue that "People must not simply be protected against attacks by the state or other citizens, they must be empowered to act and to lead autonomous lives."¹³ The Convention does not promote empowerment rights as much as it does protection rights.¹⁴ Convention drafters found empowerment rights, particularly those regarding freedom of thought, conscience, and religion, among the most controversial. For these empowerment rights clash most directly with parental control.

¹³ J. Donnelly and R. Howard, "Assessing National Human Rights Performance: A Theoretical Framework," 10 *Human Rights Quarterly* 214, 234-35 (1988).

¹⁴ Lawrence J. LeBlanc, *The Convention on the Rights of the Child* (University of Nebraska, 1995), p. 157.

Nevertheless, the seemingly minimalist agenda promoted in the Harm Perspective accomplishes a great deal if successful. Eradicating the most serious forms of harm inflicted upon children poses a major challenge in itself. In 1993, UNICEF estimated that nearly 8 million children in the lesser developed world die of diseases that could have been prevented. The United States objected to proposals for the Convention to advocate providing health care free of charge and suggested that the state had obligations to provide health care to children only in case of need.¹⁵ The United States also objected to including provisions in the Convention to “ensure appropriate pre- and post-natal health care for mothers” (Article 24(2)(d)). The United States position is not one that would remotely match the minimal requirements for a Harm Perspective. Further, the Convention rejects cultural relativist arguments by condemning certain traditional practices as harmful. According to Article 24(3), “State parties shall take all effective and appropriate measures with a view to abolishing traditional practices prejudicial to the health of the child.” Although the Senegalese delegation opposed including female circumcision under the unhealthy traditional practices, the *Travaux Préparatoires* clearly indicates that the provision Also, the Convention takes a clear stand on harms, deemed broader than physical abuse, namely, exploitations. For example, Article 34(c) does not target prostitution *per se* but the “exploitative use of children in prostitution.” Similarly, Article 32(1) protects children, not from work *per se*, but from economic exploitation (including debt bondage). Article 34 seeks to protect children by placing a duty on States to prevent the exploitative use of children in prostitution and other sexual activities. All of these forms of exploitation depend upon the harm they bring to children.

The category of exploitation directs our attention back to the list of harms examined in the previous section. Homicide, physical abuse, neglect, and sexual abuse serve as a sliding scale of harms. We began our exploration with an image of hands that abuse children. The image may mislead us into looking for the mutilating and killing hands of parents. A more invisible hand harms children by committing, what Jonathan Kozal calls, “social homicide.” While street children in Guatemala are murdered, we need to think first about the conditions that placed them there. More than 20 million children suffer from severe malnutrition. These “invisible hands” commit social homicide on children. Children’s harms when viewed from a global scale sheds light on our sense of harms in the United States. How are children harmed in this country? Who has obligations not to harm children in the United States? In his moving portrayal of the “The Lives of Children and the Conscience of Nation,” Jonathan Kozol quotes Mrs. Washington, who lives in the wasteland above 96th street in New York City, “Drug dealers aren’t the only people killing children.”¹⁶ The other “killers” she alludes to consists of an amorphous grouping, including building inspectors. Countless children die from fires and from falling down unsafe

¹⁵ Lawrence J. LeBlanc, *The Convention on the Rights of the Child* (University of Nebraska, 1995), p. 84.

¹⁶ Jonathan Kozol, *Amazing Grace* (New York: Harper, 1995), p. 108.

elevator shafts in dilapidated slum dwellings. These are not hands that extinguish cigarette butts on children or push them down stairs, but they are hands nonetheless.

Racism and poverty inflict harms on children and may have a direct bearing on the narrower sense of child abuse. Child abuse cuts across racial, ethnic, and class lines. However, some critics contend that “[c]hild abuse and neglect continues to be overrepresented in the lower socioeconomic classes, and its effects are disproportionately felt by minority groups.”¹⁷ Silence on the relationship, if any, between child abuse and poverty fuels the problem, undermining obligations that society has discharged elsewhere.

Finally, the Convention sets in motion state obligations on behalf of children. The Convention places a directive upon states to institute obligations. “The Convention places a duty on States to establish social programs for prevention, identification, reporting, referral, investigation and treatment” of abuse and neglect.”¹⁸ The Convention makes children’s harms a public issue.

Rights versus Obligations

A Rights Perspective faces a rough sea. Although the Harms Perspective relies on obligations, it is not incompatible with a Rights Perspective. I could cast the claims using rights language, but that would not add anything substantial to the analysis. Wolgast rhetorically asks: “Why, whenever we deal with a wrongful act or practice, do we feel impelled to refer to some right or another?”¹⁹ It adds nothing to the prohibition against murder to say that someone has a right not to be murdered or a right to life. Murder is a wrong, a wrong in itself. Similarly, children’s rights do not help fill in any missing parts to the obligation analysis, at least, as far as we have taken it. The emphasis on a child’s rights, again to paraphrase Wolgast, serves to obscure the focus of moral objection to child abuse rather than giving the objection a firm foundation. We should initially focus on the perpetrator and the harm, not on whether the child has had some debatable right violated.

The charges made against a Rights Perspective include the following: First, while the idea of children’s rights resonates positively in some countries, it has difficulty finding sympathetic ears in other countries, particularly some in Asia and Africa, not because of questions regarding the need to protect children but rather because of skepticism about the concept of rights. Second, rights find their natural home wedded to individuals and only extend to groups with difficulty. Third, rights create an unnecessary adversarial relationship among claimants, pitting parent against child. Fourth, rights discourse operates at a high level of abstraction, often glossing over critical contextual details regarding economic, political, and social factors.

¹⁷ Lela B. Costin, Howard Jacob Karger, and David Stoesz, *The Politics of Child Abuse in America* (New York: Oxford University Press, 1996), p. 145.

¹⁸ Geraldine Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1995), p. 86.

¹⁹ Elizabeth H. Wolgast, “Wrong Rights,” *Hypatia* (Winter 1987).

Rights theorists confront difficult problems in articulating and defending the theory when applied to children. If rights enable individuals to enforce their will, then the Will (or Power) Theory of rights needs to demonstrate that all children have the necessary competence to make claims.²⁰ No one would deny the importance of developing a child's decision-making abilities. Nonetheless, there are other equally, if not more, important concerns.²¹ What should matter, morally speaking, is a young child's capacity to experience pain and suffering (to paraphrase Jeremy Bentham), not simply her or his future ability as a decision-maker. If rights, alternatively, protect individual interest, then the Interest Theory needs to differentiate and justify the relevant interests.²² Interest theorists seldom mention, except in passing, the basic interests of not being harmed. Both the Will and the Interest versions have difficulty accommodating conflicting rights, for example, right to control a child versus a child's right to autonomy. Freeman's right to liberal paternalism to protect children against irrational actions undermines a child's autonomy in that autonomy should allow for irrational actions.²³ "Protecting against irrational actions" proves too broad.²⁴ Yet, granting complete autonomy to children may run counter to the best interests of the child. Most children would choose to return to highly abusive situations.²⁵ A child may have a right to engage in irrational actions, but I do not know

²⁰ In *Kingsley v. Kingsley*, 623 So. 2d 780 (Fla. App. 5 Dist. 1993) the court ruled that 11 year old Gregory did not have the requisite legal capacity to file a petition in his name to divorce his natural parents. The British have developed a children's capacity doctrine in *Gillick v. West Norfolk Health Authority*, 1 AC (1986) 112, which ruled against a mother preventing a health clinic from giving any of five daughters under 16 information about contraception.

²¹ I am not claiming that all theories of rights imply decision-making capacity, and I acknowledge that rights promoters, such as Howard Cohen, have found ingenious ways to try to circumvent the problems with concepts like "borrowed capacities". I am claiming that these moves are unnecessary when we adopt a Harm Perspective.

²² Kleinig argues for welfare rights, such as "bodily and mental health, normal intellectual development, adequate material security, stable and non-superficial interpersonal relationships, and a fair degree of liberty." J. Kleinig, "Crime and the Concept of Harm," 15 *American Philosophical Quarterly* (1978), p. 31. Benn relies on project interests, that is, our capacity for selecting and pursuing our projects. S. I. Benn, "Human Rights - For Whom and For What?" in E. Kamenka and A. Erh-Soon Tay, eds. *Human Rights* (London: Edward Arnold). Eekelaar proposes three types of interests: basic, developmental, and autonomy. J. Eekelaar, "The Emergence of Children's Rights," 6 *Oxford Journal of Legal Studies* (1986) 161. For Campbell children have different interests at different stages of their lives. Tom D. Campbell, "The Rights of the Minor: as Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult," in *Children, Rights and the Law*. Philip Alston, Stephen Parker, and John Seymour, eds. (Oxford: Clarendon, 1992), pp. 1-23.

²³ Michael D. A. Freeman, "The Limits of Children's Rights," in *The Ideologies of Children's Rights*, Michael Freeman and Philip Veerman, eds. (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992), pp. 29-46.

²⁴ Melinda Jones and Lee Ann Bassar Marks, "The Dynamic Developmental Model of the Rights of the Child: A Feminist Approach to Rights and Sterilization," 2 *The International Journal of Children's Rights*, pp. 265-291 at 275-76.

²⁵ Olsen's analysis is seriously flawed in missing this point. See, Frances Olsen, "Children's Rights: Some Feminist Approaches to the United States Convention on the Rights of the Child", *Children, Rights, and the Law*. Philip Alston, Stephen Parker, and John Seymour, eds. (Oxford: Clarendon Press, 1992), pp. 208-213.

of an argument that would justify a child's right to submit to serious abuse.²⁶ Admittedly, protecting a child against serious physical and mental harm falls prey not only to the charge of paternalism but also to the possible violation of a child's autonomy. In the face of grave harm, these are small prices to pay.

We have a moral triage situation in which the worse harms often go unnoticed while minor harms get widespread attention. In the global context, Howard Cohen's, a leading children rights theorist, concern to establish rights of children to manage, with the help of financial advisors, their financial affairs, looks like a minor concern, whose violation would be analogous to a cut finger, compared to the egregious harm of 35,000 children dying, worldwide, per day because of malnutrition.

Conclusion

Most importantly, the Harm perspective frames the discussion so that we begin to ask some critical questions. A Harm Perspective has a great deal to offer those concerned with the plight of children. The Perspective places the primary focus where it should be, on the pain and suffering experienced by children. All individuals have an obligation to eradicate a universal moral wrong, the infliction of unnecessary, unjust, and serious harm. This is a universal obligation that transcends time and place. The moral wrong is formulated in a way to maximize agreement. The formulation does not further define harm beyond specifying that it must be unnecessary, unjust, and serious. Harms appear relativized to a culture.²⁷ However, the more horrifying aspects of pain and suffering experienced by children have a universal quality. The Perspective frames the most critical questions. It is important not to stop the analysis at a determination of harm to a child and pointing an accusing finger at the perpetrators. We must question the conditions under which parents and other caregivers discharge their obligations. A more fundamental obligation to address the conditions, outside the immediate parental structure, that lead to these harms may underlie the obligation scheme outlined here. The Harm Perspective at least opens up that line of inquiry.

²⁶ This claim does not entail a rejection of the right of child to be heard in cases of abuse or in any other cases, such as divorce. It does mean that children's views should not be definitive in abuse cases.

²⁷ Parents who prevented a child from participating in painful initiation rites would be considered abusive by the community for denying the child adult status. Conflicting values can inspire mutual assessment of practices to discover positive childcare standards: the Western practice of isolating infants from the mother, for example, is considered abusive in most of the world's cultures. Inflicting pain through culturally-sanctioned practices like sacrifice, while objectively harmful, is less damaging than behaviors termed abusive in the West: when the behavior is prevalent, unquestioned and viewed as especially valuable and the child is secure in parental goodwill, the act lacks the rejection and breach of trust which underlies abuse. Anne McGillivray, "Reconstructing Child Abuse: Western Definitions and Non-Western Experiences," in *The Ideologies of Children's Rights*, Michael Freeman and Philip Veerman, eds. (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992), p. 234, n 46.

Some obligations target specific types of agents. We typically think of those agents as parents. Just as we have begun to recognize the multiple meanings of "parent," so we need to ask what other "special agents" have obligations to "specific children." Isolating parents as the sole obligors may have disastrous consequences. Are there other special agents? Do employers have any obligations to the children of their employees? Churches to their parishioners? Neighbors? Friends? Moreover, how far do these obligations extend? Thus far, I have proposed only a weak formulation of the obligation, that is, not to inflict harm. That obligation becomes rather lame unless supplemented by an obligation to protect and an obligation to prevent. Special agents have obligations to protect children from harm and to take measures to prevent harm. How should society define its obligations to children? "Should society accept an obligation to provide the necessary social security, housing and health services to support all mature children who wish to leave home?"²⁸ Australia has decided to effect this obligation if the youth left home because of "domestic violence, incestuous harassment or other exceptional circumstances."

Finally, a consideration of further types of obligations raises questions of the state's and society's role in intervention. If each individual has an obligation not to inflict harm upon children, then that individual has an obligation to protect the child from harm and to prevent its occurrence where practicable. Child abuse, in the narrow sense, that occurs in so-called public space certainly mandates interference by witnessing individuals. Apart from the well-known dangers associated with interference in domestic disputes, the so-called private sphere of the home should not shield others from preventing the harm. The state probably stands in a better position than any other agent to address the conditions that foment child abuse and those that lead to the broader incidences of children's harms. The state cannot justifiably throw up its hands and proclaim that others have responsibility for discharging obligations to children. The state has an obligation to ensure public safety. The state has no greater obligation to protect and prevent fires in its public buildings than it does in private dwellings.

We can work toward reconceptualizing society as composed of helping hands. All of us have an obligation to reach out with our hands and with our hearts. The United Nations Convention on the [Rights of] Wrongs to the Child provides the framework.

²⁸ John Seymour, "An 'Uncontrollable' Child: A Case Study in Children's and Parents' Rights", *Children, Rights, and the Law*. Philip Alston, Stephen Parker, and John Seymour, eds. (Oxford: Clarendon Press, 1992), pp. 106-107.

Summary

UNITED NATIONS CONVENTION ON THE WRONGS TO THE CHILD

Individuals and groups making claims generally use the idea of rights to express their grievances. Those concerned about children debate whether children should have rights. The United Nations International Convention on the Rights of the Child, as its name suggests, provides one of many examples of human rights documents. However, the Convention marks a shift away from placing rights and entitlements at the forefront. Upon closer inspection, we shall see that the Convention gives first priority to the obligations and harms inflicted upon children. The Convention expands the harm orientation beyond physical abuse to other pernicious forms of harm, including economic exploitation and medical negligence (for example, failing to stem the tide of preventable diseases). A focus on obligations and harms does not mean that theorists and child advocates must abandon all talk of rights. The new strategy only requires giving priority to obligations and harms. A focus on obligations and harms does not answer all the complex problems involving children, particularly on an international scale, but it does provide a useful starting point for addressing and acting upon the most serious problems confronting children (and adults). The Convention challenges societies and states to find ways to expand obligations to children beyond parents and the state. Those of us who could have known and could have acted must take responsibility for preventing harms to children.

Key words: *harms, obligations, rights, children.*

Zusammenfassung

KONVENTION DER UN ZU VERBRECHEN GEGEN KINDER

Einzelne und Gruppen berufen sich auf die Menschenrechte, wenn sie Klagen äußern. Fachleute, die sich mit Kindern beschäftigen, diskutieren darüber, ob Kinder bestimmte Rechte haben sollten. Die internationale Konvention der UN über die Rechte des Kindes, stellt - wie schon der Name sagt - eines von vielen Beispielen für Dokumente über Menschenrechte dar. Doch die Konvention weicht von der Regel ab, wonach Rechte und Befugnisse an erster Stelle stehen. Nach aufmerksamem Lesen wird klar, dass die Konvention den Pflichten und Verletzungen, die dem Kind zugefügt werden, den Vorrang gibt. Die Konvention erweitert den Begriff des Bösen, denn sie schließt außer der physischen Mißhandlung auch andere schädliche Verhaltensformen ein wie ökonomische Ausbeutung, und medizinische Fahrlässigkeit (beispielsweise die Unterlassung einer Handlung, durch die das Auftreten einer Krankheit verhindert werden konnte). Die Verschiebung des Schwerpunkts zu Pflichten und zugefügten Verletzungen bedeutete nicht, dass die Theoretiker und an diesem Thema Interessierten, die Idee vom Recht aufgeben müssen. Die neue Strategie erfordert nur, dass man den

Pflichten und Verletzungen den Vorzug gibt. Der Schwerpunkt auf den Pflichten und Schäden beantwortet nicht die ganze Komplexität der Probleme, die mit Kindern verbunden sind, vor allem nicht auf der internationalen Ebene, doch er stellt einen wirksamen Ausgangspunkt für die Diskussion und Lösung der ernsthaftesten Probleme dar, mit denen sich Kinder (auch Erwachsene) auseinandersetzen müssen. Die Konvention verlangt von der breiteren Gesellschaft und dem Staat, die Verpflichtungen gegenüber dem Kind auf andere Subjekte außer den Eltern und dem Staat selbst auszudehnen. Diejenigen unter uns, die dazu fähig wären und handeln könnten, müssten die Verantwortung für die Verhinderung der Mißhandlung von Kindern übernehmen.

Schlüsselwörter: Verletzung, Pflicht, Recht, Kinder.

Sommario

LA CONVENZIONE DELLE NAZIONI UNITE SUGLI ILLECITI CONTRO IL BAMBINO

Gli individui e i gruppi che avanzano rivendicazioni utilizzano generalmente l'idea dei diritti per esprimere i loro reclami. Quelle relative ai bambini dibattono sul se i bambini debbano avere diritti. La Convenzione internazionale delle Nazioni unite sui diritti del bambino, come il suo nome suggerisce, contempla uno dei molti esempi di documenti di diritti umani. Tuttavia la Convenzione segna un cambiamento lontano dalla previsione e dal conferimento di diritti come punto fondamentale. Ad uno sguardo ravvicinato, noi dobbiamo vedere che la Convenzione la prima priorità nei doveri e nelle offese verso i bambini. La Convenzione espande l'orientamento dei pregiudizi oltre l'abuso fisico sino alle altre forme dannose di pregiudizio, inclusi lo sfruttamento economico e la negligenza medica (per esempio, fallire nell'arrestare il decorso di malattie evitabili). L'attenzione sui doveri e sui pregiudizi non significa che teorici e avvocati del bambino debbano abbandonare ogni discorso sui diritti. La nuova strategia richiede soltanto di dare la priorità ai doveri e ai pregiudizi. L'attenzione sui doveri e sui pregiudizi non risponde a tutti i problemi complessi coinvolgenti bambini, particolarmente su scala internazionale, ma fornisce un utile punto di partenza per individuare e agire sui problemi più seri di fronte ai bambini (e agli adulti). La Convenzione sfida le società e gli Stati per trovare le vie di espandere i doveri verso i bambini oltre i genitori e lo Stato. Ciascuno di noi che potrebbe avere conosciuto e potrebbe avere agito deve responsabilizzarsi per prevenire pregiudizi ai bambini.

Parole chiave: pregiudizi, doveri, diritti, bambini.

ODGOVORNOST PRAVNIH OSEB ZA KAZNIVA DEJANJA V SLOVENIJI

Dr. sc. Vid Jakulin, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u
Ljubljani

UDK: 343.222(497.4)
343.19(497.4)
Ur.: 3. svibnja 1999.
Pr.: 8. srpnja 1999.
Pregledni članak

Odgovornost pravnih osoba za kaznena djela u Sloveniji

Autor raspravlja o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela u Sloveniji. Odgovornost pravnih osoba za kaznena djela nije uređena kaznenim zakonikom već je to prepušteno posebnom zakonu. Temelj odgovornosti pravne osobe za kaznena djela, prema mišljenju autora, jest u njihovom doprinosu nastanku nedozvoljene pravne posljedice ili održavanju protuzakonitog stanja koje se očituje u nedozvoljenoj pravnoj posljedici. Pravna osoba doduše ne može izvršiti one radnje fizičke osobe, koje kazneni zakonik uređuje kao kaznena djela, ali to ne znači da pravna osoba ne može preko svojih organa odlučujuće doprinijeti kaznenom djelu. Upravo ponašanje organa jedne pravne osobe, kao što su zloraba ovlaštenja ili propuštanje dužnog nadzora, predstavljaju temelj prijekora i samostalne odgovornosti. Osnova prijekora upućuje na to da se ovdje ne radi o objektivnoj odgovornosti, nego o posebnom obliku kaznene odgovornosti, primjerenoj pravnoj osobi.

Ključne riječi: pravna osoba, kaznena odgovornost pravnih osoba.

I. Uvod

Republika Slovenija je po osamosvojitvi leta 1991 dobila nov kazenski zakonik (v nadaljevanju KZ), ki je začel veljati 1. januarja 1995.¹ V tem zakoniku je tudi določba, ki se nanaša na odgovornost pravnih oseb za kaznivo dejanje. KZ ne ureja sam odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, temveč ureditev prepušča posebnemu zakonu. KZ v 33. členu določa, da zakon določa odgovornost pravnih oseb za kaznivo dejanje, ki ga je storilec izvršil v imenu, na račun ali v korist pravne

¹ Uradni list RS št. 63/94, 70/94 (popravek) in 23/99.

osebe. Zakon določa kazni, opozorilne sankcije in varnostne ukrepe ter pravne posledice obsodbe za pravne osebe. V zakonu se določijo kazniva dejanja, za katera lahko odgovarja pravna oseba. Z zakonom se določijo tudi posebne določbe o kazenskem postopku zoper pravno osebo.

Državni zbor Republike Slovenije je zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja sprejel na seji dne 8. julija 1999. Zakon je objavljen v Uradnem listu RS št. 59/99 z dne 23.7.1999 in bo v skladu s 44. členom zakona začel veljati devetdeseti dan po objavi. Do takrat pa glede odgovornosti pravnih oseb za kazniva ravnanja še vedno veljajo določbe, ki so veljale v času nekdanje skupne države Jugoslavije.

Čeprav gre za relativno kratko obdobje do uveljavitve zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, morda ni odveč pogledati, kakšna je bila ureditev v Jugoslaviji, ki do uveljavitve zakona o odgovornosti pravnih oseb velja v Sloveniji.

Jugoslavija je imela specifično urejeno področje kaznovalnega prava. Poleg kaznivih dejanj in prekrškov je poznala tudi gospodarske prestopke, ki so bili posebnost jugoslovanskega prava in so še danes posebnost v pravni ureditvi držav, ki so nastale iz nekdanje Jugoslavije. Drugi člen zakona o gospodarskih prestopkih² je gospodarski prestopok opredelil kot „družbeno škodljivo kršitev predpisov o gospodarskem ali finančnem poslovanju, ki je povzročila ali bi bila lahko povzročila hujše posledice in je s predpisom pristojnega organa določena kot gospodarski prestopok.“ Med gospodarske prestopke so uvrščena kazniva ravnanja, ki so v nekaterih drugih državah uvrščena med prekrške ali med kazniva dejanja. Iz materialne opredelitve gospodarskih prestopkov je razvidno, da je glede na njihovo nevarnost, ta dejanja težko razločevati od prekrškov ali kaznivih dejanj. Deloma je to mogoče glede na področje kršitev - gospodarsko in finančno poslovanje. Za gospodarske prestopke je značilno, da kot storilec praviloma nastopa pravna oseba skupaj s fizično osebo, kar je drugače kot pri prekrških, kjer kot storilec praviloma nastopa fizična oseba in le izjemoma pravna oseba. Za gospodarski prestopok je poleg pravne osebe kaznovana tudi tista fizična oseba, ki je za pravno osebo ali v njenem imenu izvršila gospodarski prestopok.

Za gospodarske prestopke je tako za pravne osebe kot tudi za odgovorne osebe pravne osebe izmed kazni predpisana samo denarna kazen. Poleg tega je pravni osebi mogoče izreči varstveni ukrep objave sodbe, odvzema predmetov in prepovedi opravljanja določene gospodarske dejavnosti, odgovorni osebi pa tudi prepoved opravljanja določene dolžnosti. Za obravnavanje gospodarskih prestopkov in izrekanje kazni zanje so pristojna redna sodišča.³

Po nekdanjem jugoslovanskem in po še veljavnem slovenskem pravu pravne osebe lahko odgovarjajo samo za gospodarske prestopke in prekrške ne pa tudi za kazniva dejanja.

V Sloveniji je bil že v začetku leta 1994 pripravljen kvaliteten predlog zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja⁴, ki je pod vplivom nasprotnikov odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, doživel žalostno usodo v parlamentarnem postopku. Državni zbor Republike Slovenije ob drugi obravnavi

² Uradni list SFRJ št. 10/86.

³ Bavcon - Šelih: s. 48-49.

⁴ Poročevalec Državnega zbora Republike Slovenije, letnik XX, št. 8/94.

predloga zakona ni sprejel naslova zakona⁵ in polovice členov, ki so skupaj s sprejetimi tvorili neločljivo celoto.⁶ S tem je bil predlog zakona toliko okrnjen, da vladi kot predlagatelju ni ostalo drugega kot da predlog umakne iz zakonodajnega postopka.

Vlada je nov Predlog o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja vložila v postopek 19. junija 1997. Zakonodajni postopek se je končal s sprejetjem zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja 8. julija 1999. Preden se seznanimo z določbami tega zakona pa se mi zdi smotno, da si kratko ogledamo razvoj pojma pravna oseba in poglede na odgovornost pravnih oseb v kazenskem pravu.

II. Razvoj pojma pravna oseba

Čeprav rimsko pravo ni oblikovalo abstraktnih pravnih pojmov kot je npr. pravna oseba⁷, je postavilo temelje, na katerih še danes stoji veliko institutov sodobnega prava. Med takšne temelje sodi tudi pogled na pravno osebo kot nosilko pravic in obveznosti ter odgovornosti. Rimsko pravo je postopoma podelilo različnim združenjem pravice in obveznosti, ki jih je sprva priznavalo samo posameznikom. Zaradi vedno pogostejšega nastopanja različnih združenj, ki jim je pravni red priznaval pravno osebnost, v družbenem in ekonomskem življenju, je morala pravna znanost odgovoriti na vprašanje, kaj je pravzaprav bistvo pravne osebe. Številne teorije so se ukvarjale z dvema bistvenima vprašanjema: ali je pravna oseba samostojen pravni subjekt s pravicami in obveznostmi in ali je pravna oseba sama sposobna opravljati pravna dejanja in nastopati v pravnem prometu. Prav to zadnje vprašanje je povezano tudi z vprašanjem odgovornosti pravnih oseb na področju civilnega in kazenskega prava.⁸

V tem pregledu ni mogoče mimo dveh bistvenih, sicer nasprotujočih si teorij o pravni osebi: teorije fikcije in teorije o realnosti pravnih oseb.

Med zagovorniki teorije fikcije ima pomembno mesto Savigny, ki je pri opredeljevanju pravnega subjekta izhajal iz človeka posameznika kot nosilca svobodne volje. Savigny pa je tudi skupino ljudi obravnaval kot samostojno enoto, ločeno od posameznikov, ki jo sestavljajo in ji priznal pravno sposobnost. Savigny je torej tudi pravnim osebam - *fikcijam*, ki jih je ustvaril zakon, priznaval nekatere pravice in obveznosti, vendar je zastopal stališče, da pravne osebe niso sposobne samostojno nastopati v pravnem prometu, ker nimajo svoje volje. Voljo je po njegovem mnenju lahko oblikoval in izražal samo predstavnik pravne osebe, ki je bil za to tudi v celoti odgovoren. Takšno gledanje pa se odraža tudi v odnosu do odgovornosti pravnih oseb. Ker pravne osebe nimajo svoje volje, tudi ne morejo nositi nobene odgovornosti za protipravno in krivdno ravnanje zastopnika.⁹

⁵ To je situacija, ki v Poslovniku Državnega zbora RS sploh ni bila predvidena.

⁶ Obrazložitev amandmajev vlade Republike Slovenije k predlogu zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja - tretja obravnava, Poročevalec Državnega zbora RS, letnik XXII, št. 47/96, s. 9.

⁷ Vedriš M.: s. 2.

⁸ Oven N.: Odklonsko vedenje pravnih oseb in kazensko pravo, s. 246-247; The Legal and Practical Problems Posed by Difference Between the Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 1-2/88.

⁹ Finžgar A.: s. 43; Oven N., navedeno delo, s. 247.

Kot kritika teorije fikcije so se pojavili novi pogledi, ki izhajajo predvsem iz pomena in vloge, ki jo imajo pravne osebe v pravnem prometu. Med teorijami o realnosti pravnih oseb je najpomembnejša organska teorija, katere izhodišče je postavil Beseler, razvil pa jo je Gierke. Organska teorija pravnim osebam ne priznava samo statusa pravnega subjekta s pravno sposobnostjo, temveč ji priznava tudi sposobnost oblikovanja lastne volje¹⁰, ki jo za pravno osebo oblikujejo in izražajo določene fizične osebe ali organi pravne osebe.¹¹ Takšno gledanje se odraža tudi na področju odgovornosti pravnih oseb. Ker organska teorija ravnanje organa pravne osebe šteje za ravnanje pravne osebe same, pravna oseba tudi lahko sama odgovarja za protipravna ravnanja svojih organov.¹²

Iz povedanega je razvidno, da podlago za samostojno odgovornost pravnih oseb za kazniva ravnanja lahko najdemo predvsem v tistih teorijah, ki pravnim osebam poleg pravne osebnosti priznavajo tudi lastno voljo in lastno odgovornost na področju civilnega prava.¹³

III. Pogledi na odgovornost pravnih oseb v kazenskem pravu

Priznanje pravne osebnosti različnim združenjem na področju civilnega in trgovinskega prava je vplivalo tudi na razvoj odgovornosti pravnih oseb v upravno-kazenskem in kasneje tudi v kazenskem pravu.

Pri proučevanju odgovornosti pravnih oseb izven civilnega prava se avtorji ukvarjajo s številnimi vprašanji. Med takšna sodijo npr.: ali je za omejevanje odklonskega vedenja pravnih oseb ob individualni kazenski odgovornosti fizičnih oseb potrebna tudi odgovornost pravnih oseb; kaj je podlaga za odgovornost pravne osebe v kazenskem pravu; ali sta odgovornost pravne osebe za kaznivo dejanje in kazenska odgovornost fizične osebe med seboj na kakršenkoli način povezani.¹⁴ Ob tem je treba povedati, da odgovornost pravnih oseb za različne vrste kaznivih ravnanj poznajo vsi pravni sistemi, vendar se pri omejevanju odklonskega vedenja pravnih oseb med seboj precej razlikujejo.¹⁵

Evropski pravni sistemi odklonsko vedenje pravnih oseb večinoma obravnavajo v okviru upravno-kazenskega prava, saj sta načeli *nullum crimen nulla poena sine*

¹⁰ Ki je različna od volje ljudi, ki jo sestavljajo.

¹¹ Finžgar A.: s. 45; Oven N., navedeno delo, s. 247.

¹² Finžgar A.: s. 45; Oven N., navedeno delo, s. 247.

¹³ Oven N., navedeno delo, s. 247.

¹⁴ Oven N.: *Odgovornost pravnih oseb v kazenskem pravu*, Magistrska naloga, Ljubljana, 1997, s. 55.

¹⁵ Primerjaj: Barsela, Eliasoff: s. 249-273; Bencik, Kokavec: s. 419-428; Braithwaite in Fisse: *Varieties of Responsibility*, s. 315-343; Bucky: s. 1095-1184; Collins: s. 731-744; Cressey: s. 73-87; Delmas-Marty: s. 21-25; Drane: s. 398-421; Fisse in Braithwaite: s. 468-513; Fredriksen: s. 299-309; Fucks: s. 761-775; Heine: s. 731-759; Kellman: s. 885-921; Koksikinen, Utrianen: s. 173-188; Kunz: s. 1187-1195; Lederman: s. 285-340; Leigh: *The Criminal Liability of Corporations and Other Groups*: s. 1508-1528; Marek, Kunicks-Mihalska: s. 331-345; McChesny in Mueller: s. 831-847; Mutio: s. 923-945; Paternoster, Satzman, Waldo, Chiricos: s. 270-197; Schneider: s. 128-158; Spinellis: s. 220-225; Steen-Sundberg: s. 1163-1185; Šelih: s. 457-470; Tak, Aler, Wattel: s. 311-329; Viano: s. 95-108; Waling in sodel.: s. 1065-1099; Weigend: s. 67-93.

culpa in societas delinquere non potest glavna ovira za odgovornost pravnih oseb na področju kazenskega prava. Toda tudi v teh sistemih je vedno več tistih, ki so naklonjeni odgovornosti pravnih oseb in njihovem kaznovanju. Sistemom, ki so se razvili na podlagi common law, pa odgovornost pravnih oseb sploh ni tuja. Razlike med sistemi izhajajo iz posebnosti sistemov samih.

Kljub razlikam med sistemi pa je vsem skupno to, da v takšni ali drugačni obliki poznajo odgovornost pravnih oseb za kazniva ravnanja. V večini sistemov razpravljajo o tem, ali je storilec kaznivega dejanja lahko samo fizična oseba in o tem, ali imajo tudi pravne osebe svojo lastno voljo in so lahko same subjekt odgovornosti za kazniva dejanja.

Nekateri pravni sistemi še vedno vztrajajo na stališču, da je samo človek kot fizična oseba sposoben izraziti svojo voljo in povzročiti prepovedano posledico, zato pravne osebe ne morejo odgovarjati za kazniva dejanja. Večina pravnih sistemov se že prilagaja zahtevi po kaznovanju pravnih oseb samih za kazniva dejanja. V teh pravnih sistemih pozitivno pravo poizkuša določiti pogoje za posredno (izvedeno ali derivativno) odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja, ki je tudi podlaga za izrek kazenskih sankcij. Temelj za odgovornost pravne osebe je še vedno kaznivo dejanje fizične osebe, ki ga je le ta izvršila v korist in na račun pravne osebe. Manjše število pravnih sistemov pa pravnim osebam priznava lastnost aktivnega subjekta kaznivega dejanja z lastno voljo, ki je podlaga za njihovo neposredno (samostojno, neodvisno) odgovornost za kaznivo dejanje.

V zvezi z odgovornostjo pravnih oseb za kazniva dejanja je pomembno tudi vprašanje, ali je odgovornost pravnih oseb objektivna, ali pa so za določitev odgovornosti pravne osebe pomembni tudi določeni subjektivni elementi. Od odgovora na to vprašanje so odvisni nadaljni teoretični pogledi na odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja. Oglejmo si nekatere med njimi.

a) objektivno subjektivna teorija

V vseh pravnih sistemih se zavzemajo za odpravo popolne objektivne odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja. Za odgovornost pravne osebe za kaznivo dejanje praviloma ne zadošča ugotovitev, da je storilec izvršil znake določenega kaznivega dejanja, temveč morajo biti za odgovornost pravne osebe za kaznivo dejanje izpolnjeni tudi določeni subjektivni elementi. Pravna oseba je posredno lahko odgovorna za kaznivo dejanje samo, če je storilec za izvršeno kaznivo dejanje kazensko odgovoren. V pravnih sistemih, ki priznavajo samostojno odgovornost pravnih oseb, pa odgovornost le teh temelji na prispevku pravne osebe pri izvršitvi kaznivega dejanja.

b) načelo delegacije

To načelo veže posredno odgovornost pravne osebe na kaznivo dejanje tistega, na katerega je pravna oseba izrecno prenesla opravljanje določenih poslov.

c) respondeat superior doktrina

To je prevladujoča doktrina o posredni odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja v ameriškem pravu. Ta doktrina stoji na stališču, da je pravna oseba posredno

odgovorna za izvršeno kaznivo dejanje svojega delavca ali zastopnika samo, če sta kaznivo dejanje storila v imenu in v korist pravne osebe ter v obsegu svojih pooblastil.

d) alter ego teorija

Pravna oseba je po tej teoriji lahko odgovorna samo za kazniva dejanja tistih oseb, ki jo vodijo in za njo sprejemajo poslovne odločitve in jih je mogoče šteti za alter ego pravne osebe. Ta teorija pravnim osebam ne zanika sposobnosti samostojnega oblikovanja in izražanja lastne volje in jim s tem priznava neposredno in samostojno odgovornost za izvršena kazniva dejanja.

e) načelo agregacije

Kadar pri izvršitvi kaznivega dejanja sodeluje več ljudi, ki so skupaj prispevali k nastanku prepovedane posledice, pravna teorija skuša utemeljiti posredno odgovornost pravne osebe za kazniva dejanja z načelom agregacije. Za posredno odgovornost pravne osebe bi v takšnih primerih zadoščala že ugotovitev, da je več ljudi iz upravljalške strukture pravne osebe skupaj uresničilo zakonske znake kaznivega dejanja.

Čeprav se temelja posredne in neposredne odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja bistveno razlikujeta pa je obema skupno to, da ne moremo govoriti o kolektivni odgovornosti vseh članov skupnosti za ravnanje enega izmed njih. Pravna oseba nastopa kot samostojen pravni subjekt, saj sodišče izreče kazensko sankcijo pravnim osebam samim in ne njihovim članom. Gre za povsem samostojno odgovornost pravnega subjekta z lastno pravno osebnostjo, ki pa v nobenem primeru ne izključuje individualne kazenske odgovornosti tistih fizičnih oseb, ki so sodelovale pri izvršitvi kaznivega dejanja.¹⁶

Tudi v Sloveniji obstajajo različni pogledi na odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja. Nekateri takšni odgovornosti nasprotujejo, drugi pa jo zagovarjajo. Med odločne nasprotnike kazenske odgovornosti pravnih oseb sodi prof. dr. Ljubo Bavcon, ki meni, da je treba razločevati pojma kazenske odgovornosti in kaznivosti. Kazenska odgovornost je skupni višji pojem za prištevnost in krivdo. Takšnega subjektivnega odnosa do kaznivega dejanja pa pravna oseba po naravi stvari ne more imeti. Zato v zvezi s pravnimi osebami lahko govorimo le o kaznivosti ne pa o kazenski odgovornosti pravnih oseb. Kaznivost temelji na kaznivem dejanju, ki ga je storila kazenska odgovorna oseba kot predstavnik pravne osebe. Kazenska odgovornost po KZ RS je lahko samo individualna tudi v primerih, če kaznivo dejanje stori več oseb skupaj.¹⁷

Prof. Bavcon očitno izhaja iz klasične Savignyjeve teorije o fikciji po kateri pravna oseba nima lastne volje in zato ne more oblikovati krivdnega odnosa do kaznivega dejanja in posledice. Prof. Bavcon priznava kaznivost pravnih oseb, pri tem pa žal ne pove, na čem ta kaznivost temelji. Opredelevitev, da kaznivost pravnih oseb temelji na kaznivem dejanju kazenske odgovorne osebe kot zastopnika pravne osebe, ne pove ničesar, saj kaznivost lahko temelji le na odgovornosti, ki pa je po

¹⁶ Oven N.: *Odgovornost pravnih oseb v kazenskem pravu*, Magistrska naloga, Ljubljana, 1997, s. 55-60.

¹⁷ Bavcon - Šelih: s. 125-126.

mnenju prof. Bavconca pravni osebi brez lastne volje ni mogoče pripisati. Tudi če bi kaznivost pravnih oseb poizkusili utemeljiti z odgovornostjo pravne osebe za ravnanje njenega predstavnika ne pridemo do drugačnega rezultata. Krivdnega odnosa v klasičnem smislu pravna oseba res ne more izoblikovati, objektivna odgovornost pa po KZ RS, ki temelji na načelu krivdne odgovornosti, ne more predstavljati podlage za izrek kazni za kaznivo dejanje.

Med zagovornike odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja sodita prof. dr. Ivan Bele in mag. Mitja Deisinger, ki sta prispevala levji delež pri oblikovanju zakonskega predloga. Razlogi za uvedbo odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja bodo razčlenjeni ob prikazu zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja.

IV. Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja

Zakon je razdeljen na pet delov: temeljne določbe, splošni del, posebni del, postopek ter prehodne in končne določbe.

Zakon uvaja akcesorno odgovornost pravnih oseb, saj v prvem členu izrecno določa, da je ob pogojih, ki jih v skladu s 33. členom KZ RS določa ta zakon, za kaznivo dejanje poleg storilca odgovorna tudi pravna oseba. Akcesorna odgovornost pravnih oseb pa ni splošna, temveč velja samo za tista kazniva dejanja, za katera je to z zakonom izrecno določeno. Zakon mora poleg tega določiti tudi, katero kazen oziroma drugo kazensko sankcijo je mogoče izreči pravni osebi.

V drugem členu zakona je predvidena možnost, da se odgovornost pravnih oseb za posamezna kazniva dejanja omeji le na določeno vrsto pravnih oseb. Po vzoru francoskega Code pénal je izključena odgovornost Republike Slovenije in lokalnih samoupravnih skupnosti kot pravnih oseb za kaznivo dejanje.¹⁸

V tretjem odstavku je urejena krajevna veljavnost zakona. Razumljivo je, da zakon velja za domače in tuje pravne osebe za kazniva dejanja, storjena na ozemlju Republike Slovenije. Vprašanje pa je, ali in v kolikšni meri zakon lahko velja za dejanja, storjena v tujini. Tuje države odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja večinoma ne poznajo, zato bi veljavnost zakona za dejanja, storjena v tujini, delovala kot neupravičeno nadomeščanje tuje represivne oblasti, omajano pa bi bilo tudi načelo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Predlagatelj zakona se je teh problemov očitno zavedal in je veljavnost zakona za kazniva dejanja, storjena v tujini, omejil samo na tiste primere, ko sta aktivni in pasivni subjekt kaznivega dejanja istočasno podrejena domačemu pravnemu redu. Zakon torej predvideva veljavnost zakona za dejanja, storjena v tujini, samo toliko, kolikor je potrebno, da se prepreči, da bi se pravna oseba izognila odgovornosti za kaznivo dejanje s preprosto preselitvijo storitve kaznivega dejanja na ozemlje tuje države.¹⁹

Četrty člen ureja temelje odgovornosti pravne osebe. Pravna oseba odgovarja za kaznivo dejanje, ki ga je storilec storil v imenu, na račun ali v korist pravne osebe v naslednjih primerih:

¹⁸ Francoski Code pénal odgovornost države izključuje v členu 121-2.

¹⁹ Podrobneje o tem glej v obrazložitvi k tretjemu členu predloga zakona, Poročevalec Državnega zbora RS, letnik XXIII, št. 30/97, s. 28.

1. če pomeni storjeno kaznivo dejanje izvršitev protipravnega sklepa, naloga ali odobritve njenih vodstvenih ali nadzornih organov;
2. če so njeni vodstveni ali nadzorni organi vplivali na storilca ali mu omogočili, da je storil kaznivo dejanje;
3. če razpolaga s protipravno pridobljeno premoženjsko koristjo ali uporablja predmete, nastale s kaznivim dejanjem;
4. če so njeni vodstveni ali nadzorni organi opustili dolžno nadzorstvo nad zakonitostjo ravnanja njim podrejenih delavcev.

Ta določba je izredno pomembna ker kaže, da pravna oseba ni odgovorna le za storilčevo dejanje, temveč ima njena odgovornost tudi svoje lastne temelje. Pravna oseba je odgovorna zaradi svojega prispevka k nastanku prepovedane posledice ali k vzdrževanju protipravnega stanja, ki se kaže v prepovedani posledici. Pravna oseba sicer ne more storiti dejanj fizičnih oseb, ki so v kazenskem zakonu določena kot kazniva dejanja, vendar pa to ne pomeni, da pravna oseba preko svojih organov ne more odločilno prispevati h kaznivemu dejanju. Prav ravnanja organov pravne osebe, ki se kažejo kot zloraba pooblastil ali opustitev dolžnega nadzorstva, predstavljajo podlago za očitke in za samostojno odgovornost. Podlaga za očitke pa kaže, da ne gre za objektivno odgovornost, temveč za posebno obliko kazenske odgovornosti, ki je prilagojena pravnim osebam.

Ker ima pravna oseba svoj temelj odgovornosti, je tudi njena odgovornost za kaznivo dejanje limitirano akcesorna. Pravna oseba odgovarja za svoj prispevek h kaznivemu dejanju, kar pomeni, da za njeno odgovornost in kaznivost ni potrebno, da bi bil storilec tudi kazensko odgovoren. Zadošča že to, da je s svojim ravnanjem objektivno izpolnil znake kaznivega dejanja k izvršitvi katerega je z ravnanjem svojih organov prispevala tudi pravna oseba.

Zakon v petem členu opredeljuje meje odgovornosti pravne osebe za kaznivo dejanje. Odgovornost pravne osebe ne izključuje kazenske odgovornosti fizičnih oziroma odgovornih oseb za storjeno kaznivo dejanje. Pravna oseba je odgovorna za kaznivo dejanje tudi, če storilec za storjeno kaznivo dejanje ni kazensko odgovoren. Za kazniva dejanja, storjena iz malomarnosti, je pravna oseba lahko odgovorna samo pod pogojem, če so njeni vodstveni ali nadzorni organi opustili dolžno nadzorstvo nad zakonitostjo ravnanja njim podrejenih delavcev. V takšnem primeru se sme pravna oseba kaznovati mileje. Če v pravni osebi razen storilca ni drugega organa, ki bi lahko vodil ali nadziral storilca, odgovarja pravna oseba za storjeno kaznivo dejanje v mejah storilčeve krivde. V takšnih primerih je odgovornost pravne osebe popolnoma akcesorna.

V naslednjih členih prvega poglavja splošnega dela zakon ureja odgovornost pri spremembi statusa pravne osebe, posebnosti skrajne sile in poskusa v zvezi z odgovornostjo pravnih oseb za kazniva dejanja, kolektivno kaznivo dejanje, sostorilstvo pravnih oseb in splošne razloge za milejše kaznovanje ali odpustitev kazni.

V drugem poglavju splošnega dela zakon obravnava kazni in druge sankcije za pravne osebe. Za pravne osebe so predvidene naslednje kazni: denarna kazen, odvzem premoženja in prenehanje pravne osebe.²⁰ Iz te določbe je razvidno, da so za pravno

²⁰ 12. člen zakona.

osebo predvidene tri vrste premoženjskih kazni, ker za kaznovanje pravnih oseb druge kazni ne pridejo v poštev.

Trinajsti člen zakona določa, da denarna kazen, ki se sme predpisati ne sme biti manjša od 500.000 SIT in ne večja od 150.000.000 SIT. Če je s kaznivim dejanjem pravne osebe povzročena drugemu premoženjska škoda ali pravna oseba pridobi protipravno premoženjsko korist, je lahko največja mera izrečene kazni dvestokratni znesek takšne škode ali koristi.

Odvzem premoženja ureja štirinajsti člen. Pravni osebi se lahko odvzame polovico ali več premoženja ali celotno premoženje. Odvzem premoženja se sme izreči za kazniva dejanja, za katera je zagrožena kazen pet let zavora ali hujša kazen.

Prenehanje pravne osebe je urejeno v petnajstem členu. Prenehanje pravne osebe se lahko izreče, če je bila dejavnost pravne osebe v celoti ali v pretežni meri izrabljena za izvršitev kaznivih dejanj. Poleg prenehanja pravne osebe lahko sodišče izreče še kazen odvzema premoženja. Z izrečeno kaznijo prenehanja pravne osebe sodišče predlaga tudi začetek likvidacijskega postopka. Iz premoženja pravne osebe, ki ji je bila izrečena kazen prenehanja pravne osebe, se lahko poplačajo upniki.

V šestnajstem členu je urejena odmera kazni v, sedemnajstem pa izrek pogojne obsodbe pravni osebi.

V osemnajstem členu je določeno, da se pravni osebi za kaznivo dejanje poleg varnostnega ukrepa odvzema predmetov po 69. členu KZ RS lahko izreče tudi varnostni ukrep objave sodbe in varnostni ukrep prepovedi določene gospodarske dejavnosti.

Varnostni ukrep objave sodbe izreče sodišče v primeru, ko bi bilo koristno, da javnost izve za sodbo, zlasti pa, če bi objava sodbe pripomogla k temu, da se odvrne nevarnost za življenje ali zdravje ljudi ali da se zavaruje varnost prometa ali kakšna korist gospodarstva.²¹

Varnostni ukrep prepoved določene gospodarske dejavnosti pravni osebi je urejen v 20. členu zakona. Vsebina tega varnostnega ukrepa je v tem, da je pravni osebi prepovedano proizvajati določene proizvode ali poslovati v določenih obratih, ali da ji je prepovedano ukvarjati se z določenimi posli prometa blaga in storitev ali z drugimi gospodarskimi posli. Ta ukrep sodišče lahko izreče pravni osebi, če bi bilo njeno nadaljnje ukvarjanje z določeno gospodarsko dejavnostjo nevarno za življenje ali zdravje ljudi ali škodljivo za gospodarsko ali finančno poslovanje drugih pravnih oseb ali za gospodarstvo ali če je bila pravna oseba v zadnjih dveh letih že kaznovana za enako ali podobno kaznivo dejanje. Ta varnostni ukrep lahko traja od šest mesecev do pet let po pravnomočnosti sodbe.

Pravno osebo lahko zadanejo pravne posledice obsodbe tudi, če ji je izrečena denarna kazen.²² Za pravno osebo lahko nastanejo naslednje pravne posledice obsodbe: 1. prepoved delovanja na podlagi dovoljenj, pooblastil ali koncesij, pridobljenih s strani državnih organov; in 2. prepoved pridobitve dovoljenj, pooblastil ali koncesij, ki jih dajejo državni organi.²³

²¹ Prvi odstavek 19. člena zakona.

²² KZ RS v drugem odstavku 99. člena sicer izrecno določa, da pravne posledice obsodbe ne morejo nastati, če je bila storilcu kaznivega dejanja izrečena denarna kazen.

²³ 21. člen zakona.

V dvaindvajsetem členu je urejeno zastaranje. Zastaranje kazenskega pregona zoper pravno osebo se šteje glede na kazni, ki se po zakonu sme izreči storilcu kaznivega dejanja. V drugem odstavku je urejeno zastaranje izvršitve kazni, v tretjem pa zastaranje izvršitve varnostnega ukrepa.

Pomemben je tudi triindvajseti člen zakona, ki določa, da se za pravne osebe uporabljajo določbe splošnega dela KZ RS, razen če ta zakon ne določa drugače.

V posebnem delu zakon opredeljuje kazniva dejanja, za katera lahko odgovarja pravna oseba in kazni za kazniva dejanja. Pravne osebe lahko odgovarjajo za kazniva dejanja iz posebnega dela KZ RS in za druga kazniva dejanja, če zakon tako določa.

Petindvajseti člen zakona določa, da pravne osebe odgovarjajo za naslednja kazniva dejanja iz posebnega dela KZ RS:

1. iz šestnajstega poglavja za kazniva dejanja kršitve enakopravnosti (141. člen), nedovoljene objave zasebnih pisanj (151. člen), neupravičene izdaje poklicne skrivnosti (153. člen), zlorabe osebnih podatkov (154. člen), kršitev avtorske pravice (158. člen), neupravičenega izkoriščanja avtorskega dela (159. člen) in kršitve pravic izvajalcev (160. člen);

2. iz sedemnajstega poglavja za kaznivo dejanje kršitve proste odločitve volilcev (162. člen);

3. iz devetnajstega poglavja za kazniva dejanja zvodništva (185. člen), posredovanja pri prostituciji (186. člen) in prikazovanja in izdelave pornografskega gradiva (187. člen);

4. iz dvajsetega poglavja za kazniva dejanja prenašanja nalezljivih bolezni (188. člen), nedovoljena presaditev delov človeškega telesa (191. člen), malomarno opravljanje lekarnarske dejavnosti (192. člen), proizvodnja in promet škodljivih sredstev za zdravljenje (193. člen), proizvodnja in promet zdravstveno oporečnih živil in drugih izdelkov (194. člen), nevestno pregledovanje mesa za prehrano (195. člen) in neupravičena proizvodnja in promet z mamili (196. člen);

5. iz dvaindvajsetega poglavja za kazniva dejanja kršitve temeljnih pravic (205. člen), kršitev pravic pri zaposlovanju ali brezposelnosti (206. člen), kršitev pravic do sodelovanja pri upravljanju in kršitev sindikalnih pravic (207. člen), ogrožanje varnosti pri delu (208. člen) in kršitev pravic iz socialnega zavarovanja (209. člen);

6. iz triindvajsetega poglavja za kazniva dejanja zatajitve (215. člen), odvzem motornega vozila (216. člen), goljufije (217. člen), izsiljevanja (218. člen), oderuštva (219. člen), zlorabe zaupanja (220. člen), prikrivanja (221. člen), nedovoljenega izvoza in uvoza stvari, ki so posebnega kulturnega ali zgodovinskega pomena ali naravne znamenitosti (222. člen), poškodovanja ali uničenja stvari, ki so posebnega kulturnega ali zgodovinskega pomena ali naravne znamenitosti (223. člen), poškodovanja tuje stvari (224. člen), neupravičenega vstopa v zaščiteni računalniški bazo podatkov (225. člen), požiga (226. člen), poškodovanja stanovanjskih in poslovnih stavb in prostorov (227. člen), nezakonite vselitve (228. člen) in oškodovanja tujih pravic (229. člen);

7. iz štiriindvajsetega poglavja za kazniva dejanja ustvarjanja monopolnega položaja (231. člen), lažnega stečaja (232. člen), povzročitev stečaja z nevestnim gospodarjenjem (233. člen), oškodovanja upnikov (234. člen), poslovne goljufije (234.a člen), organiziranje denarnih verig in nedovoljenih iger na srečo (234.b člen),

preslepitve pri pridobitvi posojila ali ugodnosti (235. člen), preslepitve pri poslovanju z vrednostnimi papirji (236. člen), preslepitve kupcev (237. člen), neupravičene uporabe tuje firme, vzorca ali modela (238. člen), neupravičene uporabe tujega izuma (239. člen), ponareditve ali uničenja poslovnih listin (240. člen), izdaje in neupravičene pridobitve poslovne tajnosti (241. člen), vdora v računalniški sistem (242. člen), zlorabe notranje informacije (243. člen), zlorabe položaja ali pravic (244. člen), neupravičenega sprejemanja daril (247. člen), neupravičenega dajanja daril (248. člen), ponarejanje denarja (249. člen), ponarejanje in uporaba ponarejenih vrednotnic ali vrednostnih papirjev (250. člen), izdelave, pridobitve in odtujitve pripomočkov za ponarejanje (251. člen), pranje denarja (252. člen), izdaje nekritega čeka in zlorabe bančne ali kreditne kartice (253. člen), davčne zatajitve (254. člen) in tihotapstva (255. člen);

8. iz šestindvajsetega poglavja za kaznivo dejanje dajanja podkupnine (268. člen) in nezakonitega posredovanja (269. člen);

9. iz osemindvajsetega poglavja za kaznivo dejanje preprečitve vrnitve na delo (292. člen) in kršitve prepovedi opravljanja poklica (293. člen);

10. iz devetindvajsetega poglavja za kaznivo dejanje hudodelskega združevanja (297. člen), dogovora za kaznivo dejanje (298. člen) in nedovoljene proizvodnje in prometa orožja ali razstrelilnih snovi (310. člen);

11. iz tridesetega poglavja za kaznivo dejanje povzročitve nevarnosti pri gradbeni dejavnosti (318. člen), povzročitve nevarnosti z jederskimi snovmi (319. člen) in prevažanja ali prenašanja razstreliva ali nevarnih snovi proti predpisom (321. člen);

12. iz enaintridesetega poglavja za kaznivo dejanje ogrožanje javnega prometa z nevarnim dejanjem ali sredstvom (327. člen) in opustitve nadzorstva v javnem prometu (328. člen);

13. iz dvaintridesetega poglavja za kazniva dejanja obremenjevanja in uničenja okolja in prostora (333. člen), razvrednotenja okolja z motornim vozilom (334. člen), vnašanja nevarnih snovi v državo (335. člen), protipravnega odlaganja nevarnih snovi (336. člen), onesnaženje pitne vode (337. člen), onesnaženje živil ali krme (338. člen), protipravno zavzetje nepremičnine (339. člen), uničenje nasadov s škodljivo snovjo (340. člen), uničevanje gozdov (341. člen), mučenje živali (342. člen), nezakonit lov (343. člen), nezakonit ribolov (344. člen), prenašanje kužnih bolezni pri živalih in rastlinah (345. člen), izdelovanje škodljivih zdravil za zdravljenje živali (346. člen) in nevestna veterinarska pomoč (347. člen);

14. iz petintridesetega poglavja za kaznivo dejanje spravljanja v suženjsko razmerje (387. člen).

V šestindvajsetem členu so določene kazni za kazniva dejanja. Za kazniva dejanja, za katera je za storilca predpisana kazen do treh let, je pravni osebi mogoče izreči denarno kazen do 75.000.000 SIT ali do zneska stokratne povzročene škode ali s kaznivim dejanjem pridobljene premoženjske koristi. Za kazniva dejanja, za katera je za storilca predpisana kazen zapora nad tri leta se pravna oseba kaznuje z denarno kaznijo najmanj 2.500.000 SIT ali največ do zneska dvestokratne povzročene škode ali protipravno pridobljene premoženjske koristi. Za kazniva dejanja, za katera je za storilca predpisana kazen petih let zapora ali hujša kazen, se pravni osebi namesto denarne kazni lahko izreče kazen odvzema premoženja.

V četrtem delu zakona so urejene posebnosti postopka zoper pravno osebo zaradi kaznivega dejanja. Zakon določa, da se v kazenskem postopku zoper pravno osebo smiselno uporabljajo določbe zakona o kazenskem postopku, tudi če postopek teče samo zoper pravno osebo, razen če ta zakon določa drugače.²⁴

Zakon izhaja iz načela enotnosti postopka. Zaradi istega kaznivega dejanja se zoper pravno osebo praviloma uvede in izvede postopek skupaj s postopkom zoper storilca. V enotnem postopku se zoper obdolženo pravno osebo in obdolženca vložijo ena obtožba in izda ena sodba. Postopek samo zoper pravno osebo se lahko uvede oziroma izvede samo v primeru, ko ga zoper storilca ni mogoče uvesti ali izvesti iz razlogov, določenih z zakonom, ali pa je bil zoper njega že izveden.²⁵

Za razliko od zakona o kazenskem postopku, ki kot temeljno načelo uveljavlja načelo legalitete kazenskega pregona, zakon za pregon pravnih oseb uveljavlja načelo smotrnosti. Osemindvajseti člen zakona določa, da državni tožilec lahko odloči, da zoper pravno osebo ne bo zahteval uvedbe kazenskega postopka, če okoliščine primera kažejo, da to ne bi bilo smotno, ker je bila udeležba pravne osebe pri storitvi kaznivega dejanja nepomembna, ali ker pravna oseba nima premoženja ali je to tako majhno, da ne bi zadoščalo niti za pokritje stroškov postopka, ali ker je bil zoper njo začeti stečajni postopek ali ker je storilec kaznivega dejanja edini lastnik pravne osebe, zoper katero bi bilo potrebno uvesti postopek.

Ostale določbe so bolj ali manj tehnične narave in urejajo posebnosti postopka zoper pravno osebo (npr. določitev zastopnika pravne osebe, izločitev zastopnika ipd.).

V. Zaključek

Odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja si počasi, a zanesljivo utira pot v zakonodaje evropskih držav. Nizozemska je odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja predvidela s posebnim zakonom že leta 1951, od leta 1976 pa jo ureja tudi v KZ. Francija je z novelo kazenskega zakonika z dne 22.7.1992 uvedla splošno odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja. V Evropi odgovornost pravnih oseb v določenih primerih poznajo tudi Švica, Finska, Švedska in Portugalska.²⁶ Države, ki pripadajo Common Law sistemu, večinoma poznajo odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja v obliki „corporate liability“, ki se nekoliko razlikuje od kontinentalne.

Vzpostavitev odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja priporoča tudi več mednarodnih pravnih aktov. Odbor ministrov Sveta Evrope je že leta 1988 sprejel priporočilo št. R (88) 18 z naslovom „Liability of Enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities“. V tem priporočilu je državam članicam priporočal podobno ureditev kot je v zgoraj predstavljenem zakonu. Temu splošnemu priporočilu so sledili številni dokumenti Sveta Evrope, ki so vsebovali zahtevo po odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja. Med takšne sodi tudi konvencija Sveta Evrope o zaščiti naravnega okolja iz leta 1996, ki že v preambuli

²⁴ 42. člen zakona.

²⁵ 27. člen zakona.

²⁶ Eidam: s. 39-43, 45-46, 48-49 in 53-54.

državam članicam nalaga, da vzpostavijo odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja, storjena v njihovem imenu, na njihov račun ali v njihovo korist na škodo okolja. Drug pomemben dokument je priporočilo Odbora ministrov Sveta Evrope št. (96)/8 z naslovom „Crime Policy in Europe in a Time of Change“, ki v delu, ki govori o gospodarskem kriminalu, državam jasno svetuje naj vzpostavijo kazensko odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja.

Program akcije proti korupciji, ki ga je Odbor ministrov Sveta Evrope sprejel leta 1996 posveča veliko pozornost odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, zlasti za korupcijska kazniva dejanja v imenu ali na račun pravne osebe.

Podoben odnos do problema ima tudi Evropska Unija, ki v kar nekaj dokumentih poudarja potrebo po odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja. V programu skupne akcije iz februarja 1997 je Svet Evropske Unije v zvezi z borbo proti nezakoniti trgovini z belim blagom in seksualnim izkoriščanjem otrok in mladoletnikov jasno povedal, da mora biti v primerih, ko so bila ta dejanja storjena v imenu, na račun ali korist pravne osebe, zanje odgovorna tudi ta. Še bolj pa je odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja razčlenjena v Dodatnem protokolu h Konvenciji o zaščiti finančnih interesov Evropske Unije z dne 26.7.1995. Celotno drugo poglavje Protokola obravnava odgovornost pravnih oseb za gospodarska kazniva dejanja na škodo Evropske Unije. Vsebina 2., 3. in 4. člena je glede temeljev odgovornosti skoraj identična slovenskemu zakonu o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja.²⁷

Razvojni trend kaže, da bodo morale odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja urediti vse države članice Sveta Evrope in Evropske Unije. Temelji odgovornosti pravnih oseb pa kažejo, da ne gre za objektivno odgovornost, temveč za posebno obliko kazenske odgovornosti, ki je prilagojena pravnim osebam.

Literatura

1. Barsela Y., Eliasoff Y.: The Legal and Practical Problems Posed by Difference Between the Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 1-2/88, s. 249-273.
2. Bavcon - Šelih: Kazensko pravo, Splošni del, Ljubljana, ČZ Uradni list Republike Slovenije, 1996.
3. Bencik M., Kokavec D.: The Legal and Practical Problems Posed by Difference Between the Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 1-2/88, s. 419-428.
4. Braithwaite J., Fisse B.: Varieties of Responsibility and Organizational Crime, *Law & Policy*, št. 3/85, s. 313-343.
5. Bucky P.: Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability, *Minnesota Law Review*, 1991, s. 1095-1184.
6. Collins H.: Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration, *The Modern Law Review*, 1990, S. 731-744.
7. Cressey D.R.: Self-Regulation in the Control of White-Collar Crime, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 1-2/82, s. 73-87.

²⁷ Uvodna obrazložitev predloga zakona, Poročevalec DZ RS, letnik XXIII, št. 30/97, s. 21-22.

8. Delmas-Marty M.: The Legal and Practical Problems Posed by Difference Between the Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 1-2/88, s. 21-25.
9. Drane R.W., Neal D.J.: On Moral Justifications for the Tort/Crime Distinction, *California Law Review*, 1980, s. 398-421.
10. Eidam G.: *Straftäter Unternehmen*, München, C.H. Beck'scheverlagsbuchhandlung, 1997.
11. Finžgar A.: *Osebe civilnega prava*, Ljubljana, ČZ Uradni list SRS, 1967.
12. Fisse B., Braithwaite J.: The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability, *Sydney Law Review*, 1988, s. 468-513.
13. Fredriksen E.: The Legal and Practical Problems Posed by Difference Between the Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 1-2/88, s. 299-309.
14. Fucks H.: Crimes Against the Environment Problems of the General Part, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 3-4/94, s. 761-775.
15. Heine G.: Crimes Against the Environment, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št.3-4/94, s. 731-759.
16. Kellman B.: Criminal Law and Environmental Protection, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 3-4/94, s. 885-921.
17. Koksikinen P., Utrianen T.: The Legal and Practical Problems Posed by Difference Between the Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 1-2/88, s. 173-188.
18. Kunz K.L.: Crimes against the Environment: the Application of the General Part, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 3-4/94, s. 1187-1195.
19. Lederman E.: Criminal Law, Perpetrator and Corporations: Rethinking a Complex Triangle, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, št. 2/85, s. 285-340.
20. Leigh L.H.: The Criminal Liability of Corporations and Other Groups: A Comparative View, *Michigan Law Review*, št. 7/82, s. 1508-1528.
21. Marek A., Kunicks-Michalska B.: The Legal and Practical Problems Posed by Difference Between the Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 1-2/88, s. 331-345.
22. McChesney A., Mueller T.: Environmental Offences in Canada: Criminal and Regulatory Regimes, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 3-4/94, s. 831-847.
23. Nutio K.: Crimes Against the Environment, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št.3-4/94, s. 923-945.
24. Oven N.: *Odgovornost pravnih oseb v kazenskem pravu*, Magistrska naloga, Ljubljana, 1997.
25. Oven N.: Odklonsko vedenje pravnih oseb in kazensko pravo, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, Ljubljana, letnik 49, št. 3/98, s. 246-256.
26. Oven N.: *Odgovornost pravnih oseb za dejanja organiziranega kriminala*, Podjetje in delo, Ljubljana, letnik XXIV, št. 6-7/98, s. 940-951.
27. Paternoster R. in sodel.: Estimating Perceptual Stability and Deterrent Effects: the Role of Perceived Legal Punishment in the Inhibition of Criminal Involvement, *The Journal of Criminal Law & Criminology* št. 1/83, s. 270-297.
28. Schneider J.H.: *Economic Crime and Economic Criminal Law in the Federal Republic of Germany*, UNAFEI, Tokyo, 1987, s. 128-158.
29. Spinellis D.D.: The Legal and Practical Problems Posed by Difference Between the Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 1-2/88, s. 220-225.
30. Steen-Sundberg C.: Crimes Against Environment in Sweden, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 3-4/94, s. 1163-1185.
31. Šelih A.: The Legal and Practical Problems Posed by Difference Between the Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 1-2/88, s. 457-470.
32. Tak P.J.P. in sodel.: The Legal and Practical Problems Posed by Difference Between the Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 1-2/88, s. 311-329.

33. Vedriš M.: Razvoj pravne osebnosti pravnih osoba u fevdalizmu i kapitalizmu, *Privreda i pravo*, št. 3/73, s. 1-12.
34. Viano E.: The Legal and Practical Questions Relating to the Legal Structure of Two Systems, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 1-2/88, s. 95-108.
35. Waling C. in sodel.: Crimes Against the Environment, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 3-4/94, s. 1065-1099.
36. Weigend T.: The Legal and Practical Problems Posed by Difference Between the Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, št. 1-2/88, s. 67-93.

Pravni viri

- Kazenski zakonik Republike Slovenije, Uradni list RS št. 63/94, 70/94 (popravek) in 23/99.
Loi No. 92-683 du 22 juillet 1992, portant réforme des dispositions générales du Code pénal.
Predlog zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, Poročevalec Državnega Zbora Republike Slovenije, letnik XX, št. 8/94.
Predlog zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, Poročevalec Državnega Zbora Republike Slovenije, letnik XXII, št. 47/96.
Predlog zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, Poročevalec Državnega Zbora Republike Slovenije, letnik XXIII, št. 30/97.
Recommendation No R(96)8 of the Committee of Ministers to member States On Crime Policy in Europe in a Time of Change.
Zakon o kazenskem postopku, Uradni list Republike Slovenije št. 63/94, 70/94 (popravek) in 72/98.
Zakon o gospodarskih prestopkih, Uradni list SFRJ, št. 10/86.
Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, Uradni list Republike Slovenije, št. 59/99.

Summary

LIABILITY OF LEGAL PERSONS FOR CRIMINAL ACTS IN SLOVENIA

The author discusses liability of legal persons for criminal acts in Slovenia. Liability of legal persons for criminal acts is regulated by the special law and it is not included in the criminal code. According to the author's opinion, the basis of a legal person's criminal liability is its contribution to the creation of unacceptable legal consequence or to the support of an illegal state that is manifested through an unacceptable legal consequence. Obviously, a legal person cannot perform those actions of natural persons that are proscribed as criminal acts by the criminal code, but it does not mean that the legal person cannot decisively contribute to the criminal act through its organs. The conduct of a legal person's organs, such as the abuse of power or negligence, constitutes the basis of reproach and independent liability. The character of a reproach indicates that it is not based on the objective liability, rather it is the specific form of criminal liability adequate for legal persons.

Key words: *legal person, criminal liability of legal persons.*

Zusammenfassung*

VERANTWORTUNG VON JURISTISCHEN PERSONEN FÜR STRAFTATEN IN SLOWENIEN

Der Verfasser behandelt die Verantwortung von juristischen Personen für Straftaten in Slowenien. Durch das Strafgesetzbuch selbst wird die Verantwortung von juristischen Personen für Straftaten nicht geregelt, die Regelung wird dem Sondergesetz überlassen. Die Grundlage der Verantwortung einer juristischen Person für Straftaten bildet nach der Meinung des Verfassers ihr Beitrag zur Entstehung einer nicht zulässigen Rechtsfolge oder zur Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes, der in einer nicht zulässigen Rechtsfolge zum Ausdruck kommt. Eine juristische Person kann zwar nicht die Handlungen einer natürlichen Person begehen, wie sie im Strafgesetzbuch als Straftat festgelegt sind, doch soll das nicht heissen, dass die juristische Person über ihre Organe nicht entscheidend zu einer Straftat beitragen könnte. Gerade die Verhaltensweise der Organe einer juristischen Person wie Vollmachtsmissbrauch oder Unterlassung der gebotenen Aufsicht stellen die Grundlage für den Vorwurf und für die selbstständige Verantwortung dar. Die Grundlage für den Vorwurf weist darauf hin, dass es sich nicht um eine objektive Verantwortung handelt, sondern um eine juristischen Personen angepasste Sonderform der Strafverantwortung.

Schlüsselwörter: juristische Person, Verantwortung von juristischen Personen für Straftaten.

Sommario

LA RESPONSABILITÀ DELLE PERSONE GIURIDICHE PER I REATI IN SLOVENIA

L'Autore disquisisce sulla responsabilità delle persone giuridiche per i reati in Slovenia. La responsabilità delle persone giuridiche per i reati è regolata da una legge speciale e non è inclusa nel codice penale. Secondo la tesi dell'Autore, il fondamento della responsabilità penale della persona giuridica è il suo contributo alla creazione di inaccettabili conseguenze giuridiche o alla conservazione di uno stato illegale che si manifesta attraverso un'inaccettabile conseguenza giuridica. Ovviamente una persona giuridica non può compiere quelle azioni delle persone fisiche che sono vietate quali reati dal codice penale, ma ciò non significa che la persona giuridica non possa contribuire decisamente al reato attraverso i suoi organi. La condotta degli organi della persona giuridica, come l'abuso di potere o la negligenza, costituisce il fondamento del rimprovero e della responsabilità indipendente. La caratteristica del rimprovero indica che non è fondato sulla responsabilità oggettiva, in quanto è piuttosto una forma specifica di responsabilità penale adeguata alle persone giuridiche.

Parole chiave: persona giuridica, responsabilità penale delle persone giuridiche.

* Übersetzung des Autors.

ZAŠTITA MANJINSKIH DIONIČARA U POSTUPKU PREUZIMANJA DIONIČKIH DRUŠTAVA PREMA HRVATSKOM PRAVU I PRAVU EU

Dr. sc. Ljiljana Maurović, docent
Fakultet ekonomije i turizma
"Dr. Mijo Mirković" u Puli

UDK: 347.72.031(497.5)
Ur.: 20. rujna 1999.
Pr.: 24. studenoga 1999.
Pregledni članak

Globalizacija utječe na povećanje obima prekograničnih preuzimanja dioničkih društava, što pojačava potrebu ujednačavanja prava preuzimanja. Preuzimanje dioničkih društava stjecanjem kontrole u društvu od jednog dioničara ističe potrebu zaštite manjinskih dioničara. Poredbeno, autor ističe zajednička obilježja važećeg prava preuzimanja u pojedinim zemljama Europe te prijedloga smjernice EU. Zaštita manjine kroz obveznu ponudu stjecatelja, koji je stekao propisani broj glasova u skupštini, na otkup dionica po propisanoj cijeni, utvrđena je u cjelokupnoj promatranoj regulativi. Prijedlog smjernice EU suzdržao se od preciziranja načina zaštite manjine, već je to ostavio na slobodu zemljama članicama. ZPPDD u Republici Hrvatskoj slijedio je regulativu anglosaksonskog sustava, utvrdio kao zaštitu manjinskih dioničara obveznu ponudu i ima određene specifičnosti nepoznate pravu zemalja Europe i prijedlogu smjernice EU. Posebnosti zakona odnose se na iznimke od davanja obvezne ponude i ukidanje vinkulacije kod obvezne ponude. Analizira se postupak preuzimanja prema nacionalnim zakonodavstvima pojedinih zemalja, prijedlogu smjernice EU, ZPPDD te obvezna ponuda na preuzimanje, kao tehnika. Završno su istaknute potreba i očekivane izmjene i dopune ZPPDD u cilju njegova usklađivanja s regulativom u zemljama Europe.

Ključne riječi: zaštita, manjinski dioničari, preuzimanje, ponuda na preuzimanje, obvezna ponuda, kontrola, cijena, 13. EU smjernica.

1. Uvod

Zakonska regulativa postupka preuzimanja dioničkih društava radi stjecanja kontrole, kao dio prava društava, prvenstveno je usmjerena na zaštitu manjinskih dioničara. U postupku preuzimanja jedno društvo stječe u drugom paket dionica s brojem glasova koji mu omogućava preglasavanje dotadašnjih dioničara. Preuzimanjem dioničkog društva od novog većinskog vlasnika bitno se mijenja položaj manjinskih dioničara i okolnosti koje su postojale u trenutku kada su oni stekli dionice. Ulagач može imati optimalni interes da stekne samo onaj broj dionica koji mu omogućava

kontrolu u društvu. Nakon preuzimanja, subjekt koji je stekao kontrolu može imovinu društva koristiti u cilju stjecanja dobiti za sebe, a ne za društvo, što će utjecati na odluku dioničara o daljnjem držanju dionica. Stoga je nužno, za manjinske dioničare, stvoriti mogućnost da otuđe dionice i da pri tome ne pretrpe nikakvu štetu. U pravilima o preuzimanju razlikuje se sam postupak preuzimanja u kojem neko društvo ili osoba stječe kontrolu u drugom, dok se ponuda za preuzimanje smatra posebnom tehnikom. Aktivnosti u postupku preuzimanja mogu biti usmjerene i na zaštitu položaja uprave ciljnog društva. Zakon o postupku preuzimanja dioničkih društava Republike Hrvatske (ZPPDD)¹ sadrži posebnosti u odnosu na rješenja iz zemalja Europe, koje su posljedica načina nastanka pretežnog dijela dioničkih društava u Republici Hrvatskoj i njihove vlasničke strukture. Struktura ZPPDD slična je regulativi drugih zemalja i razrađuje sam postupak preuzimanja i kao tehniku, ponudu za preuzimanje. Pravila koja reguliraju preuzimanje dioničkog društva moraju osigurati jednak postupak za sve dioničare ciljnog društva u jednakom položaju i onima kojima je ponuda upućena dovoljno vremena i potrebne informacije za donošenje odluke.

2. Usporedni pregled obilježja prava preuzimanja dioničkih društava u nekim zemljama Europe

Preuzimanje je novija pojava u djelovanju dioničkih društava, a posebno intenzivno su se postupci preuzimanja odvijali sedamdesetih i osamdesetih godina ovog stoljeća u USA.² U razvijenom sustavu dioničarstva, s obzirom na veliki broj dioničara društva smanjuje se njihov utjecaj na upravu a financijska tržišta vrednuju učinke društva. U ovakvim je uvjetima uprava, relativno samostalna i nezavisna od dioničara, mogla bitno utjecati na provođenje postupka preuzimanja.

Prema stajalištima nekih autora nosioci funkcije upravljanja u dioničkom društvu koji imaju značajnije učešće u njegovu temeljnom kapitalu vode više brige o interesima dioničara u vođenju poslova društva.³ Uspješno preuzimanje, u pravilu prema pravilima društva, traži najmanje 50% glasačkih prava i dionice koje nose razmjern broj glasova.⁴ Odjeljivanje vlasništva i kontrole u društvu kao i sukob interesa između dioničara i uprave dugo se vremena smatra obilježjem modernih korporacija.⁵ Promjena većinskog vlasnika društva u postupku njegova preuzimanja uvijek se odražava na položaj uprave, koja se u pravilu mijenja. Djelovanje zainteresiranih za preuzimanje društva isticanjem javnih ponuda, a radi izbjegavanja potrebe suglasnosti uprave na preuzimanje, utjecali su na zakonodavca da propiše okvire zaštite sudionika financijskih tržišta.⁶ Nezavisno od razlika u reguliranju preuzimanja u pojedinom

¹ Zakon o postupku preuzimanja dioničkih društava NN 124/97.

² Porobija, B.: Zakon o postupku preuzimanja dioničkih društava, Pravo u gospodarstvu 4/98., str. 500.

³ Jensen, M. C., Meckling, W. H.: Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, *J. Financial Econ.* 3 (October 1976): 305-360.

⁴ Burkart M., Gromb D., Panunzi F.: Why Higher Takeover Premia Protect Minority Shareholders, *Journal of Political Economy*, no. 1 volume 106, February 1998., pg. 176.

⁵ Ibid, pg. 173.

⁶ Kongres USA usvojio je 1967. zakon koji je propisivao obvezu potpunog i pravičnog izvješćivanja ulagatelja u slučaju ponude (Williams Act).

pravnom sustavu, za sve je sustave zajedničko da utvrđuju obvezu stjecatelja kontrolnog paketa dionica društva čije dionice kotiraju na burzi, da ponudi otkup svih ili znatnijeg dijela dionica. Ovakvim pristupom u zaštiti interesa i položaja manjine ona ima mogućnost ostvariti premiju koju će preuzimatelj platiti radi stjecanja kontrole u društvu. U ocjeni da li se ovakvim postupkom štite interesi manjine ili društva preuzimatelja, odnosno dioničara koji su stekli kontrolu u ciljnom društvu, ima i mišljenja koja ističu potonje kao zaštićene interese.

2.1. Švicarski Zakon o preuzimanju

Švicarski Zakon o preuzimanju⁷ nastavlja pristup samoreguliranja na području prava tržišta kapitala prihvaćen od udruženja švicarskog tržišta dionica.⁸ Svrha je zakona osigurati fair postupanje u javnim ponudama za švicarska društva čije dionice kotiraju na švicarskim burzama. Ponuditelj mora objaviti podatke o svojem identitetu, vrstu, broj i vrijednost dionica ciljnog društva⁹, broj dionica koje već posjeduje te izvore financiranja. Temeljno načelo koje mora biti zadovoljeno jest *jednak položaj svih imatelja dionica istog roda*. Ponuda može biti prihvaćena najranije po isteku 10 radnih dana burze od datuma njezine objave i od tada mora biti otvorena najmanje još mjesec dana. Izmjena ponude moguća je jedino u slučaju protuponude ili uvođenja mjera obrane društva od preuzimanja. Dopuštene su djelomične ponude s time da svi dioničari moraju biti tretirani na razmjernoj osnovi. Ukoliko nakon što je ponuda zatvorena, ponuditelj ima dionice koje mu daju više od 50% glasova, mora u potpunosti zadovoljiti sve koji su prihvatili ponudu. Nadležno tijelo za provođenje ovog zakona, Komisija za regulativu udruženja švicarskih burzi, nema posebnih ovlasti u postupku kontrole njegova provođenja, međutim sve su članice burze obvezne djelovati u skladu sa zakonom. Nedostatkom zakona smatra se to što regulira jedino ponašanje ponuditelja, a ne dotiče široke ovlasti uprave ciljnog društva u odnosu na mjere obrane radi sprečavanja preuzimanja.¹⁰ Zakon je 1995. godine zamijenjen *odredbama o javnoj ponudi na preuzimanje*, koje za obvezno davanje ponude utvrđuju uvjet posjedovanja 33 1/3% glasova u skupštini ciljnog društva. Obveza se odnosi samo na vrijednosne papire koji kotiraju na burzi ili drugom organiziranom tržištu. Društva imaju slobodu propisivanja praga obveznog davanja ponude na 49% a mogu odlučiti da uopće ne budu podvrgnuta propisanom režimu za javne ponude.¹¹

2.2. Velika Britanija - Kodeks o preuzimanju i udruživanju¹²

Najveći broj dioničkih društava čije dionice kotiraju na burzi djeluje u Velikoj Britaniji, gdje je istaknuta potreba zaštite tržišta kapitala osiguranjem jednakog

⁷ Swiss Takeover Code (on September 1, 1989).

⁸ Meier-Schatz, J. C.: Developments in Capital Market and Corporate Law, September 1989.

⁹ Target company.

¹⁰ Moguće su mjere obrane *povećanje dividende, povećanje temeljnog kapitala izdavanjem novih dionica, nova procjena imovine društva i sl.*

¹¹ S obzirom na mali broj dioničkih društava u Švicarskoj čije dionice kotiraju na burzi, svega oko 0.10%, to čini i ove odredbe manje značajnim.

¹² "The City Code on Takeovers and Mergers" donijet 1968., posljednja od 9 izmjena 1993.

postupanja prema svim sudionicima. Zakon o društvima¹³ Velike Britanije razlikuje *public* i *private company*. *Private company* je društvo koje svojim aktom o osnivanju ograničava pravo prijenosa dionica odredbom koja zahtijeva od članova da dionice najprije ponude drugim članovima, broj članova je ograničen na 50, zabranjuje javni poziv za upis dionica ili obveznica, dok *public company* ne mora udovoljavati navedenim uvjetima. Preuzimanje dionica zatvorenog društva s manjim brojem članova provest će se temeljem sporazuma s imateljima većinskog udjela dionica.¹⁴ U javnim dioničkim društvima¹⁵ čije su dionice kod većeg broja imatelja prevlast drugog društva ili osobe stječe se sporazumom s dioničarem koji ima većinski paket dionica, kupnjom dionica na organiziranom tržištu ili ponudom na preuzimanje.¹⁶

Preuzimanje je u Velikoj Britaniji uređeno statusnopravnim propisima¹⁷ a tehnika postupka davanja ponude za preuzimanje posebnim propisom koji je 1968. godine donijelo za to ustanovljeno neovisno tijelo.¹⁸ *The City Code on Takeovers and Mergers*, koji regulira davanje ponude u postupku preuzimanja, u cijelosti regulira poslovanje s vrijednosnim papirima i ponašanje na organiziranom tržištu vrijednosnih papira.¹⁹ Kodeks regulira davanje ponude za sva javna i zatvorena dionička društva čije dionice kotiraju na burzi. Temeljna je svrha Kodeksa da u postupku preuzimanja osigura zaštitu interesa manjinskih dioničara ciljnog društva. U temeljnim načelima Kodeks utvrđuje obvezu *jednakog tretmana svih dioničara istog roda dionica, osiguranja potpunih informacija i dovoljnog vremena za donošenje odluke o ponudi*. Uprava ciljnog društva, prema temeljnim načelima, *ne smije poduzimati obrambene aktivnosti radi osujećivanja preuzimanja*.²⁰ Članovi uprave i društva preuzimatelja i ciljnog društva moraju u odnosu na prodaju dionica savjetovati dioničare vođeni isključivo njihovim interesima. Za davanje formalne ponude uvjeti nastupaju nakon što u prethodnim radnjama uprava ciljnog društva pribavi stručno mišljenje o ponudi u pripremi, o kojem obavještava dioničare.

¹³ Companies Act 1985.

¹⁴ Prema Companies Act - zatvorena dionička društva (limited company) su društva čije dionice su posljednjih 10 godina bilo kada uvrštene na burzu, kod kojih je prodaja dionica bila objavljena u dnevnim novinama, pri čemu je oglašavanje trajalo neprekidno barem 6 mjeseci u razdoblju zadnjih 10 godina, čijim dionicama se trguje na neorganiziranom tržištu vrijednosnih papira, koja su u zadnjih 10 godina, bilo kada, izdala prospekt za javnu ponudu svojih dionica. (Uvod u Code §4).

¹⁵ Public limited company.

¹⁶ Statusne promjene u dioničkom društvu postupkom pripajanja i spajanja nisu predmet ovog rada, osnovno je razlikovanje da se pri preuzimanju mijenja vlasnička struktura u društvu, koje ne doživljava druge promjene u identitetu i pravnoj osobnosti.

¹⁷ Companies Act 1985, Company Securities (Insider Dealing) Act 1985, Financial services Act 1989.

¹⁸ *The City Panel on Takeovers and Mergers*, Odbor koji je prihvatio kodeks nije državni organ a položaj mu jača okolnost da su članovi predstavnici mnogih značajnih organizacija i institucija.

¹⁹ Kodeks se sastoji od 10 temeljnih načela (general provisions) i 35 pravila (rules).

²⁰ Članovi uprave ciljnog društva u pravilu se protive preuzimanju s obzirom da je neizostavna radnja većinskog vlasnika preuzetog društva izbor nove uprave, zbog čega postojeća uprava gubi statusne povoljnosti koje je imala. Moguće obrambene mjere jesu izdavanje novih dionica u povećanju temeljnog kapitala, stjecanje vlastitih dionica, prodaja i smanjivanje imovine društva, zaključivanje neuobičajenih ugovora za ciljno društvo.

2.2.1. Vrste ponuda prema Kodeksu

Radi stjecanja kontrole nad društvom ponuditelj ponudom naslovljenom dioničarima ciljnog društva izražava svoju spremnost na otkup dionica svih ostalih dioničara ciljnog društva. Ponuda obvezuje ponuditelja samo ukoliko dionice preuzete po njoj, zajedno sa dionicama koje već ima, čine najmanje 50% dionica s pravom glasa. U protivnom, kada bi se od ponuditelja i u slučaju kada nije ostvario cilj stjecanja kontrole nad društvom, zahtijevao otkup dionica, to bi bilo suprotno njegovim interesima i ciljevima. Nakon što je prešao prag od 50%, ponuditelj će objaviti ponudu za neograničen broj prihvata dioničarima koji ponudu još nisu prihvatili. Objava rezultata ponude, promjene kontrole u društvu i otvaranje ponude za neograničen broj prihvata daje mogućnost da se dioničari koji nisu do tada prihvatili ponudu mogu odlučiti za prodaju pod jednakim uvjetima. S obzirom na stupanj obveznosti davanja ponude i obim preuzimanja dionica Kodeks razlikuje **neobveznu, obveznu i djelomičnu ponudu**. **Neobveznu ponudu** ponuditelj može staviti na temelju vlastite odluke, a da ga na to ne obvezuje bilo koja vanjska prisila. Ovakvu ponudu može podnijeti dioničar ciljnog društva ili osoba koja još nije dioničar sa uvjetima koje je samostalno utvrdila ili su rezultat sporazuma sa upravom ciljnog društva.²¹ Financiranje preuzimanja javnih društava može biti *vlastitim dionicama preuzimatelja, izdavanjem obveznica dioničarima ciljnog društva ili gotovinskim plaćanjem*.²² U praksi se često koristi kombinacija sva tri oblika. **Obvezna ponuda**²³ znači obvezu subjekta kod kojeg su se stekli propisani uvjeti da stavi ponudu za kupnju svih dionica u ciljnom društvu po jednakoj ponudenoj cijeni. Kodeksom propisani uvjet odnosi se na minimum dionica s pravom glasa, koje obvezuju stjecatelja na ponudu za kupnju svih dionica u ciljnom društvu. Ovaj se minimum od **30% dionica s pravom glasa** ciljnog društva određuje prema stjecanju kontrole u društvu. Dioničar koji raspolaže s 30% i više dionica obavezan je, radi izmjene u kontroli društva, dioničarima ponuditi otkup dionica, i to po cijeni u pravilu višoj od trenutne tržišne cijene. Preuzimatelj radi stjecanja kontrole u ciljnom društvu mora biti spreman platiti višu cijenu od tržišne. Kodeks predviđa obveznu ponudu i za slučaj da stjecatelj kupnjom *učvršćuje kontrolu u društvu*, što se smatra kada ima između 30 i 50% dionica ciljnog društva te poveća postotak dionica kojima raspolaže za najmanje 1% u razdoblju od 12 mjeseci. Kod obvezne je ponude preuzimatelj **obavezan na naknadu u novcu**, a vrijednosne papire može dati kao naknadu samo ako su dioničari ciljnog društva to izabrali. Obvezna ponuda utvrđuje i visinu naknade koja je kod neobvezne rezultat sporazuma između ponuditelja i dioničara ciljnog društva. Kod obvezne ponude naknada ne smije biti niža od *najviše cijene koju je ponuditelj platio za stjecanje dionice ciljnog društva u posljednjih 12 mjeseci*. Ovom se odredbom ekonomski štiti dioničar ciljnog društva time da ponuditelj mora platiti dionicu po

²¹ Prelič, S.: Pravno uređenje preuzimanja gospodarskih subjekata u Velikoj Britaniji, *Pravo u gospodarstvu* 11-12/95., str. 850.

²² Oditah, F.: Takeovers, share exchanges and the meaning of loss, *The Law Quarterly Review*, Sweet & Maxwell, volume 112, July 1996., pg. 424.

²³ U okviru regulative za preuzimanje pravilo obvezne ponude je najviše proturječno, op. cit. 4, pg. 187.

višoj cijeni od njezine trenutane tržišne cijene. **Djelomična ponuda** odnosi se samo na određeni postotak dionica s pravom glasa.

Primjena Takeover Code pokazala je potrebu za izmjenama u odnosu na položaj savjetnika ciljnog društva. Dopunama se financijskim savjetnicima i brokerima ciljnog društva zabranjuje da za svoj račun kupuju njegove dionice. Ograničenje se odnosi i na pozajmljivanje sredstava savjetnika ili brokera drugim osobama za sudjelovanje u postupku stjecanja ciljnih dionica. Cilj je izmjena omogućiti veću dostupnost informacija dioničarima i povećati transparentnost u podjeli.

2.3. Zakon o preuzimanju Austrije

Od početka 1999. godine u Austriji je na snazi zakon koji regulira preuzimanje, utvrđuje uvjete i sadržaj javnih ponuda dioničarima u društvima sa sjedištem u Austriji, čijim se dionicama trguje na Bečkoj burzi. Određenja ovog zakona slijede osnovne principe Takeover Code.²⁴ Javna ponuda na preuzimanje mora biti predočena Komisiji za preuzimanje, koja ima pravo spriječiti njezino objavljivanje ukoliko nije u skladu sa zakonom. Rok za prihvaćanje ponude na prodaju dionica može se odrediti u trajanju od 20 do 50 radnih dana Bečke burze. Obveza davanja javne ponude dioničarima za stjecanje njihovih dionica nastupa kada je osoba stekla kontrolni udjel u društvu, koji je Komisija utvrdila s 30% udjela u temeljnom kapitalu. U svoje akte o osnivanju društva mogu ugraditi i niži uvjet za davanje obvezne ponude. Ponudena cijena za otkup dionica ne smije biti niža od cijene 6 mjeseci prije stjecanja kontrolnog utjecaja u društvu, s time da je apsolutna granica najmanje 15% bilo koje cijene plaćene od ponuditelja posljednjih 12 mjeseci.

3. Aktivnost EU na usklađivanju prava preuzimanja

3.1. Prijedlog 13. smjernice o preuzimanju²⁵

U okviru EU se već duže vrijeme raspravlja o ujednačavanju prava preuzimanja u zemljama članicama. Od prvog nacrtu 1974. g. Komisija je utvrđivala sadržaj službenog prijedloga regulative preuzimanja sve do 1989. kada je podnijela službeni prijedlog smjernice, koji je na prigovor članica izmijenjen i podniet u izmijenjenom sadržaju 1990. godine. Prigovori članica bili su istaknuti i na izmijenjeni prijedlog. Od članica koje imaju izgrađen sustav preuzimanja prigovori su izraz bojazni da bi smjernica mogla narušiti mehanizam koji već uspješno funkcionira, dok su članice koje nemaju izgrađen sustav preuzimanja ocijenile da je sustav suviše krut a da se zaštita manjinskih dioničara može provesti i na druge načine.²⁶ Ponovno je prijedlog

²⁴ Austrian Takeover Act, donesen 14.8.1998., *Bundesgesetzblatt, I, 184/1998, december 4 1998.*

²⁵ Amended proposal for a 13th European Parliament and Council Directive on company law concerning takeover bids OJ no. C 378/97 p. 10 - *dostupno na adresi <http://www.europa.eu.int/>.*

²⁶ Posebno je bilo istaknuto protivljenje UK propisanom postupku preuzimanja, nasuprot dobrovoljnom okviru uspostavljenom s Takeover Code i stoga se usmjerila na ublažavanje normi smjernice kako bi zadržala pristup dobrovoljnog preuzimanja - *vidi i Mergers and acquisitions news from Theodore Goddard - na <http://www.theogoddard.com/>.*

smjernice doživio izmjene 1996. godine i krajem 1997. Komisija je prijedlog s izmjenama uputila u Parlament.

Osnovni je cilj izrade regulative za preuzimanje u okviru EU dioničarima društava čije dionice kotiraju na burzama osigurati jednaku zaštitu u slučaju promjene kontrole u društvu. Prijedlog smjernice izrađen je kao okvir za regulativu u zemljama članicama, a koja treba osigurati *jednak postupak prema svim dioničarima ciljnog društva u jednakom položaju, sve potrebne informacije i osobama kojima je ponuda upućena, dovoljno vremena za donošenje odluke*. Regulativa mora osigurati da *uprava ciljnog društva djeluje u interesu društva i dioničara i ne smije se stvarati lažno tržište za vrijednosne papire ciljnog društva*. Takvom smjernicom koja nalaže udovoljavanje navedenim okvirima u nacionalnim se regulativama omogućuju znatne razlike. Članice ne moraju u svoje zakone preuzeti zaštitu manjinskih dioničara na način kako ju je utvrdio prijedlog smjernice, ako mogu dokazati da s jednakim učinkom osiguravaju zaštitu na drugačiji način. Prijedlog smjernice, podniet Komisiji 7.2.1996. a izmijenjeni 11.11.1997.²⁷, treba dati okvir tako da zaposleni, dioničari i društva u EU znaju svoj položaj u slučaju davanja ponude za preuzimanje.²⁸ Zaposlenima treba omogućiti da budu upoznati s davanjem ponude i ponudbenom dokumentacijom. Mjere uprave ciljnog društva radi obrane od ponude mora prethodno odobriti glavna skupština.

3.2. Obilježja izmijenjenog prijedloga 13. smjernice o preuzimanju

Nakon usvojenih dopuna prijedlog 13. smjernice predstavlja samo okvir za nacionalna zakonodavstva. Ograničenje za prekogranična preuzimanja nije pravna regulativa već nivo gospodarskog razvoja i položaj subjekata. Pojedine zemlje članice s razrađenom regulativom, koja nije prinudne naravi već se primjenjuje po odluci subjekata, opredijeljene su za smjernicu kao okvir, bez prisilnih i izričitih odredbi. Iako je jedan od razloga izrade prijedloga smjernice bio i okolnost da samostalnim djelovanjem zemlje članice nisu u mogućnosti da stvore jednaki nivo zaštite u slučaju preuzimanja, a posebno kada se radi o prekograničnom preuzimanju, prijedlog je postavljeni okvir za nacionalne regulative. Zaštitu manjinskih dioničara nakon preuzimanja i promjene kontrole u društvu nije obvezno provesti tehnikom obvezne ponude, već su dopušteni i drugi načini ako imaju jednaki učinak. U cilju sprečavanja insider dealing²⁹ ponuditelj je obavezan svoju namjeru o davanju ponude objaviti što je ranije moguće i obavijestiti upravu ciljnog društva i nadležni organ u zemlji.

Obvezni sadržaj koji, prema prijedlogu, treba ugraditi u nacionalna zakonodavstva članica, odnosi se na *opće principe, zaštitu manjinskih dioničara, informacije, sadržaj dokumenata, obveze uprave ciljnog društva i obveznu ponudu. Ponuda na preuzimanje*³⁰ je *ponuda imateljima vrijednosnih papira društva za stjecanje svih ili*

²⁷ COM(97) 565 final - 95/0341 (COD).

²⁸ Monti Mario, Single Market Commissioner u tekstu *Company law: amended proposal for a Directive on takeover bids* - <http://www.europa.eu.int/com/>.

²⁹ Neovlašteno korištenje informacija u vezi s ciljnim društvom i preuzimanjem.

³⁰ Takeover bid.

dijela takvih vrijednosnih papira³¹ plaćanjem u gotovini ili zamjenom za druge vrijednosne papire. Ponuda može biti obvezna, ako je tako utvrđeno u državi članici ili dobrovoljna.³²

Zaštita manjinskih dioničara, iako temeljni cilj prijedloga smjernice, utvrđuje se samo načelno, bez propisivanja obveznog načina. Od članica se zahtijeva da u svojem zakonodavstvu osiguraju pravila ili druge mehanizme koji će obvezati osobu koja je stekla kontrolu u društvu da ili stavi ponudu za otkup dionica ciljnog društva ili na drugi način provede zaštitu manjinskih dioničara. Dakle, prijedlog ne obvezuje na zaštitu davanjem obvezne ponude već na zaštitu obvezuje osobu koja je stekla utvrđen postotak glasačkih prava u društvu koji mu omogućuje kontrolu. Postotak glasačkih prava koji omogućuje kontrolu u društvu utvrđen je u nacionalnoj regulativi trgovačkih društava. Da li bi, s obzirom na okolnost da su u pravu društava relativno jednoobrazno regulirane pretpostavke kontrole u društvu, bilo možda za članice prihvatljivo da su postavljene granice od minimuma do maksimuma? Ili je upravo okolnost da nacionalna zakonodavstva već imaju ugrađene granice, a u skladu sa ukupnim pristupom izradi prijedloga smjernice, razlog zašto je ovo izostavljeno?

Opća pravila koja članice moraju poštivati u svojoj regulativi odnose se na dioničare, informacije i upravu ciljnog društva. Temeljno je opredjeljenje smjernice, koje se mora obvezno uključiti u nacionalna zakonodavstva, da jednak položaj u postupku preuzimanja moraju imati svi imatelji vrijednosnih papira s jednakim pravima ciljnog društva. Dioničar kojem je ponuda upućena mora imati na raspolaganju dovoljno vremena i informacija za pravilnu odluku o ponudi. Uprava ciljnog društva obvezna je djelovati u interesu društva kao cjeline, uključujući i zaposlene. Nezakonito tržište ne smije biti stvoreno za vrijednosne papire ciljnog društva, društva ponuditelja ili bilo kojeg društva u doticaju sa ponudom.

U odnosu na **informacije** koje moraju biti dane ponuđenima utvrđuje se minimalan obvezni sadržaj i vrijeme njihova obznanjivanja. Uprava i nadzorni organ ciljnog društva moraju biti upoznati s odlukom o stavljanju ponude prije njezine objave. Odmah nakon što je ponuda objavljena, uprava će s njome upoznati predstavnike zaposlenih ili same zaposlene, ako nemaju izabrane predstavnike. Ponuditelj je obavezan nakon što je informirao mjerodavan organ, dokument o ponudi objaviti u pogodno vrijeme, sa sadržajem koji će ponuđenom omogućiti da donese odgovarajuću odluku. Minimalan obvezan sadržaj dokumenta jesu *uvjeti ponude, podaci identifikacije ponuditelja ili, ako je pravna osoba, vrsta, registrirani ured, rod vrijednosnih papira za koje je dana ponuda, maksimalni i minimalni postotak ili količina vrijednosnih papira koje se ponuditelj obavezuje steći, detalji o držanju vrijednosnih papira ponuditelja u ciljnog društvu, svi uvjeti kojih je ponuda subjekt, namjere ponuditelja u odnosu na buduće poslovanje i obveze prema ciljnog društvu, zaposlenima i upravi, razdoblje za prihvaćanje ponude koje ne može biti kraće od 4 niti duže od 10 tjedana od dana kada je ponuda objavljena, uvjeti pod kojima ponuditelj financira svoju ponudu.*

³¹ Vrijednosni papiri (securities) znače prenosive vrijednosne papire koji nose prava glasa u društvu (art. 2).

³² Amended proposal for a 13th European Parliament and Council Directive on company law concerning takeover bids, OJ No. C 378/97, p. 10). art. 2

Nakon što je obaviještena o ponudi, uprava ciljnog društva obvezna je suzdržati se od svake aktivnosti koja bi mogla onemogućiti uspješnost ponude. Posebno se uprava mora suzdržati od izdavanja novih dionica koje mogu biti smetnja ponuditelju da ostvari kontrolu nad ciljnim društvom. Prethodno ovlaštenje glavne skupštine na izdavanje novih dionica nakon objavljivanja ponude ukida ovu zabranu upravi. Uprava ciljnog društva obvezna je sačiniti i objaviti obrazloženo mišljenje o ponudi. Obvezna ponuda, kao tehnika zaštite manjinskih dioničara, uputit će se svim dioničarima za sve ili dio dionica koje imaju, po cijeni koja im osigurava jednaki postupak. Ponuda na preuzimanje znatnog dijela vrijednosnih papira podrazumijeva ponudu za ne manje od 70% dionica ciljnog društva.

4. Pravo preuzimanja Republike Hrvatske - Zakon o postupku preuzimanja dioničkih društava³³

4.1. Obvezna javna ponuda na preuzimanje

Zakon Republike Hrvatske regulira u skladu s navedenom regulativom u europskim zemljama segment postupka preuzimanja i obvezno davanje ponude na preuzimanje, kao dio prava društva. Kao tehniku zaštite manjinskih dioničara u slučaju promjene kontrole u društvu, Zakon o postupku preuzimanja dioničkih društava (ZPPDD) utvrdio je *obveznu ponudu za preuzimanje društva i broj glasova u glavnoj skupštini koji obvezuje imatelja na davanje ponude*. Opređeljenje je sukladno iskustvima zemalja s ranije usvojenom regulativom, nezavisno da li obveznom ili dobrovoljnom. Okolnost da je prijedlog smjernice EU postavio načelno samo obvezu zaštite manjinskih dioničara u slučaju preuzimanja, a bez utvrđivanja donje granice glasova, budući da daje samo okvir, upućuje nacionalna zakonodavstva na nužno reguliranje ovih situacija.³⁴ U trenutku kada jedna osoba stekne kontrolu u društvu s odgovarajućim brojem glasova u skupštini, obveza je omogućiti dioničarima da dionice prodaju pod povoljnijim uvjetima od tržišnih. Promjena kontrole u društvu za zatečene dioničare može značiti smanjivanje povjerenja u buduće poslovanje i vođenje društva i slijedom toga opredjeljenje da otuđe ove dionice. Dioničari žele da u odgovarajućem vremenu, temeljem predočenih informacija, imaju mogućnost odlučiti se o daljnjem držanju dionica. Ekonomski oblik zaštite dioničara je u omogućavanju prodaje dionica po povoljnijoj cijeni od tržišne, a koju je zainteresirana osoba za preuzimanje društva već platila.

Obvezna ponuda za preuzimanje društva je javna ponuda za kupnju svih dionica koje daju pravo glasa u glavnoj skupštini izdavatelja.³⁵ Obveza imatelja dionica s pravom glasa u glavnoj skupštini društva na stavljanje javne ponude za preuzimanje

³³ NN 124/97.

³⁴ Autor vrši uporedbu s kretanjima u regulativi EU obzirom na nepodijeljeno stajalište o nužnosti prethodnog usaglašavanja pravne regulative, nezavisno od trenutka prihvaćanja Hrvatske u članstvo EU, s obzirom na nesporan promet roba i usluga sa subjektima iz zemalja članica i mogućnost, u ovom slučaju, prekograničnog preuzimanja.

³⁵ Članak 2. st. 1 (a).

društva nastupa kada on sam ili zajedno s osobama koje s njim zajednički³⁶ djeluju, stekne preko 25% od ukupnog broja glasova u glavnoj skupštini.³⁷ Za stjecanje dionica s ciljem kontrole u društvu pitanje je s kojim se učešćem u glavnoj skupštini stvarno stječe kontrola. Veća raspršenost dionica između većeg broja dioničara odražava se na različite veličine učešća u temeljnom kapitalu kojim se stječe kontrola. Iako su utvrđene veličine kada nastupa obveza davanja javne ponude u zakonodavstvima drugih zemalja približne onoj iz ZPPDD, i kod njih se javlja pitanje kada se osigurava stvarna kontrola u društvu. Prag je jednako utvrđen arbitrarno, temeljem procjene da stjecanjem 25% glasova³⁸ imatelj se, u pravilu, opredjeljuje da dalje stječe dionice radi postizanja kontrole u društvu uz spremnost da plaća i višu cijenu od trenutne tržišne. Neutvrđivanjem uvjeta za obveznu ponudu na otkup dionica kao oblik zaštite manjinskih dioničara u prijedlogu smjernice, EU ostavlja nacionalnim zakonodavstvima slobodu određivanja uz poštivanje regulative trgovačkih društava te nastale prakse stjecanja kontrole u društvu. Donja granica označava pretpostavljenu granicu za opredjeljenje prema stjecanju kontrole u društvu. Kako se stjecatelj ne bi zadržao na ovoj veličini i time onemogućio ostale dioničare s manje dionica da ih otuđe pod povoljnijim uvjetima, s obzirom da ne mogu steći kontrolu, ZPPDD je utvrdio **obvezu javne ponude**. Već dostignut udio u ukupnim glasovima pokazuje opredjeljenje za stjecanje kontrole u društvu radi odlučujućeg utjecaja na poslovanje i razvoj društva. Tek s dionicama stečenim po javnom pozivu imatelj će steći kontrolu u društvu raspolaganjem sa preko 50% glasova. Utvrđenje o preko 50% glasova u glavnoj skupštini donosi imatelju određenu kontrolu u društvu obzirom da se većina odluka donosi tzv. običnom većinom glasova.³⁹ Obična većina u glasanju postignuta je kada je broj glasova danih u prilog prihvaćanja odluke najmanje za jedan veći od broja glasova danih protiv odluke, s time da se suzdržani i nevaljani glasovi ne broje. Kvalificirana većina (3/4) od danih glasova propisuje se za značajnije odluke za djelovanje društva. ZTD nije izričito propisao kvorum, obveznu zastupljenost dioničara za rad glavne skupštine, kako bi spriječio blokiranje njezinog rada od dioničara koji raspoložu sa većim udjelom u temeljnom kapitalu. U interesu je dioničara da se skupština održi i donesu potrebne odluke, posebno izabere Nadzorni odbor koji mora izabrati Upravu, bez kojih ne može društvo postojati i djelovati. Slijedom navedenih određenja ZTD nije moguće izravno utvrditi kada dioničar stječe kontrolu nad

³⁶ Prema članku 7. ZPPDD smatra se da osobe zajednički djeluju "ako jedna od njih izravno ili neizravno kontrolira drugu osobu ili druge osobe, ili ako su te sve osobe pod kontrolom treće osobe, ili ako su takve osobe sklopile ugovor ili su se sporazumjele ili je jedna ponudila a druga prihvatila preuzimanje obveze da zajednički ili usuglašeno djeluju prema izdavatelju, ili ako jedna osoba nastupa za račun druge osobe."

³⁷ Prema City Code obvezni uvjet je stjecanje 30% ili više dionica s pravom glasa, s time da ga te obveze drugi dioničari ne mogu osoboditi; švicarski zakon utvrđuje granicu sa 33 1/3% glasova; prijedlog 13. smjernice EU ne utvrđuje obveznu granicu za nacionalna zakonodavstva.

³⁸ Pravo glasa je najvažnije upravljačko člansko pravo dioničara, vidi *Barbić J.: Vođenje poslova i upravljanje u trgovačkim društvima, Hrvatska gospodarska revija, kolovoz 1996. str. 1130 i d.*

³⁹ Čl. 290 ZTD.

društvom, pa se arbitrarno opredijelilo za 25% radi zaštite interesa drugih dioničara i mogućnosti da pod jednakim uvjetima, uz premiju, prodaju dionice i izađu iz društva u kojem je promijenjena kontrola.

4.2. Postupak preuzimanja

Stjecatelj, koji je osim nasljeđivanjem, stekao dionice koje mu u glavnoj skupštini dioničkog društva nose preko 25% ukupnog broja glasova, obavezan je o tome obavijestiti Komisiju za vrijednosne papire Republike Hrvatske te u roku od sedam dana od stjecanja objaviti **ponudu za preuzimanje**. Ukoliko ne želi provesti postupak preuzimanja s obzirom na namjeru da otuđi višak dionica, stjecatelj će o tome odmah obavijestiti Komisiju i obavezan je otuđiti višak dionica u daljnjem roku od 90 dana. Obvezni sadržaj ponude na preuzimanje, utvrđen člankom 11., sadržajno je gotovo u potpunosti jednak takvim dokumentima u već navedenim pravnim sustavima. Ponuditelj ponudom izražava spremnost na kupnju svih dionica ciljnog društva prema objavljenim uvjetima. Informacije moraju dioničaru ciljnog društva kojem je ponuda upućena biti dostatne za donošenje odgovarajuće odluke. Uz osnovne podatke o izdavatelju dionica, ponuditelju i broju dionica koje već posjeduje, jednako kao i osobe koje s njim zajednički djeluju, depozitaru, cijeni dionica, roku i načinu plaćanja, roku ponude i pohrani dionica, središnji dio ponude je izjava o obvezi ponuditelja.⁴⁰ Ponuditelj se bezuvjetno obvezuje otkupiti dionice od svih dioničara ciljnog društva, prema propisanim uvjetima. Svoj interes preuzimanja društva ponuditelj u ponudi iskazuje utvrđenjem da u slučaju da u postupku ne budu pohranjene dionice koje zajedno s dionicama koje već ima čine više od 50% glasova u glavnoj skupštini izdavatelja, neće kupiti pohranjene dionice. Do izostanka pohrane potrebnog broja dionica doći će ako dioničarima ponuda po cijeni nije dovoljno privlačna ili dioničare ne smeta promjena kontrole u društvu i nemogućnost da je sami steknu. Vlasnička struktura temeljnog kapitala može uputiti ponuditelja da utvrdi i objavi i niži postotak koji ciljano želi postići (između 25 i 50%), a u slučaju čijeg izostanka neće otkupiti dionice. Radi ekonomske zaštite dioničara ciljnog društva, ZPPDD propisuje cijenu koja ne smije biti niža od najviše cijene koju je ponuditelj platio za dionice istog roda u razdoblju godine dana prije objavljivanja ponude.⁴¹ Dioničar ciljnog društva *prihvat ponude* vrši do isteka njezina roka, pohranom dionica kod depozitara, zaključivanjem ugovora o pohrani. Prije objavljivanja ponude, radi uspostavljanja uvjeta za njezino prihvaćanje, ponuditelj je obavezan zaključiti ugovor sa Središnjom depozitarnom agencijom⁴² o pohrani dionica. Uspješno provedeno preuzimanje za ponuditelja završava dospijecem obveza plaćanja pohranjenih dionica, najkasnije 14 dana od isteka važenja ponude.

⁴⁰ Jednako je strukturirana i ponuda prema Takeover Code, vidi i *Prelić S.: Pravno uređenje preuzimanja gospodarskih subjekata u Velikoj Britaniji, Pravo u gospodarstvu 11-12/95., str. 854.*

⁴¹ Čl. 13 (2).

⁴² Središnja depozitarna agencija (SDA) osnovana je prema Zakonu o izdavanju i prometu vrijednosnim papirima RH - NN 107/95.

4.3. Iznimke od obveze davanja ponude na preuzimanje

Iznimke od obveze davanja ponude na preuzimanje posljedica su načina nastanka dioničkih društava i njihova vlasničkog strukturiranja u Hrvatskoj. S obzirom da je temeljni cilj zakonskog uređenja sustava preuzimanja, tako i izrade prijedloga smjernice EU, zaštita manjinskih dioničara, osiguranje da u slučaju promjene kontrole mogu pod jednakim uvjetima otuđiti dionice, pitanje je opravdanosti takvog isključenja, temelja isključenja i kruga subjekata na koje se odnosi. Prema Zakonu o pretvorbi društvenih poduzeća⁴³ radi utvrđivanja nositelja vlasništva provelo se pretvaranje društvenih poduzeća u trgovačka društva (d.d. ili d.o.o.) sa strukturiranim vlasništvom.⁴⁴ Posebnih podataka i analiza o nastaloj vlasničkoj strukturi društava nema, ali ovim zakonom opredijeljena uloga državnih fondova u postupku pretvorbe uvjetuje njihovu znatnu uključenost u vlasništvo stvorenih trgovačkih društava. Mirovinski fondovi i Hrvatski fond za privatizaciju od početka primjene zakona bili su u znatnom obimu uključeni, kao subjekti kojima su prenesene dionice nakon provedenog postupka nuđenja zaposlenima u poduzećima i ranije zaposlenima, zaposlenima u državnim, zdravstvenim i obrazovnim institucijama. Mogućnost dana zaposlenima da uz korištenje utvrđenih popusta steknu zamjetan udio u vlasničkoj strukturi bila je samo teorijska s obzirom na u pravilu precijenjeni temeljni kapital i nemogućnost izvršavanja preuzetih obveza zbog nedovoljnih i neredovitih plaća. Tako da su u pretežnom dijelu, nakon prijenosa neupisanih dionica, većinski vlasnici postali državni fondovi. U postupcima sanacije pojedinih dioničkih društava, prema odluci Vlade RH, a temeljem posebnog zakona, zamjenjivane su dospjele tražbine vjerovnika (banaka, fondova, drugih društava) za dionice društva u sanaciji. Tako da je novi subjekt u strukturiranju vlasništva društava postala Državna agencija za osiguranje štednih uloga i sanaciju banaka. Upravo subjekti s najvećim sudjelovanjem u temeljnom kapitalu dioničkih društava do kojeg su došli provođenjem administrativnih mjera, ali koji sada gotovo jedini sudjeluju i mogu sudjelovati u preuzimanju i tako utjecati na izmjenu strukture dioničkih društava, izuzeti su od primjene Zakona o postupku preuzimanja dioničkih društava.⁴⁵ Dosadašnji tok privatizacije pokazuje da će država putem svojih fondova duže razdoblje ostati u znatnom sudjelovanju u temeljnom kapitalu dioničkih društava. Postupak smanjivanja udjela države u temeljnom kapitalu društava prema ciljnom, neznatnom učešću, odvija se izrazito sporo.⁴⁶ U dioničkim društvima u Hrvatskoj, sukladno izraženim problemima u gospodarstvu, provode se postupci smanjenja temeljnog kapitala radi sanacije, a novim ulaganjima neznatno se mijenja struktura temeljnog kapitala društava. Vlasnička struktura mijenja se, iako neznatno, i prestankom plaćanja preuzetih dionica malih dioničara. Tako da je u vlasničkoj strukturi dioničkih društava na početku privatizacije najizraženije sudjelovanje državnih fondova.

⁴³ NN 19/91. i 45/92.

⁴⁴ Prema podacima iz Mjesečnog statističkog izvješća Državnog zavoda za statistiku br.1/98. u Hrvatskoj ima ukupno 2810 dioničkih društava i 116.470 d.o.o.

⁴⁵ ZPPDD, čl. 5. st. 1., NN 124/97.

⁴⁶ U zemljama razvijenog dioničarstva je sudjelovanje od 0% u strukturi društava USA, 0,7% u Japanu, Njemačka 5% - prema podacima Baums, H. - uporedno iz bilješke br. 35 u Porobija, B. o.c.

4.4. Subjekti izuzeti od davanja obvezne ponude

Prijedlog 13. smjernice EU, utvrđen s jednakim ciljem kao i ZPPDD zaštite manjinskih dioničara u slučaju promjene kontrole u društvu, ne poznaje nikakvih izuzetaka u davanju ponude. "Ponuditelj" se utvrđuje kao svaka fizička ili pravna osoba javnog ili privatnog prava koja, kada stekne propisane uvjete je obvezna dati ponudu.⁴⁷ Iako, kao što je već istaknuto, prijedlog smjernice daje okvire za nacionalnu regulativu, nigdje nije utvrdio izuzetak od obveze s obzirom da bi značio nejednaki pristup, zavisan od obilježja ponuditelja. ZPPDD utvrdio je u članku 5. st.1. da se ne odnosi na *Hrvatski fond za privatizaciju, Hrvatsko mirovinsko osiguranje d.d.*⁴⁸, *privatizacijske investicijske fondove, Državnu agenciju za osiguranje štednih uloga i sanaciju banaka*. Dalje se utvrđuje da se zakon ne odnosi na stjecatelje dionica iz portfelja *Republike Hrvatske, iz svih prethodno navedenih subjekata izuzetih od primjene Zakona, te na stjecatelje koji stežu dionice temeljem odluke Vlade u postupku sanacije izdavatelja u većinskom vlasništvu Republike Hrvatske*. Izuzeci se utvrđuju i za stjecanje dionica banaka i štedionica te društava za osiguranje (čl. 5 st. 3).

Subjekti navedeni u čl. 5 st. 1 nisu obvezni dati ponudu na otkup svih dionica, prema cijeni koja nije niža od cijene koju su platili u razdoblju od prethodnih godinu dana, u društvu u kojem imaju dionice što im daju više od 25% ukupnih glasova u glavnoj skupštini. Iako, bez detaljnije analize, grubo poznavanje vlasničke strukture pretežnog dijela dioničkih društava na početku privatizacije, a nakon pretvorbe, pokazuje da bi ovi subjekti bili u obvezi otkupiti dionice ili od malih dioničara ili od fondova. Naime, prema zakonskoj raspodjeli pretežni dio nepreuzetih dionica prenijet je na Hrvatski fond za privatizaciju. S obzirom da su fondovi stekli dionice bez naknade, prvo se postavlja pitanje po kojoj bi cijeni bili obvezni izvršiti otkup (i iz kojih izvora sredstava). Mali dioničari stežu dionice na otplatu pa bi jednako pitanje bilo, po kojoj bi cijeni otkup bio obvezan, da li po nominalnoj ili sa osobnim popustima? Specifičnost položaja Državne agencije za osiguranje štednih uloga i sanaciju banaka jednako proizlazi iz načina na koji je stekla dionice. U postupku državne sanacije odabranih subjekata gospodarstva dio programa je bio podmirivanje tražbina banaka dionicama društva. Preuzimanje dionica dužnika umjesto naplate tražbine za banke odnosno agenciju ne uključuje opredjeljenje da stekne kontrolu nad društvom, pa ne postoji ekonomski razlog banke odnosno Agencije da stekne i preostale dionice davanjem javne ponude. Strukturiranje vlasništva u dioničkim društvima Hrvatske još se uvijek vrši na način koji ne uključuje vlasničko opredjeljenje i odluku već se provodi državnim prisilom. Svi izuzeti subjekti postali su vlasnici dionica u društvima, ne svojom poslovnom odlukom, već temeljem primjene zakona

⁴⁷ Article 2. Definitions - "offerer" shall mean any natural person or legal entity in public or private law making a bid" - Amended Proposal for a 13th European Parliament and Council Directive on company Law concerning takeover bids COM(97) 565 final - 95/0341 (COD).

⁴⁸ U postupku pretvorbe, dionice nepreuzete od zaposlenih i javno ponudene, prenesene su Hrvatskom privatizacijskom fondu i Republičkom fondu mirovinskog i invalidskog osiguranja radnika Hrvatske i Republičkom fondu mirovinskog i invalidskog osiguranja poljoprivrednika Hrvatske, a ne Hrvatskom mirovinskom osiguranju, d.d.

i postupka sanacije, dakle odluke Vlade. Privatizacijski investicijski fondovi stekli su vlasništvo određenih dionica svojom odlukom, ali u okviru ponuđenih dionica u postupku *kuponske privatizacije*. Opisani način na koji su navedeni subjekti postali vlasnici dionica osnovano ih isključuje od primjene ZPPDD, s obzirom da bi nametanje obvezne ponude za njih značilo prisilno stjecanje kontrole u društvima, koju nisu željeli, i nametanje potrebe pronalaženja sredstava za obvezan otkup. Posebno, kada se radi o društvima koja su u postupku sanacije po odluci Vlade RH stekla dionice umjesto naplate dospjelih tražbina takva situacija bila bi dodatno otegotna. Već sama okolnost da su umjesto dospjele tražbine dobili vrijednosne papire upitne tržišne vrijednosti, dovoljna je kako ih se ne bi dalje primoravalo na obvezan otkup preostalih dionica. Međutim, nesporno su ovim postupkom ostali nezaštićeni manjinski dioničari ciljnog društva, koji su dionice stekli izravnim otkupom (sa ili bez popusta). Ovi dioničari ne mogu ostvariti nužnu zaštitu u slučaju promjene kontrole u društvu odnosno prodati svoje dionice sa premijom.⁴⁹ Zakonom utvrđeni izuzeci od obvezne ponude na preuzimanje smanjuju sigurnost ulaganja u dionička društva, s obzirom da u slučaju promjene kontrole manjinski dioničari ne mogu ostvariti prodaju dionica pod povoljnijim uvjetima. Međutim, uz nesporno smanjivanje pravne sigurnosti manjinskih dioničara ovim iznimkama, nametanje obvezne ponude ovim subjektima bio bi veći nedostatak. Iako se radi o subjektima koji najviše mogu utjecati na promjenu vlasničke strukture društava, zakonodavac se iz opisanih razloga opredijelio da ih isključi iz davanja obvezne ponude. Ovakvom odredbom se subjektivno imovinsko pravo dioničara da u slučaju promjene kontrole u društvu ima mogućnost prodati svoje dionice po cijeni višoj od tržišne, vezuje za vrstu subjekta koji je kontrolu stekao. Ukoliko se radi o subjektima na koje se ne primjenjuje Zakon, dioničari su u neravnopravnom položaju jer ne mogu pod tim uvjetima prodati dionice s obzirom na izostanak obvezne ponude. Struktura izuzetih subjekata pokazuje da je država sama sebe (osim privatizacijskih investicijskih fondova) izuzela iz obveze koje zakonom propisuje za druge pravne subjekte⁵⁰ i stvorila dvije grupe manjinskih dioničara, zaštićene i nezaštićene, zavisno od vrste preuzimatelja.

U okolnostima kada je potrebna privatizacija tek na početku, nepostojanje zakona koji regulira postupak preuzimanja bilo bi značajan nedostatak pravne infrastrukture. S druge strane, nametnuti obvezu subjektima koji su postali dioničari mimo svoje odluke i volje, otkupa svih ostalih dionica po propisanoj cijeni temeljem javne ponude, značilo bi produbljavanje spornih odnosa, a posebno bi bilo pitanje iz kojih sredstava bi se vršio otkup ili ustanovljavanje naknade u vrijednosnim papirima.⁵¹ S obzirom da su subjekti koji najviše mogu utjecati na promjenu vlasničke strukture društava izuzeti od obvezne ponude, broj preuzimanja po ZPPDD neznatan je da bi mogli

⁴⁹ Već je istaknuto da nedostupnost analize vlasničke strukture dioničkih društava u RH sprečava ocjenu broja takvih dioničara, iako to ne umanjuje njihovu pravnu nesigurnost.

⁵⁰ Porobija, B.: Zakon o postupku preuzimanja dioničkih društava, *Pravo u gospodarstvu* 4/98, str. 514.

⁵¹ Iako je naknada u vrijednosnim papirima uporedno pravna iznimka za obveznu ponudu, i to samo uz suglasnost stjecatelja, kada ovi subjekti ne bi bili izuzetak, tada bi ovaj oblik naknade bio jedino prihvatljiv.

istaknuti njihova obilježja. Iako je pravno sporno izuzeće subjekata iz obveze po ovom zakonu, ne može se zanemariti potreba provođenja postupka privatizacije i očito je zakonodavac ocijenio ovu aktivnost značajnijom od potrebe jednake pravne zaštite manjine kod preuzimanja.

U udovoljavanju uvjetima za obveznu ponudu jedan je izuzetak sukladan i uporednopravnim rješenjima, da osoba koja je *nasljeđivanjem* stekla dionice koje joj daju više od 25% glasova, nije obvezna na davanje ponude ostalim dioničarima.⁵²

4.5. Ukidanje suglasnosti društva na prijenos dionica u postupku preuzimanja

Otklon ZPPDD od ZTD je i u odnosu na položaj stjecatelja dionica koje mu daju preko 25% glasova u skupštini, a u Statutu je utvrđena obveza da se za njihov prijenos mora ishoditi suglasnost društva. Osnivači društva koji žele zadržati kontrolu nad prijenosom dionica i ograničiti slobodu izlaza iz društva, nezavisno od toga što će time ograničiti u načelu slobodan promet dionicama, utvrdit će u statutu obvezu suglasnosti na njihov prijenos.⁵³ Propisanu suglasnost na prijenos dionica daje uprava društva ako statutom to nije dano u nadležnost nadzornom odboru ili skupštini. ZPPDD utvrđuje da se stjecatelj dionica koje mu daju preko 25% glasova u skupštini, a za čiji je prijenos potrebna suglasnost društva, oslobađa obveze njezina pribavljanja. Naime, obveza davanja ponude na preuzimanje nastupa za stjecatelja nakon sklapanja pravnog posla ili na temelju drugih činjenica, koje su temelj prijenosa dionica *neovisno o upisu u knjigu dionica i o izdavateljevoj suglasnosti na prijenos dionica*. Za stjecanje dionica za koje je potrebna suglasnost društva, a koje daju do 25% glasova u skupštini, kako bi dionice prešle u imovinu stjecatelja, on mora ishoditi suglasnost društva. Ukoliko društvo zbog razloga, koje može i utvrditi u statutu, ne daje suglasnost, pravno je stanje kao da ugovor nije ni zaključen, dionice ostaju u imovini subjekta koji ih je namjeravao otuđiti. Međutim, ako je osoba stekla dionice koje joj daju 25% i više glasova u skupštini, nije podvrgnuta obvezi ishodovanja suglasnosti i društvo ne može osporiti stjecanje. U ovom se slučaju samo ustanovljava obveza stjecatelja da drugim dioničarima da ponudu za otkup. Uvjetovanje obvezne suglasnosti društva za valjani prijenos dionica ustanovilo je dvije vrste stjecatelja. Učinak svakog stjecanja koje stjecatelju zajedno sa postojećim dionicama ne daje više od 25% glasova uvjetovan je pribavljanjem suglasnosti društva na prijenos. Obveza ishodovanja suglasnosti na prijenos ukida se ako stjecatelj zajedno sa stečenim dionicama ima više od 25% glasova u skupštini i obvezan je na davanje javne ponude na preuzimanje.

U uporednopravnim sustavima ograničenje u prijenosu dionica isključuje društvo od primjene propisa o preuzimanju. Dionice kod kojih prijenos nije neograničen i slobodan ne kotiraju na burzama ili drugim organiziranim tržištima,⁵⁴ stoga se društva s temeljnim kapitalom sastavljenim od takvih dionica isključuju od obveznog postupka preuzimanja.

⁵² Čl. 3 st. 1. ZPPDD.

⁵³ Čl. 227 st. 2 ZTD.

⁵⁴ Iznimka je Zakon o dionicama Švicarske 1991. Vinkulirane dionice mogu kotirati na burzi sa posebnim režimom njihova prijenosa.

Kada su ispunjeni uvjeti, ZPPDD je suspendirao primjenu odredbe statuta ciljnog društva o prijenosu dionica uz suglasnost društva i utvrdio da stjecanje proizvodi učinak obveze davanja ponude dioničarima nakon sklapanja pravnog posla ili na temelju drugih činjenica koje su temelj prijenosa dionica. Izostanak utvrđenja o postupku preuzimanja a samo za društva čije dionice kotiraju na burzi ili drugim organiziranim tržištima, dakle sa dionicama koje se slobodno prenose, rezultirao je potrebom da se isključi djelovanje ograničenja za potrebe preuzimanja. Nesporna činjenica da je time stvoreno dvije vrste stjecatelja dionica društva, koje je u statutu prijenos vezalo za suglasnost, ne umanjuje potrebu za ovakvim određenjem. Možda je bilo prihvatljivije utvrditi da se zakon odnosi samo na društva čije dionice kotiraju na burzama ili drugim organiziranim tržištima i time izbjeći stvaranje dvije vrste stjecatelja.⁵⁵ Malobrojne dionice koje kotiraju na Zagrebačkoj burzi i organiziranim tržištima u RH osnovan su razlog neuključivanja u ZPPDD navedene odredbe. Ugradnja odredbe o obveznoj ponudi samo kada se radi o stjecanju dionica koje kotiraju na burzi ili organiziranom tržištu u primjeni bi značila da se zakon primjenjuje na veoma ograničen broj dioničkih društava. Na taj bi način izvan zaštite ostao značajan broj manjinskih dioničara u društvima čije dionice ne kotiraju. Nakon stjecanja kontrole u ciljnom društvu na slobodnoj bi ocjeni stjecatelja bilo da li će otkupiti dionice drugih dioničara, po uvjetima koje sam odredi. Sadašnja slika dioničkih društava u Hrvatskoj pokazuje da bi u primjenu zakona sa takvim određenjem bio uključen neznatan broj društava.

5. Osiguranje sredstava za otkup pohranjenih dionica

5.1. Oblici osiguranja

Ozbiljnost ponude na preuzimanje mora biti potvrđena i novčanim sredstvima kojim će ponuditelj otkupiti sve dionice na koje se ponuda odnosi. Zakon je u članku 8. st.1, utvrdio, pored prethodnog, izdvajanje potrebnih sredstava za otkup svih dionica na koje se ponuda odnosi na poseban račun i kredit ili bankarsku garanciju. Izdvajanje sredstava prije objavljivanja ponude za preuzimanje najviše je sukladno prirodni postupka preuzimanja s obzirom da dokazuje da preuzimatelj raspolaže potrebnim sredstvima. Međutim, s obzirom na vrijeme potrebno za provođenje postupka u kojem se ne koriste izdvojena sredstva, to je ekonomski neopravdano za ponuditelja. Ponuditelj će odabrati ili kredit ili bankarsku garanciju. Kredit na ukupan iznos potreban za otkup svih dionica za koje je ponuđen dokazuje se zaključenim ugovorom s poslovnom bankom. Iznos u ugovoru mora, s obzirom da se on mora zaključiti prije objavljivanja ponude, biti jednak ukupnoj vrijednosti dionica čiji se otkup nudi. Ukoliko u postupku ne budu pohranjene sve dionice, ali je ostvaren udio koji je ponuditelj odredio kao ciljni, ugovor će se izmijeniti smanjivanjem iznosa.

⁵⁵ Međutim, niti prijedlog smjernice ne utvrđuje na taj način dioničko društvo već utvrđuje "vrijednosne papire" kao predmet ponude *prenosive vrijednosne papire koji nose prava glasa u društvu. (art. 2 - definitions).*

5.2. Uloga bankarske garancije u postupku preuzimanja

Kod bankarske garancije kao instrumenta osiguranja izvršenja obveze nalagodavatelja, s obzirom na specifičan rizik od kojeg osigurava u postupku preuzimanja, mogu se uočiti određene nedorečenosti u ZPPDD. U formulaciji "*ishoditi bankarsku garanciju na prvi poziv u korist dioničara i za iznos potreban za plaćanje svih dionica na koje se odnosi ponuda za preuzimanje*" uočavaju se nepreciznosti u suprotnosti s pravnom prirodom ovog instrumenta osiguranja plaćanja. Za manjinske dioničare, koji su pohranili u SDA dionice temeljem ponude na otkup, instrument bankarske garancije s obvezom plaćanja na zahtjev korisnika pruža najveću sigurnost u naplati cijene pohranjenih dionica. Iako se u širi pojam ova garancija može uključiti u garancije plaćanja⁵⁶ specifičnosti rizika koji osigurava, uvjetuje i neke njezine posebnosti i različitosti prema garancijama koje osiguravaju od nastupa drugih rizika.⁵⁷ U bitnim sadržajnim dijelovima takve garancije precizno je utvrđen *nalagodavatelj za izdavanje garancije, banka garant i iznos garancije*.

Nalagodavatelj za izdavanje bankarske garancije je ponuditelj koji je dao obveznu ponudu za otkup svih dionica i obvezan je pružiti dioničarima sigurnost da će njihove pohranjene dionice biti otkupljene po objavljenoj cijeni. *Iznos garancije* opredjeljuje ukupan broj dionica za koje se nudi otkup i posljednja cijena koju je za dionicu ponuditelj platio 12 mjeseci ranije. U našoj je bankarskoj praksi osiguranje bankarskom garancijom od nastupa rizika neplaćanja po objavljenoj cijeni svih pohranjenih dionica, novina i s obzirom na probleme u bankarskom poslovanju i u izdavanju standardnih garancija, teško je očekivati da banke izdaju i takve garancije, međutim, granice ovog rada prelazila bi analiza ocjene opravdanosti takvog ponašanja. *Korisnik bankarske garancije* kao obvezan sadržaj mora biti u njoj precizno utvrđen. U Uvodu Jedinstvenih pravila za garancije na zahtjev⁵⁸ subjekt *korisnika bankarske garancije* opisuje se njegovom potrebom da se osigura protiv rizika da nalagodavac ne izvrši prema njemu obveze iz osnovnog ugovora u vezi s kim je garancija izdana.⁵⁹ I definicija *korisnika* u International Standby Practice⁶⁰ kao *imenovane osobe ovlaštene da postupa iz standby L/C (I.09)* ukazuje na potrebu da se precizno utvrdi. U trenutku izdavanja garancije, prije davanja ponude za otkup dionica nije poznat niti obim prihvaćanja niti dioničari koji će je prihvatiti. Za ovaj instrument bi se ovakvim izdavanjem ostvarila neuobičajena situacija da u trenutku izdavanja nije poznat iznos koji može biti naplaćen, ni broj korisnika i podaci o njima. U trenutku izdavanja

⁵⁶ "Payment guarantee".

⁵⁷ O rizicima protiv nastupa kojih se osigurava ishodenjem bankarskih garancija vidi i Maurović, Lj.: Bankarske garancije u međunarodnim poslovnim odnosima (zloupotreba prava) - disertacija, obranjena na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Ljubljani 1993. godine.

⁵⁸ Uniform Rules for demand guarantees, ICC 1991. Publication no. 458.

⁵⁹ Goode Roy: Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication no. 510 1992., pg. 122.

⁶⁰ Instrument standby Letter of Credit kao *bankarska garancija u formi dokumentarnog akreditiva* je detaljnije obrađen u Maurović, Lj.: Bankarske garancije u međunarodnim poslovnim odnosima (zloupotreba prava) disertacija obranjena 1993. na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Ljubljani.

ovakve garancije korisnik se može utvrditi samo širim, nedovoljno identificiranim opisom, kao *dioničar koji je prihvatio ponudu i pohranio dionice kod SDA*. Dakle, da bi ponuđeni mogao postati korisnik iz garancije, mora u propisanom obliku prihvatiti ponudu odnosno pohraniti dionice kod depozitara (SDA) te u slučaju njihova neplaćanja od ponuditelja, podnijeti zahtjev za naplatu razmjernog iznosa garancije. Specifičnost sadržaja ovakve garancije odražava se na njezin iznos, korisnika, a slijedom toga i postupak naplate. Korisnik koji ispunjava propisane uvjete podnosi zahtjev za naplatu iznosa razmjernog broju dionica koje je pohranio, a prema ponuđenoj cijeni. Banka garant, iako je kao izdavatelj zainteresirana prije svega za osobu nalagodavca od kojeg ostvaruje povrat plaćenog po garanciji, radi otklanjanja opasnosti od zloupotrebe prava iz garancije ima interes da zna i korisnika garancije. Korisnik nije u pravnom odnosu sa izdavateljem prije pokušaja njezine naplate i samo se obavještava o tome da je u njegovu korist izdana garancija. Broj potencijalnih korisnika opredijelit će modus javne objave izdavanja garancije. Kod ove garancije garant ne zna ni broj korisnika, s obzirom na nepoznavanje strukture vlasništva i dioničara, ni pripadajući dio iznosa garancije za pojedinog korisnika. Garant uvidom u knjigu dionica može saznati broj korisnika i mogući broj dionica za pohranu i slijedom toga maksimalni iznos koji će se iz garancije naplatiti ako ponuditelj ne izvrši svoju obvezu. S obzirom na rok prihvaćanja ponude, vrijeme angažiranih sredstava i maksimalan iznos garancije za nalagodavca bi bila prihvatljivija revolving garancija s maksimalnim iznosom njezina obnavljanja prema maksimalno mogućem broju pohranjenih dionica, odnosno njihovoj vrijednosti. U naplati garancije banka garant morala bi provjeriti ispunjavanje uvjeta i visinu zahtjeva svakog korisnika, dioničara koji je pohranio dionice. Mogući velik broj vlasnika koji su prihvatili ponudu i pohranili dionice ukazuje na veliki obim aktivnosti banke, što bi se neizbježno odrazilo na visinu naknade za izdavanje garancije. Može se utvrditi da bi izdavanje garancije radi osiguranja od ovog rizika bila izvanredna aktivnost banke. Međutim, ako je nalagodavatelj spreman platiti traženu naknadu, banka može prihvatiti izdavanje i takve garancije s neuobičajeno velikim brojem korisnika, nepoznatih u trenutku izdavanja. Ne treba posebno isticati da je u hrvatskom bankarstvu teško očekivati izdavanje takvog instrumenta u postojećim uvjetima poslovanja. Međutim, okolnost i malog broja preuzimanja u praksi RH onemogućuje analizu modusa osiguranja sredstava ponuditelja za preuzimanje. Za pretpostaviti je da će izostanak spremnosti banke za izdavanje takvih garancija opredijeliti ponuditelja da ili izdvoji potrebna sredstva na poseban račun ili ishodi kredit banke.

U međunarodnoj praksi može se sresti korištenje dokumentarnog akreditiva kao instrumenta u otkupu vlastitih dionica i možda valja razmotriti oportunističku njegovu ugradnju i u postupak preuzimanja.⁶¹

⁶¹ Investigation of Columbia/HCA Widens; LC Issued - *Documentary Credit World*, May 1999. pg. 4.

6. Zaključak

Osnovni cilj nacionalnih regulativa preuzimanja društava, tako i aktivnosti usuglašavanja tog prava na nivou EU, jest zaštita manjinskih dioničara u postupku preuzimanja i osiguranja njihova ravnopravnog položaja s velikim dioničarima koji se pojavljuju kao kupci. Zajedničko je obilježje nacionalnih regulativa da utvrđuju obvezu stjecatelja dionica koje mu daju određeni broj glasova u glavnoj skupštini dioničkog društva, da pod jednakim uvjetima ponudi otkup dionica svim dioničarima. Usporedba nacionalnih kodifikacija pokazuje njihovu ujednačenu strukturu, od zaštite manjinskih dioničara i obvezne ponude kao tehnike preuzimanja. Arbitrarno se procjenjuje potreban udio u temeljnom kapitalu društva da se može smatrati da je imatelj stekao kontrolu i određenu obvezu. Nezavisno od različitosti nacionalnih prava društava u pravilima o preuzimanju, granica stjecanja kontrole i obveza davanja ponude utvrđuje se ujednačeno. EU je u izradi smjernice o preuzimanju opredijelio dugotrajan, negativan stav dijela članica koje imaju vlastitu regulativu, tako da prijedlog sadrži samo *poželjan okvir* za nacionalna zakonodavstva članica. Prijedlog smjernice, da se ne sukobio s nacionalnim regulativama nije ni opredijelio oblik zaštite manjinskih dioničara kroz obveznu ponudu, već je samo utvrdio *potrebu zaštite* i prepustio članicama da njeno ostvarenje predvide i drugačijim postupkom. Ovakvim određenjem teško je očekivati da će smjernica dovesti do usuglašavanja prava preuzimanja u članicama. Izmjene u ZPPDD Republike Hrvatske mogu se očekivati usporedno s vlasničkim strukturiranjem dioničkih društava. Nakon vlasničkog strukturiranja pretežnog dijela dioničkih društava, na način da iz vlasništva bude isključena država odnosno državni fondovi, prestat će potreba za izuzecima od obvezne ponude po ZPPDD. Problem ukidanja vinkulacije u slučaju preuzimanja, i time narušavanje pravne sigurnosti ulaganja, mogao bi se riješiti uključivanjem u postupak preuzimanja samo društava čije dionice kotiraju na burzi ili drugom organiziranom tržištu. Strukturiranje vlasništva dioničkih društava u postupku njihove privatizacije i smanjivanje udjela države u društvima, u bilo kojem obliku, na uobičajeni minimum u europskoj praksi stvorit će pretpostavku za potrebne izmjene zakona. Ukidanjem iznimaka od davanja obvezne ponude na otkup dionica i zadržavanjem vinkulacije, uvijek kada je statutom društva utvrđena, stvorit će se situacija za jednak položaj svih dioničara, nezavisno do vrste stjecatelja te pojačati pravna sigurnost ulaganja u društvo. Vlasničkim strukturiranjem dioničkih društava u Hrvatskoj te unapređivanjem njihova poslovanja povećat će se broj društava čije dionice kotiraju na burzi ili nekom organiziranom tržištu. Povećanje broja dioničkih društava čije dionice kotiraju na burzi ili drugom organiziranom tržištu omogućit će da se problem ukidanja vinkulacije riješi izmjenom zakona, tako da se on primjenjuje samo na takva društva. Navedene bi izmjene zakona doprinijele njegovoj većoj usklađenosti s regulativom koja je na snazi u zemljama Europe, a bile bi i u skladu s prijedlogom smjernice EU. Usuglašeno pravo preuzimanja posebno je značajno radi povećanja obima prekograničnih preuzimanja dioničkih društava, koje je u globalizaciji sve izraženije.

Literatura

1. Amended proposal for a 13th European Parliament and Council Directive on company law concerning takeover bids *OJ no. C 378/97 p.10- COM(97) 565 final D 95/0341 (COD)*.
2. Barbić, J.: Vodenje poslova i upravljanje u trgovačkim društvima, *Hrvatska gospodarska revija, kolovoz 1996*.
3. Burkart M., Gromb D., Panunzi F.: Why Higher Takeover Premia Protect Minority Shareholders, *Journal of Political Economy, no.1 volume 106, February 1998*.
4. Goode R.: Guide to the ICC Uniform Rules for demand Guarantees, *ICC Publication no.510 1992*.
5. Jensen, M. C., Meckling, W. H.: Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, *J.Financial Econ.3 (October 1976)*.
6. Maurović, Lj.: Bankarske garancije u međunarodnim poslovnim odnosima (zloupotreba prava) *doktorska disertacija obranjena na Pravnom fakultetu Ljubljana 1992. - neobjavljena*.
7. Monti, M.: Company Law: amended proposal for a Directive on takeovers bids <http://www.europa.eu.int/>.
8. Meier-Schatz, J. C.: Developments in Capital Market and Corporate Law, september 1989. <http://www.theogoddard.com>.
9. Oditah, F.: Takeovers, share exchanges and the meaning of loss, *The Law Quarterly Review, Sweet & Maxwell, volume 112, July 1996*.
10. Porobija, B.: Zakon o postupku preuzimanja dioničkih društava, *Pravo u gospodarstvu 4/98*.
11. Prelič, S.: Pravno uređenje preuzimanja gospodarskih subjekata u Velikoj Britaniji, *Pravo u gospodarstvu 11-12/95*.

Summary

MINORITY SHAREHOLDERS PROTECTION IN THE TAKEOVER OF JOINT STOCK COMPANIES UNDER CROATIAN LEGISLATION AND LAW OF EU

Globalization increases the number of cross border takeovers that emphasize the necessity of takeover law unification. The takeover of joint stock companies by acquiring control in company of one stockholder stresses the necessity of the minority protection. Author points out the common characteristics of takeover law in European countries and proposed EU Directive. The protection of minority shareholders after the purchase is in all countries established through the obligation posed to the person who acquired the control over a company to make a mandatory bid to all shareholder for all or for a substantial part of their holdings for a prescribed price. The proposal for a 13th European Parliament and Council Directive on company law concerning takeover bids does not establish the mode of minority shareholders protection and leaves the issue to the member states. The Law on Takeover of Joint Stock Companies requires a mandatory bid as a minority shareholders protection and has certain other particularities, unknown to the law of European countries and proposed 13th EU Directive. These particularities refer to exceptions from mandatory bid and suspension of the obligation of offering shares to shareholders in the case of mandatory bid. Mandatory bid and takeover proceedings are analyzed according to legisla-

tion of different countries, proposal 13th EU Directive, the Law on Takeover of Joint Stock Companies and the mandatory bid as a general technique.

Key words: *protection, minority shareholders, takeover, takeover bid, mandatory bid, control, price, 13th EU Directive.*

Zusammenfassung

DER SCHUTZ VON MINDERHEITENAKTIONÄREN BEIM ÜBERNAHMEVERFAHREN DER AKTIENGESELLSCHAFT NACH KROATISCHEM UND EU RECHT

Die Globalisierung wirkt auf die Vergrößerung des Umfanges an Übernahmen von Aktiengesellschaften über die Grenzen hinweg ein, wodurch das Bedürfnis einer Vereinheitlichung des Rechts der Übernahme stärker wird. Die Übernahme der Aktiengesellschaft durch einen Aktionär mittels des Erwerbs von Kontrolle über die Gesellschaft betont das Bedürfnis nach Schutz der Minderheitenaktionäre. Im Vergleich zeigt der Autor die gemeinsamen Merkmale des geltenden Übernahmerechts in den einzelnen Ländern Europas auf sowie den Vorschlag zu Richtlinien der EU. Der Schutz der Minderheit durch ein Pflichtangebot des Erwerbers - der die vorgeschriebene Stimmenzahl in der Vollversammlung erhalten hat - zum Kauf der Aktien zu einer vorgeschriebenen Summe, ist in der gesamten betrachteten Regulative festgelegt. Der Vorschlag zu Richtlinien der EU hat sich gegenüber der Präzisierung der Art des Minderheitenschutzes zurückgehalten, und stellt diesen den Mitgliedsländern frei. Der ZPPDD in der Republik Kroatien folgte der Regulative des angelsächsischen Systems, legt als Schutz der Minderheitenaktionäre ein Pflichtangebot fest und hat gewisse Besonderheiten, die dem Recht der Länder Europas und dem Richtlinienvorschlag unbekannt sind. Die Besonderheiten des Gesetzes betreffen die Ausnahme bei dem Pflichtangebot und Aufhebung der Vinkulation beim Pflichtangebot. Es werden Übernahmeverfahren in der nationalen Gesetzgebung der einzelnen Länder, der Richtlinienvorschlag der EU, das ZPPDD sowie das Pflichtangebot auf Übernahme als Technik analysiert. Abschließend werden Bedürfnisse und zu erwartenden Änderungen und Ergänzungen des ZPPDD zwecks seiner Harmonisierung mit dem Regulativ in den Ländern Europas hervorgehoben.

Schlüsselwörter: *Schutz, Minderheitenaktionäre, Übernahme, Übernahmeangebot, Pflichtangebot, Kontrolle, Preis, 13. Richtlinie der EU.*

Sommaro

**LA TUTELA DEGLI AZIONISTI DI MINORANZA
NELL'ACQUISIZIONE DI SOCIETÀ PER AZIONI NELLA
LEGISLAZIONE CROATA E DELL'UNIONE EUROPEA**

La globalizzazione accresce il numero di acquisizioni oltre confine che accentua la necessità dell'unificazione della normativa sulle acquisizioni. L'acquisizione di società per azioni attraverso l'assunzione del controllo nella compagnia di un azionista enfatizza la necessità di tutela della minoranza. L'Autrice descrive le caratteristiche comuni della disciplina delle acquisizioni nei Paesi europei e della proposta di direttiva dell'Unione europea. La tutela degli azionisti di minoranza dopo l'acquisizione è stabilita in tutti i Paesi attraverso l'obbligazione nei confronti della persona che acquisisce il controllo sulla società di fare un'offerta vincolata a tutti gli azionisti per tutte o per una parte sostanziale delle loro azioni per un prezzo prestabilito. La proposta per una XIII direttiva del Parlamento e del Consiglio d'Europa sulla normativa societaria concernente la pubblica offerta di acquisto non stabilisce la modalità di tutela degli azionisti di minoranza e lascia la questione agli Stati membri. La Legge sull'acquisizione delle società per azioni richiede un'offerta vincolata come tutela degli azionisti di minoranza e presenta determinate altre particolarità, sconosciute alle legislazioni dei Paesi europei e alla proposta di XIII direttiva dell'Unione europea. Tali particolarità si riferiscono alle eccezioni all'offerta vincolante e alla sospensione dell'obbligazione di offrire azioni agli azionisti nel caso di offerta vincolante. L'offerta vincolante e il procedimento di acquisizione sono analizzate secondo le legislazioni dei differenti Paesi, la proposta di XIII direttiva dell'Unione europea, la Legge sull'acquisizione delle società per azioni e l'offerta vincolante come tecnica generale.

Parole chiave: tutela, azionisti di minoranza, acquisizione, offerta pubblica di acquisto, offerta vincolante, controllo, prezzo, XIII direttiva dell'Unione europea.

PROŠIRENJE EUROPSKE UNIJE

Dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 34::061.1EU
Ur.: 10. siječnja 2000.
Pr.: 22. veljače 2000.
Pregledni članak

U radu autorica se bavi proširenjem Europske unije te raščlanjuje uvjete za članstvo (političke i ekonomske). Kriteriji formulirani kao uvjeti, osim što predstavljaju uvjete za članstvo u Europskoj uniji, imaju značajan utjecaj na zemlje srednje i istočne Europe tzv. "behavioural alternation" među susjedima. Uvjeti za pristup zajedno s realnom perspektivom za članstvo predstavljaju najznačajniju polugu utjecaja Unije na razvoj događaja u srednjoj i istočnoj Europi. Autorica analizira integracijske teorije i izlaže postupak prijema država u članstvo EU. Posebno razmatra mjesto Republike Hrvatske u integracijskom procesu, te mogućnosti članstva (djelomično, varijabilna geometrija i dr.), iako Republika Hrvatska nije u prvom valu proširenja EU.

Ključne riječi: proširenje EU, integracija, uvjeti za prijem, harmonizacija.

I. Uvod

Europska Unija usvojila je na sastanku na vrhu u Essenu "Strategiju za pripremu pridruženih zemalja srednje i istočne Europe za buduću pristup Europskoj uniji".¹

Nakon toga uslijedile su dvije Bijele knjige: "Sigurnost u Europi" i "Priprema pridruženih zemalja srednje i istočne Europe za integraciju u zajedničko tržište EU." Ti su dokumenti sadržavali tehničke naputke za pripremni rad. Potonji dokument je objasnio temeljne principe u odnosnim sektorima zajedničkog tržišta i kronološki redosljed prilagodbe pravnih propisa.

U prvom proširenju neće svih deset zemalja istovremeno pristupiti Europskoj uniji. Proširenje će se održati u "valovima". Hrvatska nije u prvom valu.

U ovom će se radu pokušati utvrditi kriterije koji bi mogli biti korišteni prilikom odlučivanja je li država spremna za pristup, te postupak prijema u članstvo EU.

U nekim zasebnim područjima općih ekonomskih, socijalnih i drugih politika postoji očekivana postupna mogućnost za članstvo (postupan pristup).

¹ Europe Documents: Bulletin Quotidien, br. 1916, 14. prosinca 1994., objavljeno kao Aneks IV na Presidency Conclusions.

II. Uvjeti za članstvo u EU

Zemlje Srednje i Istočne Europe podnijele su prijavu za članstvo u EU. Sve zemlje iz "prvog vala" potpisale su "European agreement" s EU i one sudjeluju u "pred-pristupnoj strategiji".²

Proširenje se smatra načinom širenja stabilnosti i sigurnosti prema istoku (prihvaćeno od EU) te bi moralo ovisiti o ispunjenju određenih uvjeta (ovisno o tome da li kandidat udovoljava određenim uvjetima), što je u lipnju 1993. objavio *European Council* u Copenhagenu.³

Ti su uvjeti sljedeći:

- Kandidat mora ima djelatnu tržišnu ekonomiju s mogućnošću odolijevanja pritiscima konkurencije i tržišnih snaga u Zajednici;
- U državi moraju postojati stabilne institucije koje garantiraju demokraciju, vladavinu prava, poštivanje ljudskih prava te poštivanje i zaštitu manjina;
- Država koja podnosi prijavu za učlanjenje mora biti u stanju udovoljavati obvezama članstva, uključujući i priklanjanje ciljevima ekonomske i političke unije;
- EU mora biti u stanju primati nove članice i nositi se sa zamahom integracije.

Svi kandidati neće ispuniti navedene uvjete, pa će se stoga proširenje održati u valovima, što znači da će neke države biti primljene prije a neke kasnije.

II.1. Ekonomski uvjeti proširenja

Za zemlje srednje i istočne Europe od osobitog je značenja pitanje makroekonomskog restrukturiranja i privatizacije budući da se makroekonomsko restrukturiranje ostvaruje kroz privatizaciju, demonopolizaciju, liberalizaciju cijena, trgovine i kapitala i tržišta radne snage.

Transformacija također uključuje reformu poreznog sustava, koji uključuje porez na dodanu vrijednost u zamjenu za porez na promet i proširenje porezne osnove.

Provođenje takvih mjera moguće je jedino odgovarajućim pravnim okvirom s obzirom na pravo vlasništva, ugovorno pravo, pravo konkurencije i pravo društava.

Stvaranje nezavisnih središnjih banaka, trgovačkog bankovnog sustava, financijskog tržišta dionicama i vrijednosnicama i odgovarajućih monetarnih instrumenata potrebni su kako bi se ostvarile institucionalne promjene u financijskoj sferi.

Također je osobito značajno i potrebno pronaći rješenje za raširenu pojavu "loših dugova" državnih poduzeća koja su uspjela dobiti kredit od države ili drugdje kako bi nastavila djelovati i izbjegla, ili barem odgodila, dolazak pod stečaj.

Bijela knjiga pripreme pridruženih zemalja središnje i istočne Europe za integraciju u zajedničko tržište Unije (1991.) predviđa zadatke s kojima se moraju suočiti zemlje središnje i istočne Europe kako bi se integrirale u Zajedničko tržište.⁴

² Pred-pristupna strategija bila je odobrena na sastanku na vrhu Europskog vijeća u Essenu u prosincu 1994. i uključuje PHARE program s ciljem da se olakša pristup zemalja srednje i istočne Europe.

³ European Council of Copenhagen, 21.-22. lipnja 1993., Conclusions of the Presidency, SN 180/93, str. 13.

⁴ Zajedničko tržište definira se kao područje bez unutrašnjih granica u kojem su osigurane četiri slobode (prometa robe, usluga, dobara i kapitala).

To će rezultirati eliminacijom fizičkih, tehničkih, poreznih i taksenih prepreka među državama sudionicama.⁵ Za ostvarenje tih ciljeva zemlje središnje i istočne Europe moraju "uskладiti svoje zakonodavne i regulatorne sustave, standarde i isprave sa onima u Europskoj uniji."

Zemlje središnje i istočne Europe moraju harmonizirati u skladu s pravnim pravilima Zajednice (prema zahtjevima mjera unutrašnjeg tržišta): sigurnost i zaštitu potrošača, zaštitu okoliša, zdravstvenu i socijalnu politiku, usluge koje uključuju prijevoz, energiju, carine i neizravne poreze, financijske usluge, telekomunikacijske usluge i politiku konkurencije.⁶

Europska unija je potvrdila i podržava taj proces i PHARE programom i putem novog ureda za tehničku pomoć u razmjeni informacija.

II.2. Politički uvjeti proširenja

"Bilo koja europska država može podnijeti prijavu za ućlanjenje". To je bilo istaknuto u čl. 237. Ugovora o EEZ-u. Ranije je ovaj uvjet bio sasvim dostatan. Ostali su uvjeti bili propisani u travnju 1978. Europsko vijeće je propisalo da "poštivanje i održavanje predstavničke demokracije i ljudskih prava u svakoj državi članici jesu ključni sastojci ćlanstva u Europskim zajednicama."⁷

Ćl. O ugovora iz Maastrichta (sadašnji ĉl. 49. Ugovora iz Amsterdama)⁸ glasi:

Svaka europska država može zatražiti i postati ćlanicom EU. Država podnosi svoj zahtjev Vijeću koje jednoglasno nakon saslućanja mišljenja Komisije i pribavljanja pristanka Europskog parlamenta, apsolutnom većinom donosi odluku.⁹ Uvjeti za prijem i prilagodbe koje su potrebne u budućim državama ćlanicama, bit će regulirani kroz sporazum Europske unije i države koja je podnijela zahtjev za ćlanstvo. Sukladno ustavno pravnim propisima tim sporazumima je potrebna ratifikacija.

Ako pokušamo raščlaniti ĉl. O Ugovora o Europskoj uniji, vidjet ćemo kako postoje dvije materijalne pretpostavke; kandidat za ćlana mora biti "država" i mora biti "europska".

Kriterij "država"

Tumaćenjem ovoga kriterija spoznajemo da se mora raditi o državi, a ne o drugim subjektima međunarodnog prava.¹⁰ Zapravo, mora se također ispunjati kriterij

⁵ Naćin ukidanja prepreka slobodnom prometu robom i uslugama bio bi uvođenje zajednićkih pravila i propisa. Ali, postoje poteškoće. Kako bi se suoćila s tom poteškoćom, Zajednica se oslanja što je moguće više na načelo međusobnog priznanja (vidi slućaj Cassis de Dijon 1979.).

⁶ Zakljućci Europskog Councila u Essenu, 9. i 10. prosinca 1994., SN 300/94, str. 13.

⁷ "Deklaracija o demokraciji", Copenhagen European Council, 7. i 8. travnja 1978., EC Bulletin br. 3, 1978., str. 6.

⁸ Konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam, 2. 10. 1997. (CONF / 4005/97 ADD 1).

⁹ Ćl. O je prvi puta primijenjen 1.1. 1995. godine kada je Unija proširena novim ćlanicama Finskom, Austrijom i Švedskom.

¹⁰ H. Mosler, Die Aufnahme in internationale Organisationen, ZaöRV 19 (1958), str. 275. i 287.

da je to suverena međunarodno priznata država (ne može biti govora o pristupanju pojedinih dijelova neke suverene države).¹¹

Mogući parcijalni subjektivitet dijelova savezne države¹² koji ovisi od odgovarajućih raspodijeljenih ovlasti savezne države ne ispunja ovaj kriterij. Vrlo se često u literaturi postavlja pitanje da li Vatikan može pristupiti, odnosno može li biti primljen u članstvo.¹³ Na ovome mjestu moramo ukazati da još od srednjeg vijeka Sveta Stolica¹⁴ bila međunarodnopravni subjekt¹⁵ te je moramo razlikovati od države Vatikan (Stato della Città del Vaticano).¹⁶ Obje stoje u "neraskidivoj vezi", a Sveti otac papa je vrhovni poglavar.¹⁷ Zbog ovih specifičnosti i navedene personalne unije Vatikan ne ispunjava kriterije u smislu čl. O Ugovora o Europskoj uniji. Zapravo ovo je više hipotetičko pitanje i na njega ukazujemo iz teorijskih razloga.¹⁸

Država ne mora u svakom slučaju sa cjelokupnim svojim teritorijem stupiti u članstvo (primjer Danske bez Farskog otočja)¹⁹. Primjer Grenlanda, koji je nakon dobivanja unutarnje zakonodavne neovisnosti od Danske (1985.) napustio Zajednicu, pokazuje da članica ne mora vremenski neograničeno (trajno) u cjelini svojega teritorija biti članicom.

Kriterij "europski"

a) Zemljopisna komponenta

Kriterij europski sadrži zemljopisnu komponentu te tako isključuje zemlje koje se geografski nalaze izvan Europe.

Od posebnog značenja je pitanje da li se cijeli teritorij države mora nalaziti unutar Europe, baš zbog naravi ovoga članka. Ovo se pitanje postavilo u vrijeme sklapanja Ugovora o pridruživanju EZ-Turska²⁰ (12. 9. 1963.), kad je u izgledu bilo pristupanje Europskoj zajednici.

Nakon svih rasprava u povodu turskoga zahtjeva za prijem stalo se na stajalište - ako se država jednim svojim dijelom nalazi u Europi, može podnijeti zahtjev za prijem.²¹

¹¹ H. Smit / P. Herzog, *The Law of the European Economic Community*, Sv. 6, 1976, str. 391, H. Mosler, op. cit. str. 286.

¹² Primjer njemačkih saveznih pokrajina, vidi šire Fasternach, *Auswärtige Gewalt im offenen Verfassungsstaat*, u Dittman / Kilian (Hg.), *Kompetenzprobleme der auswärtigen Gewalt*, 1982, str. 1., Herdegen, *Belastbarkeit des Verfassungsgefüges auf dem Weg zur Europäischen Union*, EuGRZ 1992, str. 589.

¹³ H. Mosler, op. cit. str. 288.

¹⁴ H.-F. Köck, *Die völkerrechtliche Stellung des Heiligen Stuhls*, 1975, str. 148.

¹⁵ A. Verdross / B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. Auflage, 1984, § 412.

¹⁶ Vidi Lateranske ugovore (11. 2. 1929.), i dalje *Acta Apostolicae Sedis* 57. (1965), str. 877.

¹⁷ A. Verdross / B. Simma, § 412.

¹⁸ C.-D. Ehlermann, *Mitgliedschaft in der Europäischen Gemeinschaft. Rechtsprobleme der Erweiterung, der Mitgliedschaft und der Verkleinerung*, EuR 1984, str. 113.

¹⁹ Grabitz-Vedder, čl. 237.

²⁰ Nešto više od 3% turskog državnog teritorija leži sa strane Bospora, točnije u Europi.

²¹ Više o turskom zahtjevu za prijem od 14. 4. 1987. vidi "Postupak pred Vijećem", *BullEG* 1987. NR. 4. (131/2).

b) Kriterij europski politički i gospodarski uvjeti

Prema ranije zastupanom stajalištu kriterij "europski" obuhvaća različite političke i gospodarske uvjete. Prema ovome stajalištu, kandidat za prijem mora imati gospodarsku i političku povezanost sa zajednicom, političke i gospodarske odnose u duhu europske tradicije.²²

Adresati kojima su upućeni uvjeti za prijem

Čl. 5. Ugovora o Europskoj zajednici propisano je da "... države članice trebaju poduzeti sve prikladne mjere ... glede ispunjenja obveza iz Ugovora". Ova obveza "vjernosti Zajednici"²³ potisnuta je usprkos interpretaciji ugovornih normi.²⁴ Ako su obveze u drugim propisima primarnog i sekundarnog prava u potpunosti utvrđene, tada čl. 5. Ugovora o EZ djeluje samo deklaratorno.²⁵

U kontekstu uvjeta i kriterija za prijem polazi se uvijek od elemenata primarnog prava, koji su i u drugim normama ukorijenjeni; tako da čl. 5. Ugovora o EZ djeluje u svezi s tim normama, te se dalo takvo tumačenje Europskog suda.²⁶

Zapravo, postoji obveza država članica provesti obveze koje proizlaze iz primarnog prava. To se odnosi posebno na norme koje se u materijalnom smislu označavaju kao "ustavno pravo" Unije, kao što su npr. "Zajedničke odredbe" glave I Ugovora o Europskoj uniji.

Kod prijema novih država članica, temeljem čl. O Ugovora iz Maastrichta, nisu samo involvirane države članice nego i tijela Unije; Vijeće, Komisija; Parlament. Slijedeći praksu Europskog suda razvidno je da je obveza (dužnost) tijela država članica poštivati obveze i lojalnu suradnju te respektirati pravni poredak Unije.²⁷

U izvještaju o proširenju (lipanj 1992. Lisabon European Council) Komisija je ustvrdila da postoje "tri temeljna uvjeta: europski identitet, demokracija i poštivanje ljudskih prava."²⁸

Od kraja osamdesetih Zajednica je ostvarila trgovačke koncesije, ekonomsku pomoć i sporazume o pridruživanju za zemlje središnje i istočne Europe. Namjera je bila poticanje tranzicije u tim zemljama.

Europsko vijeće (Kopenhagen, lipanj 1993.) je ukazalo na nekolicinu uvjeta za buduće članstvo.²⁹

²² Mosler, op. cit. str. 284.: "Europa ima osim zemljopisnog značenja i jedan europski politički i gospodarski ton".

²³ A. Bleckmann, Art. 5. EWG Vertrag und die Gemeinschaftstreue, DVBl. 1976, str. 483.; J. Wuermeling, Die Gemeinschaftstreue und die Rechtsakte der Mitgliedstaaten der EG, EuR 1987, str. 237.

²⁴ EuGH Rs 394/85, Slg. 1987, str. 2741.

²⁵ A. Bleckmann, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Gemeinschaftstreue, RIW / AWD 1981, str. 653.

²⁶ EuGH Rs 78/70, Deutsche Grammophon, Slg. 1971., str. 487, 498.

²⁷ Ehlermann, Mitgliedschaft, EuR 1984, str. 113.

²⁸ Vidi član F Maastrickog sporazuma; vidi također EZ Komisija, Europa i izazov proširenja, Bulletin of the European Communities, Supplement 3/92, Luxembourg.

²⁹ Copenhagen European Council, 21.- 23. lipnja 1993., Conclusions of the Presidency, SN 180/93, str. 13.

Tri su politička uvjeta koje kandidati moraju postići:

- stabilnost institucija koje garantiraju demokraciju
- vladavinu prava, ljudska prava i
- poštivanje i zaštitu manjina.

Zemlje središnje i istočne Europe moraju biti u stanju preuzeti obveze članstva, uključujući priklanjanje ciljevima političke unije.

Ti uvjeti pretpostavljaju značajan utjecaj na zemlje središnje i istočne Europe, tzv. "behavioural alternation" među susjedima. Jopp³⁰ tvrdi da "uvjeti za pristup, zajedno sa realnom perspektivom za članstvo predstavljaju najznačajniju polugu za utjecaj Unije" na razvoj događaja u središnjoj i istočnoj Europi.

III. Integracijske teorije

Integracija je po svojoj naravi dinamična, a u političkom smislu moguća je tek nakon što je ostvaren određeni stupanj društvene integracije. U početnim teorijskim istraživanjima proučavane su uže integracijske forme. U vremenskom razdoblju između pedesetih i sedamdesetih godina ovoga stoljeća fokus istraživanja usmjeren je na šire integracijske forme i šire integracije. Teorijska raznovrsnost, te različitost se očituje u podjeli na političke i ekonomske teorije, no one se međusobno nadopunjavaju.

Političke teorije integracije pokušavaju definirati ključna pitanja integracijskog procesa. Za zastupnike ovih teorijskih stajališta najvažnija je uloga države i nadržavnih institucija glede razvoja i funkcioniranja integracija.³¹ Politička skupina teorija integracija dijeli se na četiri temeljna pravca: federalizam, funkcionalizam, neofunkcionalizam i pluralizam.

Zastupnici *federalističkih* koncepcija smatraju da se zajednice stvaraju izgradnjom formalnih zajedničkih nadnacionalnih institucija te objašnjavaju integraciju u smislu zajedničkih institucija koje omogućavaju članovima osjećaj zajedništva. Integracija je komplementarna suvremenim državama, prema zastupnicima ovih teorija, a nastaje povezivanjem država/nacija³² na osnovi njihovih zajedničkih kulturnih, etničkih ili drugih karakteristika (primjer Švicarska, Kanada, Sjedinjene Američke države). Ideja o stvaranju federalnih država gubi na svojoj afirmaciji nakon Drugog svjetskog rata.³³

Jedan od teoretskih aspekata integracije je i *realizam*, čiji zastupnici vide impuls za integraciju u samim nacionalnim državama kao temelju subjekata međunarodnih odnosa. Povijesni korijeni takvog razmišljanja vide se u školi prirodnog prava.³⁴

³⁰ Jopp, M. (1994.), *The Strategic Implications of European Integrations*, Adelphi Paper No 290, London, Brassey's London.

³¹ V. Samardžija, *Europska unija i Hrvatska*, IRMO, str. 11.

³² V. Samardžija, *op. cit.* str. 12.

³³ S. Rodin, *Ustavno-pravni aspekti članstva u Europskoj uniji (doktorska disertacija)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1995., str. 40 i dalje.

³⁴ S. Rodin, *op. cit.* str. 41.

Suvremeni realizam ističe kako države samim time što postoje, imaju izvjesne interese. *Neorealizam* je tu ideju primijenio na međunarodne ekonomske odnose, tj. državni interes se uzima kao temelj međunarodne suradnje. Takav stav mogao bi prikladno objasniti i europsku integraciju, no slijepo podvrgavanje samo toj ideji nužno dovodi u konflikt jer je Europska unija upravo osnovana da bi se te ambicije, interesi zemalja usuglasili, na unaprijed utvrđeni način, putem institucionalizacije međudržavne utakmice. Zato, da bi se uopće mogao postići nadnacionalni interes, potrebno je sprečavanje dominacije jedne frakcije nad drugom.

Funkcionalizam se po samom svom nazivu temelji na funkciji, tj. povezanosti određenih elemenata na osnovi funkcionalne veze među njima. David Mitraný³⁵ smatra kako je funkcionalna suradnja puno uspješnija nego politička suradnja (primjerice onakva kakvu je vodila Liga naroda). Dugoročno bi funkcionalizam postigao i rezultate na političkom planu jer bi nužno tehničkoj integraciji slijedila i ona politička. Već Emile Durkheim ističe kako stadij mehaničke solidarnosti mora s vremenom nužno prijeći u stadij organske solidarnosti.³⁶ Političko ujedinjenje moguće bi bilo putem "funkcionalnog prelijevanja" (funkcional spillover)³⁷, a to znači stvaranja političkog procesa koji bi bio nadnacionalan. Jedna vrsta takvog političkog prelijevanja je po Phillipu Schmitteru i "eksternalizacija"³⁸, odnosno situacija kada Unija prihvati zajedničku politiku, a ona utječe na treće države, koje za uzvrat povećavaju svoje zahtjeve prema Uniji, a to stvara pritisak na stvaranje zajedničke politike.

Neofunkcionalizam ide za stvaranjem zajedničkih institucija sa stvarnom vlašću, za potpunom ekonomskom suradnjom po principu "step by step".³⁹ Neofunkcionalisti impuls integracije vide u zajedničkom interesu koji je osnov zajedničke, obostrane suradnje. Ukratko, ono što podržavaju funkcionalisti i neofunkcionalisti jesu ekonomski i socijalni interesi (ne politički) koji potiču države na međusobnu suradnju i povezivanje.

Pluralizam integraciju definira kao zajednicu država s visokom političkom, ekonomskom i socijalnom suradnjom između zemalja članica. Za razliku od federalista, ovaj smjer opravdava daljnje postojanje država suvremenog tipa, no uz uvjet da se njihovi međusobni odnosi poboljšaju.

Ekonomске teorije integracije su grupirane u dvije osnovne skupine, liberalizam i institucionalizam.

Liberalizam ukazuje i ističe važnost primjene mehanizma tržišnog gospodarstva kojim bi se trebalo osigurati slobodno kretanje roba, usluga i radne snage, s ciljem eliminiranja prepreka takovim slobodama. Niječe se potreba za uspostavom

³⁵ V. Samardžija, op. cit. str. 13.

³⁶ S. Rodin, op. cit. str. 49.

³⁷ L. N. Lindberg, *The Political Dynamic of European Economic Integration*, Stanford University Press, Stanford 1963, str. 10, S. Rodin, op. cit. str. 50.

³⁸ P. Schmitter, *Three Neofunctional Hypotheses About International Integration*, 23 *Int'l Organization*, 1969, str. 161.

³⁹ V. Samardžija, op. cit. str. 13.

nadnacionalnih institucija, ostavljajući princip suvereniteta, a potreba integracije ostvaruje su međunarodnom koordinacijom nacionalnih politika.⁴⁰

Institucionalizam, samim nazivom, izražava potrebu za institucijama, objašnjavajući nedovoljnost samih ekonomskih uvjeta da bi se postigla integracija. Njihova teza počiva na unutarnjem organiziranju integracije posredovanjem tijela i institucija s nadnacionalnim okvirima.

U okviru ovih razmatranja valja ukazati na razlikovanje političke i normative sfere u Europskoj uniji. Na taj problem u europskoj literaturi prvi je ukazao Weiler⁴¹, dok je u hrvatskoj literaturi Rodin istraživao odnos normativnog i institucionalnog aspekta nadnacionalnoga⁴² glede europskih integracija. Weiler, zapravo, pravi razliku između normativnog i institucionalnog aspekta u Zajednici te značenja tih aspekata u integracijskom procesu. Države članice, kao i države koje su u integracijskom procesu, nastoje stvoriti unutrašnjonormativne i političke uvjete⁴³ koji se kasnije ukotvljuju i stabiliziraju ustavnim pravom dotične države.

Sveobuhvatne integracijske teorije nema. Zavisno koji se kriterij uzima za relevantan, teorije nose takav predznak. Navedena teorijska razmišljanja znakovito prate evolucijski put zajednica i pokušavaju pojasniti bit integracijskog procesa.

IV. Europska unija i širenje

Sve snažnije promjene postavile su pred Europsku uniju nov izazov, a to je prijem novih država članica. Unutar Unije postoji stajalište kako proširenje nije moguće dok se ne učvrsti unutarnja struktura i ravnoteža. Tako Europska unija ima dvojbi između "proširenja i produbljenja".⁴⁴

Europska unija do sada je imala jedanaest pregovora o pristupu novih članica, što je dovelo do devet pristupa, zapravo, širenja u četiri vala. Originalnoj šestorici država članica pridružile su se prvim valom 1973. godine Velika Britanija, Danska i Irska; drugi val je predstavljala Grčka 1981. godine, te Španjolska i Portugal 1986. godine, a 1995. godine ulaze Austrija, Švedska i Finska.

Prilikom ovih ranijih proširenja javio se problem učinkovitosti i konzistentnosti strukture Europske zajednice, a što je danas sve više izražen. Tijekom procesa prijema Španjolske u EZ Komisija je u Mišljenju izrazila stajalište kako će nakon prijema "Zajednica biti osnažena, a ne razvodnjena".⁴⁵

Termin "produbljivanje" sadrži u sebi više procesa. Na institucionalnoj razini znači raspodjeljivanje novih ovlasti nadnacionalnim institucijama. Bijela knjiga o

⁴⁰ V. Samardžija, op. cit. str. 14.

⁴¹ J. H. H. Weiler, *Supranational Law and the Supranational System: Legal Structure and Political Process in the European Community*, doktorska disertacija, Instituto Universitario Europeo, Firenze 1982.

⁴² S. Rodin, op. cit. str. 63.

⁴³ S. Rodin, op. cit. str. 68.

⁴⁴ N. Nugent, *The Deepening and Widening of the European Community: Recent Evolution, Maastricht and Beyond*, *Journal of Common Market Studies*, Vol. XXX No. 3, str. 316. i dalje.

⁴⁵ Vidi Bull. Eur. Com. 1978, t. 1.1.1.

dovršanju unutarnjeg tržišta, Ugovor iz Maastrichta i Ugovor iz Amsterdama postavili su materijalne granice toga procesa i proširili ovlasti europskih institucija uvođenjem novih područja regulacije. Glede učinkovitosti nužno je uvođenje novih postupaka (nadmacionalna kontrola ustavnosti ili pak stvaranje uvjeta za učinkovitu primjenu europskog prava na nacionalnoj razini).⁴⁶

Pravna osnova ulasku novih država članica, kao što smo već istaknuli, nalazi se u samom članku "O"⁴⁷ Ugovora iz Maastrichta (čl.49. Ugovora iz Amsterdama) te propisuje da svaka "europska država" može aplicirati za člana EU na adresu Vijeća koje će jednoglasno djelovati nakon savjetovanja sa Komisijom i nakon što pribavi odobrenje od strane Europskog parlamenta (koji će glasovati apsolutnom većinom svih članova).

Proces prijema nove članice EU od faze prijave pa do samog pristupa zajednicama svoje specifičnosti dosta dugo traje.

Europska država podnosi prijavu Vijeću EU. Vijeće traži od Komisije mišljenje ("Opinion") o prijavi. Komisija usvaja i dostavlja mišljenje o prijavi Vijeću i nakon toga Vijeće jednoglasno odlučuje o otvaranju pregovora za pristup. Pregovori su otvoreni između država članica i države kandidata za prijem na drugoj strani. Komisija predlaže, a Vijeće jednoglasno usvaja pozicije, tj. stavove EU glede prijave.

Sporazum između EU i države kandidata za prijem sastavlja se u glavnim točkama, nakon toga sporazum o pristupu podnosi se Vijeću i Europskom parlamentu. Komisija donosi drugo mišljenje o sporazumu o pristupu. Nakon završetka ove faze Europski parlament glasa o suglasnosti sa sporazumom, a odluka se donosi apsolutnom većinom. Vijeće odobrava sporazum o pristupu jednoglasno, a države članice i država koja pristupa formalno potpisuju sporazum, koji se mora ratificirati.

Nakon ratifikacije sporazum stupa na snagu danom pristupanja Uniji i država postaje članom EU.⁴⁸

Kako vidimo, proces proširenja EU pristupanjem novijih država dugotrajan je, primjerice, za Veliku Britaniju, Irsku i Dansku trebalo je dugih jedanaest godina, računajući da su se one prijavile još 1961. godine. Dužina vremena ovisna o odluci o članstvu bila je i problem Španjolske, kojoj je trebalo više od osam godina. Prijava države za članstvo je autonomna stvar svake zemlje, a Unija ih do sada u tome nije ni ohrabrivala ni odvrćala. Sasvim je očito da na vremenski period od prijave i odluke o pristupanju tzv. preuranjeni zahtjevi za prijem nemaju nikakav utjecaj, a rekli bismo da je upravo suprotno, jer se period odluke tako jako oduži da bi to moglo politički negativno utjecati na apliciranu državu. Sljedeći dugi period je vrijeme potrebno za donošenje mišljenja Komisije, a i nakon toga po čl. "O" Maastrichtskog ugovora (čl. 49. Amsterdamskog ugovora) Vijeće će reagirati u smislu otvaranja pregovora "nakon" konzultiranja s Komisijom, pri čemu nije točno definiran taj period "nakon", pa se opet otvara mogućnost odugovlačenja.⁴⁹

⁴⁶ S. Rodin, op. cit. str. 395.

⁴⁷ Čl. "O" je sadašnji čl. 49. Ugovora iz Amsterdama.

⁴⁸ G. Avery, F. Cameron, *The Enlargement of the European Union*, Sheffield Academic Press, 1998., str. 24.

⁴⁹ G. Avery, F. Cameron, op. cit. str. 25.

Nakon aplikacije, sljedeću fazu čini odluka, tj. Mišljenje Komisije. Donošenje takvog mišljenja dugotrajan je proces upravo zbog toga što se tu preispituju i analiziraju ekonomska i politička pitanja. Takvo Mišljenje komisije nije preduvjet za otvaranje pregovora pogledamo li još jedanput tekst čl. 49. Amsterdamskog ugovora, koji govori samo o tome kako će Vijeće reagirati nakon savjetovanja s Komisijom, dakle ne spominje se mišljenje. U kasnijoj se pak fazi pojavljuje još jedno mišljenje Komisije, no to se događa nakon pregovora.

Razvidno je stoga da najvažniju fazu predstavlja otvaranje samih pregovora. Završetak pregovora uvelike ovisi od uvjeta koje postavi Unija, a to su primjerice: napredak druge zemlje podnositeljice zahtjeva za prijem ili pak politička situacija u zemlji. Ipak, sve je to upitno upravo zbog tog dugotrajnog procesa odlučivanja, pri čemu je ostavljeno dovoljno prostora ne za jednu, nego i za niz promjena u zemlji koja se prijavljuje, tako da bi se preispitivanje postavljenih uvjeta moglo ponavljati do unedogled.

Kad je konačno donijeta odluka o završetku pregovora, nastupa posljednja faza, period između odluke o pristupu i same ratifikacije. Kompletnoj ratifikaciji dokumenata trebalo bi okvirno minimum godinu dana (stoga su često odluke o pristupu uzimale za dan prvi siječnja).

V. Postupak prijema

V.1. Vođenje pregovora

Vođenje pregovora, kao jedna od faza prihvata države u članstvo EU, nema tipična obilježja vanjskih pregovora. Oni se vode kao konferencije vlada država članica s državom koja je podnijela zahtjev za prijem. Samo vođenje, zapravo, način i smjer pregovora, tradicionalno određuje Vijeće prije njihova započinjanja. Prvotno su takve proceduralne postavke bile uobličene još 1970. godine i od tada se nisu mijenjale. Godine 1997. Vijeće odobrava tekst za pregovore koji bi trebali započeti 1998. godine, a čije su glavne točke bile ovako formulirane. Pregovore vodi EU, odvijaju se po ustaljenoj i jednakoj proceduri za sve stupnjeve i odnose spram problema. Vijeće će odrediti položaj EU spram problema na strani zemlje podnositeljice zahtjeva za prijem. Taj položaj EU omogućava Komisiji donositi preporuke za rješenje problema u područjima sporazuma Europskih zajednica. COREPER je tijelo koje će obaviti sve pripreme radi rasterećenja djelatnosti Vijeća. U svim je fazama pregovora predstavnik EU predsjednik Vijeća. Položaj i politika koju provodi EU održavat će se tijekom pregovora, predložilo to Vijeće ili ne.

Na stupnju pregovora sa stalnim predstavnicima vrijede točka 5. i točka 6. procedure. Na kraju se Vijeće proglašava spremnim dati Komisiji zadaću riješiti određeni problem zemlje koja se aplicira.⁵⁰ Sastanci se inače vode između ministara ili njihovih zamjenika, tj. u slučaju država članica njihovih stalnih predstavnika u Bruxellesu.

⁵⁰ Avery, Cameron, op. cit. str. 28. i 29.

Bitne točke kroz proces pregovora jesu sljedeće: slobodan promet roba, sloboda kretanja osoba, sloboda pružanja usluga, sloboda kretanja kapitala, pravo poduzetništva, politika natjecanja, poljoprivreda, ribolovstvo, politika prijevoza, porezi odnosno određivanje raznih davanja, ekonomska i monetarna unija, statistike, socijalna politika i zapošljavanje, energija, industrijska politika, znanost i istraživanja, odgoj i obrazovanje...itd., odnosno prelamaju se svi vidovi političkog i društvenog života jedne zemlje.

Objekt pregovora o pristupanju je primanje u EU i upravo to čini razliku od bilo kojih drugih pregovora, jer se ovdje radi o budućem funkcioniranju tog člana u Zajednici, tj. kako će vanjski element postati interni. Generalno tajništvo Vijeća objavljuje odluke Vijeća i zbog toga ima veliku ulogu u pregovorima jer mu sljedeće položaj tajnika Konferencije o pristupanju. Komisija pak ima manju ulogu pri ovim pregovorima nego što je ima kada se radi o uobičajenim međunarodnim pregovorima. Uloga Komisije je da sastavlja prijedloge Vijeću o zauzimanju stavova politike EU. U biti sami pregovori oduzimaju mnogo manje vremena ako pogledamo koliko se i kako donose odluke unutar same Unije, jer su te interne diskusije i najproblematičnije, upravo zato što se stvaraju ili već postoje simpatije nekih država članica spram zemlje koja se prijavila.

V.1.1. Acquis Communautaire

Države koje pristupaju moraju prihvatiti cjelokupno postojeće pravo "acquis communautaire", koje sadrži načela i političke ciljeve primarnog prava kao i sekundarnog prava (uredbe, smjernice, preporuke, stavove) koji su stupili na snagu na temelju primarnog prava i pravne prakse Europskog suda. Predsjednik Vijeća (danski ministar vanjskih poslova 1993. godine) ovako je definirao taj pojam: "trenutna i očekivana tj. buduća prava i obveze vezana za sustav EU i njezin institucionalni okvir, a koja obuhvaćaju: sadržaj, načela i političke postavke kako Maastrichtskog, tako i prijašnjih sporazuma; zakonodavstvo na osnovu tih sporazuma i precedentno pravo Suda pravde; te postavke i rezolucije prihvaćene od EU."⁵¹

Ugovorom iz Amsterdama *acquis communautaire* dobio je novu kvalitetu. Razumno je da je država koja se prijavila za primanje u EU jače zainteresirana u ovom poslu "dviju volja", koje bi mogli nazvati svojevrsnim osiguranjem od ponovnog otvaranja pitanja što su dugotrajnim pregovorima riješena i zaključena.⁵²

Niti Ugovorom iz Maastrichta, niti Ugovorom iz Amsterdama nisu se izmijenile materijalne značajke europske integracije i ukupan sadržaj Europskog prava koje možemo nazvati zajedničkim nazivom *acquis communautaire*, čime se nastavlja evolucija Unije.⁵³

Primanjem u članstvo Unije države osim što primaju određeno pravo (Europsko pravo) i pravila, kao i prateće obveze, priznaju i određene učinke takovoga članstva

⁵¹ Avery, Cameron, op. cit. str. 32.

⁵² *ibid.*, str. 33.

⁵³ S. Rodin, op. cit. str. 4.

na nacionalno pravo te države. Učinci koje će proizvesti članstvo u Europskoj uniji na buduće članice mogu biti institucionalni i normativni. Institucionalni učinci proizvest će izmjene nacionalne institucionalne strukture i to će biti posljedica nadnacionalne normativne regulacije odnosa država članica na europskoj razini, a normativni se učinci ispoljavaju kao promjene nacionalnih normativnih sustava,⁵⁴ što zapravo čini dio procesa prilagodbe nacionalnog i europskog prava.

Institucionalni se dalje dijele na strukturalne, kao utjecaj na tijela državne vlasti u državama članicama, te relacijske, nastale dinamikom odnosa unutar same Unije. Glavni izvor institucionalnih strukturalnih učinaka su formalni pravni izvori, odnosno Osnivački ugovori s protokolima zajedno s Maastrichtskim ugovorom i Ugovorom iz Amsterdama i tumačenjima Europskog suda. Institucionalni relacijski učinci proizlaze iz interesa i očekivanja sudionika koji pretendiraju ostvariti maksimalnu korist za sebe. Konkretni institucionalni učinci članstva u EU na pravo članica jesu: 1) strukturalni: promjena strukture tijela državne vlasti zbog prilagodbe europskim institucijama; i promjena strukture lokalnih predstavničkih tijela i 2) relacijski: promjena odnosa zakonodavne i izvršne vlasti; promjena odnosa zakonodavne i sudbene vlasti; promjena odnosa središnje i lokalnih vlasti; ojačana uloga ustavnih sudova ili tijela.⁵⁵

Normativni učinci relevantni su zbog promjene odnosa normi nacionalnog prava država članica i pravnih normi nadnacionalnog prava. Takve učinke možemo nazvati i nužnim promjenama nacionalnih prava kako bi ona uopće mogla imati pravnu osnovu primjene paketa ukupnog europskog prava poznatog pod nazivom *acquis communautaire*. Stoga je potreban velik stupanj tolerancije država članica kako bi se izvršio takav utjecaj na njihova prava. Uobičajena je podjela normativnih učinaka na formalne i faktične.

Formalni su uvjeti: osiguranje ustavnopravnih temelja za članstvo; osiguranje uvjeta za izravnu primjenu pravnih pravila europskog prava u pravnim sustavima država članica; ustavno sprečavanje širenja nadležnosti europskih institucija.

Faktični predstavljaju: prihvaćanje izravnog učinka na druge izvore prava i druge pravne subjekte (građane); prihvaćanje veće pravne snage raznih izvora europskog prava u odnosu na nacionalno, uključujući i ustavno pravo; prihvaćanje širenja nadležnosti Europske unije na štetu država članica, sudsko sprečavanje širenja nadležnosti europskih institucija; izmjena postupka kontrole ustavnosti zakona u državama članicama.⁵⁶

Sve ovo obvezuje države na prilagodbu pravnog sustava i izbor odgovarajuće harmonizacijske metode.

V.1.2. Harmoniziranje

Kako bi mogle ispuniti naprijed navedene uvjete i zahtjeve, zemlje kandidati za prijem moraju izvršiti harmoniziranje (prilagodbu) nacionalnog prava sukladno

⁵⁴ J. Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, 1 Y. B. E.L. 1981. str. 267.

⁵⁵ S. Rodin, *op. cit.* str. 388.

⁵⁶ S. Rodin, *op. cit.* str. 392.

europskom pravu. Iako postoji više metoda harmonizacije (potpuna, izborna, djelomična, minimum harmonizacije, alternativna)⁵⁷, za tranzicijske zemlje najučinkovitiji način prilagodbe nacionalnog zakonodavstva europskom pravu predstavlja dobrovoljna harmonizacija.

V.1.2.1. Dobrovoljna harmonizacija

Dobrovoljna harmonizacija ima posebnu ulogu u integracijskom procesu između zemalja srednje i istočne Europe i Europske zajednice. Ovaj oblik harmonizacije znači da treća država vrši prilagodbu svojega nacionalnog prava pravnim propisima Zajednice bez obveze s obzirom na tu državu i u okvirima u kojima ta država može *de facto* i ne sudjelovati.⁵⁸

Dobrovoljna harmonizacija može poprimiti nekoliko oblika. Najvažniji je oblik zakonodavni, gdje treća država (ne država članica) usvaja i reproducira primarno i sekundarno pravo zajednice u svom nacionalnom pravu. Također je moguće da zauzme upravni oblik i da se tiče donošenja odluka Europske Komisije. Treće države nastoje uskladiti svoju upravnu politiku s odlukama Komisije. Sudska harmonizacija je takav oblik harmonizacije u kojem nacionalni sudovi zemalja srednje i istočne Europe u svojim odlukama uzimaju u obzir Europsko pravo uključujući pravnu praksu Europskog suda.

Zakonodavna harmonizacija

Za dobrovoljnu harmonizaciju formalni je postupak sadržan Europskim sporazumima. Tranzicijske zemlje koje nisu sklopile "European Agreement" mogu slijediti namjeru tih sporazuma i koristiti dobrovoljnu harmonizaciju u skladu s europskim pravom.

Na primjer Europski sporazum s Poljskom⁵⁹ stranke sporazuma prihvaćaju da "glavni preduvjet za ekonomsku integraciju Poljske u Zajednicu je približavanje postojećih i budućih pravnih propisa Poljske i Zajednice". To je razlog zašto Poljska mora osigurati buduće pravne propise kompatibilne s pravnim propisima Zajednice (područja su: bankovno pravo, pravo društava, porezi, zaštita na radu, zaštita zdravlja i života čovjeka, carinski propisi, pravila konkurencije, financijske usluge, zaštita potrošača, tehnička pravila i standardi, okoliš i prijevoz).⁶⁰

Za sve tranzicijske zemlje koje nisu u prvom krugu proširenja uputno je razmotriti tu metodu za pripremu pristupa Europskoj uniji i slijediti upute koje predviđaju Europski sporazumi.

⁵⁷ N. Bodiroga-Vukobrat, *Voluntary Harmonization Croatian Law According to the European Law, II International Conference Economic System of the European Union and Adjustment of the Republic Croatia*, str. 6. (referat).

⁵⁸ Vidi, *Accounting Harmonization: A New Strategy vis-à-vis International Harmonization*, COM (95), 508, 2.

⁵⁹ (1993.) O.J.L. 348/1.

⁶⁰ Vidi čl. 69 Poljskog sporazuma.

Administrativna harmonizacija

Prema Komisiji, harmonizacija bi trebala osigurati da “promjene pravila rezultiraju novim prilikama kako u zbilji tako i na papiru”⁶¹. Upravna harmonizacija zahtijeva više poravnanja od pravnih propisa. Vrlo često primjena pravnih propisa može ovisiti o “odlukama politike”⁶². To je razlogom što harmonizacija baš te odnosne politike može biti i te kako potrebna. Primjer Poljskog sporazuma je vrlo zanimljiv, posebice pravila za primjenu propisa o konkurenciji (čl. 63. I. Poljskog sporazuma) Čl. 6. predviđa da se “načela sadržana u tzv. “block exemption” propisima na snazi u EZ imaju primijeniti u potpunosti.”⁶³

Kada Zajednica nije zadovoljna s tim oblikom harmonizacije, postoji mogućnost za upotrebu mjera predostrožnosti.

Sudska harmonizacija

Nacionalni sudovi trećih država (ne države članice) mogu dobrovoljno uzimati u obzir dostignuća europskog prava. Neke odluke Švedskog suda⁶⁴ pokazale su da je Švedski sud uzimao u obzir takva dostignuća (u vrijeme kada Švedska nije bila članicom) iako se u Švedskoj na Sporazum o slobodnoj trgovini nije gledalo kao na izravno primjenjiv.

Dobrovoljna harmonizacija u pravosudnom obliku može biti ovisna o dobrovoljnoj harmonizaciji u zakonodavnom obliku, te tako postaje uspješnom u daljnjem tijeku procesa.

V.2. Priprema mišljenja

Komisija je još 1996. godine počela prikupljati informacije potrebne za pripremu mišljenja (“Opinions”) glede deset zemalja Srednje i Istočne Europe. Glavni objekt mišljenja je tradicionalan, odnosno sposobnost zemlje kandidata prihvatiti obveze koje slijede članstvo, a uzeti su u obzir i politički i ekonomski uvjeti koje je definiralo Europsko Vijeće 1993. godine.⁶⁵ Te bi pretpostavke konkretno značile potrebu da kandidat ima određenu stabilnost institucija koje garantiraju demokratski poredak, vladavinu prava, ljudska prava i poštovanje prava manjina, funkcioniranje tržišne ekonomije, kao i snagu nositi se sa tržištem koje postavlja EU pred svoga člana.⁶⁶ Navedeni uvjeti (Europskog Vijeća u Kopenhagenu) ne razlikuju se bitno od uvjeta postavljenih 1995. godine u Madridu. Komisija koja sastavlja mišljenje neminovno se našla u nezgodnoj poziciji, a prvenstveno zbog toga što nikada prije nije istovremeno morala razmatrati čak deset aplikacija za članstvo (uzevši u obzir da su mišljenja za

⁶¹ European Report 2169 (26. listopada 1996.).

⁶² (1996.) O.J.L. 208/25.

⁶³ Vidi, Association Agreements with the Countries from Central and Eastern Europe: A General Outline, COM (90) 398, Annex 5.

⁶⁴ Vidi, Supreme Administrative Court Decisions, 2. travnja 1987, Br. 6117-1986 tumačeći Protokol 3 Sporazumu.

⁶⁵ Conclusions of the European Council, Copenhagen, June 1993.

⁶⁶ G. Avery, F. Cameron, op. cit. str. 34.

Grčku, Portugal, Španjolsku, Tursku, Austriju, Švedsku, Finsku i Norvešku razmatrana odvojeno). Doduše postojalo je simultano razmatranje još 1967. godine za Veliku Britaniju, Dansku, Norvešku i Irsku, no ovdje se radi o novoj situaciji koju je trebalo nekako regulirati. Na kraju se odlučilo da će se tih deset novih kandidata razmatrati odvojeno i bez ikakvog uspoređivanja, po njihovih individualnim zaslugama.

Drugi problem koji se otvorio jesu informacije, posebno detaljne informacije jer se u većini slučajeva radi o zemljama koje su nedavno stvorene, ili pak nedavno stekle neovisnost, kao primjerice baltičke zemlje, zatim Slovenija, Češka Republika i Slovačka (što je i slučaj Hrvatske). Uključujući okolnosti u kojima su se nalazile i u kojima su sada ove zemlje, još uvijek nema potrebnih statističkih podataka koji bi pružili uvid u stanje neke zemlje, jer se tek kreće u obradu. Nema ni točno definirane legislative, a većina zemalja zato se odlučuje na sukcesivno preuzimanje zakona koji su prije vrijedili na njihovom području.

Treći je problem nacionalni dohodak, koji je po glavi stanovnika približno oko jedne trećine onog prosječnog u EU.

Europsko Vijeće u Kopenhagenu obećalo je primanje svih deset zemalja u svoje članstvo, takva odluka će biti jasna tek po preispitivanju mišljenja. Stoga se pri Komisiji 1996. godine oformilo jedno manje tijelo, odnosno skupina za proširenje, odgovorna za odnose sa srednjom i istočnom Europom. Komisija je iste godine poslala tim zemljama opsežne upitnike koji bi pokrivali područje *acquisa*, konkretno 150 stranica s 23 poglavlja, dotičući ekonomske, statističke i zakonodavne informacije.⁶⁷ Odgovori upitnika primljeni su krajem srpnja 1996. godine i Komisija ih je verificirala, uzimajući u obzir i one informacije koje je pribavila iz drugih izvora. Procijenjeno je kako su odgovori bili na čak oko trideset tisuća stranica, no sve to moralo je biti odloženo zbog uobičajenih praznika do rujna. U sljedećih devet mjeseci, dakle do srpnja 1997. godine, Komisija se nije obratila ni Vijeću, ni Parlamentu, ni Članicama, kako za savjet, tako ni za analizu mišljenja koja je izradila, no koristila je postojeće informacije o navedenim tijelima. Za politički kriterij služila se informacijama država članica, Vijeća Europe i Visokog komesara za manjine pri Organizaciji za sigurnost i suradnju u Europi (OSCE).⁶⁸ Za ekonomski kriterij zaslužno je Ravnateljstvo Komisije za ekonomske poslove, koja joj je pribavila sav materijal o međunarodnim tijelima kao što su: Europska banka za obnovu i razvoj (EBRD), Svjetska banka, Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD); kao i mnoge akademske izvore. Unutar Komisije svaki od više nego dvadeset ureda napravio je kompletno ocjenjivanje. Usvojena metodologija za ocjenu počivala je, kao prvo, na određivanju vremena relevantnog za ocjenu uvjeta. Postavljeno pitanje da li neka od zemalja kandidata ispunjava uvjete za članstvo sad, u ovom trenutku, moralo je dobiti negativan odgovor. Zato se pristupilo drukčije, tj. uzet je kao relevantan period u kojem se može razumno očekivati napredak u određenoj zemlji, odnosno mišljenje se bazira na vremenskom periodu koji odgovara razdoblju od otprilike pet godina, a računajući unaprijed, orijentiramo se na 2002. kao hipotetičku godinu za pristupanje.

⁶⁷ G. Avery, F. Cameron, op. cit. str. 37 i 38.

⁶⁸ *ibid.*, str. 39.

Vremenski periodi odnose se samo na ocjenu ekonomskih kriterija, no politički kriteriji se procjenjuju na osnovi trenutne situacije u zemlji, bez postavljanja hipoteza u budućnosti.

Vremenski okvir za zaključivanje mišljenja postavljen je vrlo široko, tj. što prije nakon zaključka međuvladine konferencije započete u svibnju 1996. godine. Komisija je sebe pripremila za usvajanje mišljenja 1997. godine, da bi i svi dokumenti povezani s Agendom 2000 bili gotovi sredinom srpnja iste godine. Konačno je otvorena mogućnost započinjanja nove faze.

Komisija je donijela odluku o započinjanju pregovora s pet zemalja srednje i istočne Europe: Mađarskom, Poljskom, Estonijom, Češkom i Slovenijom.⁶⁹

V.3. Sadržaj mišljenja

Struktura svih deset mišljenja ("Opinions") jednaka je slijedeći načelo jednakog pristupa svakoj od zemalja. Prvi je kratak uvod u kojem se spominje sama aplikacija, odnosno prijava za članstvo; opći politički sadržaj kojeg slijede postignuti odnosi zemlje kandidata sa EU; opći povijesni pregled svake zemlje naznačen detaljnije u razdoblju od 1989. i 1990. godine pa nadalje; te bilateralni odnosi zemalja i njihova uključenost u programe Zajednice.

Preduvjet kako bi ta dva kriterija (politički i ekonomski) bila provedena u život, dio je koji se odnosi na zaključak mišljenja. Standardne je forme i predstavlja kratko izlaganje ocjene Komisije glede političkih kriterija, ekonomskih kriterija, *acquisa* i sposobnosti administracije. Slijedi standardna formula: "U svjetlu ovih okolnosti, Komisija preporuča da pregovori za pristupanje započnu sa (Mađarskom, ...), itd., te što prije za Rumunjsku, Slovačku, Letoniju, Litvu i Bugarsku, kada one ispune uvjete postavljene za članstvo."⁷⁰

Formalno Komisija nije donijela niti jednu negativnu odluku o kandidatima, no jedino je pet zemalja ocijenjeno kao bolje pripremljenih, a za ostalih pet odlučeno je za kasnije otvaranje pregovora s njima.

Kako bi dosljedno provodila politiku nediskriminacije prema svim zemljama kandidatima, Komisija je mišljenja zaključila identičnim paragrafom, a prezentirana su, ne abecednim redom, već po kronološkom redosljedu kako je koja od zemalja podnosila zahtjeve. Takav način i metodiku rangiranja prihvatila je i Agenda 2000.

Povijesno, Agenda 2000 pojavljuje se 1997. godine kada je Komisija usvaja kao dokument kojim se konačno utvrđuje popis država koje bi imale ući u prvi val, odnosno krug proširenja EU, a na području istočne i srednje Europe. Te zemlje su: Poljska, Češka, Mađarska, Slovenija i Estonija kao pridružene Cipru u pregovorima 1998. godine te Litva, Letonija, Slovačka, Bugarska i Rumunjska koje dobivaju pravo tzv. ugovornog pristupa partnerstvu⁷¹, kao službenu potvrdu njihove pripreme za budući "val" ulaska (odnosno "valove" ako planirane zemlje ne dostignu potreban nivo pripreme zajedno).

⁶⁹ G. Avery, F. Cameron, op. cit. str. 43.

⁷⁰ G. Avery, F. Cameron, op. cit. str. 52.

⁷¹ E. Piontek, *Visegrad countries and eastern enlargement of the European Union-a comment*, referat na Third Ghent Colloquium, "Relations between the European Union and central and eastern Europe: political, economic and legal dimension, str. 5.

VI. Proširenje EU i Hrvatska

Neke od zemalja Srednje i Istočne Europe predviđene su za ulazak u EU oko 2005. godine, što bi značilo "prvi val" proširenja, no Hrvatska nije njime predviđena. Sastanak u Essenu rezultirao je donošenjem važnog dokumenta Unije, "Strategiju za pripremu pridruženih zemalja srednje i istočne Europe za budući pristup Europskoj uniji". Tomu slijede dvije Bijele knjige, "Sigurnost u Europi" i "Priprema pridruženih zemalja srednje i istočne Europe za integraciju u zajedničko tržište EU". Dokumenti predstavljaju osnovu za izradu plana i programa o tijeku pripreme zemalja za ulazak, a adekvatno se mogu primijeniti i na Hrvatsku u njezinom pripremnom periodu.

Kod svih tranzicijskih zemalja koje su podnijele zahtjev za prijem postoji politička volja za pristup EU, te otvorenost prema europskim utjecajima. U svakoj od zemalja se nastoji izvršiti prilagodbu nacionalnog prava europskom pravu. Iako Hrvatska nema institucionalne odnose s Europskom unijom, Hrvatska može izvršiti dobrovoljnu harmonizaciju nacionalnog prava sukladno europskom pravu.

Ustav Republike Hrvatske prihvaća monistički koncept. Ovakvo ustavno rješenje sadržano je u čl. 134. Ustava Republike Hrvatske⁷².

Također, odredbu čl. 115. moramo tumačiti u svezi čl. 134. Ustava Republike Hrvatske. Budući da je prihvaćena monistička koncepcija, sudovi sude ne samo na temelju ustava i zakona nego i međunarodnih ugovora, jer su međunarodni ugovori u ovome slučaju izravno primjenjivi. Ustav Republike Hrvatske ne regulira odnos pravnih normi koje su donijele nadnacionalne institucije. Zapravo to je materija Zakona o sudovima iz 1994. godine (čl. 5. st. 3.).⁷³

Problem odnosa sekundarnog europskog zakonodavstva i nacionalnog prava Hrvatske, odnosno izravne primjene i izravnog učinka toga prava u pravnom poretku Hrvatske nije u prioritetnom reguliranju.

Hrvatska može u ovome trenutku provesti dobrovoljnu harmonizaciju nacionalnog zakonodavstva i tako obavljati pripreme za uspostavljanje institucionalne povezanosti s Europskom unijom, iako nije ni u prvom ni u drugom valu proširenja.

VII. Fleksibilnost proširenja Unije

Sklapanjem Ugovora iz Amsterdama⁷⁴ poduzeta je treća velika reforma Osnivačkih ugovora. Jedan od ciljeva Ugovora je usmjeriti pozornost javnosti na integracijski proces i pokušati pronaći nove forme suradnje. Ugovor iz Amsterdama

⁷² Čl. 134. Ustava Republike Hrvatske: Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava, Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, 8/98. (pročišćeni tekst).

⁷³ Čl. 5. st. 3. Zakona o sudovima: Sudovi primjenjuju i druge propise koji su donijeti sukladno Ustavu, međunarodnom ugovoru ili zakonu Republike Hrvatske", Narodne novine 3/199, str. 53.

⁷⁴ N. Bodiroga-Vukobrat, Ugovor iz Amsterdama (Institucionalne izmjene u Ugovoru o EU i Ugovoru o EZ), Vladavina prava, 1/99, str. 57.

često se označava krilaticom "Europa 2 brzine - kasnije više brzina." Zapravo pravi se razlikovanje između onih koji su u prednosti i žele ići dalje i onih država članica koje ne žele promjene na ovom stupnju integracije. To je i omogućeno kroz posebna pravila za pojedine države članice⁷⁵ koje žele rezerve glede ugovora (npr. opcijske klauzule; Velika Britanija, Danska).

Također, Ugovor iz Amsterdama predviđa opće instrumente za produblјivanje procesa integracije za države članice koje provode ovaj proces. Za to su i ustanovljene generalne klauzule u poglavlju VI i VII, kao i posebne specijalne klauzule u polju zajedničke pravosudne i policijske suradnje (čl. 40 Ugovora iz Amsterdama).

VII.1. *Proširenje korak po korak?*

Buduće države članice mogu sudjelovati u Uniji na različite načine, ali ta bi se povećana "fleksibilnost" proširila i na sadašnje države članice.

Postoji nekoliko mogućih oblika diferencirane integracije⁷⁶: *dugi tranzicijski periodi* za zemlje srednje i istočne Europe) prije punopravnog članstva; EU *više-brzina*, slična prvoj mogućnosti ali dopuštajući tranzicijski period svim državama članicama; *djelomično članstvo*; ili potpuno sudjelovanje zemalja srednje i istočne Europe samo u nekim sektorima i politikama; i *varijabilna geometrija* EU, što znači da države članice mogu odlučiti da li sudjelovati u različitim politikama.

Vrlo duga razdoblja za zemlje srednje i istočne Europe potrebna su u različitim područjima. Takva su se ograničenja vrlo jednostavno primjenjivala u prošlosti. Bilo je to dopušteno, primjerice, Španjolskoj i Portugalu kada su te države pristupile Zajednici. Zemlje srednje i istočne Europe pristupile bi odmah ili u vrlo kratkom roku zajedničkom tržištu, CCP-u i dvoma međudržavnim stupovima, CFSP (Zajednička vanjska i sigurnosna politika) i Policijska i pravosudna suradnja.

Prema našem mišljenju tranzicijski period će trajati desetak godina (najmanje pet godina). Bit će potreban naročito prije potpunog sudjelovanja zemalja srednje i istočne Europe u dvama područjima; CAP i strukturni fondovi.

Izgleda da će i potpuno sudjelovanje u trećem stadiju monetarne unije pretpostavljati jedan dugotrajan period.

EU "više brzina"⁷⁷ omogućila bi svim državama članicama (ne samo pristupajućima) vremenski period u kojem mogu odlučiti da li će sudjelovati u nekoj politici. To znači da bi države članice mogle trebati određeno vrijeme za pripremu takvog članstva.

Povjerenik F. Andriessen (travanj 1991.) je osmislio kategoriju "pridruženog članstva" za zemlje srednje i istočne Europe. To znači da bi pridruženo članstvo značilo "mjesto za stolom u Vijeću, kao i punopravne članice, u određenim područjima zajedno s odgovarajućom predstavljenošću u ostalim institucijama kao što je Parlament."⁷⁸

⁷⁵ Vidi: Protokoll Nr. 18., 11. i 12 Vertrag von Maastricht, Sartorius II.

⁷⁶ Ehlermann, C-D.(1995.), Increased Differentiation or Stronger Uniformity, Robert Schulman Centre Working Paper br. 95/21, European University Institute Florence.

⁷⁷ Ehlermann, op. cit., str. 7.

⁷⁸ Andriessen, F. (1991.): "Towards a Community of Twenty - Four". Govor na 69. Plenarnoj sjednici Eurochambers, Bruxelles, 19. travnja, Rapi Database Speech 91/41.

Djelomično članstvo bi moglo potencijalno biti primijenjeno za zemlje srednje i istočne Europe samo za određene sektore ili stupove EU.⁷⁹

Smatramo ovu opciju realnom mogućnošću za Hrvatsku.

“Varijabilna geometrija” znači da se sve države članice, ne samo pristupajuće zemlje srednje i istočne Europe, mogu odlučiti za određene politike prije na temelju htijenja, nego mogućnosti.

Države članice mogu dobrovoljno odlučiti da ostanu izvan određenih politika i okvira suradnje.

Zaključak European Council iz Amsterdama (lipanj 1997.) bio je da će novi Ugovor unije omogućiti fleksibilnost, ali pod strogim uvjetima: države članice moraju se jednoglasno složiti da hrabrije zemlje mogu nastaviti s jačom integracijom u određenim pitanjima.

Bitno je da države koje budu izostavljene osjećaju da sudjeluju u procesima europske integracije i da i dalje vide mogućnost pristupa u EU.

VIII. Zaključak

Proširenje EU, zapravo prijem novih država članica, jedan je od najvažnijih ciljeva Unije u predstojećem razdoblju. Utvrđeni kriteriji političke i ekonomske prirode imaju značajan utjecaj na zemlje srednje i istočne Europe, tzv. “behavioural alternation” među susjedima. Uvjeti za pristup predstavljaju, s realnim izgledima za članstvo, najznačajniji instrument za djelovanje Unije na razvoj događaja u srednjoj i istočnoj Europi.

Države koje pristupaju moraju prihvatiti cjelokupno postojeće pravo “*acquis communautaire*” koje sadrži načela i političke ciljeve primarnog prava kao i sekundarnog prava, koji su stupili na snagu temeljem primarnog prava i prakse Europskog suda.

Učinci koje će proizvesti članstvo u EU na buduće države članice mogu biti institucionalni i normativni.

Institucionalni učinci proizvest će izmjene nacionalne institucionalne strukture i to će biti posljedica nadnacionalne normativne regulacije, a normativni se učinci ispoljavaju kao promjene nacionalnih (normativnih) sustava, što zapravo znači dio procesa prilagodbe nacionalnog sukladno europskom pravu.

Kako bi mogle ispuniti postavljene uvjete i zahtjeve, zemlje kandidati za prijem moraju izvršiti harmoniziranje (prilagodbu) nacionalnog prava sukladno europskom pravu. Iako postoji više metoda harmonizacije (potpuna, izborna, djelomična, minimum harmonizacije, alternativna), za tranzicijske zemlje najučinkovitiji način prilagodbe nacionalnog zakonodavstva europskom pravu predstavlja dobrovoljna harmonizacija. Ona ima posebnu ulogu u integracijskom procesu između zemalja srednje i istočne Europe i Unije. Ovaj oblik harmonizacije znači da treća država vrši prilagodbu svojega nacionalnog prava pravnim propisima Zajednice bez obveze s obzirom na tu državu i u okvirima u kojima ta država može *de facto* i ne sudjelovati.

⁷⁹ EEA, Europsko ekonomsko područje, bilo je svojevrsan kompromis između punopravnog članstva i ne-članstva, iako se razlikuje od djelomičnog članstva utoliko što ne predviđa biračko pravo za članice EFTA-e.

Razdoblje potpune integracije potrajat će duži vremenski period. Zbog toga treba omogućiti i djelatno sudjelovanje u Uniji na različite načine, tako da bi povećana "fleksibilnost" bila proširena, osim tranzicijskim zemljama i sadašnjim državama članicama u formi diferencirane integracije. (dugi tranzicijski period, EU više brzina, djelomično članstvo i varijabilna geometrija).

To je i učinkoviti put i za Republiku Hrvatsku na putu k potpunoj integraciji u Europsku uniju.

Summary

ENLARGEMENT OF THE EUROPEAN UNION

The author deals with the enlargement of the European Union analyzing political and economic membership conditions. These criteria formulated as conditions, apart from being membership conditions, perform significant influence over the Central and Eastern European countries producing so called "behavioral alternation" among neighboring countries. Membership conditions and reasonable perspective of the actual joining represent the most important means of Union's influence on the development in Central and Eastern European countries. The author analyzes integrational theories and explains the procedure of becoming a member of EU. Special emphasis has been put on the position of the Republic of Croatia and its possibilities of entering the Union (partial entering, variable geometry, etc.), although the Republic of Croatia is not included in the first wave of Union's enlargement.

Key words: enlargement of EU, integration, membership conditions, harmonization.

Zusammenfassung

ERWEITERUNG DER EUROPÄISCHEN UNION

In ihrer Arbeit beschäftigt sich die Autorin mit der Erweiterung der Europäischen Union, d.h. sie analysiert die Bedingungen für die Mitgliedschaft (politische und ökonomische). Die Kriterien, die als Bedingungen formuliert wurden, haben außer ihrer Bedeutung als Voraussetzungen für die Mitgliedschaft in der Europäischen Union als sogenannte "behavioural alternation" zwischen Nachbarn großen Einfluss auf die Länder Mittel- und Osteuropas. Die Beitrittsbedingungen stellen gemeinsam mit der realen Perspektive für eine Mitgliedschaft die wichtigste Grundlage des Einflusses der Union auf die Entwicklung der Ereignisse in Mittel- und Osteuropa dar. Die Autorin analysiert die Integrationstheorien und legt die Anmeldeprozedur für die Mitgliedschaft in der EU dar. Besonders wird die Situation der Republik Kroatien innerhalb des Integrationsprozesses betrachtet sowie die Möglichkeiten zur Mitgliedschaft (teilweise, variable Geometrie u.a.) obwohl die Republik Kroatien

nicht zur ersten Liste der Erweiterung der EU gehört.

Schlüsselwörter: *Erweiterung der EU, Integration, Beitrittsbedingungen, Harmonisierung.*

Sommario

L'ALLARGAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

L'Autrice tratta dell'allargamento dell'Unione europea analizzando le condizioni politiche ed economiche di appartenenza. Questi criteri formulati come condizioni, oltre ad essere condizioni di appartenenza, esplicano un'influenza significativa sui Paesi dell'Europa centrale e orientale producendo la c.d. "behavioural alternation" tra i Paesi confinanti. Le condizioni di appartenenza e le prospettive favorevoli dell'attuale congiuntura rappresentano le ragioni più importanti dell'influenza dell'Unione sullo sviluppo nei Paesi dell'Europa centrale e orientale. L'Autrice esamina le teorie dell'integrazione e spiega la procedura per divenire un membro dell'Unione europea. Particolare rilievo è dedicato alla posizione della Repubblica di Croazia e alle sue possibilità di entrare nell'Unione (parzialmente, geometria variabile, etc.), nonostante la Repubblica di Croazia non sia inclusa nella prima lista dell'allargamento dell'Unione.

Parole chiave: *allargamento dell'Unione europea, integrazione, condizioni di appartenenza, armonizzazione.*

KAZNE I KAŽNJAVANJE U EUROPSKOM ZAKONODAVSTVU OD PROSVJETITELJSKOG RAZDOBLJA DO KONCA XIX. STOLJEĆA S POSEBNIM OSVRTOM NA KAZNU LIŠENJA SLOBODE

Mr. sc. Dijana Gracin, donaćelnica odsjeka
Uprava za pravne poslove MORH-a, Zagreb

UDK: 343.8(4)''17/18''
Ur.: 30. lipnja 1999.
Pr.: 29. rujna 1999.
Pregledni članak

Autorica se u ovom radu bavi tretiranjem načina kažnjavanja u vremenu nakon prosvjetiteljstva do konca devetnaestog stoljeća, s posebnim osvrtom na vrstu i raspon zatvorske kazne. Cilj i zadaća ovog rada je raščlamba načina kažnjavanja i objašnjenje pomaka u kažnjavanju pod utjecajem novih ideja te afirmacija kazne zatvora. Ujedno napominjemo da se ovaj rad posebno ne bavi školama kaznenog prava (posebno se misli na klasičnu i pozitivističku), iako se nezaobilazno njih dotiče.

Posebna pozornost posvećuje se kaznenim zakonima Francuske iz 1810. (Code penal) i Bavorske iz 1813., te njihovu velikom utjecaju na europska i druga zakonodavstva.

Izbor vrste i mjere kazne prikazani su u austrijskom KZ-u iz 1852. te Derenčinovoj osnovi iz 1879., koje autorica drži bitnim za prikaz kazne zatvora te kažnjavanja u zakonodavstvu koncem 19. stoljeća, i koji su u ovom radu posebno objašnjeni, a uz koje se ujedno navode značajke kaznenog prava uopće u ovom razdoblju.

Ključne riječi: *povijest, europsko kazneno zakonodavstvo (II. polovica 18. do konca 19. st.), vrste i mjere kazne, kazna lišenja slobode.*

Uvodne napomene

Baviti se ciljanim problemom - problemom kažnjavanja od prosvjetiteljstva do konca 19. stoljeća znači obuhvatiti velik i značajan period koji obiluje novim zakonodavnim rješenjima. U uvodu se daju značajke kaznenog prava 18. stoljeća koje u gruboj periodizaciji obuhvaća srednjovjekovno kazneno pravo do Francuske revolucije i pravo nakon nje.

1. Značajke razdoblja u razvoju kaznenog prava do konca 18. stoljeća

Slika političkih, kulturnih, socijalnih prilika u feudalnoj Europi uvod je i pretpostavka za razmatranje kaznenog prava u toj sredini i u to doba. Iz sinteze utjecaja feudalnog društvenog uređenja, države, katoličke crkve, proizašle su osnovne

karakteristike feudalnog kaznenog prava, a to su jaka teološka obojenost, sukob javne i privatne represije, pomanjkanje pravnih izvora i time uvjetovana arbitrarnost, nejednakost, surovost, okrutnost, ideja osvete i odmazde.

Najveće slabosti kaznenog prava tog vremena svakako su na području kažnjavanja:

- u zakonskoj neodređenosti kazni
- u sudskom odmjeravanju kazne
- u nejednakosti u kažnjavanju
- u pravu vladara da neposredno vrši sudsku vlast.

“Kazne karakterizira strogost i okrutnost. Surovost se ogleda u brojnim tjelesnim kaznama: odsijecanje ruku, trganje jezika, vađenje očiju, ...sve su to bile kazne tipa sakaćenja.”¹

Kazne lišenja slobode imaju u to vrijeme sasvim sporednu ulogu, pojavljuju se u gradskim statutima kao kraće lišavanje slobode, bilo kao glavna ili kao supsidijarna kazna kad osuđeni ne može platiti novčanu kaznu.

Dakle, karakteristike kaznenog prava do druge polovice 18. stoljeća jesu:

- heterogenost - jer se zasnivalo na različitim, međusobno neusklađenim izvorima;
- arbitrarnost - budući da je omogućavalo samovolju i često je i samo bilo sredstvo nasilja;
- okrutnost - obilovalo je surovim kaznama, posebno smrtnom kaznom s raznovrsnim mukotrpnim oblicima, načinima izvršenja i tjelesnim kaznama sakaćenja, batinanja, bičevanja, kao i raznim difamantnim kaznama (npr. sramotni stup);
- „mračnjaštvo“ - sadržavalo je niz vjerskih i okultnih kaznenih djela (spaljivanje vještica);
- nejednakost - odražavalo je privilegirani položaj feudalne vladajuće klase;
- intimidacija i ekspijacija - zasnovanih na ideji terora;
- anakronizam - pojavom i jačanjem buržoazije, kao trećeg staleža, koja je počela tražiti određena prava s liberalističkih pozicija, jer takvo stanje i odnosi više nisu odgovarali postojećim klasnim odnosima i stanju.²

1.1. Utjecaj novih ideja i njihova realizacija u drugoj polovici 18. stoljeća

Epoha prosvjetiteljstva nameće novi pristup problemima kaznenog prava koje treba sagledati u svjetlu istaknutih filozofskih i političkih principa svojstvenih racionalizmu.

Razdoblje feudalizma nosilo je klice svojeg skorašnjeg preobražaja s početkom francuske buržoaske revolucije, a kojoj su prethodile ideje znamenitih autora poput nizozemskog filozofa *Grotiusa* (1583.-1645.),³ *Spinoze*, *Bacona*,

¹ Bačić, F., Opći pogled na srednjovjekovno krivično pravo, Zbornik PF Zagreb, 5/1988., str. 705. O tjelesnim kaznama vidi kod George Ryley Scott, The history of Corporal Punishment, London, 1968.

² Tako B. Zlatarić, Krivično pravo, Opći dio, Informator, Zagreb, 1977., str. 35.

³ On je učio da treba odvajati i razlikovati prirodno od božanskog prava, pravdu od njezine teološke osnove, dajući pravdi racionalističku bazu - da je nepravda sve ono što je protivno razumu; uspostavio je i teoriju o prirodnim pravima čovjeka kao vječitim i nepromjenjivim zahtjevima razuma i prirode - prema Bačić, F., Krivično pravo, Opći dio, III izdanje, Zagreb, 1986., str. 46. Grotius, De iure belli ac pacis - 1625 - detaljnije vidi Pfenninger, Der Begriff der Strafe untersucht an der Theorie des Hugo Grotius, 1897.

Hobbesa,⁴ Montesquieua⁵ (1689.-1755.) - (L' esprit des lois) - O duhu zakona, razvijajući teoriju o diobi vlasti; Rousseau⁶ (1712.-1788.) (Le contrat social) - Društveni ugovor, kojim propagira ideje o suverenosti naroda i jednakosti svih građana; Voltaire (1694.-1778.),⁷ koji u svojim mnogobrojnim radovima ustaje protiv strogosti i zabluda tadašnjeg kaznenog pravosuđa i pobornik je vjerske tolerancije.

Jedan od najznačajnijih autora je Talijan, Cesare Beccaria (1738.-1794.),⁸ koji je još 1764. izdao, najprije anonimno, knjižicu pod nazivom „O zločinima i kaznama“ („Dei delitti e delle pene“) pisano živim jezikom, iako nesistematično.⁹

Glavne Beccarijine poruke:

- Polazeći od koncepcije društvenog ugovora, na principima utilitarizma, zakon treba biti takav da ostvaruje što veću sreću podijeljenu između što više ljudi;
- Smisao je društvenog ugovora odstupanje od slobode samo toliko koliko je potrebno za opstanak zajednice, skup tih ustupljenih dijelova slobode zasniva pravo na kažnjavanje;
- Posljedica toga je da se samo zakonom mogu odrediti kazne za zločine - suveren može izdavati opće zakone, ali ih ne može sam suditi;
- Nepotrebno oštre kazne, i kad ne bi bile štetne, ipak se protive razumu i pravdnosti;

⁴ U Engleskoj pojava filozofa materijalističke orijentacije - engleski empirizam - svjedoči da se znanost oslobodila ropstva misli u koju ju je bila zakovala skolastika i religija. Posebno je značajno u političkom učenju Lockea jako naglašavanje individualističkog shvaćanja društvenog ugovora - (prema Bačiću - op. cit. str. 47) (detaljnije vidi Hobbes, De cive 1640, Leviathan 1651).

⁵ Ovaj pisac daje i svoj poseban sustav kaznenih djela i kazni za pojedine grupe djela. Zalaže se za sudsku samostalnost, što proizlazi iz poznate trodiobe vlasti, kao formule za otklanjanje zloporabe vlasti, načina kako da se zaštite prirodna prava čovjeka od samovolje vlade. On je protiv svirepih kazni i zahtijeva da se one humaniziraju. Smatra da u sredenom društvu blaže kazne bolje djeluju nego teže. Samo kazna koja je razmjerna s krivnjom, korisna je i nužna i osigurava i generalnu prevenciju. Osim toga, on u ime racionalnosti, svrsishodnosti i humanosti, a ne u ime odmazde, ističe princip razmjernosti djela i kazne. Također se zalaže za princip personalizacije i individualizacije kazne, a posebno značenje daje općoj prevenciji. - op. cit. str. 47.

⁶ J. J. Rousseau nije zahvatio mnogo kaznenopravnih problema, ali se ipak zanimao pitanjem osnova kazne i to sa svog stajališta društvenog ugovora. Cilj kazne je zaštita društva i pojedinca od delinkvenata, od onih koji krše društveni ugovor, smatra da su u pogledu kažnjavanja svi ljudi jednaki i da imaju prirodno pravo na slobodu i poštovanje ličnosti.

⁷ Cilj i opravdanje kazne on vidi u njezinoj korisnosti za društvo. I on je protiv surovih i nerazmjernih kazni, protivnik je smrtnih kazni. Žustro se borio u nizu sudskih procesa s vjerskom pozadinom ustajući protiv netolerancije i mračnjaštva, a zalažući se za slobodu savjesti.

⁸ „Pitomac pariskih jezuita, doktor prava, učenik i obožavatelj velikih francuskih filozofa i s talijanskim temperamentom prihvatio je nove ideje“. Naravno, tu se ne radi o nekim najoriginalnijim idejama, to je dobra, istina, nesistematična kompilacija novih ideja, misli koje su obuhvaćale najaktualnija pitanja, sadržana u jednoj maloj knjižici. Djelo u bitnom sadrži zaokruženi program kaznenopravnih reformi usmjerenih k prevenciji, a bazi učenja o društvenom ugovoru. Izvor kazne i kažnjavanja je taj ugovor.

⁹ O zločinima i kaznama, A. Cvitanić, Logos, Split, 1984. Tako i u R. Hippel, Deutsches Strafrecht, I.

- Sudovi nemaju pravo tumačiti zakone, to može samo zakonodavac, sudovi mogu samo logičkim zaključivanjem primjenjivati zakone - zakoni trebaju biti jasni i narodu razumljivi;

- Kazne trebaju biti razmjerne težini zločina;

- Svrha je kazne da se zločinac odvрати od povrata i da se ostali građani suzdrže od počinjenja kaznenih djela: glavna zapreka zločinu nije okrutnost, već neizbježnost kazne - što je veća kultura, to su ljudi osjetljiviji, pa i kazne trebaju biti blaže;

- Kazneni postupak mora se odvijati uz ograničenje istražnog zatvora, uz slobodnu ocjenu dokaza; mora biti javan, okrivljenom mora biti osigurana obrana, a tortura se mora odbaciti;

- Smrtna kazna, osim u izuzetnim stanjima, nije potrebna, nego je štetna; ona nije pravo, već rat nacije protiv jednog građanina;

- Bolje od kažnjavanja je sprečavanje zločina; zato treba imati jasne i jednostavne zakone, promicati prosvjetljenost, nagrađivati vrline i poboljšavati odgoj.¹⁰

Beccaria zaključuje ovako: „Da kazna ne bude nasilje koje čini pojedinac ili više njih nad jednim građaninom, ona mora biti javna, brza, nužna, što je moguće manja, u danim okolnostima primjerena težini kaznenog djela i zakonom određena.“¹¹

2. Kazneni zakoni prosvjetiteljskog razdoblja

I prije francuske buržoaske revolucije iz 1789. ideje prosvjetiteljstva odjeknule su u europskom kaznenom zakonodavstvu, ali su integralno bile provedene tek u zakonodavstvu francuske revolucije.

Više zakona iz 18. i početka 19. stoljeća plod su utjecaja prosvjetiteljske racionalističke misli.

Neposredan utjecaj Beccarijinih ideja došao je do izražaja u pojedinim zakonima tog vremena. Tako je u Toskani vojvoda Leopold izdao kazneni zakonik *Codice Leopoldino - 1786.*,¹² koji je izradila komisija s Beccariom na čelu. U tom zakoniku ukinuta je tortura, kazna konfiskacije imovine, žigosanja i sakaćenja, i što je najbitnije, smrtna kazna, ali koja je nakon nekoliko godina ponovno uvedena. *Codice Leopoldino* prva je europska kodifikacija u kojoj dolazi do izražaja novo, nastajuće kazneno pravo kontinentalne Europe.

Austrijski car Josip II. dao je 1787. g. kazneni zakonik,¹³ popularno nazvan *Josephina*, u kojem je napuštena smrtna kazna i sve tjelesne kazne sakaćenja, ali je zadržano žigosanje, šibanje i bičevanje. *Zabranjena je analogija i prvi put je u kazneno zakonodavstvo uvedeno načelo legaliteta kaznenih djela i kazni. Sudac je*

¹⁰ op. cit. str. 67.; Zlatarić, op. cit. str. 35.

¹¹ Prema A. Cvitanić, O zločinima i kaznama, Logos, Split, 1984.

¹² Taj zakon ublažio je strogost Josephine i nastojao je poboljšati uvjete izvršenja kazni. To je prvi kazneni zakonik na principima novih reformi.

¹³ Taj zakonik kao i Opći Zakonik Friedricha Velikog iz 1794. - zakon prosvijećenog apsolutizma - znače korak naprijed prema prijašnjem stanju. Novo u njima je manje strogosti, manji utjecaj religije i religioznih shvaćanja, ograničenje smrtne kazne, jačanje kazne lišenja slobode, jačanje principa legaliteta.

vezan za doslovnu primjenu zakona. Zakonik je jednostavan i razumljiv i sadrži samo materijalnopravne odredbe.

Pokušaj reforme u Rusiji pod Katarinom Velikom također je pod utjecajem Beccarijinih ideja, koje su u velikoj mjeri inspirirale caričine instrukcije komisiji za pripremu te reforme. I u ostvarenim reformama Friedricha Velikog u Pruskoj ukidanjem torture i ublažavanjem kazne, može se osjetiti utjecaj Beccarijinih ideja.

3. Kazneno pravo nakon francuske revolucije

Francuska revolucija donijela je epohalan društveni preobražaj u srcu Europe koji je nužno imao svoje reperkusije na čitav svijet. Ona je dovela do ukidanja feudalnih povlastica, do afirmacije principa slobode i jednakosti svih građana i do principa suverenosti.

Već na samom početku Konstituenta proglašava poznatu *Deklaraciju o pravima čovjeka i građanina*, 26. kolovoza 1789., koja sadrži principe od osobitog interesa za kazneno pravo. Naročito je značajan članak 8. Deklaracije, koji glasi: "Zakonom se mogu ustanoviti samo kazne koje su strogo i očito nužne. Nitko ne može biti kažnjen osim na osnovi zakona donesenog i proglašenog prije izvršenog kaznenog djela i zakonito primijenjenog".¹⁴ Time je u jednom povijesnom političkom dokumentu prvi put izraženo precizno načelo legaliteta u kaznenom pravu kao važna garancija od samovolje i arbitrarnosti koja je do tada vladala. Proklamira se jednakost svih pred zakonom i *presumpcija nevinosti*.

Ubrzo zatim proglašena je i jednakost svih pred kaznenim zakonom - 1790. g. uvedena je giljotina kao jedini oblik izvršenja smrtne kazne radi skraćivanja muka, ukinuta je konfiskacija, uvedena je porota u suđenju za zločine, a 6. listopada 1791. donijet je i prvi *revolucionarni kazneni zakonik, koji je podijeljen u dva dijela i tako postao prethodnik kasnije općenito usvojene podjele kaznenih zakonika na opći i posebni dio*.¹⁵ Zakonik stoji na principu čvrste zakonitosti, zbog nepovjerenja prema ranijem pravosuđu, sve kazne su apsolutno određene i sud nema nikakav prostor za odmjerenje kazne, *ne poznaje kaznu lišenja slobode u doživotnom trajanju*, znatno je humaniji od ranijeg kaznenog prava u Francuskoj jer ima samo 32 djela zapriječena smrtnom kaznom, dok ih je prije bilo 115, ne poznaje pomilovanje kako bi se osigurala prevaga zakona. Slabosti su mu što isključuje svaku individualizaciju, što sadrži i neke okrutne kazne (*lišenje slobode u okovima i uz smanjenje hrane*), što *težište stavlja na kaznu lišenja slobode kraj pomanjkanja zavoda za njeno izvršenje*.¹⁶

Vrijedno je istaknuti da je usprkos revolucionarnom vremenu u kojem su ljudi u punim kolima izvodili pod giljotinu, postojala je tendencija za ukidanjem smrtne kazne i da je jedan zakon iz 1795. g. propisao ovo: „Od dana kad se proglašio opći mir, ukinut će se smrtna kazna u Francuskoj.“ Međutim, taj zakon nije u Francuskoj nikad proveden.¹⁷

¹⁴ Zlatarić, B., Krivično pravo, Opći dio, Informator, Zagreb, 1977., str. 37.

¹⁵ Ovaj zakon znači revolucionarno odvajanje od feudalnog kaznenog prava, oštar prijelaz u novo.

¹⁶ Zlatarić, B., Krivično pravo, Opći dio, Informator, Zagreb, str. 38.

¹⁷ op. cit. str. 38.

3.1. Kazneni zakonik (*Code penal*) iz 1791. godine

Ovim zakonikom je prvi put u povijesti čovječanstva doista ostvarena jednakost svih građana pred zakonom. Uspostavljena je sasvim nova koncepcija kaznenog zakonodavstva. Ovaj zakonik sadrži odredbe materijalnog kaznenog prava i uspostavlja podjelu na opći i posebni dio, što postaje model u većini kasnijih kaznenih zakona. Provedeno je načelo zakonitosti djela i kazne. Doslovna primjena načela zakonitosti dovela je do njegove krajnosti, tako da je u posebnom dijelu, u katalogu inkriminacija, za svako kazneno djelo bila propisana, odnosno apsolutno određena kazna. Ovaj zakon pokušao je uspostaviti sustav kazni lišenja slobode s različitim trajanjem i težinom njezina izdržavanja. Ukinuta je mogućnost pomilovanja radi uspostave svemoći zakona.¹⁸

3.1.1. Kazneni zakonik iz 1810. godine "Code Napoleon"- Napoleonova kodifikacija

Francuska je poslije revolucije ušla u period despotske i osvajačke vladavine Napoleona, koji je u svojim rukama koncentrirao svu vlast (konzulat i carstvo 1799.-1814.). Međutim, usprkos takovoj vladavini, Napoleonova je velika zasluga na kodifikacijskom planu. Osim poznatog civilnog kodeksa (*Code Napoleon*), donio je 1808. g. zakonik o kaznenom postupku (*Code d'instruction criminelle*) i 1810. g. *kazneni zakonik Code penal*. Oba zakonika iz oblasti kaznenog prava stupila su na snagu 1.1. 1811., jer je u međuvremenu trebalo provesti i reorganizaciju pravosuđa. Napoleonov kazneni zakonik stoji čvrsto na principu legaliteta kaznenih djela i kazni, zasnovan je na temeljima utilitarizma (po engleskom filozofu Benthamu), svrha je kazne zaštita društva putem zastrašivanja uslijed strogosti kazni, povećan je i broj kapitalnih kaznenih djela prema prijašnjem revolucionarnom kaznenom zakoniku iz 1791. g., kazne nisu više apsolutno propisane i sudu se ostavlja izvjestan prostor pri odmjeravanju kazne. Opet se uvodi pomilovanje kao prerogativa šefa države; kaznena djela klasificiraju se u tri kategorije po težini, odnosno na zločine, prijestupe i prekršaje (*crimes, delits, contraventions*), čemu je prilagođena i sudska organizacija.

Dobre su strane tog zakonika njegova jasnoća, jednostavnost, klasifikacija kaznenih djela po prirodi, barem mala mogućnost individualizacije, a najjača strana, svakako, princip legaliteta.

Slabosti su mu u tome što nisu dovoljno razrađeni neki opći instituti kaznenog prava, što je zakonik u velikoj mjeri pravna konstrukcija, što se počinitelj kaznenog djela u tom zakoniku pojavljuje kao apstraktno biće i svi su u pogledu jednakog kaznenog djela jednaki, pa ih u principu treba stići jednaka kazna.

Napoleonov zakonik bio je uveden i u našim krajevima 1812. u Ilirskim provincijama (u Zapadnoj Koruškoj, Goriciji, Trstu, Kranjskoj, civilnoj Hrvatskoj i Vojnoj krajini, Dalmaciji, Istri i Dubrovniku), ali praktički nije ni primjenjivan budući da su te oblasti godinu kasnije pripojene Austriji.

¹⁸ O tome opširnije vidi: Horvatić, Ž., *Kazneno pravo, Opći dio*, Zagreb, 1999., str. 67.

3.2. Bavarski Kazneni zakonik iz 1813. g. - Paul Anselm Feuerbach

U Njemačkoj, koja je na početku 19. stoljeća bila podijeljena na veći broj državnica feudalnog i apsolutističko-policijskog karaktera, kaznenopravna misao bila je obilježena filozofskim koncepcijama Kanta i Hegela, koji su opravdanje kažnjavanja vidjeli u prošlom događaju, a ne u nekoj svrsi, i to Kant u postulatu apsolutne pravednosti, a Hegel u dijalektičkoj trijadi (teza - antiteza - sinteza).

Nove ideje u kazneno pravo unosi Paul Anselm Feuerbach (1775.-1833.), osobito sa svojom teorijom psihološke prisile.¹⁹ Država je dužna osigurati poredak sprječavanjem kaznenih djela i ona to čini uporabom prisile. Kako za to nije dostatna fizička sila, država mora posegnuti za psihičkom prisilom u formi prijetnje kaznom da bi na taj način motivima za izvršenje kaznenih djela koji bi se pojavili kod građana suprotstavila svoj protumotiv.

Strah pred kaznom treba osigurati ponašanje u skladu s pravom. Kazna u tom smislu treba djelovati na sve građane, njena svrha je generalna prevencija.

Da bi kazna mogla djelovati kao protumotiv, ona mora biti zakonom unaprijed propisana, dakle „nulla poena sine lege“, pretpostavka za kaznu je počinjeni zločin i zato „nulla poena sine crimine“. Znači, prijetnja kaznom mora biti ozbiljno zamišljena i zato se kazna mora nadovezati na svaki zločin - „nullum crimen sine poena legali“. Iz tih triju izreka znanost je formulirala fundamentalno načelo kaznenog prava „nullum crimen, nulla poena sine lege“.²⁰

U ovom zakonu otklanja se ideja o odgojnoj funkciji kaznenog zakona kao nespojiva s koncepcijom liberalne države.

Smrtne kazne su česte. Postoji i doživotna kazna lišenja slobode u okovima, kazna batinjanja i sl.

Feuerbachova teorija o kazni kao psihološkoj prinudi polazi od čovjeka kao egoističnog bića. Ako se radi o takovom biću, ako se hoće spriječiti povrede pravnog poretka, nije dovoljna fizička prinuda već se uz nju mora primijeniti i psihološka prinuda kao kontrast za nagone i motive počinitelja da izvrši kazneno djelo. Taj nagon može biti otklonjen ako svatko zna da će za svoje djelo zaslužiti zlo, koje je teže nego nezadovoljstvo što nije mogao udovoljiti nagonu da izvrši djelo. Na toj osnovi onda nastaje teorija generalne prevencije putem zastrašivanja, koja je značajna za zakone 19. stoljeća. Teorija vodi do zahtjeva za težim kaznama jer je njeno težište na zakonskoj prijetnji kaznom. *Ona pretpostavlja i ima za posljedicu vrlo stroge kazne, koje prelaze stupanj krivnje, kao i veliku strogost u izvršenju kaznenih sankcija.*

Realizacija ove koncepcije nameće kaznenom pravu i druge posebne zahtjeve; ona traži da zakon unaprijed odredi djelo i kaznu. U kritici teorije ovoj koncepciji se predbacuje jednostranost u određivanju ciljeva kažnjavanja kao generalne prevencije, i to u jednom njezinom aspektu, a to je zastrašivanje, te strogost u zakonskom određivanju kazne.

Na taj način je Feuerbach teorijskim putem u njemačku znanost uveo načelo legaliteta, kao što je ono u Francuskoj uvedeno revolucionarnim putem.

¹⁹ Vidi: F. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16. i 17. izd.; Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I. II., Maurach, R., Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, IV. Aufl., 1971.

²⁰ Prema B. Zlatarić, Krivično pravo, Informator, Zagreb, 1977., str. 39.

3.3. Utjecaj francuskog Code penala i bavarskog kaznenog zakonika na druga zakonodavstva

Napoleonov kazneni zakonik iz 1810. g. i bavarski kazneni zakonik iz 1813. g., predstavljaju dva kodifikacijska djela koja su bila uzor kaznenim zakonima donijetim u 19. stoljeću. Veći je bio utjecaj francuskog zakonika jer ga je odlikovala jasnoća i praktičnost, a ujedno je odgovarao koncepcijama mladog buržoaskog društva pružajući dovoljnu zaštitu privatnoj imovini.

Provedenom reformom 1832. g. francuski kazneni zakonik je znatno ublažen, smanjen je broj kapitalnih djela i uveden je institut olakotnih okolnosti. Time ujedno započinje naglašeno liberalna orijentacija buržoaskog zakonodavstva, koja svoj vrhunac doživljava u Francuskoj 1848. g., *ukidanjem smrtne kazne za političke zločine*. Proces se nastavlja 1863. g., kada je izvršena korekcija velikog broja zločina koji su prebačeni u kategoriju prijestupa.

Jak utjecaj francuskog kaznenog zakonodavstva osjećao se u zakonodavstvu Španjolske (1822. i 1848.), Grčke (1824.), Brazila (1830.), Pruske (1851.), Portugala (1852.), Turske (1858.), Belgije (1867.) i Japana (1880.).

Nešto slabiji utjecaj imao je francuski kazneni zakonik na inače vrlo originalan nizozemski kazneni zakonik iz 1881. g., te na tehnički najsavršeniji, talijanski kazneni zakonik iz 1889. tzv. Codice Zanardelli.

Bavarski kazneni zakonik utjecao je na zakonodavstva većeg broja njemačkih državnica, na neka kantonalna zakonodavstva Švicarske i na kazneni zakonik Švedske iz 1864. godine.

3.4. Pruski kazneni zakon iz 1851. godine

Za ovaj zakon, za vrijeme u kojem je donijet, može se reći da se odlikuje humanim kaznenim sustavom. Značajno je da se sucu daje sloboda u odmjeravanju kazni uzimanjem u obzir olakotnih okolnosti. Bio je osnova za donošenje kaznenog zakona sjevernoameričkog saveza iz 1870., te je postankom njemačke carevine 1871. postao kazneni zakon za tu državu. Ti zakoni su poboljšano i reafirmirano izdanje pruskog zakona iz 1851. g. Tu se povezuje njemački liberalni duh prosvjetiteljske epohe s idejama Kanta, Hegela i Feuerbacha. Misao vodilja je generalna prevencija putem pravedne odmazde.²¹

3.5. Cesarski patent od 27. svibnja 1852. godine

Austrijski kazneni zakon iz 1852. g.²² ili, kako se popularno naziva, zakon Franje Josipa I., sadrži samo materijalno pravne odredbe²³. Sadrži ukupno 532

²¹ Tako F. Bačić, *Krivično pravo*, Opći dio, Zagreb, 1986., str. 53.

²² Hrvatski zakoni, Knjiga XV, Četvrto nepromijenjeno izdanje, uredio dr. Josip Šilović, Kr. J.R. sveuč. prof., 1921., tisak i naklada. ST. KUGLI, Knjižara Kraljevskog sveučilišta Jugoslavenske akademije, Zagreb.

²³ Za razliku od Austrijskog KZ iz 1803. g. - koji je još uvijek sadržao i materijalno pravne i procesnepravne odredbe - raden je pod utjecajem Feuerbacha.

paragrafa i podijeljen je na opći dio (od 1.-233. paragrafa) i posebni dio (od 233.-532. paragrafa).²⁴

Ukratko, predviđao je za zločine smrtnu kaznu i strogu tamnicu, a za učinioce prekršaja novčanu kaznu (globu), gubitak robe, pojedinih stvari ili prava i povlastica, kućni zatvor, strogi zatvor i izgon.

Zakon stoji na stajalištu da je zločin veći što je veće razmišljanje. Predviđao je pooštrenje kazne tamnice i lišenja slobode postom, batinanjem i šibanjem.

Pri prihvaćanju olakotnih okolnosti također se, u pravilu, nije mogla promijeniti ni vrsta ni mjera kazne predviđena za određeno kazneno djelo.

Prisutno je i izvanredno ublažavanje kazne.

U posebnoj dijelu, osim nekoliko primjera kad su smrtna kazna ili kazna tamnice u doživotnom trajanju apsolutno određene za zločine, predviđeni su relativno široki kazneni okviri kazne lišenja slobode, dok su za prijestupe i prekršaje nerijetko alternativno zapriječene dvije vrste kazne.

U našim zemljama bio je na snazi skoro 80 godina.

U ovom zakonu svrha kazne nije posebno označena i počiva na principu odmazde - na zasluženoj kazni. Postoji razdioba nakane i nehata. Granica odgovornosti je 14. godina. Uvodi dužnost rada za utamničene. Poznaje institut neubrojivosti, ali ga nije definirao, kao i početak odgojnih mjera za maloljetnike.

U Glavi II. *O kažnjenju zločinstva uobće*, Glavne vrste kazne, paragrafu 12. su smrt i utamničenje.²⁵

„Stupnji kazne tamničine § 13.:

a) po razlici strogosti - dijeli se na dva stupnja

I stupanj - tamnica

II stupanj - „težka tamnica“

§ 15.- stupanj prvi

„kaznenik se drži bez okova, ali zatvoren na tiesno i o hrani takovoj, ne dopušta mu se sastanak s nikim, ni dogovor u kojem jeziku, kojega ne razumije nastojnik“.

§ 16. - stupanj drugi

„drži se u okovima na nogama“

§ 17. Stupnji kazne tamničine

b) po trajanju ili doživotna ili vremenita

Najkraće trajanje vremenite kazne je šest mjeseci, a najdulje 20. godina. Teče od dana pravomoćnosti osude.

²⁴ Autor smatra bitnim Kazneni zakon o zločinstvima, prestupima i prekršajima poglavito zato što se primjenjivao na pravnom području Hrvatske i Slavonije, te pravnom području Slovenije i Dalmacije, u kojima je do 1852. g. vladalo običajno pravo i neki ugarski zakoni.

²⁵ Smrtna kazna izvršava se vješanjem.

Skopčane radnje kazni tamničnoj primjerene:

§ 18. „u svezi s kaznom tamnice je i dužnost radnje“

Na istom mjestu u zakonu se spominje i „*uvjetni dopust*“ (i to prema Zakonu od 22. IV. 1875.) - ob uvjetnom dopustu kaznenika:²⁶

„Ban može na prijedlog upraviteljstva kaznionice, kazneniku koji je osuđen na vremenitu kaznu i koji se u kaznionici besprijeckorno ponašao podijeliti na njegovu zamolbu uvjetni dopust.

- Prvi put osuđeni nakon pretrpljene 1/2 kazne,
- Drugi put osuđeni nakon 3/4 kazne
- Više puta - *isključen je uvjetni dopust*
- Može se opozvati u svako doba
- O opozivu odlučuje ban

§ 19. Pooštrenja kazni tamničine

Kazan tamničine pooštriti se još može:

- a) *postom*
- b) *tvrdim ležajem*
- c) *zatvorom samotnim ne više od 1. mjesec*
- d) *zatvorom samotnim u mračnoj izbi - ne više od 3. dana*
- e) *batinanjem ili šibanjem*
- f) *izgonom iz zemlje nakon podnešene kazne*

Batiranje je ukinuto Zakonskim člankom Sabora 1873. i određeno je najviše 30 udaraca kod batiranja.

§ 20. *Post*

Samo o kruhu i vodi i nikada dva dana uzastopno.

§ 21. *Tvrdo leže*

- na golim daskama i ne više od tri puta na tjedan

§ 22. *Zatvor samotni - ne može trajati dulje od jednog mjeseca.*

§ 23. *Zatvor samotni u mračnoj izbi - ne smije trajati neprekidno dulje od tri dana*

§ 24. *ova ustanova ukinuta je 1872.*

§ 25. *Izgon iz zemlje - „može se upotrijebiti samo suprot zločincem inozemnim.“*

²⁶ Napomena: Podaci prema bilješkama s priprema za polaganje završnog ispita poslijediplomskog studija 1995. i bilješke od 28.10.1996.

U drugom dijelu ovog značajnog zakonika pod nazivom „O prestupcih i prekršajih“ u paragrafu 240. navedene su kazne za prestupe i prekršaje i to:

- *globom,*
- *gubitkom prava i povlastica,*
- *zatvorom,*
- *bijenjem,*
- *otpravljanjem iz kojeg mjesta,*
- *otpravljanjem iz koje krunovine ili*
- *otpravljanjem iz svih krunovina cesarevine austrijske*

§ 244.-246. objašnjava zatvor koji se sastoji iz dva stupnja i tzv. „zatvor domaći“ koji se može izreći „budi na samo obećanje osuđenika da se neće udaljiti, budi metnuvši mu stražu“.

§ 247. govori o duljini trajanja zatvora. On ne može biti kraći od 24 sata ni dulji od 6 mjeseci.

Dakle, glavni izvor postojećeg kaznenog prava u Hrvatskoj i Slavoniji je zakon o zločinima, prestupcima i prekršajima od 27. svibnja 1852. (kom. XXXVI. drž. zak. lista br. 117.). Njime su stavljeni „izvan kreposti svi zakoni, naredbe i običaji, koji su gledom na predmete kaznenog zakona do onda bili u životu“.²⁷

Kazneni zakon je kasnije s više zakona preinačen, odnosno nadopunjen. Neki od značajnijih su:

- zak. članak hrv. Sabora od 20. listopada 1872., kojim se ukida kazan bijenjem u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji (br. 43. zbornika iz 1875. godine)
- zakon od 22. travnja 1875. o uvjetnom dopustu kaznenika (br. 23. zbornika iz 1875. godine)
- zakon od 27. svibnja 1875. o ukinuću okova (br. 26. zbornika iz 1875. godine)
- zakon od 10. lipnja 1890. o posljedicama kaznenih osuda i kazni (br. 50. zbornika iz 1890. godine)²⁸
- zakon od 16. travnja 1902. o prijetvoru zatvora drugoga stupnja u globu i o istjerivanju globe (broj 26 zbornika iz 1902. godine).²⁹

²⁷ Šilović, J. po dru. Janki, Kazнено pravo, Znanstvena knjižica što je izdaje Kr. Hrv. - Slav. Dalm. zemalj. vlada. Odio za bogoštovlje i nastavu. Svezak II., Kr. S.R. u Kralj. Sveučilištu Franje Josipa I. u Zagrebu. Drugo popravljeno izdanje. U Zagrebu, 1902., str. 27.

²⁸ Prema Šilovićevu udžbeniku po dru. Janki iz 1902., str. 27.

²⁹ Prema Šilovićevu udžbeniku iz 1913. Kazнено pravo, po dru. K. Janki, Peto popunjeno izdanje, Znanstvena knjižica što je izdaje Kr. Hrv.-Slav.-Dalm. zemaljska vlada, Odio za bogoštovlje i nastavu, Razdio I., Svezak II., U Zagrebu 1913., str. 39.

Takvo stajalište nalazimo i u dra. Karla Janke, Das oesterreichische Strafrecht, dopunjeno od dra. Emilijana v. Kallina, 1902., potom opširnije se može vidjeti kod Stossa i v. Künstberg, Allgemeine Bestimmungen oesterreichischen Strafgesetzbücher, 1909.

* * *

Austrijski kazneni zakon iz 1852. godine, općenito uzevši, stoji na klasičnim principima, a karakteriziraju ga obilježja autoritativnog, apsolutističkog režima, koji u pojedinim fragmentima naznačuje jedan nov pristup promišljanju svrhe kažnjavanja. Može se naslutiti koncept specijalnopreventivnog učinka kažnjavanja, i to ne više samo u njegovu vulgarnom smislu sprječavanja povrata, već posebno kada je riječ o kategoriji „nedoraslih“, te postojanju „osobito olakotnih okolnosti“ u smislu preodgoja. Na to upućuju i odredbe o izvršenju kazne lišenja slobode, tamnice odnosno zatvora.

Više-manje na istim pozicijama stoje i nešto kasniji zakoni: pruski, općenjemački, ugarski. U tom pogledu i hrvatsko kazneno zakonodavstvo nedvojbeno pripada redu onih koja slijede suvremene filozofske trendove i praksu kažnjavanja.

Naime, polovica devetnaestog stoljeća označava tendenciju ka tzv. tretmanskoj kazni.

„Tretmanska orijentacija“ u kažnjavanju podrazumijeva prije svega dva postulata: postulat individualizacije kazne pri čemu se u sve manjoj mjeri radi o pukom odmjerenju kazne, sve više o izboru vrste i mjere kazne, i postulat tzv. resocijativne kazne. Prvi put se u kaznenom pravu naslućuje danas poznata sumnja u generalnopreventivni učinak kazne. Pomak k antropocentrizmu je u najmanju ruku human. Naime, porast kriminala s jedne strane i sve veća stopa povrata s druge strane ukazivali su da „klasični instrumentarij“ više nije odgovarao zahtjevima vremena.

Geneza dviju novih sankcija kaznenog prava: uvjetne osude i dviju sigurnosnih mjera, predstavlja značajni pomak.

Ideja uvjetne osude u suvremenom smislu i prva iskustva njezina oživotvorenja, bili su tada otprilike jednako stari, no ona nije potjecala s europskog kontinenta. Četrdesetih godina devetnaestog stoljeća u engleskom gradu Birminghamu, navodno, izvjesni sudac Hill „kad mu je mladi čovjek, koji je slučajno posrnuo, bio predveden, ako je bilo nade, da će se popraviti i ako se našlo lice, koje ga je uzelo pod svoju zaštitu, nije ga sudio, nego ga je pustio, ali mu je zaprijetio, ako se ponovno vrati k njemu radi učinjenog djela, da će ga osuditi i za ovo djelo, koje je učinio, i za drugo kazneno djelo, radi kojeg bude priveden“.³⁰ Iz 1869. g. datira zakon dopunjen 1878. g. kojim je u američkoj državi Massachussets određeno da „mladoga delinkventa ne sudi sud, ako je prvi put posrnuo, nego ga metne pod zaštitni nadzor“. Na taj način je formalno koncipiran sustav probacije koji općenito obuhvaća tri elementa:

1. počinitelju kaznenog djela koji je proglašen krivim nakon svojevrsne kriminološke ekspertize odlaže izricanje kazne;
2. uvjetno osuđena osoba stavlja se pod nadzor, povjerava se određenoj osobi koja s njom surađuje i pomaže joj u dobrom ponašanju kako bi iskoristila šansu da joj u roku kušnje ne bude izrečena kazna;
3. za primjenu uvjetne osude potreban je prethodni pristanak počinitelja kaznenog djela.

³⁰ Šilović, J., Frank, S., Kazneno pravo prema krivičnom zakonu od 27. januara 1929. i zakonu o izvršenju kazni lišenja slobode od 16. februara 1929. Opći dio, Zagreb, 1929., str. 175.

Na europskom kontinentu realizirana je ista ideja 1884. godine kada je senator Berenger podnio francuskom senatu prijedlog zakona o uvjetnoj osudi (*la condamnation conditionelle*). Berengerov projekt razlikuje se od probacijskog sustava u tome što:

a) Sud nakon što proglasi optuženika krivim, izriče mu kaznu uz klauzulu da se ona neće izvršiti, ukoliko dotični u roku kušnje ne počini novo kazneno djelo.

b) Francuski model nije predviđao odgojni nadzor. Osuđeni je za vrijeme roka kušnje prepušten samom sebi, bez unaprijed organizirane pomoći.

c) Ovaj model ne traži prethodni prethodni pristanak počinitelja kaznenog djela.

U svibnju 1888., prije nego je Berengerov projekt ozakonjen (1891. g.), donijet je odgovarajući zakon u Belgiji. Tadašnji belgijski ministar pravosuđa Le Jeune zapisao je, prema Šiloviću, sljedeće:

„Imade mnogo ljudi, za koje se sva težina kazni nalazi već u samoj osudi, izrečenoj protiv njih, imade ih koji pomisao na svoje mile i drage izručene njihovim izbijanjem gladu i nevolji tako muči u zatvoru, da trpe mnogo više nego li su zaslužili. Tu zatvor rijetko uzrokuje moralni popravak, a veoma često degradira zatvorenika i pripravlja za povrat. Zatvor nije svagdje nužan za ekspijaciju, dok je moralna depresija, što je osjeti moralno čuvstvo, društvena pogibelj. Stoga, misli vlada, da zakon mora ovlastiti suca, da odgodi nastup kazne, kad bude mislio, da se okrivljeni može uvrstiti među one ljude, za koje je dovoljna kazan sramota i strah, što no su ih pretrpjeli zbog same osude.“³¹

Od tada suspenzija kazne, pod stanovitim materijalnim i formalnim uvjetima, zaživjet će u kaznenom zakonodavstvu, a svoj procvat doživjet će tek u ovom stoljeću.

Tako je u Hrvatskoj donijet Zakon o uvjetnom osuđenju 25. kolovoza 1916. Autor ovog zakona je sam profesor Šilović, koji nacrt je izradio još 1907., te ga poslao svom učitelju profesoru Lisztu u Berlin, da mu profesor kaže svoje primjedbe.

Drugi važan događaj na kaznenopravnom obzorju, koji rječito svjedoči u prilog definiranju klasičnog koncepta svrhe kažnjavanja, odnosi se na uvođenje u sustav sankcija tzv. sigurnosnih mjera. Distinkcija između kazne i sigurnosnih mjera kao dva različita tipa kaznenih sankcija upravo počiva na temelju poimanja svrhe. Tako je klasicizam u kaznenom pravu prevladan novim principom o svrsi i razlogu kazne.

Ideja prevencije sazrela je, a u nekim elementima realizirana je još u 18. stoljeću. Tako *Code penal* poznaje „delinkventa iz navike“. Kazneni zakonici Sicilije iz 1819. g. i Njemačke iz 1871. g. te neki drugi zakoni predviđaju „nuzkazne“ ili sporedne kazne koje asociraju na sigurnosne mjere.

Neki također u francuskom Zakonu o relegaciji recidivista, profesionalnih delinkvenata i delinkvenata iz navike, iz 1885. g. vide isto.³²

³¹ Šilović, J., Frank, S., op. cit. str. 176.

³² Takvo stajalište neki drže pogrešnim. Tako Cvitanović, L., Svrha kažnjavanja u suvremenom kaznenom pravu, Zagreb, listopada 1997. (disertacija), str. 205.

Nizozemski kazneni zakonik iz 1881. g. smatran je jednim od najmodernijih kodifikacija druge polovice 19. stoljeća, koji poznaje stanovite mjere inspirirane pozitivističkom filozofijom.³³

Portugalski kazneni zakonik iz 1886. g. direktno spominje „opasnost počinitelja“ kao uvjete za izricanje određenih sankcija unaprijed određenih slučajeva kod kojih se ta opasnost pretpostavlja.

Međutim, dva kaznena zakonika, od kojih je jedan ostao samo projekt, svjedoče u prilog novom „smjeru“. To su talijanski kazneni zakonik iz 1889. g., tzv. *Codice Zanardelli*, i projekt općeg dijela švicarskog kaznenog zakonika profesora u Bernu, *Carla Stossa* iz 1893. godine.

Talijanski kazneni zakonik, koji je usklađivan niz godina, sadrži elemente koji u svakom slučaju predstavljaju novinu. Tako je ovaj zakonik poznao „policijski nadzor“ nakon izdržane kazne i posebne preventivne mjere za neubrojive i smanjeno ubrojive počinitelje.

Codice Zanardelli predstavljao je jedan od najsavršenijih zakona svoga vremena i ostao je na snazi do 1930. g., kada ga zamjenjuje novi zakonik *Codice Rocco*. Kao takav izvršio je znatan utjecaj na zakonodavstvo, posebice južnoameričkih država, te Turske - 1926. g. Zakonik prihvaća dvodiobu kažnjivih djela na delikte i prekršaje, ne poznaje smrtnu kaznu, već umjesto nje predviđa kaznu doživotnog zatvora. Osim ove kazne zatvora počiniteljima se mogu izreći još tri vrste kazne oduzimanja slobode:

- za zločine kazna robije (*la reclusione*) i zatočenja (*la detenzione*), a za prekršaje kazna zatvora (*il arresto*). Također predviđa progresivni irski sustav kazne oduzimanja slobode. U sustavu kazni predviđa i konfinaciju od mjesec dana do tri godine koja se sastojala u prisilnom boravku osuđenog u određenoj općini najmanje 60 km od mjesta boravka oštećenog. Za laka kaznena djela predviđena je mogućnost izricanja sudske opomene koja se izriče uz jamstvo (kauciju) da u određenom roku osuđenik neće počinuti novo kazneno djelo. Po uzoru na njemačko zakonodavstvo predviđa i posebnu globu koja se izriče uz novčanu kaznu te izvan građanskopravne odgovornosti za štetu kao satisfakcija oštećeniku. Za maloljetnike predviđa reducirani sustav kažnjavanja, spominje olakotne okolnosti te daje ovlasti sudu da u slučaju njihova postojanja ublaži kaznu do jedne šestine.

Dakle, unatoč načelima i postavkama klasične škole, *Codice Zanardelli* dobrim dijelom inspiriran je pozitivizmom.

Projekt *Carla Stossa*, iako polazi s pozicija klasicizma, također je prihvatio nove ideje kako bi se na taj način suprotstavilo narastajućem kriminalu. „Kaznu opravdava ali i ograničava njezin cilj: otkloniti kazneno djelo i osigurati zaštitu“ zapisao je Stoss u svom „Lehrbuchu“. Prvi put u kaznenom pravu doslovno se spominju sigurnosne mjere kao poseban tip kaznenih sankcija za tzv. „opasne“ počinitelje. Opasnost delinkventa postaje zakonski pojam i temeljni kriterij razlikovanja sigurnosne mjere spram kazne. Sigurnosna mjera nasuprot kazni i admonitivnim sankcijama postaje samostalna kaznenopravna sankcija sa svojom specifičnom svrhom, u kojoj

³³ Upućivanje u zavode prosjaka i drugih „marginalnih elemenata“.

se upravo krije bit razlike sigurnosnih mjera od kazni i admonitivnih sankcija. Stoga se i dosljednije u Stossovom projektu razlikuju kazne od sigurnosnih mjera, za razliku od Zanardellijevog kodeksa koji je sankcije koje očito spadaju u kategoriju sigurnosnih mjera nazivao kaznama.

Sličan prigovor upućuje se i nekim kasnijim kaznenim zakonima, na primjer, u poznatom norveškom kaznenom zakoniku iz 1902. godine.

Međutim, bez obzira na navedene prigovore, bitno je istaknuti da se od Stossovog projekta može govoriti o dvostrukom kolosijeku u kaznenom pravu, čime je uspostavljena nova konstelacija u sustavu sankcija, koja se zasniva na dualizmu kaznenih sankcija: sigurnosnih mjera i kazne, što će postati temeljnom odrednicom većine suvremenih pluralističkih sustava.

Nadalje, Stossov projekt razlikuje „osobne“ i „stvarne“ sigurnosne mjere, a osobito su prilagođene povratnicima, koji, za razliku od francuskog modela, nisu definirani pravno već kriminološki. Projekt predviđa ove sigurnosne mjere:

- internaciju povratnika u trajanju od 10. do 20. godina, uz mogućnost uvjetnog otpusta nakon pet godina. Mjera je zamišljena kao supstitucija za kaznu koja svakako mora biti dugotrajnija;

- upućivanje u zavod za rad skitnica i besposličara u trajanju od 1. do 3. godine, uz kaznu zatvora ili supstitucija za nju;

- zabrana posjećivanja krčmi u trajanju od 1. do 5. godina za one koji su djelo počinili u alkoholiziranom stanju, primjenjuje se uz kaznu;

- upućivanje u zavod za liječenje od alkoholizma u trajanju od 1. do 2. godine, primjenjuje se uz kaznu;

- oduzimanje predmeta;

- zabrana obavljanja zanimanja;

- tzv. „preventivna kaucija“ (jamčevina) kao preddeliktna mjera, pri čemu potencijalni počinitelj mora položiti određeni novčani iznos koji mu se, ukoliko u stanovitom roku kušnje - do dvije godine ne počini novo kazneno djelo, vraća.

Stossov projekt uz sustav mjera sigurnosti obuhvaćao je s aspekta kaznenog prava odnosno kažnjavanja i druge ne manje bitne novine:

- uveo je pojam smanjene ubrojivosti, unatoč svojedobnom prigovoru Liszta da nema prijelaznih stanja između uračunljivosti i neuračunljivosti;

- predviđao je poseban kazneno pravni režim za maloljetnike;

- uvjetnu osudu francusko-belgijskog tipa, itd.;

- pojednostavljuje sustav kazni na način da nema smrtne kazne a prevladavaju kazne oduzimanja slobode robija i zatvor uz obvezan rad;

- kazna je utemeljena na krivnji, no valjalo je dokazati ne samo pretpostavku krivnje („sposobnost ubroja“, uračunljivost) već i tzv. sposobnost spoznaje kazne (poenae capitalis).

Pod poenae capitalis „razumjevamo sposobnost spoznati kazan odmazdom i poukom, reakcijom proti zlu, jer komu manjka sposobnost spoznati kazan, nesposoban je pretrpjeti kaznan. Naime, kazna služi ciljevima, o kojima država u zaštitu pravnih dobara nastoji. Država neka ne kazni, kad taj cilj manjka. Pravno dobro zaštićuje država psihičnim djelovanjem, kojim kazan na zločinca djeluje. Ovo djelovanje svrha je kazni. Shvati li zločinac kaznu odmazdom, koju mu država za počinjeni zločin u

javnom interesu nanaša, biti će mu ova reakcija poukom, po kojoj će daljnji svoj život udesiti.“³⁴

Takvu sposobnost ili kapacitet redovito nemaju malodobnici te Stossov projekt predviđa njihovo upućivanje u popravni zavod („popravnionicu za mladenačke zločince“) na jednu do šest godina, ali nikad preko punoljetnosti, uz mogućnost uvjetnog otpusta. Međutim, interesantan je zaključak da isti kapacitet, „via facti“, nemaju niti multirecidivisti, te upravo s toga prema njima valja primijeniti posebne kaznenopravne sankcije. Razvidno je da se još tada spoznalo da povratnik, a posebno višestruki povratnik nije ništa drugo nego živi dokaz nedjelotvornosti kaznenog sustava te cjelokupne kriminalne politike.

Stossovo djelo učinilo je presudan utjecaj u smislu modernizacije kaznenog zakonodavstva početkom 20. stoljeća, a o istom se pozitivno izjasnio i Franz von Liszt, koji je Carla Stossa pozvao da predaje u Beču 1896. g. Iste godine projekt je postao dostupan javnosti te se ujedno ova godina uzima kao početak neoklasicizma u kaznenom pravu. Međutim, ovaj projekt postao je zakonom tek 1937. g., a stupio je na snagu 1942. godine (dakle vacatio legis od punih pet godina).

3.6. Osnova novoga Kaznenoga zakona o zločinstvih i prestupnih za Kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju uz obrazloženje (1879) („Derenčinov projekt“)³⁵

Ovaj zakon sastoji se od 422 paragrafa; podijeljen je na opći i posebni dio. Glava V. §37. odnosi se na kazne:

- ◆ smrtna kazna (vješanjem i strijeljanjem)

- ◆ robija
 - vremenita od 1 do 20. godina
 - doživotna

- ◆ državna uza
 - najmanje 1 dan do 5. godina
- ◆ uza

- ◆ novčana kazna
 - samostalna
 - uzgredna

³⁴ U literaturi je na taj način opisivana poenae capitalis. Tako Hoenigsberg, 1902., str. 763. (prema Cvitanoviću).

³⁵ Dr. Marijan Derenčin - izdao Kr.vladin odjel za pravosude u Zagrebu, Tiskara „Narodnih Novinah“ 1879. O tome vidi u E. Ullmann, Bemerkungen zu dem ersten Theile des Entwurfs eines Strafgesetzes für die Königreiche Kroatien und Slavonien, g. XXXII. Sv. 6 i .7.

Paragrafima 52-55 reguliran je uvjetni otpust i njegov opoziv. Nenaplativa novčana kazna može se zamijeniti zatvorom. Uz kaznu slobode može se izreći *redarstvena pazka* (§67), a protjerivanje može biti vremenito i trajno (§ 68).

Samo obrazloženje važnije je od samoga zakona. Ovaj zakon u biti usvaja trodiobu kažnjivih „činah“, iako su u nazivu samo dva - zločinstva i prestupci. Dr. Marijan Derenčin smatra da je Austrijski zakon iz 1852. g. koji usvaja trodiobu kažnjivih ponašanja, da „umnaža zločinstva, steže broj prestupaka i smješava ih s prekršajima.“

Kazna treba biti pravedna, odnosno odgovarati stupnju objektivne i subjektivne kažnjivosti osuđenika. Stoji na principu legaliteta. Kao zločinstvo i prestupak kažnjava se samo ono kažnjivo djelo koje je nakanom počinjeno. Iznimno se kažnjava djelo iz nepažnje (culpa). Ne sadrži definiciju dolusa i culpe, što dr. M. Derenčin obrazlaže da je to zato što dotadašnji pokušaji definiranja nisu uspjeli već su i suca zavodili na stranputice da takve definicije nije moguće ustanoviti zakonom. Djelo nije kažnjivo ako je počinjeno u nesvjestici ili kada mu je duševno djelovanje bilo tako zaustavljeno da nije mogao slobodnom voljom upravljati.³⁶ Nije kažnjiva nužna obrana i krajnja nužda. Granica kažnjivosti je 16. g. On zamjera austrijskom zakonu iz 1852. da je dobna granica previsoko postavljena za potpunu neodgovornost a u njegovom projektu on predviđa 12. g. Kažnjenik kaznu mora osjetiti kao zlo, ali kazna ne smije biti okrutna i nemoralna. Insistira ne na strogosti nego na izvjesnosti kazne. Nema smrtno kazne i doživotne robije koje su apsolutno zapriječene.

Apsolutno je propisana kazna za umorstvo.

Protivnik je smrtno kazne jer je nedjeljiva, neopoziva i samim tim nepravdna. Međutim nije je izbacio iz sustava kazni uz obrazloženje da svijest naroda nije dovoljno razvijena, te zato u smrtnoj kazni ne vidi nepravdu. Smrtna kazna za političke delikte je prema ovom projektu ukinuta. Njegovom Osnovom ustanovljen je minimum i maksimum kazne slobode, a napominje se da je ustanovljen jedini posredni zavod - Lepoglava³⁷.

Naime, tadašnji predstojnik kr. vladinog odjela za pravosuđe dr. Marijan Derenčin, podnio je predstavkom od 3. studenoga 1879. banu Ivanu Mažuraniću, svoju osnovu novoga kaznenoga zakona o zločinstvima i prestupcima za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju.

Derenčinova osnova veoma je povoljno ocijenjena.³⁸

³⁶ Po ugledu na Code Penal.

³⁷ M. Derenčin u svojoj Osnovi usvaja progresivni sustav izdržavanja kazne lišenja slobode.

³⁸ Recenzirali su je:

- Tauffer: „(der kroatische Strafgesetzentwurf im Vergleiche den Bestimmungen des neuen ungarischen Strafgesetzes und des österreichischen Strafgesetzentwurfes, 1880.);

- Schwarze (des kroatische Strafgesetzentwurf, u Gerichtssaal, god. XXXI., sv. 8);

- Ullmann (Bemerkungen zu dem ersten Theile des Entwurfs eines Strafgesetzes für die Königreiche Kroatien und Slavonien, u istom listu, god. XXXII., sv. 6. i 7.);

- Brusa (il progetto di Codice penale croato, u Rivista di Discipline Carcerarie, sv. 6.);

- Ružić (osnova ocjene kaznenoga zakona, u Mjesečniku, 1880.);

Osobito je radosno pozdravio Derenčinovu osnovu Pravo - i državoslovni fakultet kr. sveučilišta Franje Josipa I. u Zagrebu.³⁹

Pred kraj 1882. godine kraljevska vlada „sazvala“ je anketu sastavljenu od teoretičara i praktičara da se izjasne ne samo o glavnim načelima već i o pojedinim ustanovama osnove novoga kaznenog zakona. Anketu su činili: dr. Derenčin, kao predstojnik, vitez Cuculić, dr. Čakančić, Vj. Klein, dr. Makanec, dr. Mazzura, dr. Pliverić, M. Savić, dr. Nap. Špun-Strižić i M. Šušković, kao članovi P. Jurković i A. Markulin kao perovođe. Vijećanje je započelo 20. studenoga 1882. i trajalo je do 14. prosinca 1882. Održano je osam sjednica a „pretresene“ su tri prve glave osnove, 43 paragrafa. Međutim, anketa nije dalje nastavljena.

Tako je u Hrvatskoj i Slavoniji ostao na snazi i dalje zakon od 27. svibnja 1852.

* * *

Derenčinova osnova u cijelosti stoji na pozicijama suvremene kaznenopravne znanosti svoga doba.

Od važnijih rješenja „Derenčinove osnove“ treba spomenuti sljedeće:

U pogledu klasifikacije kažnjivih ponašanja Derenčinova osnova je slijedom francuskog odnosno austrijskog zakonodavstva podržala trihotomiju, trodiobu, kažnjivih djela. Zločinstva u općem i užem smislu te prestupke, a prekršaji su upućeni na poseban zakon. Motiv za to, kako sam autor navodi, bio je taj „što se je u našoj domovini ovaj sustav udomio uvedenjem austrijskog kaznenoga zakona od godine 1852. tako da mu se i pravnici i nepravnici tečajem više od dvadeset godina priviknuti“, a osim toga je „taj sistem usvojen od pretežne većine kaznenih zakonika“, te napokon „znamenito olahkočuje redakciju zakona samoga“.

- profesorski zbor Pravo i državoslovnoga fakulteta sveučilišta Franje Josipa I. u Zagrebu (Mnijenje prof. zbora pravo. i državoslovnoga fakulteta u sveučilištu Franje Josipa I. u Zagrebu o osnovi novoga kaz. zakona o zločinstvima i prestupcima, 1881.);

- Makanec (kazan smrti, 1881.);

- Körösi (u mađarskom pravničkom časopisu „Jogtudományi Közlöny“, 1880.);

- Löw (u mađarskom pravničkom mjesečniku „Magyar Igazságügy“, knj. XII., 1880, sv. 2.)“.

Prema Šilovićevu udžbeniku Kazneno pravo po dru. Janki iz 1913., str. 35.

³⁹ „Kako je uopće poznata nesavršenost i manjkavost dosadanjega, te upravo stoga potreba novog kaz. zakonika, nije ni čudo, da se fakultet ovaj osobito uzradovao, kad mu je u ruke stigla osnova izrađena velikom pomnjom, te odgovarajući s jedne strane stanju današnje kriminalne znanosti i novijem razvitku kaznenoga zakonodavstva, s druge pak strane obazirući se na potrebe, na stanje i položaj našega naroda.

Fakultet ovaj rado izjavljuje, da u spomenutoj osnovi i njenu obrazloženju u tom proizvodu dugotrajnoga, napornoga i savjesnog studija, nazire znamenitu polugu napretka našega kaznenog zakonodavstva, kao i zametak i klicu razvoja literature hrvatske na polju kaznenoga prava.

Istinitost temeljnih principa, shodnost razredbe materijala te opravdanost pretežne većine pojedinih ustanova osnove osigurava joj odlično mjesto među novim proizvodima kaznenog zakonodavstva, domovini pak našoj pruža valjan temelj, na kojem će sagraditi toli nužna zgrada novoga kaznenoga zakona“, op. cit. str. 36.

Zanimljivo je Derenčinovo rješenje glede institucije „nebrojivosti“ (paragrafi 17., 18., 19. i 20.), koji institut svrstava među razloge koji „ukidaju Kazan“, međutim u obrazloženju doslovno kaže: „Pravo države kazniti zločinca osniva se na općenito prihvaćenoj pretpostavi, da se samo zrieli i duševno zdrav čovjek, koj je dovoljnom snagom slobodne volje kadar odoljeti nagonu, koj ga na zlo djelo ćera, smije za takovo djelo na odgovornost pozvati“. Nesumjivo je da je Derenčin samo iz tradicionalnih razloga „ubrojivost“ vezao uz kaznu. Niti njemački zakon iz 1871., paragraf 51., niti ugarski k.z. iz 1878. paragraf 76., čijim se odredbama rukovodio, izrijeком ne spominju odgovornost (krivnju), već samo slobodnu volju, smatrajući pak „nebrojivost“ razlogom zbog kojega „ne predleži kažnjivo djelo“ (radnja).

Dobna granica kaznene odgovornosti - što je jedna od značajnijih novina u odnosu na zakon iz 1852. g., podignuta je sa 10. na 12. godina (tzv. apsolutna neodgovornost) odnosno sa 12. na 16. (tzv. relativna neodgovornost: „ako nije dozrio da do spoznanja kažnjivosti počinjena djela“ - paragraf 24. - po uzoru je na odgovarajuću instituciju francuskog kaznenoga zakonodavstva. Nakon 16. godine života, ranije 14. godina, postoji opća pretpostvka o uračunljivosti malodobnika.

Četdesetak članaka Derenčin je u glavi V. posvetio reguliranju kaznenih sankcija.

Obrazlažući „kazan smrti“ Derenčin studiozno navodi sve argumente i protuargumente, s obzirom na činjenicu da se, kako sam kaže, „o dokinuću kazne smrti bije u znanosti i zakonodavnih skupštinah žestok boj“. Nakon što je iznio različita shvaćanja o ovoj problematici te analizirao važeće kaznenopravne sustave Austrije, Ugarske, Francuske, Engleske i drugih zemalja, iznosi vlastite argumente, objašnjavajući razloge zašto Osnova ne dokida „kazan smrti“. Glede kazne smrti Derenčin nastoji naći „srednji put“ tako da ukida kazan smrti za „politička zločinstva“, a za „zločin umorstva“ predviđena je „samo ako je isto promišljeno izvedeno“. Smrtna kazna predviđena je za zločin razbojnoga ubojstva, i to poradi razloga „što u našoj domovini razbojstva žalibože nisu riedka“. Smrtna kazna je predviđena i za pokušano zločinstvo veleizdaje „ako mu je predmetom osoba kralja“.

Bilo je to znatno ograničenje primjene smrtno kazne u odnosu na postojeći austrijski kazneni zakon iz 1852. g. temeljem kojega je u razdoblju od 1864. do 1876. u Hrvatskoj i Slavoniji izrečeno 89 smrtnih osuda.

Uvriježenoj tradiciji odgovara normativno rješenje temeljem kojega Derenčinova osnova „ne dopušta sudcu da kazan smrti zamjeni kaznom slobode, jer je u hrvatskom narodu duboki korien uhvatila misao, da samo kraljeva milost može oprostiti kazan smrti, ter ovaj nazor učvrstila je dugotrajna moć austrijskih zakonah“. Zaključuje Derenčin „kazan smrti uništjuje krivca, kazan slobode hoće da ga uzdrži, da ga popravljena povrati čovječanskom društvu. Stoga bi zakonodavac „učinio veliku pogrješku, da prepusti razboru suca, da li ju (kazan smrti) hoće izreći ili zamieniti kaznom slobode“ odnosno prepustio bi slučaju da riješi, da li će se uporabiti kazan smrti ili ne, jer senat slučajno sastavljen od većine protivnikah kazne smrti nebi je izrekao ni u najtežem slučaju“.

Raspravljajući u obrazloženju o „kaznama slobode“ Derenčin se ne upušta u različite teorije o svrsi kazne niti prijepore u svezi pravilne definicije kazne već jednostavno ističe nekoliko glavnih načela „po kojima država ima kazniti“.

Na prvom mjestu „kazna ima biti pravedna“ odmjerena prema zlu djelu krivca, koji ima trpjeti toliko koliko je zaslužio. No, „iako kaznu, da ista odgovori svojemu

pojmu, mora kaznenik osjetiti kao zlo temeljna je njezina funkcija da ga uvjeri o dužnosti štovati zakon i kaniti se zla". Stoga kazna ne smije biti nemoralna i okrutna.

U nekoliko riječi u obrazloženju Derenčin je dao elemente suvremene filozofije kažnjavanja, dakako imajući u vidu kaznu *oduzimanja slobode*. Distanca od preko stotinu godina u razvitku kaznenopravne i penalne znanosti nije u bitnome oduzela ništa od njezine vrijednosti, nego rječito svjedoči o samome autoru, kojega nedvojbeno možemo smatrati jednim od preteča moderne znanosti o izvršenju kaznenih sankcija. Upravo u toj domeni Derenčinova osnova učinila je i najveći iskorak ispred svoga vremena. Ovaj iskorak odnosi se na kaznu slobode i kaznionu u kojima se ona ima ostvariti.

Kao što je u uvodu o Osnovi navedeno, „kazne slobode” detaljnije su regulirane paragrafom 37 te paragrafom 37 do 57. Derenčin također komentira i tadašnju aktualnu dilemu u pogledu pitanja unifikacije kazne slobode i ne slaže se s mišljenjem Beltrani-Scalie koji se zauzima za unificirani zakonski sustav kazne slobode koji bi se „kaznioničkim nutarnjim redom, ustanovljen svestrano zakonom, mogao skoro individualizirati”. Izuzetak bi predstavljali tzv. politički zločini.

Derenčin smatra da postoje važni razlozi koji ne preporučuju takav sustav. Prvo, jer „dopuštajući iznimku za politička zločinstva, slabi vjeru u njegovu apsolutnu pravednost”. Drugo, jer „pravna sviest puka nazrieva u vrsti određene kazne izraz o naravi počinjenog delikta. Kazna se mora očitovati u formi, koju svako lahko poima, što će najbolje polučiti, ako se ustanovi više vrsta kaznah”. Tako za Derenčina nije pitanje da li nego koliko kazni ustanoviti.

Najteži oblik kazne oduzimanja slobode je *robija* - doživotna ili vremenita (paragraf 51.). Vremenita u trajanju od 1 do 20 godina, kao i u zakonu na snazi, dok npr. tadašnji ugarski i njemački kazneni zaknici predviđaju opći maksimum 15. godina; talijanski 25. godina.

Prema zamisli o unutarnjem uređenju *kazniona* u kojima bi se realizirao, ovaj bi sustav obuhvaćao tri temeljne forme:

a) samotni zatvor, b) zajednički zatvor, c) mješoviti kaznionički sustav.

Derenčinova temeljna misao bila je postupnim ublažavanjem kazne odgojiti kaznenika njegovim sudjelovanjem za slobodu.

U naprijed navedenom obliku ovaj sustav je među prvima primijenjen na europskom kontinentu i u kraljevskoj zemaljskoj kaznioni Lepoglava.

Nadalje, raspravljajući o kazni robije Derenčin se posebno osvrće na njezino trajanje. Tako, kaznu doživotne robije smatra „karikom među kaznom smrtnom i vremenitom kaznom slobode”. Poznati su mu stavovi i argumenti kritičara ove kazne, poglavito onaj da „ista stoji u opreci sa svrhom kazne, da lišavajuć kaznenika slobode do smrti, nije podobna podticati ga da se poboljša”. On smatra da ovaj prigovor „nemože učiniti nazočnoj osnovi” budući ova „naređuje, da i kaznenik osuđen na doživotnu kaznu slobode, može, ako se poboljša „ne gledeć na previšnje pomilovanje postati dionikom otpusta”. Naime, kada bi prethodni prigovor i bio neoporeciv, s obzirom na neznatni broj „zločinstvah” za koja je zapriječena kazna smrtna, njezino postojanje - kao „karika” čini se nužnim, i s aspekta istih onih razloga koji opravdavaju samu smrtnu kaznu, apsolutno opravdanim. I takva, manje je zlo od potonje.

Glede vremenite kazne robije Derenčin misli da robija koja traje dulje od deset godina više je podobna osujetiti nego promicati svrhu kazne.

U pogledu načina izvršenja sukladno paragrafu 39. Derenčinove osnove, osuđeni na robiju čuvaju se u kaznionama - za muške samostalna kazniona u Lepoglavi i ženska u Zagrebu. Osuđenici na robiju imaju obvezu raditi: „imadu se baviti radnjami uvedenimi u zavodu, a pod nadzorom i izvan kaznion prema svojim sposobnostima i odnošajima“.

Samotni zatvor je imao trajati najviše jednu četvrtinu kazne (paragraf 41.), izuzev u slučaju osuđenih na doživotnu robiju, kada bi imao trajati najviše prvih deset godina (paragraf 44.). Izvan toga, primjenjivao bi se kao „disciplinarna“ kazna. Derenčin u ovom projektu predviđa dva važna ograničenja ovog modaliteta kažnjavanja:

- prvo (paragraf 42.), kojim se propisuje da se samotni zatvor „neima odrediti proti onim kaznenikom, koji ga ne bi mogli podnostiti, a da fizično ili duševno nebole i

- drugo (paragraf 43.), da se za druge polovice kazne neima kaznenik čuvati u samotnom zatvoru izuzev u slučaju disciplinarne kazne.

Nakon što bi u samotnom i skupnom zatvoru proveli najmanje dvije četvrtine kazne te „ako su svojim dobrim ponašanjem i marljivošću pokazali, da su se poboljšali bili bi premješteni u posredni zavod u kojemu će pretrpiti preostali dio kazne ili iz kojega će biti uvjetno otpušteni (paragraf 45.).

Osim robije Derenčinov projekt predviđa još dvije kazne slobode: državnu uzdu i uzdu. Općenito se može reći da je blaži režim državne uze koja se izvršavala pri sudbenim stolovima, a ne u kaznionu, jer je ona po svojoj naravi custodia honesta, izvjestan privilegij. Tako npr. osuđeni na državnu uzdu „ne smiju se primorati na radnju, već im se slobodno prema propisom kućnog reda baviti se radnjom koju sami odaberu te se mogu o svom trošku hraniti. No, da bi takva kazna ipak bila „osjetljiva“, Derenčin ovoj kategoriji osuđenih namjenjuje čuvanje u što strožem zatvoru, kao i zabranu „obćenja s osobama, koji nad njimi nevrše pazke osim ako to prieka nužda ne zahtjeva“.

Kazna uze predviđena je kao kazna srednje vrste između dvije gore opisane. Izvršava se ili u „sudbenih uzah“ poput kazne državne uze ili u kaznionah poput kazne robije. Specifična razlika između dvije potonje jest u radnoj obvezi. Osuđeni na uzdu „imadu se primorati da se bave radnjom, odgovarajućim njihovim sposobnostima i odnošajem“, no za rad izvan kaznion, mogu, za razliku od osuđenih na kaznu robije, uporabiti samo njihovom pravilom. I ova kategorija osuđenika, poput onih osuđenih na kaznu državne uze, „unutar granicah ustanovljenih kućnim redom, može sama, birati radnju, kojom se želi baviti, ali pod uvjetom da su naknadili štetu učinjenu kažnjivim svojim djelom, namirili troškove kaznenog postupka i pružili sigurnost za namirenje ovršno-kaznenih troškovah“. Ukoliko su ovi uvjeti ispunjeni, mogu se takvi osuđenici, a koji su kako u Osnovi stoji „dostojni osobitih obzira“, osudom osloboditi radne obveze.

Za razliku od sustava izvršenja državne uze, osuđenima na uzdu nije dopušteno hraniti se o vlastitom trošku, s razlogom, smatra Derenčin, jer „nije probitačno prenieti u kaznionu razliku među bogatim i siromakom“.

Budući da je kazna uze često kratkog trajanja, ne bi je bilo moguće izvršavati na način kako je to predviđeno za kaznu roblje.

Iz svega, razvidno je da Derenčin kazni državne uze pridaje značaj *custodiae honestae*, predviđenu za posebnu kategoriju tzv. političkih delinkvenata. Pored toga, sudac je „u slučajevah, u kojih je krivac vriedan osobitih obzirah“ ovlašten kaznu uze pretvoriti u državnu uzu. S tim u svezi Derenčin iznosi važnu kriminalnopolitičku konstataciju da „zločinac osuđen na takovu kazan nije dakle tako duboko pao, da bi ga samo smrt mogla izmiriti s društvom, a što se napose tiče političkih zločinstvah“. Iz istih razloga u Osnovi nije za ovu vrstu kazne predviđeno doživotno trajanje.

U paragrafima 52. do 58. Derenčinovog projekta regulirana je materija *uvjetnog otpusta*. Derenčin ukazuje na *raison d'être* ovim riječima: „da kaznenih, koj je za stanovita perioda pružio dokazah o svom poboljšanju, bude oslobođen prije, nego li je pretrpio svekoliku kazan pod uvjetom, da se u slobodi pošteno ponaša, i pod prietnjom, da će se u protivnu slučaju opozvati podijeljena mu blagodat“. On je duboko uvjeren da je „poboljšanje kaznenikah“, što bi smo danas nazvali preodgoj, prva i najvažnija svrha kažnjavanja, a u tom kontekstu uvjetni otpust jedan od značajnih mehanizama njezine realizacije. Unatoč činjenici „da se iz dobra ponašanja kaznenika u kaznioni ne može uvijek s potpunim umirenjem zaključiti na njegovo poboljšanje jer ima kaznenikah koji licemjernim svojim ponašanjem znadu prevariti i najopreznijega ravnatelja“, Derenčin ukazuje na statističke podatke koji bjelodano potvrđuju da „među oduštenim kaznenicima ima manje priupadnikah, nego li među osuđenim radi manjih kažnjivih dielah“. „Priupadništvo“, kao rječiti dokaz nedjelotvornosti kaznioničkoga sustava, tipično je za većinu kaznenika (koji najčešće postaju priupadnici odmah čim izstupe iz kaznionu). Upravo uvjetni otpust trebao bi izmijeniti takvo stanje: „opozivni otpust djelovat će u tom obziru blagotvorno, jer će se kaznenik za uvjetna oslobođenja čuvati što više može, napeti sve svoje sile, da ne počini ništa, što bi ga i opet dovelo u kaznionu“. Nedvojbeno, na taj način, Derenčin potvrđuje svoje opredjeljenje za individualizaciju i resocijalizaciju u kaznenom pravu, posebno naglašavajući segment izvršenja kazne, što u potpunosti odgovara tadašnjim trendovima.

Derenčin izražava sumnju u mogućnost valjane klasifikacije kažnjjenika po motivima kaznenih djela. Stoga i za ovu kategoriju vrijede opći uvjeti temeljem kojih se mogu otpustiti svi oni „osuđeni na roblju i nalazeći se u posrednom zavodu, koji su u tom zavodu i u kaznioni sproveli ukupno godinu danah i pretrpjeli tri četvrtine dosuđene im kazni“, dakako, „ako su se ponašali tako, da su učvrstili nadu u njihovo poboljšanje, i ako se u obće može od njih očekivati, da u slobodi neće biti na štetu javnomu poredku i da će se besprikorno ponašati“. Uz ove uvjete mogu se otpustiti čak i kaznenici osuđeni na doživotnu roblju, ako su pretrpjeli 15 godina kazne, a osuđeni na državnu uzu i uzu mogu se otpustiti „makar se i nenalazili u posrednom zavodu.“ Cijelo vrijeme otpusta kažnjjenik se nalazi pod „redarstvenom pazkom“. Otpust će biti opozvan „ako odstupnik povriedi dužnosti naložene mu redarstvenim propisi, ili u kojem slučaju „se ima primorati, da pretrpi neizvršeni ostatak kaznem na koju je osuđen“.

Pored kazni oduzimanja slobode Derenčinova osnova poznaje i novčanu kaznu (globu - paragraf 59.), bilo kao samostalnu ili kao sporednu kaznu, ovisno o tome o

kakvom se tipu kažnjivog djela radi. Za „prestupke“ moguće je izreći novčanu kaznu kao samostalnu ili uzgrednu, a za „zločinstva“ isključivo kao sporednu. Osnova se priklanja modelu talijanskog odnosno ugarskog zakona ustanovljujući i minimum i maksimum. To se odnosi i na institut supletornog zatvora (paragraf 60.) kojim se zamjenjuje „neučeriva kazan novčana“.

Također, Derenčinova osnova predviđa još jednu vrstu sankcija koje on sam naziva „nuzkaznama“, no koje dobrim dijelom odgovaraju pojmu „sigurnosnih mjera“. Tako u paragrafu 66. propisuje da se „onomu, koj je, izvršujući liečničko, tehničko ili ino zvanje, za koje je propisana osobita nauka ili vještina, hotimice počinio zločinstvo ili prestupnik, može izvršivanje toga zvanja zabraniti od 1. do 10. godina, dapače pri osobitoj pogibelji i za uvijek“. Ukoliko bi, pak, djelo počinio „s neznanja i nevještine... ima mu se izvršivanje zvanja zabraniti dotle, dok pred nadležnom oblasti nedokaže, da je stekao zahtjevano znanje i vještinu“. Unatoč jednom čistom retributivnom odnosno represivnom detalju (zabrana obavljanja zvanja „pri osobitoj pogibelji“ zauvijek), moguće je složiti se s autorom u njegovoj konstataciji da „ustanove sadržane u ovih paragrafih naravi su preventivne, ter odgovaraju načelom usvojenim od svih novijih zakonarstvih“.

Posljednja u nizu „nuzkaznah“ koja u biti odgovara suvremenoj instituciji pravnih posljedica osude („nečastne posljedice kaznah“), jest „gubitak ureda i obustava političkih prava“ (što je regulirano paragrafima 69.-73.). Ista se ima primijeniti prema osuđenima na smrt ili na robiju, te u svim slučajevima koji su izričito navedeni u posebnom dijelu. Bez sumnje i odredba 74.-tog paragrafa ima retributivni karakter koja „za trajanje kazne slobode“ utvrđuje zabranu osuđeniku“ izvršavati nijednoga od javnih uredah, službah ili inih zvanjah, političkih prava (...) upotrebljavati naslovah, nositi redovah i odlikovanjah (...), pa čak niti uživati plaće, inih berivah, mirovine, provizije ili milostinje skopčane sa spomenutimi uredi, službami i odlikovanji“.

Veliku pozornost Derenčin u svojoj Osnovi pridaje instituciji izbora vrste i mjere kazne koja je označena u *Glavi VI. pod nazivom „Ob odmjeri i pretvaranju kazne“*. Temeljno pravilo izraženo je u paragrafu 75. koji se utvrđuje da „sudac može mienjati vrsti kazne samo u slučajevih, u kojih mu to zakon izričito dopušta“, odnosno, „mora suditi unutar kaznenih stavakah, ustanovljenih zakonom“ pri čemu Osnova prihvaća sustav „maksimah i minima kazne u obće“.

Pri izboru među različitim vrstama kazne slobode „sudac mora uzeti u obzir potiče li djelo iz prezirna mišljenja, mišljenja krivca (zapravo kompleks činjenica vezanih za krivnju počinitelja) općenito, kao i težinu kaznjiva djela“. Pri izboru između kazne slobode i novčane kazne, pak, propisuje se da „sudac može u slučajevah, vriednih obzira, suditi na novčanu kaznu i to posve ili od česti“. Posebno se navode uvjeti kada je sudac ovlašten „mjesto kazne uze, određene zakonom, suditi na kazan državne uze“. Derenčinova Osnova načelno prihvaća sustav relativno određenih kazni, s tim da su općenito kazneni okviri, odnosno kazne blaži nego u tada vrijedećem zakonu. Također treba spomenuti mogućnost alternacije, što Osnovu čini još fleksibilnijom.

Specifičnost Derenčinove osnove sastoji se i u tome što nisu posebno nabrojene otegotne i olakotne okolnosti za koje autor Osnove smatra da to nije nužno - „raznolikost slučajevah, kojimi rađa život, izključuje baš mogućnost izbrojiti

taksativno momente, koji uplivaju na veću ili manju kaznjivost čina, a pogotovu nije moguće ni pomisliti na to, da bi se pojedinim od tih okolnostih dosudila zakonom moć, kojom će uplivati na odmjeru kazne“. Nadalje, Derenčin ističe da „nije moguće taksirati ni vrijednost pojedinih tih okolnostih za ustanovljenje stupnja kaznjivosti“. Jednostavno, „prepušta se razboru suca u skladu s kriminalnom filozofijom da unutar kaznenih stavakah prema subjektivnim i objektivnim momentom kažnjiva čina, prema okolnostim, koje njegovu kaznjivost povećavaju ili umanjuju, odmjeri pravednu kaznu“.

Iz svega može se zaključiti da Derenčinov projekt ostavlja dosta prostora za individualizaciju kazne.

Na ovom mjestu svakako treba spomenuti Derenčinovo poimanje problema povrata - „priupadništva“. *Osnova u općem dijelu ne sadrži posebnu odredbu o strožem kažnjavanju povratnika, već to rješava u posebnom dijelu normirajući pojedine delikte, propisujući „kazan strožu, za one, kod kojih se po naravi njihovoj dade od priupadništva zaključiti na ukorienjenu sklonost počiniti isto zločinstvo, ili bar zločinstvo iste vrsti, potičući iz istoga kaznjivoga nagona, koja sklonost, koje nagnuće pruža dokaz intenzivnije zločinstvene volje, zaslužujuće oštriju represiju“.* Radi se o deliktima krađe, skrivanja, razbojstva, razbojničkog globljenja, prevare. Ovakvo shvaćanje bilo je u skladu s tada vladajućim, odnosno prihvaćenim rješenjima europskog zakonodavstva o strožem kažnjavanju povratnika, bilo da je dotična materija riješena na način kao u Derenčinovom projektu /tako u njemačkom, ugarskom, austrijskom/, ili je ista normirana u općem dijelu /kao u francuskom, talijanskom, švicarskom zakonodavstvu/. Tek suvremeno kazneno pravo odustaje od strožeg kažnjavanja povratnika zbog očiglednog nesuglasja takvog rješenja s temeljnim kaznenopravnim principom - principom krivnje.

Gledajući s aspekta jedne povijesne distance jasno je da je kazneno pravo Derenčinovog doba stvorilo temelje za razvitak koji će uslijediti, i to ponajprije na polju sankcija. Hrvatsko kazneno pravo krajem 19. stoljeća načelno slijedi suvremene tendencije prije svega u domeni kazne. To se ujedno odnosi i na problem svrhe kažnjavanja, gdje se prihvaćajući najznačajnija postignuća klasične misli, postupno promovira jedan srednji put u filozofiji kažnjavanja. Pozitivistička orijentacija k specijalnopreventivnom učinku kazne, individualizaciji i resocijalizaciji u hrvatskim je znanstvenim krugovima od početka imala značajno uporište. Problematika kaznenopravnih sankcija postala je jedan od najdinamičnijih područja promišljanja. Raste zanimanje za penološke aspekte kriminalne politike, u prvom redu, kazne oduzimanja slobode, pa se i pitanju svrhe kažnjavanja prilazi najprije s tog aspekta. Međutim, možemo konstatirati, da su sve to bili samo počeci, u Derenčinovu projektu, austrijskom kaznenom zakonu iz 1852. g., nema posebne odredbe o svrsi kažnjavanja, što opet ukazuje na pretežito retributivističku, klasicističku koncepciju kazne. U Hrvatskoj, kako sam Derenčin kazuje, još se nisu stekli uvjeti za ukidanje smrtno kazne, iako je istu u svojoj Osnovi značajno ograničio. Krajem stoljeća tek započinju rasprave o uvođenju novih institucija kaznenog prava: „uvjetnog izrečenja kazne“, odnosno progona na zahtjev povređenika i sigurnosnih mjera. U formalnom smislu, još nije otvoren „drugi kolosijek“ na planu sankcija, već se učinak sigurnosnih mjera još uvijek očekuje od kazne. Ukratko, hrvatsko kazneno zakonodavstvo negdje je „na pola puta“ između nedavnog gotovo srednjovjekovnog i suvremenog prava kojemu

je Hrvatska težila. Ipak, valja opetovano istaknuti: hrvatsko kazneno zakonodavstvo krajem 19. stoljeća, a imajući u vidu i koncept kažnjavanja, zasigurno zaslužuje pozitivnu ocjenu.

4. Zaključak

Budući je uz dijelove rada dato obrazloženje, iste zaključke na ovom mjestu nećemo ponavljati. Ovaj dio rada „rezerviran“ je za nekoliko važnijih promišljanja, značajki koje se odnose na kazneno zakonodavstvo krajem 19. stoljeća.

Kroz prikazana zakonodavstva i njihovu analizu vidljivo je što je dala Francuska revolucija i pravo nakon nje. Glede značajki kaznenog zakonodavstva 19. stoljeća navest ćemo najbitnije. Načelo zakonitosti ostaje jedno od temeljnih načela. Kaznenopravna represija u odnosu na zakonodavstvo s početka stoljeća znatno je blaža. Smanjuju se tjelesne kazne te broj kaznenih djela za koja je bila propisana kapitalna (smrtna) kazna, koja je bila ukinuta ili ograničena. Uvodi se institut uvjetnog otpusta, olakotne okolnosti kod izbora vrste i mjere kazne. Pojavljuje se mogućnost supstitucije kazne sudskom opomenom te mogućnost odlaganja izricanja ili izvršenja kazne. Značajna je daljnja afirmacija kazne lišenja slobode uz preobražaj sustava izvršenja te kazne, koja postaje najčešće primjenjivanom kaznom. Propisivanjem alternativnih kazni i povećavanjem raspona između najmanje i najveće propisane mjere određene kazne omogućava se veća individualizacija. Za maloljetne počinitelje naziru se pokušaji uvođenja posebnih kaznenopravnih sankcija. Prema maloljetnicima izriču se opće, ali umanjene kazne. U posljednjim zakonima donijetim krajem 19. stoljeća nazire se začetak novih sankcija - mjera sigurnosti. Na području kazne zatvora ističe se raznolikost oblika izdržavanja te kazne i njezino stupnjevanje.

Literatura

- Bačić, F., Opći pogled na srednjovjekovno krivično pravo, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 5/1988.
- Bačić, F., Krivično pravo, Opći dio, III. izmjenjeno izdanje, Zagreb, 1986.
- Bačić, F., Sto godina od Derenčinove osnove kaznenog zakona, Naša Zakonitost, Zagreb, 32/1979. (11-12).
- Cvitanić, A., O zločinima i kaznama, Logos, Split, 1984.
- Cvitanović, L., Svrha kažnjavanja u suvremenom kaznenom pravu, Zagreb, 1997. (disertacija) (neobjavljeno)
- Grotius, H., De iure belli ac pacis, prema Pfenninger, Der begriff der Strafe untersucht an der Theorie des Hugo Grotius, 1897.
- Hippel, R., Deutsches Strafrecht, I.
- Hippel, R., Lehrbuch des Strafrechts, 1932.
- Horvatić, Ž., Novoselec, P., Kazneno pravo, Opći dio, I. poglavlje (Ž. Horvatić), Zagreb, 1999.
- Kallin, E., Das oesterreichische Strafrecht, 1902.
- Künstberg, V., Allgemeine Bestimmungen oesterreichischen Strafgesetzbücher, 1909.
- Liszt, F.v., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, (1881), 10 Aufl., (...) Berlin 1900.
- Liszt F.v., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21. und 22. Auflage, Berlin, 1919.
- Maurach, R., Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, IV. izd., 1971.
- Scott, G.R., The history of Corporal Punishment, London, 1968.

- Šilović, J. Hrvatski zakoni, Knjiga XV., IV. neizmijenjeno izdanje, Kr.J.R., Zagreb, 1921.
 Šilović, J. po dru Janki, Kazneno pravo, Znanstvena knjižnica, Zagreb, 1902.
 Šilović, J. po dru Janki, Kazneno pravo, Peto popunjeno izdanje, U Zagrebu, 1913.
 Tauffer, E., Der Kroatische Strafgesetzentwurf im Vergleiche den Bestimmungen des neuen ungarischen Strafgesetzes und des oesterreichischen Strafgesetzentwurfes, 1880.
 Ullmann, E., Bemerkungen zu dem ersten Theile des Entwurfs eines Strafgesetzes für die Königreiche Kroatien und Slavonien.

Izvori (zakonski tekstovi)

- Šilović, J., Kazneni zakon o zločinstvih prestupcih i prekršajih od 27. svibnja 1852., Knjižara Kraljevskog sveučilišta i Jugoslavenske akademije, Zagreb, 1921.
 Derenčin, M., Osnova novoga kaznenoga zakona o zločinstvih i prestupcih za Kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju uz obrazloženje, „Narodnih novinah“, Zagreb, 1879.

Summary

PUNISHMENT IN EUROPEAN LEGISLATION FROM ENLIGHTENMENT ERA TO THE END OF XIXth CENTURY WITH SPECIAL EMPHASIS ON THE IMPRISONMENT

The author deals with treatment of punishment in the period after the Enlightenment till the end of XIXth century, with special emphasis on the kind and time limits of imprisonment. The aim and task of this article is to analyze different punishment procedures and to explain the development of punishment under the influence of new ideas as well as the affirmation of punishment by imprisonment. We emphasize that the article does not deal with criminal law schools (particularly classical or positivist) although it necessarily encounters them.

Special attention is given to criminal codes of France of 1810 (Code penal) and Bavaria of 1813, and their significant influence on European and other legislation.

The choice of kind and measure of punishment has been shown under Austrian Criminal Code of 1852 and Derenčin's Basis of 1879, which are considered by author to be important examples of imprisonment and punishment in legislation at the end of XIXth century. In the same time, their analysis shows the general characteristics of criminal law in that period.

Key words: *history, European criminal legislation (second half of XVIIIth century till the end of XIXth century), kinds and measures of punishment, imprisonment.*

Zusammenfassung

STRAFEN UND BESTRAFUNG IN DER EUROPÄISCHEN GESETZGEBUNG VON DER AUFKLÄRUNG BIS ENDE DES 19. JAHRHUNDERTS UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER FREIHEITSSTRAFE

Die Autorin beschäftigt sich in dieser Arbeit mit der Behandlung von Straftaten im Zeitraum vom Ende der Aufklärung bis zum Ende des 19. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung der Art und Spannweite von Gefängnisstrafen. Ziel und Aufgabe dieser Arbeit ist die Analyse der Art der Bestrafung sowie die Erklärung der Verschiebung beim Bestrafen unter den Einfluß neuer Idee wie der Affirmation der Gefängnisstrafe. Gleichzeitig soll erwähnt werden, dass sich diese Arbeit nicht besonders mit den Schulen des Strafrechts beschäftigt (dabei wird besonders an die klassische und positivistische gedacht), obwohl sie dabei unumgänglich sind.

Besondere Aufmerksamkeit wird den Strafgesetzen Frankreichs von 1810 (Code penal) und denen Bayerns von 1813 geschenkt sowie ihrem großen Einfluß auf die europäische und anderweitige Gesetzgebung.

Eine Auswahl von Straftaten und -maß wird am österreichischen Strafgesetz von 1852 sowie dem von Derincinov von 1879 aufgezeigt, die die Autorin wichtig für die Darstellung der Gefängnisstrafe hält sowie für Strafmaßnahmen in der Gesetzgebung am Ende des 19. Jahrhunderts, die in dieser Arbeit besonders erklärt werden wobei außerdem allgemeine Merkmale der Strafgesetzgebung dieser Epoche angeführt werden.

Schlüsselwörter: *Geschichte, europäische Strafgesetzgebung (II. Hälfte des 18. bis Ende des 19. Jahrhunderts), Straftaten und -maßnahmen, Freiheitsstrafe.*

Sommario

LA PENALITÀ NELLE LEGISLAZIONI EUROPEE DALL'ERA DELL'ILLUMINISMO ALLA FINE DEL XIX SECOLO CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL'IMPRIGIONAMENTO

L'Autrice affronta il tema dell'esecuzione delle pene nel periodo successivo all'Illuminismo sino alla fine del XIX secolo, con speciale rilievo alle tipologie e ai limiti di tempo dell'imprigionamento. Lo scopo e l'oggetto del presente articolo è di analizzare le differenti procedure punitive e di spiegare lo sviluppo della penalità sotto l'influenza delle nuove idee, così come l'affermazione della pena attraverso l'imprigionamento. Si chiarisce che il saggio non tratta delle scuole di diritto penale (particolarmente classica o positiva), nonostante si imbatte necessariamente in tali tematiche.

Particolare attenzione è data al codice penale francese del 1810 (Code penal) e bavarese del 1813, e alla loro significativa influenza sulle legislazioni europee e non.

Le opzioni delle tipologie e delle entità di pene approfondite sono quelle del Codice penale austriaco del 1852 e delle Basi di Derenčin del 1879, le quali sono considerate dall'Autrice come importanti esempi di imprigionamento e punizione nella legislazione della fine del XIX secolo. Allo stesso tempo, la loro analisi mostra le caratteristiche generali del diritto penale di quel tempo.

Parole chiave: *storia, legislazioni penali europee (seconda metà del XVIII secolo sino alla fine del XIX secolo), tipi e misure delle pene, imprigionamento.*

ISKLUČENJE OD KAZNENOGA PROGONA PRIPADNIKA SFOR-a U REPUBLICI HRVATSKOJ

Mr. sc. Ivica Kinder, viši pravni savjetnik
Ministarstvo obrane RH
Sven J. Reinold, dipl. iur., donaćelnik
Uprava za pravne poslove
Ministarstva obrane RH

UDK: 341.49(497.5)
355.357(497.5)
Ur.: 10. svibnja 1999.
Pr.: 18. svibnja 2000.
Pregledni članak

Prema kaznenom zakonodavstvu Republike Hrvatske (skraćeno: RH) kada se ustanovi da je kazneno djelo počinjeno na njezinom državnom području, primjena hrvatskih zakona obvezatna je bez obzira da li je počinitelj kaznenog djela državljanin RH, stranac ili apatrid, bez obzira ima li prebivalište u RH ili u inozemstvu, te neovisno da li je djelo počinjeno prema hrvatskom ili prema stranom državljaninu, protiv RH ili strane države, protiv hrvatskih ili stranih pravnih dobara. Iznimno je od toga isključena, na temelju Sporazuma između RH i NATO-a o pravnom položaju NATO-a i njegovog osoblja, koji je potpisan 21. 11. 1995. u Daytonu, kaznena jurisdikcija RH nad pripadnicima SFOR-a koji na njezinom državnom području počine kazneno djelo. Iako isključiva jurisdikcija RH glede svih kaznenih djela koja bi na njezinom državnom području počinili pripadnici SFOR-a ne bi sa stajališta interesa RH značila i poželjno rješenje kada kaznenim djelom nisu povrijeđene vrijednosti koje ona štiti svojim zakonodavstvom, postojeće uređenje nepovoljno je za RH, jer u potpunosti isključuje njezinu kaznenu jurisdikciju. Radi se o uređenju svojstvenom praksi provedbe mirovnih operacija, kada se državama šiljateljicama priznaju široke jurisdikcijske ovlasti, jer presumpcija koja favorizira teritorijalnu jurisdikciju najčešće nije primjenjiva budući da lokalna vlast obično ne funkcionira zbog poremećaja javnog poretka. Kako se, međutim, u RH ne provodi mirovna operacija, imunitet pripadnika SFOR-a od njezine kaznene jurisdikcije predstavlja nelogično rješenje podložno kritici sa stajališta međunarodne prakse uređivanja pravnog položaja stranih vojnih snaga u miru. U prilog tome autori pružaju raščlambu relevantnih odredaba brojnih međunarodnih ugovora o pravnom položaju stranih vojnih snaga, kao i prakse država, u sklapanju i primjeni tih ugovora. Zaključuju, međutim, kako je predmetni Sporazum na snazi, te pravno obvezuje RH koja ga je dužna bona fide i u cijelosti izvršavati.

Ključne riječi: kazneno djelo, jurisdikcija, državno područje, SFOR, međunarodni ugovor.

Uvodne napomene

Provedba kaznene jurisdikcije, tj. upotreba represivne moći države protiv počinitelja kaznenih djela, predstavlja bitan atribut vlasti svake države. Vršenje kaznene jurisdikcije tj. upotreba represivne moći države protiv počinitelja kaznenih djela, predstavlja bitan atribut vlasti svake države. Po svojoj pravnoj prirodi represivna vlast države je njezino subjektivno pravo (*jus puniendi*) iz kojeg ona crpi ovlaštenje (*facultas agendi*) da određeno ljudsko ponašanje kvalificira kao kazneno djelo i da na nj reagira kaznenom sankcijom. To ovlaštenje postoji kako u odnosu prema počinitelju tako i u odnosu prema svim drugim državama koje eventualno mogu u konkretnom slučaju također imati takav zahtjev, jer nijedna država ne ograničava svoju represivnu vlast samo na djela počinjena na njezinom državnom području, već ide i dalje od toga, što nužno dovodi do situacije da kod kaznenih djela s elementima inozemnosti često puta više država reklamira pravo na represiju.¹

U svezi s tim postavlja se pitanje granica dosega kaznene vlasti države, tj. na koja se kaznena djela *ratione loci* proteže njezina vlast kažnjavanja koja se, općenito govoreći, ostvaruje primjenom njezinih kaznenih zakona od strane njezinih nadležnih sudova. Budući da država ima najvišu vlast na svojem državnom području, ona sama donosi zakone kojima odlučuje o granicama svoje kaznene jurisdikcije, koju njezina tijela vlasti provode, prije svega, na sve osobe koje se ondje zateknu, dakle ne samo vlastite državljanke već i strance koji se trajno ili privremeno, a kadšto samo prolazno, nalaze na njezinom području. U skladu s navedenim, svaka suverena država, sukladno općepriznatom interesu za zaštitom javnog reda i poretka na vlastitom državnom području, ima isključivu jurisdikciju glede kažnjavanja za kaznena djela počinjena na tom području, bez obzira tko im je počinitelj, osim ukoliko izričito ili prešutno pristane prepustiti svoju jurisdikciju drugoj državi.² Pod pojmom jurisdikcije razumijeva se ovdje ovlaštenje države da njezini sudovi presude jednu kaznenu stvar.³ Kada se utvrdi da neko ponašanje spada u područje primjene kaznene vlasti neke države, time je u pravilu utvrđena i njezina jurisdikcija, kao i obveza primjene njezinih kaznenih zakona. Prema tome, kada se ustanovi da je kazneno djelo počinjeno na državnom području RH, primjena njezinih kaznenih propisa obvezatna je, bez obzira čiji je državljanin počinitelj kaznenog djela i bez obzira u kojoj se državi nalazi njegovo prebivalište. Također, irelevantno je da li je kazneno djelo učinjeno prema domaćem državljaninu ili strancu, protiv RH ili neke druge države, odnosno protiv domaćih ili stranih pravnih vrijednosti.

Vrijedeća temeljna načela u svezi s tzv. prostornim važenjem kaznenih zakona, pored načela teritorijaliteta, su i načela zastave broda, registracije aviona, realiteta, personaliteta (*aktivnog i pasivnog*), univerzaliteta i, u novije vrijeme, načelo zastupničke jurisdikcije. Kao prateća načela uz neka od navedenih spominju se načelo identiteta norme ili dvostruke kažnjivosti kao i načelo *ne bis in idem*. Ovim načelima

¹ Zlatarić, B., *Međunarodno krivično pravo*, Zagreb, 1979, str. 66.

² Henkin, L., *International Law-Cases and Materials*, St. Paul, 1993., str. 1095.

³ Zlatarić, B., *op. cit.* (bilj. 1), str. 67.

valja dodati i načelo solidarnosti i suradnje među državama svijeta, načelo povjerenja među državama, načelo eliminiranja političkih relacija momenta, načelo djelotvorne borbe s kriminalitetom, načelo pravičnosti, načelo zaštite prava čovjeka i načelo humanitarnog pristupa, napose eruirana kao temeljna načela međunarodnog kaznenog prava.⁴

Kada je riječ o teritorijalnoj jurisdikciji ona je, općenito govoreći, isključiva i potpuna, što podrazumijeva isključivo pravo poduzimanja svih radnji od strane države, a istodobno isključuje jurisdikciju drugih država na njezinom državnom području. Međutim, načelo teritorijalne jurisdikcije u praksi se različito primjenjuje - od opisanog maksimuma do minimuma koji znači ograničenu teritorijalnu vlast.⁵ Radi se o tome da jedna država kadšto može putem svojih tijela vlasti provoditi jurisdikciju na državnom području druge države, no isključivo u mjeri i pod uvjetima koji su predviđeni međunarodnim ugovorom sklopljenim između tih država.⁶ Naime, država može imati određeni interes glede nekih kategorija osoba koje se nalaze izvan granica njezine teritorijalne jurisdikcije, pa će nastojati svojim propisima i postupanjem svojih tijela vlasti zahvatiti i te osobe. Osim toga, država kadšto nastoji pružiti svoju pomoć i zaštitu određenim kategorijama osoba kada su zahvaćene propisima i postupanjem tijela vlasti druge države na čijem državnom području borave ili se ondje zateknu. Države kadšto dopuštaju takvo djelovanje drugih država, a kadšto ga ne trpe, pa odbijaju zahvate njihovih tijela vlasti. U sporovima i sukobima koji među državama u svezi s tim nastaju u međunarodnom pravu izgradila su se određena pravila koja se, za razliku od teritorijalne jurisdikcije država, nazivaju pravilima o njihovoj personalnoj jurisdikciji. Ta pravila određuju kategorije osoba glede kojih jedna država može nastupati prema drugoj vršeći vlast nad njima ili pružajući im svoju zaštitu. Tako, na primjer, personalna kaznena jurisdikcija države utemeljena na vezi državljanstva znači kaznenu jurisdikciju glede njezinih državljana bez obzira na čijem se državnom području oni nalaze.⁷ Međutim, tu svoju personalnu suverenost nad vlastitim državljanima država smije vršiti bez štete za teritorijalnu suverenost bilo koje druge države.⁸

Mirnodopski boravak vojnih snaga jedne države na državnom području druge države predstavlja čestu praksu u razdoblju nakon Drugog svjetskog rata, uglavnom u svezi s dvostranom međudržavnom vojnom suradnjom, djelovanjem međunarodnih vojnih organizacija, provedbom mirovnih operacija itd. Prvenstveni interes države primateljice u svezi s kaznenom jurisdikcijom vezan je uz njezino pravo i odgovornost da kao suverena država održava red na vlastitom državnom području. Pored toga, država primateljica zainteresirana je za pravnu zaštitu svojih državljana od kaznenih djela što bi ih počinili pripadnici stranih vojnih snaga koji su stacionirani na njezinom

⁴ *Ibid.*, str. 33. i dalje. Tako i Bavcon, Lj., *Međunarodno kazensko pravo*, Ljubljana, 1997, str. 57. i dalje.

⁵ Lazareff, S., *Status of Military Forces under Current International Law*, Leyden, 1971., str. 7.

⁶ Henkin, L., *op. cit.* (bilj. 2), str. 1087.

⁷ SAD mogu izdati naredbu pod prijetnjom privođenja svojih državljana koji žive u inozemstvu, radi saslušanja pred sudom u SAD-u.

⁸ Degan, V. Đ., "Teritorijalna suverenost države", *Politička misao*, sv. 35, br. 1, 1998., str. 54-74.

državnom području. Također, razumljiv je interes države primateljice za zaštitom od postupaka pripadnika stranih vojnih snaga, poput sabotaže, špijunaže i sl., kojima se ugrožava normalno funkcioniranje njezinih državnih institucija, odnosno njezin opstanak. Sa stajališta države šiljateljice posebnu važnost ima činjenica da pripadnici njezinih vojnih snaga predstavljaju dio nacionalnog obrambenog sustava, te da borave u drugoj državi u svezi s obnašanjem službenih dužnosti, tj. kao službeni predstavnici svoje države, pa sud države primateljice ne bi trebao imati jurisdikciju u predmetima koji uključuju stranu državu, sukladno jednom od temeljnih načela međunarodnog prava - načelu imuniteta države od jurisdikcije druge države. Po njemu država ne može vršiti jurisdikciju nad stranim vladarom ili njegovim predstavnicima koji djeluju u okviru dobivenih uputa, a djelovanje oružanih snaga svakako spada u tu kategoriju.⁹ Dakako, o imunitetu pripadnika stranih vojnih snaga od jurisdikcije države primateljice može se govoriti samo glede djela počinjenih u obnašanju službene dužnosti, jer se pripadnik vojnih snaga jedino tada može smatrati službenim predstavnikom svoje države.

Općenito, država šiljateljica zainteresirana je da njezinim državljanima bude zajamčen "*pravedan i pošten postupak*" pred nadležnim tijelima vlasti države primateljice. Moglo bi se, na primjer, kazati da je državljanin države šiljateljice stavljen u nepovoljan položaj ukoliko bi se postupak protiv njega vodio na njemu nepoznatom jeziku, odnosno prema postupovnim pravilima koja su bitno drugačija od onih koja se primjenjuju u državi čiji je državljanin. Kada je riječ o pripadnicima vojnih snaga, države često ističu kako njihovo podvrgavanje kaznenoj jurisdikciji druge države može dovesti do okrutnog i nehumanog postupanja i kažnjavanja, odnosno da je bez isključive jurisdikcije nad pripadnicima vlastitih vojnih snaga državama šiljateljicama nemoguće održavati vojnu stegu.¹⁰ Razumljivo je da će interes države šiljateljice biti snažniji u odnosu na interes države primateljice kada se radi o slučajevima u kojima su i počinitelj i žrtva kaznenog djela državljani države šiljateljice, a veza s državom primateljicom sastoji se isključivo u činjenici počinjenja kaznenog djela na njezinom državnom području.

Najopćenitije govoreći, u situacijama nazočnosti vojnih snaga jedne države na državnom području druge države sukobljavaju se, u svezi s pravnim položajem pripadnika tih snaga, dva temeljna stajališta: ono koje zagovara primjenu pravnog poretka "*zastave*"¹¹, što podrazumijeva široke jurisdikcijske ovlasti države šiljateljice, i drugo, koje zagovara određenu podjelu jurisdikcijskih ovlasti između države primateljice i države šiljateljice. U praksi nema primjera potpune teritorijalne vlasti države primateljice u odnosu na strane vojne snage, tj. njihova potpunog podvrgavanja pravnom poretku države primateljice.¹² Štoviše, država primateljica redovito drži

⁹ Bothe, M., "Pacific Occupation" u: Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, 1982., str. 67-69.

¹⁰ Lepper, S. J., "Short v. The Kingdom of The Netherlands: Is It Time to Renegotiate the NATO Status of Forces Agreement?", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 24, br. 5, 1991., str. 867-943.

¹¹ Izraz je uobičajen u pravnoj teoriji u SAD-u i Velikoj Britaniji, u izvorniku glasi "*law of the flag*", a podrazumijeva pravni poredak države kojoj pripadaju vojne snage.

¹² Lazareff, S., *op. cit.* (bilj. 5), str. 9.

kako je normalno prepustiti stranim vojnim snagama određene ovlasti, no stupanj njihove pravne autonomije u praksi je različit. Radi se, prije svega, o tome da je održavanje vojne stege općepriznato kao bitna i neodvojiva dužnost i odgovornost svakog zapovjednika, pa se u međunarodnom pravu radi razrješenja sukoba tog načela i načela teritorijalnog suvereniteta izgradilo pravilo da se teritorijalna vlast kada dopusti stranim vojnim snagama dolazak na svoje državno područje, implicitno odrekla jurisdikcije nad njima kada je riječ o održavanju vojne stege¹³. Razlog tome leži u činjenici da povrede vojne stege ničime ne vrijeđaju suverenitet države primateljice, pa ona nema interesa u svezi s vojnostegovnom odgovornošću pripadnika stranih vojnih snaga. Dakako, problem je složeniji u svezi s kaznenim djelima koja počine pripadnici stranih vojnih snaga, jer tada dolazi do ozbiljnijeg sukoba između teritorijalne jurisdikcije i jurisdikcije "zastave". Praksa pokazuje da je zahtjev država šiljateljica za ekstrateritorijalnim pravima, tj. potpunim imunitetom njihovih vojnih snaga od jurisdikcije države primateljice nerijetko nemoguće ostvariti zbog vrlo velike osjetljivosti država primateljica u svezi s kaznenopravnim ovlastima druge države glede kaznenih djela počinjenih na njezinom državnom području.

Svaka država proširujući svoju represivnu vlast i na kaznena djela izvršena izvan njezinog državnog područja, dakle, i na djela izvršena na području druge države, svjesna je jednakog postupanja i od strane svake druge države. Ona stoga ne može osporavati postupak druge države koja također reklamira represivnu vlast glede istog događaja, jer bi to značilo proturječiti vlastitom stavu (*venire contra factum proprium*).¹⁴

Budući da do današnjeg vremena nije postignut širi međunarodni konsenzus o načinu mirenja konkurirajućih zahtjeva za jurisdikcijom u situacijama nazočnosti vojnih snaga jedne države na državnom području druge države, države redovito pristupaju sklapanju međunarodnih ugovora o pravnom položaju vojnih snaga. Naime, poradi malog broja pravila međunarodnog običajnog prava, u uvjetima nepostojanja odgovarajućeg međunarodnog ugovora vojne snage uglavnom bi bile podvrgnute pravnom poretku države primateljice. No, države primateljice redovito drže kako je normalno prepustiti stranim vojnim snagama određene jurisdikcijske ovlasti.

Kaznena jurisdikcija RH prema unutarnjem pravnom poretku

Člancima 13.-17. Kaznenog zakona¹⁵ RH (*skraćeno: KZ RH*) rješava se pitanje primjene kaznenog zakonodavstva RH za kaznena djela počinjena na njezinom državnom području, brodu ili zrakoplovu, zatim primjena kaznenog zakonodavstva na djela počinjena izvan njezinog državnog područja, te posebnosti glede pokretanja kaznenog postupka u takvim slučajevima. Općenito govoreći, radi se o teoretski i praktično ustaljenim zakonodavnim rješenjima. U članku 13. stavku 1. KZ RH propisano je da kazneno pravo RH vrijedi za svakoga tko na državnom području RH

¹³ Hearn, W. A., "Status of Armed Forces Abroad", *Readings in International Law from the Naval War College Review 1947.-1977.*, vol. 62. - vol. II of Readings, 1980., str. 676-682.

¹⁴ Zlatarić, B., *op. cit.* (bilj. 1), str. 67.

¹⁵ Tekst KZ RH u: "Narodne novine", br. 110/97.

izvrši kazneno djelo, dakle, usvojeno je teritorijalno načelo: "Kazneno zakonodavstvo Republike Hrvatske primjenjuje se na svakoga tko počini kazneno djelo na njezinu području.", u stavku 2. istog članka propisano je: "Kazneno zakonodavstvo Republike Hrvatske primjenjuje se i na svakoga tko počini kazneno djelo na domaćem brodu, bez obzira gdje se brod nalazi u vrijeme počinjenja kaznenog djela.", dok je u stavku 3. propisano: "Kazneno zakonodavstvo Republike Hrvatske primjenjuje se i na svakoga tko počini kazneno djelo u domaćem civilnom zrakoplovu dok je u letu ili u domaćem vojnom zrakoplovu bez obzira gdje se takav zrakoplov nalazi u vrijeme počinjenja kaznenog djela.". Usvajanje teritorijalnog načela u suglasju je s uvodnim razmatranjima o suverenosti države, u što svakako pripada i pravo da se primjenom vlastitih zakona sudi za sva kaznena djela počinjena na državnom području RH, bez obzira na to tko ih je počinio. Također, citirana odredba KZ RH sukladna je priznatom shvaćanju o legitimitnosti interesa države da štiti red i poredak na svojem državnom području. Prema tome, sukladno KZ RH, kada se ustanovi da je djelo počinjeno na njezinom državnom području, primjena hrvatskih zakona obvezatna je bez obzira da li je počinitelj kaznenog djela državljanin RH, strani državljanin ili apatrid, bez obzira da li se njegovo prebivalište nalazi u RH ili u inozemstvu, te neovisno da li je djelo počinjeno prema hrvatskom ili prema stranom državljaninu, protiv RH ili strane države, protiv hrvatskih ili stranih pravnih dobara. Ipak, iznimno od navedenog zakonodavnog rješenja, neke kategorije osoba koje na državnom području RH počine kazneno djelo izuzimaju se od teritorijalnog načela. Pri tome se ne radi o osobnom imunitetu tih osoba, već o imunitetu s obzirom na funkciju koju takve osobe obnašaju. Neke od takvih osoba uživaju imunitet na temelju odredaba unutarnjeg pravnog poretka RH, a neke s obzirom na međunarodnopravne obveze RH. Tako, na primjer, prema pravu RH na kaznenu odgovornost ne može biti pozvan zastupnik u Hrvatskom državnom saboru, odnosno ne može biti pozvan na kaznenu odgovornost niti kažnjen za izraženo mišljenje ili dani glas u Saboru. S druge strane, određene kategorije osoba izuzete su od jurisdikcije sudova RH na temelju pravila međunarodnog prava, na primjer sukladno Konvenciji o diplomatskim odnosima iz 1961.¹⁶, Konvenciji o konzularnim odnosima iz 1963.¹⁷ i Konvenciji o specijalnim misijama iz 1969.¹⁸ - šefovi stranih država i njihova pratnja kada se nalaze u RH, šefovi diplomatskih misija i članovi njihove uže obitelji, članovi diplomatskog osoblja i članovi njihove obitelji itd.

Kada je počinitelj kaznenog djela stranac, a na temelju citiranih odredbi iz članka 13., trebalo bi primijeniti kazneno zakonodavstvo RH, prema odredbi članka 15. stavka 2. KZ RH, kazneni postupak može se pod uvjetima uzajamnosti ustupiti stranoj državi, o čemu odlučuje državni odvjetnik RH. Time se RH odriče prava kažnjavanja u konkretnom slučaju i ustupa kaznenu jurisdikciju drugoj državi.

¹⁶ Tekst Konvencije u: United Nations Treaty Series (*skraćeno: UNTS*), vol. 500.

¹⁷ Tekst Konvencije u: UNTS, vol. 596.

¹⁸ Tekst Konvencije u: UN Docs. A/Res./2530 (XXIV), International Legal Materials, vol. 9, 1970., str. 127-151.

Ograničenja kaznene jurisdikcije RH glede pripadnika SFOR-a

Kaznena jurisdikcija nad pripadnicima SFOR-a¹⁹ regulirana je člankom 7. Sporazuma između RH i NATO-a o pravnom položaju NATO-a i njegovog osoblja, koji je potpisan 21. 11. 1995. u Daytonu²⁰: “*Vojno osoblje NATO-a u svim će okolnostima te u svako doba podlijevati isključivoj jurisdikciji svojih odgovarajućih država u odnosu na svako kazneno djelo ili disciplinski prekršaj što ga eventualno počini u Republici Hrvatskoj.*” Potpuno istovjetna odredba sadržana je i u članku 7. Sporazuma između Bosne i Hercegovine (*skraćeno: BiH*) i NATO-a o pravnom položaju NATO-a i njegovog osoblja, koji je potpisan 21. 11. 1995.²¹, kao i u članku 10. Sporazuma između Savezne Republike Jugoslavije (*skraćeno: SRJ*) i NATO-a o tranzitnim aranžmanima za operacije mirovnog plana²².²³ U točki 1. Memoranduma vršitelja dužnosti glavnog tajnika NATO-a od 23. 11. 1995.²⁴, kao “*popratnom tekstu Sporazuma*”, citiran je upravo naprijed navedeni članak 7. Sporazuma između RH i NATO-a, te se u svezi s tim dodaje kako će vojno osoblje NATO-a “*biti isključivo pod jurisdikcijom država sudionica glede bilo kojeg zločina koje bi mogli počinuti na teritoriju Republike Hrvatske*”. U točki 2. Memoranduma konstatira se da će “*vojno osoblje NATO-a biti isključivo pod jurisdikcijom država sudionica glede bilo kojeg zločina koje bi mogli počinuti na teritoriju Republike Hrvatske*”, te se ujedno napominje kako se radi o konceptu isključive kaznene jurisdikcije koji je istovjetan konceptu definiranom u članku VI. odjeljku 47. alineja b. Sporazuma između Ujedinjenih naroda (*skraćeno: UN*) i RH, potpisanom 15. 5. 1995.^{25, 26}

¹⁹ Na temelju rezolucije Vijeća sigurnosti UN-a br. 1031, NATO-u je dodijeljen mandat za provedbu vojnih aspekata Daytonskog sporazuma. Sama vojna operacija nazvana je “*Joint Endeavour*”, a bila je povjerena višenacionalnim vojnim snagama nazvanima “*Implementation Force*” (*skraćeno: IFOR*), koje su svoju misiju započele 20. 12. 1995., s jednogodišnjim mandatom. Kako se mandat IFOR-a približavao isteku, u međunarodnoj zajednici jačalo je uvjerenje da će i nadalje postojati potreba za održavanjem stabilnosti i sigurnosti u BiH. Slijedom toga, Vijeće sigurnosti UN-a usvojilo je rezoluciju br. 1088, kojom je prihvaćen plan NATO-a o daljnjoj upotrebi vojnih snaga radi očuvanja mira i stabilnosti. Tom rezolucijom mandat je povjeren vojnim snagama nazvanima “*Stabilisation Force*” (*skraćeno: SFOR*), koje su s danom 12. 12. 1996. postale pravni sljednik IFOR-a (*zbog pravnog kontinuiteta snaga u članku se, osim u citatima, koristi skraćena SFOR*). Uz članice NATO-a, u SFOR-u participira i dvadesetak nečlanica, poglavito članica “*Partnerstva za mir*”, uključujući i Rusiju, te neke druge zemlje poput Egipta, Jordana, Malezije i Maroka.

²⁰ Tekst Sporazuma u: Daytonski sporazum, Pravni fakultet u Zagrebu, II. svezak - službeni tekst na engleskom jeziku, Zagreb, 1998., str. 37-40.

²¹ Tekst Sporazuma u: Daytonski sporazum, Pravni fakultet u Zagrebu, II. svezak - službeni tekst na engleskom jeziku, Zagreb, 1998., str. 29-32.

²² *Ibid.*, str. 41-43.

²³ Navedena tri sporazuma predstavljaju Dodatak “*B*” Aneksu 1A uz Daytonski sporazum.

²⁴ Tekst Memoranduma nije objavljen.

²⁵ Sporazum nije potvrđen u Hrvatskom državnom saboru, pa stoga nije ni objavljen u “*Narodnim novinama - međunarodni ugovori*”.

²⁶ I prema Sporazumu između UN-a i Cipra glede statusa mirovnih vojnih snaga UN-a na Cipru, iz 1964., pripadnici tih vojnih snaga podliježu isključivoj jurisdikciji svojih država glede svih kaznenih djela koja počine na državnom području Cipra.

Iz citiranih odredbi vidljivo je da je u potpunosti isključena kaznena jurisdikcija RH nad vojnim osobljem SFOR-a koje na njezinom državnom području počini kazneno djelo. Dakle, jurisdikcija RH isključena je ne samo u pogledu stegovnih prijestupa za koje RH ionako nema interesa kažnjavati ih, jer se radi o prijestupima u službi koji ostaju u ovlasti odgovarajuće strane države, nego je isključena i u pogledu svih kaznenih djela koje vojno osoblje NATO-a počini u RH, pa tako i kaznenih djela počinjenih protiv njezinih pravnih dobara i prema njezinim građanima.

Razumljivo je da postojanje isključive jurisdikcije RH za sva kaznena djela koja na njezinom državnom području počini vojno osoblje NATO-a ne bi sa stajališta interesa RH značilo i poželjno rješenje, ukoliko nekim kaznenim djelom nisu povrijeđene vrijednosti koje RH štiti svojim kaznenim zakonodavstvom. Međutim, kada se radi o kaznenim djelima počinjenima prema građanima RH, odnosno protiv njezinih pravnih dobara, držimo da je postojeće uređenje nepovoljno za RH.

Prema članku 2. spomenutog Sporazuma između RH i NATO-a, "*odredbe Konvencije o povlasticama i imunitetima Ujedinjenih naroda od 13. veljače 1946. godine*²⁷ koje se odnose na stručnjake na zadatku, primjenjivat će se *mutatis mutandis* na osoblje NATO-a uključeno u operaciju²⁸, osim ako je ovim Sporazumom predviđeno drukčije". Drugim riječima, Sporazum predviđa supsidijarnu primjenu odredaba spomenute Konvencije iz 1946.²⁹ koje se odnose na stručnjake na zadatku, glede onih aspekata pravnog položaja pripadnika snaga koji Sporazumom nisu uređeni ili za koje Sporazum predviđa manja prava nego što ih predviđa Konvencija. Povlastice i izuzeća stručnjaka na zadatku regulirane su člankom VI. Odjeljkom 22. Konvencije iz 1946., tako da oni uživaju određene povlastice i izuzeća tijekom trajanja misije, uključujući i vrijeme putovanja u svezi s njihovom misijom. Prije svega, radi se o izuzeću od osobnog uhićenja ili zadržavanja, te od zapljene osobne prtljage; izuzeću od vođenja pravnog postupka bilo koje vrste u svezi s riječima koje bi stručnjak izrekao ili napisao u izvršavanju svoje misije, koje izuzeće postoji i nakon prestanka

²⁷ Tekst Konvencije u: "Narodne novine - međunarodni ugovori", br. 10/99.

²⁸ Prema članku 1. Sporazuma, "operacija" znači "potporu, provedbu, pripremu i sudjelovanje NATO-a i osoblja NATO-a u mirovnom planu u Bosni i Hercegovini ili mogućem povlačenju snaga UN-a iz bivše Jugoslavije".

²⁹ Odredbe Konvencije same za sebe nisu dovoljna zaštita mirovnih snaga u svim aspektima njihova odnosa s državom na čijem su državnom području stacionirane, odnosno legalitet mirovnih snaga na području bilo koje države zahtijeva i detaljnija jamstva na temelju nekog posebnog pravnog instrumenta, poglavito zbog specifičnog sastava mirovnih snaga UN, odnosno velikog broja vojnih osoba koje pripadaju različitim nacionalnim vojnim kontingentima, te zbog posebne vrste aktivnosti koje te snage poduzimaju. Stoga UN redovito s državom domaćinom sklapaju temeljni, a potom i detaljnije sporazume o statusu mirovnih snaga, kojima se tim snagama i njihovim pripadnicima priznaju povlastice i imuniteti, uključujući potpuni imunitet od lokalne kaznene jurisdikcije, izuzeće od carinskih i poreznih davanja, te financijskog nadzora, kao i sloboda kretanja i komunikacija. Tako je, između ostaloga, glavni tajnik UN-a pripremio Model sporazuma o statusu snaga za mirovne operacije, u skladu s kojim je 1995. sklopljen i Sporazum između UN-a i Vlade RH. Valja razumjeti da navedeni Model sporazuma predstavlja samo osnovu za izradu individualnih sporazuma s pojedinom državom, te stoga sva njegova rješenja koja prelaze minimum zajamčen Konvencijama UN-a iz 1946. i 1947., imaju instruktivni, ali ne i obvezujući karakter.

obnašanja dužnosti u UN-u; nepovredivosti svih akata i dokumenata; pravu da u svrhu komunikacije s UN-om koriste šifru i primaju akte ili se dopisuju putem teklića, odnosno zapečaćenih pošiljki. Ipak, promatrajući navedena prava sa stajališta kaznene jurisdikcije nad pripadnicima SFOR-a, vidljivo je kako im time nije priznat povoljniji kaznenopravni položaj u odnosu na položaj prema Sporazumu između RH i NATO-a, što je i logično, budući da taj Sporazum u potpunosti isključuje kaznenu jurisdikciju RH, a odredbe Konvencije pružaju stručnjacima na zadatku samo funkcionalni imunitet. Odredba članka 2. Sporazuma relevantna je i u svezi s uhićenjem³⁰ članova osoblja NATO-a, jer odredba članka 8. Sporazuma glasi: "*Kao stručnjaci na zadatku*³¹, članovi osoblja NATO-a uživat će imunitet što se tiče osobnog uhićenja ili zatočenja. Pogrešno uhićeno ili zatočeno osoblje NATO-a predat će se odmah vlastima NATO-a." Prema tome, na temelju Sporazuma između RH i NATO-a vojno i civilno osoblje NATO-a zaštićeno je od uhićenja, odnosno zatočenja, a članove osoblja koji bi bili pogrešno uhićeni ili zatočeni treba predati organima vojne policije NATO-a. Međutim, unatoč citiranoj odredbi članka 8. Sporazuma, koja bezuvjetno izuzima pripadnike SFOR-a od uhićenja i zatočenja, te spominje mogućnost uhićenja samo kao pogrešku u postupanju nadležnih tijela vlasti RH, Pravni aneks Tehničkom sporazumu između RH i NATO-a³² očito polazi od pretpostavke da će u praksi dolaziti do uhićenja, odnosno da će nadležna tijela hrvatskih vlasti zadržavati pripadnike SFOR-a. Tako Aneks sadrži pobliže odredbe u svezi s uhićenjem. Prema odredbi članka 4. Aneksa, "*u slučaju da je nekog pripadnika IFOR-a civilna policija uhvatila u izvršenju nekog krivičnog djela, o tome odmah mora obavijestiti IFOR-ovog dežurnog časnika Vojne policije. Popis telefonskih brojeva IFOR-ove dežurne službe bit će čim prije dostavljen hrvatskom Ministarstvu unutarnjih poslova, nakon potpisivanja Tehničkog sporazuma. Sve promjene ili nadopune tog popisa bit će čim ranije dostavljene. Sličan popis kontaktnih telefonskih brojeva dostaviti će i Hrvatska policija na svakoj lokalnoj razini.*" Prema odredbi članka 5. Aneksa, "*po dolasku IFOR-ove Vojne policije, ili propisno ovlaštenog časnika, osumnjičeni pripadnik IFOR-a bit će muljooj predat, zajedno sa svim dokaznim materijalom sakupljenim na mjestu događaja.*" Članak 6. Aneksa sadrži sljedeću odredbu: "*U slučaju da nije moguće odmah predati dokazni materijal (npr. zbog toga što je potrebno obaviti*

³⁰ Prema članku 6. stavku 2. Zakona o kaznenom postupku ("*Narodne novine*", br. 110/97.), pod uhićenjem se podrazumijeva svaka mjera ili radnja koja uključuje prisilno zadržavanje neke osobe pod sumnjom da je učinila kazneno djelo. Glede uhićenja također vidi članke 94.-97. istog Zakona, a za komentar zakonskih odredaba, relevantnu literaturu, te sudsku praksu vidi Pavišić, B./Vučković, M./Veić, P./Radolović, A., *Zakon o kaznenom postupku - s komentarom, literaturom i sudskom praksom*, Zagreb, 1998., str. 74-80.

³¹ Članak 2. Sporazuma između RH i NATO-a: "*Odredbe Konvencije o povlasticama i imunitetima Ujedinjenih naroda od 13. veljače 1946., koje se odnose na stručnjake na zadatku, primjenjivat će se mutatis mutandis na osoblje NATO-a uključeno u operaciju, osim ako je ovim Sporazumom predviđeno drukčije.*"

³² Tehnički sporazum potpisali su 1. 3. 1996., u ime IFOR-a zapovjednik snaga za potporu general bojnik William Farmen, a u ime RH ministar pomorstva, prometa i veza mr. Željko Lužavec. Tekst Sporazuma niti aneksa nije objavljen.

znanstvena ispitivanja), Vojna policija i Hrvatska policija tijesno će surađivati radi osiguravanja poštivanja kriterija vojne jurisdikcije o prihvatljivosti (dokaza)”. Analogna odredba, prema kojoj tijela vlasti RH mogu pritvoriti bilo kojeg pripadnika snaga i operacija UN-a ako to zatraži Posebni predstavnik glavnog tajnika, ili ako je pripadnik snaga i operacija UN-a zatečen u počinjenju ili pokušaju počinjenja kaznenog djela, sadržana je u članku VI. odjeljku 42. Sporazuma između UN-a i RH kojim se uređuje pravni položaj snaga i operacija UN-a u RH, potpisanog 15. 5. 1995.³³ Sukladno odredbama istog članka, takva osoba bit će predana odmah, zajedno sa svim oružjem i drugim oduzetim predmetima, najbližem predstavniku snaga i operacija UN-a. Prema tome, iako Sporazum između UN-a i RH predviđa isključivu kaznenu jurisdikciju država šiljateljica, isti Sporazum izričito dopušta pritvaranje pripadnika mirovnih snaga od strane nadležnih tijela vlasti RH, u određenim situacijama. S obzirom na tu činjenicu, te imajući u vidu citirane odredbe Pravnog aneksa, zaključujemo kako je potpuno logična, ali i pravno utemeljena praksa da nadležna tijela vlasti RH zadržavaju pripadnike SFOR-a na mjestu počinjenja kaznenog djela, pod okolnostima navedenim u Aneksu, sve do dolaska vojne policije NATO-a, te pretres zadržanih osoba. Kada bi bilo drukčije, držimo da razmatranje problematike uhićenja pripadnika SFOR-a isključivo u kontekstu pogrešnog postupanja nadležnih tijela vlasti RH nipošto ne bi zahtijevalo usvajanje citiranih odredaba sadržanih u Aneksu.

Na temelju članka 8. Pravnog aneksa Tehničkom sporazumu hrvatska policija i Vojna policija SFOR-a zadužuju se za međusobnu suradnju “u svakom slučaju koji uključuje navodno kriminalno ponašanje nekog pripadnika IFOR-a, održavajući kontakte na svim potrebnim nivoima”. Ta uzajamna pomoć i suradnja uključuje, prije svega, prikupljanje dokaza, usklađivanje načina prikupljanja dokaza, predaju dokaznih materijala, predaju iskaza svjedoka, uzimanje iskaza svjedoka koji su hrvatski državljani, odnosno svjedoka koji su pripadnici SFOR-a, uhićenje pripadnika SFOR-a prijavljenih hrvatskoj policiji od strane države kojoj on pripada, kada ga njezine vojne vlasti traže u svezi s izvršenjem nekog kaznenog djela. Aneks nadalje predviđa u svakom slučaju u kojem je neki pripadnik SFOR-a svjedok u sudskom postupku protiv osobe koja podliježe jurisdikciji RH upućivanje formalnog pismenog zahtjeva hrvatske policije zapovjedniku lokalne postrojbe vojne policije SFOR-a radi pomoći u pribavljanju izjave pripadnika SFOR-a. Analogno tome postupa se, povodom zahtjeva vojne policije SFOR-a u slučaju kada je svjedok u vojnom postupku protiv pripadnika SFOR-a osoba koja nije pripadnik SFOR-a, pa hrvatska policija pomaže u pribavljanju izjave svjedoka. Prema članku 16. Pravnog aneksa “vojne vlasti države IFOR-a čiji

³³ Prema Sporazumu između UN-a i Cipra glede statusa mirovnih vojnih snaga UN-a na Cipru, iz 1964., ciparskim vlastima dopušteno je pritvoriti pripadnika mirovnih snaga uz obvezu njegove predaje, zajedno s oružjem i opremom, najbližim nadležnim vlastima mirovnih snaga kada to zatraži njegov zapovjednik ili ako vojna policija mirovnih snaga nije u mogućnosti promptno postupiti, kada je pripadnik mirovnih snaga zatečen u počinjenju, odnosno pokušaju počinjenja kaznenog djela zbog čega bi mogla nastupiti ozbiljna šteta osobama ili imovini, odnosno ozbiljno narušavanje drugih pravno zaštićenih prava.

je taj član državljanin pismeno će obavijestiti hrvatsko Ministarstvo pravosuđa o ishodu svakog krivičnog ili stegovnog postupka pokrenutog protiv tog pripadnika IFOR-a u odnosu na bilo koji slučaj koji uključuje hrvatske državljane ili hrvatsku imovinu”, a prema članku 17. Aneksa “hrvatsko Ministarstvo pismeno će obavijestiti vojne vlasti države članice IFOR-a, kojoj pripada taj svjedok i o ishodu krivičnog ili stegovnog postupka koji je pokrenut protiv bilo koje osobe, a koji je rješavan hrvatskim krivičnim postupkom”.

Međunarodni ugovori o pravnom položaju stranih vojnih snaga i praksa država

U nastavku ćemo ukratko prikazati međunarodnu ugovornu praksu glede kaznene jurisdikcije nad stranim vojnim snagama od Drugog svjetskog rata do današnjih dana, kako bismo utvrdili da li i u kojoj mjeri kaznenopravni položaj SFOR-a u RH odstupa od uobičajenih rješenja.

Međunarodni ugovori sklopljeni prije osnivanja NATO-a

Sa završetkom Drugog svjetskog rata nije došlo i do posvemašnjeg povlačenja stranih vojnih snaga koje su tijekom rata pristigle na prostor europskih država, jer je trajala okupacija država poraženih u ratu. U svezi s tim postojala je potreba za tranzitom stranih vojnih snaga i njihove logističke potpore preko državnog područja pojedinih država, na putu prema okupiranim državama, odnosno zonama. Tako je, na primjer, zbog okupacije Njemačke i Austrije postojala potreba američkih vojnih snaga za komunikacijskim pravcem preko francuskog državnog područja, a uzduž samog pravca, počev od iskrcajnih luka u Francuskoj do granice Njemačke, bilo je potrebno uspostaviti zborna mjesta za logističko zbrinjavanje tih snaga. Zbog navedenih razloga na državnom području Francuske bile su nazočne dvije kategorije pripadnika američkih vojnih snaga: osoblje koje je ondje bilo stacionirano, te osoblje u tranzitu, kako u organiziranim postrojbama, tako i ono koje je putovalo pojedinačno.

Poradi toga, prvi važniji međunarodni ugovor objavljen u Francuskoj nakon završetka Drugog svjetskog rata bio je sporazum sa Sjedinjenim Američkim Državama (*skraćeno: SAD*) o pravnom položaju vojnih snaga, od 28. 5. 1946.³⁴ Kasnije je Francuska zasebnim sporazumom sa SAD-om, od 6. 11. 1950., dala pristanak i za stacioniranje stranih vojnih snaga.³⁵ Budući da je tekst sporazuma bio kratak, njegova provedba zahtijevala je sklapanje dodatnih dvostranih sporazuma, no sadržaj većine tih sporazuma, među kojima i onoga o kaznenoj jurisdikciji, nije postao dostupan javnosti.³⁶ Ipak, određeni zaključci u svezi s reguliranjem kaznene jurisdikcije izvedeni su iz izjava tadašnjeg ministra pravosuđa Francuske, tako da se može zaključiti kako su francuski sudovi bili nadležni za vođenje postupka protiv pripadnika američkih vojnih snaga. Doduše, američke vlasti mogle su zatražiti od francuskih vlasti odricanje

³⁴ Tekst Sporazuma u: UNTS, vol. 84.

³⁵ Lazareff, S., *op. cit.* (bilj. 5), str. 34.

³⁶ *Ibid.*, str. 35.

od jurisdikcije ukoliko bi kazneno djelo bilo počinjeno u obnašanju službene dužnosti, o čemu bi odluku donosio francuski ministar pravosuđa. Iz navedenoga razvidna je važnost koju su francuske vlasti pridavale ovom problemu te njihovo nastojanje davanju prioriteta načelu teritorijalnog suvereniteta, jer nije bilo automatskog odricanja od jurisdikcije. U praksi, francuski ministar pravosuđa pravio je razliku između djela počinjenih u obnašanju službene dužnosti i djela počinjenih izvan obnašanja službene dužnosti. S obzirom da su djela pripadnika američkih vojnih snaga počinjena u svezi s obnašanjem službene dužnosti bila podložna vojnoj, a ne civilnoj jurisdikciji, analogno djelima koja bi počinili pripadnici francuskih vojnih snaga, prednost se davala američkoj vojnoj jurisdikciji. Pored toga, izgradila se praksa odricanja od francuske jurisdikcije u slučajevima kada bi žrtva bila pripadnik američkih vojnih snaga i kada bi djelo bilo kažnjivo prema američkom vojnom pravu, ali ne i prema francuskom pravnom poretku. Međutim, francuski ministar pravosuđa mogao se odreći jedino prava države da progoni počinitelja kaznenog djela, dok je oštećenik i nadalje mogao, sukladno francuskim propisima, pred sudom tražiti kaznenopravnu i građanskopravnu zaštitu.³⁷

Za razliku od međunarodnih ugovora sklopljenih u vrijeme Prvog svjetskog rata, koji su počivali na načelu pravnog poretka "zastave", većina međunarodnih ugovora sklopljenih nakon Drugog svjetskog rata prihvatila je istodobnu jurisdikciju države primateljice i države šiljateljice, a tek manji broj ugovora, uglavnom oni kojima su jedna od stranaka bile SAD, prihvatio je koncept isključive jurisdikcije države šiljateljice.³⁸ Međunarodni ugovori koji su pravo na jurisdikciju dijelili između države primateljice i države šiljateljice ovisno o mjestu počinjenja kaznenog djela podsjećali su na vrijeme Prvog svjetskog rata, kada su vojne snage pretežno bile vezane uz određeno područje bez većih pokreta državnim područjem države primateljice, te kada nisu dolazile u doticaj s lokalnim pučanstvom koje je, u većini slučajeva, ionako bilo evakuirano zbog operativnih potreba vojnih snaga. To je bio glavni razlog zbog kojeg su u godinama nakon Drugog svjetskog rata takvi međunarodni ugovori bili rijetka pojava.³⁹

Jedan od takvih međunarodnih ugovora bio je Sporazum između SAD-a i Saudijske Arabije sklopljen 18. 6. 1951.⁴⁰, koji je predviđao da će cjelokupno vojno osoblje SAD-a, članovi misije, te civilni zaposlenici misije koji su državljani SAD-a, odnosno državljani druge prijateljske države, kao i članovi njihovih obitelji, u zračnoj luci u Dhahranu poštivati sve primjenjive zakone i druge propise Saudijske Arabije.⁴¹ Međutim, drugom odredbom istog Sporazuma bilo je predviđeno da će

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, str. 19. Na primjer, sporazumi SAD-a s Korejom, Etiopijom i Japanom, te Velike Britanije s Maldivima.

³⁹ Na primjer, sporazum SAD-a s Bahamima iz 1950., sa Saudijskom Arabijom i Dominikanskom Republikom iz 1951. itd.

⁴⁰ Tekst Sporazuma u: UNTS, vol. 141.

⁴¹ Bowett, D. W., "Military Forces Abroad" u: Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1982., str. 266-269.

svaki pripadnik američkih vojnih snaga koji počini kazneno djelo unutar zračne luke u Dhahranu biti podložan vojnoj jurisdikciji SAD-a. U slučaju da bi kazneno djelo bilo počinjeno izvan zračne luke u Dhahranu, u Al Khobaru, Dammamu, Dhahranu, Ras Tunuri, na južnim plažama od Al Khobara do Zaljeva polumjeseca, te na cestama koje vode prema tim mjestima, saudijske vlasti bile su ovlaštene pritvoriti počinitelja, ali su bile i dužne predati ga, nakon brzo provedenih preliminarnih istražnih radnji, američkoj misiji u zračnoj luci u Dhahranu. Postavljalo se, međutim, pitanje kaznene jurisdikcije glede djela počinjenog na nekom drugom dijelu državnog područja Saudijske Arabije. Po mišljenju američkih vlasti i u takvom slučaju počinitelja bi trebalo predati u postupak američkim vlastima.⁴² Takvo nastojanje američke strane za što širim jurisdiksijskim ovlastima ponajviše se opravdavalo izbjegavanjem strogih fizičkih kazni koje je predviđalo saudijsko kazneno zakonodavstvo. Iz navedenih odredaba vidljivo je kako su SAD zapravo stekle isključivu jurisdikciju u navedenim područjima, te da prava koja je Saudijska Arabija sebi pridržala tim Sporazumom nisu imala učinka u praksi, već im je svrha bila samo priznati nominalni suverenitet Saudijske Arabije.⁴³

Sporazum između SAD-a i Dominikanske Republike od 26. 11. 1951.⁴⁴ pružio je američkoj strani isključivu kaznenu jurisdikciju u područjima za izvođenje vojnih vježbi, cestama koje su vodile prema takvim područjima, uključujući pomorske putove i teritorijalno more, dok je za djela počinjena izvan tih zona postojala istodobna nadležnost objiju država. Bilo je ustanovljeno mješovito povjerenstvo čija je zadaća bila određivati pravo na jurisdikciju, pri čemu je temeljni kriterij bio obnašanje službene dužnosti.

Sporazum između članica NATO-a o pravnom položaju njihovih snaga iz 1951. godine

Potreba za potpisivanjem Sporazuma između članica NATO-a o pravnom položaju njihovih snaga (*NATO Status of Forces Agreement - skraćeno: NATO SOFA*) proizašla je iz činjenice da su, na temelju Sjevernoatlantskog ugovora iz 1949.⁴⁵, vojne snage jedne članice NATO-a mogle biti upućene na službu na državno područje druge članice, te da je u interesu izvršavanja njihovih zadaća, ali i zaštite interesa države primateljice, bilo potrebno regulirati kompleksno pitanje pravnog položaja tih snaga.⁴⁶ U pregovorima koji su prethodili sklapanju NATO SOFA-e pojedine članice NATO-a upirale su u pravila sadržana u ranijim međunarodnim ugovorima, nastojeći

⁴² Lazareff, S., *op. cit.* (bilj. 5), str. 40.

⁴³ *Ibid.*, str. 41.

⁴⁴ Tekst Sporazuma u: UNTS, vol. 150.

⁴⁵ Sjevernoatlantskim ugovorom osnovan je NATO. Ugovor su 4. 4. 1949. potpisale Belgija, Danska, Francuska, Island, Italija, Kanada, Luksemburg, Nizozemska, Norveška, Portugal, SAD, Velika Britanija.

Tekst Ugovora u: UNTS, vol. 34 i 126.

⁴⁶ Kinder, I., "Institucionalna struktura i pravni položaj Sjevernoatlantske organizacije", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 1, 1998., str. 257-284.

postići što povoljniji odnos između načela primjene pravnog poretka "zastave" i načela teritorijalnog suvereniteta.

Korisno polazište za raspravu bio je i tekst Sporazuma o pravnom položaju pripadnika vojnih snaga država potpisnica Bruxelleskog ugovora⁴⁷, koji je potpisan 21. 12. 1949. u Londonu.⁴⁸ Iako taj Sporazum nije nikada stupio na snagu, bio je značajan, jer je omogućio potpisnicama da definiraju zajednički pristup problematici pravnog položaja njihovih vojnih snaga koje se nalaze izvan matičnog državnog područja.

U raspravama koje su početkom 50-ih godina, a prije potpisivanja NATO SOFA-e bile vođene u Kongresu SAD-a, američki političari čvrsto su isticali kako postoje snažni praktični razlozi koji priječe vršenje jurisdikcije države primateljice nad stranim vojnim snagama koje s dopuštanjem te države ulaze na njezino državno područje.⁴⁹ Međutim, kada je NATO SOFA podniet Senatu SAD-a na razmatranje i odobrenje, ministar obrane i ministar vanjskih poslova SAD-a govorili su kako je taj Sporazum samo izraz općeg međunarodnog prava, prema kojemu država primateljica uvijek zadržava jurisdikciju nad stranim vojnim snagama.⁵⁰ Iako je tijekom postupka ratifikacije NATO SOFA-e američkim zakonodavcima postalo jasno da će taj Sporazum nadomjestiti isključivu jurisdikciju SAD-a u članicama NATO-a⁵¹, mnogi od njih smatrali su da će se načelo pravnog poretka "zastave" nastaviti poštivati u uvjetima nepostojanja sporazuma o pravnom položaju vojnih snaga.⁵² Međutim, državni odvjetnik SAD-a nije podržao takvo gledište, već je u memorandumu koji je uputio senatskom odboru za međunarodne odnose zaključio, "*na temelju istraživanja međunarodnog običajnog prava*", da bi u uvjetima nepostojanja NATO SOFA-e vojne snage SAD-a bile podložne isključivoj kaznenoj jurisdikciji države primateljice.⁵³ Gledište državnog odvjetnika da država šiljateljica, u uvjetima nepostojanja drukčijega sporazuma, ne bi imala jurisdikciju nad pripadnicima svojih vojnih snaga, počivalo je na načelu teritorijalnog suvereniteta, pa je državni odvjetnik tvrdio da sve iznimke od teritorijalne jurisdikcije moraju biti izvedene iz pristanka teritorijalne vlasti.⁵⁴ Prema tome, potpisivanjem NATO SOFA-e, SAD su priznale načelo da država primateljica može vršiti kaznenu jurisdikciju nad pripadnicima

⁴⁷ Izvodi iz teksta Sporazuma u: Whiteman, M. M., *Digest of International Law*, Washington, 1968., str. 397-399.

⁴⁸ U ožujku 1948. Belgija, Francuska, Luxemburg, Nizozemska i Velika Britanija potpisale su Bruxelleski ugovor, kao izraz svojeg nastojanja da međusobnu suradnju prošire s vojnih i na druga važna pitanja od zajedničkog interesa. Poradi implementacije dijela Ugovora koji se odnosio na sustav zajedničke sigurnosti bio je ustrojen združeni vojni stožer, tako da je uskoro postalo nužno definirati pravni položaj vojnih snaga nazočnih na državnom području druge države potpisnice za potrebe implementacije Ugovora.

⁴⁹ Lazareff, S., *op. cit.* (bilj. 5), str. 17.

⁵⁰ Baldwin, G. B., "The International Law of the Armed Forces Abroad", *Readings in International Law from the Naval War College Review 1947.-1977.*, vol. 62 - vol. II of Readings, 1980., str. 667-675.

⁵¹ Lepper, S. J., *op. cit.* (bilj. 10), str. 886.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Cit. prema Lepper, S. J., *op. cit.* (bilj. 10), str. 886.

⁵⁴ *Ibid.*

stranih vojnih snaga.⁵⁵ S tim u svezi Rouse i Baldwin isticali su da, sve dok pripadnici američkih vojnih snaga nisu u stvarnosti izloženi nepravednom postupanju ili zatočeni pod okrutnim uvjetima, što bi bilo nespojivo s pravnim načelima SAD-a, NATO SOFA i njegovi dodaci na najbolji su način u interesu sigurnosti SAD-a.⁵⁶

Prema odredbi članka VII. stavka 1. NATO SOFA-e, vojne vlasti države šiljateljice imaju pravo unutar države primateljice provoditi kaznenu i stegovnu jurisdikciju koja im je dodijeljena njihovim pravnim poretkom nad svim osobama koje potpadaju pod vojne propise te države, dok vlasti države primateljice imaju jurisdikciju nad svim vojnim i civilnim pripadnicima snaga, te članovima njihovih obitelji, kada se radi o djelima počinjenim na državnom području države primateljice, a koja su kažnjiva po njezinim propisima.⁵⁷ Dakle, NATO SOFA priznaje pravo države šiljateljice na vršenje određenih ovlasti izvan vlastitog državnog područja, no istodobno jasno daje do znanja kako država primateljica uživa široke jurisdikcijske ovlasti na temelju svoje teritorijalne vlasti. Prema tome, vršenje kaznene jurisdikcije države šiljateljice ograničeno je na pripadnike vojnih snaga i civilne komponente, te članove njihovih obitelji, što ne vrijeđa suverenitet države primateljice, jer se radi o slučajevima u kojima država šiljateljica s punim pravom može zahtijevati isključivo pravo vršenja personalne jurisdikcije nad vlastitim ljudstvom.⁵⁸

Kada pripadnik stranih vojnih snaga, odnosno civilne komponente ili član njegove obitelji počini kazneno djelo na državnom području države primateljice, moguće su dvije situacije:

1. radi se o kaznenom djelu po kaznenom pravu države primateljice, ali i po kaznenom pravu države šiljateljice, pa nastaje sukob jurisdikcije;
2. radi se o kaznenom djelu po kaznenom pravu samo jedne od tih dviju država, pa država čije kazneno pravo nije povrijeđeno nema niti interesa niti prava na vršenje kaznene jurisdikcije u tom predmetu.

Dakle, kada je počinjeno kazneno djelo na državnom području države primateljice, postoji ili isključiva jurisdikcija jedne od država ili njihova istodobna jurisdikcija.

Prema odredbi članka VII. stavka 2. NATO SOFA-e vojne vlasti države šiljateljice imaju isključivu jurisdikciju nad osobama koje podliježu njihovim propisima glede djela kažnjivih po propisima te države, a koja nisu kažnjiva po propisima države primateljice, uključujući i kaznena djela protiv sigurnosti države šiljateljice.⁵⁹ S druge strane, državi primateljici povjerena je isključiva jurisdikcija nad pripadnicima

⁵⁵ Witzsch, G., "Human Rights of Aliens Under the NATO Status of Forces Agreement", *Columbia Journal of International Law*, vol. 11 - br. 2, 1972., str. 267-275.

⁵⁶ Rouse, J. H./ Baldwin, G. B., "The Exercise of Criminal Jurisdiction under the NATO Status of Forces Agreement", *The American Journal of International Law*, vol. 51, 1957., str. 29-62.

⁵⁷ Kinder, I., *op. cit.* (bilj. 46), str. 278.

⁵⁸ Gronimus, A., "Allied Security Services in Germany: The NATO SOFA and Supplementary Agreement seen from German Perspective", *Military Law Review*, vol. 136, 1992., str. 43-67.

⁵⁹ Za primjenu navedenih odredaba Sporazuma, kazneno djelo protiv sigurnosti države podrazumijeva izdaju države, sabotazu, špijunažu, te povredu službene i državne tajne.

vojne i civilne komponente stranih vojnih snaga, te članovima njihovih obitelji, glede djela kažnjivih po propisima te države, a koja nisu kažnjiva po propisima države šiljateljice, uključujući kaznena djela protiv sigurnosti države primateljice.

Nije za očekivati poteškoće u primjeni odredaba NATO SOFA-e kada neko djelo predstavlja prijestup isključivo protiv pravnog poretka države primateljice, odnosno države šiljateljice. Međutim, kada je djelo kažnjivo prema propisima obiju država, što je u stvarnosti slučaj s većinom kaznenih djela, država šiljateljica imat će interes i ovlaštenje za vršenje jurisdikcije sukladno odgovornostima vojnog zapovjedništva glede održavanja vojne stege na temelju načela primjene pravnoga poretka "zastave", dok će država primateljica nastojati provesti postupak zbog djela protiv svojeg pravnog poretka na temelju vlastitog teritorijalnog suvereniteta.

NATO SOFA za slučajeve kažnjivosti djela prema pravu i države primateljice i države šiljateljice predviđa istodobnu jurisdikciju obiju država, s time da u konkretnom predmetu samo jedna od njih ima primarnu jurisdikciju.⁶⁰ Za takve slučajeve NATO SOFA sadrži posebna pravila o jurisdikciji. Tako vojne vlasti države šiljateljice imaju primarnu jurisdikciju ako se radi o kaznenim djelima počinjenim isključivo protiv imovine ili sigurnosti te države, odnosno isključivo protiv osobe ili imovine drugog pripadnika vojne ili civilne komponente iste države, odnosno protiv člana obitelji.⁶¹ Primarnoj jurisdikciji države šiljateljice također podliježu kaznena djela pripadnika vojne ili civilne komponente te države koja proizlaze iz čina ili propusta počinjenog u obnašanju službene dužnosti.⁶²

Dakle, odredba članka VII. stavka 3. NATO SOFA-e pruža državi primateljici primarnu jurisdikciju u svim situacijama izuzev dviju:

1) ako se radi o tzv. *inter se* kaznenom djelu, koji se koncept, prema Lepperu, razvio iz običajnog prava vojnih snaga na vršenje isključive jurisdikcije nad vlastitim brodovima i unutar vlastitih vojnih objekata, te

2) ako se radi o kaznenom djelu počinjenom u obnašanju službene vojne dužnosti.⁶³

Nakon što je optuženiku suđeno od strane potpisnice NATO SOFA-e na temelju odredaba tog Sporazuma o jurisdikciji u kaznenim predmetima, pa isti bude oslobođen optužbe, ili je osuđen i nalazi se na izdržavanju kazne, ili je kaznu izdržao, ili je pomilovan, ne može mu se na istom državnom području ponovno suditi za isto kazneno djelo od strane druge potpisnice NATO SOFA-e. Svrha te odredbe je u sprječavanju nastajanja situacija u kojima bi ista osoba bila dvaput osuđena za isto kazneno djelo. Dakle, moraju biti ispunjene sljedeće pretpostavke:

1. da je postupak vođen u skladu s odredbama članka VII. NATO SOFA-e;

⁶⁰ Ardrey, R., "Subjection of American Military Personnel to Foreign Criminal Jurisdiction: the Territorial Imperative", *Iowa Law Review*, vol. 58, br. 3, 1972.-1973., str. 532-575.

⁶¹ Grabb, R. C., "The Status of Armed Forces Abroad", *Readings in International Law from the Naval War College Review 1947.-1977.*, vol. 62 - vol. II of Readings, 1980., str. 683-689.

⁶² Baxter, R. R., "Criminal Jurisdiction in the NATO Status of Forces Agreement", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, 1958., str. 72-81.

⁶³ Lepper, S. J., *op. cit.* (bilj. 10), str. 894.

2. da je počinitelj djela osuđen i nalazi se na služenju kazne ili je istu odslužio ili je pomilovan.

Prema tome, u takvom slučaju drugoj potpisnici NATO SOFA-e zabranjeno je protiv iste osobe pokrenuti drugi kazneni postupak:

1. na istom državnom području
2. za isto kazneno djelo.

Svrha zahtjeva za vođenjem kaznenog postupka sukladno članku VII. NATO SOFA-e vezana je uz slučajeve u kojima je jedna država vodila postupak protiv neke osobe, iako je na temelju odredaba tog Sporazuma druga država imala isključivu ili primarnu kaznenu jurisdikciju.⁶⁴

NATO SOFA predviđa i obvezu države koja prema navedenim pravilima ima primarnu jurisdikciju, a ne namjerava poduzimati nikakve procesne radnje, da o tome obavijesti vlasti druge države. S druge strane, u slučajevima kada država nema primarnu jurisdikciju, a ima interes za vršenjem jurisdikcije, može se obratiti drugoj državi sa zamolbom za odricanje od jurisdikcije. S tim u svezi NATO SOFA obvezuje državu koja ima primarnu jurisdikciju da s razumijevanjem razmotri zahtjev druge države za odricanje od jurisdikcije u njezinu korist.⁶⁵

U praksi, iako su na temelju članka VII. države primateljice u velikom broju slučajeva ovlaštene na kazneni progon pripadnika stranih vojnih snaga, u većini slučajeva, pogotovo kada je riječ o američkim državljanima, odriču se svoje primarne jurisdikcije, osim ako konkretno kazneno djelo izaziva ogorčenje javnosti ili grubo vrijeđa nacionalni ponos, odnosno moral.⁶⁶

Pravo zahtijevati od države primateljice odricanje od jurisdikcije za državu šiljateljicu naročito je važno kada se radi o članovima obitelji, za koje NATO SOFA predviđa primarnu jurisdikciju države primateljice.⁶⁷ Naime, posljedica takve odredbe jest da se članovi obitelji praktično nalaze u jednakom položaju kao i turisti, pa postupak protiv njih vode sudovi države primateljice.⁶⁸ S tim u svezi Rouse i Baldwin

⁶⁴ Tako je, na primjer, 1962. godine pred francuskim sudom bio pokrenut postupak protiv pripadnika američkih vojnih snaga zbog težeg kaznenog djela protiv sigurnosti prometa. Američki vojnik bio je osuđen, iako je isticao da je za isto djelo već kažnjen od strane američkih vojnih vlasti oduzimanjem čina i vozačke dozvole. Francuski Kasacijski sud zaključio je da se radi o djelu glede kojeg, u skladu s člankom VII. NATO SOFA-e, primarna jurisdikcija pripada Francuskoj, pa je konstatirao da je pripadnik američkih snaga ranije bio pogrešno osuđen, jer američke vlasti nisu imale primarnu jurisdikciju u tom predmetu, te da prema tome postupak nije bio vođen u skladu s člankom VII. stavkom 8. Sporazuma, koji nalaže vođenje postupka sukladno pravilima o jurisdikciji koja su sadržana u članku VII. NATO SOFA-e. Ta sudska odluka ukazala je na nedopustivost prakse da država šiljateljica kažnjavanjem pripadnika svojih snaga sprječava postupak države primateljice, jer bi to moglo dovesti do toga da država šiljateljica u svim budućim sličnim predmetima odmah izrekne kaznu i tako, na temelju odredbe članka VII. stavka 8. NATO SOFA-e, čija je svrha u sprječavanju dvostrukog kažnjavanja za isto kazneno djelo, oduzme državi primateljici mogućnost vršenja njezine primarne jurisdikcije.

⁶⁵ Baxter, R. R., *op. cit.* (bilj. 62), str. 74.

⁶⁶ Hearn, W. A., *op. cit.* (bilj. 13), str. 678.

⁶⁷ *Ibid.*, str. 679.

⁶⁸ *Ibid.*

smatraju da bi odredbe o kaznenoj jurisdikciji nad članovima obitelji zbog operativnih razloga trebale slijediti odgovarajuće odredbe usvojene glede pripadnika vojnih snaga.⁶⁹ U jednakom položaju kao i članovi obitelji nalaze se i pripadnici vojnih snaga ili civilne komponente kada se nalaze na dopustu izvan države u kojoj su inače stacionirani, osim ako postoji poseban sporazum s trećom državom.⁷⁰

Osim putem pregovora na *case-by-case* osnovi, odricanje od jurisdikcije postiže se i na temelju općeg sporazuma između države primateljice i države šiljateljice.⁷¹ Tako je 50-ih godina u Kongresu SAD-a u više navrata ponovljeno kako je cilj američke politike pregovarati radi postizanja isključive jurisdikcije američkih vojnih vlasti. U tom smislu, u ožujku 1955., američki general Hickman izjavio je pred senatskim odborom za oružane snage kako je gledište Ministarstva obrane SAD-a da odredbe o kaznenoj jurisdikciji koje su sadržane u NATO SOFA-i valja promatrati isključivo kao prihvatljivi minimum.⁷² Praksa nakon sklapanja NATO SOFA-e pokazuje da su pojedine države, a poglavito SAD, nakon što su im druge članice NATO-a odbile priznati isključivu jurisdikciju, pa su njihovi pregovarači prihvatili kompromis koji se sastojao u istodobnoj jurisdikciji⁷³, putem dvostranih međunarodnih ugovora s drugim državama uspijevale derogirati pojedine odredbe NATO SOFA-e, ponajprije one koje uređuju kaznenu jurisdikciju.

Tako su SAD sklopile sporazum s Nizozemskom, od 13. 8. 1954.⁷⁴, kojim su se nizozemske vlasti obvezale da će se, na zahtjev američkih vlasti, odreći svojeg primarnog prava na vršenje kaznene jurisdikcije prema odredbama NATO SOFA-e, osim kada utvrde da je provedba te jurisdikcije za njih od posebnog interesa.⁷⁵ Posljedica takve odredbe, nazvane u literaturi "nizozemska formula", jest obrnuti prioritet jurisdikcije, tj. ovlast nizozemskih vlasti da vode kaznenu postupak samo u iznimnim slučajevima, odnosno pravo SAD da vrše kaznenu jurisdikciju u najvećem broju slučajeva koji uključuju osobe podložne njihovim vojnim propisima.⁷⁶ Kada ne uspijevaju postići opći sporazum, SAD nastoje ishoditi odricanje od jurisdikcije države primateljice putem pregovora u svakom pojedinom predmetu.⁷⁷ S druge strane, međutim, kako to praksa pokazuje, SAD se u praksi ne odriču vlastite jurisdikcije u slučajevima kada imaju primarnu jurisdikciju.⁷⁸

Lazareff općenito drži da sklapanje dvostranih sporazuma koji modificiraju NATO SOFA-u predstavlja narušavanje ravnoteže koja je postignuta tijekom

⁶⁹ Rouse, J. H./ Baldwin, G. B., *op. cit.* (bilj. 56), str. 38.

⁷⁰ Hearn, W. A., *op. cit.* (bilj. 13), str. 679.

⁷¹ Ardrey, R., *op. cit.* (bilj. 60), str. 533.

⁷² Lazareff, S., *op. cit.* (bilj. 5), str. 74.

⁷³ Pfau, R., "The Legal Status of American Forces in Iran", *The Middle East Journal*, vol. 28, 1974., str. 141-153.

⁷⁴ Tekst Sporazuma u: UNTS, vol. 251.

⁷⁵ Odgovarajuća odredba sadržana je i u Sporazumu između SAD-a i Grčke od 7. 9. 1956. Tekst Sporazuma u: UNTS, vol. 278.

⁷⁶ Hearn, W. A., *op. cit.* (bilj. 13), str. 679.

⁷⁷ Lazareff, S., *op. cit.* (bilj. 5), str. 195.

⁷⁸ Baxter, R. R., *op. cit.* (bilj. 62), str. 75.

mногоstranih pregovora. Naime, načelo istodobne jurisdikcije, koje u međusobnim odnosima uglavnom primjenjuju države čije društveno i političko uređenje počiva na bitno istim načelima, odnosno čiji pravni poredak pruža jednaka jamstva glede pravne zaštite, poželjno je zbog toga što pomiruje zahtjeve teritorijalnog suvereniteta⁷⁹ i poštivanja imuniteta stranih država od teritorijalne jurisdikcije.⁸⁰ Međutim, kao i u svim prilikama odnosa između politički, gospodarski i vojno jačih s jedne, a slabijih država s druge strane, pojedini međunarodni ugovori o pravnom položaju stranih vojnih snaga, koji su formalno bili utemeljeni na načelu istodobne jurisdikcije, pa čak i teritorijalnog suvereniteta, u praksi su primjenjivani na način da je utjecajnija država šiljateljica uživala široka jurisdikcijska prava, na primjer, Sporazum između SAD-a i Libije od 9. 9. 1954.⁸¹ Zbog toga je temeljni preduvjet za uspostavu istinskog sustava istodobne jurisdikcije postojanje političkog ekvilibrija, koji je daleko teže postići u dvostranom nego u mnogostranom međunarodnom ugovoru, jer u posljednjemu svaka država potpisnica ujedno je i vjerovnik i dužnik u odnosu na druge države potpisnice.⁸²

Kaznena jurisdikcija nad stranim vojnim snagama prema nekim drugim međunarodnim ugovorima sklopljenim nakon Drugog svjetskog rata

Sporazum između Filipina i SAD-a o vojnim bazama, kojim se ujedno uređivao i pravni položaj američkih vojnih snaga stacioniranih na Filipinima, sklopljen 14. 3. 1947., a potom u više navrata noveliran⁸³, predviđao je isključivu kaznenu jurisdikciju američkih vojnih vlasti nad osobama koje podliježu vojnim propisima SAD-a, ako se radi o djelu koje je kažnjivo po američkim, ali ne i po filipinskim propisima.⁸⁴ S druge strane, filipinskim vlastima pripala bi isključiva jurisdikcija nad pripadnicima američkih vojnih snaga, pripadnicima civilne komponente i članovima obitelji kada se radilo o djelima kažnjivim po filipinskim, ali ne i po američkim propisima, dok je u svim ostalim slučajevima bila propisana istodobna kaznena jurisdikcija.⁸⁵ Sporazum je potom, analogno odredbama NATO SOFA-e, postavio pravila po kojima se određivalo koja će od država imati primarnu kaznenu jurisdikciju.⁸⁶

Administrativnim sporazumom između Japana i SAD-a, od 28. 2. 1952.⁸⁷, bilo je predviđeno da će vojne vlasti SAD-a imati u Japanu isključivu jurisdikciju glede

⁷⁹ Francuska je oduvijek snažno naglašavala nacionalni suverenitet, zbog čega je general de Gaulle 1966. i donio odluku o napuštanju vojne strukture NATO-a.

⁸⁰ Lazareff, S., *op. cit.* (bilj. 5), str. 43.

⁸¹ *Ibid.*, str. 44. Tekst Sporazuma u: UNTS, vol. 271.

⁸² *Ibid.*, str. 45.

⁸³ Novelom Sporazuma od 16. 9. 1966. predviđeno je da će isti prestati vrijediti s protekom 25 godina, tj. 16. 9. 1991., a nakon toga otkazom bilo koje strane u otkaznom roku od jedne godine, ukoliko stranke ne postignu sporazum o produženju njegova važenja.

⁸⁴ Porrata-Doria, R. A. Jr., "The Philippine Bases and Status of Forces Agreement: Lessons for the Future", *Military Law Review*, vol. 137, 1992., str. 67-102.

⁸⁵ *Ibid.*, str. 77.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Tekst Sporazuma u: UNTS, vol. 208.

svih kaznenih djela koja ondje počine pripadnici vojnih snaga SAD-a, civilne komponente, te članovi njihovih obitelji, s iznimkom članova obitelji koji imaju japansko državljanstvo. Takvo rješenje naišlo je na brojne kritike u Japanu, kako s političkog tako i s pravnog stajališta, jer je njime bila ne samo negirana kaznena jurisdikcija Japana, već su od jurisdikcije, osim pripadnika američkih vojnih snaga i civilne komponente, bili izuzeti i članovi njihovih obitelji.⁸⁸ Prigovaralo se da su imuniteti priznati američkoj strani bili znatno širi od imuniteta koji su u nekim drugim međunarodnim ugovorima priznati drugim državama, na primjer Velikoj Britaniji, a da se ne govori o imunitetima priznatim na temelju odredaba NATO SOFA-e.⁸⁹ Neki pravni pisci isticali su kako je takva odredba bila posljedica nastojanja američke strane da izbjegne nagle promjene u pravnom položaju svojih snaga koje su u Japanu otprije bile stacionirane kao okupacijske snage, a potom su se ondje zadržale i nakon stjecanja nezavisnosti od strane Japana.⁹⁰

Pored kritizirane odredbe, Administrativni sporazum sadržavao je i drugu odredbu čija je svrha bila "ograničavanje i racionaliziranje" prve odredbe⁹¹: "Nakon stupanja na snagu NATO SOFA-e s obzirom na SAD, ..., SAD će odmah sklopiti s Japanom, prema slobodnom izboru Japana, sporazum o kaznenoj jurisdikciji analogan relevantnim odredbama NATO SOFA-e.". Uz to, Sporazum je sadržavao i odredbu prema kojoj "u slučaju da NATO SOFA ne stupi na snagu unutar godine dana od stupanja na snagu ovog Sporazuma, SAD će na zahtjev japanske vlade, iznova razmotriti pitanje jurisdikcije glede kaznenih djela počinjenih u Japanu od strane pripadnika vojnih snaga SAD-a, civilne komponente i članova njihovih obitelji". U skladu s navedenim odredbama, nakon što je 23. 8. 1953. NATO SOFA stupio na snagu s obzirom na SAD, 29. 9. 1953. potpisan je Protokol⁹² o dopuni članka XVII. Administrativnog sporazuma.⁹³

Na temelju Varšavskog ugovora⁹⁴ vlada Sovjetskog Saveza (*skraćeno: SSSR*) pozvala je vlade država na čijem su se državnom području nalazile stacionirane sovjetske vojne postrojbe na potpisivanje dvostranih međunarodnih ugovora kojima bi se riješila pravna pitanja u svezi s boravkom sovjetskih vojnih snaga na državnom području tih država.⁹⁵ Članak 9. Ugovora između SSSR-a i Poljske, od 17. 12. 1956.⁹⁶,

⁸⁸ Takano, Y., "Foreign Armed Forces and Criminal Jurisdiction of Japan", *The Japanese Annual of International Law*, vol. 2, 1958., str. 19-37.

⁸⁹ *Ibid.*, str. 29.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*, str. 30.

⁹² Protokol je stupio na snagu 29. 10. 1953.

⁹³ Takano, Y., *op. cit.* (bilj. 88), str. 33.

⁹⁴ Ugovor o prijateljstvu, suradnji i uzajamnoj pomoći, koji su 14. 5. 1955. u Varšavi potpisali Albanija, Bugarska, Čehoslovačka, Mađarska, DDR, Poljska, Rumunjska i SSSR (stupio je na snagu 4. 6. 1955.), kao neposredan odgovor istočnoeuropskih zemalja na uključivanje Savezne Republike Njemačke u NATO. Između ostaloga, stranke su se obvezale da će u slučaju napada na bilo koju od njih istoj pružiti neophodnu pomoć. Tekst Ugovora u: UNTS, vol. 219.

⁹⁵ Vukadinović, R., *Odnosi među evropskim socijalističkim državama*, Zagreb, 1970., str. 222.

⁹⁶ Ugovor je potpisan 17. 12. 1956. u Varšavi, a stupio je na snagu 27. 2. 1957. Tekst Ugovora u: UNTS, vol. 266.

predviđao je opću primjenu poljskog kaznenog prava i jurisdikciju poljskih sudova i drugih tijela vlasti nadležnih za kazneni progon glede pripadnika sovjetskih vojnih snaga i članova njihovih obitelji koji bi počinili kazneno djelo na državnom području Poljske. Kada se radilo o "ozbiljnim djelima" pripadnika sovjetskih vojnih snaga, za provedbu istražnih radnji bile su nadležne poljske vojne vlasti, a za suđenje poljski vojni sudovi. Iznimku od tog pravila predstavljali su slučajevi kaznenih djela koja su počinili pripadnici sovjetskih vojnih snaga ili članovi njihovih obitelji isključivo protiv SSSR-a ili drugog pripadnika snaga, odnosno člana obitelji, te kaznenih djela počinjenih u obnašanju službene dužnosti, kada je kaznena jurisdikcija pripadala sudovima i drugim nadležnim državnim tijelima SSSR-a. U članku 9. stavku 3. Ugovora bila je predviđena mogućnost da nadležna tijela Poljske i SSSR-a zatraže prijenos, odnosno prihvata jurisdikcije određene Ugovorom.

Odgovarajuće odredbe bile su sadržane i u Sporazumu između SSSR-a i Demokratske Republike Njemačke (*skraćeno: DDR*), od 12. 3. 1957.⁹⁷, Sporazumu između SSSR-a i Rumunjske, od 15. 4. 1957.⁹⁸, te u Sporazumu između Mađarske i SSSR-a, od 27. 5. 1957.⁹⁹

Člankom 14. Sporazuma između SAD-a i Tajvana, od 31. 8. 1965., kaznena jurisdikcija bila je uređena tako da je SAD-u pripala jurisdikcija u kaznenim predmetima sukladno propisima SAD-a, a Tajvanu u predmetima koji su bili kažnjivi prema tajvanskom pravu.¹⁰⁰ Ako bi se radilo o kaznenom djelu koje je kažnjivo i po pravu Tajvana i po pravu SAD-a, kaznena jurisdikcija bila je načelno istodobna, s time da bi SAD imale primarnu jurisdikciju prema vlastitom izboru ako bi se radilo o kaznenom djelu koje američki službenik počini protiv imovine, osoba ili sigurnosti SAD-a, te ako bi se radilo o kaznenom djelu počinjenom u obnašanju službene dužnosti. U svim ostalim slučajevima istodobne jurisdikcije primarna jurisdikcija pripadala bi Tajvanu.¹⁰¹

Zaključak

Koncept kaznene jurisdikcije RH nad pripadnicima SFOR-a, kako je postavljen člankom 7. Sporazuma između RH i NATO-a o pravnom položaju NATO-a i njegovog osoblja, očito je bitno drugačiji od većine naprijed izloženih režima kaznene jurisdikcije. To je koncept kakav se redovito primjenjuje u državama u kojima se provodi mirovna operacija međunarodnih vojnih snaga, kao što je to u prošlosti bilo učinjeno s obzirom na pripadnike mirovnih snaga UN-a na Cipru, Somaliji i drugdje,

⁹⁷ Sporazum je potpisan 12. 3. 1957. u Berlinu, a stupio je na snagu 27. 4. 1957. Tekst Sporazuma u: UNTS, vol. 285.

⁹⁸ Sporazum je potpisan 15. 4. 1957. u Bukureštu, a stupio je na snagu 4. 6. 1957. Tekst Sporazuma u: UNTS, vol. 274.

⁹⁹ Sporazum je potpisan 27. 5. 1957. u Budimpešti, a stupio je na snagu 16. 8. 1957. Tekst Sporazuma u: UNTS, vol. 407.

¹⁰⁰ Tao, L.-s., "The Sino-American Status of Forces Agreement: Criminal Jurisdiction", *The Annals of the Chinese Society of International Law*, br. 10, 1973., str. 1-33.

¹⁰¹ *Ibid.*, str. 1.

pa i u RH tijekom Domovinskog rata. Naime, kada je riječ o mirovnim operacijama, presumpcija koja bi favorizirala lokalnu jurisdikciju nije primjenjiva, jer u takvim situacijama lokalna jurisdikcija obično ne funkcionira zbog poremećaja lokalnog pravnog poretka.¹⁰² No, ako je logično da je kaznena jurisdikcija nad pripadnicima SFOR-a u BiH - kao državi u kojoj je na temelju Daytonskog sporazuma uspostavljena mirovna operacija - ugovorena na način svojstven provedbi mirovnih operacija, tj. uz priznavanje širokih jurisdiksijskih ovlasti državama šiljateljicama, s pravom se može postaviti pitanje zašto je hrvatsko izaslanstvo na pregovorima u Daytonu prihvatilo istovjetan pravni položaj pripadnika SFOR-a u RH kakav im je priznat u BiH. Smatramo da je hrvatsko izaslanstvo u pregovorima u bazi Wright-Patterson trebalo izboriti da Sporazum s NATO-om ne bude tipski za sve tri države (RH, BiH, SRJ), već da se kada je u pitanju RH, sklopi sadržajem različit sporazum koji bi bio sukladan naprijed izloženoj međunarodnoj praksi.

Ovako, nemogućnost provedbe kaznene jurisdikcije od strane RH nad pripadnikom SFOR-a koji počini kazneno djelo nasilničkog ponašanja, teške tjelesne ozljede, zloporabe opojnih droga, silovanja, protuzakonitog lova, kazneno djelo protiv sigurnosti prometa, ili bilo koje drugo kazneno djelo počinjeno na štetu RH ili njezinih građana, predstavlja nelogično i za RH nepovoljno rješenje, koje pruža prostor zloupotrebama od strane pripadnika SFOR-a. Jednostavno rečeno, RH je Sporazumom iz 1995. preuzela pretjerano velike obveze odričući se od svoje kaznene jurisdikcije nad pripadnicima SFOR-a.

Međutim, činjenica je da je predmetni Sporazum na snazi, te da pravno obvezuje njegove stranke na temelju članka 26. Konvencije o pravu međunarodnih ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija iz 1986.¹⁰³ Kao takav, Sporazum se mora *bona fide* i u cijelosti izvršavati, sve dok se u postupku propisanom člancima 65.-67. spomenute Konvencije ne bi dokazalo da je on od njegova sklapanja bio ništav, ili dok se ne bi izmijenio ili se ne bi postigao novi sporazum o istom predmetu.

Svaka suverena država, pa tako i RH, mora biti sposobna sama štititi vlastite pravne interese i ne može to očekivati od drugih strana u pregovorima. Čak kad bi druga strana i predložila štetan sporazum, pa i suprotan ustavnim načelima druge države, a ova ga prihvatila, taj sporazum ne bi samo zbog toga postao ništav, niti bi se zbog toga smjelo ne primjenjivati ga ili primjenjivati ga samo u dijelu u kojemu predviđa prava odnosne države. Složeni postupak dugotrajnih pregovaranja, parafiranja, potpisivanja i napokon ratifikacije, upravo služi za to da neka država ne bi prihvatila ugovorne obveze koje ne želi. Da je u konkretnom slučaju hrvatska strana okupila kakav tim pravnih stručnjaka, čija bi se kompetencija temeljila na objavljenim znanstvenim radovima iz područja koje je predmet pregovora - neovisno

¹⁰² Tako je, na primjer, glavni tajnik UN-a, kada je zatražio angažiranje mirovnih snaga u Somaliji, u svom mišljenju naveo da "*ondje ne postoji nikakva vlada koja bi mogla zatražiti ili odobriti upotrebu mirovnih vojnih snaga*", što drugim riječima znači da nije postojala ni lokalna vlast koja bi mogla vršiti kaznenu jurisdikciju nad tim snagama.

¹⁰³ Tekst Konvencije u: "Narodne novine - međunarodni ugovori", br. 1/94.

o njihovu položaju u državnoj ili diplomatskoj hijerarhiji, koji automatski ne znači i užu stručnost - i koji bi davali sugestije za pregovore ili barem kritičke primjedbe glede već potpisanog ugovora, a prije njegova svečanog potpisivanja u Parizu, krajnji rezultat zacijelo ne bi bio tako nepovoljan za RH.

Na kraju, osvrnimo se i na činjenicu da predmetni Sporazum nije sukladno ustavnim načelima RH ratificirao Zastupnički dom Hrvatskog državnog sabora. Naime, prema članku 132. Ustava RH¹⁰⁴, *“međunarodne ugovore u ime Republike Hrvatske sklapa predsjednik Republike, a može ih u skladu sa zakonom, sklapati i Vlada Republike Hrvatske”*. Na temelju članka 134. Ustava, *“međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona”*, a *“njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava”*. Člankom 132. Ustava određeno je da *“Zastupnički dom Hrvatskog državnog sabora potvrđuje međunarodne ugovore koji traže donošenje ili izmjenu zakona, međunarodne ugovore vojne i političke naravi i međunarodne ugovore koji financijski obvezuju Republiku Hrvatsku”*. Držimo da međunarodni ugovori kojima se uređuje pravni položaj stranih vojnih snaga svakako spadaju u kategoriju *“međunarodnih ugovora vojne i političke naravi”*. Ne namjeravamo, međutim, tvrditi kako Daytonski okvirni sporazum sa svim svojim aneksima nije pravno obvezujući za RH zato što ga sukladno citiranim ustavnim odredbama nije ratificirao Zastupnički dom Hrvatskog državnog sabora, a s obzirom na članak XI. Okvirnog sporazuma na temelju kojega on stupa na snagu potpisivanjem. Ne bi trebalo biti sporno kako u slučajevima kada ugovorne obveze preuzimaju predsjednici država koji na temelju ustava imaju položaj šefa izvršne vlasti - na primjer, predsjednici SAD-a, Francuske ili RH - ostale stranke u pregovorima polaze od pretpostavke da je šef izvršne vlasti nadležan preuzeti obvezu, odnosno da ga je na to prije ovlastilo tijelo koje je nadležno na temelju ustava. Osim toga, članak 46. spomenute Konvencije o pravu međunarodnih ugovora, koji se odnosi na nesuglasnost s odredbama unutarnjeg prava o nadležnosti za sklapanje ugovora kao na uzrok ništavosti, zahtijeva da je to bilo očito i objektivno jasno svakoj međunarodnoj organizaciji. No, i u tim slučajevima za proglašenje ništavosti valja slijediti već spomenuti postupak propisan člancima 65.-67. Konvencije o pravu međunarodnih ugovora iz 1986.

Literatura

- Andrassy, J./ Bakotić, B./ Vukas, B., *Međunarodno pravo* 1, Zagreb, 1995.
Bavcon, Lj., *Međunarodno kazensko pravo*, Ljubljana, 1997.
Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3 i 4, Amsterdam - New York - Oxford, 1982.
Henkin, L., *International Law-Cases and Materials*, St. Paul, 1993.
Lazareff, S., *Status of Military Forces under Current International Law*, Leyden, 1971.

¹⁰⁴ Tekst Ustava u: *“Narodne novine”*, br. 8/98.

- Pavišić, B./ Vučković, M./ Veić, P./ Radolović, A., *Zakon o kaznenom postupku - s komentarom, literaturom i sudskom praksom*, Zagreb, 1998.
- Vukadinović, R., *Odnosi među evropskim socijalističkim državama*, Zagreb, 1970.
- Whiteman, M. M., *Digest of International Law*, vol. 6, Washington, 1968.
- Zlatarić, B., *Međunarodno krivično pravo*, Zagreb, 1979.
- Ardrey, R., "Subjection of American Military Personnel to Foreign Criminal Jurisdiction: the Territorial Imperative", *Iowa Law Review*, vol. 58, number 3, 1972-73.
- Baldwin, G. B., "The International Law of the Armed Forces Abroad", *Readings in International Law from the Naval War College Review 1947-1977*, vol. 62 - vol. II of Readings, 1980.
- Baxter, R. R., "Criminal Jurisdiction in the NATO Status of Forces Agreement", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, 1958.
- Bothe, M., "Pacific Occupation" u: Bernhardt, R. (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, 1982.
- Bowett, D. W., "Military Forces Abroad" u: Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1982.
- Bowett, D. W., "International Military Force" u: Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1982.
- Degan, V. Đ., "Teritorijalna cjelovitost države", *Politička misao*, sv. 35, br. 1, 1998.
- Grabb, R. C., "The Status of Armed Forces Abroad", *Readings in International Law from the Naval War College Review 1947-1977*, vol. 62 - vol. II of Readings, 1980.
- Gronimus, A., "Allied Security Services in Germany: The NATO SOFA and Supplementary Agreement seen from German Perspective", *Military Law Review*, vol. 136, 1992.
- Hearn, W. A., "Status of Armed Forces Abroad", *Readings in International Law from the Naval War College Review 1947-1977*, vol. 62 - vol. II of Readings, 1980.
- Kinder, I., "Institucionalna struktura i pravni položaj Sjevernoatlantske organizacije", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, broj 1, 1998.
- Lepper, S. J., "Short v. The Kingdom of The Netherlands: Is It Time to Renegotiate the NATO Status of Forces Agreement?", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 24, number 5, 1991.
- Pfau, R., "The Legal Status of American Forces in Iran", *The Middle East Journal*, vol. 28, 1974.
- Porrata-Doria, R. A. Jr., "The Philippine Bases and Status of Forces Agreement: Lessons for the Future", *Military Law Review*, vol. 137, 1992.
- Rouse, J. H./ Baldwin, G. B., "The Exercise of Criminal Jurisdiction under the NATO Status of Forces Agreement", *The American Journal of International Law*, vol. 51, 1957.
- Takano, Y., "Foreign Armed Forces and Criminal Jurisdiction of Japan", *The Japanese Annual of International Law*, vol. 2, 1958.
- Tao, L.-s., "The Sino-American Status of Forces Agreement: Criminal Jurisdiction", *The Annals of the Chinese Society of International Law*, number 10, 1973.
- Witzsch, G., "Human Rights of Aliens Under the NATO Status of Forces Agreement", *Columbia Journal of International Law*, vol. 11 - number 2, 1972.
- Bakotić, B. (priređio), *Daytonski sporazum*, Pravni fakultet u Zagrebu, I. svezak - neslužbeni tekst na hrvatskom jeziku, Zagreb, 1998.
- Bakotić, B. (priređio), *Daytonski sporazum*, Pravni fakultet u Zagrebu, II. svezak - službeni tekst na engleskom jeziku, Zagreb, 1998.
- Konvencija o povlasticama i imunitetima Ujedinjenih naroda iz 1946., "Narodne novine - međunarodni ugovori", br. 10/99.
- North Atlantic Treaty, 04. 4. 1949. (Belgija, Danska, Francuska, Island, Italija, Kanada, Luksemburg, Nizozemska, Norveška, Portugal, SAD, Velika Britanija), UNTS, vol. 34 i 126.
- Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces, 19. 6. 1951. (Belgija, Danska, Francuska, Island, Italija, Kanada, Luksemburg, Nizozemska, Norveška, Portugal, SAD, Velika Britanija), UNTS, vol. 199.

- Treaty of Friendship, Co-Operation and Mutual Assistance, 14. 5. 1955. (Albanija, Bugarska, Čehoslovačka, DDR, Mađarska, Poljska, Rumunjska i SSSR), UNTS, vol. 219.
- Memorandum of Understanding Constituting an Agreement between the Government of the United States of America and the Provisionial Government of the French Republic Regarding Settlement for Lend-Lease, Reciprocal Aid, Surplus War Property, and Claims, 28. 5. 1946. (Francuska i SAD), UNTS, vol. 84.
- Agreement on Mutual Defense Assistance, 18. 6. 1951. (SAD i Saudijska Arabija), UNTS, vol. 141.
- Agreement on Long-Range Proving Ground for testing of Guided Missiles, 26. 11. 1951. (SAD i Dominikanska Republika), UNTS, vol. 150.
- Administrative Agreement Under art. III. of the Security Treaty, 28. 02. 1952. (SAD i Japan), UNTS, vol. 208.
- Protocol to Amend Article XVII. of Administrative Agreement, 29. 9. 1953. (SAD i Japan), UNTS, vol. 208.
- Agreement on Stationing of US Armed Forces in The Netherlands, 13. 8. 1954. (SAD i Nizozemska), UNTS, vol. 251.
- Agreement on Criminal Jurisdiction over Members of US Forces under art. XX (2), 24. 02. 1955. (SAD i Libija), UNTS, vol. 271.
- Agreement on Status of US Forces in Greece, 07. 9. 1956. (SAD i Grčka), UNTS, vol. 278.
- Treaty concerning the Legal Status of Soviet Forces temporarily stationed in Poland, 17. 12. 1956. (SSSR i Poljska), UNTS, vol. 266.
- Agreement on Questions relating to the temporary Presence of Soviet Forces in the Territory of the German Democratic Republic, 12. 3. 1957. (SSSR i DDR), UNTS, vol. 285.
- Agreement concerning the Legal Status of Soviet Forces temporarily stationed in the Territory of the Romanian People's Republic, 15. 4. 1957. (SSSR i Rumunjska), UNTS, vol. 274.
- Agreement concerning the Legal Status of Soviet Forces temporarily stationed in the Territory of the Hungarian People's Republic, 27. 5. 1957. (Mađarska i SSSR), UNTS, vol. 407.
- Convention on Diplomatic Relations, 1961, UNTS, vol. 500.
- Convention on Consular Relations, 1963, UNTS, vol. 596.
- Convention on Special Missions, 1969, UN Docs.A/Res./2530 (XXIV), International Legal Materials, vol. 9, 1970.
- Konvencija o pravu međunarodnih ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija iz 1986., "Narodne novine - međunarodni ugovori", br. 1/94.
- Sporazum između UN i Vlade Republike Hrvatske, 15. 5. 1995. (UN i RH).
- Sporazum između Republike Hrvatske i NATO-a o statusu NATO-a i njegovog osoblja, 21. 11. 1995. (RH i NATO).
- Sporazum između SRJ i NATO-a o tranzitnim aranžmanima za operacije mirovnog plana, 21. 11. 1995. (SRJ i NATO).
- Sporazum između RBiH i NATO-a o pravnom položaju NATO-a i njegovog osoblja, 21. 11. 1995. (RBiH i NATO).
- Tehnički sporazum između Vlade Republike Hrvatske i Organizacije Sjevernoatlantskog pakta / NATO/ u ime Provedbenih snaga /IFOR/, 01. 3. 1996. (RH i NATO).
- Kazneni zakon, "Narodne novine", br. 110/97.
- Zakon o kaznenom postupku, "Narodne novine", br. 110/97.
- Ustav Republike Hrvatske, "Narodne novine" br. 8/98.

Summary

IMMUNITY OF MEMBERS OF SFOR IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Under criminal law in the Republic of Croatia (abb.: RC) once a criminal act has been committed on its territory the application of Croatian law is mandatory regardless of whether it was committed by a citizen of the RC, a foreigner or a stateless person, regardless of his residence and regardless of whether the victim was a Croatian citizen or not, whether the act was committed against the RC or other state, against Croatian or foreign legal goods. As an exception, according to the Agreement between the RC and NATO on the Legal Status of NATO and its Staff, signed on 21st November 1995 in Dayton, the members of SFOR have immunity in criminal proceedings for the criminal acts they commit on Croatian territory. Although the exclusive Croatian jurisdiction for all criminal acts committed by SFOR members on its territory would not be desirable from the RC's point of view when the values harmed were not those protected in the Croatian legal system, the present solution is unfavorable for Croatia since it completely excludes its jurisdiction. This system is typical for peacekeeping operations granting wide jurisdictional powers to the protecting states since the presumption which favors a territorial jurisdiction is in majority of cases inapplicable due to the usual inefficiency of local power and public disorder. However, in the RC there is not a peacekeeping mission in operation and the immunity in criminal proceedings of SFOR members represents an illogical solution subject to criticism under the international practice of the legal status of foreign military forces in peace. In support of this, the authors analyze relevant provisions of several international treaties on legal status of foreign military forces, as well as the practice of different states both in designation and enforcement of those treaties. Nevertheless, it is concluded that the mentioned Agreement is in force, and it legally binds the RC which has to enforce it to its full extent and *bona fidae*.

Key words: *criminal act, jurisdiction, state territory, SFOR, international treaty.*

Zusammenfassung

AUSSCHLUSS DER STRAFVERFOLGUNG VON ANGEHÖRIGEN DER SFOR IN DER REPUBLIK KROATIEN

Nach der Strafgesetzgebung der Republik Kroatien (RH) ist nach der Feststellung, dass eine Straftat auf ihrem Staatsgebiet begangen wurde, die Anwendung kroatischer Gesetze verpflichtend, ungeachtet dessen ob der Straftäter ein Bürger der RH, Ausländer oder Apatrid ist und ungeachtet dessen ob er seinen Wohnsitz in der RH oder im Ausland hat und ob die Tat gegenüber einem kroatischen oder ausländischen Staatsbürger, gegen die RH oder das Ausland, gegen kroatisches oder ausländisches Rechtsgut begangen wurde. Davon ist aufgrund eines Abkommens zwischen der RH

und der NATO über die Rechtslage der NATO und ihrer Angehörigen, das am 21.11.1995 in Dayton unterzeichnet wurde, die Strafjurisdiktion der RH für Angehörige der SFOR, die auf ihrem Staatsgebiet eine Straftat begehen, ausgenommen. Obwohl diese Jurisdiktion der RH hinsichtlich aller Straftaten, die auf ihrem Staatsgebiet Angehörige der SFOR begangen haben vom Standpunkt des Interesses der RH eine gewünschte Lösung wären, wenn durch die Straftat keine Werte verletzt werden, die ihre Gesetzgebung schützt, ist die bestehende Lösung für die RH ungünstig, denn sie schließt deren Strafjurisdiktion völlig aus. Es handelt sich um die Regulierung der durch besondere Praxis durchgeführten Friedensoperationen, wenn den Staaten der Gesandten weite jurisdiktorische Befugnisse anerkannt werden, denn die Präsumption, die die territoriale Jurisdiktion favorisiert, ist meistens nicht anwendbar, da die lokale Regierung meist wegen der gestörten öffentlichen Ordnung nicht funktioniert. Da jedoch in der RH keine Friedensoperation durchgeführt wird, stellt die Immunität der Angehörigen der SFOR seitens ihrer Strafjurisdiktion eine unlogische Lösung dar und ist der Kritik vom Standpunkt der internationalen Praxis bei der Regulierung der Rechtslage ausländischer Armeekräfte im Frieden ausgesetzt. Als Beitrag dazu bieten die Autoren eine Analyse der relevanten Bestimmungen zahlreicher internationaler Verträge über die Rechtslage fremder Armeekräfte sowie die Praxis der Staaten bei Abschluss und Anwendung dieser Verträge. Sie schließen allerdings, dass das betreffende Abkommen in Kraft ist und die RH rechtlich verpflichtet, es bona fide und in Gänze auszuführen.

Schlüsselwörter: *Straftat, Jurisdiktion, Staatsgebiet, SFOR, internationaler Vertrag.*

Sommario

L'IMMUNITÀ DEI MEMBRI DELLA SFOR NEI PROCEDIMENTI PENALI NELLA REPUBBLICA DI CROAZIA

Secondo la legislazione penale della Repubblica di Croazia (in seguito: RC) una volta che un reato sia stato commesso sul suo territorio l'applicazione della legge croata è obbligatoria anche se sia stato commesso da un cittadino della RC, uno straniero o un apolide, se il fatto sia stato commesso contro la RC o altro Stato, contro beni giuridici croati o esteri. Come eccezione, secondo l'Accordo tra la RC e la NATO sullo *status* giuridico della NATO e il suo personale, firmato il 21 novembre 1995 a Dayton, i membri della SFOR hanno l'immunità nei procedimenti penali per reati commessi sul territorio croato. Nonostante la giurisdizione esclusiva croata per tutti i reati commessi dai membri della SFOR sul suo territorio non sarebbe stato desiderabile dal punto di vista della RC quando i valori danneggiati non fossero quelli protetti dall'ordinamento giuridico croato, la presente soluzione è sfavorevole alla Croazia poiché esclude completamente la sua giurisdizione. Tale sistema è tipico delle operazioni di pace attribuenti estesi poteri giurisdizionali per la tutela dello Stato sulla presunzione che favorire la giurisdizione territoriale è nella maggior parte

dei casi impossibile a causa della frequente inefficienza del potere locale e del disordine pubblico. Tuttavia nella RC non vi è una missione di pace in corso e l'immunità nei procedimenti penali dei membri della SFOR rappresenta una soluzione illogica soggetta a critica secondo la consuetudine internazionale dello *status* giuridico delle forze militari straniere di pace. A sostegno di ciò gli Autori analizzano le importanti disposizioni di numerosi trattati internazionali sullo *status* giuridico delle forze militari straniere, così come la consuetudine dei differenti Stati sia nell'adozione sia nell'applicazione di tali trattati. Ciononostante la conclusione è che il suddetto Accordo è in vigore, e obbliga giuridicamente la RC che deve applicarlo nella sua piena estensione e in buona fede.

Parole chiave: reato, giurisdizione, territorio statale, SFOR, trattato internazionale.

THE PHILOSOPHICAL CONCEPTS OF EQUALITY

Sanja Barić, LL.M., stručna suradnica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 177
Ur.: 17. prosinca 1999.
Pr.: 3. ožujka 2000.
Pregledni članak

Filozofski koncepti jednakosti

Cilj ovog članka je raščlamba naizgled jasnog i opće prihvaćenog pojma jednakosti pomoću različitih filozofskih i teorijskih postavki. Jednakost u pravnom kontekstu je prvenstveno preskriptivna, ali deskriptivna jednakost predstavlja temelj legitimiziranja grupiranja. Posljedično, materijalna jednakost imanentno ovisi o mjerilima koje određeni pravni poredak primjenjuje prilikom razlikovanja određenih situacija i prilikom odlučivanja o opravdanosti pojedinih grupiranja.

Prvi dio razmatra tri jezična značenja riječi jednakost, dok drugi proučava praktične koncepte koji su se razvili primjenom apstraktnog pojma jednakosti na složenost društvene stvarnosti. Jednako postupanje i nedavno stvoren koncept jednake mogućnosti razmotreni su u trećem dijelu. Isti dio objašnjava temeljne probleme pozitivne diskriminacije. Izuzetno zanimljiv odnos između jednakosti i pravde promišlja se u četvrtom dijelu. Ovdje se izvode i moguća opravdanja pozitivne diskriminacije na temelju pojedinih teorija materijalne pravde. Posljednji dio raspravlja o općoj ulozi jednakosti u pravnom kontekstu. Posebno se ističe tvrdnja da je jednakost u osnovi prazna ideja koja ne sadrži relevantna materijalna mjerila, te se nude protuargumenti takvom stavu.

Ključne riječi: *jednakost, subjekti jednakosti, vrijednost jednakosti, jednako postupanje, jednaka mogućnost, pravda.*

Contents

Introduction

- 1. The lexical meaning of equality*
- 2. The translation of equality from a simple abstraction into complex society*
 - 2.1. The subjects of equality*
 - 2.2. The domain of equality*
 - 2.3. The value of equality*
 - 2.4. Absolute v. relative equality*

3. *The meaning of "being equal"*
 - 3.1. *Equal treatment*
 - 3.2. *Equal opportunity*
 - 3.3. *Affirmative action*
 4. *Equality v. justice*
 - 4.1. *Distributive, compensatory and procedural justice*
 - 4.2. *The concepts of material justice*
 - 4.2.1. *Libertarian justice*
 - 4.2.2. *Contractarian justice*
 - 4.2.3. *Utilitarian justice*
 - 4.2.4. *Egalitarian justice*
 - 4.3. *The proper relation between equality and justice*
 5. *The role of equality in legal context*
 - 5.1. *The formal principle of equality*
 - 5.2. *The presumption of equality*
 - 5.3. *The substantive principle of equality*
 - 5.4. *The "emptiness" of the idea of equality?*
- Conclusion*

Introduction

Some of the most significant moral crusades in history have been fought and won in the name of "equality": abolishment of slavery, elimination of feudal privilege, the spread of universal suffrage, the outlawing of racial discrimination, the emancipation of women, etc. It has been argued that the word equality has quite powerful and persuasive rhetorical force not only because of the things it refers to but due to the kind of word it is.¹ It combines two paradoxical features: it appears to be one thing to all people and yet different to different people. Like the word "justice" it has favorable connotations and yet is not itself an evaluative term. It seems to refer to a definite state of affairs, something that is not defined by reference to an ever-changing observer. Still, people have inconsistent concepts of equality, some using it as argument for and some against the same thing e.g. granting maternity leave to (only) women, or the legitimatization of homosexual marriages. Equality is, also, a "virtue word"² and arguments in the name of equality put opponents "on the defensive."³ At the same time, to say that something is equal does not mean that it is right and good. Equality can be condemned without falling into contradiction (e.g. Jews and Roma were treated equally in Hitler's concentration camps but nevertheless notoriously cruel and inhuman).⁴

¹ Westen, Peter: *Speaking of equality*, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. xiii-xxi.

² *Ibid.*, p. xvii.

³ "Like justice, of which all seem to agree it is in some sense a part, no one is against equality." For more details see footnote 192 in Westen, Peter: *The empty idea of equality*, In Harvard Law Review, 1982 (3/95), p. 593.

⁴ *Loc. cit.*

It is one of the great undefined terms underlying much current controversy and antagonism. Its legal relevance has been enormously increasing in recent times, having its contemporary incorporation in equal opportunity law. Programs designed to bring it about by remedying the past direct discrimination (affirmative action programs) invoke a bulk of debates over their desirability and justification. And it is precisely because everyone thinks he knows what equality is, that it appears to be difficult to explain exactly what it is.⁵ It should be worth defining.⁶

1. The lexical meaning of equality

“One man is neither equal nor unequal to another man. When I stand in the presence of another man, and I am my own pure self, am I aware of the presence of an equal, or of an inferior, or of a superior? I am not. ... There is me, and there is another being ... There is no comparing or estimating ... Comparison enters only when one of us departs from his own integral being, and enters the material mechanical world. The equality and inequality starts at once.” (Lawrence, D.H.: *Democracy*, as quoted in Schaar, John H.: *Equality of Opportunity, and Beyond*, In *Equality - selected readings*, ed. Pojman and Westmoreland, New York, Oxford University Press, 1997, p. 147.)

According to Webster’s dictionary, equality “is a state or instance of being equal”.⁷ It is commonly perceived to be different from rights and liberties. Rights are diverse, complicated, non-comparative in nature, having their source and their justification in a person’s individual well-being; they are individualistic. Equality is, on the other hand, singular, simple, comparative, deriving its source and its limits from the treatment of others; it is social.⁸

There are three separate concepts of equality - descriptive, mathematical, and prescriptive equality.⁹ Descriptive equality seems to be simple and self-evident in the area of weights and measures. It has three fundamental features: *plurality* - it involves relationship between two or more things, or persons; *difference* - things or persons are distinguishable in one or more respects; and *comparison* - by comparing the objects one learns something more about them than what one would know by examining them in isolation from one another (e.g. that they are of equal weight). Furthermore, the essential presupposition of comparison is a common standard of

⁵ For a more detailed discussion on this point see Menne, Albert: *Identity, Equality, Similarity: A Logico-Philosophical Analysis*, Ratio, vol. 4, no. 1 (June), 1961, pp. 50-61.

⁶ “Equality is such an easily understood concept in mathematics that we may not realize it is a bottomless pit of complexities anywhere else.” Sowell, Thomas: *We’re Not Really Equal*, Newsweek, Sept. 7, 1981, at. 13 as cited by Westen, Peter in *On “confusing ideas”: Reply*, In *Yale Law Journal*, 1982 (91), pp. 1153-1165, on p. 1153.

⁷ Equal: (lat.) level, even; 1. of the same quantity, size, number, value,...; 2. having the same rights, privileges, ability, rank; 3. evenly proportioned, balanced; 4. (archaic) fair, just, impartial. Webster’s New World College Dictionary, McMillan, 3rd ed., 1996, pp. 458-459.

⁸ Westen: *The empty...*, p. 537.

⁹ Westen: *Speaking...*, pp. 11-92.

measurement by which subjects of comparison are themselves measurable. In that respect, comparison may be made in terms of “more and less”¹⁰ or in binary standards. Namely, if two persons are of the same height, or if they have the same political power, it is held that they possess the particular trait in the same “degree”. But whether they are citizens or not is a question of presence or absence of this characteristic, making them similar or different in “type”.¹¹ The binary standards are particularly important in moral and legal discourse as prescriptive equalities are frequently based on them.

The most important step in establishing descriptive equality is the determination of relevant characteristic that is to be measured. It is quite obvious that there are no two absolutely equal things or persons in the world in all possible respects.¹² The crucial conclusion is, therefore, that the equal objects in one relevant respect can be, and are, unequal in other respects.¹³

The concept of equality is taken for granted in the arithmetics, yet its clarity seems to disappear in normative discourse.¹⁴ It has been shown that this derives from the difference in the subject matter of comparison, i.e. mathematically equal entities are completely identical, whereas descriptively equal entities are not. Numbers do not possess any feature other than their numerical value. As a result of this difference, several so-called “category mistakes” can be made by confusing equality in some respects with the ideal of absolute equality achievable only in high abstraction situations, like mathematics.¹⁵

Prescriptive equality establishes how certain class of people ought to be treated; prescriptive equals are persons who possess the same description for the purpose of a given rule of conduct, ordinarily called moral or legal rule.¹⁶ Although the major difference between descriptive and prescriptive equality is the nature of the standard of measurement, the standards of comparison that underlie prescriptive equality share significant features of descriptive equality. Namely, it cannot be said that a

¹⁰ Aristotle: *Nicomachean Ethics*, as quoted in *ibid.*, p. 15.

¹¹ Adler and Hutchins: *The idea of equality*, as quoted in *ibid.*, p. 16. However, this issue may become more complicated if the actual value of a right to vote is taken into consideration. Namely, having or not having this right is measured by binary standard. Every state member of USA elects two representatives for the Senate. Is it then really the right to vote of a citizen of a big state like Texas, equal to the same right of someone from small Rhode Island? More on this see King, Preston: *A Constitution for Europe: A Comparative Study of Federal Constitutions and Plans for the United States of Europe*, London, Lothian Foundation Press, 1991, pp. 94-101.

¹² Although we cannot always perceive the difference by naked eye, but when using more sophisticated methods, the differences grow almost *ad infinitum*.

¹³ Westem: *Speaking ...*, pp. 22-41.

¹⁴ Russell, Bertrand: *The Principles of Mathematics*, as explained in *ibid.*, p. 42.

¹⁵ See *ibid.*, pp. 22-24, and 58 (Plato's view); p. 262 (Aristotle condemning inequality in oligarchies), p. 264 (mistake that equality *never* serves interest of women just because they possess some traits that distinguish them from men).

¹⁶ *Ibid.*, pp. 59-69.

particular group of persons deserves identical treatment unless those who are members of the group are not distinguished from those who are not on the basis of descriptive equality. In addition, people who possess only one of the traits (or sets of traits) in common will be equal in one prescriptive respect and unequal in another, just as it is the case with descriptive equality.¹⁷ However, it cannot be inferred that, because people are equal (descriptively), they ought to be treated equally (prescriptively). Prescriptive equality is impossible without engaging in moral or legal reasoning toward a formulation of a norm. The norm common to all modern states is the axiom: "All persons are equal before the law." The possible prescriptions that arose from it, however, considerably differ.¹⁸ The crucial issue of equality in legal context lies exactly here - what kind of prescriptive equality norms should be adopted.

The lexical meaning of equality remains the same in law and morals as elsewhere: the relationship of identity that obtains among persons or things by virtue of a given standard of measure.¹⁹ The difference between equality in mathematics and equality in morals is the degree to which people agree on the relevant standard of measurement.²⁰

2. *The translation of equality from a simple abstraction into complex society*

"Equality is a single value whose 'ideal limit' is a society in which natural differences will have been ironed out." (Berlin, Isaiah: *Equality*, In: Proceedings of the Aristotelian Society, 56 (1955-56), pp. 301-326, 303.)

"Contemporary political debate recognizes four types of equality: political, legal, social and economic." (Nagel, Thomas: *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, p. 106.)

Trying to make laws live up to the doctrine of equality is the point at which single abstract conception of equality becomes several practical notions. These notions of equality differ from one another not merely in historically or empirically supplied particulars, but also in basic structure that is often contradictory. Consequently, the right question to ask when designing laws is not "Whether equality?" but "Which equality?"²¹

¹⁷ Ibid., pp. 84-85.

¹⁸ For details see *ibid.*, pp. 76-79. E.g. some commentators argue for consistency, as its basic meaning ("the law shall not distinguish among persons except in accordance with legal classification"), whereas other point out rationality ("the law shall not distinguish among people on the basis of arbitrary classifications").

¹⁹ Westen, Peter: *To lure tarantula from its hole: A response*, In *Columbia Law Review*, 1983 (83), pp. 1186-1208, 1189.

²⁰ Westen, Peter: *On "confusing ideas" ...*, p. 1165.

²¹ Rae, Douglas: *Equalities*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 19.

2.1. *The subjects of equality*

The first question in practice should be “equality for *whom*?” It is commonly thought that this could be answered in three main ways.²² When a class of individuals is defined, it can be demanded that each of them be equal to the rest. This simple individual-regarding equality is present in the two basic forms, inclusive and exclusive. However, they can be evaluated as such only in comparison to each other. Namely, if it is regulated that the right to vote is granted solely to “white males”, it is obvious that only those who qualify for this category have political rights, but all of the white males have the same right. At the same time, the norm stating that “all males”, or “all citizens” have this right is inclusive when comparing with the first example; the latter solution including even more subjects than the former one. Conversely, an exclusive norm would confer the right to vote only to “white males over certain age”, narrowing the class of subjects.

Secondly, if the boundaries between classes of individuals are drawn within one already existing class, the subjects of equality may be individuals only within one subclass. This segmental individual-regarding equality is reflected e.g. in the existing systems of income taxation, which sort individual taxpayers in different categories according to relevant criterion (gross income, number of dependents, etc.), and provide for equal treatment of those placed in the same subclass. On the other hand, if the subjects of equality are individuals between selected subclasses, the block-regarding equality takes place. A classical example of block-equal subjects is the majority opinion in *Plessy v. Ferguson* where citizens of the USA, after being differentiated on the racial basis, were held to be “separate but equal.”²³

Most probably, the simple individual-regarding equality would be the preferred goal of modern legal systems.²⁴ However, blocks of individuals, historically discriminated against (non-whites, women, etc.) point out that the consequences of past treatment cannot be erased simply by future equalization of status. This leads to the contemporary problem of “pinwheel effect”²⁵ - ordering and consolidating the claims of different blocs. The appearance of new candidates for recognition as blocs requiring special treatment, the extent to which any bloc definition captures the subjective identity of an individual and present affirmative action programs are its material reflections.

2.2. *The domain of equality*

The next problem that arises when translating the ideal of equality into practice is the question of “equal *what*?” - the classes of things that are to be allocated equally.

²² Ibid., pp. 20-44.

²³ 163 U.S. 537 (1896).

²⁴ E.g. in American society there has been a trend toward more inclusive subject classes in response to demands for the rectification of historical inequalities resulting from exclusionary practices. Rae, op. cit., p. 27.

²⁵ Loc.cit.

Although goods to be allocated vary greatly (in kind, quantity, special reference, etc.), the more important task is to look into the possible ways of allocation rather than to try to define and explain the differences in substance.²⁶

The basic terms used to describe class of things that a given agent controls for the purpose of allocation, and the class of things over which a given speaker seeks equality are *domain of allocation* and *domain of account*, respectively.²⁷ It might seem appealing to state “equal everything in the world for everyone”, but due to the scarcity of desired goods (e.g. of education, or free employment possibilities) the two domains are usually not of the equal size, i.e. the domain of allocation is smaller. In the rare cases where the two cover each other and full domain of account is equally covered, the *straightforward* equality comes into play. However, practically the case of *marginal* equality, and strive for *global* equality are much more disputable. Marginal equalization comprises of dividing equally the domain of allocation between subjects, regardless of the previous relation between them. Thus, if the subjects that seek equal allocation already have initial inequalities - e.g. different financial means - described allocation would be facially equal but in fact it would only preserve the preexisting inequalities.²⁸ Conversely, global equalization would mean unequal division of goods in the name of final equality of results. Obviously, it represents “killing for peace”, or “lying in the name of truth” kind of solution.²⁹ It is also known as compensatory inequality, incorporated in certain versions of affirmative action, school busing, preferential treatment for minorities and women in education and employment. The alternative for reaching global equality is a redistribution of domains.³⁰ It either enlarges the domain of allocation (by e.g. confiscating the goods through exercise of eminent domain), or diminishes the domain of account, but usually both at the same time.³¹

It has to be said that goods may be distributed unequally in order to preserve inequality, instead of producing equality. The underlying *ratio* is proportionate equality, as similarly stated by Plato and Aristotle.³² The essential principle of distribution here is “to each according to his merit”, which again raises the issue of criterion; namely, who are the equals (subjects of equality). Aristotle gives several characteris-

²⁶ Rae, op.cit., pp. 45-64. See also, Nagel, Thomas: *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, p. 106.

²⁷ Rae, op.cit., pp. 48-49.

²⁸ These “residual inequalities” are present in the consequences of long-lasting discrimination against one particular bloc (e.g. African Americans), as contemporary equal distribution cannot erase significantly less favorable starting position in the social structure.

²⁹ Rae, op.cit., p. 56.

³⁰ Ibid., p. 57.

³¹ For several examples (taxes, school financing) see *ibid.*, p. 169.

³² “The citizens must be esteemed and given office, so far as possible, on exactly equal terms of ‘proportional inequality’ so as to avoid ill-feeling... The lower limit of poverty must be the value of the holding...” Plato, *Laws*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, V, 740, 744, 745.; “... if persons are not equal their shares will not be equal.” Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, bk. 5, ch. 3, II, 10, 20.

tics, such as noble birth, wealth, excellence as a possible criterion.³³ Furthermore, Plato claimed that there is also “a simple numerical equality, which would hand out the same to everybody, irrespective of differences in personal quality.”³⁴ Clearly, the numerical equality corresponds to previously described marginal equality.

Finally, equality can differ according to the broadness, or narrowness of its domain. Narrow equality, “equal liberty” as opposed to broader equality, “equal life in society”, was advanced by John Locke. He claims that “all men are born equal” but this means only equality in “natural freedom”. In other respects, people are unequal (age, virtue, merit, excellency, etc.), consequently deserving different treatment.³⁵ The liberal philosophers, such as Robert Nozick, followed this tradition supporting equal distribution of formal property rights and certain civil and political rights, but opposed the broadening of the domain of equality.³⁶ Their opponents, leftward ideologists like Marx, argued that narrow equality leaves the weak at the mercy of strong who are given the justification for exploitation.³⁷

The broadening of the domain of equality seems to be desirable to create a more equal society. However, whether this is going to be the case in the particular society, as well as the choice of system of allocation, rests on the specific historical, economic, social, and ideological features prevailing in the given country.

2.3. *The value of equality*

The very difficult problem for egalitarianism is the essential difference in people’s needs, tastes, capacities, life histories. In other words, how can people be made equal when they are so different? The “equal” treatment of persons can thus become “unequal”, and conversely, “unequal” treatment change into “equal” resulting from different values that people attribute to certain goods.³⁸ As a consequence, equality is further divided in *lot-regarding*, and *person-regarding* equality. The right to vote, equality before the laws, or right to property (NOT to equal property!) are examples of former. Lot-regarding equality is characterized by distribution of lots that are of the same value, in the sense that one would neither gain, nor lose by switching one’s lot with another. “Equal lots imply nothing about equal well-being.”³⁹ It is the person-regarding equality that establishes equal value of allotted shares comparing their

³³ Aristotle, *ibid.*, I.25. The relevance of several features is discussed in the chapter 3.2. *Equal opportunity*.

³⁴ Aristotle agreed: “Equality is of two kinds - numerical and proportional to desert.” *The Politics*, Grinnell, Iowa, Peripatetic Press, 1986, bk. 3, ch. 9, 12, 13, pp. 84-95. For the reasons, impacts, and consequences of these two equalities see also Brown, Henry Phelps: *Egalitarianism and the generation of inequality*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 16-22.

³⁵ Locke, John: *The Second Treatise of Government*, In Two Treatises of Government, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, ch. 6, sect. 54., p. 304.

³⁶ Nozick, Robert: *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Book, 1974, as presented by Rea, *op.cit.*, pp. 47-48.

³⁷ *Loc.cit.*

³⁸ Rae, *op.cit.*, pp. 82-103.

³⁹ *Ibid.*, p. 91.

significance to persons in question. Of course, the result depends on the basis for comparison. If it is utility-based comparison, the problem of establishing subjective satisfaction in individual mind is introduced. In addition, intentional lies and misunderstanding in communication have to be taken into account. Ends-based person-regarding equality is concerned with "giving equal status to socially verifiable different ends."⁴⁰ Here the conflict arises when two or more ends are intolerant among themselves, or when due to the shortage of resources they cannot be simultaneously pursued (e.g. competing budget distribution claims). Finally, needs-based person-regarding equality takes account of relative needs that are open to public perception.⁴¹ This kind of equality is extremely relevant in meeting special needs of certain blocs, e.g. disabled. It gives positive answer to the question whether a mentally retarded person should be provided with schooling equally suited to his needs regardless of increasing costs of education.

Again, different paths lead to different practical reflections of equality. There cannot be a simple and unilateral solution suitable for every field of application. Nevertheless, keeping in mind the relative pro's and con's is necessary to create adequate legal rules.

2.4. *Absolute v. relative equality*

It was Plato who first denied the existence of absolute equality among tangible things in relation to descriptive equality.⁴² Nevertheless, it is not meaningless to talk about absolute equality in respect to the prescriptions. As a consequence of the diverse concepts of equality, the absolute equality is hardly attainable. The notion "absolute" itself is limited only to extent and degree, not implying anything about material substance of prescriptive equality.⁴³ All other equalities are relative in a sense that they are more or less close to absolute one, being either more extensive, or more intensive. Thus, the system that disenfranchises only minors and aliens is more egalitarian than the one that excludes African American in addition (extent). However, the content of intensity of equality is much more controversial. As a result of different approaches four possible solutions have been developed.⁴⁴

The *maximin criterion* (maximizing the minimum) advocates for the improvement of the position of less advantaged subjects by increasing their entitlement. Conversely, the *minimax criterion* (minimizing the maximum) favors diminishing of entitlements of more advantaged subjects. The *ratio criterion* argues for the decrease

⁴⁰ Ibid., p. 97.

⁴¹ As the famous Marx's slogan states: "From each according to his ability, to each according to his needs." *ibid.*, p. 99.

⁴² Plato: *Euthyphro; Apology; Phaedo; Phaedrus*, Cambridge, Harvard University Press, 1995. Namely, the level of sophistication of our measurement is the only deceiving factor that might induce us to believe in absolute equality.

⁴³ Thus, it can be absolute lot-regarding, or person-regarding equality; individual or bloc equality, etc. See more in Rea, *op.cit.*, pp. 104-106.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 110-128.

of relative difference between less and more entitled, regardless of the absolute values in question. Finally, the *least difference criterion* promotes decrease of absolute difference between greater and lesser entitlement.

This brief overview of abstract criteria for allocation of goods discloses significant differences that multiply the actual difference in result when applied to concrete cases. In any event, it seems that pursuance of equality by any of these criteria has the only limit, which does not depend on particularities of given society, in the point after which it starts to hurt those who should help, i.e. those who are least advantaged by existing inequalities.⁴⁵

3. The meaning of "being equal"

"As a statement of fact, it just is not true that 'all men are born equal'. We may continue to use this hallowed phrase to express the ideal that legally and morally all men ought to be treated alike. But if we want to understand what this ideal of equality can or should mean, the first requirement is that we free ourselves from the belief in factual equality." (Hayek, Friedrich A.: *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960, p. 155.)

The notion of equal treatment does not appear to be particularly interesting, its meaning is usually thought to be sufficiently clear. Nevertheless it is worth looking closely in its consequences, as well as clarifying the concept of equal opportunity that supplies the former with additional features. The considerable variety of affirmative action programs is the contemporary answer to the problems of equality in the legal world.

3.1. Equal treatment

"Treatment" signifies behavior that a person manifests toward himself or toward another person or thing.⁴⁶ In this context, the term "equal" can be used descriptively (referring to actual course of treatment), or prescriptively (referring to treatment that people ought to be given). Although "equal treatment" seems to be always a laudatory term, in descriptive sense it can denote both just and unjust treatment. Namely, a treatment is always equal if it manifests the same behavior toward a certain class of people, regardless of its relation to moral or legal rule. People are treated descriptively equally when they have been given the treatment prescribed by the rule, but also when they have been equally denied such a treatment. Therefore, only equal treatment in prescriptive sense (in accordance with the rule) is producing the just effect. However, people can be treated descriptively unequally and this might still thought to be just.⁴⁷

⁴⁵ Rawls, John: *A theory of justice*, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 83. Thus allowing certain inequalities of income, if these offer incentives for work, or capital accumulation that would promote the welfare of society's least advantaged members, would be acceptable and just.

⁴⁶ Westen: *Speaking...*, pp. 94, 100-107.

⁴⁷ Further elaboration on this point see infra, 4.3. *The proper relationship between equality and justice.*

Some authors distinguish between “equal treatment” and “treatment as an equal.”⁴⁸ The difference is explained through a simple example of two sick children, one of which would die without the drug and the other would be merely uncomfortable for the lack of it. It is argued that “equal treatment” would require equal shares of remaining drug for both of them, while “treatment as equals” or “treatment with the same respect and concern” would result in giving the drug to the child who needs it most.⁴⁹ Ultimately, this difference derives from the diverse rules governing prescriptive equal treatment, which have different concepts of equality as their foundation. Recalling Plato’s and Aristotle’s concepts of numerical and proportional equality, the “equal treatment” corresponds to the former, while the “treatment as equals” to the latter, where the need is used as the measure of proportionality.⁵⁰

Another argument that labels some forms of “equal” treatment as practically “unequal” is the condemnation of facially neutral legal rules that have disparate adverse effect on a specific bloc (group, class) of people.⁵¹ It is exactly because those rules do not appreciate the relevant specifics of bloc at issue, and treat them equally compared to the other addressees of the norm, that by virtue of factual differences among the blocs the same rules affect them differently. This could be the consequence of predominantly uniform lot-regarding equality conferred in the fields of public education, conflicting with personal-regarding equality based on the choice of different ends.⁵² This argument is often raised by socially disadvantaged groups who assert that they have been indirectly discriminated by the preservation of existing unjust inequalities. However, some authors claim that the controversy over “disparate impact” is in fact dispute between two different notions of equality - equal treatment and equality of opportunity.⁵³

3.2. *Equal opportunity*

The equality of results may at the first glance seem to be the perfect criterion for the distribution of any goods in society. However, this statement implies at least two fundamental problems: the definition of “equal result”, and the possible scarcity of desired goods. The conflict between lot-regarding and personal-regarding equality is just one pair of many confronting claims that understand the equality of result in completely different ways. Moreover, the goods are usually not infinitely divisible (if divisible at all), which allows only binary distribution, not equal result. The concept of equality of opportunity is said to have been developed as a possible solution.⁵⁴

⁴⁸ Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p. 226-229.

⁴⁹ Loc.cit.

⁵⁰ See supra, f. 33. In addition, Dworkin holds that the right to treatment as an equal is more fundamental than the right to equal treatment, concluding that the former is always just, while the latter might or might not be just in every case.

⁵¹ Westen: *Speaking ...*, pp. 108-113.

⁵² See Rae, op. cit., pp. 97-98.

⁵³ See Belton and Fiss as quoted in Westen: *Speaking ...*, pp. 109-110.

⁵⁴ Rosenfeld, Michael: *Affirmative action and Justice: a philosophical and constitutional inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991, pp. 23-24.

The equality of opportunity requires that each member of the subject bloc has the same or equal opportunity (formal procedural right) to obtain the scarce good. It falls somewhere between a guarantee and a possibility, being less than the former but more than the latter.⁵⁵

There are two analytically distinct types of equality of opportunity: prospect-regarding and means-regarding.⁵⁶ Prospect-regarding equality of opportunity enables its agents to have the same probability of attaining their goal, in the sense that individual characteristics do not affect the result. It has the randomizing effect and its best example is the lottery. The fortunate winner gets the good in question. In some circumstances, when an identical distribution of goods is desirable, but unattainable because of the indivisibility of the good itself, the lottery should give to everyone the equal chance to unequal outcome.⁵⁷ Nevertheless, it is almost a matter of common sense to conclude that this meaning of equality cannot be accepted in the great majority of social distribution, as it would not provide for a just solution.

In practice, the means-regarding equality, giving the equal tools to achieve the same goal, is much more important and complex. Of course, people differ from each other in natural endowments such as physical built, talents, interest, and all of these influence the prospect of attaining the goal, even when other means (access to education, or to employment) are more or less equalized. Therefore, it has been argued that means-regarding equality of opportunity legitimizes unequal prospect of success, distinguishing acceptable from non-acceptable factors influencing the final result.⁵⁸ Basically, it created a meritocratic system that appears to be more egalitarian, and at present nondiscrimination, defined as impersonal competition, plays a main role in bloc-regarding doctrines of equality for minorities, women, etc. even though it fosters inequality between gifted and ungifted, strong and weak.⁵⁹ On the other hand, critics of means-regarding equal opportunity point out the negative effect it has on "losers", those less talented whose self-respect decreases proportionally to the unjustified increase of self-esteem of the "winners".⁶⁰ In addition, it is blamed to be conservative in a sense that reproduces and praises always the same values, accepted and incorporated in particular society.⁶¹

⁵⁵ Westen: *Speaking...*, p. 167.

⁵⁶ Johnson, Alex M., Jr.: *Bid Whist, Tonk, and U.S. v. Fordice: Why Integrationism Fails African-Americans Again*, In *California Law Review*, 1993 (81/6), pp. 1401-1447, 1464.

⁵⁷ Rae, op.cit., pp. 65-67, 172-173. The rare case in which prospect-regarding equality of opportunity is applicable is e.g. rescue operations when is impossible to save all of the victims, but just randomly chosen. Also in Netherlands the selection of students for medical school is administered through lottery if the demand exceeds the university's capacity.

⁵⁸ See e.g. Rae, op.cit., pp. 66-74; or Rosenfeld, Michael: *Substantial equality and equal opportunity: A jurisprudential appraisal*, In *California Law Review*, 1986 (74), pp. 1687-1712, 1698-1700.

⁵⁹ Rae, op.cit., p. 68.

⁶⁰ See Sennett and Cobb as quoted in *ibid.*, pp. 75-76.

⁶¹ Schaar, John H.: *Equality of Opportunity, and Beyond*, In *Equality - selected readings*, ed. Pojman and Westmoreland, New York, Oxford University Press, 1997., p. 138. For the elaborated defense of equal opportunity doctrine see Galston, William: *A Liberal Defense of Equality of Opportunity*, In *Equality - selected readings*, ed. Pojman and Westmoreland, New York, Oxford University Press, 1997., pp. 170-179.

Another way of defining equal opportunity concept shows the difference between formal (procedural) and substantive (fair) equality of opportunity. According to its formal version, equality of opportunity is the absence of specified obstacles in an agent's way toward attaining desired goal.⁶² This concept corresponds to the notion of negative freedom that requests noninterference.⁶³ However, the great initial inequalities such as natural talents, motivation, social class, cultural values, and the nature and quality of education greatly hinder the prospects of success of an individual, reducing opportunity to the mere theoretical possibility. It is argued that the "real" equality of opportunity requires, apart from the removal of obstacles, a positive state action, such as distribution of particular goods, or granting of certain rights.⁶⁴ The fair equality of opportunity should neutralize discrepancies in social, economic, and educational advantages and thus eliminate unjustified differences in, at least, status and birth that unduly influence people's chances to attain their goals. Finally, the substantive equality of opportunity is pronounced to be "useful and flexible tool for promotion of equality" which "may require unequal treatment as a prerequisite to the global equalization of the means-regarding opportunities" making "differences in prospects among competitors an exclusive function of differences in natural abilities and skills."⁶⁵ Consequently, it provides a justification for temporary imposition of affirmative action plans based on preferential treatment, as well as the quota representation.

3.3. *Affirmative action*

Affirmative action refers to attempts to bring members of underrepresented groups, usually groups that have suffered discrimination, to higher degree of participation in some beneficial program.⁶⁶ When discussing discrimination, it has to be explained that there are different types of discrimination. Direct (or first-order) discrimination is different and unfavorable treatment of certain bloc of people based on race, gender, or any other unjustified ground. It is the most overt kind of discrimination, but its elimination is relatively easy, by applying so called "color-blind" rules that are the same for all, regardless of these sort of differences among them. On the other hand, indirect discrimination signifies the still present effects of decades of blatant discrimination toward minorities; discrimination that has been public, societal and institutionalized. Moreover, it is manifested in the exclusionary effects of past discrimination, including the discriminatory effect of testing procedures, subjective selection standards, race or sex role stereotypes, or seniority rules. This relates even

⁶² See Westen: *Speaking...*, pp. 166-171.

⁶³ For the explanation of difference between negative and positive freedom see Berlin, Isaiah: *Four Essays of Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1992., pp. 118-173.

⁶⁴ Rosenfeld: *Substantial...*, pp. 1687-1695.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 1708 and 1711, and Rosenfeld: *Affirmative...*, p. 29. For the similar conclusion see Rawls, op. cit., p. 73. ("... those with similar abilities and skill should have the same life chance...").

⁶⁶ Rosenfeld: *Affirmative ...*, p. 42.

to situations in which apparently neutral regulations or practices result in inequalities with respect to certain persons with certain characteristics.⁶⁷

Finally, the term reverse (or benign) discrimination is used to describe discrimination in favor of those who have been targets of direct discrimination, providing a remedy for indirect discrimination. This wording itself is quite disputable, as "discrimination" usually has negative implications. Other terms, like preferential treatment, affirmative or positive action can be used more or less as synonyms, although the last two are more inclusive, consisting of programs that are not necessarily unfavorable to the "majority" group.⁶⁸ Nevertheless, the oxymoron in phrase "benign discrimination" precisely reflects its core problem, meaning its justification and balancing between the opposite, often contradicting values/interests of the compared groups.

Generally, affirmative action seeks to eliminate indirect discrimination and produce fair means-regarding equality of opportunity e.g. in education and employment through different programs designed and administered on the level of the educational or employment institution itself.

Its two most frequent forms are *preferential treatment* and *quotas*. The former consists of giving a preference to one of the competing candidates on the grounds that he is a member of an underrepresented group, or group that has been discriminated against in the past.⁶⁹ Of course, preferential treatment (as well as the discrimination to be remedied) does not occur if "membership" in one of these groups presents a job-related qualification (also known as bona fide occupational qualification).⁷⁰

Quotas relate to particular allocation of goods requiring that a set number, or proportion of this good be distributed to members of an underrepresented group.⁷¹ Thus, e.g. a public employer can reserve certain number or percentage of working places for the employment of women. These numbers are established by comparing the percentage in which a given group participates in the relevant community with the proportion in which it participates in a given company. Due to the fairly obvious problems quotas can invoke if applied rigidly, several additional requirements are usually set in order to support their application. Namely, quotas should be flexible, allowing decrease of established number, or percentage in accordance with possible

⁶⁷ Ben-Israel, Ruth: *Equality and Prohibition of Discrimination in Employment*, In Comparative Labour Law and Industrial Relations in Market Economies, Deventer, Kluwer, 1990, Chapter 5, pp. 90-92.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 114.

⁶⁹ Fullinwider, Robert: *The Reverse Discrimination Controversy: A Moral and Legal Analysis*, Totowa, N.J., Rowan and Allanheld, 1980., p. 17. "A black/woman is preferentially hired/admitted over a white/man when the black/woman is chosen over at least one better qualified white/man, where being black/woman is not a job related qualification/does not affect the educational abilities of a candidate for admission."

⁷⁰ E.g. possessing certain physical capabilities for the proper and safe performance of a certain task.

⁷¹ Rosenfeld: *Affirmative ...*, op. cit., pp. 45-46.

lower proportion of minority applicants. Furthermore, minority members have to meet at least some minimum standards, if not even be similarly competent for the job. In certain instances individual characteristics of other candidates must be taken into consideration being, in exceptional cases, able to overrule the application of quota system.⁷² And finally, whatever kind of remedial program is chosen, it has to be introduced only temporarily, until a clearly set goal will have been achieved. This is crucial in order to prevent a new discrimination, now in the opposite direction.

Arguments in favor of affirmative action emphasize its benefits: development of desirable role models and destruction of negative stereotypes, achievement of diversity among the student body at institutions of higher education, promotion of better services for minority communities, etc. At the same time, criticism is related to negative consequences of preferential treatment like reduction of efficiency associated with awarding jobs to less competent candidates, perpetuation of distinction based on negative stereotypes, devaluation of achievements of beneficiaries, damaging of the self-esteem of beneficiaries (by conveying to them the message that they cannot get things by themselves but only if it is given to them), increase in racial tensions, etc.⁷³

It follows that the affirmative action deals with bloc- (group-) regarding equality, raising the issue of group compensation and group liability. However, these are not valid justifications for affirmative action programs, as it has been rightly emphasized that neither all members of discriminated group have been discriminated against, nor have all members of historically favored group been favored.⁷⁴ Moreover, the e.g. preferential treatment, although based on belonging to a certain group, provides compensation only to particular individual, not to the whole class. Clearly, the problem of theoretical justification of affirmative action is complex and there are several different approaches deriving from the respective theories of justice an author is willing to accept.

4. *Equality v. justice*

“Justice is equality; and so it is, but not for all persons, only for those that are equal. Inequality also is thought to be just; and so it is, but not for all, only for the unequal.” (Aristotle: *The Politics*, bk. 3, ch. 9, p. 84.)

Justice alone presents an enormously broad issue that requests for immense and autonomous study, far beyond the scope of this paper. However, basic questions

⁷² Thus, if a man is unemployed and woman only changes her job, or if the man is moderately disabled, the individual conditions of this particular man would require giving him preference over the hiring of a woman. For other details about legally binding quotas in North Rhine-Westphalia, Germany see Shaw, Josephine: *Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems*, In *Equality - selected readings*, ed. Pojman and Westmoreland, New York, Oxford University Press, 1997, pp. 386-411.

⁷³ Fullinwider, op. cit., pp. 17-18, 70, 248-250.

⁷⁴ For detailed analyses of the problematic relationship between the individual and the group see, Rosenfeld: *Affirmative ...*, pp. 81-90.

related to justice have to be briefly examined in order to understand its interrelation with equality.

First, justice has certain similarities with equality in fundamental characteristics, i.e. it is a desirable state for everybody, or at least arguments are always given in its name, never against it. Moreover, a number of different concepts and criteria for establishing what justice really means have been developed throughout history of social, political and legal thought. Justice is a concept that ought to be confined to the deliberate treatment of men by other men in the aspects that are subject to their intentional control. "Justice means giving every person his due."⁷⁵ It deals with the distribution of benefits and burdens, and in particular the distribution of scarce resources. Thus, injustice may be regarded as a feature of situations in which one person or group of persons wrongly receives less or more than other persons or groups.⁷⁶ It is here where the equality and justice encounter each other.

4.1. Distributive, compensatory and procedural justice

Again, the proper starting point are the Plato's and Aristotle's views on justice. While dealing with the appropriate form of distribution (of goods, positions, powers, etc.) in the society, they emphasized that the differences between people are so fundamental and so inherent as almost to divide mankind into sub-species. Therefore, justice consists of satisfying those claims that are proportionate to the merit (desert) of the claimants.⁷⁷ Aristotle differentiates between absolute and particular justice, the latter divided between distributive and corrective (compensatory) justice. Distributive relates to the distribution of public goods by political authorities based on proportional equality, whereas the latter applies to private transactions based on numerical equality.⁷⁸ Today, the terms distributive and corrective justice are understood in a broader sense. Namely, distributive justice consists in allocating goods according to previously established standards, while corrective justice remedies unjust departures from the prevailing distribution of goods.⁷⁹ Hiring the best qualified person would be an example of distributive justice, while preferential treatment of a member of disadvantaged group, or quota system would represent corrective justice. Obviously, those definitions of justice cannot by themselves point toward the desirable material criteria that are to be followed when deciding what is just. But before looking into those, it has to be made clear that the achievement of justice also depends on just procedures.

Pure procedural justice would validate any result provided that it was a product of properly followed fair procedure. According to this, even the lottery that does not take into account qualifications, or any other relevant criteria, organized to choose

⁷⁵ Westen: *The empty...*, p. 556.

⁷⁶ Campbell, Tom: *Justice*, London, MacMillan, 1990, p.12.

⁷⁷ Plato, *Laws*, VI, 757; Aristotle, *The Politics*, bk. 3, ch. 9, p. 84.

⁷⁸ Aristotle: *Nicomachean ...*, bk. 5, ch. 3, II. 10, 20. See also supra, 2.2. *The domain of equality*.

⁷⁹ Campbell, op.cit., pp.17-18.

between applicants for a vacant employment place would be just. The narrower form of procedural justice requires both an independent criterion of justice to determine what would be just distribution of compensation, and an independent criterion to determine the procedure that would lead to the desired outcome.⁸⁰

4.2. The concepts of material justice

The postulate of equality, as the substantive requirement of justice, first emerged as a moral weapon against the privileges of status and birth characteristic of the feudal order, condemning the use of those differences as the basis for treating persons unequally.⁸¹ Christianity, which has declared that all men are equal in the sight of God, acknowledged that all citizens are equal in the eyes of the law. Among numerous different views on justice, the four liberal concepts of it (libertarian, contractarian, utilitarian, and egalitarian)⁸² are the most relevant ones for the scope of this paper.

4.2.1. Libertarian justice

The libertarians (Nozick, Locke) are in fact agitators of minimal state. The principal purpose of society is the protection of individual property rights, while the state should protect life and liberty of its members, and provide for the enforcement of contracts. The postulate of equality is for them embodied in equality of free association and equality to acquire and transfer property freely.⁸³ It reflects the formal opportunity of equality approach. The freedom of choice takes precedence over welfare considerations, and the limits to someone's activities can be imposed only with someone's consent. Therefore, every company has the absolute right to hire whom it pleases, and can refuse to hire a member of minority group, as well as to provide for a preferential treatment.⁸⁴ Locke adds that the government should operate on the principle of majority rule, and the allocation of public positions should be determined by the will of majority, making the acceptance of affirmative action programs (designed to advance the interest of minorities in a broad sense of the word) improbable in the public sector, too.⁸⁵

It seems that the attainment of equality in both private and public sector is left to the mercy of those who run them. However, Nozick maintains that reallocation would be necessary in view of rectification of past injustices caused by the state. Namely, if a person has acquired something that he should not have e.g. due to past discrimination, the state should provide for compensation in order to put the affected

⁸⁰ Rawls, op.cit., pp. 83-90. Furthermore, Rawls distinguishes between perfect and imperfect procedural justice, depending on whether the procedure really assures the desired outcome or not.

⁸¹ Rosenfeld, Michael: *Affirmative ...*, p. 21.

⁸² *Ibid.*, p. 6.

⁸³ *Ibid.*, pp. 52-53, 58. A person's property rights can be overridden for purposes of promoting fundamental welfare needs only in order to avoid a "catastrophe".

⁸⁴ In that sense Nozick, op. cit., p. 95.

⁸⁵ Locke, op.cit., ch. 8, sec. 95-96, pp. 330-331.

persons in the position they would have been if the injustice had not occurred.⁸⁶ This may amount to the substantive means-regarding equality, or at least to elimination and compensation for facially neutral rules that in practice had adverse effects on certain groups.

4.2.2. *Contractarian justice*

The ground stone of contractarian concept of justice is the consent of those who are to be bound by the particular rule. The classical contractarian theory has its roots in works of Hobbes, Locke and Rousseau, the latter being heavily biased toward egalitarianism.⁸⁷ The modern contractarian ideology, according to Rawls, is lifted “on a higher level of abstraction”, which rests on the premise of the “veil of ignorance”. Namely, the consenting parties are conceptualized as being in “original position, not knowing their place in society, their class position or social status, ... nor do they know their fortune in the distribution of natural assets and abilities, intelligence, ...”. Therefore, they could reach a hypothetical agreement on a particular concept of justice, on something that would be fair regardless of parties positions in the social structure. Justice is reflected in two principles: firstly, “each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others.” And secondly, “social and economic inequalities are to be arranged so that they are both to the greatest benefit of the least advantaged, ... and attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity.”⁸⁸ In other words, in a society in which no members have advantage due to their social position, the allocation of scarce goods (e.g. employment) should be made exclusively through an open competition under conditions of fair equality of opportunity. But, when the direct discrimination operating in the past produced considerable differences in the starting positions, compensation for this past injustice should take place.

However, critics⁸⁹ emphasize that according to contractarian justice it is not clear whether the affirmative action (or any other form of compensation) could be justified for those members of disadvantaged group who have not themselves experienced direct discrimination. The same is questionable in relation to the members of privileged group who are not themselves wrongdoers. On the other hand, “the innocent white male”⁹⁰ enjoys undeserved greater prospect of success in that

⁸⁶ For more details on “principle of rectification” see Nozick, op.cit., pp. 150-153.

⁸⁷ See Hobbes, Thomas: *Leviathan*, London, Penguin Books, 1985., ch. 14., pp. 91-100; Locke, op.cit., ch. 8, sec. 95-96, pp. 300-1; Rousseau, Jean - Jacques, *On the social contract*, Indianapolis, Hackett, 1988. The alienation of rights is made without reservation, people united in social contract forming a body politic give themselves entirely. Since they do it all the condition is equal for all, and they are entitled to equal protection of law. General will cannot impose heavier burdens on some, or grant privileges to other.

⁸⁸ Rawls, op.cit., 60-75.

⁸⁹ See Goldman as quoted in Rosenfeld: *Affirmative ...*, pp. 75-90.

⁹⁰ This is a paradigmatic notion for a member of privileged group that did not himself engage in direct discrimination. It derives from the historical dominance of white race and male population, based on discriminatory treatment of “others”.

competition and on this basis he can be held subject to compensatory liability. Of course, not all white males will in reality be reversely discriminated by introduced preferential treatment, just as not all of the disadvantaged members in society will benefit from it.⁹¹

4.2.3. *Utilitarian justice*

Whenever utilitarianism is invoked, one cannot but remember the notorious Bentham's phrase: "the greatest happiness for the greatest number." Keeping in mind that for utilitarian philosophy the greatest concern is the social utility, it is obvious that almost all the previously given arguments for and against the affirmative action can be said to lean on utility reasons. It is believed that by producing a substantive equality of opportunity and remedying the past discrimination, a more just society can be created.⁹² At the same time, the biggest problem of utilitarianism is that it allows the sacrifice of an individual's interests to the collective good. Provided that collective welfare is increased, it does not matter to the utilitarian how it is distributed, and the unhappy state of an individual or members of a permanent minority may be ignored.⁹³ Furthermore, the preferential treatment, while creating better society and more satisfaction for oppressed members, brings a less qualified person to a particular position. The overall efficiency of work will decrease which in turn cannot be deemed to present a greater utility in society.

These opposite tendencies resulted in a reshaped utilitarian approach - limited, as opposed to pure utilitarianism - that legitimizes only those actions that beside creating social utility pay due care to the individual rights. Namely, maximization of utility should not violate any rights, and if it does, the harm has to be outweighed by great benefit. As an example, Thomson points out that affirmative action could maximize utilities without violating any rights of "innocent white males" when the preference is given to an equally qualified member of disadvantaged group. Although in this situation both candidates would have the right to equal prospects of success (lottery), deciding in this way would be more just. In addition, she claims that the community owes a compensation for the wrongs done in the past.⁹⁴

Finally, there is a modified utilitarian argument presented by Dworkin who relies on his differentiation between the "right to equal treatment" and "the right to be treated as equal".⁹⁵ Namely, in certain cases the fundamental right to be treated as equal requires unequal treatment. It supports the adoption of affirmative action programs "if it seems reasonable to expect that the overall gain to the community

⁹¹ This would represent an example of Rawls' imperfect procedural justice, as the outcome is not the same for all. See also Rosenfeld: *Affirmative ...*, pp. 87-88.

⁹² Pitt, Gwyneth: *Can reverse Discrimination Be Justified?*, In *Equality - selected readings*, ed. Pojman and Westmoreland, New York, Oxford University Press, 1997, pp. 88-89.

⁹³ See Mill, John Stuart: *On Liberty*, London, Penguin Books, 1985.

⁹⁴ Thomson, Judit Jarvis: *Preferential hiring* as summarized in Rosenfeld, *Affirmative ...*, pp. 100-101.

⁹⁵ See supra, 3.1. *Equal treatment*.

exceeds the overall loss” and there is no other policy that would produce roughly the same benefits but with less loss.⁹⁶

4.2.4. *Egalitarian justice*

Egalitarian justice presumes that every individual has an equal right to develop his talents. It is relying on person-regarding equality, usually establishing order of priority among people’s needs according to their urgency. However, according to Nagel “different natural abilities are not the characteristics that determine whether people *deserve* economic and social benefits”.⁹⁷ This argument emphasizes that natural abilities are not deserved, therefore they cannot make the difference between otherwise “morally equal” people. In other words, egalitarianists condemn meritocracy as unjust system. For them the ideal is equality of results, rather than equality of opportunity, and if equality of opportunity than certainly prospect-regarding rather than means-regarding equality of opportunity. This does not mean that direct discrimination is held to be just, quite the opposite. In egalitarian view “equality is in itself a good and producing it may be worth a certain amount of inefficiency and loss of liberty.”⁹⁸

It is held by the commentators⁹⁹ that egalitarian justice would probably include certain values of the utilitarianism, and therefore would accept validity of affirmative action in order to remedy past discrimination. However, the most probable justification would go in the direction of special training and rehabilitation programs designed to develop the capacities of the members of disadvantaged groups. The final goal would be to raise their capacities on the level they would most likely achieve if it was not for the direct discrimination.

4.3. *The proper relation between equality and justice*

As has already been shown, Aristotle thought that “giving every person his due” (justice) and “treating like persons alike” (equality) is equivalent. This view is adopted by some scholars,¹⁰⁰ while the others¹⁰¹ claim that it is important to understand that justice and equality cannot be equated. Namely, equality is concerned with placing people in the same situation after all relevant has been taken into account, while justice is concerned with distinguishing between individuals, or groups, and justifying their differential treatment.¹⁰²

Some kind of compromise between the two is held to be found in the meaning of justice in the formal sense, which states that “in the distribution of benefits and

⁹⁶ Dworkin, op.cit., p. 227.

⁹⁷ Nagel, op.cit., p. 97.

⁹⁸ Ibid., p. 108-112.

⁹⁹ Rosenfeld: *Affirmative ...*, pp. 129-132.

¹⁰⁰ Westen: *The empty ...*, pp. 556-558. See infra, 5.4. *The “emptiness” of the idea of equality?*.

¹⁰¹ See Campbell, op. cit., pp. 31-35.

¹⁰² Ibid., p. 32.

burdens it should be assumed that all are to be treated equally until it is demonstrated that they differ in some relevant respect".¹⁰³ Moreover, this principle may extend to prescription that all persons should be given equal consideration, in the sense that everyone's pleasure is of the same moral significance. This "equal worth" principle, however, is not applicable unless certain guidelines are set about the sort of factors that ought to be considered as being of equal worth. Merit or desert are the usual ones. It has been argued that this meritorian view of justice still leaves a lot of unsolved problems, e.g. what is to count as merit; what implications individual differences have with respect to treatment of people; and, finally, whether so construed justice has always the major role in determining what is morally right.¹⁰⁴

As it is shown in the next chapter, the idea of equality has produced similar dilemmas. Along the lines of the difference between formal and substantive principle of equality, the presumption of equality has emerged, as well as the somewhat radical view that equality is essentially an empty idea.

The proper relation between justice and equality still remains somehow vague. Arguments that support their identity seem to be very persuasive. On the other hand, when Lord Halifax dismissed from duty everyone in the typing pool during the Second World War - because there was a leak from it, but the exact source could not have been traced - he treated all the persons equally, yet unjustly.¹⁰⁵ It is obvious that this result, which directly contradicts Aristotelian postulate ("equal is always just" and vice versa), derives from the evaluation of equality from descriptive standpoint, while justice was taken in material sense consisting of implied moral standards. Employees would not have been treated equally if one applied Westen's definition of prescriptive equality. Usually, legal rules allow the removal from office only for a certain reasons, and only one of the persons in this example had the reason to be removed, i.e. only the responsible individual has been treated as he ought to be treated, namely as a prescriptive equal. Therefore, it can be concluded that the relation between justice and equality depends on the definition of which one employs while making the comparison.

5. The role of equality in legal context

"Legal professionals (professors, lawyers) should constantly engage in debate with political experts (sociologists, historians, and philosophers) to find in the evolution of social thought the aspirations or claims that deserve recognition as rights. They must also, by fitting these claims into a legal framework, facilitate the adjustment of these rights to the jurisprudential charter of freedoms." (Rousseau, Dominique, *The Constitutional Judge: Master or Slave of the Constitution?*, In Rosenfeld, Michael ed.: *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspective*, Durham, Duke University Press, 1994, p. 272.)

¹⁰³ Ibid., p. 33.

¹⁰⁴ Ibid., p. 35.

¹⁰⁵ Greenawalt, Kent: *How Empty is the Idea of Equality?*, In *Columbia Law Review*, 1983 (83), pp. 1167-1208, 1174.

While evaluating the implementation and operation of the idea of equality in the contemporary legal orders, legal scholars pointed out several other important issues that deserve to be tackled in this paper. The most interesting idea appears to be Westen's conclusion that the concept of equality is basically empty in itself and confusing as used in legal discourse. Before the assessment of this theory, some other basic notions have to be explained.

5.1. *The formal principle of equality*

The formal principle of equality is embodied in the following form "likes should be treated alike", or "equals should be treated equally".¹⁰⁶ This axiom is thought to provide for an additional moral reason for complying with an established standard of how people are to be treated.¹⁰⁷ At the same time, its corollary ("unequals should be treated unequally") does not deny that unequals can empirically be treated equally, depending on the way the concept of unequals is construed. This would be possible when the knowledge on relevant characteristics of those who are to be assessed in terms of equality is insufficient (like in the case of Lord Halifax's choice of equal treatment for unequals). Also, every classification of those who are equal for the purpose of certain rule creates a group of necessarily unequal persons in some other respects that are thought to be irrelevant. At the same time, the degree of the possession of desired characteristic varies among those who are made "equal". Both of these in practice means that unequals are treated equally. It has been argued that breaking the formal principle of equality, i.e. treating equals unequally creates more resentment in popular view, that treating unequals equally.¹⁰⁸

The validity of the formal principle of equality is ever since Aristotle's times perceived to be self-evident¹⁰⁹ leading to another interesting notion - the presumption of equality.

5.2. *The presumption of equality*

The proposition that everyone should be treated alike unless there is a good reason for treating them differently is widely known as the presumption of equality. Aristotle was the first to imply that social inequalities, not equalities, are in need of some justification, and that inequalities for which no adequate reason can be given are unjustified.¹¹⁰ In its strong form presumption of equality postulates that equal treatment is always preferable to unequal treatment, and, thus, whenever the reasons

¹⁰⁶ See e.g. Westen, *The Empty ...; On Confusing ...; To Lure ...; Greenawalt, How Empty...; Burton, Steven: Comment on "Empty Ideas": Logical Positivist Analyses of Equality and Rules*, In *Yale Law Journal*, 1982 (91), pp. 1136-1152.

¹⁰⁷ "It exercises directive influence over social choices and gives ethical reasons for consistent compliance with standards that have been set." Greenawalt, op. cit., p. 1178.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 1175.

¹⁰⁹ "What is unjust is unequal, what is just is equal; as it is universally accepted even without the support of argument." Aristotle: *Nicomachean ...*, as quoted in Westen: *To Lure ...*, p. 1190.

¹¹⁰ As quoted in Westen: *The Empty ...*, p. 570.

for equal treatment and unequal treatment are otherwise evenly balanced it favors equal treatment. The weaker form states that while equal treatment may not be preferable to unequal treatment when good reasons favor both respective treatments, equal treatment is preferable to unequal treatment when no reasons favor either treatment.¹¹¹

This presumption is incorporated in legislative and administrative rules, meaning that the state must have a legitimate reason for drawing the lines among groups, and furthermore, that it must present an acceptable reason why some of these groups should be treated differently (i.e. worse). As it was already emphasized in the chapter about justice, substantive judgments have to be made about the relevant characteristics in order to decide who is equal and who is not.

5.3. *The substantive principle of equality*

Substantive norms of equality are said to be of “various sorts” having “a highly complex relationships with other norms and values.”¹¹² Of course, many of them being general norms do not indicate precisely which persons are to be treated equally. Rather, it is the satisfaction of certain criteria that leads to equal treatment. For example, designation of different categories of taxpayers does not apply on some particular X and Y, but on everyone who meets the conditions described in this norm.

At the same time, most of the norms against discrimination are given in the what could be called “negative form”, in the sense that they require “exclusion of factors from consideration ... (those) that are to be regarded as irrelevant.”¹¹³ Some of those considerations may be forbidden as not bearing required relation with the kind of decision that is made. Others are thought to be on a higher level; they are deemed to be “likely to fortify irrational prejudices” and thus unacceptable regardless of the subject-matter in question.

In sum, substantive norms of equality can preclude certain forms of classification, limit the factors to be taken into consideration, and affect the gradation of reason for justifiable classification. They impose significant constraints upon the substantive choices of political majority and their representatives.

5.4. *The “emptiness” of the idea of equality?*

Equality was condemned over the past two decades for being an empty idea. Essentially, it is claimed to be prescriptively empty because to say that “those who are equal should be treated equally” is in fact to say “those who should be treated equally according to the norm, should be treated equally”.¹¹⁴ Equality is said to be wholly a normative concept that lacks a “reality referent”, that “equality does not by

¹¹¹ Westen, Peter: *To lure tarantula ...*, p. 1206.

¹¹² Greenawalt, op. cit., p. 1178.

¹¹³ Ibid., p. 1179. This is also the case with the equality provision in the constitutions of Croatia, article 14 and 17(2).

¹¹⁴ Westen: *The Empty ...*, p. 547.

itself say what 'ought to be' without an external normative standard".¹¹⁵ Thus, the concept of equality is not only unnecessary, but also confusing because people believe that equality does imply certain substantive rights, or that the propriety of treating persons as equal for one purpose suggests the propriety of treating them as equal more generally.¹¹⁶ The same is attributed to descriptive equality, i.e. that it contains variable terms that must be filled in. Namely, being identical in relevant respects requests first a reference to some external descriptive standard.¹¹⁷

As to the formal principle of equality, Westen claims it only tells us we should do what we have already decided we should do.¹¹⁸ Similarly, the presumption of equality rests only on an anterior prescriptive standard for distinguishing between just and unjust classifications. The popular resentment when treating equals unequally does not by itself show anything about the "ought to be" substance of the rule.¹¹⁹ Even the substantial principle of equality, as presented before, is in fact formal for Westen, as "its main constituent terms are variables that remain to be further specified."¹²⁰ Namely, saying that "rights under the law shall not be denied on account of sex" is enough by itself, while saying that "men and women are equal" is confusing and requires further clarifications.

These seemingly persuasive arguments may be effectively rebutted. The most important criticism is directed to the fact that legal rules are not given but chosen. Equality can be a very useful concept while deciding about the appropriateness of particular rules, as well as in deciding under which rule to place a certain set of facts. "The judgment of importance in applying a rule, like the judgment of similarity in using an analogy, depends on unspecified values outside the rule itself. ... Equality is needed as a higher standard."¹²¹

In addition, it can be argued that by labeling equality with the notion of "emptiness" "one proves too much." Using the logical positivism method of analysis it is possible to render virtually all proposition of law and moral meaningless.¹²² Equality is, of course, empirically unverifiable (it can not be touched or tasted), but is pragmatically extremely valuable instrument of thought and argument. At least, there is no viable alternative in legal discourse.¹²³

¹¹⁵ Westen: *On Confusing ...*, p. 1156.

¹¹⁶ Westen: *The Empty ...*, pp. 579-584.

¹¹⁷ Westen: *On Confusing ...*, p. 1158.

¹¹⁸ "Formal equality can do nothing but await the selection of the rule - and then spell out what the rule has already determined the proper treatment to be." Westen: *To Lure ...*, p. 1196.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 1207-8.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 1187.

¹²¹ "Professor Westen errs in stating that the conclusions are the 'logical consequences' of the rule... logically deduced from a 'given'." Burton, *op. cit.*, pp. 1141-1145.

¹²² "The workaday vocabulary of the lawyer is full of normative or normatively ambiguous concepts: proximate cause, duty, malice, promise, substantial performance, title, material issue of fact, reasonableness, good faith." *Ibid.*, p. 1148. For more details on logical positivism, Cartesian certitude and modern philosophy see Quine, Glymour, Kuhn, Rorty, Wittgenstein as quoted in *ibid.*, pp. 1147-1150.

¹²³ *Ibid.*, p. 1152.

Regardless of someone's personal preference for one of the approaches to the idea of equality, the legal world presents undeniable evidence of the role equality has played in the development of modern normative systems. Its importance can be traced and assessed on several different levels, from the constitutional provisions, or even general principles of law, through regular laws and statutes, to the affirmative action programs on the lowest level of institutional application.

Conclusion

"Equality will never in itself alone give us a perfect civilization. But, with such inequality, as ours, a perfect civilization is impossible." (Arnold, Matthew, essay on "Equality" (1878) in Arnold, Matthew: *Prose and Poetry*, ed. A. L. Bouton, New York, Scribner's, 1927, p. 362.)

Although a very commonly used word whose meaning is thought to be completely clear, under its surface equality possesses an enormous number of different faces. Moreover, many of them are not even coherent but mutually antagonistic even contradictory. This is especially true when one tries to apply abstract notion of equality to the practical world. Sometimes it can be counterposed to other values in the society, like efficiency, freedom, justice, or rights. Several disagreements among philosophers and theorists are rooted in the fundamental misunderstanding of the concept of equality they are talking about. As pointed out, descriptive and prescriptive concepts of equality, as well as the fact that equality in one respect does not mean equality in all respects, can create if not kept in mind a considerable confusion.

Equality in itself is not a guardian of human prosperity, being as well served by total poverty as by universal wealth. The combined development of social consciousness and progress of legal orders filtered this vague notion; as Dworkin has insightfully put it, being "treated as an equal" should prevail over formal "equal treatment for all". The latter developed logically and chronologically before the former with the zenith of liberal ideology.

The ground stone of democratic society is the requirement that those conditions of people's lives that are determined by government be provided equally for all. Facially neutral laws presented a great improvement, but very soon showed that this was only the first step. They were the expression of individual-regarding approach to equality. Indirect discrimination has an ugly face not always easily discoverable. Utilitarian and egalitarian philosophy pointed in the right direction; equality of opportunity appeared to be a better concept. However, blocs of people have inherently unequal starting position due to immutable personal traits. Some of these may constitute a *bona fidae* occupational requirement, others may have been the source of traditional prejudicial stereotyping. Thus, certain positive actions - in some cases they even amount to the reverse discrimination - were designed to bring about the fair, meaningful equality of opportunity. At the same time, the domain of equality was broadened. Instead of having only the "negative" expression (in the best tradition of liberal philosophy), the substantial value of equality for the particular person became increasingly important. Thus, the achievement of lot-regarding equality remained the leading concept in certain areas (e.g. right to vote for all), while in others person-regarding equality took precedence (e.g. special schooling for disabled).

Equality is without exception used as a moral argument that imposes itself as an essentially positive concept. It bears several other similarities with justice, but their spheres do not overlap completely. In spite of virtually universal acceptance of its desirability, equality is still fought for. This is the obvious consequence of different concepts people have in mind when striving for equality. At the same time, the radical egalitarianism is not even acceptable as it would mean total equalization of conditions. The equality as argued for in this paper aims at exactly the opposite, i.e. appraisal, acceptance and dignified treatment of different people.

Bibliography

Books:

- Aristotle: *Nicomachean ethics*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.
- Aristotle: *The Politics*, Grinnell, Iowa, Peripatetic Press, 1986.
- Arnold, Matthew, essay on "Equality" (1878) in Arnold, Matthew: *Prose and Poetry*, ed. A. L. Bouton, New York, Scribner's, 1927, p. 362.
- Berlin, Isaiah: *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- Brown, Henry Phelps: *Egalitarianism and the generation of inequality*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- Campbell, Tom: *Justice*, London, MacMillan, 1990.
- Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- Fullinwider, Robert: *The Reverse Discrimination Controversy: A Moral and Legal Analysis*, Totowa, N.J., Rowan and Allanheld, 1980.
- Hayek, Friedrich A.: *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960.
- Hobbes, Thomas: *Leviathan*, London, Penguin Books, 1985.
- King, Preston: *A Constitution for Europe: A Comparative Study of Federal Constitutions and plans for the United States of Europe*, London, Lothian Foundation Press, 1991.
- Locke, John: *The Second Treatise of Government*, In Two Treatises of Government, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- Mill, John Stuart: *On Liberty*, London, Penguin Books, 1985.
- Nagel, Thomas: *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- Nozick, Robert: *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Book, 1974.
- Plato: *Euthyphro; Apology; Phaedo; Phaedrus*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.
- Plato: *Laws*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.
- Rae, Douglas: *Equalities*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.
- Rawls, John: *A theory of justice*, Oxford University Press, Oxford, 1992.
- Rosenfeld, Michael: *Affirmative action and Justice: a philosophical and constitutional inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991.
- Rosenfeld, Michael, ed.: *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspective*, Durham, Duke University Press, 1994.
- Rousseau, Jean - Jacques, *On the social contract*, Hackett, Indianapolis, 1988.
- Westen, Peter: *Speaking of equality*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

Articles:

- Ben-Israel, Ruth: *Equality and Prohibition of Discrimination in Employment*, In Comparative Labour Law and Industrial Relations in Market Economies, Deventer, Kluwer, 1990, Chapter 5, pp. 87-118.
- Berlin, Isaiah: *Equality*, In Proceedings of the Aristotelian Society, 56 (1955-56), pp. 301-326.

- Burton, Steven: *Comment on "Empty Ideas": Logical Positivist Analyses of Equality and Rules*, In *Yale Law Journal*, 1982 (91), pp. 1136-1152.
- Galston, William: *A Liberal Defense of Equality of Opportunity*, In *Equality - selected readings*, ed. Pojman and Westmoreland, New York, Oxford University Press, 1997., pp. 170-179.
- Greenawalt, Kent: *How Empty is the Idea of Equality?*, In *Columbia Law Review*, 1983 (83), pp. 1167-1208.
- Johnson, Alex M., Jr.: *Bid Whist, Tonk, and U.S. v. Fordice: Why Integrationism Fails African-Americans Again*, In *California Law Review*, 1993 (81/6), pp. 1401-1147.
- Menne, Albert: *Identity, Equality, Similarity: A Logico-Philosophical Analysis*, *Ratio*, 1 (1961/4), pp. 50-61.
- Pitt, Gwyneth: *Can Reverse Discrimination Be Justified?*, In *Equality - selected readings*, ed. Pojman and Westmoreland, New York, Oxford University Press, 1997., pp. 281-299.
- Rosenfeld, Michael: *Substantial equality and equal opportunity: A jurisprudential appraisal*, In *California Law Review*, 1986 (74), pp. 1687-1712.
- Schaar, John H.: *Equality of Opportunity, and Beyond*, In *Equality - selected readings*, ed. Pojman and Westmoreland, New York, Oxford University Press, 1997., pp. 137-147.
- Shaw, Josephine: *Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems*, In *Equality - selected readings*, ed. Pojman and Westmoreland, New York, Oxford University Press, 1997., pp. 386-411.
- Westen, Peter: *The empty idea of equality*, In *Harvard Law Review*, 1982 (3/95), pp. 536-597.
- Westen, Peter: *On "confusing ideas": Reply*, In *Yale Law Journal*, 1982 (91), pp. 1153-1165.
- Westen, Peter: *To lure tarantula from its hole: A response*, In *Columbia Law Review*, 1983 (83), pp. 1186-1208.

Other sources:

- US Supreme Court case-law: 163 U.S. 537 (1896)
- Webster's New World College Dictionary, McMillan, 3rd ed., 1996.

Summary

THE PHILOSOPHICAL CONCEPTS OF EQUALITY

The aim of this paper is to deconstruct apparently clear and widely accepted notion of equality along different philosophical and theoretical lines. Equality in legal context is primarily a prescriptive one, although descriptive equality forms the basis for legitimate classifications. Consequently, the substantial equality immanently depends on the criteria the specific legal order chooses to apply when establishing what makes certain situations different, and which of the classifications should be considered justified.

The first chapter deals with the three different lexical meanings equality has, while the second examines practical concepts which arose when applying this abstract notion to the social complexities. Equal treatment and recently developed concepts of equal opportunity are examined in the third chapter. The same chapter explains general problems of affirmative action. The very intriguing relationship between equality and justice is closely looked into in the fourth chapter. It also shows some of the possible justifications of affirmative action dependent on the standard of justice one applies. Finally, the fifth chapter discusses the overall role of equality in

legal discourse. Special emphasis has been placed on the claims that equality is basically an empty idea which lacks relevant material standard of measurement, and several counterarguments have been offered.

Key words: *equality, subjects of equality, value of equality, equal treatment, equal opportunity, justice.*

Zusammenfassung

PHILOSOPHISCHE KONZEPTE DER GLEICHHEIT

Ziel dieser Arbeit ist die Analyse des anscheinend klaren und allgemein akzeptierten begriffs Gleichheit mit Hilfe unterschiedlicher philosophischer und theoretischer Konzepte. Gleichheit ist im juristischen Kontext vor allem preskriptiv, doch die deskriptive Gleichheit bildet die Grundlage für die Legimisierung von Gruppierungen. Folglich hängt die materielle Gleichheit immanent von den Maßstäben ab, die ein bestimmtes Rechtssystem bei der Unterscheidung verschiedener bestimmter Situationen anwendet und bei der Entscheidung über die Berechtigung einzelner Gruppierungen.

Im ersten Teil werden drei sprachliche Bedeutungen des Wortes Gleichheit betrachtet, während im zweiten praktische Konzepte untersucht werden, die sich bei der Anwendung des abstrakten Begriffs Gleichheit auf die komplexe gesellschaftliche Realität entwickelt haben. Gleiche Behandlung und das unlängst geschaffenen Konzept der gleichen Möglichkeiten werden im dritten Teil betrachtet. Dort werden ebenfalls Grundprobleme der positiven Diskriminierung dargelegt. Über die interessante Beziehung zwischen Gleichheit und Gerechtigkeit wird im vierten Teil reflektiert. Hier werden auch mögliche Entschuldigungen für eine positive Diskriminierung auf Grund einzelner Theorien der materiellen Gerechtigkeit vorgestellt. Im letzten Teil wird über die Gleichheit auf Grund einer leeren Idee diskutiert, die keine relevanten materiellen Maßstäbe enthält und es werden Gegenargumente dazu angeboten.

Schlüsselwörter: *Gleichheit, Subjekte der Gleichheit, Wert der Gleichheit, gleiche Behandlung, gleiche Möglichkeit, Gerechtigkeit.*

Sommario

IL CONCETTO FILOSOFICO DI EGUAGLIANZA

Lo scopo del presente saggio è di decostruire l'apparentemente chiara e comunemente accettata nozione di eguaglianza lungo differenti linee filosofiche e teoretiche. Eguaglianza nel contesto giuridico è primariamente una nozione prescrittiva, nonostante l'eguaglianza descrittiva formi il fondamento per legittime classificazioni. Conseguentemente l'eguaglianza sostanziale dipende immanentemente dai criteri

che lo specifico ordinamento giuridico sceglie di applicare quando stabilisce cosa renda determinate situazioni differenti e quale classificazione debba considerarsi giustificata.

Il primo capitolo tratta dei tre differenti significati lessicali dell'eguaglianza, mentre il secondo esamina i concetti pratici maturati nell'applicare tale nozione astratta alle complessità sociali. L'eguale trattamento e il concetto recentemente sviluppatosi di eguale opportunità sono esaminati nel terzo capitolo. Lo stesso capitolo illustra i problemi generali della discriminazione positiva. La relazione molto stimolante tra eguaglianza e giustizia è indagata da vicino nel quarto capitolo. Questo espone anche alcune delle possibili giustificazioni della discriminazione positiva dipendenti dallo standard di giustizia applicato. Infine il quinto capitolo discute complessivamente il ruolo dell'eguaglianza nel discorso giuridico. Speciale enfasi è messa sulle affermazioni che l'eguaglianza è fondamentalmente un'idea vuota che difetta di rilevanti standard di misurazione concreta, e sono avanzati numerosi controargomenti.

Parole chiave: *eguaglianza, contenuti dell'eguaglianza, valore dell'eguaglianza, eguale trattamento, eguale opportunità, giustizia.*

PRAVNI STATUS MALOLJETNIH POČINITELJA KAZNENIH DJELA U NOVOM HRVATSKOM ZAKONODAVSTVU*

Dr. sc. Velinka Grozdanić, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 343.915(497.5)
343.224.1(497.5)
343.225(497.5)
Ur.: 30. svibnja 1999.
Pr.: 10. lipnja 1999.
Izlaganje sa znanstvenog skupa

Danas, na kraju dvadesetog stoljeća, društvo je u pogledu maloljetničke delinkvencije pred velikim izazovom, ali i pred velikom obvezom. Statistički podaci neumoljivo upozoravaju na porast maloljetničkog kriminaliteta, i to osobito onog nasilne fenomenologije i sve teže razumljivije etiologije, a isto tako i na porast recidivizma u maloljetnika, dovodeći u pitanje postojeći sustav kaznenopravnog reagiranja prema maloljetnim delinkventima, ali i potičući traženje novih načina u sprječavanju kriminaliteta mladih. U tom nastojanju u Hrvatskoj je donijet novi Zakon o sudovima za mladež, čija nova rješenja i njihova primjena u praksi predstavljaju temeljne sadržaje ovog rada, uz analizu nekih odredbi, također novog, Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, koje se odnose na maloljetne osobe (nedelinkvente i neubrojive delinkvente).

Ključne riječi: *maloljetnici, delinkventi, Zakon o sudovima za mladež, Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama.*

1. Uvod

Unatoč tome što je maloljetništvo samo jedna prolazna faza u životu svake osobe, ograničenog vremenskog trajanja od najčešće samo četiri godine, maloljetnička delinkvencija ima veliko društveno značenje. Razlog tome nalazi se u spoznaji da od djelovanja društva upravo u ovom periodu života nekog maloljetnog delinkventa u velikoj mjeri ovisi da li će osoba kasnije nastaviti svoje kriminalne aktivnosti ili neće, budući da statistički podaci pokazuju da mnogi kriminalci započinju svoju delinkventnu aktivnost upravo u mladenačkoj dobi. Iz takvih podataka zaključuje se da se prema maloljetnim delinkventima neadekvatno ili nepravovremeno reagiralo, te da su upravo

* Izlaganje održano na Skupu u organizaciji Slovenskog odbora za UNICEF i Pravnog fakulteta u Ljubljani, u Otočecu - Novo Mesto, 14. svibnja 1999. g.

ti propusti, ako ne baš potaknuli, onda barem doprinijeli ili omogućili njihov recidivizam. Pored toga, kriminalitet maloljetnika u posljednjim desetljećima ovoga stoljeća, zbog sve složenijih i otežanih uvjeta života (nezaposlenost, bijeda, siromaštvo, dezorganizacija obitelji, besperspektivnost, neprimjeren obrazovni sustav, pad moralnih vrijednosti društva) uz sve veću dostupnost droga, alkohola, oružja mladima sve više poprima nasilne modalitete ponašanja, čiji su razmjeri i sadržaji ponekad upravo zastrašujući.¹

Zbog navedenog društvo je u pogledu delinkvencije maloljetnika pred velikim izazovom, ali i pred velikom obvezom. Ono što danas u suvremenom svijetu nije sporno jest da maloljetnička delinkvencija zahtijeva posebnu pažnju. Isto tako nije sporno da društvo treba na kriminalitet maloljetnika različito reagirati u odnosu na kaznena djela punoljetnih osoba. Naime, suvremena dostignuća u psihologiji, medicini, sociologiji, kriminologiji i drugim znanostima potvrđuju da je mladenaštvo vrlo složen multikauzalni i multidimenzionalni bio-psiho-socijalno-kulturni fenomen, koji ima niz specifičnosti vezanih uz uzrast mladih osoba (nedovoljna razvijenost psihičke strukture ličnosti, pomanjkanje društvenog iskustva, podložnost utjecajima, naglašen osjećaj nesigurnosti itd.) o kojima je nužno voditi brigu prilikom određivanja reakcije društva na njihova delinkventna ponašanja. Uzimanje u obzir posebnosti maloljetnika vodilo je i posebnom pravnom statusu maloljetnih počinitelja kaznenih djela, bitno različitim od statusa odraslih delinkvenata. Taj pravni status maloljetnih delinkvenata nije statičan, on se stalno mijenja kao rezultat potrebe društva da stalno traži nove načine, nove putove u suzbijanju i sprječavanju kriminaliteta mladih.

U tom nastojanju u Hrvatskoj je krajem 1997. g. donijet novi Zakon o sudovima za mladež (u daljnjem tekstu Zakon, na snazi od 1. siječnja 1998. g. Narodne novine br. 111/1997.). Zakon je izraz kriminalno-političkih i socijalno-pedagoških razloga. Naime, cilj i svrha vođenja kaznenog postupka i izricanje sankcija maloljetnicima bitno se razlikuju od, u biti, represivnog karaktera kaznenog zakonodavstva. Cijeli položaj mladih počinitelja kaznenih djela u kaznenom pravu i postupku normiran je nizom posebnosti kako bi se izbjegla stigmatizacija, te dala prednost pedagoškim nastojanjima, osobito realizaciji ideje pomoći, odgoja i socijalne integracije mladog delinkventa. Smatra se da je poseban zakonski tekst najbolji odgovor na te posebnosti delinkvencije mladih.

Model normiranja maloljetničke delinkvencije posebnim zakonom postoji u nizu europskih zemalja - Njemačkoj, Austriji, Belgiji, Španjolskoj, Poljskoj. I dok se postojanje ili donošenje posebnih zakona za maloljetnike, u cilju naglašavanja potrebe za što većom odvojenosti od postupanja prema punoljetnim delinkventima, smatra danas adekvatnim rješenjem maloljetničkog kriminaliteta na normativnom nivou, prisutne su i suprotne tendencije. Tako npr. prema novoj zakonskoj regulativi Nizozemske (na snazi od 1. rujna 1995. g.), koju smatraju najznačajnijom izmjenom kaznenog prava za maloljetnike u posljednjih trideset godina, kaznenopravni položaj maloljetnih delinkvenata sve je sličniji statusu punoljetnih počinitelja djela. Kao nove polazne točke navodi se da se primjena maloljetničkog kaznenog prava u načelu

¹ Više o tome npr. Came, B., Gillies, L., Howse, J., Kaihla, P., Wickens, B., Burke, D.: *Gang terror*, Macleans, 1989., str. 36.-39.; Zinsmeister, K.: *Growing up scared: Spurred on by family instability, violent crime now touches millions of young lives*, Atlantic, 1990., str. 49.-52.

mora rukovoditi istim općim pravnim načelima kao i kazneno pravo za punoljetne osobe i da djecu danas više treba smatrati "punoljetnim" osobama nego što je to bilo ranije. Ova polazišta temelje se na prevladanom stavu da se maloljetnika mora smatrati "žaljenja vrijednim rezultatom njegova odgoja" te da se stoga treba s njime oprezno postupati, ali i na zahtjevima za zaustavljanjem očito rastuće maloljetničke delinkvencije, i to posebno one s elementima nasilja.²

U ovom kontekstu može se spomenuti i zakonodavstvo Američkih Država koje omogućava prijelaz maloljetničkih slučajeva od maloljetničkih sudova na kaznene sudove za odrasle počinitelje kaznenih djela. Iako su odredbe o transferu bile zamišljene kao iznimke jer se u biti radi o najtežoj sankciji koja se maloljetniku na sudu za maloljetnike uopće i mogla izreći, u praksi se vrlo često primjenjivala, negdje gotovo i automatski, tako da su danas predmetom brojnih kritika, koje nisu usmjerene ukidanju takve odredbe, već samo njezinoj restriktivnoj primjeni.³

Ova različita rješenja samo potvrđuju već ranije spomenutu dinamičnost u traženju najboljeg puta, ali i posredno ukazuju na svu složenost maloljetničke delinkvencije.

2. Zakon o sudovima za mladež - neka nova rješenja

Zakon o sudovima za mladež ujedinio je u jednom zakonskom tekstu odredbe o maloljetnicima i mlađim punoljetnim osobama, koje su bile sadržane u različitim zakonskim aktima (Osnovni krivični zakoni, Krivični zakon, Zakon o kaznenom postupku i Zakon o izvršenju kaznenih sankcija). Pored tih odredbi u Zakonu je regulirana i kaznenopravna zaštita djece i maloljetnika, materija koja po svojoj prirodi čini integralni dio maloljetničkog sudovanja. Na taj način Zakon nastoji ostvariti ideju potpune zaštite mladih, bez obzira da li u kaznenom djelu imaju ulogu počinitelja ili žrtve. Zakon u odnosu na sve ostale kaznenopravne norme ima status posebnog zakona - *lex specialis*. Inspiriran je nekim zakonskim tekstovima država zapadne Europe (Njemačke i Austrije), preporukama Ujedinjenih naroda i Vijeća Europe, ali u najvećoj mjeri rezultatima analize i iskustvima dotadašnje bogate sudske prakse u postupanju prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela.⁴

2.1. Nove odredbe o organizaciji i specijalizaciji tijela kaznenog postupka

Zakon se zove o sudovima za mladež jer su sudovi centralna kategorija budući da odlučuju u kaznenom postupku, u postupku izvršenja sankcija i postupku kaznenopravne zaštite djece i maloljetnika, dakle u postupcima prema punoljetnim osobama kada su djeca i maloljetnici žrtve kaznenih djela. To nisu neki posebni sudovi

² Više o tome Kalmthout, A., M.,: *Obrana maloljetnog okrivljenika u novom nizozemskom kaznenom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 4., br. 1/1997., str. 279.-290.

³ Cintron, L., A.: *Rehabilitating the Juvenile Court System: Limiting Juvenile Transfers to Adult Criminal Court*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 90., N. 3/1996. (spring), str. 1254.-1282.

⁴ Standardna minimalna pravila UN-a za primjenu sudske prakse prema maloljetnicima iz 1985. g. (rezolucija 40/33); Konvencija UN o pravima djeteta iz 1991. g.; Društvene reakcije na maloljetničku delinkvenciju iz 1987. g. (CE R /87/20); Europska pravila o društvenim sankcijama i mjerama iz 1992. g. (CE R /92/16).

organizacijski odvojeni od ostalih sudova, već se unutar postojećih redovnih sudova formiraju odjeli za mladež koji se sastoje od vijeća za mladež i sudaca za mladež.

U nastojanju da osigura posebni senzibilitet nužan u postupanju s mladim osobama, i to bez obzira da li u kaznenom postupku imaju ulogu počinitelja ili žrtve nekog kaznenog djela, zakon zahtijeva specijalizaciju sudaca i državnih odvjetnika. Tako se izričitom zakonskom odredbom traži da sudac za mladež i odvjetnik za mladež moraju imati izražene sklonosti za odgoj, potrebe i probitak mladeži, te vladati osnovnim znanjima s područja kriminologije, socijalne pedagogije i socijalne skrbi za mlade osobe. Iz istog razloga i suci porotnici imenuju se iz redova profesora, učitelja, odgojitelja i drugih osoba koji imaju iskustva u odgoju mladih osoba (čl. 37. i čl. 40. st. 2. Zakona). Također se i branitelj po službenoj dužnosti, ali samo ako je to moguće, postavlja iz reda odvjetnika s izraženim sklonostima i osnovnim znanjima u području odgoja i skrbi za mlade osobe (čl. 48. st. 5.).

Da bi se navedena specijalizacija u praksi i realizirala, odnosno da bi se osiguralo stručno usavršavanje osoba koje rade na poslovima delinkvencije mladih i kaznenopravne zaštite djece i maloljetnika, Ministarstvo pravosuđa, prema izričitoj zakonskoj odredbi, organizira u suradnji sa sudovima, državnim odvjetništvima, znanstveno-nastavnim ustanovama i stručnim društvima pravnika povremena stručna savjetovanja, seminare, provjere znanja i druge oblike dodatnih stručnih osposobljavanja sudaca, državnih odvjetnika i drugih stručnih osoba na tim poslovima (čl. 135.). Takvih je stručnih skupova u 1998. g. bilo više. Pored toga, Ministarstvo pravosuđa osnovalo je (doduše tek 25. siječnja 1999. g.) Povjerenstvo za praćenje i unapređivanje rada tijela kaznenog postupka i izvršenja maloljetničkih sankcija, čiji su članovi imenovani iz redova istaknutih sudaca i državnih odvjetnika za mladež, stručnih suradnika, odvjetnika, službenika Ministarstva unutarnjih poslova specijaliziranih za područje kriminaliteta mladih, službenika Ministarstva pravosuđa i Ministarstva rada i socijalne skrbi odgovornih za izvršenje kaznenopravnih sankcija i znanstvenika koji se bave delinkvencijom mladih. Između ostalog, Povjerenstvo ima zadaću pratiti pojavu kriminaliteta maloljetnika, mladih punoljetnika i kaznenih djela na štetu djece i maloljetnika, pratiti rad pravosudnih i drugih tijela i ustanova na odlučivanju i procesuiranju u ovim kaznenim djelima i na izvršenju sudskih sankcija, izrađivati programe povremenih stručnih savjetovanja, seminara, provjere znanja i drugih oblika dodatnih stručnih osposobljavanja sudaca, odvjetnika i drugih stručnih osoba koje rade na poslovima maloljetničke delinkvencije i kaznenopravne zaštite mladih.

Novost je i odredba kojom se predviđa da odjeli za mladež i državna odvjetništva imaju stručne suradnike, i to socijalne pedagoge-defektologe i socijalne radnike, koji prikupljaju podatke o maloljetnikovoj ličnosti, daju stručno mišljenje o vrsti sankcije koju bi bilo opravdano izreći, o potrebi obustave ili zamjene odgojne mjere, o potrebi pokretanja postupka itd. (čl. 42. st. 1. i 2.). Uloga stručnih suradnika izvanpravne struke po novom Zakonu vrlo je značajna. Ipak treba napomenuti da iako se radi o novoj zakonskoj odredbi, praksa postupanja stručnih suradnika defektologa u državnim odvjetništvima u Hrvatskoj prisutna je još od kraja sedamdesetih godina.⁵

⁵ V. Cvjetko, B.: Društvene promjene i njihovi učinci na maloljetničko kazneno zakonodavstvo u Republici Hrvatskoj, Hrvatsko ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 3., br. 2/1996., str. 517.-518.

2.2. Kaznenopravne sankcije prema maloljetnicima

Najznačajnija funkcija kaznenog postupka prema maloljetnicima jest da se prekinu negativne manifestacije njihova delinkventnog ponašanja te da se izricanjem primjerene kaznenopravne sankcije osigura kroz sadržaj njezine primjene (zaštita, briga, pomoć, nadzor, obrazovanje) pozitivan utjecaj na njihov odgoj, razvijanje cjelokupne ličnosti i jačanje osobne odgovornosti. Nema nikakve dvojbe da o društvenoj reakciji na kriminalitet maloljetnika, izraženoj kroz sustav kaznenopravnih sankcija i njihovoj adekvatnoj primjeni ovisi u velikoj mjeri utjecaj koji uopće može imati određena zakonska regulativa na delinkvenciju mladih. Stoga ne čudi da se prilikom svake zakonske reforme najveće promjene događaju upravo u području sankcija, a kao rezultat nastojanja za što boljim, primjerenijim, svrsishodnijim reakcijama društva na kaznena djela maloljetnika. Tako je i ovaj zakon unio niz novih rješenja u postojeći sustav kaznenopravnih sankcija - odgojne mjere, sigurnosne mjere i maloljetnički zatvor - koji se primjenjuje prema maloljetnicima.

Zadržavajući, uglavnom, postojeći sustav odgojnih mjera i njegove unutarnje podjele (disciplinske mjere, mjere pojačanog nadzora i zavodske mjere) Zakon je donio značajne novine u pogledu njihovoga trajanja, i to u pravcu skraćivanja i minimuma i maksimuma trajanja mjera. Tako mjere pojačane brige i nadzora i upućivanje u odgojnu ustanovu mogu trajati od 6 mjeseci do 2 godine, a mjera upućivanja u odgojni zavod od 6 mjeseci do 3 godine. Ovo vremensko skraćivanje trajanja odgojnih mjera rezultat je ispitivanja dosadašnje prakse izvršenja mjera koja je tek u izuzetnim slučajevima dosizala maksimalne rokove, ali i spoznaje o negativnim efektima dugotrajnijih primjena (zamor, zasićenost i izostanak pozitivnog utjecaja). Pored toga, sud za maloljetnike svakih 6 mjeseci odlučuje o obustavi izrečene mjere ili njenoj zamjeni drugom odgovarajućom mjerom čime se osigurava kontinuirano praćenje primjene mjera uz mogućnost maksimalnog prilagođivanja mjera potrebama maloljetnika.

Za navedene promjene moglo bi se reći da su usmjerene "dotjerivanju" postojećih rješenja. Međutim novu poziciju i veće značenje Zakon je dao posebnim obvezama izdvajajući ih kao samostalne odgojne mjere.

2.2.1. Posebne obveze

Zakon je uz dosadašnju mogućnost da se maloljetniku uz odgojne mjere pojačanog nadzora (pojačane brige i nadzora i pojačane brige i nadzora uz dnevni boravak u odgojnoj ustanovi) izreknu posebne obveze, predvidio posebne obveze, obogativši njihov sadržaj i novim mjerama, kao samostalne odgojne mjere. Tako zakon taksativno propisuje ukupno 13 posebnih obveza: da se ispriča oštećeniku; da prema vlastitim mogućnostima popravi ili nadoknadi štetu nanesenu kaznenim djelom; da redovito pohađa školu; da ne izostaje s radnog mjesta; da se osposobljava za zanimanje koje odgovara njegovim sposobnostima i sklonostima; da prihvati zaposlenje i u njemu ustraje; da se uključi u rad humanitarnih organizacija ili u poslove komunalnog ili ekološkog značenja; da se uzdrži od posjećivanja određenih lokala, odnosno priredaba i kloni društva određenih osoba koje na njega štetno utječu; da se, uz suglasnost maloljetnikovog zakonskog zastupnika podvrgne stručnom medicinskom

postupku odvikavanja od droge ili drugih ovisnosti; da se uključi u pojedinačni ili skupni rad u savjetovalištu za mlade; da sudjeluje na tečajevima za stručno osposobljavanje; da bez posebnog odobrenja centra za socijalnu skrb ne može trajnije napustiti mjesto prebivališta ili boravišta; da se radi provjere znanja prometnih propisa uputi u nadležnu ustanovu za osposobljavanje vozača.

Posebne obveze nazivaju se i alternativnim sankcijama budući da prema svom sadržaju predstavljaju kombinaciju kaznenih sankcija i odgojnih mjera, pri čemu kod nekih dominira ideja prisile, a kod drugih ideja odgoja. Osnovna razlika prema postojećim oblicima reagiranja sastoji se u tome da se apelira na vlastitu odgovornost maloljetnika, da se koliko god je to moguće traži veza između sankcije i delikta, s time da počinitelj mora aktivno surađivati na provođenju sankcije.⁶

Sam Zakon daje upute sudu pri izboru posebnih obveza, uz određena ograničenja u pojedinim mjerama. Tako je nalaganje posebnih obveza vezano uz procjenu suda da je primjerenim nalogima ili zabranama potrebno utjecati na maloljetnika i njegovo ponašanje vodeći brigu o njegovoj spremnosti na suradnju u njihovoj realizaciji i prilagođenosti obveze maloljetniku i uvjetima u kojima živi. Osobni rad maloljetnika u okviru popravljivanja ili naknade štete ne smije trajati više od 60 sati unutar roka od tri mjeseca i mora biti raspoređen na način da ne ometa maloljetnikovo školovanje ili zaposlenje. Isto ograničenje postoji za rad u humanitarnoj organizaciji, odnosno poslovima komunalnog ili ekološkog značenja, koji ne smije trajati duže od 120 sati u razdoblju od šest mjeseci (čl. 9. st. 1., 3. i 7.). Iako zakonom nije izričito propisano sasvim je jasno da maloljetniku ne bi smjele biti izrečene obveze koje nisu razmjerne počinjenom kaznenom djelu, koje ne stoje ni u kakvoj u vezi s kaznenim djelom, koje maloljetnik s obzirom na svoje subjektivne sposobnosti ili objektivne mogućnosti nije u stanju izvršavati, kao ni obveze čije izvršavanje nije moguće provjeravati.

Sud može maloljetniku izreći jednu ili više posebnih obveza i one mogu trajati najdulje jednu godinu s time što je tijekom trajanja moguće izrečene obveze naknadno izmijeniti ili djelomično ili potpuno ukinuti, a u slučaju skrivljenog neispunjavanja obveza može se maloljetnika uputiti u centar za odgoj. Veliki broj posebnih obveza vrlo različitog sadržaja, uz naglašenu fleksibilnost u mogućnostima izbora i neograničenog mijenjanja pojedinih obveza, čini ove sankcije značajnim instrumentom u individualizaciji maloljetničkih sankcija. Stoga sa smatra da se kombinacijom naloga i zabrana iz posebnih obveza u nemalom broju slučajeva može utjecati na tijek, smjer i kvalitetu odgoja kao i na sadržaj ponašanja maloljetne osobe. Drugim riječima, odabrane u skladu s osobnim svojstvima, životnim prilikama i pažljivo utvrđenim pedagoškim deficitima maloljetne osobe, ali i sredinom u kojoj živi, posebne obveze mogu poticati ispravan razvoj maloljetnika i neutralizirati negativne utjecaje socijalne sredine u kojoj se kreće.⁷

Zbog velikih očekivanja prema ovim sankcijama interesantno je osvrnuti se na njihovu primjenu u sudskoj praksi.

⁶ Hirjan, F.: III. Radionica Zakona o sudovima za mladež, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 5., br. 1/1998., str. 331.

⁷ Singer, M.: Kaznenopravna odgovornost i zaštita mladeži, Zagreb, 1998. g., str. 66.

Tako su u 1998. g. u Hrvatskoj od ukupno 553 sankcije izrečene samo 22 posebne obveze kao samostalne sankcije (4%), i to na općinskom sudu u Osijeku 7, Zagrebu 4, Splitu 3, Zadru 2, Šibeniku 2, Sisku 2, Rijeci 1 i Koprivnici 1.⁸

Ovaj upadljivo mali broj primjena posebnih obveza u sudskoj praksi rezultat je činjenice da iako je Zakon stupio na snagu 1. siječnja 1998. g., uvjeti za primjenu većine posebnih obveza stvoreni su mnogo kasnije. Tako npr. u Rijeci komunikacija između Odjela gradske uprave za zdravstvo i socijalnu skrb grada Rijeke i potencijalnih humanitarnih organizacija i komunalnih društava vezanih za osiguravanja poslova za maloljetnike, a u okviru posebnih obveza, završila je tek 5. studenog 1998. g. kada je državnom odvjetništvu i sudu dostavljena lista organizacija s popisom poslova koje maloljetnici mogu obavljati, a što je preduvjet za naganje tih obveza.⁹ Stoga će za sagledavanje i ocjenu primjene posebnih obveza u praksi trebati još pričekati.

2.2.2. Maloljetnički zatvor

Iako su reforme maloljetničkog kaznenog prava u pravilu usmjerene sve blažim načinima reagiranja na kaznena djela maloljetnika (od strogih prema blažim kaznama, od kazni prema odgojnim mjerama), i novi Zakon zadržao je kaznu maloljetničkog zatvora. Ipak, propisao je niz odredbi koje ovu kaznu lišenja slobode čine iznimnom sankcijom i posebnom u odnosu na kaznu zatvora koja se primjenjuje prema punoljetnim osobama, a s obzirom na uvjete izricanja, trajanje, svrhu i sadržaj. Zadržavajući njezinu primjenu samo prema starijim maloljetnicima (osobe starosne dobi od 16 do 18 godina) i samo za kaznena djela za koja je propisana kazna zatvora od pet godina ili teža, a pod uvjetom da ju je potrebno izreći s obzirom na narav i težinu djela i visoki stupanj krivnje, Zakon je znatno ograničio vrijeme njenog trajanja. Tako maloljetnički zatvor može trajati najkraće 6 mjeseci i najduže 5 godina. Međutim, za kazneno djelo za koje je propisana kazna dugotrajnog zatvora, ili za stjecaj najmanje dva kaznena djela za koja je propisana kazna zatvora teža od 10 godina, maloljetnički zatvor može trajati do 10 godina (čl. 23. st. 1., 2., čl. 24. st. 1.).

Iznimnost maloljetničkog zatvora kao sankcije pojačana je novim institutom - pridržajem izricanja maloljetničkog zatvora. Riječ je o rješenju sličnom uvjetnoj osudi jer se svrha kažnjavanja nastoji ostvariti samom prijetnjom naknadnog izricanja maloljetničkog zatvora, dakle, bez primjene najteže kazne. Tako sud može maloljetniku krivom za kazneno djelo pridržati izricanje kazne maloljetničkog zatvora na vrijeme od jedne do tri godine, kada smatra da ga se izricanjem krivnje i prijetnjom naknadnog izricanja kazne može odvratiti od daljnjih kaznenih djela. Uz ovaj pridržaj sud maloljetniku izriče odgojnu mjeru pojačanog nadzora i jednu ili više posebnih obveza.

⁸ Podaci iz Godišnjeg izvješća Državnog odvjetništva R. Hrvatske za 1998. g.

⁹ Tako je npr. Caritas ponudio poslove podjele hrane, odjeće i obuće, pomoć u skladištu i posjete bolesnicima i starijim osobama po kućama uz prisutnost njihovih volontera; Komunalno društvo "Energ" ponudilo je čišćenje gradskih toplana, rad na automatskoj obradi podataka i administrativno tehničke poslove; Komunalno društvo "Vodovod i kanalizacija" osigurava poslove čitača vodomjera, pomoćnika mehaničara za popravke vodomjera i čistačice; Komunalno društvo "Autotrolej" ponudilo je poslove perača prozora itd.

Naknadno izricanje maloljetničkog zatvora slijedi, opet slično opozivu uvjetne osude, zbog novog kaznenog djela počinjenog prije isteka vremena kušnje, ako maloljetnik unatoč izričitom upozorenju suda odbija ispunjenje posebne obveze ili ako se ustrajno suprotstavlja provođenju izrečene odgojne mjere (čl. 27. st. 1., 2., čl. 28. st. 1.).

Kao jedina kazna i najstroža sankcija prema starijim maloljetnicima maloljetnički zatvor je i do novog zakona bio iznimna sankcija. To potvrđuju statistički podaci o primjeni ove sankcije, a još više odnos izrečenih kazni maloljetničkog zatvora i odgojnih mjera:

Tablica 1.¹⁰

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
ukupno sankcija	1098	887	749	1188	1212	866	732	653
odgojne mjere	1088	884	734	1175	1205	862	724	644
maloljetnički zatvor	10	3	15	13	7	4	8	9

Iz tablice je vidljivo da je maloljetnicima u periodu od osam godina (od 1990. do 1997.) u Republici Hrvatskoj izrečeno preko 98 % odgojnih mjera, dok je u istom vremenskom periodu udio izrečenih kazni maloljetničkog zatvora bio gotovo zanemariv.

Takva tendencija odnosa odgojnih mjera i kazne maloljetničkog zatvora potvrđena je i statističkim podacima za 1998. g., u kojoj je u odnosu na prethodne godine zabilježen manji broj ukupno izrečenih sankcija (553), čime se nastavlja silazni trend kaznenopravnog reagiranja. Naime, ukupno je izrečeno 9 kazni maloljetničkog zatvora, što čini 1,6% svih sankcija. Isto tako i pridržaj maloljetničkog zatvora izrečen je u 8 slučajeva ili 1,4 %.

Pored toga treba imati na umu da je novi Zakon nizom procesnih odredbi učinio primjenu ne samo maloljetničkog zatvora, već i bilo koje odgojne mjere prema maloljetnicima, iznimnim reakcijama na njihova delinkventna ponašanja. Ovdje svakako treba spomenuti afirmaciju načela supsidijariteta sudske intervencije proširivanjem primjene načela svrhovitosti nepokretanja postupka za djela zaprijeđena kaznom zatvora do pet godina (do sada tri godine). Dakle, u nastojanju da se izbjegne sudski postupak prema maloljetnom počinitelju kaznenog djela, proširuje se ovlast državnog odvjetnika da ne zahtijeva pokretanje kaznenog postupka, iako postoji osnovana sumnja da je maloljetnik počinio kazneno djelo, ako smatra da to ne bi bilo svrhovito s obzirom na narav kaznenog djela, prijašnji život maloljetnika i njegova osobna svojstva.

Tako iz statističkih podataka Državnog odvjetništva Republike Hrvatske proizlazi da je tijekom 1998. g. povodom prijave prema maloljetnicima (3195), odbačajem

¹⁰ Maloljetni počinitelji kaznenih djela, optužbe i osude u 1997. g., Statistička izvješća 1069, Zagreb, 1998. g.

riješeno 1354 (42,3%), a od toga odbačajem iz razloga oportuniteta 976, što iznosi čak 72,1% svih slučajeva odbačaja.

Pored navedenoga i to kao potpunu novost, zakon predviđa tzv. uvjetovanu svrhovitost. Naime, odluku o nepokretanju postupka državni odvjetnik može uvjetovati spremnošću maloljetnika da ispuni zakonom točno određene obveze: popravak ili nadoknada nanesene štete; uključenje u rad humanitarnih, komunalnih ili ekoloških poslova; podvrgavanje postupku odvikavanja od droga ili drugih ovisnosti (čl. 64. 1.). Ovi uvjeti koji su taksativno u zakonu navedeni zapravo su sadržaji posebnih obveza. Očekivati je da će uvjetovana svrhovitost kaznenog postupka u još većoj mjeri pospješiti dejudicijaliciju jer će odnos maloljetnika prema prihvaćenim obvezama biti dodatni argument pozitivne prognoze njegovu budućeg ponašanja i bez pokretanja sudskog postupka. Međutim, statistički podaci u prvoj godini primjene novog zakona to ne potvrđuju zbog, već ranije navedenog razloga - zakašnjelog organiziranja provedbe sadržaja uvjeta, odnosno posebnih obveza. Tako je u 1998. g. uvjetovane svrhovitosti bilo samo u 72 slučaja, što iznosi 7,4% od ukupne primjene načela svrhovitosti.

Poznato je značenje izvansudskog postupanja prema maloljetnicima, jer se na taj način izbjegava njihovo etiketiranje, odnosno stigmatizacija koju nužno prati svako izvođenje pred sud. Isto tako, na taj se način rasterećuju sudski organi, što u uvjetima današnje evidentne neažurnosti sudova postaje jedan od načina normaliziranja rada sudova za maloljetnike.¹¹ Velik broj neriješenih predmeta dovodi često do toga da od trenutka počinjenja djela do izvršenja sankcije prođe više mjeseci, pa čak i godina, čime se u potpunosti dezavuiraju načelo hitnosti, inače jedno od temeljnih načela kaznenog postupka prema maloljetnicima. Dugotrajnim postupkom, a još i više zakašnjelom reakcijom, nije moguće ostvariti kriminalnopedagoški efekt kaznenopravnog postupanja, pa takvi slučajevi u sudskoj praksi, pod uvjetom da maloljetnik nije u međuvremenu počinio neko novo kazneno djelo, završavaju obustavom postupka. Međutim, sada se postavlja pitanje da li je uopće takvim maloljetnicima trebao sudski postupak i primjena bilo koje kaznenopravne sankcije jer su se i bez nje uspješno resocijalizirali? Veliki postotak obustava zbog proteka vremena ide u prilog stavovima o mnogo uspješnijim izvansudskim postupanjima u odnosu na sudska. Zakonska rješenja o proširenju oportuniteta i uvjetovanoj svrhovitosti idu u tom pravcu.

3. Ubrojivost kao pretpostavka za primjenu kaznenopravnih sankcija prema maloljetnicima

Sankcije koje se primjenjuju prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela - odgojne mjere i maloljetnički zatvor su kaznenopravne sankcije, pa njihova primjena dolazi u obzir tek nakon što su ostvarene opće pretpostavke za primjenu kaznenog

¹¹ Neažurnost sudaca ima svoje objektivne razloge: ratna događanja u Hrvatskoj uz porast maloljetničkog kriminaliteta 1992. i 1993. g.; manjak sudaca, odnosno kadrovska neekipiranost, neiskustvo novoizabranih sudaca, reforma kaznenih zakona s neprihvatljivo kratkom vakaciom legis novih zakona itd.

prava: počinjeno kazneno djelo i krivnja počinitelja. Dva temeljna principa kaznenog prava - princip legaliteta (*nullum crimen nulla poena sine lege*) i princip krivnje (*nulla poena sine culpa*) u potpunosti se odnose i na maloljetnog počinitelja kaznenog djela.

Iako je maloljetničko kazneno pravo usmjereno mjerama socijalizacije mladih sa što manje prisile, a što više pomoći, nadzora, zaštite, skrbi, odgojnih utjecaja, tek počinjenje kaznenog djela s jednim od oblika krivnje, namjerom ili nehajem (pod uvjetom da kazneni zakon propisuje kažnjavanje i nehajnog ponašanja) predstavlja pravnu osnovu za izricanje bilo koje maloljetničke sankcije. To stoga jer Zakon o sudovima za mladež, unatoč tome što uzima u obzir specifičnosti maloljetnih delinkvenata i potrebe njihova odgajanja, nije normativni instrument društva kreiran u svrhu uklanjanja odgojnih teškoća jednog dijela osoba mladih od 18 godina života, već je prije svega instrument kojim se društvo bori protiv počinitelja kaznenih djela i kriminaliteta uopće.¹² Drugim riječima, izricati kaznenopravne sankcije maloljetnicima za njihova devijantna ponašanja koja nisu kaznena djela ili za kaznena djela za koja ne postoji njihova krivnja da bi se odgojnim mjerama utjecalo na odgoj, preodgoj ili pravilan razvoj, bilo bi očito protuzakonito i stavljalo bi maloljetnike u teži položaj od punoljetnih osoba. Na takva njihova ponašanja treba reagirati odgovarajućim izvankaznenopravnim mjerama obiteljskog prava, socijalne skrbi itd.

Ovakav stav nedvojbeno proizlazi i iz proširenog, točnije dosljednog principa krivnje prema novom Kaznenom zakonu (Narodne novine 110/97): Nitko ne može biti kažnjen niti se prema njemu može primijeniti druga kaznenopravna sankcija ako nije kriv za počinjeno djelo (čl. 4. KZ). Krivnja, dakle, postaje *conditio sine qua non* za primjenu bilo koje vrste, oblika, sadržaja ili intenziteta kaznenopravne prisile. Drugim riječima, krivnja više nije uvjet samo za primjenu kazne, već i bilo koje kaznenopravne sankcije, pa prema tome i odgojnih mjera. Budući da je ubrojivost pretpostavka krivnje, odgojne mjere i kazna maloljetničkog zatvora mogu se primijeniti samo prema ubrojivim maloljetnim počiniteljima kaznenih djela.

Prema maloljetnom delinkventu koji je tempore *criminis* bio smanjeno ubrojiv (njegova krivnja nije upitna) može se uz odgojnu mjeru ili kaznu maloljetničkog zatvora primijeniti sigurnosna mjera obveznog psihijatrijskog liječenja ili umjesto nje odgojna mjera upućivanja u posebnu odgojnu ustanovu, ako se u toj ustanovi može osigurati liječenje maloljetnika i time postići svrha sigurnosne mjere.

Međutim, ako je maloljetnik u vrijeme ostvarenja zakonskog obilježja kaznenog djela bio neubrojiv, odnosno ako nije mogao shvatiti značenje svojeg postupanja ili nije mogao vladati svojom voljom zbog duševne bolesti, duševne poremećenosti, nedovoljnog duševnog razvitka ili neke druge teže duševne smetnje, ne smatra se krivim te se na njega ne može primijeniti niti jedna kaznenopravna sankcija, dakle, ni odgojne mjere, ni sigurnosne mjere. U takvom se slučaju uz neke odredbe Zakona o kaznenom postupku (Narodne novine 110/97.) primjenjuje Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (Narodne novine 111/97.).

¹² Singer, M.: Odluka u povodu kaznene prijave prema Zakonu o sudovima za mladež, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 4., broj 2/1997., str. 573.

4. Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama - temeljne odredbe koje se primjenjuju prema maloljetnicima

Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (u daljnjem tekstu ZZODS) na snazi je od 1. siječnja 1998. g. Ovaj normativni akt uređuje pravni, medicinski i društveni položaj osoba s duševnim smetnjama. On je zapravo pravni mehanizam kojim se nastoji osigurati pravna zaštita osoba koje zbog svoje mentalne nekompetentnosti ili nedovoljne mentalne kompetentnosti (poradi duševne bolesti, poremećenosti ili nedovoljnog duševnog razvoja) nisu u stanju braniti svoje interese, boriti se za svoja prava, pa ni zaštititi sebe od nepotrebnih, a ponekad i protupravnih zatvaranja u psihijatrijsku ustanovu. Istovremeno ovim se zakonom nastoji zaštititi društvo od opasnosti koju ponekad osobe s težim duševnim smetnjama mogu manifestirati.¹³

Najosjetljivije pitanje zaštite osoba s duševnim smetnjama svakako je pitanje prisilne hospitalizacije psihijatrijskih bolesnika. Moglo bi se reći da je prisilna hospitalizacija iznimno složen društveni fenomen koji izaziva brojne medicinske, pravne, etičke, političke, pa čak i ekonomske probleme. Pozornost javnosti, stručne, ali i laičke, usmjerena je posljednjih godina osobito na pravna i etička pitanja. Upravo na ova pitanja tzv. šira javnost reagira proturječno. S jedne strane iskazuje strah od zloupotrebe prisilne hospitalizacije kao sredstva za zatvaranje pojedinaca, odnosno eliminiranje nepodobnih članova iz društva, a s druge izražava ogorčenje što se duševno bolesne osobe slobodno kreću ugrožavajući svojim nepredvidljivim ponašanjem sigurnost drugih.

¹³ Posljednjih godina poraslo je zanimanje međunarodne javnosti za položaj i prava duševnih bolesnika. Nizom deklaracija i rezolucija Ujedinjenih naroda i Vijeća Europe, potaknutih prije svega od Svjetske zdravstvene organizacije i Svjetskog udruženja liječnika, uspostavljeni su minimalni standardi za zaštitu duševnog zdravlja i temeljnih sloboda i ljudskih i zakonskih prava duševno bolesnih osoba. Ovi standardi našli su svoje mjesto u zakonima o duševnom zdravlju, koji danas postoje u gotovo svim suvremenim zemljama. Novi, odnosno revidirani, zakoni donijeti su npr. u Engleskoj 1983. g., u Japanu 1988. g., u Norveškoj 1988. g., u Danskoj 1989. g., u Austriji, Finskoj, Belgiji i Francuskoj 1990. g., u Izraelu 1991. g., u Njemačkoj, Nizozemskoj, Grčkoj, Švedskoj, Portugalu 1992. g., Ruskoj Federaciji 1993. g., u Poljskoj 1994. g. itd. Više o posljednjim izmjenama pojedinih odredbi Zakona o mentalnom zdravlju v. *International Digest of Health Legislation*, br. 41./1990., str. 272.-273., br. 43./1992., str. 65.-75., br. 45./1994., str. 42.-44. i Jensen, K.: *Mental Health Legislation in Europe*, *International Bulletin of Law and Mental Health*, 1994. g. december, str. 10.-14.

U državama SAD-a zakonska regulativa položaja duševnih bolesnika (tzv. civil commitment act), osobito prisilne hospitalizacije, bila je intenzivna 60-ih godina: New York 1962. g., Columbia 1965. g., Pennsylvania 1966. g., California 1968. g., Wisconsin 1969. g. itd. Sedamdesetih godina uslijedile su revizije postojećih odredbi radi što jasnijeg definiranja kriterija za prisilnu hospitalizaciju s ciljem ograničavanja zatvaranja i zadržavanja osoba s duševnim smetnjama. V. npr. Switzgebel, R.: *Survey of state civil commitment statutes*, u: McGarry, A.: *Civil commitment and social policy: An evaluation of the Massachusetts Mental Health Reform Act of 1970*. National Institut of Mental Health, 1981. g., str. 25.-46.

U Kanadi je 1992. g. u pojedinim provincijama reformirano zakonodavstvo o zaštiti duševnog zdravlja, a najznačajnija promjena je bio prijelaz tretmana neubrojivih počinitelja kaznenih djela iz kaznenopravnog sustava u sustav zaštite duševnog zdravlja. V. Gaudet, M. A.: *Overview of Mental Health Legislation in Canada*, 1994. g., Ottawa: Health Canada.

4.1. Prisilna hospitalizacija maloljetnih osoba (nedelinkvenata)

Osobe s duševnim smetnjama imaju pravo na liječenje kao i sve druge bolesne osobe. Međutim, dok u pravilu svako liječenje podrazumijeva pristanak pacijenta (iznimka od tog pravila su slučajevi neodgodive medicinske intervencije), osobe s duševnim smetnjama, upravo zbog svog stanja, najčešće nisu u mogućnosti prosuditi što je u njihovu interesu. Naime, njihovo psihičko stanje ponekad onemogućava shvaćanje realiteta, pa njihovo ponašanje može biti opasno i za njih i za druge osobe. U takvim slučajevima drži se opravdanim njihovo zadržavanje i smještaj te liječenje u psihijatrijskoj ustanovi i bez njihova pristanka, pa čak i protiv njihove volje. Međutim, kako to istovremeno znači oduzimanje, odnosno ograničenje temeljnog ljudskog prava na slobodu kretanja, jasno je da pravna osnova takvog postupanja zakonom mora biti precizno određena i temeljena na sudskoj odluci. Prema ZZODS (čl. 22.) prisilno zadržavanje i prisilni smještaj mogući su tek ako su kumulativno ispunjena dva uvjeta:

1. Da se radi o osobi s težim duševnim smetnjama, a to je duševno bolesna osoba, osoba s duševnim poremećajem, nedovoljno duševno razvijena osoba, ovisnik o alkoholu, ovisnik o drogama, osoba s drugim duševnim smetnjama koja nije u mogućnosti shvatiti značenje svoga postupanja ili ne može vladati svojom voljom ili su te mogućnosti smanjene u tolikoj mjeri da joj je neophodna psihijatrijska pomoć.

2. Da ta osoba uslijed svoje duševne smetnje ozbiljno i izravno ugrožava vlastiti život ili zdravlje ili sigurnost, odnosno život, zdravlje ili sigurnost drugih osoba.

Budući da pravna sigurnost zahtijeva što određenije pravne standarde u određivanju materijalnopравnih pretpostavki za oblik lišenja slobode kakav je prisilna hospitalizacija, zakon je tu opasnost koja mora proizlaziti iz određene duševne smetnje ograničio na vitalnu i socijalnu indikaciju. Drugim riječima, nikakvi drugi razlozi, pa niti potreba da se osoba podvrgne liječenju radi ozdravljenja (medicinska indikacija) ne mogu biti osnova za prisilnu hospitalizaciju.¹⁴

Navedeni razlozi, kao i postupak prisilne hospitalizacije koji je u ZZODS detaljno reguliran, u cijelosti se primjenjuje i prema maloljetnim osobama, ukoliko je njihovo zatvaranje i smještaj u psihijatrijsku ustanovu bez pristanka njihova zakonskog zastupnika (roditelja, staratelja, usvojitelja). Što više, i kada postoji pristanak zakonskog zastupnika, odluku o smještaju maloljetnika opet donosi sud, ali po nešto jednostavnijem i kraćem postupku. Na taj je način uspostavljen sudski nadzor svakog smještaja maloljetnika u psihijatrijsku ustanovu kao izraz nastojanja za pružanjem maksimalne zaštite tim osobama. Svoju odluku sud temelji na mišljenju psihijatra specijaliziranog za liječenje djece, i njihovo se liječenje provodi na odjelima namijenjenim liječenju mladih i odvojeni su od odjela za liječenje punoljetnih osoba.

¹⁴ Više o tome Kozarić, K. D., Grubišić, I. M., Grozdanić, V.: *Forenzička psihijatrija*, Zagreb, 1998. g., str. 31-32.

4.2. "Neubrojive" maloljetne osobe (delinkventi)

Maloljetni delinkventi koji su tempore criminis ostvarili obilježja nekog kaznenog djela u neubrojivom stanju, kako je već rečeno, nisu krivi, pa se prema njima ne mogu primijeniti odgojne mjere ni bilo koje druge kaznenopravne sankcije. Međutim, nedvojbeno je da postojanje kaznenog djela ostvarenog od neubrojive osobe (maloljetne ili punoljetne), koja je na taj način iskazala svoju opasnost prema dobrima zaštićenim kaznenim pravom i kod koje upravo zbog abnormalnog psihičkog stanja postoji latentna i možda konstantno prisutna opasnost ponavljanja djela, zahtijeva intervenciju društva radi otklanjanja te opasnosti. Ta intervencija sastoji se u liječenju, a ne kažnjavanju ili odgajanju.

Stoga se maloljetni neubrojivi delinkvent prepušta medicinskom tretmanu pod uvjetima ZZODS, i to nakon što se u kaznenom postupku utvrdi da je maloljetnik počinio kazneno djelo i da je u vrijeme počinjenja djela u odnosu na djelo bio neubrojiv. Tada sud za mladež donosi presudu kojom utvrđuje da je maloljetnik počinio kazneno djelo u stanju neubrojivosti i rješenjem upućuje predmet sudu nadležnom prema ZZODS (čl. 461. st. 2. ZKP). Nadležni sud (županijski sud) provodi postupak prisilnog zadržavanja maloljetnog delinkventa, koji je identičan postupku prisilne hospitalizacije nedelinkventnih osoba. Razlika je jedino kod otpusta i privremenih izlazaka neubrojivih maloljetnika. Naime, dok se nedelinkventne osobe otpuštaju iz psihijatrijske ustanove istekom vremena prisilnog smještaja u rješenju suda o prisilnom smještaju, odluku o otpustu ili privremenom izlasku neubrojivog maloljetnog delinkventa donosi isključivo sud koji je i donio odluku o prisilnom smještaju. Ako se radi o otpustu neubrojivog maloljetnika koji je ostvario obilježja kaznenog djela za koje se može izreći kazna zatvora od deset godina ili teža kazna, sud traži i mišljenje državnog odvjetnika, koji protiv rješenja o otpustu ima i pravo suspenzivne žalbe. Tek nakon što protekne vrijeme koje odgovara najvišoj zaprječenj kazni za kazneno djelo čija je obilježja neubrojiva osoba ostvarila, postupak otpusta izjednačava se s otpustom nedelinkventnih osoba (čl. 46., 47. i 48.). Za ovakvo zakonsko rješenje moglo bi se reći da predstavlja veliki ustupak javnosti i njezinim predrasudama o opasnosti duševno bolesnih osoba.

5. Zaključak

Od kažnjavanja maloljetnika do njihovog odgajanja kao kaznenopravne reakcije na njihova delinkventna ponašanja trebao je proteći dugi niz godina. Danas, na kraju 20. stoljeća, u većini suvremenih zemalja odgajanje je u najvećem dijelu zamijenilo kažnjavanje, iako se ponekad opravdano primjećuje da se doduše radi o riječima različitog sadržaja, ali identične svrhe - društvene kontrole usmjerene oduzimanju moći mladima.¹⁵ Ipak, i rješenja u kojima dominira odgajanje nisu više neupitna.

¹⁵ Za usporedbu europskih kaznenopravnih sustava i reformi maloljetničkih zakonodavstava v. Dunkel, F., Kalmthout, A., Springorum, H. S.: *Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich*, Monchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 1997. g.

Naime, odgajanje kao reakcija društva na delinkvenciju mladih u sve je većem iskušenju i to stoga što statistički podaci neumoljivo upozoravaju na porast maloljetničke delinkvencije, i to osobito one nasilne fenomenologije i sve teže razumljivije etiologije, a isto tako i na porast recidivizma maloljetnika, čime se dovodi u pitanje i cjelokupni sustav kaznenopravnog reagiranja prema maloljetnim delinkventima.

Međutim, u ocjeni normativnih rješenja treba biti realan. Ni najbolji zakonski tekstovi ne mogu postići značajnije rezultate ako se ne osigura adekvatna primjena njihovih odredbi u praksi. Pored toga treba imati na umu da su kaznenopravne sankcije ipak i samo ultima ratio societatis i kao takve prilično ograničenog dosega, već i zbog same činjenice da se aktiviraju tek kada se nekim ponašanjem maloljetnika povrjeđuju ili ugrožavaju temeljne vrijednosti društva zaštićene kaznenim pravom.

U tom kontekstu treba ocjenjivati i novi Zakon o sudovima za mladež. Od njegove primjene mnogo se očekuje. Mnogobrojne, sadržajno vrlo različite, posebnim obvezama obogaćene odgojne mjere, maloljetnički zatvor kao jedina kazna, uz mogućnost njegova pridržaja, proširena primjena načela oportuniteta, uz uvjetovani oportunitet, čime se uvodi primjena neformalnih sankcija ispred i izvan kaznenog prava, mogu se smatrati dobrim temeljem za individualizirani pristup svakom maloljetnom delinkventu. Da li će Zakon i opravdati ova očekivanja, moći će se procjenjivati nakon proteka vremenskog perioda dužeg od samo jedne godine koliko je Zakon na snazi.

Summary

LEGAL STATUS OF THE MINORS WHO COMMITTED CRIMINAL ACTS ACCORDING TO THE NEW CROATIAN LEGISLATION

Today, at the beginning of the twentieth century, the society faces a big challenge as well as a big responsibility in view of minors' delinquency. Statistical data mercilessly warn us of the constant increase of criminal acts committed by minors, especially those of violent phenomenology and difficultly understandable etiology, as well as of the increase of recidivism which in turn questions the existing criminal law reactions to the minors' delinquency but also influences the development of new solutions for the prevention of minors' criminality. In this view, Croatia has enacted the new Law on Youth Courts. Its new solutions and application in practice form the core of this article, together with the analysis of some provisions of the new Law on Protection of Persons with Psychological Disturbances that are related to minors (non-delinquents or unaccountable delinquents).

Key words: *minors, delinquents, Law on Youth Courts, Law on Protection of Persons with Psychological Disturbances.*

Zusammenfassung

**RECHTSSTATUS VON MINDERJÄHRIGEN STRAFTÄTERN IN
DER NEUEN KROATISCHEN GESETZGEBUNG**

Heute, am Ende des 20. Jahrhunderts, befindet sich die Gesellschaft im Hinblick auf die Delinquenz der Minderjährigen vor einer großen Herausforderung aber auch vor einer großen Verpflichtung. Die statistischen Daten weisen unerbittlich auf ein Anwachsen der Kriminalität von Minderjährigen hin und besonders auf die der gewalttätigen Phänomenologie und immer schwerer zu verstehendem Ätiologie, und ebenso auf das Anwachsen des Rezidivismus Minderjähriger wobei das bestehende System strafrechtlichen Reagierens auf minderjährigen Deliquenten in Frage gestellt wird, jedoch auch die Suche nach neuen Arten der Verhinderung von Kriminalität Jugendlicher angeregt wird. Mit dieser Absicht wurde in Kroatien ein neues Gesetz über Jugendgerichte verabschiedet, dessen neue Beschlüsse und deren Anwendung in der Praxis die Hauptinhalte dieser Arbeit darstellen. Außerdem werden einige Bestimmungen des ebenso neuen Gesetzes zum Schutz von Personen mit seelischen Störungen analysiert, die sich auf Minderjährige (nichtdelinquente und unzurechnungsfähige Deliquenten) beziehen.

Schlüsselwörter: *Minderjährige, Deliquenten, Gesetz über Jugendgerichte, Gesetz zum Schutz von Personen mit seelischen Störungen.*

Sommario

**LO STATUS GIURIDICO DEI MINORI CHE COMMITTONO
REATI SECONDO LA NUOVA LEGISLAZIONE CROATA**

Oggi, all'inizio del ventunesimo secolo, la società affronta una grande sfida e una grande responsabilità nei confronti della delinquenza minorile. I dati statistici ci avvertono inesorabilmente del costante aumento dei reati commessi da minori, specialmente quelli di fenomenologia violenta ed eziologia difficilmente comprensibile, così come dell'aumento del recidivismo che mette in discussione una dopo l'altra le reazioni dell'ordinamento penale esistente alla delinquenza dei minori, ma anche influenza lo sviluppo di nuove soluzioni per la prevenzione della criminalità dei minori. In tale prospettiva, la Croazia ha approvato la nuova Legge sui tribunali per i giovani. Le sue nuove soluzioni e applicazioni nella pratica costituiscono il nucleo del presente articolo, insieme con l'analisi di alcune disposizioni della nuova Legge sulla tutela delle persone con disturbi psichici che riguardano i minori (non delinquenti o delinquenti non imputabili).

Parole chiave: *minori, delinquenti, Legge sui tribunali per i giovani, Legge sulla tutela delle persone con disturbi psichici.*

**II. Radovi izloženi na savjetovanju
"Rimsko pravo i hrvatska pravna povijest"
(Rijeka, 4.-5. lipnja 1999.)
koji nisu objavljeni u Zborniku Vol. 20 br. 1**

**Conference Texts not published in "Zbornik" Vol. 20/1
"Roman Law and Croatian Law History"
(Rijeka, June 4-5, 1999)**

**Tagungsbeiträge:
"Römisches Recht und kroatische Rechtsgeschichte"
(Rijeka, 4.-5. Juni 1999)
die nicht in "Zbornik" Vol. 20/1 veröffentlicht worden sind**

**Relazioni presentate al Convegno
"Diritto romano e storia del diritto croato"
(Rijeka, 4-5 giugno 1999)
e non pubblicate in "Zbornik", vol. 20, n. 1)**

DIRITTO, UOMINI, PERSONA

Dr. sc. Sebastiano Tafaro, professore ordinario
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Bari

UDK: 347.15/.17(37)
Ur.: 9. veljače 2000.
Pr.: 21. veljače 2000.
Izvorni znanstveni članak

Pravo, ljudi, osoba

Osoba je danas sinonim za pravnog subjekta i čovjeka. Pravni subjektivitet je određen pojmom sposobnost, i to pravna sposobnost i poslovna sposobnost. Ovi pojmovi, danas gotovo univerzalno prihvaćeni, nisu značili mnogo Rimljanima, koji su stvari vidjeli drugačije i koji su poistovjećivali osobu s muškarcem.

Stav koji je zastupao Ulpijan izjednačavao je pravo i pravdu, a njihov zajednički cilj je bio promicanje ljudskog dostojanstva.

Nažalost, tijekom povijesti pa čak ponegdje i danas, osobnost se odvojila od čovjeka i počela je ovisiti o nekom vanjskom autoritetu, poput Države ili Vjere. Ova promjena kuta gledanja dovela je do odvajanja prava od čovjeka, stavljajući primat ne na čovjeka u odnosu na pravo, već na Državu u odnosu na čovjeka. Stoga se moramo vratiti rimskim izvorima kako bismo uvidjeli da je čovjek pravo i da nema nikakvog prava izvan povijesnog čovjeka u kontekstu planeta Zemlje kao izvora svega života u svim njegovim manifestacijama.

Može se zaključiti da se u sadašnjem trenutku krize vrijednosti i krize prava moramo vratiti izvorima naše pravne civilizacije kako bismo utvrdili što čini bit prava. Tako, postaje očito da je čini zaštita dostojanstva pojedinca; razumijevanje da je svo pravo stvoreno za osobe.

Ključne riječi: *osoba, čovjek, ius, Gea (Zemlja).*

Persona è oggi sinonimo di *soggetto del diritto* ed anche di *uomo*.

La soggettività giuridica è tuttavia mediata dal termine *capacità*, nelle accezioni di *capacità giuridica* e *capacità di agire*¹.

¹ Per il diritto contemporaneo se ne veda, da ultimo, l'esautiva esposizione in PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 1997, pp. 115-6: "*Persona umana e soggetto*. Persona fisica è l'uomo considerato da diritto nella sua individualità e nei rapporti con gli altri.

Preliminarmente occorre individuare il rapporto esistente tra la persona ed il soggetto. Due sono le linee di tendenza nelle quali sembra possibile riunire numerosi indirizzi dottrinali. Taluni, senza effettuare alcuna distinzione, discorrono indifferentemente di persona, soggetto, uomo, individuo. Storicamente, l'atteggiamento si accentua man mano che l'individuo è liberato dalla soggezione perviene agli status, fonti di privilegi e di discriminazioni. Lineare la con sequenza: ogni essere umano vivente è persona e quindi soggetto di diritto. Meno diffuso, invece, è l'orientamento che, ravvisando l'esistenza di differenti ámbiti di incidenza per il soggetto e per la persona, propone di tenerli separati.

Le dispute sulla confluenza o sulla precisa suddivisione delle sfere d'influenza tra soggetto e persona non segnano alcun progresso rispetto al fine, perseguito dall'ordinamento, di valorizzare a pieno l'uomo nel suo essere e nelle manifestazioni del suo agire. In tal modo, però, si ridimensiona l'affermazione che tutte le persone umane sono soggetti di diritto: lo sviluppo storico e lo studio comparatistico degli ordinamenti giuridici dimostrano che il dato non è immutabile e la dottrina ricorre al termine soggetto (anziché a quello di persona), là dove si occupa del fenomeno soggettività in termini di struttura, mentre alla persona riserva un significato piú contenutistico".

La separazione tra persona umana e soggettività giuridica, nella dottrina contemporanea, è poi evidenziata dalla terminologia che distingue, talora per identificarveli, tra *capacità giuridica*, *soggettività* e *personalità*. In proposito il PERLINGIERI, *loc. cit.*, osserva: "Per unanime opinione la capacità giuridica assurge a principio generale dell'intero ordinamento giuridico. Essa è definita dalla dottrina come idoneità di un soggetto ad essere titolare di diritti e doveri e piú in generale di situazioni soggettive. Secondo taluni però occorre distinguere la capacità giuridica "generale", che in quanto attitudine astratta e generica è estesa a tutti gli uomini, dalla capacità giuridica speciale, quale incidenza della capacità generale sulla possibile titolarità delle singole situazioni.

Dominante è l'opinione che identifica la capacità giuridica con la soggettività. Nell'ámbito di tale opinione la teoria c. d. organica costruisce il soggetto giuridico come una fattispecie composta da un elemento materiale (il substrato materiale) e un elemento formale (il riconoscimento formale da parte dell'ordinamento) che attribuisce al primo la qualità di persona: l'uomo diventa soggetto del diritto soltanto in virtù di tale riconoscimento. La fattispecie-capacità è preliminare ad ogni altra situazione soggettiva e si pone come presupposto per l'acquisto di tutti i diritti e gli obblighi giuridici; non è ammissibile che essa sia graduale poiché è sempre costante, piena, non parziale, non limitata, non relativa. In questa prospettiva però l'uomo assurge nell'ordinamento giuridico ad unità fittizia ed indifferenziata.

L'altra impostazione, invece, raccoglie le teorie c. d. atomistiche che tendono a scomporre il fenomeno in tanti comportamenti quante sono le norme che li prevedono. La persona, fisica o giuridica, che "ha" doveri giuridici e diritti soggettivi "è" questi doveri e questi diritti; è, cioè, un complesso di doveri giuridici e di diritti soggettivi raffigurato unitariamente. Tale concezione estromette l'individuo dal mondo del diritto, limitandosi a cogliere l'isolato comportamento umano come previsto e disciplinato dalla singola norma. Pertanto la soggettività, al pari della capacità giuridica, lungi dal costituire una qualità intrinseca dell'uomo, si frantuma in una serie di comportamenti analizzabili l'uno indipendentemente dall'altro, sí che resta preclusa un'interpretazione della realtà che trascenda l'episodico e il contingente.

Invero l'art. 1 - del Codice Civile italiano - segna l'ingresso dell'individuo nell'ordinamento giuridico: l'uomo è accolto nel mondo del diritto nella sua totalità fisica e psichica e dunque diviene soggetto di diritto. La natura della norma non consente di spingere l'affermazione oltre il mero riconoscimento della capacità-soggettività. Il collegamento della soggettività ad ogni persona fisica è invece ravvisabile, a livello costituzionale. La soggettività entra nel novero dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo (2 cost. - italiana-). La qualità di uomo si presenta come condizione imprescindibile affinché l'ordinamento possa assegnare la qualifica di soggetto di diritto: l'appartenenza al genere umano costituisce requisito necessario e al tempo stesso sufficiente ai fini del conferimento della soggettività e non sono ammesse (3¹ cost.) distinzioni di sorta tra individuo e individuo. Perciò la capacità-soggettività non può essere eliminata per alcun motivo, neanche di natura politica (22 cost.). Si riattribuisce cosí una propria utilità alla nozione di capacità giuridica generale e si respingono le letture riduttive dell'art. 1 - C. C. -.

Espressioni oggi usate quasi universalmente, ma che poco o niente dicevano ai Romani²; presso i quali “con il termine di *capacitas* si indica, nel linguaggio dei

Con riferimento ai concetti di capacità giuridica e di personalità, ora si configura la prima come nucleo essenziale della seconda (sí che le due nozioni si sovrappongono e si esauriscono l'una nell'altra), ora si pone la personalità in una posizione di priorità rispetto alla capacità giuridica, come emanazione della personalità, ora, infine, come misura della stessa.

Piú di recente, sulla base di una attenta valutazione del dato costituzionale non soltanto non è lecito confondere la capacità con la personalità (che della persona è l'aspetto dinamico garantito nel suo pieno e libero svolgimento), ma si delinea l'impossibilità di riconoscere all'uomo l'astratta potenziale titolarità senza l'effettiva attuazione dei valori dei quali egli è portatore. Il che vale, in particolare, per le situazioni soggettive personali e personalissime, che si possono definire esistenziali, là dove titolarità e realizzazione coincidono con l'esistenza stessa del valore, tant'è che, almeno per tali situazioni, non è configurabile la distinzione tra la capacità giuridica (momento della titolarità) e la capacità di agire (momento dell'esercizio). ... La dottrina prospetta tra la capacità giuridica e la capacità di agire (2 - C.C. -, con le modifiche della l. 8 marzo 1975, n. 39) un costante parallelismo. La capacità giuridica designa il momento statico e il soggetto si presenta come immobile portatore d'interessi; la capacità di agire indica l'aspetto dinamico e il soggetto diventa operatore giuridico, protagonista attivo. Pertanto, la capacità di agire è definita come idoneità della persona a svolgere l'attività giuridica che riguarda la sfera dei suoi interessi o come attitudine a manifestare volontà che siano idonee a modificare la propria situazione giuridica o ancora come idoneità ad esercitare diritti e assumere obblighi giuridici.

Della capacità di agire generalmente si afferma la relatività. Essa varia sia dal punto di vista strutturale, in quanto i presupposti che concorrono a formarla si differenziano in rapporto al tipo di atto; sia da quello funzionale, in quanto la sua esclusione o limitazione corrisponde a precisi scopi: altro è l'incapacità dei minori e degli interdetti giudiziali (144¹), altro l'incapacità degli interdetti legali (144²), quale pena accessoria a carico del condannato all'ergastolo o alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni (32 c. p.). La relatività opera anche in altro senso: è dato rinvenire una capacità negoziale, una processuale, una penale, una politica, ecc. La capacità di agire, al contrario della capacità giuridica, appare misurabile in termini quantitativi, tant'è che fra gli estremi dell'incapacità totale e della piena capacità si collocano numerose tappe intermedie: capacità parziale, limitata, semipiena e altre ancora” (p. 121).

² Il punto è pacifico per i romanisti. Ciononostante essi, anche per inquadrare la realtà giuridica romana, usano parlare di *capacità* (giuridica e di agire), presumibilmente perché ritengono che il vocabolo sia per lo studioso contemporaneo il piú idoneo ad per la comprensione dell'antico: cfr., per tutti tre esempi emblematici della odierna e piú autorevole manualistica:

A) ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, p. 43: “La condizione degli esseri che l'ordinamento giuridico considera soggetti di diritto si dice *capacità giuridica* o *di diritto*, o (in antitesi alla capacità di agire, della quale diremo tra breve) *capacità di godimento del diritto*. La terminologia fin qui riportata non è romana”; tuttavia l'Autore si avvaleva di quei termini ampiamente nel prosieguo della esposizione degli istituti romani.

B) TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, 1990, p. 75 s.: “23. *Capacità giuridica, capacità di agire, teoria degli 'status'*. - a) Attualmente, la persona fisica è, in quanto tale, fornita di capacità giuridica. Per capacità giuridica s'intende l'idoneità di un soggetto ad esser titolare di diritti e di doveri: alla capacità giuridica si contrappone la capacità di agire, e cioè l'idoneità a porre in essere un'attività giuridicamente rilevante, al fine di creare, modificare od estinguere un rapporto giuridico.

c) I romani non hanno consapevolmente formulato questa fondamentale distinzione tra la capacità giuridica e la capacità di agire, delle quali, però, si coglie, indubbiamente, in quell'esperienza la concreta operatività. Per il diritto romano, si tratta, in primo luogo, di determinare le condizioni che debbono ricorrere perché all'individuo umano sia riconosciuta la capacità giuridica”.

prudentes, l'idoneità del soggetto ad acquistare in base ad una valida delazione, la quale presuppone la capacità a succedere"³.

Dunque nel diritto romano le cose stavano ben diversamente da oggi e, come vedremo, la persona si identificava con l'uomo.

In questa sede vorrei esporre alcune riflessioni su *persona*, termine e concetto che investe l'essenza stessa del diritto. Su di esso il contributo dei giuristi Romani è stato e (mi si consenta l'affermazione) è penetrante ed elevatissimo.

Tra i molti ricordo un figlio dell'Oriente, che seppe raccogliere l'eredità dei giureconsulti romani del Principato e divulgarla in forma incisiva, sicché il suo pensiero più di ogni altro ha segnato il diritto dall'età romana ai giorni nostri, in quasi tutto il pianeta. Intendo riferirmi a Domizio Ulpiano. Egli nel 3 secolo d. C., era stato allievo del grande suo connazionale Emilio Papiniano, del quale era stato *adessor*

MARONE, *Istituzioni di diritto romano*², 1994, p. 193: "La dottrina moderna pone a base di ogni discorso sul diritto delle persone i concetti di capacità giuridica (o capacità di diritto) e capacità di agire. Per capacità giuridica intende l'idoneità ad essere titolari di diritti ed obblighi o, in ogni caso, di situazioni giuridiche soggettive; per capacità d'agire l'idoneità ad operare direttamente nel mondo del diritto e pertanto a compiere personalmente atti giuridici. Si tratta di categorie giuridiche non romane, utili però per inquadrarvi, all'occorrenza con le necessarie precisazioni, la realtà giuridica romana. Giuridicamente capaci sono oggi, nel nostro sistema positivo, tutti gli esseri umani, tutti quanti essendo possibili centri di imputazione di diritti e doveri giuridici (anche il pazzo, anche il fanciullo possono essere eredi, proprietari, etc.). Capacità giuridica si riconosce inoltre a talune entità consistenti in organizzazioni di persone e beni, cui si dà il nome di persone giuridiche. In contrapposizione ad esse gli esseri umani si dicono persone fisiche. I soggetti giuridicamente capaci sono pertanto in ogni caso 'persone': persone fisiche gli esseri umani, persone giuridiche gli altri enti. Per diritto romano le cose stavano diversamente. Anzitutto dal punto di vista terminologico: la parola '*persona*' è riferita solo a quelle che noi diciamo persone fisiche ed è propria di esse. Tutti gli esseri umani, nel linguaggio giuridico, sono detti persone ma non tutti hanno capacità giuridica: possono averla, ma non l'hanno necessariamente, le persone libere; non l'hanno mai, in via di principio, gli schiavi (*servi*). Anche i Romani riconobbero che certe organizzazioni potessero essere centri di imputazione di diritti e doveri giuridici ma non elaborarono compiutamente il fenomeno: i concetti al riguardo furono, sul piano giuridico, appena abbozzati e mancò comunque una terminologia costante. La capacità d'agire — non concepibile propriamente per le persone giuridiche — presuppone oggi la capacità giuridica e viene riconosciuta a tutti gli esseri umani intellettualmente capaci: è negata pertanto ai minori di età e agli infermi di mente. Anche a Roma la capacità d'agire era riconosciuta alle persone intellettualmente capaci ma non presupponeva necessariamente la capacità giuridica: un *pater familias* adulto e sano di mente era giuridicamente capace e al contempo capace di agire; invece schiavi e *fili familias* adulti e sani di mente erano sì capaci di agire ma era loro fondamentalmente negata la capacità giuridica (operavano nel mondo del diritto con effetti che talora si imputavano al *dominus* o al *pater familias*)".

Non sono sfuggite a questa impostazione di fondo neppure le ricerche che sono partite da un'ottica differente, incentrandosi intorno alla considerazione della 'persone', come si può dire per la ricca e circostanziata opera dell'ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, 1979, nella quale l'interrogativo di fondo resta sempre quello di verificare se e quando vi fosse capacità (di volta in volta, giuridica o di agire).

³ Così TALAMANCA, *Istituzioni cit.*, p. 683, dove viene ricordato che "la categoria dell'*incapacitas* venne introdotta nell'ordinamento romano dalla legislazione matrimoniale augustea, che prevedeva una serie di casi in cui l'erede od il legatario non potevano acquistare l'eredità od il legato".

e al quale era poi succeduto al vertice dell'Amministrazione della giustizia, facendo una carriera che lo aveva portato al vertice dell'Amministrazione imperiale. Il giurista, legato da vincoli di amicizia e di affetto con l'Imperatore⁴, doveva avere ricevuto la sua formazione nella sua Terra d'Oriente, in Siria o a Tiro, città di origine alla quale pare rimasto sempre legato⁵. Egli si propose di esporre in forma chiara ed esaustiva tutto il diritto, rivolgendosi anche al lettore-fruitor non familiare con il diritto romano; in tal modo la sua produzione, ampia ma anche enciclopedica e divulgativa, proprio perché consapevolmente rivolta a sintetizzare e diffondere il diritto, ebbe grande fortuna ai suoi tempi e andò oltre la stessa esperienza romana; è stata il perno sul quale si è articolata la raccolta dei *Digesta* di Giustiniano ed è stata, per tal via, la base sulla quale si è fondato e sviluppato il pensiero giuridico moderno. Il giurista era polemico nel rivendicare al diritto il primato nelle scienze umane, perché esso, a suo dire, era matrice della **vera filosofia**⁶, ed aveva un valore così profondo da far considerare i suoi cultori (i giuristi) dei veri e propri *sacerdoti*⁷. Ma il diritto cui

⁴ V. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 1967, pp. 224 ss., 245 ss.; TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50. 17. 23*, Appendice, 1989 p. 1 ss.1-3.

⁵ V. FREZZA, *La cultura di Ulpiano*, SDHI 1968, pp. 365 ss., il quale mette in risalto il legame che doveva esserci stato tra il giurista ed i grandi pensatori della Siria, Origene e Porfirio, i cui insegnamenti sembrano presenti anche nell'impostazione dell'attività giuridica di Ulpiano, che espressamente si vantava della sua origine fenicia in D. 50. 15. 1. pr. Ulp. 1 de cens.: *Sciendum est esse quasdam colonias iuris italici, ut est in Syria Phoenice splendidissima Tyriorum colonia, unde mihi origo est, nobilis regionibus, serie saeculorum antiquissima, armipotens, foederis quod cum Romanis percussit tenacissima: huic enim divus Severus et Imperator noster ob egregiam in rem publicam imperiumque romanum insignem fidem ius italicum dedit.*

⁶ Nella contrapposizione, insita nell'affermazione di Ulpiano, forse vi era l'eco di una polemica risalente che aveva contrapposto la *vera philosophia* alla *simulata philosophia*, e che "sembra raccogliere echi ciceroniani e quintilianei" (così BRETONE, *Storia del diritto romano*, 1987, 273 ed ivi nt. 82, con ragguaglio bibliografico, anche riguardo alla tesi del Nörr, che vede in Ulpiano la risposta all'accusa mossa da Cicerone, quando nel *pro Murena* 14. 30 aveva bollato l'attività dei giuristi come *verbosa simulatio prudentiae*).

⁷ D. 1. 1. 1. pr. - I Ulp.: *I ist. Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.* Va detto che Ulpiano proponeva un ideale di vita pratico, calato nella realtà e non lontano da essa come i filosofi, ed in particolare Origene, avevano sostenuto, asserendo che bisogna perseguire la *vera filosofia* per vivere la *vera vita*, lontana dalla milizia, dall'attività forense, dallo studio delle leggi (cfr. GREG. THAUMATURGUS, in *Origenem, oratio panegyrica*, - MIGNE, *patr. Gr.*, 10, p. 1069 A - B). Ulpiano, invece si collegava alla tradizione aristotelica ed alle correnti di pensiero che avevano visto il *nómos* come la forma che consentiva di discernere ciò che giova da ciò che nuoce (v., per esempio, riguardo ad Archelao ed Ippocrate POLENZ, *Nomos und Physis*, in *Klass. Schriften*, 2, 341 ss.) e che sostanzialmente la virtù degli dei di distinguere ciò che è giusto da ciò che è ingiusto, come già Euripide (*Hecuba*, vv. 800-801) aveva detto. Il NÖRR, *Iurisperitus sacerdos*, Xénion. *Festschrift Zepos*, 1973, p. 557, suppone una probabile antecedenza alla qualifica di *sacerdotes* rivendicata da Ulpiano per i giuristi in una formulazione di Seneca, *De vita beata* 26. 7

guardava Ulpiano è quello più elevato della giustizia, equità e razionalità, sintetizzato da lui in tre (celebri) precetti fondamentali, a ragione ritenuti simbolo ed fondamento della civiltà giuridica:

D. 1. 1. 10.1 Ulp. *1 reg.: Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

Come ognuno vede sono qui enunciati da Ulpiano tre pilastri sui quali deve poggiare il rispetto e la salvaguardia della *persona umana*. Sono essi tre principî che riassumevano il cammino secolare della filosofia greca⁸, rivisitata dai Romani e che, specie attraverso la mediazione del Cristianesimo, si sono proposti come riferimento del diritto sino ai nostri giorni. Del quale si avverte ancora l'opportunità in un periodo, qual'è quello attuale, nel quale l'onestà, il rispetto della persona umana, il riconoscimento dei diritti fondamentali di ciascun popolo e di ciascun uomo, anche proprio qui, nel nostro Mediterraneo, appaiono messi in discussione o calpestati.

È per questo motivo che oggi appare necessario far partire il discorso sulla *persona umana* e sui suoi diritti fondamentali dalle radici del pensiero moderno, che nel diritto risiedono nelle fonti romane. In esse Ulpiano ci insegna che il diritto è la giustizia e risiede nello sforzo perenne di dare a ciascuno ciò che gli spetta, di non negare a nessun uomo ciò che la natura gli ha destinato e che la sua condizione esige⁹.

La visione alla quale Ulpiano ci introduce era dunque quella che poneva un'equazione di corrispondenza totale tra diritto e giustizia, miranti alla salvaguardia della dignità umana. Il che è ancora più evidente se si considerino le fonti, al cui insegnamento Ulpiano doveva ispirarsi, e che possiamo cogliere anche nelle affermazioni di retori e filosofi; tra i quali significative testimonianze sono offerte dall'autore della Retorica ad Erennio e da Gregorio Taumaturgico:

Ret. ad Herenn. 3. 2. 3: (Iustitia est) aequitas ius unicuique rei tribuens pro dignitate cuiusque.

Greg. Thaumaturgus. *In Origenem oratio panegyrica* - MIGNE patr. Gr. 10 c. 9, p. 1079 B: *dikaiosyne, hē tē axia hekàstois aponēmei.*

Ecco dunque stabilito un legame indissolubile tra diritto e giustizia e tra diritto e salvaguardia della dignità umana, tēlos (scopo) della *vera philosophia*, vero cardine del vivere civile, che farà dire a Giustiniano che *tutto il diritto è finalizzato all'uomo*:

⁸ Soprattutto della neoplatonica: v. FREZZA, *La cultura*, cit., p. 371. Era la concezione superiore del diritto a fornire ad Ulpiano una visione elevata del ruolo dei giuristi, visti come *sacerdoti* chiamati ad una missione totalizzante della scienza divina ed umana: D. 1. 1. 10. 2: *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. Sul punto e sulle tematiche connesse v. BRETONE, *Storia del diritto romano*², cit., partic. pp. 270 ss., 346 ss. che ricostruisce tutti gli itinerari culturali e le valenze connesse alle affermazioni ulpianee e alle visioni sul *ius* della giurisprudenza romana.

⁹ Nel pensiero di Ulpiano la priorità spetta alla giustizia che consiste nella costante e perpetua volontà di riconoscere a ciascuno il proprio diritto (D. 1. 1. 10. pr.: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*), secondo un'affermato assioma greco, divulgato in Roma da Cicerone (*De legibus* 1, 6, 19).

Inst. Iust. 1. 2. 12: ...*Nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur.*

Si può, pertanto, concludere che in un momento, come l'attuale, di crisi di *valore* e di crisi del diritto occorre tornare ai fondamenti della nostra civiltà giuridica, per scoprire qual'è l'essenza del diritto. Si vedrà così che essa risiede nella custodia e difesa della dignità del singolo uomo, nella consapevolezza che tutto il diritto è stato creato per le *personae*¹⁰.

A questo risultato dette un apporto significativo il pensiero Greco, ma la base fu la peculiare esperienza giuridica dei Romani, che dedicarono gelosa attenzione alle prerogative dell'*uomo in quanto soggetto del diritto*.

Tale soggettività, certo, era per antonomasia quella del *civis* e non dell'uomo *tout court*, ma fu suscettibile di allargamento e, dopo il 212, a seguito della concessione della cittadinanza a tutti i sudditi dell'Impero (ad opera di Antonino Caracalla), riguardò gran parte dell'orbe conosciuto e certamente tutto il Mediterraneo¹¹.

È questa la ragione per la quale la concezione della *persona-soggetto del diritto* affonda le radici nelle specificità del retaggio che l'esperienza romana si portava dietro sin dall'età repubblicana e proto-imperiale, quando il diritto pervenne alle forme passate nella giurisprudenza severiana e nel *Corpus iuris*, proiettandosi nel diritto canonico, nelle esperienze medievali e moderne, sino agli attuali diritti vigenti.

Dunque i Romani concepirono il soggetto come un centro di prerogative legato a determinate situazioni e finalizzato alla crescita della *Civitas*, all'interno della quale tuttavia manteneva sempre la propria specificità, senza mai annullarsi nella collettività né perdere le prerogative personali dinanzi all'organizzazione cittadina.

Deriva da ciò la peculiare concezione di Popolo, che ha affascinato non pochi dei pensatori moderni e contemporanei¹². Scaturisce anche da ciò la connessa singolarità dell'acquisto della *capacità*¹³ non al raggiungimento della maturità intellettuale o quanto meno psico-fisica, come è negli ordinamenti giuridici contemporanei e anche in molti dell'antichità, bensì al sopraggiungere della *pubertà*.

Sono questi due punti che visti da vicini mostrano quanto penetranti siano stati i principi romani nella costruzione di una giuridicità attenta alle istanze dei singoli, purtroppo spesso persi nel corso delle successive esperienze.

¹⁰ La centralità della *persona* è pienamente avvertita dai filosofi moderni. Rosmini assa sulla persona le sue teorie etico-giuridiche; per lui: «il concetto del diritto suppone primieramente una persona, un autore delle proprie azioni», perciò «la persona dell'uomo è il diritto umano sussistente» (*Filosofia del diritto*, I, ed. 1967, pp. 106, 191).

¹¹ Sull'evento, ricordato anche avanti alla nt. 5, che va sotto il nome di *Constitutio Antoniniana*, da ultimo v., anche per la disamina della più significativa letteratura, BRETONE, *Storia del diritto romano*², cit. pp. 443 s.

¹² Sul punto v. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, 1974, cap. I: *Populus e civis: Da Rousseau a Nietzsche*.

¹³ Il termine verrà usato nel significato odierno, perché è parso quello più idoneo ad indicare le situazioni di soggettività e capacità giuridica, in considerazione del fatto che *capacità* nell'uso odierno ha portata generale e può riferirsi ad ogni situazione con implicazioni giuridiche rilevanti: v. FALZEA, sv. *Capacità (Teoria generale)*, ED VI, 1960, p. 8 s.

La pubertà nelle società in formazione assume sempre un significato sacrale ed è legata alle visioni più profonde del destino dell'uomo e delle fasi della sua evoluzione, in altre parole è una delle tappe più significative del *ciclo della vita* umana¹⁴. Solo tenendo presente questa premessa si comprende la *singolarità* della scelta romana, in base alla quale l'adolescente, divenuto pubere, poteva percorrere la carriera politica sino alle più alte cariche e poteva diventare *pater familias*, avendo sotto di sé la madre e le sorelle¹⁵. Ora tutto ciò si può spiegare solo avendo presente il vincolo, che si nutrì di nessi e di antagonismo, esistente tra le *familiae* e la *Civitas*. In esso si inseriva il singolo quale componente delle une e dell'altra; ma mentre nelle prime era assorbente la figura del 'capo', nella seconda fu determinante l'apporto di 'tutti i componenti': perciò nella *Civitas* l'individuo trovò la sua affermazione più piena. La quale caratterizzò definitivamente il 'diritto', perché alla lunga la *Civitas* prevalse. Essa, infatti, era contraddistinta da un'idea di 'crescita' costante, che ne segnò tutta l'evoluzione¹⁶. In essa si allocò e trovò giustificazione il ricorso alla *pubertas*: essa, con l'acquisizione della capacità a generare, consentiva al singolo di 'far crescere' la collettività e, in quanto autore della crescita, gli dava titolo per entrare nell'organizzazione cittadina. Inoltre, poiché con la pubertà si passava ad una nuova fase della vita, nella quale un nuovo organismo veniva a sostituire il precedente, si poté affermare che vi era una nuova nascita e che essa, a differenza della prima, che avveniva nella famiglia, avveniva nella e per la *Civitas*. Nella struttura cittadina il

¹⁴ V. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche - Contributo alla storia della famiglia romana*², 1978, p. 39 s. Mutuo l'espressione *ciclo della vita* dal PUGLIESE, *Il ciclo della vita individuale nell'esperienza giuridica romana*, in Atti dei Convegni Lincei 61 (1984) - Colloquio: Il diritto e la vita materiale (Roma, 22-23 novembre 1982), 55 ss. Segnalo il fatto che il contributo è un archetipo esemplare per i temi legati alla considerazione della *vita individuale* ed in particolare alla problematica relativa all'età minorile; esso, peraltro, è l'ultimo di alcuni saggi, che denotano l'acuita attenzione dell'Autore per i problemi dei minori nella realtà romana; gli altri sono: *Precedenti romani della moderna legislazione sui minori*, Atti dei Convegni Lincei 59 (1983) - Colloquio italo-polacco: La legislazione sui minori (Roma, 22-23 novembre 1979), 111 ss.; *Appunti sugli impuberi e i minori in diritto romano*, in St. Biscardi IV (1983), 469 ss. Rinvio comunque alle specificazioni, anche bibliografiche, da me fatti in *Pubes e viripotens* nella esperienza giuridica romana, 1988, cap. I. 1.

¹⁵ La peculiarità di tale posizione richiederebbe un lungo discorso che non si può qui nemmeno accennare. Per lo *status doctrinae*, l'analisi dello sviluppo e dell'esercizio della *patria potestas* all'interno dell'organizzazione della *familia* e per un vaglio critico e completo delle fonti giuridiche e letterarie: RABELLO, *Effetti personali della "patria potestas"*, I - *Dalle origini al periodo degli Antonini* (1979). Ricordo i riferimenti nei manuali istituzionali: BURDESE, *Diritto privato romano*, 1977, pp. 221 ss.; GUARINO, *Diritto privato romano*⁷ (1984), 309 ss.; SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma* I - Prima parte, 1984, 211; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 1988, 288; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, 1990, pp. 119 ss.; NICOSIA, *Institutiones - Profili di diritto privato romano*, parte I, 1991-92, pp. 86 ss.

¹⁶ L'etimologia di *pop(u)lus*, che potrebbe provenire da una radice mediterranea, importata dagli Etruschi, equivalente a "crescere": cfr. DEVOTO, *Storia della lingua di Roma* (1940), 57, 77, 80; DE MARTINO, *Storia della costituzione romana* I (1958), 88 ed ivi nt. 30. Il collegamento tra *poublicus*, *publicus* e il significato di crescita era già intravisto dal CECI, *La lingua del diritto romano*, I, *Le etimologie dei giureconsulti Romani*, 1892, 111², che richiamava, in proposito, l'opinione del Thurneysen.

pubere, dunque, entrava con titolo suo specifico e con attribuzioni connesse ai *cicli della vita* insopprimibili ed inalienabili, perché scaturenti da un ordine universale, che reggeva l'intero creato e del quale l'individuo era parte, ma anche depositario¹⁷.

Perciò i Romani fissarono la pubertà al compimento del 14^o anno, che nella visione cosmogonica della vita umana si presentava come multiplo del numero 'sette', ritenuto il numero intorno al quale si era costruito l'Universo (sette erano i pianeti, sette le note musicali, le fasi lunari etc.) ed era articolata la vita degli uomini e delle città¹⁸. La scelta della pubertà denota quanto si fosse radicata nella cultura romana la

¹⁷ Sono questi i temi affrontati in altra sede, nella ricerca sulla pubertà, alla quale, qui, non posso che rinviare: *La pubertà a Roma. Profili giuridici*, 1993 - ed. parzialmente rivista di *Pubes e viripotens*, cit.

¹⁸ Il sette era il numero intorno al quale era organizzata l'intera esistenza umana. Richiamo quanto ho già osservato in *La pubertà a Roma*, cit., 124 s. nt. 20-21, il sette diventò il simbolo della perfezione e il multiplo intorno al quale si scandivano gli avvenimenti più importanti della vita. Perciò la Città, che aveva una posizione ed un destino particolare al centro del mondo, doveva nascere da una combinazione di sette, così come la vita dell'uomo doveva avere un ritmo settenario. Queste idee furono espresse da Varrone con accuratezza e in forma precisa non meno che diffusa, in modo particolare nelle *Imagines* o *Hebdomades*, nelle quali magnificò le molte e varie *potestates* del numero sette: GELL., III.10.16 *Haec Varro de numero septenario scripsit admodum conquisite*. Gellio ricordava le principali tesi del Reatino, dalle quali risulta che questi poneva il sette come perno di una visione cosmogonica e globale dell'esistenza, tale cioè da essere a fondamento di tutto l'universo e della vita degli uomini, immersi in esso. Tra l'altro, il sette era il numero che ripartiva le zone del cielo (di qui forse nasceva un paragone con Roma, fulcro della Terra, che imitava il cielo, secondo una configurazione che venne poi esplicitata dopo molti secoli da Claudiano: cfr. GELSOMINO, *Varrone cit.*, 63). Sette erano i cerchi dell'asse celeste e intorno al sette era strutturato lo zodiaco, così come alla scansione di sette corrispondevano i solstizi e gli equinozi, mentre anche le fasi lunari potevano ricondursi a multipli di sette (GELL., III.10.1-6). In questa vasta visione del creato si collocava anche la nascita e lo sviluppo degli uomini, anch'essi regolati dal sette: *Ad homines quoque nascendos vim numeri istius porrigi pertinereque ait* (GELL., III. 10. 7). La trasformazione del seme in uomo, la gestazione (riguardo alla quale, per giustificare il richiamo a sette, non prendeva in considerazione il termine normale dei nove mesi, bensì quello minimo per poter dare alla luce un figlio vitale), la dentizione, la corporatura e i periodi fortunati o pericolosi della vita dell'uomo, il sistema sanguigno, le malattie e la stessa morte erano regolati dal sette (GELL., III.10.7-15). ... le concezioni sui numeri e il collegamento con la vita dell'uomo avevano origini antichissime nella filosofia greca, anche se forse attinte a concezioni derivate da altre correnti di pensiero. La corrispondenza, sul punto, tra il pensiero di Varrone, e quello di Cicerone, che arrivò a vedere il numero sette come *rerum omnium fere nodus* (*De Rep.* VI.13), è la conferma più eloquente della diffusione e del favore delle nozioni elaborate dalla speculazione ellenica.... Plutarco annodava ad Eraclito una dottrina degli Stoici, secondo la quale la trasformazione del seme in uomo dovesse avvenire in base ad un multiplo di sette, dopo due settimane. Del posto occupato dal numero sette nel pensiero di Platone, di Stratone Peripatetico, di Dione Caristio e, soprattutto, di Ippocrate ci hanno parlato, più di ogni altro, Galeno e Macrobio. Il primo a più riprese lascia intendere che Ippocrate dovette avere presente la scansione settenaria della vita umana. Di particolare rilievo, per noi, appaiono i punti nei quali questa scansione veniva collegata alla pubertà. Negli 'Aforismi' il medico del 2° sec. d. C., commentando e completando l'aforisma del venerato capostipite di Coa sulle malattie acute, aggiungeva che forse esso poteva essere riferito anche alle malattie diurne, le quali si manifestavano entro sette mesi, entro sette anni, sino al quattordicesimo anno, che rappresentava l'età della pubertà, secondo una sequenza settenaria

concezione che vedeva la vita dell'uomo, di ogni uomo, legata allo svolgersi di sequenze aventi carattere insopprimibile e universale. Essa contribuì alla consapevolezza della necessità che anche il *ius* ne dovesse tenere conto, poiché a nessuno era consentito, senza andare contro le leggi profonde della *vita stessa*, dimenticare ciò.

Persino quando si fosse trattato di schiavi, cui erano comunque garantiti alcuni diritti ritenuti essenziali e talora anche patrimoniali¹⁹.

Proprio per questi motivi fu colta dai romani l'insostituibilità e la non coercibilità della realtà cosmico-terrestre 'uomo', che si manifestava sin dal concepimento, ed implicò la salvaguardia dei nascituri, di *qui in utero sunt*²⁰.

Progressivamente questa realtà dell'uomo vivente, portatore di prerogative proprie ed espressione di leggi generali (per taluni autori antichi, cosmiche) venne sussunta nel termine *persona*. Riguardo al quale è da osservare che probabilmente, anche se radicata, la tesi che il termine stesse ad indicare esclusivamente l'*homo*, cioè

(*Medicorum Graecorum opera quae exstant - Claudii Galeni Opera Omnia* - edit. Kühn (1829, rist. 1963) fr. XXVIII (Chart. IX.124 - Bas. V.264), p. 638 s. E che l'Autore desse per scontata la scansione settenaria è evidente anche da altre sedi: ad esempio dal successivo aforisma XXX in cui diceva che la gioventù era delimitata dal quinto settenario e, perciò, dimostrava che la partizione in sette accompagnava la visione di tutta la vita umana. Le stesse opinioni erano espresse anche altrove: (Chart. IX.126 - Bas. V.264), (*Medic. Graec. cit. - De Hippocratis et Platonis placitis* l. 8 — Chart. V.240 - Bas. I.325 —, 695), (*Med. Graec. cit. - De sanitate tuenda* l. 6 - Chart. VI.165 - Bas. IV.277 —, 387). Ancora più ricche di indicazioni e di sfaccettature sono le notizie fornite da Macrobio. Un'attenzione particolare, secondo l'Autore, venne accordata ai numeri dai Pitagorici, per i quali il numero sette meritava addirittura ammirazione, perché racchiudeva gli elementi 'vitali' per la perfezione e completezza: infatti era composto di un numero dispari e di un numero pari. L'Autore, allo scopo di mostrare che quel numero si inseriva in una teoria universale sia dell'umano quanto del divino, richiamava il Timeo di Platone e si diffondeva in una vasta trattazione, nella quale intrecciava notizie generali sui numeri, dei quali il sette, con l'otto, appariva "*ad multiplicationem annorum perfecti in re publica viri*" (l. 6. 3) e adatto a rappresentare l'anima del mondo, con notizie relative alla scansione settenaria della vita umana. La formazione del seme, i primi movimenti del feto, il tempo del parto, il distacco dalla placenta, l'acquisto della vista, la dentizione, l'allattamento, tutto lo sviluppo successivo, erano sempre riconducibile a partizioni in sette dei giorni, delle settimane, dei mesi o degli anni. Anche la pubertà era un multiplo di sette e, per la natura, si verificava al 14° anno. L'uomo risultava composto di sette membra e di sette parti. Per avere un'idea dell'insistenza sul collegamento tra il sette e la vita umana, appare utile guardare alcuni punti, più significativi, dell'esposizione di Macrobio: *Ita est ergo natura fecundus hic numerus, ut primam humani partus perfectionem quasi arbiter quidam maturitatis, absolvat. (Com. 1. 6. 16-17); Com. 1.6.61-74. Ed ancora: Septem sunt enim intra hominem quae Graecis nigra membra vocitantur: lingua, cor, pulmo, iecur, lien, renes duo; et septem alia... guttur, stomachus, alvus, vesica et intestina principalia tria... In aperto quoque septem sunt corporis partes, caput, pectus, manus pedesque et pudendum* (l. 6. 77,80).

¹⁹ Cfr. ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, 1976; BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, 1976; CATALANO, *Diritto e persone - Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, 1990, p. 168; REDUZZI MEROLA, «*Servo parere*», 1990.

²⁰ Sulla gravidanza di questa espressione, che riconosce la *vita* al nascituro, v. CATALANO, *Diritto e persone*, cit., 169 ss.

l'uomo-individuo, come espressione meramente biologica appare priva di reale fondamento o quanto meno decisamente incompleta²¹. In realtà le cose non sembrano essere state esattamente in questi termini, perché il pensiero romano fu più poliedrico e sfaccettato di quanto la dottrina moderna ha ritenuto e pervenne ad attribuire a *persona* anche il significato di *soggetto del diritto*, secondo un'articolazione variegata, che andava dagli schiavi ai liberi, dalle *personae alieni iuris* a quelle *sui iuris*, dai *cives* ai *peregrini*²².

²¹ Per tutti cito ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, 1968, pp. 8 ss.; ma l'opinione è radicata presso gli studiosi di diritto romano, i quali si richiamano ad un testo delle *Institutiones* di Gaio, che, nel 2° sec. d. C., parlava di *personae* anche riguardo agli schiavi: *Gai 1. 9: et quidem summa divisio... personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*. Dal brano si suole dedurre un significato generico di *persona*, senza implicazioni giuridiche, ma così non è.

²² Non è questa la sede per ridiscutere la questione, complessa e atavica. Basti osservare che tutte le *personae*, anche gli schiavi, in realtà, avevano, nella visione dei Romani, una loro soggettività, sia pure diversamente articolata: sul punto, v. CATALANO, *Diritto e persone, cit.*, partic. pp. 163 ss.; v. anche TAFARO, *La pubertà a Roma. Profili giuridici*, 1993, p. 11 s. In effetti devo qui ribadire che le concezioni moderne della '*personalità giuridica*', condizionano la ricostruzione della realtà antica, la quale spesso viene forzata per farla aderire ad uno schema che non corrisponde affatto all'evoluzione dell'esperienza del passato. In realtà nell'esperienza romana non troviamo nulla di assimilabile ai concetti contemporanei di *soggetti di diritto* e di *capacità (giuridica e di agire)*. Il fatto di avere letto il passato in base ad essi ha portato ad una omogeneizzazione dei criteri di valutazione delle realtà giuridiche, che, ad indubbi vantaggi ha associato la perdita delle sfaccettature e dei differenti gradi di rilievo dato alla presenza degli 'uomini' nel 'concreto' dell'esperienza giuridica. Non di rado ne è derivata la sottovalutazione delle articolazioni presenti in un diritto (*ius*) organizzato intorno alla considerazione preminente dell'essere umano (*homo*), quale era quello dei Romani. Di esso si è stati portati a sottovalutare (quando non ad ignorare) le implicazioni profonde che vi erano, nella visione della posizione delle persone, tra pubblico e privato, così come si è teso a dare scarso peso all'incidenza del *ius sacrum* (*diritto sacro*) nella concezione dell'*homo* quale centro di riferimento del diritto. Si è dimenticato così che la posizione dei soggetti andava colta nella dimensione dinamica, che di periodo in periodo si modellò in base ad un rapporto dialettico tra il retaggio del vecchio assetto gentilizio e l'avanzante ed assorbente assetto della *Città-Stato* (*Civitas*). Da questa impostazione è derivata la quasi unanime negazione della soggettività giuridica dei *servi* (*schiavi*), che, come la dottrina più recente sta mettendo in evidenza, invece partecipavano a varie sfere del *ius*: certamente al *ius sacrum* o al *ius naturale*, ma non solo ad essi, stante l'idoneità a compiere alcuni negozi patrimoniali o ad essere fonte autonoma di responsabilità o, ancora, la riconosciuta possibilità di attivare le procedure giudiziarie: v. ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, 1976, 72 ss.; BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, 1976; DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, 1984. Anche da tale visione è stato originato "il venir meno della stretta connessione tra le nozioni di *homines* e di *qui in utero sunt* (propria degli antichi giuristi romani) sostituita dalla contrapposizione, che direi inumana, tra le nozioni di '*persona*' e di '*feto*': v. CATALANO, *Diritto e Persone cit.*, 172. Si deve alla nozione della '*personalità*', definita dal Savigny e, in Italia, dallo Scialoja, la distinzione tra '*persona*' e '*feto*', dalla quale si è voluto trarre la conclusione che il *feto* non è *persona*. Su di essa si sta sviluppando una cospicua critica nella dottrina civilistica contemporanea: cfr. CAFERRA, *Diritti della persona e stato sociale, rist. 1992, 39 ss.*; CATALANO, *op. cit.*, 172²³. Le concezioni basate sulla '*personalità giuridica*' sono consone alla formazione europea degli Stati borghesi, ma

Esemplare mi sembra proprio la disciplina, già segnalata, dei nascituri. Per essi si discuteva se fossero o meno *homines*²³, considerandoli alcuni giuristi solo parte del ventre materno, che non si potevano riconoscere come figli, così come non si poteva chiedere alla madre di esibirli o di consegnarli²⁴, tuttavia fu ugualmente considerato centro di imputazioni giuridiche, concedendo la *missio in possessionem ventris nomine*, facendolo oggetto di lasciti e di designazione di erede etc., tanto che il giurista Salvio Giuliano, nel 2° secolo d. C. potè generalizzare affermando:

D. 1. 5. 26 Iul. l. 69 dig.: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse...*

La misura della modularità seguita dai Romani è evidente, così come è chiara l'inadeguatezza dei concetti moderni per cogliere quei principi, rispettosi dell'uomo sin dal concepimento²⁵.

Tutto ciò è la conferma che la vita del singolo, pur se confluyente nell'Organizzazione cittadina, era un *proprium che gli apparteneva e che si completava senza scomparire nella Res Publica*.

Ne scaturì anche una stretta compenetrazione di pubblico e privato²⁶ che è difficile riscontrare in altre esperienze e che segnò una felice armonizzazione delle esigenze del singolo con quelle della collettività.

Non a caso è stato notato che *publicus* mentre "fonctionne comme dérivé de *populus*, c'est à *pubes* qu'il se rattache pour la forme. *Publicus* est ainsi un hybride de *populus* et de *pubes*"²⁷. E *pubes* indica sia il singolo sia la collettività, come nella

spesso si rivelano inidonee a cogliere le realtà di altre esperienze. Soprattutto non colgono le realtà in formazione o in evoluzione, quali (ad esempio) ancora oggi, almeno in parte, sono alcune esperienze latino-americane e, in passato, fu quella romana. Questa si articolò in un intreccio dialettico e magmatico tra sfere differenti di influenza che spesso si intersecavano. Rispetto alle quali lo Stato rappresentò la costruzione di sintesi ultima, che tuttavia convisse con esse almeno fino al 2° a. C. Nel quadro che ne scaturì l'individuo si collocò su piani molteplici, che implicavano i *sacra*, attraverso un legame stretto tra pubblico e privato, nel quale si fece via via sempre più strada il vincente tentativo dello Stato di rivolgersi direttamente ai singoli, superando le organizzazioni delle *gentes* e delle *familiae*: cfr. FIORENTINI, *Ricerche sui culti gentilizi*, 1988.

²³ D. 35. 2. 9. 1 Pap. l. 10 *quaest.*: *Circa ventrem ancillarum nulla temporis admessa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse.*

²⁴ D. 25. 4. 1. 1 Ulp. 24 *ad ed.*: *Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. Post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti.* Il testo mi pare esprimere un concetto ovvio e cioè che prima del parto non è consentito nessun atto ammesso nei confronti dei figli già nati; pertanto la sua portata è molto limitata e relativa al contesto discusso e non implica un generale disconoscimento della 'personalità' dei nascituri.

²⁵ Una panoramica dello *status doctrinae* sul punto e più in generale sulle persone in diritto romano è offerta dall'ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (1979), p. 15 e i capitoli II-IV, V, VII; Id., v. *Persona (diritto romano)*, ED. XXXIII, 1983, pp. 169 ss.

²⁶ V. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, 1989.

²⁷ BENEVENISTE, *Pubes et publicus*, R. Philol. XXIX, fasc. 1, 1955, p. 7; v. anche COLACLIDÈS, *A propos de 'publicus'*, Rev. Étud. Latin. 37 (1959), pp. 113 ss.

locuzione *Pube praesenti in contione, omni populo* ovvero in quelle che parlavano della *Dardana pubes* o della *Albana pubes* o della *Italica pubes* o *Romana pubes* e similari²⁸.

L'esperienza romana offre un intreccio significativo nel quale l'individuo era nella collettività ma nello stesso tempo era la collettività.

Il che è evidente nella concezione e della Città-Stato e del suo substrato personale, il *Populus Romanus Quirites*, vissuto come entità concreta intesa come "tutti i cittadini"²⁹ e non come entità ideale e astratta, quale è nelle concezioni moderne. In siffatta concezione "certi diritti sono acquistati e difesi dal singolo cittadino"³⁰ e pone in evidenza, di volta in volta, "l'aspetto della 'unione' (o della 'riunione') e quello della pluralità", la quale "ha implicazioni normative ben precise negli *iura populi Romani*"³¹.

Vi era, pertanto, una radice profonda perché la *persona* venisse considerata come portatrice di istanze e diritti propri. Certo essa concerneva i *cives* e non gli uomini in quanto tali, ma bisogna tenere presente che le elaborazioni giuridiche furono fatte per i cittadini e poi vennero estese agli 'uomini' sotto la spinta dell'allargamento dei confini dell'Impero e, più tardi, della concessione della cittadinanza a gran parte dei sudditi. A quel punto si era affermata nella terminologia l'uso di *persona* per indicare gli uomini in quanto relazionanti con il diritto.

Queste radici sono, a mio avviso, determinanti, perché disposero all'accoglimento del pensiero Greco, che, in gran parte aveva fatto dell'uomo il centro delle proprie speculazioni e costruzioni.

È dunque a questa matrice culturale, rimodellata nell'esperienza giuridica che bisogna guardare per penetrare nella storia della terminologia e delle determinazioni che concernono la *persona*.

Essa, proprio per le motivazioni illustrate, è stata il risultato di una concezione quasi esclusivamente antropocentrica, che trova radici e fulcro nel pensiero greco-romano, così come fu vissuto, con evidenti connotazioni di specificità, nel diritto romano.

Da questo contesto parte e si fa strada il termine '*persona*', la cui fortuna è incontrovertibile.

Esso (assieme alle espressioni «personalità giuridica», «soggettività giuridica», «capacità giuridica») oggi appartiene alle nozioni correnti presso gli operatori del diritto, anche se sul suo significato vi è un dibattito sempre aperto ed attuale.

²⁸ v. MOREL, *Pube praesenti in contione, omni populo*, Rév. Étud. Latin. 42, 1964, 375 ss. e il mio *Pubes e viripotens*, cit. 38 ss.

²⁹ VON JHERING, *Geist des römischen Recht auf verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, IV, 1878, p. 183; ricordato da CATALANO, *Populus Romanus*, cit., 64 ss.; *Diritto e persone*, cit., 164 ed ivi nt. 5. Anche il PEPPE, v. *Populus (Diritto Romano)*, ED. XXXIV, 1985, p. 328, ritiene che la nozione più generale di popolo valevole per tutta l'esperienza romana potrebbe essere quella di "*populus* come insieme di *cives*".

³⁰ CATALANO, *Diritto e persone*, cit., 166, che richiama anche il suo *Populus Romanus*, cit., pp. 118-154.

³¹ CATALANO, *Diritto e persone*, cit., 166.

Come mai? La risposta la si può avere appunto solo dalla storia di questa felice espressione, che da ambiti ristretti, ha finito per contrassegnare l'uomo e i suoi valori più alti, assumendo una carica di 'positività' intrinseca.

Certo si deve tenere presente, come avverte il Cotta, che "la nozione di persona è passata per una lunga storia filosofica, segnata da approfondimenti, ma anche da equivoci e da cadute nel discorso retorico ... Il primo punto da rilevare è che la storia della nozione filosofica di persona si è variamente intrecciata anche per la notevole influenza dell'elaborazione giuridica del termine all'avventura semantica della parola stessa, fino a giungere alle sue odierne indiscusse fortune. Oggi, infatti, persona è un termine connotato generalmente da un apprezzamento intensamente favorevole, venendo usato per designare una realtà umana dotata 'di per sé' di senso positivo"³². Ma proprio per questo è opportuno ripercorrerne le tappe principali, sia pure per sommi capi.

In origine *persona* (in greco *prósopon*) indicava 'la maschera teatrale'³³ e, per traslato, passò a significare il ruolo attribuito a ciascuna specifica maschera, cioè il personaggio teatrale, che era cosa ben diversa dall'uomo, esprimendo una realtà fittizia³⁴. Ma ben presto si passò ad una 'lettura' antropomorfa del termine, poiché filosofi, come Eppiteto³⁵, videro la stessa vita umana come una rappresentazione teatrale, nella quale l'uomo era chiamato a recitare bene la parte assegnatagli, ma non scelta da lui stesso, poiché egli, come dirà ai nostri tempi Heidegger, viene "gettato" nella vita mondana.

Il favore per l'accoglimento del termine si manifestò subito perché "La maschera teatrale, infatti, si presta bene a celare molte differenze di coloro che la portano; e pertanto *persona* si prestava meglio di *homo* (che poteva essere distinto da *mulier*, da

³² Così COTTA, voce *Persona* (filosofia del diritto), ED. XXXIII, 1983, pp. 159 s. Il cui penetrante articolo sarà da me preso a base per l'analisi successiva.

³³ Lo attesta Gellius, *Noctes Atticae* 5. 7. V. BLUMENTHAL v. *PERSONA* in PWRE 19, 1, coll. 1036-1040; WALDE-HOFFMANN, *Lateinisches etymologie Wörterbuch*³, 1954, 2, 291 s.; ERNOUT-MEILLET, *Diction. étymolog. de la langue latine*⁴, 1959, 500. Più controversa è un'eventuale origine, nei primissimi tempi della storia di Roma dall'etrusco *fersu*.

³⁴ La situazione è felicemente espressa dal Cotta, *Persona*, cit. 160: "In greco *persona* è dapprima *prósopon* che, dal significato di maschera teatrale (letteralmente ciò che è posto «davanti agli occhi»), viene a designare l'attore teatrale, che porta appunto la maschera. Come tale non designa affatto l'uomo (*ánthropos*), né in senso generale, o anche fisico, né tanto meno in senso etico - spirituale, bensì il 'personaggio', la parte recitata dall'attore, che ricorre alla maschera per apparire ciò che non è 'in persona propria', come oggi si direbbe con un evidente rovesciamento radicale di senso. Anche in latino *persona* è la maschera, la quale, come dice Aulo Gellio sulla scorta di Gavio Basso, perciò *persona* è detta «a personando», e quindi passa a designare la parte teatrale, il personaggio e non l'*homo*. Mentre, dunque, reale è l'uomo la *persona*, sia essa *prósopon* o *persona*, e apparenza fittizia e ludica tanto più che, stante l'uso di non far recitare le donne in teatro, la maschera permette a chi è uomo di apparire donna. Nulla di più lontano dal significato odierno."

³⁵ *Manuale*, 17: «Sappi che sei l'attore (*prósopon*) di uno spettacolo, scelto dal direttore del teatro, breve, se lo desidera breve, lungo, se lo desidera lungo; e se vuole che tu faccia l'accattone, devi far bene questa parte; e lo stesso se si tratta d'uno zoppo, di un principe o di un privato cittadino. Il tuo compito consiste nel far bene la parte che ti è stata assegnata; sceglierla però spetta a un altro».

puer, ecc.), a designare ogni essere umano, indipendentemente da differenze di sesso, di età, di condizione giuridica³⁶. Il termine si presentava, perciò, come idoneo a farsi carico di una visione generalizzante dell'uomo, di là dalle distinzioni imposte dalla sua specifica condizione.

Tuttavia il mondo romano, pur ponendo le premesse per la sua diffusione e per la sua percezione riguardo alle prerogative dell'uomo, non procedette ad una completa elaborazione intorno a *persona*.

Il salto di qualità *persona* lo compie nel pensiero cristiano, attraverso l'accostamento a Cristo e alla SS. Trinità, in parte mantenendo, in parte ignorando, ma sempre superando il riferimento all'origine scenica del termine.

Il significato originario di "maschera" si presta facilmente ad essere inteso come "volto" e, in tale accezione, viene impiegato in riferimento alla SS. Trinità per indicare il 'volto' del Padre, cioè Gesù Cristo; il Padre, infatti, si mostra attraverso il Figlio, che, in tal senso, è **persona**³⁷. Di qui si compie un ulteriore passo, che consiste nell'uso del termine con significato analogo anche per gli uomini, visti come 'persone' viventi un'esperienza propria storicamente contrassegnata nell'ambito del messaggio salvifico dell'*Incarnazione*. A conclusione di questo iter cultural-semanticò si perviene ad attribuire definitivamente al termine il significato "di persona individuale e individuata"³⁸. Non c'è più motivo di ricordare l'origine teatrale, ma talora essa appare utile a far risaltare il contenuto di 'valore' del termine, a sottolinearne l'attinenza con la dignità delle persone, come farà, ad esempio, S. Tommaso d'Aquino, che spiega: *maxime Deo convenit quia enim in coemediis et tragoediis rapraesentabantur aliqui homines famosi, impositum est hoc nomen, persona, ad significandos aliquos dignitatem habentes*³⁹.

Come che sia, si può dire che la situazione non cambia per lungo tempo e che la nozione di persona non è oggetto di particolari determinazioni fino al XVI secolo⁴⁰, ma progressivamente si avvia ad una specificazione che finirà per alterarne i connotati. Pur se importanti discussioni non si registrano, si assiste ad una precisazione graduale nel linguaggio giuridico.

Il termine, giunto già con Gaio (nel 2 secolo d. C.) a denotare l'uomo, dà vita a progressive specificazioni tecnico-giuridiche.

La prima porta a puntualizzare che *persona* nel diritto è diverso da *homo*, in quanto la sua qualifica passa attraverso un riconoscimento del diritto, che prescinde dalla situazione naturale. Ad esempio, dirà Hugues Doneau, (*Donellus*, 1517-1591):

³⁶ ALBANESE, v. *Persona (diritto romano)*, ED cit., p. 170.

³⁷ In tal senso, ad esempio, si esprimeva Clemente Alessandrino: v. citazione in Cotta, *persona* cit., 160³, dove viene ricordato che "Ai nostri giorni N. BERDIAEV ripropone il nesso tra persona («immagine totale dell'uomo») e volto umano («culmine del processo cosmico»)".

³⁸ COTTA, loc. cit., che nota "Per san Giovanni Damasceno esso «è ciò che esprimendo se stesso per mezzo delle sue operazioni e proprietà, porge di sé una manifestazione che lo distingue dagli altri della sua stessa natura»".

³⁹ *Summa Theologiae*, I, 29, 3.

⁴⁰ Così ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., p. 7.

*homo naturae, persona iuris civilis vocabulum*⁴¹. Il cammino in questa direzione l'iniziano i Canonisti medievali i quali usano *persona* per qualsiasi *ente* cui sia imputabile l'agire e quindi la capacità giuridica. Essi partono da un'assimilazione metaforica (quasi una «finzione»), per includere tra le *personae* anche le *personae fictae*, (le *universitates*), dando inizio alla figura dogmatica delle cosiddette «persone giuridiche», distinte, con brutta formulazione, dalle cosiddette «persone fisiche». Su questa nuova concezione si innestano due spinte che conducono da un lato alla 'patrimonializzazione' dall'altro all'astrazione del concetto di *persona*.

Considerando che uomo è colui che, potendo disporre pienamente di sé, acquisisce il *dominium rerum externarum*, la seconda Scolastica e le correnti di pensiero di cui punta d'avanguardia fu il Locke, posero le premesse per l'assunzione di un contenuto economico nel concetto di *persona*, che, specie nel XIX secolo, viene a realizzarsi nella figura del *proprietario*⁴².

Per altro verso si costruisce una nozione formale ed unitaria di *persona*, riferibile tanto agli uomini quanto alle collettività, come centro d'imputazione di doveri e diritti fissati e riconosciuti dall'ordinamento giuridico, che il Kelsen indicava in questi termini: "La *persona* fisica o giuridica che 'ha' (come titolare dei medesimi) doveri giuridici e diritti soggettivi, è questi doveri giuridici e questi diritti soggettivi, è cioè un complesso di doveri giuridici e di diritti soggettivi, la cui unità si esprime in modo figurato nel concetto di *persona*"⁴³. In conseguenza di ciò viene considerata *persona* qualsiasi *ente* cui sia imputabile il compimento di atti.

A conclusione di questo processo si perviene alla specificazione del termine, che perde il suo significato generale, frutto della concettualizzazione filosofica che aveva portato all'identificazione tra *persona* e *uomo* (inteso come realtà razionale da Boezio e da pensatori moderni, tra i quali spicca Kant). Esso si particolarizza. Su di lui premono le esigenze sempre più 'esclusive' dell'economia, che ancora oggi condizionano il diritto vigente.

Vi è una più vigorosa esigenza di adeguare 'il giuridico' alla realtà giornaliera, di concretizzarlo nello specifico del contesto socio-economico difendendo la facoltà di scelta dell'Ordinamento, unico arbitro della giuridicità e della soggettività. Questa "ricerca di una adeguazione giuridica alla realtà dell'agire e degli interessi, sempre meno imputabili in via prevalente al singolo, cade nell'astrattezza d'un concettualismo formale, per cui non ogni *persona* (in senso giuridico) è uomo. Codesta duplice ma opposta valenza semantica (restrittiva l'una, estensiva l'altra) viene divulgata da ideologie, recepite anche dalla scienza giuridica, e resa operante dal completo monopolio d'una invadente normazione giuridica che lo Stato moderno-contemporaneo si è attribuita. *Persona* viene perciò a significare, da un lato, il concretissimo proprietario, dall'altro l'astratto e quasi disumanato «attore» giuridico. Si determina, pertanto, ai giorni nostri una diffusa reazione filosofica, che nega al primo la capacità

⁴¹ *Commentaria iuris civilis*, II, 9.

⁴² Nasce così l'*individualismo* giuridico.

⁴³ *La dottrina pura del diritto*², tr. it. 1966, p. 197.

di risolvere in sé l'integralità della persona, poiché ne rileva la dipendenza ultima dalle cose, l'eteronomia. E critica il secondo, perché privo di consistenza esistenziale, mera apparenza artificiale, come aveva già rilevato Hegel nella sua dura critica al *Rechtszustand*, di nuovo maschera come in antico: e la maschera può nascondere il duro volto del proprietario, dell'uomo «dell'aver»⁴⁴.

Si arriva ad una costruzione, attuale ancora ai nostri giorni, nella quale ogni posizione giuridica dell'uomo dipende dal riconoscimento dell'ordinamento giuridico (per lo più statale) ed è oggetto di astrazioni che spesso sono dettate da interessi economici, più che dalla considerazione della dignità umana. L'uomo è schiacciato nell'ordinamento, esso stesso dichiaratosi *persona*, come Stato o altro, dove è accerchiato da altre *persone* che sempre più e più di lui contano: le *persone giuridiche*, le grandi società, le multinazionali⁴⁵.

Ecco perché i filosofi si sono impegnati a riscoprire il valore della *persona-uomo*, tornando a riflettere sul tema ed ad avocare a sé la competenza di indicare i 'valori'

⁴⁴ *Persona*, cit. p., 162.

⁴⁵ Val la pena sorridere con un giurista italiano su questa "creatività" del diritto: GALGANO, *Il rovescio del diritto*, 1991, pp. 24 ss., "Iddio creò l'uomo a propria immagine e somiglianza, ma l'uomo non volle essergli da meno: creò, a immagine e somiglianza propria, la persona giuridica. Le dette un'assemblea ed un consiglio di amministrazione e le disse: questi sono i tuoi organi; l'assemblea è il tuo cervello; vedrai, ascolterai, parlerai con gli occhi, con le orecchie, con la bocca dei tuoi amministratori. Alla loro creatura gli uomini dettero, se non un'anima, sicuramente un corpo. Che la persona giuridica abbia un corpo erano convinti già i Romani, dal momento che *corpus habere* equivale, nel loro linguaggio, ad essere persona giuridica; ed è convinzione che si perpetua: di "corpi morali" parlavano ancora i codici dell'Ottocento (con ciò sottintendendo che le creature di Dio sono banali corpi fisici) e *corporation* dicono tuttora gli americani. Iddio aveva detto al primo uomo e alla prima donna: crescete e moltiplicatevi. La persona giuridica è stata dall'uomo concepita come unisex: le società madri generano le società figlie e queste, a loro volta, le loro figlie; e i cinque continenti si sono popolati di società madri, società figlie, società sorelle. Lo sviluppo demografico degli esseri umani e delle persone giuridiche procede, se non di pari passo, secondo la legge della compensazione: dove il tasso di natalità rallenta, come accade nei paesi industrializzati, cresce in modo vertiginoso il numero delle persone giuridiche. E ci sono paesi, sia pure minuscoli paesi, che si vantano di essere simbolo di questa stupenda prolificità: nel Liechtenstein, a Monaco, a Panama i cittadini in carne e ossa sono una trascurabile minoranza della popolazione, formata per la quasi totalità da una imponente moltitudine di persone giuridiche, e di così solida razza da rivelarsi capaci di muovere alla conquista del mondo. Una considerevole quota della ricchezza mondiale appartiene a persone giuridiche nate in questi prolifici paesi. Ma l'uomo volle fare di più e di meglio: alla persona giuridica, che è sua creatura, permise ciò che a lui stesso, creatura di Dio, non è consentito. L'uomo è mortale, la persona giuridica può essere immortale. Le basta, per assicurarsi l'immortalità, che ad ogni scadenza del termine di durata l'assemblea ne deliberi la proroga, e così all'infinito. E c'è ben altro: le persone giuridiche possono fondersi. Di due o più persone giuridiche se ne può fare una sola, sia che una incorpori le altre, sia che tutte si fondano in una nuova persona giuridica. Nulla di simile è dato all'uomo. Nelle sacre scritture è rivelato: "sarai una sola carne"; ma è solamente una metafora; di due o più *corpora* l'uomo ha saputo fare davvero, e non soltanto per metafora, una sola *corporation*. Altro prodigio: la persona giuridica può essere scorporata e, di una Persona giuridica se ne possono fare, per scissione, due o più, praticamente senza limiti di numero. La creatività umana ha, dunque, largamente superato

della *persona*. Ma le costruzioni che ne sono scaturite sono state imperniate sulla dualità tra uomo isolato e uomo inserito nel contesto sociale, che ha finito paradossalmente per rinforzare l'assorbimento dell'uomo nella collettività.

Ciò perché la via scelta è stata quella dell'opposizione tra *individuo* e *persona*, come espressione di diverse 'esistenze' riconducibili alle categorie di autenticità (definiente la *persona*) e di inautenticità (definiente l'*individuo*). Sul punto si è significativamente inoltrato l'esistenzialismo filosofico, dando vita al cosiddetto «personalismo» e ad un'accezione entrata nell'uso corrente, almeno in dottrina. La distinzione si basa per alcuni sulla prevalenza di un criterio che possiamo indicare come 'valutativo', sul quale si installerebbe la *persona*, rispetto al criterio 'conoscitivo', proprio dell'*individuo*⁴⁶. Oppure si è fatto leva sulla distinzione tra *agire* e *essere*: Maritain, Renouvier, Gentile, Berdiaev insistono nel sottolineare che mentre si è *individuo*, ci si fa *persona* e che criterio discriminativo è il valore, che appartiene esclusivamente al farsi della *persona*. Maritain osservava: «in quanto individui, siamo sottomessi agli astri». A questa posizione di supino abbandono al proprio destino l'uomo può contrapporre la propria iniziativa, che gli fa perseguire fini superiori, che lo trasforma in *persona*. Egli, in tal modo passa dalla posizione 'statica' a quella 'dinamica'; ossia, come incisivamente diceva il Renouvier, l'uomo può: «fare e, facendo, farsi», secondo una formula condivisa da Giovanni Gentile e ripresa da enunciazioni successive. Così Marcel sosteneva che la migliore indicazione della *persona* «non è *sum*, ma *sursum*» e Berdiaev rilevava che essa «non è mai un dato tutto già fatto: è ... l'ideale dell'uomo», insomma è «attività creativa». Isintensi: si 'è' *individuo*, 'ci si fa' *persona*⁴⁷.

detto alla prima donna: partorirai nel dolore. Il parto della *persona* giuridica è, all'opposto, quanto di più semplice e indolore si possa immaginare. Non si versa sangue, ma solo danaro; e nei minuscoli felici paesi, che sopra ho menzionato, basta per creare una *persona* giuridica il versamento di una somma pari al prezzo di un vestito. La superbia dell'uomo ingelosì il suo Creatore, che volle castigarla, e ne incaricò il proprio vicario in Terra, Papa Innocenzo IV, al secolo Sinibaldo de' Fieschi. Questi usò l'arma della persuasione, elaborò una teoria, si studiò di convincere gli uomini che la *persona* giuridica era null'altro che una *persona ficta*. La mediazione del Sommo Pontefice produsse i risultati sperati: Bartolo di Sassoferrato, sommo giurista, ma uomo timorato di Dio, dovette convenire che la *persona* giuridica *vere et proprie non est persona*; Baldo degli Ubaldi, giurista non meno sommo, ma anch'esso timorato, ne completò l'opera con dovizia di argomenti: *persone sono soltanto gli uomini, anche se a costoro è dato di agire, anziché uti singuli, uti universi*. E da allora di *persona* giuridica non si parlò più per secoli. Erano, del resto, i secoli dell'Inquisizione, e nessun giurista volle rischiare il rogo".

⁴⁶ Leggasi CORTA, *Persona*, cit., 163 "Invero, che l'*individuo* 'sia' è indubitato: ciò che gli si contesta è appunto che abbia 'valore'; del pari, che la *persona* sia 'anche' *individuo* è indubitato: ciò che le si attribuisce è un 'più', il valore, *individuo* più valore. Si ascolti per tutti N. Berdiaev: «la *persona* non è una categoria biologica o psicologica, ma una categoria etica e spirituale»; invece l'*individuo* è una categoria naturalistica, biologica e sociologica. L'uomo è bensì un *individuo*, ma non è soltanto un *individuo*. L'*individuo* e la *persona* si trovano riuniti nel medesimo uomo, non come due entità distinte, bensì come due qualificazioni, come due forze. L'uomo - *individuo* vive nell'isolamento, preoccupato egocentricamente di se stesso [. . .]. L'uomo - *persona* è il medesimo uomo ma che cerca di superare il proprio isolamento egocentrico, di scoprire in sé l'Universo»"

⁴⁷ CORTA, op cit., 163..

In tal modo, si ripropone con forza la problematica del nesso tra *persona* e *valore*: l'uomo in sé non significa molto, è mera espressione biologica; invece si valorizza attraverso l'azione, se indirizza il suo comportamento verso i *valori*. Egli realizza il suo destino, cioè se stesso, attraverso l'*agire*, ma l'azione da sola non dice ancora nulla sulla teleologia del suo divenire, occorre che sia rivolta al perseguimento di contenuti positivi, vale a dire *bisogna che persegua dei valori*.

Vi è qui però un evidente vizio, che si risolve in una contraddizione *in obiecto*: se la persona, infatti, è valore in quanto 'si fa' come si può sostenere che tuttavia il farsi debba essere rivolto alla realizzazione di valori, sicché, *non ogni farsi è valore?*

Più appropriatamente i pensatori di ispirazione cristiana difendono, all'opposto, l'identità tra *individuo* e *persona*, in quanto è l'uomo, ad un tempo *individuo* e *persona*, ad essere stato fatto ad immagine e somiglianza di Dio, avente dignità propria risiedente tanto nella ragione, come voleva Kant, quanto nel sentire ed agire etico, come viene evidenziato da Scheler, Hartmann, Kierkegaard, sino ad Heidegger, secondo una proiezione che rende attuali la prima e la seconda Scolastica e le introspezioni esistenziali di S. Agostino⁴⁸.

Ma, nel complesso, si può dire che la contrapposizione *individualismo* e *socialità*, spesso ricondotta a quella tra egoismo e apertura verso gli altri, impernia costantemente

⁴⁸ Se ne segua l'evoluzione dalle parole del COTTA, op. cit., 166 "D'altra parte, è certamente vero che la riflessione cristiana - oltre ad aver fissato la valenza semantica del termine - ha posto un accento ancor più preciso e vigoroso sulla persona, in quanto ne ha fatto la nozione che esprime la congiunzione, per partecipazione e analogia, dell'uomo col Dio personale. Ma è altrettanto vero che tale riflessione non traccia alcuna distinzione tra individuo e persona. Ogni singolo uomo - senza distinzione di età, sesso, posizione sociale, razza e cultura - e non soltanto la persona è «immagine e somiglianza» di Dio. In ogni sua forma (mistica, teologica, filosofica) la meditazione cristiana ripete e chiosa questa parola biblica. Basti ricordare sant'Agostino: «*Singulus quisque homo, qui [. . .] imago Dei dicitur, una persona est*». Non va certo dimenticata l'opposizione paolina tra «uomo carnale» e «uomo spirituale» (di cui è uno sviluppo grandioso il *De civitate Dei* agostiniano), ma quello non è identificabile con l'individuo né questo con la persona. Inoltre, se si tien conto della accurata distinzione tra «immagine» e «somiglianza» precisata dalla Patristica greca e mantenuta particolarmente viva nella Chiesa ortodossa, l'«immagine» è un dato ontologico, pertanto non è cancellata né cancellabile neanche nell'uomo carnale, mentre la maggiore o minore fedeltà della «somiglianza» è connessa all'impegno personale dell'individuo. In breve: il farsi «secondo la carne» oppure «secondo lo spirito», sono due itinerari esistenziali della libertà, non riconducibili a concetti, quali sono appunto individuo e persona. Piuttosto è da rilevare che la tematizzazione della persona nel pensiero contemporaneo più valido si è svolta, non già in contrapposizione al concetto astratto o stipulativo di individuo ... bensì nei confronti della posizione kantiana, considerata come l'apice d'una riduzione della persona alla esclusiva dimensione razionale, anche nel campo dell'etica (razionalismo etico). A Kant si imputa di aver negato intellettualmente ogni validità alle dimensioni così della decisione e della scelta esistenziali come del sentimento e della relazione interpersonale interiore ed intima. In questa direzione si svolge una ricchissima e varia riflessione che da Kierkegaard, attraverso Scheler e Hartmann, giunge a Heidegger, per ricordare solo i maggiori. In tale quadro torna di straordinaria attualità, rispetto al lungo dominio del procedimento razionalistico della Prima e Seconda Scolastica, la

le tematiche della *persona* e porta a situazioni che, talora di fatto, annullano il singolo e le sue istanze fondamentali. È ovvio che posta in termini di egoismo o di perseguimento del Bene Comune la questione sembri di facile decisione; ma è pura illusione.

In realtà (ove si prescinda dall'*ipotesi convenzionale* dell'*uomo secondo natura* del Rousseau, che supponeva lo sviluppo dell'uomo da una origine di vita isolata e autosufficiente⁴⁹), si può affermare che nessuno ha mai pensato ad un individualismo del tutto isolante. Gli stessi giusnaturalisti moderni, sostenitori dello *stato di natura*, hanno sempre pensato ad una vita di relazione, anche quando l'hanno ritenuta fondata sugli impulsi passionali o dominata dai rapporti di forza (Hobbes, Spinoza), piuttosto che regolata dalla ragione naturale (Locke). Ma tale relazione è stata vissuta o in forma esasperata, come nel caso dell'*individualismo*⁵⁰ o in forme che annullano il singolo nella collettività⁵¹.

I danni (gli orrori!) causati da queste posizioni sono noti e catastrofici.

raffinata analisi esistenziale di sant'Agostino (con la quale quella di Kierkegaard presenta notevolissima affinità), svolta specialmente nelle Confessioni e nel De Trinitate, nella quale, come si è detto, persona e individuo (umano) coincidono. Per quanto concerne il nostro problema, alcuni rilievi si rendono qui opportuni. Il «Singolo» (Enkelte), la categoria fondamentale del pensiero di Kierkegaard - in quanto è «la determinazione dello spirito, dell'essere uomo» - si oppone da un lato tanto alla kantiana persona come puro «essere razionale» quanto alla risoluzione hegeliana dell'uomo nella suprema eticità politica dello Spirito Oggettivo; dall'altro lato si oppone alla anonimità della «folla» (Maengde), «determinazione dell'animalità». Ma il Singolo è quanto di più individuale ci sia e questa per Kierkegaard è la caratteristica più propria al genere umano: «In ogni genere animale la specie è la cosa più alta [...] l'individuo è sempre [...] realtà precaria. Solo nel genere umano la situazione - a causa del cristianesimo - è che l'individuo è più alto del genere». Del pari il termine persona non ha alcun rilievo nel pensiero di Heidegger. Nell'analisi esistenziale di Sein und Zeit, la decisa critica dell'inautentico mondo del «si» (Man), non lo riconduce affatto alla figura empirica, o al concetto astratto, dell'individuo, bensì all'epocale «oblio dell'Essere». D'altro canto Heidegger ripropone vigorosamente la critica alla persona in senso kantiano: «l'essenza» (Wesen) dell'uomo consiste nel fatto che egli è qualcosa di più che un semplice uomo inteso come essere vivente fornito di ragione [...]. Il 'più' significa: più originario e quindi più essenziale nella sua essenza», ossia in rapporto con quell'Essere che è stato obliato. Si può concludere sulla dibattuta questione: di là dalle differenze di indirizzo filosofico (razionalistico, fenomenologico, esistenziale), la più seria e costante speculazione teoretica concorda nell'affermare l'identità reale di persona e individuo umano - Il vero spartiacque in codesta tradizione comune si stabilisce tra i pensatori che vedono la persona partecipe della trascendenza divina (da sant'Agostino a Kierkegaard, da san Tommaso a Rosmini) o aperta alla trascendenza (Scheler, Hartmann) o in rapporto con l'Essere (Heidegger) e coloro che invece la considerano risolta nell'immanenza. Ma in nessuno di codesti indirizzi è reperibile l'odierna divulgata opposizione tra persona e individuo. La persona è (il concetto, il nome che designa) l'individuo umano.⁵²

⁴⁹ *Discours sur l'inégalité*, in *Oeuvres complètes*, ed. Pléiade, III, Paris 1964, pp. 132 ss.

⁵⁰ Esso trae origine dall'illuminismo, ma trova terreno fertile nell'empirismo anglosassone e (sebbene con peculiarità proprie ed accenti differenti) in Kant. Sostiene l'uomo-individuo come creatore (per utilità o per ragione) e regolatore della società.

⁵¹ In proposito due correnti di pensiero, in particolare, meritano menzione: il *societarismo* ed il *comunitarismo*. La prima sostiene che sia la società a costituire la *persona* ed indicarne i *valori*. Ciò o per volontaria cessione di tutti i propri diritti da parte della persona alla comunità (Rousseau)

Si è reagito tornando alla rivalutazione dei *valori* come obiettivo del *farsi* e mettendo in evidenza “l’insopprimibile relazionalità delle persone: vita da vita, vita con vita”⁵², dove l’esistenza stessa è una co-esistenza (il *Das-sein* è un *Mit-sein*, affermava Heidegger⁵³), e la riflessione su di sé implica il riconoscimento degli altri uguali a sé stessi⁵⁴. Viene, pertanto, rilanciata la centralità della persona, “colta nella sua intrinseca sintesi di unicità e relazionalità”, poiché: “di contro alle considerazioni fenomeniche della persona e della sua socialità - che o considerano la società una costruzione volontaria o risolvono la persona nella società storica, fino a farne dipendere l’esistenza da questa, o collocano la persona in una indefinibile comunità - emerge la realtà ‘strutturale’ della persona. Essa è unica e irripetibile”⁵⁵.

Ma sono i termini di tale centralità e di tale relazionalità a dover essere profondamente ridiscussi.

In nome della centralità della persona oggi stiamo per arrivare ad un punto di non ritorno per la vita del pianeta, che vuol dire anche ad una compromissione irrimediabile per la sopravvivenza stessa dell’umanità.

In nome della relazionalità, dell’uomo con l’altro uomo ma in un rapporto legato ai valori universali, si sta tornando ad una coartazione dei diritti fondamentali - magari in nome della religione o dell’Etica (vedasi l’insorgenza dei *fondamentalismi* di varia matrice). Inoltre i *valori* vengono sempre più inclusi in contesti specifici (quali, la nazionalità, la razza etc.) e conflitti supportati da spinte anche *ideali*⁵⁶ diventano sempre più sanguinosi. Per di più i condizionamenti economici stanno minando le possibilità di sviluppo e sopravvivenza di intere popolazioni.

In tutto questo drammatico contesto, paradossalmente, è costante il richiamo alla *persona* ed ai *valori*.

A che serve l’enunciazione e la rivendicazione di un diritto, di principî, sui quali tutti concordano, perché paiono connotati di una accentuata positività, ma che spesso per risultato mostrano la sopraffazione e la distruzione?

Credo proprio che sia da chiedersi se forse non sia giunto il momento di abbandonare vecchi percorsi, anche prestigiosi (quale è quello legato al termine *persona* ed alle sue implicazioni e suggestioni) e tentare vie nuove, se non ci si voglia rassegnare al fallimento del diritto.

o per necessità, come avviene nello storicismo idealistico di Hegel o in quello materialistico di Marx. In Hegel, diversamente da quello che si suole affermare, la persona non è annullata nello Stato, ma è solo in esso che assume eticità concreta e perde dialetticamente “sia la particolarità naturalistica che ha nel «Diritto astratto», sia l’astratta universalità che ha nella «Moralità»”; mentre “In Marx, infine, cancellati i passaggi dialettici hegeliani, la persona è integralmente dissolta nella società operante”: COTTA, op. cit., 167.

⁵² COTTA, *Persona*, cit., 168.

⁵³ *Essere e tempo*, tr. it., 1969, 199.

⁵⁴ HUSSERL, *Méditations cartésiennes*, 1931, V § 48-55, cit. da COTTA, loc. cit. nt. 50.

⁵⁵ COTTA, *Persona*, cit. 169.

⁵⁶ Spinte connotati da un marcato idealismo sono indubbie, ad esempio, nell’integralismo islamico, persino nei conflitti slavi.

Punto di partenza non può non essere la consapevolizzazione intorno al fatto che il tempo presente si svolge in una situazione **profondamente mutata rispetto all'intera Storia dell'Umanità**. Perché oggi è in forse la stessa possibilità di sopravvivenza dell'uomo. Oggi, infatti, lo 'sviluppo' sta compromettendo il futuro della sua specie e forse del Pianeta, o quanto meno della *Vita evoluta*. Le questioni dell'aumento dell'anidride carbonica nell'aria, del buco nella fascia dell'ozono, della deforestazione selvaggia, dell'affollamento delle zone costiere, soprattutto nelle zone costiere del Mediterraneo (mare, per giunta, dal lento e faticoso ricambio), sono di tale entità che non possono essere inquadrati e risolti nell'alveo dei concetti giuridici tradizionali.

Occorre farsi carico di ciò fino in fondo. Per la verità i problemi sono diffusamente affrontati in più aspetti e con provvedimenti o elaborazioni persino sovrabbondanti. Manca però la consapevolezza profonda che essi non possono venire risolti negli schemi tradizionali del diritto e che, al contrario, richiedono un'ottica nuova, che *non può non essere* quella della centralità di Gea (della Terra).

A ciò si suole obiettare che è comunque non pare concepibile un diritto che non nasca e non sia finalizzato all'uomo, perché lui e solo lui ne è l'artefice. Ma mi pare falso illudersi che il diritto, pur se rimesso all'uomo per la sua esecuzione, non abbia fondamenti che lo trascendono⁵⁷.

Invece mi pare che solo abbandonando le costruzioni *antropocentriche*, oggi dominanti, si può ridefinire il *ius* in funzione della Terra e delle generazioni future. Questa nuova ottica⁵⁸ comporta la individuazione delle situazioni oggettive nelle quali l'azione dell'uomo può essere ritenuta giuridicamente giustificabile e impone una rivoluzione nel diritto. Non più gli Stati, le persone giuridiche confessionali o economiche, possono essere arbitri dei *valori* e decidere il diritto degli *uomini*. Vi è necessità di definire gli standards minimi che in qualsiasi condizione vanno garantiti e, naturalmente, va individuata una *Autorità* che abbia il potere di imporli. Questa *Autorità* dovrà *essere* necessità *sovranazionale* e deve muoversi in consonanza con l'esigenza della salvaguardia dell'Ambiente e dei Suoi *abitanti*, rispettandone la *dignità* e la tutela.

⁵⁷ Ancora Ulpiano ci mostra quanto sia possibile e opportuno superare il concetto di un diritto solo *degli* e *per* gli uomini; egli affermava l'esistenza di un *ius naturale* comune ai viventi: D. 1. 1. 3 Ulp. 1. 1 *inst.*: *ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, que in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est*. Il punto di vista del giurista romano può offrire un modello per l'inizio della riflessione in termini nuovi, evitando di cadere in un naturalismo improduttivo, ma acquisendo la coscienza di una realtà, che è diritto, di là dall'uomo e dalle sue costruzioni, spesso erronee. Ma ancora più significative indicazioni potranno dedursi dalle visioni che i romani posero a base della posizione dell'uomo nella collettività: prima fra tutta quella concernente la pubertà e la scansione della vita secondo una partizione settenaria; essa, infatti, era addirittura l'espressione di una realtà cosmogonica, della quale l'uomo era partecipe, in veste di protagonista *attivo*, ma senza esserne l'unico centro di riferimento.

⁵⁸ Essa in parte viene qua e là anticipata da leggi, iniziative e decisioni dell'ONU, della CEE, delle Corti di giustizia (soprattutto internazionali). Ad esempio i tribunali e la dottrina italiani riconoscono il *danno biologico*. Quello che urge è il passaggio ad un quadro unitario, superando l'occasionalità e la frammentazione.

Appare questa la via più diretta per intervenire imponendo innanzitutto la pace, e con essa politiche di perequazione dei redditi contro la fame derivante dalla diffusa indigenza dei cosiddetti Paesi in via di sviluppo. Si dovrà in questa ottica altresì rivedere i rapporti economici tra i Paesi e nei confronti delle grandi Società (le persone giuridiche multinazionali..), con particolare riferimento al debito internazionale, che in ogni caso non dovrà comportare oneri che (come oggi avviene) compromettano la sopravvivenza dei Paesi stessi e dei suoi abitanti⁵⁹.

Summary

LAW, PEOPLE, PERSON

A *person* is today a synonym of *legal subject* and of *man*, too. Legal subjectivity, however, is mediated with the term *capacity*, consisting of *legal capacity* and *capacity to act*. These expressions, today used almost universally, had a little or no sense at all for Romans who saw things differently and who identified person with a man.

The vision that was advanced by Ulpianus considered law to be the same as justice, and that their scope is to protect human dignity.

Unfortunately, over the past centuries, and even today, a *person* became different from a man and it became dependent on the recognition of an Authority, like a State or a Religion. This change of perspective has brought a detachment of law from a man, placing the priority not on a man in respect to law, but on the State in respect of a man. Thus, we need to return to Roman sources to respond that a man is a law and it should not be any right outside the historical-man put in the context of the planet Earth from which every life is supported in every its manifestation.

It is possible, however, to conclude that in a contemporary moment of *value* crisis and crisis of law it is necessary to return to the fundamentals of our legal civilization, and to find out what is the essence of law. It will be obvious then that it lies in protection of a single man's dignity, in the understanding that all the law has been created for *persons*.

Key words: *person, man, ius, Gea (Earth).*

⁵⁹E per abitanti si devono intendere innanzitutto gli uomini, ma anche le altre specie viventi, soggette a predazione continua e a spogliazioni che immiseriscono l'habitat e annullano le 'specificità' terrestri.

Zusammenfassung

RECHT, LEUTE, PERSON

Person ist heute das Synonym für *Rechtssubjekt* und *Mensch*. Das Rechtssubjekt wird durch den Begriff *Fähigkeit* bestimmt, und zwar *Rechtsfähigkeit* und *Geschäftsfähigkeit*. Diese Begriffe, heute so gut wie universell anerkannt, haben den Römern nicht viel bedeutet, die die Dinge anders gesehen und *Person* mit *Mann* gleichgesetzt haben.

Die Auffassung, die Ulpian vertreten hat, setzte Recht und Gerechtigkeit gleich und ihr gemeinsames Ziel war die Förderung der Menschenwürde. Leider spaltete sich im Laufe der Geschichte, ja fast bis heute die *Person* vom *Menschen* und begann von einer äußeren Autorität wie Staat oder Glauben abzuhängen. Diese Verschiebung des Blickwinkels führte zur Trennung zwischen Recht und *Mensch* indem nicht dem *Menschen* sondern dem Staat der Vorrang im Verhältnis zum Recht gegeben wurde. Deshalb müssen wir zu den römischen Quellen zurückkehren um einzusehen, dass der *Mensch* Recht ist und dass es keinerlei Recht außerhalb des historischen *Menschen* im Kontext des Planeten Erde als Quelle allen Lebens in all seinen Manifestationen gibt.

Man kann schließen, dass wir im heutigen Augenblick der Krise der *Werte* zu den Quellen unserer Rechtszivilisation zurückkehren müssen, um festzustellen, was das Wesen des Rechts ausmacht.

Es wird offensichtlich, dass es wirklich die Würde des Einzelnen ausmacht, zu verstehen, dass alles Recht für die *Person* geschaffen wurde.

Schlüsselwörter: *Person, Mensch, Recht, Gea (Erde).*

Sommario

DIRITTO, UOMINI, PERSONA

Persona è oggi sinonimo di *soggetto del diritto* ed anche di *uomo*.

La soggettività giuridica è tuttavia mediata dal termine *capacità*, nelle accezioni di *capacità giuridica* e *capacità di agire*.

Espressioni oggi usate quasi universalmente, ma che poco o niente dicevano ai Romani, per i quali le cose stavano ben diversamente da oggi e, come vedremo, la *persona* si identificava con l'uomo.

Vorrei esporre alcune riflessioni sul termine *persona*; sul quale il contributo dei giuristi Romani è stato e (mi si consenta l'affermazione) è penetrante ed elevatissimo.

Mi soffermo su Ulpiano, giurista polemico nel rivendicare al diritto il primato tra le scienze umane, perché esso, a suo dire, era matrice della vera filosofia, ed aveva un valore così profondo da far considerare i suoi cultori (i giuristi) dei veri e propri *sacerdoti*.

Ma il diritto cui guardava Ulpiano è quello più elevato della giustizia, equità e razionalità, sintetizzato da lui in tre (celebri) precetti fondamentali, a ragione ritenuti

simbolo ed fondamento della civiltà giuridica: vivere onestamente, non far male ad altri, dare a ciascun quello che gli spettava.

Sono essi tre principî che riassumevano il cammino secolare della filosofia greca, rivisitata dai Romani e che, specie attraverso la mediazione del Cristianesimo, si sono proposti come riferimento del diritto sino ai nostri giorni.

È per questo motivo che oggi appare necessario far partire il discorso sulla *persona umana* e sui suoi diritti fondamentali dalle radici del pensiero moderno, che per il diritto risiedono nelle fonti romane. In esse Ulpiano ci insegna che il diritto è la giustizia.

La visione alla quale Ulpiano ci introduce era dunque quella che poneva un'equazione di corrispondenza totale tra diritto e giustizia, miranti alla salvaguardia della dignità umana.

Si può, pertanto, concludere che in un momento, come l'attuale, di crisi di *valore* e di crisi del diritto occorre tornare ai fondamenti della nostra civiltà giuridica, per scoprire quale è l'essenza del diritto. Si vedrà così che essa risiede nella custodia e difesa della dignità del singolo uomo, nella consapevolezza che tutto il diritto è stato creato per le *personae*.

Purtroppo nei secoli passati ed ancora oggi *persona* viene caricata di valenze che la diversificano dall'uomo e la fanno dipendere dal riconoscimento di un'Autorità, che per lo più è lo Stato o la Religione. Questo cambiamento di prospettiva ha comportato lo sganciamento del diritto dall'uomo, fissando una priorità non dell'uomo rispetto al diritto, bensì dello Stato rispetto all'uomo. Occorre pertanto tornare alle fonti romane per ribadire che l'uomo è il diritto e non vi deve essere diritto al di fuori dell'uomo-storico, inserito nel contesto del pianeta Terra, del quale va salvaguardata la Vita, in ogni sua manifestazione.

Parole chiave: *Persona, uomo, ius, Gea (terra).*

LE PERSONAE EXCEPTAE DAL DIVIETO DI DONAZIONI DELLA LEX CINICIA DE DONIS ET MUNERIBUS*

Dr. sc. Maria Luisa De Filippi, professoressa incaricata
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Bari

UDK: 347.472(37)
Ur.: 17. veljače 2000.
Pr.: 14. ožujka 2000.
Izvorni znanstveni članak

Osobe na koje se ne odnosi zabrana darovanja prema Lex Cincii de donis et muneribus

Neke su skupine osoba povezanih krvnim srodstvom bile izuzete od opće zabrane darovanja ultra modum koju je sadržavao Lex Cincia de donis et muneribus, plebiscit iz 204. g. pr. n. e. Paulus, pravnik iz razdoblja Severa, posvećuje u svojoj knjizi ad edictum br. 71 dugačak komentar tom zakonu prisjećajući se kako je ius civile u njegovo vrijeme neka od darovanja dopuštenih starim plebiscitom tretiralo kao ništava.

Međutim, suprotna praksa, a posebno intervencije nekoliko imperatora, uzrokovali su dopuštanje takvog darovanja, čineći ga valjanim. «Vatikanski fragmenti» ukazuju na obnovljenu valjanost takvih darovanja.

Ključne riječi: darovanje, zabrana, iznimka.

Prima della scoperta dei *Fragmenta Vaticana* la dottrina precedente aveva ricevuto dalle fonti, allora possedute, scarse ed incerte notizie delle *personae exceptae*, le persone cioè eccettuate dal divieto della legge Cincia *de donis et muneribus*, un plebiscito del 204 a.C., di effettuare donazioni *ultra modum*¹. Un elenco preciso di tali persone è, invece, offerto da un gruppo di frammenti conservati nell'antologia vaticana e precisamente da Vat. 298 a Vat. 309. Si tratta di brani desunti dal libro 71°

* Il contenuto di questa relazione è stato esposto al "Seminario Italo-panamense di diritto romano", Panama 28 mag. 1998. Ringrazio il prof. Graziano Pereira per il consenso alla pubblicazione separata.

¹ Le fonti dalle quali attingere notizie sulle *personae exceptae*, prima della scoperta dei *Fragmenta Vaticana*, erano: Ulp.1.1, Paul.Sent.4.1.11, Paul.Sent.5.11.4, Cons.6.10= C.8.53.11, Th.8.12.5= C.8.53.27, Th.8.12.7. In base alle notizie tramandate dagli storici antichi, uniche fonti precise che si possedessero intorno alla legge, si conosceva un solo precetto, quello che vietava agli *oratores* di ricevere *dona* o *munera* per l'opera prestata nella trattazione di una causa.

del commentario di Paolo all'editto, nella rubrica *ad Cinciam*. L'interpretazione di tali frammenti ha da sempre presentato per la dottrina un "arduo" problema, perché, come si è giustamente rilevato, compaiono nel gruppo testi dove è manifesta l'opera interpretativa della giurisprudenza del Principato² e della cancelleria imperiale, e altri in cui è evidente l'apporto personale di Paolo, l'unico giurista romano che, a quanto è dato sapere, abbia dedicato un'attenzione monografica alla legge³. E' difficile sceverare, si è ancora osservato, quanto in questi frammenti sia considerato da Paolo diritto vigente ai suoi tempi, e quanto diritto proprio dell'antico legislatore e dunque non più attuale. Questa separazione dei materiali arcaici e nuovi ha indotto gli studiosi a far ricorso, talvolta, ad una tripartizione dei frammenti⁴ a seconda che riproducano brani dell'antico testo legale (Vat. 298, 305, 307, 308) o ne riferiscano il contenuto (Vat. 300, 302, 304) o rivelino l'opera di interpretazione della giurisprudenza, talaltra a una *duplex interpretatio*⁵.

Tali criteri, però, ci sembrano, ancora una volta, parziali e riduttivi in quanto non tengono conto di un dato assai rilevante: la fonte postclassica attraverso la quale i brani in questione ci sono pervenuti. Circostanza, questa, non di poco conto se si riflette sulla scelta delle disposizioni in essi ricordate e sul perché, ancora ai tempi di Costantino, l'antico plebiscito continuasse a destare interesse⁶.

Una lettura più attenta dei frammenti ci consentirà, infatti, di comprendere il motivo della loro collocazione entro il tessuto di un'opera, come i *Fragmenta Vaticana*, a ordire il quale intervennero, in modi e in tempi differenti, mani diverse⁷.

I TESTI:

Vat. 298. Paulus libro LXXI ad edictum, ad Cinciam.

Personae igitur cognatorum excipiuntur his uerbis:

'Sive quis cognatus cognata inter se, dum sobrinus sobrinaue propriusue eo sit, siue quis in alterius potestate manu mancipioe erit, qui eos hac cognatione attinget quorumque is in potestate manu mancipioe erit, eis omnibus inter se donare capere liceto'.

Vat. 299. Item. Quinque igitur gradus pleni excepti sunt et ex sexto una persona, sobrinus et sobrina.

² Così Casavola, *Lex Cincia, Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, 1960, p. 57.

³ Lo si desume dall'*inscriptio* di D.1.3.29, dalla quale Paolo sembra essere autore di un *liber singularis ad legem Cinciam*.

⁴ Archi, *La donazione, Corso di diritto romano*, 1960, p. 197.

⁵ Cfr. Casavola, *Lex Cincia*, p. 56.

⁶ Il riferimento alle disposizioni relative alle *personae exceptae* compaiono, infatti, in Vat. 249, che riporta una costituzione di Costantino del 316, in Th 8.12.4 del 319 e Th. 8.12.5 del 333. Sul punto cfr. M. De Filippi, *Fragmenta Vaticana, Storia di un testo normativo*, 1989, p. 203 e ss. Incredibilmente per una legge avvenne, scrive il Casavola, *Lex Cincia* p. 26, che essa sopravvivesse dagli anni turbolenti della seconda guerra punica, fino a Costantino.

⁷ Sulle stratificazioni nel testo originario dei *Vaticana Fragmenta* v: M. De Filippi, *Fragmenta, Vaticana*, p. 67 ss.

Vat. 300. Item. Excipiuntur et ii, qui in potestate eorum uel manu mancipioe, item quorum in potestate manu mancipioe erunt.

Vat. 301. Item. Itaque si is qui mihi longiore gradu sit, dare ei potero. Sic et lex Furia scripta est, eo amplius, quod illa lex sex gradus et unam personam ex septimo gradu exceptit sobrino natum.

Vat. 302. Item. Excipiuntur et adfinium personae ut priuignus privigna, novuerca utricus, socer socrus, gener nurus, uir et uxor, sponsus sponsa.

Vat. 303. Item. Sed in hac adfines qui sunt tempore donationis excipiuntur, idemque etiam diuus Pius rescripsit; leges enim, quae uoluissent etiam eos excipere qui fuissent, nominatim id cauisset.

Vat. 304. Item. Excipit tutorem, qui tutelam gerit, si dare uolet, quia tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt. (Nam permisit eis in infinitum donare).

Contra ut possit pupillus donare, non excipit.

Vat. 305. Item. Item excipit 'si quis mulieri uirginie cognatus dotem conferre uolet'; igitur quocumque gradu cognatus dotis nomine donare potest.

Vat. 306. Item. Quaesitum, an et cognata cognatae ultra exceptum gradum donare possit. Labeo scribit non posse; sed ratio aequitatis aequae in feminis est.

Vat. 307. Item. Item excipit, 'si quis a servis quique pro servis seruitutem seruerunt accipit isue duit'.

His uerbis 'si quis a servis' seruis liberti continentur, ut patronis dare possint. Sequentibus uero excipitur, ut is qui bona fide seruiit, si postea liber pronuntiatum sit, possit dare ei cui seruiit. Sabinus utraque scriptura libertos putat contineri et bis idem dictum.

Vat. 308. Item. Sed tantum patronum a liberto excipit. Quidam putant etiam liberos patroni exceptos, quoniam Libertus continentur serui appellatione et sicut in XII Tabulis patroni continentur, ita et in hac lege.

Vat. 309. Item. Contra autem liberti a patronis excepti sunt? Et hoc iure utimur, ne excepti uideantur, ut et dare et capere lex iis permittat.

In Vat. 298 Paolo sembra fornire il testo originale dell'antico plebiscito nel quale erano elencate le persone legate da vincoli di parentela, escluse dal divieto della legge. Questo testo è di "difficile lettura"⁸, già il Bruns nel lontano 1842,

⁸ Così lo definisce il Casavola, *Lex Cincia*, p. 58.

infatti, aveva notato, che *ita abrupte et vix latine dicta sunt, ut potius existtimes, librarium hic, ut saepius verba nonnulla omisisse*. Se Paolo riproduca qui il testo originale o, piuttosto, una parafrasi “tralaticia ed autorevole”⁹, non è dato sapere con esattezza, “ma sia come sia”, scrive lo Stein, “il testo sembra essere vicino all’ originale”¹⁰.

Sugli aspetti stilistici e grammaticali del testo rinviando alle fini note esegetiche che, circa un trentennio fa, gli ha dedicato il Casavola¹¹. A noi interessa qui rilevare che Vat. 298 si presenta articolato “in due nuclei logici”, introdotti da *siue quis* e collegati da un *et*. Questi due nuclei contengono due distinte previsioni: nel primo è specificato il grado entro il quale i cognati possono *donare, capere, inter se*. Concetto che Paolo non fa che ripetere, in termini meno involuti in Vat. 299, laddove chiarisce: *quinque igitur gradus pleni excepti sunt et sexto una persona, sobrinus et sobrina*; nel secondo nucleo è detto che è *exceptus* anche chi si trovi *in potestate o in matrimonio* di uno di tali cognati o chi abbia uno di essi *in potestate o in matrimonio*.

Vat. 300 riporta il commento di questo secondo nucleo per quel che concerne la potestas: *excipiuntur et ii qui in potestate eorum vel manu mancipiove, item quorum in potestate manu mancipiove erunt*.

In Vat. 301 Paolo fa riferimento alle parallele eccezioni previste dalla lex Furia testamentaria, relativa ai legati e amplia il suo commento alle *personae in potestate* spiegando che “se colui che è in quel grado ha sotto la *potestas* chi nei miei confronti sia di grado ulteriore, io gli potrò fare una donazione”. Così anche la lex Furia è stata scritta, tanto più che quella legge eccipisce sei gradi e una sola persona del settimo grado e cioè quella che è nata dal cugino.

Vat. 302 continua il commento della seconda parte di Vat. 298 esaminando la parola *matrimonium*: le persone *in matrimonio* sono il *vir* e la *uxor*, coloro che hanno *in matrimonio* i cognati sono gli *adfines*.

Stando al dettato della legge e al commento che segue in Vat. 300 e 301, dunque, il figlio in potestà e il libero *in causa mancipi* possono dare e ricevere donazioni *ultra modum* a e da cognati (all’interno dei gradi specificati) della persona cui sono sottoposti.

Il Casavola ritiene che il fatto che siano *personae exceptae inter se* i cognati implichi di per sé che “possano donare e ricevere reciprocamente sottoposti ed aventi potestà, nonché soggetti *sub eiusdem potestate*”¹². Se si accetta tale interpretazione, allora sarà necessario chiedersi come mai Paolo abbia fatto menzione di tali donazioni, la cui nullità ai suoi tempi era indiscussa *iure civili*?

Una donazione valida (*perfecta*) per il diritto classico implicava necessariamente il trasferimento della proprietà del bene donato o del possesso *ad usucapionem*. Come, infatti, ricorda Pomponio in D. 39.5.9.3: *donari non potest, nisi quod eius fit cui donatur*. Ora donazioni a persone in potestà avrebbero trasmesso la proprietà a coloro i quali esse erano sottoposte, ed esse stesse non avrebbero potuto fare donazioni.

⁹ Cfr. Casavola, p. 58.

¹⁰ *Lex Cincia*, in Athenaeum 63,1985, p. 147.

¹¹ *Lex Cincia*, pp. 58 e ss.

¹² *Lex Cincia*, p. 74.

E' evidente che se la legge prevedeva tali donazioni, allora si dovrà ammettere che esse non implicavano un trasferimento della proprietà, ma un semplice controllo di fatto di quanto donato¹³. La legge Cincia originariamente si sarebbe, dunque, occupata di donazioni in un senso più ampio rispetto al diritto classico, un senso, cioè che, come si è sottolineato¹⁴, includeva ogni conferimento di beneficio, sia che passasse o meno la proprietà. Lo scopo di tali eccezioni sarebbe stato quello di assicurare che tutti i trasferimenti volontari all'interno della cerchia familiare ricadessero fuori dalla portata della legge.

In Vat. 302, come già abbiamo detto, Paolo perviene alla seconda parte della frase che si occupa delle persone *in alterius potestate matrimoniove*, cioè di coloro che sono imparentati fra loro per matrimonio senza *conventio in manu*¹⁵. La classificazione di parentele familiari include non soltanto i cognati e le persone che sono in rapporto potestativo con loro, ma anche i loro *adfines*, che però, dice Paolo in Vat: 303, citando un rescritto di Antonino Pio, sono tali al momento della donazione¹⁶. Questo gruppo comprende i figliastri, matrigne e patrigni, suocero e suocera, genero e nuora. La lista degli *adfines* continua, poi, con marito e moglie e coloro che sono fidanzati. Il problema che questo testo solleva è che in età classica le donazioni tra marito e moglie erano vietate e il divieto si diceva essere stato introdotto *moribus* ed elaborato in tutte le sue implicazioni dalla giurisprudenza nel quadro della legislazione augustea. Vigendo, dunque, ai tempi di Paolo e già da secoli, il divieto delle donazioni tra coniugi, perché mai il giurista severiano avrebbe ricordato la loro antica esenzione? Si è tentato da più parti di dare una spiegazione logica a tale interrogativo, ma nessuna delle ipotesi proposte¹⁷ è parsa soddisfacente, tanto che non è mancato chi, di recente¹⁸ ha considerato il riferimento alla disposizione della *lex Cincia*, che riconosceva la validità di tali donazioni, una probabile glossa postpaolina introdotta nel commentario di Paolo al tempo in cui la proibizione consuetudinaria veniva, ormai, disapplicata. Si è opportunamente notato, infatti, che soltanto nel caso di marito e moglie la lista unirebbe le due parti con un *et*.

¹³ Secondo il Casavola fu la stessa *lex Cincia* a dimostrare come alle origini il rapporto potestativo non fosse affatto un limite alla *donatio*. L'inconciliabilità del rapporto potestativo tra donante e donatario appartiene al periodo in cui si ebbe il passaggio dalla concezione possessoria a quella reale della donazione.

¹⁴ Così lo Stein, *Lex Cincia*, p. 150 e ss.

¹⁵ In questo senso il Casavola, *Lex Cincia*, p. 149.

¹⁶ Il rescritto di Antonino Pio conterrebbe, secondo G. G. Archi, *Interpretatio iuris - interpretatio legis - interpretatio legum*, in ZSS.87 (1970), "quella che oggi si chiamerebbe un'interpretazione autentica, cioè creatrice di una norma nuova in consonanza con le esigenze sociali"; il parere di Labeone sarebbe dovuto a "un apprezzamento sociale che non ha nulla a che fare con l'interpretazione delle parole della *lex*". Al contrario M. Bretonne, "*Interpretatio*" e "*constitutio*" in D.1.3.11, in Labeo 24 819739 p. 208, sostiene che se indiscutibilmente Labeone e la cancelleria imperiale determinano "in modo più certo" un duplice precetto della *lex Cincia*, tuttavia sia l'intervento del principe, sia (soprattutto) l'intervento del giurista non superano, come sembra invece all'Archi, i limiti di un'operazione semantica, non innovano e non introducono norme nuove.

¹⁷ Vedi per tutti, Stein, *Lex Cincia*, p. 150 e ss.

¹⁸ Stein, *Lex Cincia*, p. 151.

Vat. 304 include tra le classi eccettuate i tutori che avessero voluto fare donazioni ai loro pupilli, poiché, si motiva, essi sono quasi *parentes*. Al contrario, donazioni del pupillo al tutore non erano eccettuate.

Vat. 305 esclude dal divieto della legge la donazione intesa come dote ad una cognata del donante, qualunque sia il grado di parentela. Poiché però le parole della legge, riportate nel testo, menzionano soltanto il donante maschio in Vat. 306 si discute se anche una cognata può fare tali donazioni, oltre i gradi eccettuati. La risposta dell'interprete è: sebbene Labeone, sostenitore di una linea più rigorosa, dicesse di no, tuttavia la *ratio aequitatis* opera in favore delle donne, e, dunque, tali donazioni sono possibili.

Vat. 307 riproduce le parole del precetto che considera *exceptus* chi riceva o doni a o da i propri servi o ex servi. Si tratta di un testo che ha suscitato molte discussioni tra gli interpreti¹⁹. La disparità delle opinioni, si è rilevato, è prova di quanto fossero dubbie queste interpretazioni, tutte tese ad opporre un calcolato "fin de non recevoir" alla lettera il testo legale. Si è anche affermato che qui la giurisprudenza ha avvertito più che altrove la necessità di una radicale alterazione delle parole della legge. Già Sabino, infatti, come ricorda lo stesso Paolo, diceva che sia i *servi* che i *quique pro servis* fossero da intendersi come liberti. Ma tale interpretazione è parsa "un evidente arbitrio" di voler attribuire all'antico legislatore un dispendioso gioco di parole, per dire due volte la stessa cosa. Paolo concorda per i servi, che dovevano essere intesi come liberti, ma, quanto ai *quique pro servis*, di fronte alla duplicità della previsione legale, pensa ad una diversa categoria di persone, cioè ai *bona fide servientes*²⁰, purché, egli precisa, il *serviens* sia stato dichiarato libero. I giuristi classici, tuttavia, non si sarebbero limitati a leggere in Vat. 307 liberti in luogo di servi, ma si sarebbero spinti anche ad una riduzione del testo legale, che prevedeva, non solo il ricevere, ma anche il dare da parte del patrono (*accipit/duit*). Paolo fa riferimento, infatti, al solo *accipit* e trascura deliberatamente il *duit*²¹.

Il riferimento dell'esenzione al solo patrono, da parte dell'interprete, viene ribadito anche in Vat. 308 che riporta il ragionamento dei *quidam*, tendente ad estendere l'esenzione anche ai figli del patrono, poiché, è detto, nella parola *servi* sono indicati i liberti e così come nella legge delle XXII tavole nella parola *patronus* sono compresi anche i figli del patrono, così pure è da intendere in questa legge. In definitiva il discorso dei *quidam* si fonda in primo luogo sull'interpretazione della legge Cincia per stabilire che nella parola *servi* sono indicati i liberti, presupposto essenziale, è stato notato²², per introdurre la questione del *patronus*, che, come tale, non è stato menzionato nella legge.

In Vat. 309, infine, Paolo sembra essere ancora più esplicito quando afferma che i liberti non sono a loro volta *excepti* nei confronti dei loro patroni e puntualizza *et*

¹⁹ Cfr. per tutti Casavola, *Lex Cincia*, p. 69.

²⁰ Probabilmente il suggerimento per i *bona fide servientes* è derivato dal *pro servis*, dove *pro* è stato ricevuto con valore analogico e non identificativo, "quali servi".

²¹ Così il Casavola, *Lex Cincia*, p. 72.

²² Casavola, *Lex Cincia*, p. 71.

hoc iure utimur ne excepti videantur, al contrario di quanto, invece, disponeva la legge Cincia che prevedeva per i patroni e i liberti sia il *dare* sia il *capere*. Il commento paolino è “uno scoperto espediente interpretativo” per l'impossibilità logica di ammettere le donazioni tra servo e patrono, mentre quelle del patrono al liberto sono di mero fatto, perché soggette perennemente alla revoca patronale. Che il patrono non possa donare al liberto risulta da Vat. 272:

Imp. Philippus Agilio Cosmiano suo salutem. Inter patronos et libertos de iure donationum tractari non oportet, cum etsi perfectis donationibus in possessionem inductus libertus quantolibet tempore ea quae sibi donata sunt pleno iure ut dominus possederit, tamen omnis donatio mutata patronorum voluntate revocanda sit. Quod observabitur etiam circa ea, quae libertorum nomine, pecunia tamen patronorum et beneficio comparata sunt. Nam qui obsequio suo liberalitatem patronorum provocaverunt, sunt digni quin eam retineant, cum coeperint obsequia negligere, cum magis eos conlata liberalitas ad obsequium inclinare debeat quam ad insolentiam erigere. Fundus autem, quem ais Agilio liberto donasse te, tribus et decuria, quae ipsius nomine comparatae sunt, re...libertus vindican..., cum eas tantum donationes vel pecuniae largitiones libertus obtinere debeat, circa quas voluntas patronorum in supremam usque diem perseveraverit. Hoc tamen ius stabit intra ipsorum tantum liberalitatem, qui donaverunt; ceterum neque filii eorum neque successores ad hoc beneficium pervenient; neque enim fas est omnimodo inquitari donationes, quas is qui donaverat in diem vitae suae non revocavit.

Tuttavia, ci informa l'imperatore Filippo, se il *patronus* ha mantenuto, durante la sua vita, una volontà perseverante *in supremam usque diem* di donare al proprio liberto, la donazione sarebbe divenuta valida.

Su un'analogia soluzione si fonda anche l'Oratio Severi del 206 d.C., che prevedeva la convalida delle donazioni tra coniugi: *fas esse eum quidem qui donavit paenitere: heredem vero eripere forsitam adversus voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse* (D. 24.1.32.2).

Ma anche le donazioni tra il *paterfamilias* e il sottoposto, nulle, lo ripetiamo, per il diritto civile, diventano valide se il *pater* ha mantenuto in vita una volontà perseverante di donare.

La perseverante volontà diventa, dunque, un “mot à la mode” una “solution nouvelle”, conforme à l'evolution de moeurs”che “après Diocletian devint le droit commun”²³.

Il compilatore non a caso, dunque, ricorda nella sua compilazione l'antico plebiscito cincio, quasi a voler ristabilire in una sorta di “continuità ideale” il fondamento della validità delle donazioni a *personae exceptae*, come se la realtà a lui presente fosse stata omogenea e continua con quella trascorsa, in un'assidua fatica di cancellazione di ogni traccia di crisi e roture.

²³ E' quanto scrive il Gaudemet, *Perseverantia voluntatis* in Mélanges P. Meylan, 1963, p. 16 e ss., a proposito di questa costruzione giuridica che ebbe il merito “de mettre le droit en harmonie avec l'évolution des moeurs et des idées.

Nei frammenti riportati nella raccolta vaticana possono ancora scorgersi i segni di una attenta, partecipante lettura attraverso la quale, fra la metà del terzo secolo e i primi decenni del quarto, gli interpreti del diritto si sono preoccupati di ripercorrere con molta attenzione il discorso dei loro celebri predecessori.²⁴

Summary

PERSONS EXCEPTED FROM THE PROHIBITION OF GIFTS IN *LEX CINZIA DE DONIS ET MUNERIBUS*

Some categories of persons, connected by family links, were exempt from the prohibition of *lex Cincia de donis et muneribus*, a plebiscite of 204 BC, to make gifts *ultra modum*. Paulus, a jurist of the Severian era, dedicates a long commentary to the law, in his book *ad edictum* no. 71, and remembers that in his times some of the gifts permitted by the antic plebiscite were considered to be null by *ius civile*.

However, a contrary practice and especially the intervention of several imperators permitted the said gifts considering them valid.

The "Vatican Fragments" document the renewed validity of these gifts.

Key words: *gifts, prohibition, exception.*

Zusammenfassung

PERSONEN, DIE VOM SCHENKUNGSVERBOT GEMÄSS *LEX CINCIA DE DONIS ET MUNERIBUS* AUSGESCHLOSSEN SIND

Einige Personengruppen, die durch Blutsverwandtschaft miteinander verbunden sind, waren von dem allgemeinen Schenkungsverbot *ultra modum*, ausgeschlossen, das *Lex Cincia de donis et muneribus* enthielt, das Plebiszit von 204 vor Chr. Paulus, ein Jurist aus der Zeit der Sever widmet in seinem Buch *ad edictum* Nr.71 diesem Gesetz einen langen Kommentar und erinnert sich daran wie zu seiner Zeit einige Schenkungen *ius civile* erlaubt waren und durch altes Plebiszit als nichtig behandelt wurden.

Doch die gegenteilige Praxis und besonders die Intervention einiger Imperatoren haben die Zulassung solcher Schenkungen verursacht indem sie sie als gültig erklärten.

²⁴ Sui "segni di alterazioni postclassiche" presenti nei testi paolini v. M. De Filippi, *Vaticana Fragmenta*, p 72 ss.

„Vatikanische Fragmente“ weisen auf die Erneuerung der Gültigkeit solcher Schenkungen hin.

Schlüsselwörter: *Schenkungen, Verbot, Ausnahmen.*

Sommario

LE PERSONAE EXCEPTAE DAL DIVIETO DI DONAZIONI DELLA LEX CINZIA DE DONIS ET MUNERIBUS

Alcune categorie di persone, legate fra loro da vincoli di parentela, erano eccettuate dal divieto della legge Cincia *de donis et muneribus*, un plebiscito del 204 a.C., di effettuare donazioni *ultra modum*. Paolo, giurista di età severiana, dedica un lungo commento alla legge, nel libro 71° *ad edictum*, e ricorda come ai suoi tempi alcune donazioni, permesse dall'antico plebiscito, erano considerate nulle dal *ius civile*.

Tuttavia una prassi ribelle e soprattutto l'intervento di alcuni imperatori permisero che tali donazioni fossero nuovamente ritenute valide.

I Vaticana Fragmenta documentano la 'rinnovata validità' di tali donazioni.

Parole chiave: *donazione, divieto, eccezioni.*

LE ATTIVITÀ ECONOMICHE DELLE LIBERTE

Dott.ssa Anita Vittoria Nettis, assistente
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Bari

UDK: 349.3-055.2(37)
326.8-055.2(37)
Ur. 17. travnja 2000.
Pr.: 31. ožujka 2000.
Izvorni znanstveni članak

Gospodarske djelatnosti libertina

Predmet ovog istraživanja je rad libertina: tema koju nisu obradili moderni romanisti budući da su bili prvenstveno zaokupljeni radom libertina, smatrajući gospodarske djelatnosti libertina nevažnima.

Ovo je istraživanje pokušalo ustanoviti da li su većinu djelatnosti liberta mogle obavljati i libertine. Takva hipoteza omogućava shvaćanje položaja libertina koji se razlikovao od položaja supruge, konkubine ili prostitutke.

Istraživanje se usredotočuje na razdoblje između 3.-2. st. pr. n. e. i 2.-3. st. n. e. Izvori su vrlo oskudni, čine ih prvenstveno dokumenti iz gospodarske i trgovačke prakse. Prvo pravno priznavanje djelatnosti libertina potječe iz razdoblja principata, pa stoga pravna mišljenja postaju važna za određivanje statusa libertina: primjerice, Ulpijan iznosi hipotezu da libertine mogu obavljati poslovanje na kopnu i moru. Međutim, normativni tekstovi pojavili su se tek kasnije u vrijeme Justinijana kada je stvoren institut pravnog skrbništva nad ženama, robovima i libertinama, slično kao i za muškarce, i to za one koji su profesionalni doktori ili notari. Ipak, radilo se o partikularnom, a ne i općem institutu.

Sve ovo odražava karakteristiku «muškog šovinizma» u društvu koje je bilo potpuno indiferentno spram djelatnosti libertina (iako ih nije zabranjivalo), dok je izričito prihvaćalo i uređivalo gospodarske djelatnosti muškaraca.

Ključne riječi: rad, libertina, gospodarske djelatnosti.

Il lavoro delle liberte non ha costituito oggetto di compiuta analisi da parte della romanistica moderna, dal momento che gli studiosi hanno riversato la loro attenzione quasi esclusivamente sul lavoro dei liberti¹, considerando le attività economiche delle liberte di interesse marginale.

¹ La bibliografia sull'organizzazione giuridica ed economica del lavoro è vasta; richiamerò, pertanto, senza alcuna pretesa di completezza, le opere di carattere generale. T. MOMMSEN, *Römische*

E', pertanto, opportuno domandarsi se sia utile una ricerca di tal genere.

A mio avviso, sebbene con le limitazioni proprie di questo contributo, la ricerca merita un'indagine più approfondita partendo proprio dalla considerazione che la maggior parte delle attività economiche esercitate dal liberto potevano esserlo anche dalla liberta.

E, qui, si affaccia un problema: posto che il liberto era stato spesso liberato proprio in considerazione dei profitti economici che da schiavo aveva assicurato al patrono (sicchè da liberto continuava attività analoghe mediante *praepositio* ad un'azienda commerciale, marittima o terrestre), non è possibile pensare che alcune liberte derivassero la propria libertà da un analogo preesistente rapporto con il *dominus*?

E' una ipotesi che rompe la nostra iconografia in materia che vede la liberta moglie o prostituta, ma i documenti suggeriscono indagini più approfondite in materia.

Per questo motivo è mio proposito procedere ad una considerazione dell'apporto lavorativo delle liberte² e degli aspetti giuridici che lo concernono.

Geschichte, Berlin, 1874, 1, 182 ss.; J. MARQUARDT, *La vie privée des Romains*, 2, Paris, 1893; S. SOLAZZI, *Il lavoro libero nel mondo romano*, in *Ann. Univ. Macerata*, 1905-1906, 1-39 (= *Scritti*, 1, Napoli, 1951, 141-160); WOLF, *Geschichte des antiken Sozialismus u. Individualismus*, Güterloh, 1909; T. FRANK, *Storia economica di Roma*, Firenze, 1924; E. CICCOTTI, *La civiltà nel mondo antico*, 2, Udine, 1935; ID., *Il tramonto della schiavitù nel mondo antico*, n. ed., introd. M. Mazza, 2, Roma-Bari, 1977; F. M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946; ID., *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, 1963; M. I. ROSTOVITZ, *Storia economica e sociale dell'Impero romano*, Firenze, 1946; C. COSENTINI, *Studi sui liberti*, Catania, I, 1948, 105 ss.; G. LAVAGGI, *Nuovi studi sui liberti*, in *Studi in onore di P. De Francisci II*, 1956, 75 ss.; J. MACQUERON, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*, Aix, 1958; J. A. C. THOMAS, *Locatio and operae*, in *BIDR.* 64 (1961), 231-247; G. HUMBERT, v. *Artifices*, in *Daremberg-Saglio, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, 1/1, Graz, 1969, 441-449; K. VISKY, *La qualifica della medicina e dell'architettura nelle fonti del diritto romano*, in *Iura*, 10 (1959) 24-66; ID., *Geistige Arbeit und die "artes liberales" in den Quellen des römischen Rechts*, Budapest, 1977; C. MOSSÉ, *Il lavoro in Grecia e a Roma* (trad. F. Gianni Cecchini), Messina - Firenze, 1973; E. M. ŠTAERMAN - M. K. TROFIMOVA, *La schiavitù nell'Italia Imperiale*, Roma, 1975; H. PAVIS D'ESCURAC, *Le personnel d'origine servile dans l'administration de l'annone*, in *Actes du colloque 1972 sur l'esclavage, Annales littéraires de l'Université de Besançon*, Paris, 1974, 299-313; A. DAUBIGNEY-F. FAVORY, *L'esclavage en Narbonnaise et Lyonnaise*, in *Actes du colloque 1972 sur l'esclavage*, cit., 315 ss.; R. ÉTIENNE, *Recherches sur l'ergastule*, in *Actes du colloque 1972 sur l'esclavage*, cit., 249 ss.; R. MARTIN, «*Familia rustica*»: *les esclaves chez les agronomes Latins*, in *Actes du colloque 1973 sur l'esclavage, Annales littéraires de l'Université de Besançon*, Paris, 1976, 49 ss.; M. I. FINLEY, *Schiavitù antica e ideologie moderne*, Bari, 1981; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum*, Stuttgart, 1986; F. SERRAO, *L'impresa in Roma antica. Problemi e riflessioni*, in ID., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989; A. DI PORTO, *Servus e libertus, strumenti dell'imprenditore romano*, estratto da: *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, Erice 22-25 Novembre 1988, Palermo, 1992; ID., *Il Diritto commerciale romano. Una «zona d'ombra» nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti, in Nozione, formazione e interpretazione del diritto dell'età romana alle esperienze moderne: ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, III, Napoli, 1997, 413-452.

² Il tema si trova trattato nella letteratura degli ultimi decenni in modo insistente e in forme che suggeriscono un ulteriore approfondimento al fine di acquisire conoscenze più puntuali sulla condizione delle liberte lavoratrici, nell'ambito dell'organizzazione giuridica ed economica romana. Per la corretta impostazione delle problematiche bisogna partire dagli studi dedicati all'attività

Preciso che limiterò l'analisi al periodo in cui Roma raggiunse la massima espansione politico economica cioè fra il terzo/secondo secolo a.C. ed il secondo/terzo secolo d.C.³.

In genere le liberte continuavano le stesse mansioni che avevano svolto durante la loro precedente condizione di schiave⁴, spesso rimanendo nella *domus* dei loro antichi padroni⁵, e curando i loro stessi affari.

lavorativa delle donne nel mondo romano. A tal fine cfr. J. LE GALL, *Métiers de femmes au corpus inscriptionum Latinarum*, in REL. 47 bis (1970), 123 ss.; S. TREGGIARI, *Libertine Ladies*, in CW. 64, 1971, 196 ss.; Id., *Domestic Staff at Rome in the Julio-Claudian Period, 27 B.C. to A.D.68*, in *Histoire sociale, Revue Canadienne*, 6 (1973), 241 ss.; Id., *Jobs in the Household of Livia*, in PBSR. 43 (1975), 48 ss.; Id., *Jobs for Women*, in AJAH. 1, 1976, 76-104; Id. *Concubinae*, in PBSR. 49 (1981), 59-81; Id., *Questions on Women Domestics in the Roman West*, in *Schiavitù, manomissione e classi dipendenti nel mondo antico*, Roma, 1979, 185 ss.; N. KAMPEN, *Image and status: Roman Working Women in Ostia*, Berlin, 1981; R. GÜNTHER, *Frauenarbeit-Frauenbindung. Untersuchungen zu unfreien und freigelassenen frauen in den stadtrömischen Inschriften*, München, 1987; A. KIRSCHENBAUN, *Sons, Slaves, and Freedmen in Roman Commerce*, Jerusalem, 1987, 127 ss.; A. LOS, *Les affranches dans le vite politique a Pompei*, in MEFRA 99 (1987), 947-973; M. EICHENAUER, *Untersuchungen zur Arbeitswelt der Frau in der römischen Antike*, Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris 1988; M.R.LEFKOWITZ & M.B. FANT, *Women's Life in Greece & Rome*, 209-224; L. SAVUNEN, *Women in the Urban Texture of Pompei*, Helsinki, 1997.

³ E' questo il periodo della seconda fase dell'economia romana caratterizzata dal 'modo di produzione schiavistico', in quanto lo schiavo quale strumento di produzione acquista un ruolo centrale per l'economia. Deve, comunque, precisarsi che partendo dai dati che le fonti ci consentono di attingere, non può certamente affermarsi, come propone gran parte della storiografia moderna, che, nel periodo compreso fra il secondo secolo a.C. ed il terzo sec d.C., vi sia stato un capovolgimento tale per cui da un'economia prevalentemente d'uso si sia passati ad un'economia di tipo capitalistico e che, pur senza arrivare a concepire forme moderne di riduzione del rischio, si sarebbe arrivati ad ipotizzare una responsabilità imprenditoriale limitata agli atti posti in essere dal servo o dall'uomo libero, ingenuo o liberto che fosse, dotando il preposto di un peculio o attraverso la creazione delle *actiones adiecticiae qualitatis* o ancora destinando il *servus* in comproprietà al commercio o allo scambio, onde consentire la ripartizione fra i *dominus* degli utili. In altre parole non si deve pensare che l'economia fosse diventata esclusivamente di scambio, con la conseguenza che tutti fossero diventati improvvisamente imprenditori o dilagassero le fabbriche per la produzione su scala industriale di beni, perché in realtà l'economia si fondava ancora sull'agricoltura ed i beni scambiati erano costituiti prevalentemente dai prodotti agricoli, essendo la produzione industriale ancora molto limitata. Certo è che, comunque, l'agricoltura, non aveva perso il suo ruolo fondamentale, anche se non era più diretta a soddisfare esclusivamente l'esigenze di consumo della singola famiglia o del gruppo sociale e che, pertanto, essa aveva dovuto adeguarsi alle nuove esigenze attraverso l'introduzione di nuove tecniche di produzione tali da consentire una produzione su più ampia scala e che i prodotti agricoli potessero essere posti sul mercato. Per una visione della problematica rigorosa e poco assolutizzante, cfr. A. MANTELLO, *Lezioni di diritto romano I. Parte generale*. Torino, 1998, 84 ss., 91 ss.

⁴ Nella maggior parte dei casi i liberti domestici, rimanevano nella casa del patrono come amministratori, segretari, pedagoghi ed in genere svolgevano le stesse funzioni che avevano ricoperto prima della manomissione o venivano adoperati per funzioni più importanti. Al riguardo, A. e M. CALDERINI, v. "Liberto", *Dizionario di antichità greche e romane*, 431; C.LÉCRIVAIN, v. "Libertus. Libertinus", in *Daremberg-Saglio, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Graz, 1904, 1216 ss.; G. FABRE, *Libertus. Recherches sur les rapports patron-affranche à la fine de la république romain*, Roma, 1981.

⁵ Sulla natura dei rapporti personali che si stabilivano fra patrono e liberta e fra *dominus* e sottoposti in genere, v. E. PAOLI, *Come vivevano i Romani*, Torino, 1966, 13; G. GILIBERTI, *Beneficium*

Infatti a Roma la maggior parte delle donne lavoratrici erano schiave, addette a tutti i tipi di lavoro, non soltanto all'interno della casa ma anche nell'agricoltura⁶ e nelle fabbriche; esse svolgevano lavori domestici e professionali⁷. Non vi era settore, infatti, all'interno dell'organizzazione economica romana in cui non vi fosse la presenza di donne, schiave e liberte, le quali con il loro lavoro contribuivano notevolmente allo sviluppo economico e sociale di Roma⁸.

Tra le schiave era diffusa la pratica del meretricio, per noi immorale ma, evidentemente, lecita e non disdicevole per i Romani, tanto è vero che essa "era riconosciuta e tassata ed i bordelli erano considerati dai lenoni come degli investimenti rispettabili"⁹.

Dopo la manomissione¹⁰, le liberte che avevano esercitato durante la schiavitù l'attività di meretricio, potevano continuare a prostituirsi.

e'Iniuria' nei rapporti col servo. Etica e prassi giuridica in Seneca, in *Sodalitas* 4, Napoli, 1984, 1843-1860 ai quali si rinvia per la bibliografia precedente; Y. THEBERT, *Lo schiavo*, in *L'uomo romano*, cur. A. Giardina, Roma - Bari, 1989, 149; F. DUPONT, *La vita quotidiana nella Roma Repubblicana*, Roma - Bari, 1990, 65; P. VEYNE, *La società Romana*, Roma - Bari 1990, 6; C. MASI DORIA, *Civitas Operae Obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli, 1993, 47-81.

⁶ In genere le condizioni di vita degli schiavi addetti alla *familia urbana* erano di gran lunga migliori rispetto a quelle della *familia rustica*, tanto è vero che costituiva una punizione per lo schiavo essere relegato nella *familia rustica*. In tal senso cfr. Sen. *de ira* 3.29.1. ... *a servitute urbana et feriata translatus ad durum opus (rustici laboris)*; Petr. 69. *ideo me in villicationem relegavit*; D. 28.5.35.3 Ulp.4 disp. *Si servus fuerit missus in villam ... quia dominum offenderat, quasi ad tempus relegatus*. V. F.M. DE ROBERTIS, *Storia sociale di Roma. Le classi inferiori. Contributi vari alla storia economica e sociale di Roma*, Roma, 1981, 106. Per la distinzione fra *familia urbana* e *familia rustica*, cfr. J. MARQUARDT, *La vie privée des Romains* I, Paris, 1892, 160-228; R. LEONHARD, v. «*Familia*» in *PW. RE* VI-2, 1909, 1982; E. PAOLI, *Come vivevano i Romani*, Torino, 1966, 13; F.M. DE ROBERTIS, *Storia Sociale*, loc. ult. cit.

⁷ A tal proposito N. KAMPEN, *Image and Status*, cit., 29, 49, 107, 108.

⁸ Cfr. F. M. DE ROBERTIS, *La organizzazione e la tecnica produttiva. Le forze di lavoro ed i salari nel mondo Romano*, Napoli - Bari, 1946, 161.

⁹ Così B.M. COMUCCI-BISCARDI, *Donne di rango e donne di popolo nell'età dei Severi*, Firenze, 1977, 57; T.A.J. MCGINN, *Ne serva prostituatur. Restrictive Conventions in the Sale of Slaves*, in *ZSS.* 107 (1990) 339; A. SICARI, *Prostituzione e tutela giuridica della schiava*, Bari, 1991, 116 nt.26 e da ultimo per una trattazione generale sulla prostituzione cfr. B.E. STUMPP, *Prostitution in der römischen Antike*, Berlin, 1998 nonché T.A.J. McGinn, *Prostitution Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, New York-Oxford, 1998.

¹⁰ Sulla manomissione cfr. C. COSENTINI, *Ancora sull'origine e l'efficacia delle forme civili di manomissione*, in *Miscellanea Romanistica*, Catania 1956, 181-220; E. VOLTERRA, *Manomissione e cittadinanza*, in *Studi Paoli*, Firenze 1956, 695-716; A. METRO, *La lex Aelia Saentia e le manomissioni fraudolente*, in *Labeo* 7 (1961), 147-200; G. IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padova, 1963; U.E. PAOLI, s.v. «*Liberti*», in *NNDI*. IX, Torino 1963, 879-881; DE DOMINICIS, v. «*Manumissio*», in *NNDI*. X, Torino, 1964, 191-198; M. TALAMANCA, *Sul concorso fra legato e manomissione*, in *Studi Biondi* 2, Milano, 1965, 311-382; S. TONDO, *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della manumissio vindicta*, Milano, 1967; O. ROBLEDÁ, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma, 1976; M. BALESTRI FUMAGALI, *Nuove riflessioni sulla manumissio inter amicos*, in *Studi Biscardi II*, Milano 1982, 117-169; Id., *La 'lex lunia' nel*

L'attività di meretricio, infatti, rientrava nelle *operae*¹¹ che la liberta doveva al proprio patrono, almeno per tutto il periodo repubblicano e buona parte del Principato.

Solo verso la fine del Principato è attestata la tendenza a limitare le attività turpi; è in questo periodo che si ebbe una variazione nella disciplina giuridica testimoniata dalle affermazioni dei giuristi di età severiana i quali asserivano che le *operae* dovessero essere consone alla *dignitas*¹² non solo del liberto ma anche dell'altro

sistema dei 'Tituli ex corpore Ulpiani', in AG. 204 (1984), 455-504; Id., *La lex lunia de manumissionibus*, Milano, 1985; D. DALLA, *Nominatim manumittere*, in *Labeo* 30 (1984), 277-290; T. MASIELLO, *Il "dies mortis" dello schiavo nelle manumissioni testamentarie*, in *Sodalitas* 5 Napoli, 1984, 2347-2355; C. VENTURINI, *Sulla legislazione Augustea un materia di manumissiones*, in *Sodalitas* 5, Napoli, 1984, 2455-2476.

¹¹ La schiava manomessa aveva l'obbligo di prestare al patrono le *operae* che erano ricomprese nel più generale dovere di *officium*. Il giurista Paolo definisce le opere *diurnum officium* (D.38.1.1) esse consistevano nella prestazione di servizi in favore del *patronus*, calcolati in giornate lavorative. Dal punto di vista qualitativo, le opere potevano consistere in prestazioni oltremodo gravose, tali da ledere la dignità della persona: ciò spiegherebbe l'intervento dei giuristi che tesero a porre un freno alla richieste di quelle opere che potessero compromettere la dignità personale, le condizioni sociali e la vita dei liberti. In tal senso GLÜCK, *Commentario alle pandette* 37-38 V, 174-175; C. COSENTINI, *Studi sui liberti* I, cit., 147 ss.; W. WALDSTEIN, *Operae Libertorum*, cit., 244 ss.; C. MASI DORIA, *Civitas Operae Obsequium*, cit., 51 ss.

Anche l'*impudicitia* nei confronti del liberto era ricompresa nell'*officium* (Sen. *Contr.exc.4* praef.10. *Impudicitia in ingenuo crimen est, in servo necessitas, in liberto officium*). Ma nel tempo il concetto di *officium* andò modificandosi nel rispetto della *dignitas* del sottoposto, a tal punto che quest'ultimo doveva prestare *operae honeste, sine turpitudine e non contra dignitatem liberti*. D. 38. 1. 50.1 Ner.1 resp.. *Operarum editionem pendere ex existimatione edentis: nam dignitati facultatibus consuetudini artificio eius convenientes edendas. Non solum autem libertum, sed etiam alium quemlibet operas edentem alendum aut satis temporis ad quaestum alimentorum relinquendum et in omnibus tempora ad curam corporis necessariam relinquenda*; D. 38. 1. 38 Call. 3 ed. monit. *Hae demum impositae operae intelleguntur, quae sine turpitudine praestari possunt et sine periculo vitae. Nec enim si meretrix manumissa fuerit, easdem operas patrono praestare debet, quamvis adhuc corpore quaestum faciat: nec harenarius manumissus tales operas, quia istae sine periculo vitae praestari non possunt*; D. 38. 1.16 Paul. 40 ad Ed. *Eius artificii, quod post manumissionem didicerit libertus, operas debet praestare, si haec sint, quae quandoque honeste et sine periculo vitae praestantur, nec semper hae, quae manumissionis tempore praestari debuerunt. Sed si turpes operas postea exercere coeperit, praestare debet eas, quas manumissionis tempore praestabat*.

¹² Per il significato di tale termine cfr. FORCELLINI, v. *dignitas*, *Lexicon totius latinitatis*, II, 128; TLL, v. "*dignitas*", V, 1934, 1133-1138; G. CALONGHI, v. *dignitas*, *Dizionario Latino italiano*³, 1990, 851. Il riferimento alla *dignitas* è presente nelle fonti letterarie ed in particolar modo in Cicerone; esso assume una pluralità di significati potendosi riferire alle qualità meritorie del soggetto, alle capacità, ma anche alle condizioni nella vita pubblica, o all'*honoris* inteso quale conformità ai *boni mores* o anche alle qualità interiori. La conformità delle opere al decoro è testimoniata da D.38.1.48.2, Hermog.2 iuris Epit.: "...*Patronae, item filiae et nepoti et praenepoti patroni, quae libertae nuptiis consensit, operarum exactionem denegatur, quia his nec ab ea quae nupta est indecore praestantur*". Sul significato di «*indecorus*», v. in particolare A. GUARINO, «*Quaestus omnis patribus indecorus*» in *Labeo* 28 (1982), 7-16. Bisogna inoltre ricordare D.38.1.50 Ner. 1 resp. *Operarum editionem pendere ex existimatione edentis: nam dignitati facultatibus consuetudini artificio eius convenientes edendas*. Le opere da richiedersi per Nerazio devono essere

soggetto del rapporto¹³.

La *dignitas* presa in considerazione dalla giurisprudenza severiana e riconosciuta per i liberti, doveva escludere non soltanto le prestazioni che non si addicessero alla posizione economica e allo *status* sociale¹⁴ del manomesso ma anche le prestazioni considerate non oneste e quindi turpi; che ledessero l'*honestas* del liberto, da intendersi quale conformità ai *boni mores* e tra queste ultime l'attività di meretricio della liberta in sé lecito, ma non fruibile dal patrono.

consone alla posizione sociale, alla ricchezza, al modo di vivere e all'attività svolta dal liberto. L'intervento giurisprudenziale diretto ad un riconoscimento della *dignitas* del sottoposto, è, in ogni caso, il frutto di un orientamento più generale che tende al rispetto e alla salvaguardia della integrità della vita umana. Infatti devono richiedersi quelle opere che possono essere prestate *sine periculo vitae*. Inoltre come risulta da Gai. D.38.1.22.2. si devono concedere al liberto "*temporis spatia, quae ad curam corporis necessaria sunt*"; principio ribadito da Nerazio in D.38.1.50.1 (... *et in omnibus tempora ad curam corporis necessariam relinquenda*). A tal proposito P. PESCANI (*Operae libertorum*, Trieste, 1967, 112) testualmente scrive "il patrono era tenuto a salvaguardare la salute del suo liberto, non solo non pretendendo da lui prestazioni non pericolose, ma soprattutto permettendogli di curare il corpo in modo che non si ammalasse". Sulla *cura corporis* cfr. in particolare W. WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 287 ss. con rinvio alla bibliografia ivi indicata. Da altri luoghi sembra che il rispetto dell'integrità psico-fisica del liberto fosse dettato da motivi di carattere esclusivamente patrimoniale (*male enim nostro iure uti non debemus*): Gai. 1.53 *Sed hoc tempore neque civibus romanis nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire: nam ex constitutione sacratissimi imperatoris Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri iubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coercetur: nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis, qui ad fana deorum vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere. Et utrumque recte fit: male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio*. La dottrina si è occupata del brano, in relazione al buon uso del proprio diritto da parte dei proprietari: S. SOLAZZI, *L'abuso del diritto* in *Gai 1.53*, in *SDHI*. 20 (1954) 304-309; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960; S. SOLAZZI, *La comunione domestica nei rescritti di Diocleziano*, in *Iura* 5 (1954) 151 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana IV/1*, Napoli 1962; R. ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, Roma 1937, rist. Torino 1962, 89 ss.; F. CASAVOLA, *Potere imperiale e stato delle persone tra Adriano e Antonino Pio*, in *Labeo* 14 (1968) 267 ss.; R. BONINI, *Note sul primo libro delle Istituzioni giustiniane (I.1.6.7 e 1.8.2)*, in *AG*. 180 (1971) 26-46; ID., *Note sul primo libro delle Istituzioni giustiniane (I.1.6.7 e 1.8.2)*, in *Studi Donatuti* 1, Milano 1973, 143-160; L. FASCIONE, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nell'esperienza giuridica romana*, in *Quaderni di Studi Senesi* 53 (Milano 1983); ID., *Osservazioni sul concetto di 'fraus legi' nelle costituzioni imperiali*, in *Studi Senesi* 95, 183, 55-86; G. CRIFÒ, *Libertà e uguaglianza in Roma antica. L'emersione di una vicenda istituzionale*, Roma 1984; G. GILIBERTI, *'Beneficium'*, cit., 1856 nt. 55.

¹³ D.38.1.16 Paul 40 ad ed. *Tales patrono operae dantur, quales ex aetate dignitate valetudine necessitate proposito ceterisque eius generis in utraque persona aestimari debent*.

¹⁴ D.38.1.34 Pomp. 22 ad Q. Muc. *Sed si liberta, quae operas promisit, ad eam dignitatem perveniat, ut inconveniens sit praestare patrono operas, ipso iure hae interdicent*.

Il brano si presenta di notevole interesse quanto al significato da attribuire al termine *dignitas* ed in relazione al venir meno in capo alla liberta dell'obbligo di prestare le opere *ipso iure*. A tal proposito F. M. DE ROBERTIS (*Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, cit., 52 e nt.11) osserva che

A tal proposito Callistrato affermava che dovevano richiedersi solo quelle opere *quae sine turpitudine praestari possunt et sine periculo vitae*¹⁵ e riferiva il caso della meretrice che non poteva prestare al patrono opere aventi un contenuto turpe, sebbene

il semplice conseguimento di qualche dignità determinava *ipso iure* l'estinzione dell'*obligatio operarum*. Non diversamente Lambert (*Les operae liberti*, Paris, 1934, 50 con nt.1) e Pescani; per quest'ultimo, infatti, "qualsiasi posizione sociale elevata portava automaticamente alla liberta la liberazione dagli obblighi alle opere" (*Operae libertorum*, cit., 111). Waldstein (*Operae libertorum*, cit., 276 ss.) riferisce, invece, la *dignitas* alla *uxor* con riguardo specifico alla donna che sposi con il consenso del patrono [cfr. D.38.1.48 pr. Herm.2 iur.epit. *Sicut patronus, ita etiam patroni filius et nepos et pronepos, qui libertae nuptiis consensit, operarum exactionem amittit: nam haec, cuius matrimonio consensit, in officio mariti esse debet.* (W. WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 167)]: non, dunque, il semplice conseguimento di qualche dignità, come sostengono De Robertis e Pescani, ma il pervenire ad *eam dignitatem* "ut inconueniens sit praestare patrono operas". E tale dignità deve essere riconosciuta non soltanto alla *uxor* ma anche alla concubina del patrono, come se fosse la moglie [Cfr. D.38.1.46 Val. 5 fideic. *Liberta si in concubinato patroni esset, perinde ac si nupta eidem esset, operarum petitionem in eam dari non oportere constat.* Sul passo v. P. PESCANI, *Operae libertorum*, cit., 110; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 166; V. GIODICE SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, 220 (con particolare riferimento al significato di 'constat'); R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, Padova, 1996, 210 nt.14)]. Del resto Waldstein avanza il dubbio se la donna che sposi una persona che ricopra una carica pubblica acquisti automaticamente la *dignitas* del marito come sembrerebbe emergere da alcuni testi (così D.1.9.8 Ulp.6 fideic.: *feminis enim dignitatem clarissimam mariti tribuunt,....*; D.1.9.12 Ulp. 2 de cens.: *Nuptiae prius consulari viro impetrare solent a principe, quamvis perraro, ut nuptae iterum minoris dignitatis viro nihilominus in consulari maneant dignitate: ut scio Antoninum Augustum Iuliae Mamaeae consobrinae suae indulnisse*; e ancora, in epoca tarda, C.I.6.3.9: *Libertae tuae ducendo eam uxorem dignitate auxisti*) in quanto ciò sarebbe, invece, negato da Ulp. D.50.17.2 pr. ad Sab. (*Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere*) nonché da Paul. D.5.1.12.2 (17 ad edict. *Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus.moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.*). Non mi pare, comunque, che il problema di acquisto o di aumento della *dignitas* sia in qualche modo in stretta relazione con la carica ricoperta dal marito né che si possa negare tale *dignitas* sulla base della considerazione che alle *feminae* erano preclusi gli *officia civilia vel publica* (Sull'argomento cfr. W. WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 277 con bibliografia nt.52).

La prospettiva dalla quale si muovono i vari giuristi in tema di *dignitas* e di conseguente automatica estinzione dell'*obligatio operarum* della liberta, infatti, mi sembra non del tutto coincidente, in quanto nei vari passi si fa riferimento ad una perdita in capo al patrono del diritto di richiedere le opere, diritto che poi tornerebbe a riespandersi nel caso in cui il matrimonio venisse meno, circostanza questa sulla quale *omnes fere consentiunt*. (D.38.1.14 Ter. Clem 8 ad l.eg Iul. et Pap.: *Plane cum desierit nupta esse, operas peti posse omnes fere consentiunt.* Su di esso v. W. WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 169). Non vi è dunque nessun riferimento, nei vari passi ricordati in materia matrimoniale, alla perdita automatica dell'obbligo di corrispondere le opere.

Molto probabilmente, quindi, il richiamo estensivo è opera della giurisprudenza: si è forse partiti dal matrimonio, al quale era equiparato per determinati effetti anche il concubinato, ed i giuristi hanno, poi, allargato il significato da attribuire a *dignitas* intendendo con esso qualsiasi mutamento di "considerazione sociale" alla quale la donna giunga.

Pertanto mentre in tema di legislazione matrimoniale il patrono perde il diritto a richiedere le opere né può costringere la donna a prestarle, in via più generale, con un ampliamento del concetto di *dignitas*, si ammette che il conseguimento di qualsiasi dignitas determini *ipso iure* l'estinzione dell'*obligatio operarum*.

¹⁵ D.38.1.38. Sul brano v. F. M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, cit., 224.

continuasse a fare commercio del proprio corpo¹⁶. La giurisprudenza escludeva dalla *obligatio operarum* le prestazioni sessuali della liberta che avesse incominciato a prostituirsi dopo essere stata affrancata; in tal caso quest'ultima avrebbe dovuto prestare al proprio patrono le opere cui era tenuta al tempo della manomissione¹⁷, con esclusione delle prestazioni sessuali.

Vediamo adesso se, oltre all'attività di meretricio, le liberte potevano porre in essere negozi giuridici, esercitare l'attività imprenditoriale ed essere preposte alla *negotiatio*¹⁸.

Le fonti che consentono di ricostruire la vicenda dell'attività lavorativa delle liberte nel periodo compreso fra il secondo/terzo sec. a.C. ed il secondo/terzo secolo d.C. sono scarse, molto di esse sono extragiuridiche.

Attraverso un esame delle stesse e delle testimonianze che accennino al problema dell'attività lavorativa, cercheremo di delineare il fenomeno lavorativo nell'esperienza giuridica romana.

Potremmo argomentare partendo da

Cic. de off. 150-151. ...de artificii et quaestibus, qui liberales habendi, qui sordidi sunt, haec fere accepimus: primum improbantur ii quaestus, quia in odia hominum incurrunt, ut portitorum, ut faeneratorum.

Inliberales autem et sordidi quaestus mercenariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur: est enim in illis ipsa merces auctoramentum servitutis. Sordidi etiam putandi qui mercantur a mercatoribus quod statim vendant; nihil enim proficiant, nisi admodum mentiantur, nec vero est quicquam turpius vanitate. Opifcesque omnes in sordida arte versantur; nec enim quicquam ingenuum habere potest officina. Minimeque artes eae probandae quae ministrae sunt voluptatem: cetarii, lanii, coqui, fartores, piscatores, ut ait Terentius. Adde huc, si placet, unguentarios, saltatores, totumque ludum talarium.

Quibus autem artibus aut prudentia maior inest aut non mediocris utilitas quaeritur, ut medicina, ut architectura, ut doctrina rerum honestarum, eae sunt iis, quorum ordini conveniunt, honestae. Mercatura autem, si tenuis est, sordida putanda est; sin magna et copiosa, multa undique apportans multisque sine vanitate impertiens, non est admodum vituperanda, atque etiam, si satiata quaestu vel contenta potius, ut saepe ex alto in portum, ex ipso se portu in agros possessionesque contulit, videtur iure optimo posse laudari.

*Omnium autem rerum ex quibus aliquid acquiritur, nihil est agricultura melius, nihil uberius, nihil dulcius, nihil homine libero dignius.*¹⁹

¹⁶ D.38.1.38. *Nec enim si meretrix manumissa fuerit, easdem operas patrono praestare debet, quamvis adhuc corpore quaestum faciat*

¹⁷ D.38.1.16 *Sed si turpes operas postea exercere coeperit, praestare debebit eas, quas manumissionis tempore praestabat*

¹⁸ Il concetto di *negotiatio* si ricava da D.50.16.185 Ulp.28 ad ed. *'Instructam' autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat.* In tal senso A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec.a.C. - II sec. d.C.)*, Milano 1984, 64 nt.1 e 69 nt.15.

¹⁹ Il passo ha costituito oggetto di diverse interpretazioni soprattutto in riferimento al significato da attribuire al termine *mercenarius*. In particolare F.M. DE ROBERTIS, *(I Rapporti di lavoro nel*

Il brano, però, non presenta alcun riferimento esplicito all'attività delle donne, tuttavia offre una distinzione fra arti liberali e illiberali fornendoci un quadro generale del lavoro nell'ordinamento giuridico romano, tale per cui esso diventa davvero indispensabile in uno studio sul lavoro in generale, di qualunque sesso siano i prestatori d'opera.

diritto romano, Milano, 1946, 10 e nt.8) poneva l'accento sull'elemento della retribuzione: a suo parere venivano ad essere considerate "su di un piano di sostanziale identità tutte le varie manifestazioni del lavoro retribuito, sia manuale che intellettuale o artistico" sicchè tutte, indistintamente, cadevano nel più alto disprezzo poiché "la morale inferiorità del lavoro retribuito faceva sì che si eguagliasse il lavoratore allo schiavo". Il lavoro, dunque, diventava vile se prestato dietro un corrispettivo in danaro. Tale interpretazione è rimasta isolata. Infatti su di una posizione completamente diversa era S. SOLAZZI [*Il lavoro libero nel mondo romano*, in *Ann. Univ. Macerata*, 1905-1906, 20 ora in *Scritti di diritto romano*, 1955-1972, 1, 150 e prima ancora Jhering (*Geist*, 2.15, Leipzig, 1894, 245 e nt.378)], che, così scriveva "Vile ed ignobile...è il mestiere dei mercenari, ed in generale di tutti coloro, dei quali si paga il lavoro della mano e non della mente: per essi la mercede è come un prezzo di servitù" e poi ancora "anche le professioni, le quali richiedono maggior sapere e sono fonte di maggiore utilità, come la medicina, l'architettura e l'insegnamento delle arti liberali, Cicerone concede che possano essere esercitate con onore solo da quei cittadini alla cui condizione non disconvengono. Egli le riserva pertanto ai liberti e alle classi inferiori della popolazione". Il romanista sposta la valutazione negativa del lavoro subordinato dalla retribuzione all'oggetto della prestazione: vile non è il lavoro in quanto retribuito, ma solamente quello che si sostanzia in una mera attività fisica. Su una posizione non diversa si colloca R. MARTINI, («*Mercennarius*». *Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*. Milano, 1958, 54 ss.) il quale afferma che con l'espressione "*quorum operae, non quorum artes emuntur*", Cicerone avrebbe distinto i lavoratori liberi in base alla qualità della prestazione (opera ed artes), sicchè il termine *operae*, contrapposto ad *artes*, starebbe ad indicare la pura attività materiale. In base a questa distinzione si giustificerebbe la condanna dei *mercenarii* che disponessero esclusivamente della forza delle loro braccia. In particolare poi il senso dispregiativo della frase sarebbe rafforzato dal verbo *emuntur*, il cui modo dal punto di vista logico sintattico avrebbe richiesto l'uso del congiuntivo consecutivo, anziché dell'indicativo. Similmente argomenta CERVENCA [recens. a Martini in *Boll. Sc. perf. e spec. dir. lav. e sic. soc. Univ. Trieste*, 4 (n.10) 1958, 26 e nt.7], precisando ulteriormente che a quell' "*in illis*" successivo ad *emuntur* e precedente a *mercedes*, dovrebbe contrapporsi un *in his* sottinteso. Infine l'idea della distinzione fondata sul tipo di attività è stata ripresa e ulteriormente sviluppata da A. MANTELLO (*Beneficium servile* - '*Debitum naturale*', Milano, 1979, 128 ss. e nt.191): il romanista, riprendendo in parte la ricostruzione proposta da Martini e Cervenca, e collocandosi in definitiva sulla stessa linea di Solazzi, riferisce il termine *mercenarius* ai soli lavoratori di fatica, e offre un'esegesi che, a mio avviso, è perfettamente rispondente alla costruzione logico sintattica del passo. Egli, attraverso una lettura puntuale del brano, propone una ricostruzione della figura del lavoratore libero, ponendosi da una angolazione che consente di trarre in maniera induttiva conclusioni corrispondenti a quella che doveva essere la visione del lavoro nella concezione ciceroniana. Il rilievo dato all'aggettivo *omnium* "che accompagna subito prima di *quorum-emuntur* il genitivo *mercenariorum*" nonché la constatazione che "*quorum-emuntur* può essere oggetto di plausibile interpretazione solo a patto di vedervi due affermazioni correlate alla precedente e non subordinate alla stessa" (di tal che non avrebbe ragione d'essere l'esistenza di un *in his* sottinteso da contrapporsi ad *in illis*, così come sostenuto da Cervenca) consente di operare una distinzione fra i mercenarii a seconda che essi prestino le '*operae*' o le '*artes*' da intendersi le une come mera attività fisica le altre quali attività intellettuali. Pertanto la categoria dei mercenarii comprenderebbe non solo i lavoratori di fatica, ma anche coloro che prestino attività intellettuale. Tuttavia, pur essendo entrambe le prestazioni, intellettuale

Cicerone, trattando *de artificiis et quaestibus* afferma che *inliberales* e *sordidi* sono i guadagni di tutti i *mercennarii*, dei quali si comprino le *operae* e non le *artes*: con la mercede che ad essi viene corrisposta per l'attività prestata, questi lavoratori si collocano in una posizione simile a quella degli schiavi (*est enim in illis ipsa merces auctoramentum servituti*)²⁰.

La visione aristocratica e moraleggiante dell'oratore, si riflette nella concezione che egli esprime dei lavoratori e quindi, in termini astratti, del lavoro, considerato vile non in quanto tale né in quanto corrisposto dietro mercede, ma solo quando si estrinsechi in una mera offerta di prestazioni di carattere manuale o meglio in una mera prestazione di attività fisica, senza alcun apporto di cognizioni di carattere tecnico scientifico.

Né si può affermare, come è stato sostenuto²¹, che soltanto nel *de off.* 1.42.150 'operae' assuma il significato di pura attività materiale contrapposto ad 'artes' e che, invece, altrove Cicerone parli di *opera* intendendo un concetto più ampio tale da ricomprendere qualsiasi attività, fisica o intellettuale, sicché attraverso il confronto di tale ultima nozione di opera con quella presente in *D.50.13.1.4*²², in cui si fa riferimento ad "*opera mercennaria*", si possa affermare che per *mercennarius* debba intendersi 'chiunque presti la propria attività (opera) verso una mercede'. Ciò non può, invero, sostenersi perché il pensiero di Cicerone non consente di compiere generalizzazioni in quanto ciò che rileva in un'indagine storica "è il modo di manifestarsi del problema presso il s i n g o l o autore antico; meglio ancora presso il s i n g o l o scritto di quest'ultimo"²³.

e fisica, remunerate, soltanto i guadagni dei 'lavoratori di fatica' sono *inliberales* e *sordidi*, perché questi ultimi sono privi di qualsiasi conoscenza di carattere tecnico professionale: ciò determina una situazione tale per cui il prestatore d'opera, proprio perché presta un'attività che lo colloca ai più bassi livelli sociali, può essere assimilato al servo e a lui va tutto il dispregio dell'oratore. Sicché solo per essi la mercede diventa il prezzo della loro servitù. Le *artes*, invece, anche se prestate dietro corresponsione di una data somma di danaro, non determinano l'equiparazione dell'uomo libero al servo.

²⁰ Sull'argomento v. P.A. BRUNT, *Free Labour and Public Works at Rome*, in *JRS* 70 (1980), 99.

²¹ Cfr. R. MARTINI, «*Mercennarius*», cit., 56.

²² *Ulp. 8 de omn.tribun. An et philosophi professorum numero sint? et non putem, non quia non religiosa res est, sed quia hoc primum profiteri eos oportet mercennariam operam spernere.*

²³ A. MANTELLO, 'Beneficium servile' - 'Debitum naturale', Milano, 1979, 130, nt.192. L'autore in perfetta coerenza con un'impostazione metodologica antiformalistica, enuclea un concetto di *mercennarius* tale da ricomprendere qualsiasi prestazione fisica o intellettuale e che consenta di affermare che, almeno per l'epoca ciceroniana e meglio nel pensiero dell'oratore, ciò che svislisce la prestazione dell'uomo libero non è la *merces* ma il contenuto stesso di tale prestazione che, ove sia scevra da qualsiasi connotato di carattere tecnico scientifico, è così vile ed umiliante da collocare chi la presta in un'infima condizione giuridico sociale, tanto da essere equiparato allo stesso servo. Che il criterio discretivo non sia la mercede, trova, a mio avviso, un'ulteriore conferma anche nella prima parte del passo in cui si fa riferimento *primum* ad una motivazione di carattere soggettivo che rende improbi i *quaestus* derivanti da quelle attività che sono tali da fare incorrere *in odia hominum* coloro che le esercitano, quali, ad esempio, i *portitores* ed i *faeneratores*. Sicché l'oratore non si pone il problema di dare una definizione o di teorizzare il concetto di *mercennarius*: egli sta soltanto cercando di classificare le varie attività in maniera tale da creare una scala in base alla quale potere distinguere singoli prestatori d'opera con riferimento al tipo di attività prestata.

Sicchè, muovendo, da queste considerazioni si può affermare che in de off. 1.42.150 “abbiamo una figura (il *mercennarius*) che viene delineata in riferimento ai gradini più bassi della scala sociale”²⁴.

Che tale interpretazione sia corretta e che con *artes* Cicerone voglia riferirsi alle attività intellettuali o a quelle attività che comportino elevate conoscenze tecnico scientifiche e che possono costituire oggetto di *locatio-conductio*, mi pare emerga dal prosieguo del passo in cui l’oratore usa il termine *artes* per indicare quelle attività caratterizzate da conoscenze tecniche elevate quali le attività intellettuali (che prima aveva contrapposto ad *operae*, cioè ai lavori di fatica) e fra queste, in particolare alla medicina²⁵, all’architettura e all’insegnamento, le quali, pur non rientrando fra le

Una sintesi dell’impostazione metodologica antidommatica, e di carattere prettamente storico, che tende allo studio del diritto romano inteso come esperienza giuridica, [sulla stessa linea di Savigny, Capograssi e soprattutto di Orestano, del quale, comunque, Mantello individua i limiti allorquando afferma che, in quest’ultimo, l’idea dello studio storico del diritto rimane condizionata dall’esigenza di “indicare soltanto una ‘metodologia riflessiva’ e non soluzioni precise”, spiegando tutto in chiave oggettivistica e trascurando il dato fondamentale per cui “in ogni caso il problema della ‘storicità’ permane un problema squisitamente soggettivo” dal momento che sono le singole opzioni individuali a orientare determinate soluzioni nello studio del diritto in maniera tale da “far sentire lontano l’oggi o vicinissimo il tempo di Labeone”. Cfr. A. MANTELLO, *Futuro del passato o futuro attraverso il passato?* in Labeo, 34 (1988), 219 ss., in partic. 228] è presente ora in A. MANTELLO, *Lezioni di diritto romano I. Parte generale*, cit., 101 ss.

²⁴ A. MANTELLO, ‘*Beneficium servile*’ - ‘*Debitum naturale*’, loc.ult.cit.

²⁵ La maggior parte dei medici proveniva dalla Grecia e dall’Oriente ed erano per lo più schiavi o liberti, i quali monopolizzarono a lungo la professione medica, percependo un compenso elevato dai membri della aristocrazia romana, principali fruitori delle loro prestazioni [Cfr. K. VISKY, *La qualifica della medicina e dell’architettura nelle fonti del diritto romano*, cit., 31 ss; R. SOLETO, *Medici schiavi e medici liberi nell’antica Roma*, in *Pagine di storia della medicina*, 6, 1966, 103-118; M. I. FINLEY, *Schiavitù antica e ideologie moderne*, cit., 140 ss.]. In numerosi luoghi del Digesto sono trattate questioni relative ai medici liberti (D. 34.1.16.1; 38.1.26pr.; 40.5.41.6; 33.1.10.3). A tal proposito, v. M.I. FINLEY, *Schiavitù antica e ideologie moderne*, cit., 33-37. Secondo Giuliano (D.38.1.27) il liberto medico o pantomimo era obbligato a prestare la propria attività gratuitamente anche agli amici del patrono, poiché il patrono per potere utilizzare il suo lavoro non poteva dare continuamente feste o essere malato. Sull’argomento E.M. ŠTAERMAN - M.K. TROFIMOVA, *La schiavitù nell’età imperiale*, cit., 113-114.). I medici di condizione servile o libertina potevano essere locati dal dominus e dal patrono, dietro versamento di un corrispettivo, chiamato merces come quello percepito dagli artigiani (*artifices*). Nessun impedimento vi era, dunque, per le liberte che potevano, al pari dei liberti, almeno in età classica, esercitare la professione di medico: infatti la presenza di liberte *medicae* è confermata anche dalle fonti epigrafiche le quali le ricordano anche con la qualifica di *obstetrix* e *iatromea* (Cfr. N KAMPEN, *Image and status*, cit., 116-117). Inoltre le fonti testimoniano che lo strumento processuale a disposizione dei medici, così come delle *obstetrices* (D.50.13.1.2 Ulp. lib. 8 de omn. tribun. *Sed et obstetricem audiant, quae utique medicinam exhibere videtur*), dei *librarii* e dei *notarii* (D.50.13.1.7 Id. *...iam et libraris et notariis et calculatoribus sive tabulariis*), per esigere il salario era la *cognitio extra ordinem*, cioè la *cognitio straordinaria* dell’età imperiale che serviva anche per le pretese salariali dei professori (D. 50.13.1.1 Id. *Medicorum quoque eadem causa est quae professorum, nisi quod iustior, cum hi salutis hominum, illi studiorum curam agant: et ideo his quoque extra ordinem ius dici debet*). V. K. VISKY, *La qualifica della medicina*, cit., 37 ss.

*artes liberales*²⁶, non arrecavano disonore poiché richiedevano una maggiore intelligenza e procuravano grande utilità per la società. Soltanto esse, fra tutte le prestazioni intellettuali, erano da considerarsi, *honestae*²⁷, poiché si addicevano all'*honor* alla considerazione e posizione sociale della persona che le esercitava (*Quibus autem artibus aut prudentia maior inest, aut non mediocris utilitas quaeritur, ut medicina, ut architectura, ut doctrina rerum honestarum, hae sunt iis, quorum ordini conveniunt honestae*)²⁸.

Cicerone, dunque, nella classificazione delle varie attività, distinguendo *operae* da *artes*, riservava un posto particolare alle attività intellettuali, le quali proprio in quanto tali non sono oggetto di dispregio sociale.

Da un concetto asettico di *artes* contrapposto ad opera che consente di delineare la figura del *mercennarius* cioè del lavoratore libero subordinato, Cicerone passa, poi, a connotare sordida ed indegna di un uomo libero l'attività dei preposti alle officine.

²⁶ Per "*artes liberales*" devono intendersi quelle attività che in quanto tali erano degne di un uomo libero. [V. Sen. ad Luc. 88.2: *Quare liberalia studia dicta sint vides: quia homine libero digna sunt.* o secondo il pensiero di Posidonio "*Solae autem liberales sunt, immo, ut dicam verius, liberae, quibus curae virtus est*"(88.23)]. Tali erano la filosofia, la retorica e la grammatica (Quint. *Oratoriae Institutio*, 12.7 Proem.1). Ulpiano, ricomprende fra gli *studia liberalia* anche l'attività dei retori, dei grammatici e degli agrimensori, ove naturalmente fossero esercitate in maniera libera, disinteressata senza scopo di lucro perché altrimenti sarebbero diventate anch'esse disdicevoli, indegne degli *honestiores*. D.50.13.1pr. Ulp.8 de omn.trib. *Praeses provinciae de mercedibus ius dicere solet, sed praeceptoribus tantum studiorum liberalium. Liberalia autem studia accipimus, quae Graeci ελευθερια appellant: rhetores continebuntur, grammatici, geometrae.* Interessante è il riferimento alla *ελευθερια* greca, cioè alla libertà: questo implica l'esistenza di una stretta connessione fra le professioni indicate e la libertà ed è per questo che esse devono essere esercitate esclusivamente da uomini liberi. Sull'argomento F.M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori*, cit., 63-65 e nt.42 e 43.

²⁷ Galeno, nel suo trattato sull'apprendistato dell'arte, consiglia alle persone che non abbiano un'anima da bruto, di imparare un mestiere che le renda illustri oltre a fornire loro i mezzi di sussistenza: tali sono la medicina, la retorica, la musica ma anche l'artigianato in genere e l'insegnamento. Sull'argomento cfr. V. E.M. ŠTAERMAN - M.K. TROFIMOVA, *La schiavitù nell'età imperiale*, cit.,145.

²⁸ Cicerone lo abbiamo già detto non pone l'accento sulla retribuzione e sul vincolo di soggezione derivante dal contratto di locazione (come invece sostiene F.M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori*, cit., 180 e nt.97), ma piuttosto sul tipo di attività prestata. Un discorso analogo è fatto da Sen. ad Luc. 88.18: *...non enim adducor ut in numerum liberalium artium pictories recipiam, non magis quam statuarios aut marmorarios aut ceteros luxuriae ministros. Aequae luctatores et totam oleo ac luto constantem scientiam expello ex his studiis liberalibus; aut et unguentarios recipiam et cocos et ceteros voluptatibus nostris ingenia accomodantes sua.* La pittura non può ricondursi alle arti liberali, non perché la prestazione dell'opera avvenga dietro corresponsione della retribuzione (v. F.M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori*, cit., 66), ma perché essa non soddisfa la virtù. Seneca ha dunque riguardo all'elemento teleologico tanto è vero che i pittori sono tenuti nella stessa considerazione degli scultori, o dei marmorarii e degli altri *luxuriae ministros*. Il discorso è moraleggiante: le *artes* che soddisfano il lusso non sono liberali. Lo stesso deve dirsi per i lottatori, per i profumieri, i cuochi e tutti coloro che applicano il proprio ingeno per soddisfare la *voluptas*. La concezione è la stessa che abbiamo visto in Cicerone: tutte quelle attività che, pur implicando cognizioni tecnico scientifiche, siano dirette a soddisfare la *luxuria* o la *voluptas*, non sono annoverabili fra le *artes liberales* e pur non essendo sordide sono considerate di minor pregio.

Minime cioè di nessun rilievo devono considerarsi, poi, le attività che tendono a soddisfare i piaceri fisici (la *voluptas*) cioè quelle esercitate dai mercanti di pesci di mare, dai macellai, dai cuochi, dai salsicciari, dai pescatori, ai quali possono essere accostati gli unguentari e le schiere di attori e ballerini.

In ogni caso, soltanto l'agricoltura, fra tutte le attività esercitate a scopo di lucro, può essere considerata degna di un uomo libero²⁹, perché *omnium autem rerum ex quibus aliquid acquiritur, nihil est agricultura melius, nihil uberius, nihil dulcius, nihil homine libero dignius*.

I connotati ideologici connessi all'esaltazione dell'agricoltura, che pur non rientrando fra le arti liberali, è veramente degna dell'uomo libero, sono evidenti nel *Cato maior*³⁰, in cui la coltivazione dei campi assurge a vero ideale di vita: il contatto con la natura consente all'uomo quasi un ritorno all'originario stato di purezza, permettendogli di giungere alla virtù³¹.

²⁹ Sull'alta considerazione sociale in cui era tenuta l'agricoltura v. F.M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori*, cit., 87-92. La presenza di donne lavoratrici, schiave e liberte anche nelle aziende agricole è attestata dalle fonti che descrivono l'attività della *vilica* (CIL IX 163) preposta accanto al *vilicus* a capo della *familia rustica* (A tal proposito cfr. F. M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, cit., 199; ID., *La organizzazione e la tecnica produttiva*, cit., 25 ss.; R. MARTIN, «*Familia rustica*», cit., 276 s.; F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, II, Firenze, 1979, 286-287). Ella svolgeva la propria attività lavorativa sia sul fondo sia all'interno delle mura domestiche. In particolare Columella, il quale dedica a questa lavoratrice il 12 libro, oltre ad esaminare i doveri della *vilica*, prescrive le norme per la sua attività in casa. Qui il suo compito era quello di mantenere in ordine ed in efficienza la *domus rustica* nonché di provvedere alla lavorazione della lana sia personalmente sia ispezionando e coordinando il lavoro di altre donne. L'attività all'interno della casa avveniva nei giorni in cui le condizioni atmosferiche (pioggia, neve, freddo) non consentivano di recarsi sui campi con il marito. La funzione della *vilica*, infatti, era quella di amministrare l'azienda agricola del *dominus* dirigendo e sorvegliando il lavoro dei sottoposti, schiavi e liberi, affinché esso fosse il più intenso e continuativo possibile, ai fini del buon andamento dell'impresa agricola. Sui doveri della *vilica*, v. C. CASTELLO, *Sui rapporti tra «dominus» e «vilica» desunti dal «De agri cultura» di Catone*, in *Atti del Seminario Romanistico Internazionale (Perugia-Spoleto-Todi)*, Perugia, 1972, 117ss.; E. M. ŠTAERMAN - M.K. TROFIMOVA, *La schiavitù nell'età imperiale* cit. 39.

³⁰ Cic. de senect. 15-17.

³¹ Non credo si possano considerare 'patetici' i Romani, allorquando parlano dell'agricoltura, così come ha sostenuto de Robertis (*Lavoro e lavoratori*, cit. 87 s.: "Onore altissimo e considerazione illimitata trovò invece in ogni tempo l'agricoltura. I Romani diventano addirittura patetici quando ne trattano..."); il suo giudizio mi pare dettato da un atteggiamento preconcetto ed anti storico. Infatti l'esaltazione della vita campestre trovò ampio spazio in gran parte della letteratura nel periodo compreso fra gli ultimi secoli dell'età repubblicana e l'età augustea: atteggiandosi ora come ideale nostalgico di vita (si pensi alle Georgiche e Bucoliche, di Virgilio) ora come l'unica attività diretta alla formazione di ottimi cittadini e di buoni soldati: (Cato, de re rust. 4: "At ex agricolis et viri fortissimi et milites strenuissimi gignuntur, maximeque..."; Sen. ad Luc. 51.10: *Nullum laborem recusant manus quae ad arma ab aratro transferunt...*; Columella, de re rust. I, praef. 17: *...illa Romuli proles assiduis venatibus nec minus agrestibus operibus exercitata firmissimis praevaluit corporibus ac militia belli, cum res postulavit, facile sustinuit durata pacis laboribus semperque rusticam plebem praeposuit urbanae*). Mi sembra che in un periodo di profondi sconvolgimenti

Ed in questa visione anche il commercio se è esercitato su larga scala non è da condannare e diventa addirittura lodevole se il mercante, sazio dei guadagni ottenuti, sappia ritirarsi nei suoi possedimenti terrieri (*ut saepe ex alto in portum, ex ipso se portu in agros possessionesque contulit, videtur iure optimo posse laudari*)³².

Nessun riferimento, dunque, vi è alle lavoratrici anche se potrebbe argomentarsi che la specificazione sarebbe stata superflua perché il maschile comprende anche il femminile.

Spiegazione ovvia ma non del tutto accettabile, considerando la grande personalità di Cicerone che, credo, volutamente non prenda in nessuna considerazione il lavoro femminile, anche se di fatto comunque svolto.

Ma proprio questo silenzio, che, poi, sarà la costante di tutta la letteratura giuridica e che sarà rotto solo da qualche testimonianza di età classica, non può non condurci ad alcune riflessioni che andranno articolandosi nel corso di questa indagine.

Nel silenzio delle fonti giuridiche, dunque, le uniche attestazioni circa l'esistenza di attività lavorative delle liberte provengono dalla prassi e risalgono all'incirca al primo/secondo sec. d.C.

Diciamo subito che tali testimonianze evidenziano un dato non trascurabile: la maggior parte delle liberte lavoratrici apparteneva alle grandi famiglie imperiali e senatorie³³: all'interno delle quali continuavano a prestare la propria attività.

Numerosi, infatti, sono gli esempi nelle fonti epigrafiche³⁴ di liberte *sarcinatrices*³⁵, *tonstrices*³⁶, *ornatrices*³⁷, *obstetrices*³⁸, *iatromae*³⁹, *nutrices*⁴⁰, *linariae*⁴¹.

economici, politici e militari che caratterizzarono la storia di Roma, nel passaggio dall'età repubblicana a quella imperiale, l'unico elemento che poteva dirsi ancora immutato ed immutabile rimaneva la terra: il lavoro dei campi, consentiva all'uomo di vivere una vita pacifica e tranquilla, nonché dignitosa ma anche si poneva come fattore decisivo per la sopravvivenza e la crescita dell'ordinamento giuridico romano.

³² Come osserva Mantello (*Lezioni di diritto romano*, cit., 85 s.) "al di là del tono moraleggiante del discorso, è evidente come Cicerone sottintenda una gerarchia delle attività e come il commercio, lo scambio non abbiano un ruolo predominante rispetto alla proprietà terriera".

³³ Che le liberte appartenessero alle grandi famiglie imperiali e senatorie, all'interno delle quali continuavano a prestare la propria attività lavorativa è stato posto in evidenza da M. BUONOCORE, *Schiavi e liberti dei Volusii Saturnini*, Roma, 1984, 58 ss., 233 ss., con riferimento specifico alla famiglia dei Volusii.

³⁴ Nel riportare le fonti distinguerò fra iscrizioni in cui lo *status* di libertinità della donna appaia certo in base all'onomastica o alla indicazione dello *status* di liberta, e iscrizioni in cui la condizione della stessa non sia identificabile con sicurezza non potendosi applicare i criteri già ricordati. La dottrina prevalente in tema di iscrizioni (in particolare cfr. G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, op. cit.; H. SOLIN, *Die griechischen personennamen in Rom*, 1-3, op. cit.; I. KAJANTO, *The latin cognomina*, op. cit.; M. EICHENAUER, *Untersuchungen zur Arbeitswelt der Frau in der römischen Antike*, op. cit.; N. KAMPEN, *Image and status*, op. cit.), applica rigidamente i criteri suddetti: per cui ove essi non ricorrano, lo *status* della donna vaga fra l'incertezza e l'esclusione che possa trattarsi di una liberta.

A mio avviso il ricorso a tali criteri sia pure validissimo per gran parte dei testi epigrafici, non è esaustivo e potrebbe essere affiancato anche da altri elementi che costituiscano quanto meno la spia di uno *status* di libertinità della donna. In particolare ritengo di dovere segnalare tutte quelle iscrizioni in cui la menzione dello *status* di *coniux* potrebbe indurre a considerare la donna liberta.

Infatti l'appellativo *coniux* si riferisce in genere a persone che abbiano il *conubium* cioè la capacità di contratto nozze legittime [cfr. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, v.*coniux*, I, 790; TLL. v. *coniux (coiunx)*, IV, 341 s.]. anche se “des mots comme *uxor, coniux, vir* (surtout les deux premiers) sont fréquemment utilisés à propos d'unions serviles, donc parfaitement irrégulières...” (G.FABRE, *La vie familiale des affranchis*, in *Actes du colloque 1971 sur l'esclavage, Annales Littéraires de l'Université de Besançon*, Paris, 1973, 241ss.

In tal senso argomenta la dottrina prevalente (E. COSTA, *Le nozze servili nel diritto romano*, in *AG. 42* (1889), 215 s. in part.nt.4; Id. *Storia del diritto romano privato*, 128 s. in part.nt 5; E. POLAY, *Il matrimonio degli schiavi nella Roma repubblicana*, in *Studi in onore di G. Grosso*, III, Torino, 1970, 86 s) la quale afferma che la designazione normale per i servi unitisi fra loro è quella di *coniuges*, così come sarebbe confermato da tutte quelle iscrizioni che ricordano i servi *coniuges* vissuti in unioni aventi il carattere stesso del matrimonio (E. COSTA, *Storia del diritto romano*, cit., 128 ss. ed in part. nt.5).

Dalle iscrizioni tradizionalmente menzionate non sembra emergere in maniera incontrovertibile lo *status* servile della donna. Ad es. si prenda CIL XI.8676. “*Petronia Secunda sibi et Flavio Aug. vilico ... coniugi pientiss. cum quo vixit ann. XI sine querella et Flavio filio*”: in base ai criteri dell'onomastica il *coniux* dovrebbe essere una liberta, ma il termine *vilicus* può indurre a considerare la donna schiava. Sulla stessa linea si colloca E. POLAY (*Il matrimonio degli schiavi nella Roma repubblicana*, loc. ult. cit.) il quale afferma che dalle epigrafi provenienti da Roma concernenti i matrimoni fra schiavi una sola adopera l'espressione “*contubernalis coniux*” (CIL VI.2.7287); mentre in tutte le altre è usata solo il termine *coniunx* con riferimento allo stato dell'altro compagno di vita se cioè quest'ultimo sia schiavo, libero o anche il padrone della serva (Preciso che nelle fonti appare indifferentemente *coniux* o anche la sua variante *coniunx*, senza che per questo muti in qualche modo il significato).

Ma dalle dodici iscrizioni richiamate dalla suddetta dottrina per suffragare la tesi che *coniuges* fossero anche gli schiavi, non sembra emergere che la donna sia schiava perché in soltanto due si parla della donna indicandola “*conserva*” (CIL. VI.2.4350: *Chreste conservae et coniugi....*; CIL VI 11859: *conservae item coniugi suae*), in sette lo *status* della donna è considerato incerto [CIL VI. 4370: *Bellia Sympherusa*; H.SOLIN, *Die griechischen Personennamen in Rom* incerto, cit., 923); CIL VI.5178: *Raecia M.I.Mele*, H.SOLIN, *Die griechischen Personennamen in Rom*, cit., 1095; CIL VI.5192, *Statilia Helpis*, H.SOLIN, *Die griechischen Personennamen in Rom*, cit., 1205; CIL VI.5558: *Folia Trophime*, H.SOLIN, *Die griechischen Personennamen in Rom*, cit., 995; CIL VI.12053: *Antonia Hermaide*, H.SOLIN, *Die griechischen Personennamen in Rom*, cit., 341; CIL. VI.5884: *Sulpicia Tallusa*; CIL. VI.6596: *Statilia Felicula*) in tre si prospetta la possibilità che trattasi di liberte (CIL VI. 5198: *Claudia Cedne*, H.SOLIN, *Die griechischen Personennamen in Rom*, cit., 653; CIL VI.6596: *Statilia Felicula*; CIL VI.8453a: *Erucia Prepusa*, H.SOLIN, *Die griechischen Personennamen in Rom*, cit., 907) ed in una la donna è sicuramente una liberta (CIL VI. 4464: *Dionisia*, H.SOLIN, *Die griechischen Personennamen in Rom*, cit., 306). Quanto, poi, alle parole “*domino et coniugi bene merenti*” (CIL VI.2 8453/a) che per Polay “dimostrano chiaramente che la compagna-serva, era nello stesso tempo del suo proprietario” (p.87 nt.18), presupponendo così lo stato di serva della donna, a mio parere potrebbero piuttosto essere dettate da *reverentia* e *honor* cui la donna sarebbe stata tenuta, anche se fosse stata manomessa e fosse diventata la moglie del patrono e che la inducono a riferirsi allo stesso come se quest'ultimo fosse ancora il *dominus* e non, invece, il marito-patrono.

Naturalmente questo costituisce soltanto un esempio perché altri potrebbero essere gli elementi, in caso di impossibilità di ricorrere ai criteri principali, per argomentare circa lo *status* di liberta della donna (si pensi alla menzione dell'*heres* della donna: CIL VI.9721). Comunque nelle iscrizioni che ho citato mi è apparso degno di rilievo l'uso del termine *coniunx*, ben distinto da *contubernalis*, per potere ipotizzare che l'uso di tale espressione sia indicativo di uno *status* ben diverso da quello servile.

Non è possibile rinvenire criteri di identificazioni certa da applicarsi in maniera matematica, e pertanto viaggiamo soltanto nel campo del probabile e del plausibile data la ‘magmaticità’ della materia.

Pertanto nel riportare le iscrizioni ho collacato, accanto alle iscrizioni che appaiono certe, anche alcune in cui, a mio avviso, la donna potrebbe essere liberta sebbene, a tal proposito, la dottrina appalesi dubbi o escluda tale *status*.

³⁵ CIL V.2542: *sac(rum) dis man(ibus) Lucretiae M(arci) libertae Placidiae sarcinatrici*; CIL V. 2881: *L(ucii) Crimili Hila, L(ucius) Annius L(ucii) l(ibertus), Crimilia L(ucii) l(iberta) Phile, Rhavenas Philenaa sarcinatrix navi(cularius) Lemmo c(oniugi) r(arissimae) Aureli*; CIL VI.3988, *Diadumenus Liviae mensor dec(urio) dat Lochiadi Liviae sarcinatrici) coiugi suae* (probabile schiava: Eichenauer, 94 nt.4); CIL VI.4029: *Damalis Liviae sarcinatrix dat Alexandro viro suo ollam* (schiava: Eichenauer, 94 nt.4); CIL VI. 4467: *Tychius Marcell(ae) dec(urio) quaestor bis. Irena Marcellae l(iberta) sarcin(atrici)*; CIL VI 6351: *Phyllis Statiliae sacinatr(ix). Sophro coniugi suae merenti* (schiava: Eichenauer, 94 nt.4); CIL VI. 9038: *Fausta Liviae l(iberta) sarcinatrici*; CIL VI 9881: *Lasi l(iberta) Coponi sarcinatrici*; CIL VI. 9883: *Statilia Calliste sarcinatr(ix)*; CIL VI. 9884: *Matiae G(aiae) l(iberta) Prime coniugi suae sarcinatr(ici) ab sexaris vix(it) ann(is) XLVI*; CIL VI. 33907: *Prima Gratia sarcinatrici fecerunt) qui debuerunt* (probabile schiava: Eichenauer, 94 nt.4); CIL XI. 5437: *Mimisia G(aei) l(iberta) Dionysia sarcinatrici* (probabile schiava: Eichenauer, 94 nt.4).

³⁶ CIL VI.5865: *Dioniges Pomp(eianus) lectic? Iole Pomp(eiana) tonstr(ix) (status ignoto: Kampen, 118 nt.51; Eichenauer, 106 nt.5); CIL VI. 9493: dis (man(ibus) ... Mecia Flora mater l(ibertae) Paschusae tostrici*; CIL XII.4514: *M(arcus) Coelius M(arci) l(ibertus) Onesimus sibi et Primigeniae contubernali l(iberta) et Cerviae Fuscae matri tonsor(i)*.

³⁷ CIL II.1740: *Turpa Thyche ornatr(ix) cara suis. s(it) t(ibi) t(erra) l(evis). h(ic) s(epulta) e(st)* (Status ignoto: Eichenauer, 106, nt.5); CIL III.2116: *d(is) man(ibus)*; CIL V. 4194: *Aurelia Rufina Elpide ornatrici benemerenti: Clodiae L(ucii) l(ibertae) Priscae ornat(rici). Adscula Publicu(s) posuit*; CIL VI.3993: *Aucta Libiae l(iberta) ornatrici*; CIL VI. 3994: *Gemina l(iberta) Augustae ornatrici. Irene l(iberta) suae dat olla(m)*; CIL VI.4717: *Livia Calliste Liviae Nicenis ornayticis l(ibertae)*; CIL VI. 7296: *d(is) m(anibus) Elate ornatix Corneliae Volusiae v(ixit) a(nnis) XX. f(ecit) Hellenicus coniugi b(ene) m(erenti)* (schiava: Kampen, 118 nt.51; Eichenauer, 106 nt.4); CIL VI. 7297: *d(is) m(anibus) s(acrum) Panope ornatrici Torquate Q(uinti) Volusi vixit annis XXII... Spendo contubernalibus suis bene merentibus fecit* (schiava: Kampen, 118 nt.51; Eichenauer, 106 nt.4); CIL VI.8944: *Nice Liviae l(iberta) ornatr(ix) Aristo Liviae l(ibertus)*; CIL VI. 8957: *dis manibus Claudia Augustae l(iberta) Parata ornatrici v(ixit) a(nnis) XXVII. Ti(berius) Iulius Romanus, Ti(berius) Claudius Priscus, Nemidus Aug(usti) ser(vus) coiuges eius de suo*; CIL VI. 8958: *Iunoni Dorcadis Iuliae Augustae l(ibertae) verna Caprensis ornatricis*; CIL VI 8959: *d(is) m(anibus) Theosphoridi. vix(it) an(nis) XXV men(sibus) III d(iebus) XI. Domitiae Domitiani ornatrici Theopompus coiugi suae* (schiava: Kampen, 118 nt.51; Eichenauer, 106 nt.4); CIL V.8977: *d(is) m(anibus) Ael(ia Ce)ruol(a Aug(ustae) lib(erta) or(nat)rici) puer(or)um Caes(aris) n(ostri) q...*; CIL VI. 9174: *... auris Argenta ... a ornatrici ... r de suo posuit*; CIL VI. 9462 a 4: *Prima ornat(rici) l(iberta) (status ignoto, Eichenauer, 106 nt.5); CIL VI 9690: Morphe ornat(rici) vix(it) an(nis) XIX. Felix nomencl(ator) coniu(gi)libens et meritae* (schiava: Kampen, 118 nt.51; Eichenauer, 106 nt.4); CIL VI. 9726: *Anthis ornatrici an(nis) XII filia Antonia (na) l(ege) l(iberta) Eronis* (schiava: Kampen, 118 nt.51; Eichenauer, 106 nt.4); CIL VI. 9728: *Q(uintus) Lollius Eros Caetennius Fl(or) Sponde Caetennia sibi Bremonti v(ixit) a(nnis) VIII Laio filio Erotis ornatrici v(ixit) a(nnis) XIX m(ensibus) VI, Sperata ornatrici v(ixit) ann(is) XIII (status ignoto, Eichenauer, 106 nt.5); CIL VI. 9733: *(S)perata (o) rnatrici At... (vixit) an(nis) XXII (status ignoto: Kampen, 118 nt.51, Eichenauer, 106 nt.5); CIL VI. 9734: ... oero Crustidiae ornatrici (status sconosciuto: Eichenauer, 106 nt.5); CIL VI. 9736: ... i Nostia ... is Daphnidis l(iberta)... e Cleopatra ornatrici de vico Longo (status ignoto: Kampen Eichenauer); CIL VI. 13402: Prima ornat(rici) l(iberta)*; CIL VI. 33784: *d(is) m(anibus) Secundae Rufinae n(ostreae) et T(iti) Aug(usti) ornatrici vix(it) ann(is) XIX m(ensibus) VIII. cons(ervae) bene merenti duo Zosimi fecerunt* (possibile liberta, Kampen, 118 nt.51; Eichenauer, 106 nt.5); CIL VI. 37469: *Nostia G(aiae) l(iberta) Daphne ornatrici de vico Longo*; CIL VI. 37811: *d(is) m(anibus) Magnae Iuliae Proculae ornatrici benemerenti mulieri incomparabili fecit M(arcus) Caecilius Chrestus animae innocentissimae quae vixit annis XXII*; CIL VI. 37811 a: *d(is) m(anibus) Iuliae Proculae ornatrici benemerenti mulieri incomparabili fecit M(arcus) Caecilius Chrestus**

(status ignoto, Kampen, 118 nt.51; Eichenauer, 106 nt.6); CIL X. 1941: *Clymene orn(atrix) puerorum v(ixit) a(nnis) XV Lucrio Pison(is)*; CIL X.1942: *Valeria A(uli) et G(aiae) l(ibertae) Callityche ornatrix*.

³⁸ CIL VI.4458: *Hygia Marcellae l(ibertae) obstetrix*; CIL VI. 8192: *Sallustia Artemidori l(ibertae) Athen(ai)s opstetrix*; CIL VI. 8207: *Sallustia Q(uinti) liberta Imeria opstetrix.. Sallustius Q(uinti) l(ibertus) Artemidorus Arescusa fecit*; CIL VI.8947: *Antoniae Aug(ustae) l(ibertae) Thallusae opstetrix(i)*; CIL VI.8948: *Prima Liviae opstetrix Epicharis Maximi mater* (schiava: Eichenauer, 242 nt.7); CIL VI 8949: *Iul(iae) diva(e) Aug(ustae) l(ibertae) Seiae obstetrix*; CIL VI.9720: *Claudiae Trophim(ae) obstetrix T(itus) Cassius Trophimianus aviae et posterisque suis fecerunt.vix(it) ann(is) LXXV m(ensibus) V* (incerto se liberta o schiava: Eichenauer, 242 nt.10); CIL VI. 9721: *Caius Grattius Hilariae opstetrix l(ibertae) Plocamus a monte Esquilino*; CIL VI.9722 *d(is) m(anibus) Iuliae Veneriae opstetrix b(ene) m(erenti) fecit Iul(ius) he(res)* (probabile liberta: Eichenauer, 242 nt.4); CIL VI. 9723: *Poblicia G(aiae) l(ibertae) Aphe opstetrix. Ossa tibi bene quiescant. vixit annos XXI*; CIL VI.9724: *Antiu.... Alerie Syre que vixit annis XXXI cum quo fecit annos VIII et (de)posita pri(die) Idus Novembres a filia obstetricis* (incerto se liberta o schiava: Eichenauer, 242 nt.11); CIL VI.9725: *S... Oeni (o)pstetrix Me ... bene merenti*. (incerto se liberta o schiava: Eichenauer, 242 nt.12); CIL VI. 37810: *Sex(tus) Teidiu(s) Sex(ti) l(ibertus)) Ante(ros) Teidia Sexti (l(ibertae)) opstetri(x)*; CIL VIII.4896: *dis m(anibus) sac(rum) Irene obstetrix Fausti d(e) s(uo) s(ibi) medici v(ixit) a(nnis) XXXIII* (probabile liberta: Eichenauer, 242 nt.4); CIL VIII.5155: *Aeliae Victoriae obstetrici rarissimae piaae quae vixit annis XXI. h(ic) s(epultri) s(unt)...* (con) iugi et caris (probabile liberta: Eichenauer, 242 nt.4); CIL VIII. 15593: *d(is) m(anibus) s(acrum). Caelia Bonosa Mazica obstetrix marita castissima et pudicis(sima) vixit (a)nnis XXXVII m(ensibus) II hic sepulta est* (probabile liberta: Eichenauer, 242 nt.4); CIL VIII 25394: *(dis) m(anibus) s(acrum) t(emplum) t ... inia Victoria T...(b obs) tetrax p(ia) v(ixit) a(nnis) XLVIII L ... (q mensibus) VI d(iebus) XIII. h(ic) s(ita) e(st)* (incerto se liberta o schiava: Eichenauer, 242 nt.15); CIL X. 1932: *d(is) m(anibus) Coeliae Hagne obstetrici. M(arcus) Ulpius Zosimus coniugi sanctissim(ae)*; CIL X.3972: *Mariae G(aiae) et Suavitti l(ibertae) (P)eregrinae opstetrix*;

³⁹ CIL VI.9477: *d(is) m(anibus) Valeriae Berecundae Iatromaeae regionis primae q(uae) v(ixit) ann(is) XXXIII. Valeria Bitalis filia matri dulcissimae et P(ublius) Gellius Bitatio coigi sanctissimae b(ene) m(erenti) f(ecit) c(oniugi) r(arissimo) et sibi et Gellio Chresimo fratri et Iuliae Chreste sorori et ego Bitatio Chresten s(umpto) s(uo) quem vice filiae attendo et liberis eorum hoc monumentum et loci sealare cubiculi superioribus f(aciendum) c(uravit) et lib(ertis) lib(ertabus) q(ue) p(oste)r(is) q(ue) eorum Petrei... Bibas*; CIL VI.9478: *d(is) m(anibus) Valiae Calliste iatromaeae Caecilii Lusimachus coigi suae fec(it)* (incerto se liberta o schiava: Eichenauer, 242 nt.13).

⁴⁰ CIL II. 545: *Clovatia G(aei) liberta Irena nutrix in f(ron)te p(edum) XII in agr(o) p(edum) VIII*; CIL V.7277: *d(is) m(anibus) Cassiae Priscae Cassius Karicus nutrix bene merent(i) (status incerto liberta o ingenua: Eichenauer, 287 s.nt.10); CIL VI. 1354 Asinia Crispina C(rispini) f(ilia) Asinae Victoriae nutrix merenti (status incerto: Eichenauer 287 s.nt.23); CIL VI. 1516: L(uciae) Septimiae Patabiniane Balbille Tyriae Nepotille Odaenat(h)ianae c(larissimae) p(uellae) Aur(eli) Publinae Elpidia nutrix patronae dulcissime et amantissimae feliciter (status incerto: Eichenauer, 287 s. nt.24); CIL.VI. 4352: *Prima Augustae l(ibertae) nutrix Iuliae Germa(nici) filiae*; CIL VI.4457: *M(arcus) Aemilius Pauli l(ibertus) Demetrius. Valeria Zosima nutrix (status ignoto Kampen, 109 nt.6; incerto: Eichenauer, 287 s.nt.13); CIL VI 5063: Rubriae Eutythiae nutrix Helviae (status ignoto: Kampen, 109 nt.6; incerto: Eichenauer, 287 s.nt.18); CIL VI. 5201: Iulia Iucunda nutrix Drusi et Drusillae (status incerto: Eichenauer nt.15); CIL VI.5939: Arruntia L(ucii) l(ibertae) Cleopatra nutrix. L(ucius) Arruntius L(ucii) l(ibertus) Dicaeus conlacteus*; CIL VI. 6072: *Corelia Quinta Lentuli Cethegi nutrix (status ignoto: Kampen, 109 nt.6); CIL VI. 6686: dis manibus sacrum Ti(berio) Claudio Neothyso qui vix(it) annis XXIII dies XI... Ti(berius) Claudius Stephanus patrono bene merito de se Cacia Restituta nutrix eius et sibi et suis poterisque <sic> (status ignoto: Kampen, 109 nt.6; incerto Eichenauer, 287 s.nt.19); CIL VI. 7290: d(is) m(anibus) sacrum Prigenius L(ucii) Volusi L(ucii) f(ili) Saturnini serv(us) ab hospites et paedagog(us) pueror(um) Charidi cont(ubernali) s(uae) b(ene) m(erenti) T(itus) Iulius antigonus gener eius Spurinniae Niceni Torquartiana nutrix suae benemerenti sanctae piaae amantissimae fecerunt sibi et suis posteris(que)**

eor(um) (status incerto: Eichenauer, 287 s.nt.16); CIL. VI.7355: *Volusiae Ru... Volusia Philete nutrix bene merenti* (status incerto: Eichenauer, 287 s.nt.17); CIL VI. 7393: *Volusiae Stratonice L(ucii) Volusi L(ucii) f(ili) Saturnini pontif(icis) nutrici L(ucius) Volusius Zosimus f(ilius) matri suae piissimae fecit et L(ucio) Volusio Zosimo L(ucii) Volusi patru collactio <sic> Tampia Priscilla coniugi suo piissimo et sanctissimo fecit et sibi* (status incerto: Eichenauer, 287 s.nt.20); CIL VI. 8942: *Tatia Baucyl... (nu)trix septem lib(erorum pronepotum) divi Vespasian(i) (filiorum Fl(avii) Clementis et) Flaviae Domitil(lae uxoris eius divi) Vespasiani neptis a(ccepto loco e)ius beneficio hoc sephulcru(m <sic> feci) meis libertis libertabus po(sterisq(ue) eor(um))* (non menzionata da Kampen); CIL.VI.8943: *Valeria Hilara nutrix Octaviae Caesaris Augusti hic requiescit cum Ti(berio) Claudio Fructo viro suo carissimo. T(iberius) Claudius Primus et T(iberius) Claudius Aster bene merentibus fecerunt* (status incerto[liberta?]: Kampen, 109 nt.6; Eichenauer, 287 s.nt.14); CIL VI.9245: *Rubria Ichmas nutrix Quintaes Barbari f(iliae) decessit annor(um) L.fecit Daphnus T(iti) Rubri Rubri Nepotis cellarius* (status ignoto:Kampen); CIL VI. 9901b *Asinia Hos... nutrix Agrippi(nae))(status incerto: Eichenauer, 287 s. nt. 21); CIL VI.12023: M(arcus) Antonius Tyrannus sibi et Antoniae Arete contubernali suae nutrici m(atri) Antoni Flori* (status incerto: Eichenauer, 287 s.nt.25); CIL VI.13683: *Caecilia Marcia nutrix* (status ignoto: Kampen, 109 nt.6); CIL VI. 14558: *Cassia L(ucii) l(iberta) Zmyrna nutrix v(ixit) a(nnis) XXIX*; CIL VI.16128: *Cornelia Prima nutrix Scipionis* (status ignoto: Kampen, 109 nt.6); CIL VI.16329: *L(ucius) Cornelius Ummidianus Furiar Silvinae nutrici Ummidiani fili sui piissimae* (status ignoto:Kampen, 109 nt.6); CIL VI. 16440: *d(is) m(anibus) Corneliae Quetulae nutrici b(ene)m(erenti). Ti(berius) Cl(audius) Saetida Cetegus fecit* (status ignoto:Kampen., 109 nt.6); CIL VI.16470: *Cornelia Fausti l(iberta) Urbana nutrix Faustae. Dio fecit infelix, quem de subito reliquisti miserum* (schiava: Kampen, 109 nt.6; status incerto liberta o ingenua; Eichenauer, 287 s.nt.22); CIL VI.17157 *d(is) m(ani)bus s(acrum) Eminentis.vixit mensib(us) XI.fecit Valeria Hygia.* (status ignoto: Kampen, 109 nt.6); CIL VI.18032: *d(is) m(anibus) P(ublio) Flavio Crescenti P(ubl)ii Flavi Amaranti Filio vix(it) an(nis) VII d(iebus) I hor(is) X. Flavia Euphrosyne mamma idem nutrix fecit* (status incerto [liberta?]: Kampen, 109 nt.6; incerto se libera o liberta Eichenauer, 287 s.nt.30); CIL VI.18073: *dis manibus Flavio Gamo. vix(it) ann(is) XIII.fecer(unt) T(itus) Abascantus avs <sic> et M(arcus) Cocceius Philetus pater et Flavia Nais nutrix* (status incerto: Eichenauer, 287 s.nt.26); CIL VI. 19155: *Hateria Hellas nutrix* (status incerto [liberta?]: Kampen, 109 nt.6; status incerto, Eichenauer, 287 s.nt.31); CIL VI. 20883: *Iunia Glaphyrae nutrici karissimae Iunius Iulianus* (status incerto[liberta?]:Kampen, 109 nt.6; status incerto: Eichenauer, 287 s.nt.32); CIL VI.21347: *d(is) m(anibus) Licinia Processae matri piae nutrici dulcissimae Crescens fecit* (status incerto [liberta?]: Kampen, 109 nt.6; status incerto: Eichenauer, 287 s. nt.33); CIL VI.21661: *Lucretia G(aii) l(iberta) Lais nutrix vix(it) an(nis) XXX.*; CIL VI.21710: *d(is) m(anibus) Lusiae Ampelidi nutrici* (status ignoto: Kampen, 109 nt.6); CIL VI. 21988: *Manlia Severa Manliae Lucundae nutrici* (status ignoto: Kampen, 109 nt.6); CIL VI.23128: *d(is) m(anibus) Numisiae Fortunatae Fl(avia) Daphne nutrici filii sui fecit* (status ignoto: Kampen, 109 nt.6); CIL VI 23458: *M(arcus) Onerius M(arci) l(ibertus) Philagur(us) nutricis Paulinae vir. Fabia Eutyichis Pauline nutrix* (status ignoto: Kampen, 109 nt.6); CIL VI.23589: *d(is) m(anibus) Oscia Sabina Threpeto alumno nutrix infelicissima Lamyra mater fecerunt* (status incerto[liberta?]: Kampen, 109 nt.6; status incerto:Eichenauer, 287 s.nt.27); CIL VI.24073: *Philenis L(ivi) l(iberta) nutrix*; CIL VI.24297: *...tia G(aiae) l(iberta) Ploce vix(it) ann(is) XX Augurinae nutrix* (status ignoto: Kampen, 109 nt.6); CIL VI 25301: *d(is) m(anibus) G(aius) Q(uintus) Eufemus Aeliae Tycheni coniugi bene merenti fecit, quae vixit an(nis) XIV et G(aiae) Q(uintae) Herrmiae, quae vixit an(nis) III mens(ibus) IIII die(bus) VIII benem(erenti) fecit Quintia Parthenope nutrix et P(ublius) Farsuleius Isidoro tata* (status incerto [liberta?]) Kampen, 109 nt.6; status incerto: Eichenauer, 287 s. nt.34); CIL VI 26539: *Sextia Thais nutrix T(iti) Sexti Magi Laterani fecit sibi et suis libertis libertasque posterisque eorum* (status ignoto: Kampen, 109 nt.6); CIL VI. 27262: *d(is) m(anibus) Terentiae Thisbe Terentia Selicia nutrici Lactaria* (status incerto, Eichenauer, 287 s.nt.35); CIL VI.28381: *Vatronia Arbuscola nutrix Cerceniae Primo filio locum sumpsit* (status ignoto: Kampen, 109 nt.6); CIL VI.29497: *d(is) m(anibus) Voluminae Dynamidi Volumnia C.f(ilia) Procla nutrici assae et lib(ertae) v(ixit) a(nnis) CV*; CIL VI. 29550: *d(is) m(anibus) Volusiae Feliciae*

Non mancano, però, liberte impegnate nelle mansioni più varie: *piscatrices*⁴², *vestificae*⁴³, *clavariae*⁴⁴, *negotiatrices*⁴⁵, *negotiatrices frumentariae* e *leguminariae*⁴⁶, *linariae*⁴⁷, *lanipendae*⁴⁸, *purpurariae*⁴⁹, *quasillariae*⁵⁰, *furnariae*⁵¹, *tesserariae*⁵².

Torquates nutrici fecit Verecundus filius matri benemerenti (status incerto: Eichenauer, 287 s.nt.28); CIL VI.34143b: Novelliae Atticillae Q(uintus) Novellius Clust.Callinicus filius matri et nutrici fecit (status incerto [liberta?]: Kampen, 109 nt.6; status incerto: Eichenauer, 287 s.nt.36); CIL VI.34383: Ammonius Ammoni f(ilius) vix(it) ann(is) II m(ensibus) III. posuit Memmia Ephesia nutrix (status ignoto: Kampen, 109 nt.6); CIL VI.35037: d(is) m(anibus) s(acrum) A(ulus) Cornelius Pumidius Magnus fecit Pumidiae Atticae nutrici suae mulieri optimaе et sibi et libert(is) libertabus(que) posterisq(ue) eorum. se bibo fecit (status incerto [liberta?]: Kampen, 109 nt.6; status incerto: Eichenauer, 287 s. nt. 37); CIL X. 2669: Lucceia Herophil(i) Balbi l(iberta) nutrix P(ublius) Carpinari(us) P(ublili) l(ibertus) Hilarus; CIL X.2185: d(is) m(anibus) Caeciliae Euphraesia Sabina nutrici suae b(ene) m(erenti) f(ecit) (status incerto: Eichenauer, 287s. nt.8); CIL X.3112: d(is) m(anibus) Victoria que vixit annos V et menses II d(ies) XX. Servea Marcellina nutrix ben(e) fecit (status incerto: Eichenauer, 287 s.nt.9); CIL X. 6006: L(ucio) Burbuleio L(ucii) f(ilio) Quir(inali)... Rasina Pietas nutrix filiar(is) eius s(ua) p(ecunia) p(osuit) l(oco) d(ato) d(ecreto) d(ecurionum); CIL XII 4797: vivit M(arcus) Fabi(us?) Stabilio Fabio Filaguro patri suo et Pompeiae l(audabili) f(eminae) Tertulin... uxori et Fabiae Rusticae nutrici Ap... mater iin fr(onte). (status incerto: Eichenauer, 287 s.nt.11).

⁴¹ CIL V.5923: *G(aius) Cassius Sopater linarius sibi et Cassiae G(aiae) l(ibertae) Dmesticae linariae Apatronae et Cassiae Suav(ili)l... et Cassiae Primigen(iae) l(inariae? o libertae?).*

⁴² CIL VI.9801: *Aurelia C.l. Nais piscatrix de horreis Galbae C.Aurelius C.l.Phileros patronus l.Valerius L.l. Secundus.*

⁴³ CIL VI.9880 CIL VI.923: *Livia Aug(ustae) l(iberta) Phyllis vestifica; CIL VI.963b: Agriae Thryphosae vestifica Livius Theona ab epistulis Graec(is) scriba a lib(ris) pontificalibus coniugi sanctissimae b(ene) d(e) s(e) m(erenti); CIL VI. CIL VI. 9744: ...onis l(iberti) Charitoni paedagogo t... Athhenais Tulliae l(ibertae) ... l(lodioni) vestifica Ec... cae benemeritae vix(it)...*

⁴⁴ CIL V.7023: *v(iva) f(ecit) Cornelia L(uci) l(iberta) Venusta clavaria sibi et P(ublio) Aebutio M(arci) f(ilio) Stel(latina tribu) clavarario Aug(gusti) vir(o) et Crescenti libertae et Muro ni delicatae. Al riguardo E. M. ŠTAERMAN, M. K. TROFIMOVA, La schiavitù nell'età imperiale, cit., 121.*

⁴⁵ La *negotiatrice* è ricordata, in CIL VI.981: *Megiste negotiatrice*; CIL XII 4496: *Leoni negotia(trici) uxori vivit Sexto) Avio communis*, dove però non vi è alcuna riferimento allo status giuridico delle donne. Anche nelle fonti giuridiche vi è il riferimento esplicito alla donna imprenditrice: in D.34.2.32.4. si parla della *testatrix negotiatrice* ed in D.3.5.3.1-3 delle *mulieres* e dei soggetti di entrambi i sessi. D. 34.2.32.4. Paul. 2 ad Vitell. *Idem, cum quaereretur de tali legato: hoc amplius filia mea dulcissima e medio sumito tibi que habeto ornamentum omne meum muliebri cum auro et si qua alia muliebra apparuerint, cum testatrix negotiatrice fuerit, an non solum argentum, quod in domo vel intra horreum usibus eius fuit, legato cedit, sed etiam quod in basilica fuit muliebri.* D.3.5.3. 1-3 Ulp. lib. 10 ad Ed. *Haec verba 'si quis' sic sunt accipienda 'sive quae': nam et mulieres negotiorum gestorum agere posse et conveniri non dubitatur. 'Negotia' sic accipe, sive unum sive plura. 'Alterius', inquit: et hoc ad utrumque sexum refertur.*

⁴⁶ CIL VI.9683: *dis manibus Abudiae M(arci) lib(ertae) Megiste piissimae fec(it) M(arcus) Abudius Luminaris patronus idemque coniux bene merenti negotiatrici frumentariae et leguminaria ab scala Mediana sibi et libertis libertabusque posteris(que) et M(arco) Abudio Saturnino filio trib(u) Esq(uilina) seniorum vixit annis VIII.*

⁴⁷ CIL V. 5923: *G(aius) Cassius Sopater linarius sibi et Cassiae G(aiae) l(ibertae) Domesticae linariae Apatronae et Cassiae Suav(ili)l... et Cassiae Primigen(iae) l(inariae? o libertae?).*

Le iscrizioni, dunque, attestano la possibilità per le liberte di svolgere attività economica.

Le fonti giuridiche, invece, al proposito tacciono, anche se non bisogna dimenticare che la legislazione Giulia equiparava le donne venditrici professionali alle prostitute⁵³, in quanto esercitavano attività considerate socialmente disdicevoli e degradanti, tali da

⁴⁸ CIL VI.9498: *d(is) m(anibus) Iuliae Soteridi lanipendae v(ixit) a(nnis) LXXX. fecerunt M(arcus) Iulius Primus, Iulia Musa, Iulia Thisbe, Iulia Ampliata, Iulia Roman(a)*; CIL IX 31157: *Lucilia Benigna lanipen(da) viva sibi et Urb... argentario.*

⁴⁹ CIL II 1743: *d(is) m(anibus) s(acrum) B(a)ebia Veneria (pur?) peraria ..avo dulcis ann(is) XXV. B(a)ebius Veneriosus a nn(is) I m(ensibus) III. s(it) v(obis) t(erra) l(evis)*; CIL VI.9846: *Ap(pii) Clodi Philonici Euraniae Mu... purpurarii de vico*; CIL VI.9848: *n(umerus) n(oster) l(ibertarum) ... Vicaria A. l(iberta) Creste purpurar(ia)*; CIL XIV 2433: *L(ucio) Plutio L(ucii) l(iberto) Eroti purpuraria de vico Tusco Plutia L(ucii) l(iberta) Auge fecit sibi et Veturiae C. C. l(ibertae) Atticae.*

⁵⁰ CIL VI.6340: *Auge Sura quasillari(a)*; CIL VI.6342: *Italia quasillaria vixit ann(is) XX. Scaeva tabellarius Tauri coniugi suae fecit*; CIL VI.6343: *Messia Dardana quasillaria. fecit Iacintus unctor Dardanus.*

⁵¹ CIL VIII. 24678: *L(ucius) Atilius L(ucii) l(ibertus) Hiero furnari(us) Valeria G(aiae) l(iberta) Euterpe furnaria vivit G(aius) Valerius G(aii) l(ibertus) Dionisius Triari vivit*; CIL IX.4721/2 *Fonteia G(aiae) l(iberta) Gnome Fonteia G(aiae) l(iberta) Fausta furnaria in fr(onte) p(edes) XII.*

⁵² CIL V.7044: *d(is) m(anibus) Antistiae G(aiae) l(ibertae) Delphidis tesser(ariae) lignar(iae) sodalici marmorarior(um).* Questa iscrizione attesta, in particolare, che anche le liberte lavoratrici al pari degli uomini potevano entrare a far parte dei collegi professionali. È interessante notare che il socio Antista non soltanto è di sesso femminile ma svolge un professione diversa (*tesseraria*) da quella degli altri membri dell'associazione (*marmorarii*). Sembra infatti che i collegi professionali non fossero riservati esclusivamente agli appartenenti ad una determinata categoria professionale, ma ammettevano anche i lavoratori che esercitavano un mestiere diverso rispetto a quello dal quale l'associazione prendeva il nome (Al riguardo, cfr. F.M. DE ROBERTIS, *Diritto associativo romano*, cit., 28). Ciò perché il fine delle associazioni professionali molto probabilmente non era di carattere economico, ma di carattere sociale in quanto tendeva a soddisfare i bisogni della vita sociale e le esigenze religiose dei soci a prescindere dall'attività lavorativa da essi effettivamente svolta (Cfr.; WALTZING, *Étude historique sur les Corporations professionnelles chez les romains, depuis les origines jusqu'à la chute de l'Empire d'Occidente*, Louvain, 1895-1900, 69-78; F. M. DE ROBERTIS, *Diritto associativo*, cit., 27ss.; Id., *Storia sociale*, cit., 77, 199, 359; MONTI, *Lineamenti di storia delle Corporazioni*, Bari, 1936, 85 ss.). Inoltre, anche alle liberte era consentito organizzarsi in *collegia* per alcune determinate attività loro riservate (*Sociae mimae*: CIL VI.10109 [*sociarum mimarum in fr(onte)p(edes) XV in agr(o) p(edes) XII*]; *Canoforae*: CIL IX.2480 [*d(is) m(anibus) Enniae Prisce col(liberta) canofora R.U...M...*]). A tal proposito cfr. F.M. DE ROBERTIS, *La organizzazione e la tecnica produttiva*, cit., 160. In alcune fonti tarde (CTh.15.7.1; 15.7.2, 15.7.8), poi, si riconosce la possibilità alle attrici di liberarsi dal vincolo del collegio allorché fossero diventate cristiane o avessero cambiato vita, diventando oneste. Inoltre le attrici che fossero ritornate sulla via della perdizione, venivano ad essere richiamate nei corpi associativi (CTh.15.7.8). considerate di pubblica utilità per lo Stato, anche se infamanti per chi le esercitava.

⁵³ D.23.2.43.9 Ulp.1 ad l. I et P.: *Si qua cauponam exercens in ea corpora quaestuararia habeat (ut multae adsolent sub praetextu instrumenti cauponii prostitutas mulieres habere), dicendum hanc quoque lenae appellatione contineri..* v. F.M. DE ROBERTIS, *La organizzazione e la tecnica produttiva*, cit., 159 e nt.15.

attribuire ad esse pessima fama (si pensi alle liberte ostesse e *popinariae*⁵⁴). Così l'aspetto lavorativo veniva ad essere preso in considerazione dal diritto sia pure indirettamente nell'ambito della politica augustea riformatrice dei costumi.

Esaminiamo, adesso, alcune testimonianze provenienti dalla prassi commerciale ed in particolare le *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* (TPSulp.)⁵⁵ secondo la nuova sistemazione data da Camodeca

A) Di particolare interesse sono le tavolette che riportano i *nomina arcaria*⁵⁶.

I) TPSulp. 60-62

Trattasi del primo documento intero che ci è pervenuto di *nomen arcarium cum fideiussione*.

1) TPSulp.60 (TP.73 + 72 + 127). Trittico

Tab.I, pag.2- tab.II, pag.3 (*graphio, scriptura interior*)

TABELLAE TITINIAE A[NTRACIDIS]

Exp(ensos)

Eupliae Theodori f(iliae) [HS ∞ DC]

Meiliacae tutore aucto[re]

⁵⁴ CIL XIV. 3709: *dulcis... (l)atet hoc Amemone sepulchro (fama ultra fines) patriae popinaria nota q(uam) prop(ter) mul(iti) Tibur celebrare solebant (iam summus frangilem) (vi)tam deus abstulit illi (aetherisque auris anim)am lux alma recepit. (hunc titulum feci) ... nus coiugi sanctae. (nomen enim fas est) restare semper in aevom.*

⁵⁵ Trattasi di tavolette cerate dell'archivio puteolano dei Sulpicii, rinvenute in località Murecine. Le tavolette rappresentano la forma di documentazione propria di Roma allorché si passa dall'oralità alla scrittura. V. G.I.LUZZATO, v. "Tabulae", in *NNDI*, 17, Torino, 1982, 1018 ss. La nuova numerazione dei documenti da 1 a 127 preceduta dalla sigla *TPSulp.* (*Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*) è stata adottata da Camodeca e sostituisce quella precedente *TP.* data dai primi editori, C. Giordano e F. Sbordone. Sull'argomento v. G. CAMODECA, *L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, Napoli, 1992, 1 e 6 e in part. nt. 12 e 13; ID., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica all'archivio puteolano dei Sulpicii*, II, Napoli, 1999, *Premessa* nonché, per la storia del rinvenimento dei testi, p.11 ss.

⁵⁶ Per *nomina arcaria*, devono intendersi le registrazioni di credito nei quali l'*expensum* era il risultato di una effettiva *numeratio pecuniae* che aveva come corrispondente un effettivo *acceptum* ed in cui l'obbligazione nasceva dalla *numeratio* stessa e non dalla registrazione sui libri contabili del creditore. Essi non creavano obbligazioni ma avevano carattere meramente probatorio in quanto servivano al creditore per avere la prova dell'avvenuto contratto di mutuo. Gaio li chiama *nomina arcaria* per affermare che il danaro deriva direttamente dalla cassaforte (*ex arca*) del creditore e ne parla a proposito dei *nomina transcripticia*, fonti di obbligazioni letterali, dai quali devono distinguersi. Gai.3.131-132. *Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur. In his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia: numeratio autem pecuniae rei facit obligacionem. Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere. 132. Unde non proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur: quod genus obligationis iuris gentium est.* Sull'argomento cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Le tavolette cerate di Ercolano e i «nomina arcaria»*, in *Mélanges Tisserant*, Città del Vaticano, 1964, 9 ss.= *Studi epigrafici e papirologici*, Napoli, 1974, 673 ss.; G. CAMODECA, *L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, Napoli, 1992, 203 ss.

- 5 *Epichare Aphrodisi f(ilio) Athe[niensi];*
petit et numeratos acce[pit]
domo ex r[i]sco⁵⁷.
Ac(ce)p(tos)

pag.3

- Risco (vac.) [HS ∞ DC]*
Eos HS ∞ DC nu[mmos, qui s(upra) s(cripti) s(unt)],
interrogant[e Titinia Antracide],
fide sua esse ius[sit Epichares Aphrodisi]
5 *f(ilius) Atheniensis p[ro Euplia Theodori f(ilia)]*
Meliacae Ti[tinia]e Antracidi].
Ac[tum Puteolis XIII k(alendas) Apr(iles)] (20 marzo 43)
Sex(to) Palpellio [Histro, L(ucio) Pedanio]
Se[condo co(n)s(ulibus)]

Tab.III, pag 5 (*graphio, scriptura exterior*)

- [TABELLAE TITINIAE ANTRACIDIS]*
[Exp(ensos)]
[Eupliae Theodori f(iliae) Me]leacae [t]uto[re (vac.) HS ∞] D[C]
[auctore Epichare Aph]rodisi f(ilio) Ath[eniensi];
5 *[petit et numerat]os accepit ipse do[mo] e[x]*
[risco. Ac(ce)p(tos)].
[Risco] (vac.) HS ∞ D[C];
[Eos HS ∞ DC n(ummos), q(ui) s(upra) s(cripti) s(unt), inter]rogante Titinia [An]=
[tracide fide sua esse i]ussit [Epi]chares A[phrodi]=
[si f(ilius) Atheniensis pro Euplia Theod]ori f(ilia) Mel[iaca]
[Titinia]e Antracidi]
[Actum Puteolis] XIII k(alendas) Ap[r(iles)], (20 marzo 43)
[Sex(to) Palpellio Histro, L(ucio) Pedanio Secundo co(n)s(ulibus)].

- 2) TPSulp.61(TP43[=110 + 96]). Trittico (20 luglio 43).

Tab.II, pag.3 (*graphio, continuazione della scriptura interior*); tab.2 pag.4

- Arcae (vac.) HS D;*
Eos HS D nummos, qui s(upra) s(cripti) s(unt), interrogant[e]
C(aio) Sulpicio Cinnamo, fide sua esse iussit
Epichares A[p]hr[o]disi f(ilius) Athenaeus pr[o]
5 *Euplia [T]h[e]odori f(ilia) Meliacae C(aio) Sulpicio*
Cinnamo. (vac.) Est autem ea pecunia

⁵⁷ Il termine *riscus*, usato anche da Ter. Eun. 754 (*in riscio: odiosa cessas*) e da Ulp. D.34.2.25.10(*...continentur eo specula matulae unguenta vasa unguentaria et si qua similia dici possunt, veluti lavatio riscus...*) indicerebbe, al pari di *arca*, la cassa, forziere. In tal senso v. G. CAMODECA. *L'archivio puteolano dei Sulpici*, cit., 215 nt.29.

[p]raetor al[i]as summas, quas Euplia et
Epichares debent eidem C(aio) Sulpicio Cinnamo
[et] Titinia[e] A[nt]racidi.

[Actum Puteol]is XIII k(alendas) Aug(ustas), 20 luglio 43
[S]ex(to) P[a]lpel[lio Hist]ro L(ucio) Pedanio Secundo co(n)s(ulibus)

pag.4

L(ucii) Faeni La+++++

C(aii) Iuli Erotis Bo++

[- - -]

C(aii) Hosti Maronis

5 [- - - - -]

[- - - -] Fortunati

[- - - - -]

3) TPSulp. 62 (TP 5+107+111). Trittico (20 marzo 42)

Tab.II, pag.3 (*graphio*, continuazione della *scriptura interior* di Tab.I pag.2, perduta)

Eos HS ∞, q(ui) s(upra) s(cripti) [sunt, in]terro[gante] C(aio)

Sulpicio K[innamo], Epic[h]are[s]

Aphrodisi f(ilius) [Athen(iensis)] f[ide] sua esse

iussit pr[o Euplia] Theodori <f(ilia)> ab

5 Melo C(aio) Sul[picio Kin]namo.

(vac.)

Act(um) Puteol(is) X[I]II k(alendas) Apriles,

[C(aio) Caecina Largo C(aio) Cestio co(n)s(ulibus)

20 marzo 42

Le tre tavolette⁵⁸ testimoniano che anche le donne ed in particolare le liberte potevano porre in essere negozi giuridici.

Trattasi della *tabella Titinae* (e non più *Euplia*)⁵⁹, così denominata perché il creditore in TPSulp. 60 non è Cinnamo, come in passato era stato sostenuto⁶⁰, ma

⁵⁸ Su di esse v. G. CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpicii*, loc.ult. cit.; ID., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica all'archivio puteolano dei Sulpicii*, cit., 152-157; nonché da ultimo J. F. GARDNER, *Women in Business life. Some Evidence from Puteoli, Female networks and the public sphere in Roman society*, ed. by Päivi Setälä and Liisa Savunen, in *Acta Instituti Romani Finlandiae* 22 (1999), 17 s.

⁵⁹ Nella intitolazione del *nomen* non troviamo più *Tabellae Eupliae*, con il nome della debitrice adottato da L. BOVE, *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpici*, Napoli, 1984, 154; ID., *Tabellae Eupliae. Testationes ex codice accepti et expensi*, in *Sodalitas, Studi A. Guarino*, Napoli, 1984, 1861. L'intestazione corretta è per Camodeca (*L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 211) *Tabellae Titinae*. La lettera A che segue il gentilizio può essere integrato con il *cognomen* A[nt]racidis] o con l'indicazione della libertinità A(uli)[l(ibertae) Bacidis]. Le due soluzioni sono intercambiabili: il fatto che Titinia fosse una liberta porta, comunque, ad escludere che con quella A si volesse indicare il patronimico. Sulla problematica, v. G. CAMODECA, *L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 199 ss. ed in part. 211-212.

⁶⁰ V. L. BOVE, *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpici*, loc.ult.cit.; ID., *Tabellae Eupliae. Testationes ex codice accepti et expensi*, loc.ult.cit.

una donna della gens *Titinia*, molto probabilmente una liberta a giudicare dal *cognomen* greco *Antracis* (o *Bacchis*)⁶¹.

Il contenuto delle tre tavolette, in base alla ricostruzione effettuata, appare essere il seguente: *Euplia*, una donna greca di Milo, con il suo tutore e fideiussore *Epichares* aveva ricevuto 1000 sesterzi da Cinnamo, il 20 marzo 42 (TPSulp.62); esattamente un anno dopo, il 20 marzo 43, aveva ricevuto 1600 sesterzi da *Titinia* (TPSulp.60) ed il 20 luglio 43 altri 500 sesterzi da Cinnamo (TPSulp.61).

Ciò che rileva è che *Titinia* appare creditrice, insieme con Cinnamo, di *Euplia* e del suo fideiussore⁶². La circostanza che la tavoletta sia stata rinvenuta nell'archivio dei *Sulpicii*, anziché di *Titinia*, non deve stupire perché molto probabilmente, essa doveva avere delegato Cinnamo, nella sua qualità di banchiere, a che riscuotesse il suo credito da *Euplia*. Rilevante è la corrispondenza fra *Exp(ensos)* seguito dal nome del debitore (*Eupliae*) al dativo e *Ac(ce)ptos* seguito dal dativo di arca (*arcae*)⁶³: il primo indicherebbe la registrazione del creditore a favore di *Titinia*, il secondo la controregistrazione del danaro incamerato nelle casse del debitore⁶⁴.

⁶¹ In relazione all'onomastica nell'archivio dei *Sulpicii*, v. da ultimo G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica all'archivio puteolano dei Sulpicii*, cit., 26 ss. Per il sistema onomastico latino, cfr. I. KAJANTO, *The Latin Cognomina*, Roma, 1982 (rist.), 19 ss.; L.R. MENAGER, *Systemes onomastiques, structures familiales et sociales dans le monde Greco-Romain*, in *SDHI*, 46 (1980), 147-235.

⁶² Degna di rilievo è la circostanza che il *nomen arcarium* è fatto da una peregrina e che la donna appaia sotto tutela in un periodo in cui la *tutela mulierum* aveva scarsa importanza pratica. La necessità di un tutore per le donne peregrine è attestata da Gai.1.193. *Apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminae, sed tamen plerumque quasi in tutela sunt: ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier contrahat, maritum auctorem esse iubet aut filius eius puberem*. Il giurista osserva che per le donne sposate tutore era il marito o il figlio. Nella testimonianza oggetto di analisi è lecito pensare che i due greci menzionati, esponenti come rileva Camodeca (*L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 1992, 217) di quella categoria di peregrini stabilitisi a Pompei dove svolgevano attività commerciale, fossero stretti fra loro da un vincolo di coniugio o di parentela e che, pertanto, l'ateniese *Epichares*, *Aphrodisi filius*, *fideiussor* e *tutor auctor* di *Euplia*, *Theodori filia*, *Meliaca*, fosse nel contempo il marito o il figlio. Ciò in perfetta corrispondenza con Gai. 1.193. Sull'argomento G. Camodeca, *L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 216-217; ID., *Tabellae Eupliae. Testationes ex codice accepti et expensi*, cit., 156-157. Su Gai.1.193, cfr. P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum. I. Profili funzionali*, Torino, 1976, 41 con ampia bibliografia a nt.22. Per l'istituto tutelare nel diritto greco, cfr. A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens. I. The family and property*, Oxford, 1968, 108 ss.

⁶³ Sul punto v. G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica all'archivio puteolano dei Sulpicii*, cit., 151 che parla, al riguardo, di *dativus commodi*.

⁶⁴ Una diversa interpretazione del formulario ricostruito da Camodeca, è stata data di recente da P. GRÖSCHLER (*Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herculanensischen Urkundenfunden*, Berlin, 1997, 92 ss.), il quale ha ipotizzato che questi documenti servissero a provare uno spostamento di danaro fra tre soggetti e non fra due; il rapporto sarebbe stato trilaterale in quanto *Titinia* avrebbe delegato Cinnamo ad effettuare il versamento in favore di *Euplia*. Di conseguenza *Acceptum riscolarcae* indicherebbe "la controregistrazione a carico di *Titinia* e a favore della banca della somma che questa aveva versato alla debitrice *Euplia* per conto di *Titinia*". Perplesità alla tesi di GRÖSCHLER sono espresse da G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica all'archivio puteolano dei Sulpicii*, cit., 152, ed in part. nt.30

La testimonianza è interessante perché riporta nella sua integrità un documento completo di *nomen arcarium cum fideiussione*, che offre uno schema di quanto doveva avvenire nei rapporti commerciali i quali si concretizzavano in diverse operazioni consistenti nella registrazione dell'operazione intercorsa sui libri contabili del creditore; nella richiesta ed effettiva consegna (*numeratio*) del danaro al debitore con assunzione della fideiussione (o della *stipulatio poenae*⁶⁵).

Lo schema è identico anche nelle tavolette di Ercolano: TH. 70 e TH.71, così come riedite da Camodeca⁶⁶.

TH 70 + TH 71

TAB[EL]LAE L. COMINI PRIMI

Exp.

Pom[pe]iae Anthid[i] HS ∞

tu[to]re auc[tore] C. Vibio Eryt[o] (sic)

5 petit [et] numeratum acce-

[pit domi ex arca.]

[Acp.]

Arcae

HS ∞

⁶⁵ L'utilizzo di una stipulazione penale e attestata in TPSulp.63.

TABELLAE C(AII) [SULPICI (CINNAMI?)].

[Exp(ensa)]

Magiae L(ucii) f(iliae) [Pulchrae; petit et HS ((I)) ((I)) ((I))]

nu[me]ra[ta] accep[it] domo ex arca. Ac(ce)p(ta)]

5 Arcae (vac.) [HS ((I)) ((I)) ((I))]

Dies pecuniae k(alendis) Mais primis.

(1° maggio 46)

Si k(alendis) Mais primis mihi heredive[meo - - -]

ea H[S] ((I)) ((I)) ((I)) nummum, [q(uae) s(upra) s(cripta) sunt, dolo malo]

utrius vestrum d[ata] soluta non erunt, neque tu mihi]

10 conveneris here[dive meo - - - sive mihi]

satisfactum non erit, [duplam pecuniam recte dari]

stiplulatus est C(aius) Sul[picius (Cinnamus ?), spondit]

Magia L(ucii) f(ilia) Puchra [et per Iovem et numen divi Aug(usti)]

Iuravit. (vac.) Idem spo(pondit - - -].

15 Actum Puteo[li]s - - -] (sett.?-ott.45)

M(arco) Pompeio Silvano [A(ulo) Antonio Rufo co(n)s(ulibus)]

La tabella riporta un *nomen arcarium* il cui il debitore è una donna *Magia L. f. Puchra*, senza dubbio, un'ingenua data la menzione del patronimico. Esso è perfettamente corrispondente con lo schema presente negli altri *nomina arcaria*, anche se non vi è alcun riferimento all'*auctoritas* del tutore. Ciò indurrebbe a pensare che *Magia* avesse il *ius liberorum* (v. Gai.1.194). Nelle ll. successive, la tavoletta riporta il giorno entro il quale il danaro deve essere restituito ed in caso di mancata restituzione nel termine fissato, una *stipulatio poenae* che la donna aveva promesso al creditore, a garanzia del prestito. Inoltre alla *stipulatio* si aggiunge la richiesta di un giuramento *per Iovem et numen divi Augusti*, che dava luogo, in caso di violazione, al *periurum*, tipico del *crimen laesae maiestatis*. Per un'analisi dettagliata della tavoletta, cfr. G. CAMODECA. *L'archivio puteolano dei Sulpici*, cit., 222 ss; Id., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*. Edizione critica all' archivio puteolano dei Sulpicii, cit., 157 s.

⁶⁶ G. CAMODECA. *L'archivio puteolano dei Sulpici*, cit., 220.

Anche qui il debitore *Pompeia Anthis*, è una liberta come appare evidente dal grecanico. Il suo fideiussore è il tutore *Vibius Eryrtus*. La tavoletta contiene anch'essa la descrizione dell'operazione finanziaria intercorsa, con relativa annotazione, consegna del danaro, prestazione della garanzia da parte del tutore.

Pertanto dal confronto fra TPSulp.60-62 e TH.70-71 si ricava uno schema completo di questi documenti:

- 1) *Tabellae* seguito dal gentivo del nome del creditore
- 2) *Petitio* e *acceptio numeratos* (cioè danaro in contanti) da parte del debitore.
- 3) Aggiunta di un'eventuale garanzia prestata dal tutore, fideiussore della donna (ed anche, eventualmente, di una *stipulatio ponae* e di un giuramento).

II) TPSulp. 64 (TP 60=124)

Abbiamo ancora un altro esempio di *nomen arcarium cum fideiussione*⁶⁷, che rispecchia lo schema sopra indicato

Tab.II, pag.3 (*graphio*, continuazione della scriptura interior Tab.I, pag.2 perduta)

sunt interrogante [T]itinia
Basilide, fide sua esse iussit
N(umerius) Castricius Agathopus pro Fa[e]cia
Prima.

(vac.)

- 5 *[Actu]m Puteolis IIII non(as) Fe[b]r(uarias),*
[D(ecimo) Iunio Si]lano Torquato
[Q(uinto) Haterio] Antonino co(n)s(ulibus). (2 feb.53).

Tab II, pag. 4 pars dextra.

Q(uinti) Puteolani Alacr(is)
Cn(aei) Pompei Celeris
C(aii) Vestori Felicis
P(ublili) Vedi Hermerot(is)
5 *Cn(aei) Polli (?) Blasti*
M(arci) Popidi Optati
Q(uinti) Atti Icari
Q(uinti) Atti Primigen(i)
N(umerii) Castrici Aga=
thopodis.

⁶⁷ In tal senso G. CAMODECA. *L'archivio puteolano dei Sulpici*, cit., 230, ora *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica all'archivio puteolano dei Sulpicii*, cit., 159. Non si può accettare l'interpretazione di L. BOVE, *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpici*, Napoli, 1984, 155 s. che interpreta il documento come un chirografo di mutuo *cum fideiussione* poiché la fideiussione è riportata in terza persona, quindi sotto forma di *testatio*.

Creditrice è *Titinia Basilis*, ancora una liberta, come si evince dal *cognomen* che è un grecanico; debitrice è, invece, *Faecia Prima*, anch'ella probabilmente di origine libertina, stante il *cognomen* servile. Suo fideiussore è *N. Castricius Agathopus*, che doveva esserne anche il tutore.

La testimonianza è degna di considerazione perché riporta per intero la lista dei *signatores* che in questa tavoletta sono nove ma che in ogni caso non dovevano essere meno di sette⁶⁸. Tra i testimoni, comunque, compare il nome del fideiussore, ma non vi è il nome di nessuna donna, pur non esistendo alcuna previsione normativa che privasse le donne dalla facoltà di fare da testimoni alla redazione di un atto giuridico.

A ciò deve aggiungersi, ancora, che dai *nomina arcaria* sembrerebbe emergere che le donne potevano fare prestiti senza l'*auctoritas* del tutore.

III) Merita di essere menzionato anche TPSulp.99 (TP76[=TP 66e-f]+ ined.)

Tab.I, pag.2 (*graphio, scriptura interior*)

[- - -] + r ++fa[- c.2 -]+r+[- c.2 -]rque
[- - -] HS∞∞ [- c.2 -] num=
[num - - -]SI[- c.2 -]
[- - -] qu[- - -] eos uti
5 [- - -] M(arco)Octa]vio Fortunato ad
[- - -]+a fide iussore dato
[- - -] quibus[- c.3-]r [- - -]
[- - -]+ retur [- - -]
[- - -]est+[- - -]

Tab.I, pag.1 (atramento, scriptura exterior continuazione dalla pag.4, *pars laeva*, perduta)

[- c.3-]V+S quibus infr[a?- - -]
[- c.3-]+++ TV+IDE+++pactu[m- - -quod]
[i]n[fr]a scriptum est
[Si - - -April]es HS CC ∞ et[- - -]
5 [- - -] HS CC ∞ et k(alendis) Mais+[- - -]
[- - -]soluti non eru]nt, tum eo nomine
[duplam? Pecunia]m recte sua qua[que]
[die dari stipu]latus est M(arcus) Octavius
[Fortunatu]s, [spopond]it Marcia Fa[u]st[a?]
10 tutore auctore [(nomina tutoris)];
id fide sua esse iu[ssit—]

⁶⁸ Come osserva Camodeca, *L'archivio puteolano dei Sulpici*, 231 s. "La mancanza di liste di testimoni, lamentata da Arangio Ruiz per i documenti ercolanesi di *nomina arcaria*, è ora soddisfatta dalle due serie di *signatores* conservate sulle pag.4 di TPSulp.61 (=TP.43) e di TPSulp.64 (TP.60)".

Onesim[us] M(arco) Octav[io Fortunato]
[p]ro Marcia [Fausta?].
Actum Pute[o]l(is) III k(alendas) Martias,
15 C(aio) Sallustio Crispo Passieno [II] (28 feb.44)
[T(ito) Statilio Tauro [co(n)s(ulbus)]

Il testo non è più ricostruibile nella sua integrità e non risulta facile individuarne il contenuto negoziale.

Sembra comunque che trattavasi, di una *stipulatio* con cui *Marcia Fausta*, la debitrice, si impegnava, con l'*auctoritas* del tutore (*tutore auctore*)⁶⁹ a pagare la somma dovuta a *M. Octavius Fortunatus* in tre rate, con la previsione della corresponsione di una penale (*duplam pecuniam*) nel caso di mancato pagamento nel termine stabilito per ciascuna rata (*sua quoque die*). Infine Marcia si fa garantire da un fideiussore di cui abbiamo solo il *cognomen Onenimus*, che è un greco ed evidenzia la sua condizione di liberto. I due protagonisti della vicenda negoziale indicati nell'atto, *Marcia Fausta* e *M. Octavius Fortunatus*, entrambi di origine libertina, appartenevano sicuramente stando al gentilizio, a famiglie importanti della *gens* giulio-claudia, quali i *Marcii* e gli *Octavii*⁷⁰. Quanto ai *cognomina Fausta* e *Fortunatus* appaiono essere tipici di schiavi e liberti⁷¹.

La formula utilizzata per la *fideiussio* è interessante perché, come evidenzia Camodeca⁷², manca l'espressa menzione dell'*interrogatio* tipica dell'*obligatio verbis*⁷³. Ulteriore particolarità rispetto alle altre testimonianze è data dal fatto che non

⁶⁹ L'*auctoritas* del tutore era necessaria perchè la donna potesse obbligarsi con *stipulatio*. Ciò emerge da una serie di testi: Gai.3.107-108. *Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, veluti si ipse obligetur: nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.* 108. *Idem iuris est in feminis, quae in tutela sunt.* Gai.3.119. *Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, veluti si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit...* Cic. pro Caec. 25.72 *Illud enim potest dici iudici ab aliquo non tam verecundo homine quam gratioso: «iudica hoc factum esse aut numquam esse factum; crede huic testi, has comprobas tabulas»; hoc non potest: «statue cui filius agnatus sit, eius testamentum non esse ruptum; iudica quod mulier sine tutore auctore promiserit, deberi...».* Sui passi v. P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, cit., 97 e 102. Cfr. anche Ulp.11.27, *Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipii alienent...* Sul passo in questione che elenca dettagliatamente gli atti sottoposti all'*auctoritas tutoris*, v. P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, cit., 78 ss.

⁷⁰ Al riguardo cfr. G. CAMODECA, *Nuovi documenti dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, in *SDHI* 61 (1965), 697, 697 ed in part. nt.14 e 15.

⁷¹ *Fortunatus* e *Fausta* sono *cognomina* di origine servile. In particolare *Fortunatus* è il *cognomen* più ricorrente nell'archivio dei Sulpicii dopo *Felix*: infatti il primo compare otto volte, mentre il secondo ben quattordici volte. Sul punto, v. G. CAMODECA, *Nuovi documenti dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, cit., 697 nt.13; ID., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica all'archivio puteolano dei Sulpicii*, cit., 8.

⁷² G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica all'archivio puteolano dei Sulpicii*, cit., 212.

⁷³ L'*obligatio verbis* è, invece, esplicitamente ricordata in TPSulp.54 (*interrogante C.Sulpicio Cinnamo ...fide et periculo meo esse iussi*); 57 (*interrogante C.Sulpicio Cinnamo ...fide et periculo meo esse iussi*); 60-62; (*interrogante Titinia Antracide ...fide sua esse iussit*); 64 (*interrogante Titinia Basilide, fide sua iussit*); TH.70-71 (*interrogante Caio Sulpicio Cinnamo ...fide sua iussit*).

è neppure indicato l'oggetto per il quale il garante presta la fideiussione, ma vi è soltanto l'uso di *id*⁷⁴.

B) Esaminiamo ancora un'altra testimonianza in cui compare una liberta, che compie attività negoziale.

Trattasi di un'ipotesi di *depositum apud sequestrem*⁷⁵ di *res litigiosa*⁷⁶ riportata in TPSulp.40 (TP 28 +105)⁷⁷.

Tab. I, pag.2 - tab.II, pag.3

C(aius) Sulpicius Faustus testatus
est se mulierem Tychen,
q(ua) d(e) a(gitur), quam a[p]ud se
Pactumeia Prima et A(ulus)

5 *Attiolenus Atimetus*
deposuissent exhibuisse

⁷⁴ L'uso del pronomo dimostrativo *id*, anziché '*nummos /qui supra scripti sunt*', è di notevole significato perché trova corrispondenza nella formula che Gaio ricorda per la fideiussione. Gai.3.116. ...*fideiussor ita: id (idem) fide tua esse iubes?*; D.45.1.75.6 Ulp. 22 ad ed... '*id fide tua esse iubes?*'

Sull'argomento G. CAMODECA, *Nuovi documenti dell'archivio Puteolano dei Sulpicii*, in *SDHI*. 61 (1995), 700; Id., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica all'archivio puteolano dei Sulpicii*, cit., 212.

⁷⁵ Così J. CROOK, *Working Notes on some of the new Pompeii Tablets*, in *ZPE*. 29 (1978) 232 s.; M. MARRONE, *Tab. Pomp. 28: un interessante documento in tema di sequestro*, in *Studi C. Sanfilippo*, 3, Milano, 1983, 415 ss.; G. CAMODECA, *L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 121-122; Id., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica all'archivio puteolano dei Sulpicii*, cit., 113. Diversamente L. BOVE, *Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murecine*, Napoli, 1979, 135, il quale, pur non occupandosi di TP. 28, avanzava l'ipotesi che essa concernesse un procedimento nossale.

⁷⁶ La principale applicazione del *depositum apud sequestrem* è quella della *res litigiosa*. Definizioni generali di esso, sono presenti in D.16.3.6 Paul 2 ad ed. *Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur*. D. 16.3.17pr. Flor. 7 inst. *Licet deponere tam plures quam unus possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt: nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur. Itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse: quod aliter est, cum rem communem plures deponunt*. Ciò che caratterizza il deposito presso il sequestratario, e lo distingue dal deposito, in cui proprietà e possesso, restano al depositante, è il verificarsi del passaggio del possesso in capo al sequestratario, con i conseguenti obblighi che da ciò scaturiscono e la relativa responsabilità per il *solidum*. Sull'istituto v. F. GUIZZI, *Intorno alla nozione romana del sequestro*, in *Mnemeion S. Solazzi*, Napoli, 1964, 318 ss. con bibliogr. ivi cit.; J. SONDEL, *Figure speciali di deposito*, Kraków, 1967, 116 ss.; A. BISCARDI, v. *Sequestro (Diritto Romano)*, in *NNDI*.17, 1970, 43; W. LITEWSKI, *Figure speciali di deposito*, in *Labeo* 20 (1974), 409 ss.; C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, Milano, 1983, 408 s.

⁷⁷ La testimonianza trova perfetta corrispondenza in D.16.3.5.1 Ulp.30 ad ed. *In sequestrem depositi actio competit. si tamen cum sequestre convenit, ut certo loco rem depositam exhiberet, nec ibi exhibeat, teneri eam palam est: quod si de pluribus locis convenit, in arbitrio eius est, quo loci exhibeat: sed si nihil convenit, denuntiandum est ei, ut apud praetorem exhibeat*. Il passo attesta che, nell'ipotesi di deposito presso un sequestratario, le parti pattuivano che la *res litigiosa* dovesse essere restituita a quello dei proponenti riconosciuto proprietario o che fosse risultato vincitore della lite. Il patto doveva contenere espressamente la previsione dell'*exhibitio* in un luogo determinato. La fonte epigrafica riporta perfettamente questa fattispecie giuridica. Al riguardo M. MARRONE, *Tab. Pomp. 28: un interessante documento in tema di sequestro*, cit., 47.

pr(idie) nonas Maias Puteolis (6 maggio 52)
in foro ante aram
Augusti Hordonianus

pag. 3

hora ter[ti]a utrisque
praesentibus eamque
mulierem i[u]ssu A(uli) Attio=
leni Atim[et]i Pactumeiam

5 *Primam duxisse.*

Actum
Fausto Cornelio [Sulla Fel]ice
L(ucio) Salvio O(thone Titi)ano co(n)s(ulibus). (maggio 52)

Tab.I, pag.1

«P»*uteolis in foro ante*
aram August[i Ho]rdionia=
nam hora tertia utrisque
praesentibus eamque

5 *mulierem iussu A(uli) Attioleni*
Atimeti Pactu[m]eiam Prim[am]
duxisse.

(vac.)

Actum
Fausto Cornelio Sulla Felice
L(ucio) Salvio Othone Titiano co(n)s(ulibus) (maggio 52)

Come rilevato da Camodeca⁷⁸ siamo davanti ad un'ipotesi di *testatio*⁷⁹ *exhibitionis* concernente un caso di deposito presso un sequestratario di una *res litigiosa*. *Pactumeia* e *Attiolenus Atimetus*⁸⁰, i due litiganti, avevano depositato la schiava *Tyche*, sulla quale verteva la lite, presso *C. Sulpicius Faustus, sequester*, il quale avrebbe dovuto custodirla, esibirla a richiesta e restituirla⁸¹ alla parte vincitrice, che fosse stata

⁷⁸ G. CAMODECA, *L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 121 ss.; ID., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 113.

⁷⁹ La *testatio* è una forma documentale redatta in maniera oggettiva ed impersonale; in essa si descrivono i comportamenti rilevanti ed in particolare le dichiarazioni negoziali. La prova dell'effettivo verificarsi di fatti che la *testatio* documenta è garantita dall'esistenza di sette testimoni (a volte anche nove: TPSulp.64), i quali chiudono il documento apponendovi il sigillo, la cui integrità garantisce l'autenticità della *scriptura interior*. Sull'argomento cfr. M. TALAMANCA, v. *Documento e documentazione*, in ED. XIII, 1964, 548 ss. ed in part. 550-552; L. BOVE, v. *Documento. Storia del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile VII*, Torino, 1991 ed in part. 15 e 19.

⁸⁰ *Atimetus* è un nome tipicamente servile: così G. CAMODECA, *L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 123 nt.73 il quale rinvia a H.SOLIN, *Die griechischen Personennamen in Rom. Ein Namenbuch*, Berlin - New York, 1982, 900 ss.

⁸¹ Che tali fossero gli obblighi del sequestratario è affermato in D.16.3.5.1 e D.16.3.6.

riconosciuta proprietaria della stessa. *Faustus* attesta di avere adempiuto i suoi obblighi di *sequester*, poiché aveva esibito la schiava alla presenza di entrambe le parti (*utrisque praesentibus*), nel giorno, nel luogo e all'ora prestabilita (all'*hora tertia* del 6 maggio in Puteoli, davanti all'ara *Augusti Hordioniana*), e di averla consegnata a *Pactumeia Prima* che l'aveva condotta via su autorizzazione di Attiolenio Atimeto (*iussu*). Non vi è il richiamo a nessuna sentenza, ciò implica che doveva essere intervenuto un accordo transattivo fra le parti.

La testimonianza è di grande interesse perché evidenzia che *Pactumeia Prima*, uno dei due litiganti, con tutta probabilità, a giudicare dal *cognomen*, una liberta⁸², aveva fatto una transazione, per evitare il giudizio.

Da ciò si può dedurre che le liberte, avevano anche la facoltà di porre in essere transazioni, al fine di comporre una lite.

C) Ma accanto alle testimonianze di liberte che pongono in essere operazioni finanziarie, che ricevono prestiti e contraggono debiti, vi sono anche fonti che attestano la possibilità per le stesse di porre in essere atti di vendita.

In particolare da alcune fonti epigrafiche risulta che le donne vendevano i loro beni all'asta (*auctiones*)⁸³ e rilasciavano, anche, la quietanza di pagamento (*apocha*)⁸⁴.

Di particolare interesse è TPSulp.82.⁸⁵

P.Fabio Fyrmano L.Tampio (sic)
Flaviano cos.
nonis Decemb[r.]
L.Patulcius Epaphroditus scrips[i]
rogatu et mandatu Patu[lc]iae
Erotidis libertaes meae coram
ipsa eam accepisse ab C.Sulp[i]cio
[Ci]nnamo sestertia decem
[et nove?]m milia et quing [e-]
[nta nummum ex auctione eius ex]
[interrogati]one fa[cta tabel-]
[larum s] ignatar [um].⁸⁶

⁸² In tal senso G. CAMODECA, *L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 123 nt.70.

⁸³ M. TALAMANCA v. "auctio", in *NNDI*, I², Torino, 1981, 1534-1536; T. MOMMSEN, *Die Pompejanische Quittungstafeln*, cit., 221-274; E. SCHÖNBAUER, *Zur Erklärung der «Lex metalli Vipascensis»*, in *ZSS.45* (1925), 352-390; M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, in *Atti Accademia Naz. Lincei*, VI, 3; ID., *La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano*, in *Studi De Francisci*, Milano 1956, 239-272.

⁸⁴ Dal greco *apoché* che significa quietanza, ricevuta, serviva a preconstituire la prova del pagamento in favore del debitore. E' incerto se essa derivasse il suo valore probatorio dal documento autografo del creditore che la rilasciava o dalla dichiarazione fatta alla presenza dei testimoni. Cfr. U.E. PAOLI, v. "APOCHA", in *NNDI*, I¹, Torino, 1981, 683.

⁸⁵ Al riguardo v. G. CAMODECA, *L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 31 ss.; ID., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 187-188.

⁸⁶ Sulla ricostruzione del testo dell'*apocha*, cfr. G. CAMODECA, *L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 32.

La tavoletta, rinvenuta nell'archivio dei Sulpici, contiene la dichiarazione scritta (chirografo⁸⁷) della *domina auctionis* - venditrice redatta a favore del banchiere che aveva proceduto alla vendita all'asta e diretta a costituire la prova dell'avvenuto pagamento, di cui veniva rilasciata la quietanza.

Come si evince dalla tavoletta, il chirografo è redatto dal liberto *Patulcius Epaproditus*, su richiesta e mandato (*rogatu et mandatu*) della venditrice, la liberta *Patulcia Erotis*: il dato caratteristico è costituito dalla circostanza che *Patulcius Epaproditus*, patrono della donna, esegue l'incarico alla presenza della *domina auctionis (coram ipsa)*.

Un particolare rilievo assume, poi, nel chirografo della TPSulp.82 la formula "*ex interrogatione facta tabellarum signatarum*": essa farebbe riferimento alla due *tabellae* sigillate con cui si documentava l'avvenuta dichiarazione orale in cui il creditore-venditore affermava di avere ricevuto la somma dovutagli dal *coactor argentarius*.⁸⁸ Tale rinvio evidenzia che il *chirographum*, che accompagnava la *testatio* attestante la dichiarazione orale non solenne di estinzione dell'obbligazione, non doveva formare necessariamente con essa un unico documento⁸⁹, come invece accadeva nelle *apochae iucundianae*, ma *chirographum* e *testatio* potevano anche essere contenuti in due documenti distinti. Così in TPSulp.82 la quietanza di pagamento costituiva un mero duplicato della *testatio*, esplicitamente richiamata e redatta in un documento a parte, alla quale era accessoria⁹⁰.

La tavoletta offre anche una preziosa testimonianza in ordine alle modalità di realizzazione della vendita: essa infatti attesta che le donne potevano svolgere attività di vendita⁹¹ a mezzo di un *coactor argentarius*⁹², e nel caso di specie tale è *Sulpicius*

⁸⁷ Il chirografo è un documento redatto in forma soggettiva dal debitore: è usato solo nei documenti di mutuo e costituisce un riconoscimento scritto di debito. Esso contiene la formula di una *stipulatio* realmente avvenuta della quale costituisce la prova, traendo la sua forza probatoria dall'autografia della persona (debitore) contro la quale è destinata a valere o della persona di fiducia che scrive per suo incarico. Al riguardo v. L. DE SARLO, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Firenze, 1935, 35 s.; U. E. PAOLI, v. 'Chirografo' (diritto greco e diritto romano), in *NNDI.*, III, Torino, 1981, 211-212; G. LUZZATO, *Documento (Diritto Romano)*, in *NNDI.*, 6, 1981, 84; L. BOVE, v. *Documento*, cit., 15; M. TALAMANCA, v. *Documento e documentazione*, cit., 540.

⁸⁸ In tal senso H. ERMANN, *Die pompejanischen Wachstafeln*, in *ZSS.* 20(1899), 203 s.; O. EGER, *Eine Wachstafel aus Ravenna aus dem zweiten Jahrhundert nach Chr.*, in *ZSS.* 42 (1921) 463 ss. e spec. 467; G. THIELMANN, *Die römischen Privatauktion*, Berlin, 1961, 211 ss.; G. CAMODECA, *L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 33 s. e spec.nt.38 in cui l'autore riporta le varie posizioni dottrinarie sul significato da attribuire ad *interrogatio* e al quale specificatamente si rinvia.

⁸⁹ Trattasi delle cd. *testationes cum chirographo coniunctae* in cui il documento nella *scriptura interior* sigillato è redatto oggettivamente (*testatio*), mentre nella *scriptura exterior* è redatto soggettivamente (*chirographum*). Al riguardo v. M. TALAMANCA, v. *Documento e documentazione*, cit., 552.

⁹⁰ Sulla questione cfr. G. CAMODECA, *L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 33-36.

⁹¹ Non condivido la tesi avanzata da G. CAMODECA (*L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 33) in virtù della quale da nessuna fonte epigrafica risulterebbe che le liberte e le donne venditrici svolgessero attività di vendita in maniera professionale e per motivi di carattere speculativo. Afferma l'autore che dal tipo di attività documentato nella tavoletta, si ricaverebbe che la vendita di beni da

*Cinnamus*⁹³. Dunque, L. Patulcio Epaphrodito, scrisse su richiesta ed incarico della propria liberta *Erotis*, e alla sua presenza, che essa ricevette dal *coactor argentarius* Sulpicio Cinnamo 19.500 sesterzi, a seguito di una vendita privata all'asta in base alla dichiarazione fatta con forma libera, orale contenuta nelle tavole sigillate.

parte della donna non doveva avere fini speculativi, ma doveva essere stata dettata da motivi meramente contingenti e da necessità familiari. Tale circostanza troverebbe conferma, a parere di Camodeca, anche nelle Tavolette *Iucundianae*, in cui sono menzionate numerose donne che, pur essendo venditrici, non esercitano l'attività commerciale in maniera professionale, ma vi è solo il riferimento a vendite occasionali di prodotti agricoli, legate a vicende ereditarie o relative alla gestione del patrimonio (vendite di schiavi, di beni mobili, di fondi). V.Tab.20: *Popidia*; Tab.24.: *Umbricia Antiochis* (2 vendite ad un mese di distanza); Tab.22: *Histria Ichimas*; Tab.25: *Umbricia Ianuaria*; Tab.29: *Caesia Optata*; Tab.40: *Tullia Lampyris*. V. J.ANDREAU, *Les affaires*, cit., 109. Sicché c'è da domandarsi se le donne svolgessero o meno attività commerciale di natura "professionale".

Il dubbio avanzato dall'autore non mi sembra possa portare ad escludere la possibilità per le donne di compiere attività di vendita professionale per la semplice circostanza che le fonti attestano soltanto l'esistenza di attività economiche poste in essere da donne e nel caso di specie da liberte.

Non ritengo si debba escludere che si trattasse di esercizio di attività professionale partendo da un *argumentum e silentio*: la prassi infatti documenta soltanto l'esistenza di certe attività poste in essere dalle donne o meglio documenta un determinato negozio giuridico che le parti hanno inteso concludere. Lo scopo non è quello di dimostrare che le donne svolgessero attività professionale o occasionale. Spetta all'interprete in base alle proprie convinzioni o al proprio modo di porsi dinanzi alla fonte propendere per una conclusione o per un'altra, la quale sarà in ogni caso sempre ideologicamente orientata. Nel caso di specie non mi pare, stando ai testi, che si possa escludere che le donne svolgessero attività in maniera professionale e per motivi di carattere speculativo. Le testimonianze non dicono nulla al riguardo e noi non possiamo fare altro, in mancanza di un serio riscontro, che prendere atto soltanto di ciò che in esse è contenuto per trarre induttivamente le nostre considerazioni, che possono anche limitarsi ad un mero riconoscimento dell'*ars nescendi*.

⁹² L'*argentarius* svolgeva attività di intermediazione finanziaria nelle vendite all'asta; tale attività si fondava su un rapporto fra *argentarius* e *dominus auctionis* (*locatio-conductio*) e fra *argentarius* e acquirente o più verosimilmente fra *dominus auctionis* e acquirente. Sulla funzione di intermediazione finanziaria degli esercenti una mensa nelle *auctiones*, v. A. PETRUCCI, *Prime riflessioni su banca ed interessi nell'esperienza romana*, in "L'usura ieri ed oggi", a cura di S. TAFARO, Bari 1997, 77-78. Sulla figura del *coactor argentarius*, cfr. C. FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano. II. Introduzione*, Napoli, 1903, 107 ss.; F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica, I*, Firenze, 1979, 147 e ss. e ivi la principale bibliografia; J. ANDREAU, *Modernité économique et statut des manieurs d'argent*, in *MEFRA*. 97 (1985), 373 ss.; ID., *La vie financière dans le monde romain. Le métiers de manieurs d'argent*, Rome 1987; G. MASELLI, ARGENTARIA. Banche e banchieri nella Roma Repubblicana, Bari, 1986; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in *ZSS*. 104 (1987), 467 ss.; J. DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi über die argentarii im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*. 108 (1991), 332 ss.; A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana*, Napoli, 1991 ed ivi la principale letteratura; F. STURM, *Stipulatio Argentaria* in *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg, 1993, 457 ss.

Di grande importanza in relazione alle vendite private all'asta nel diritto greco romano è la monografia di M. TALAMANCA, *Contributo allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma, 1954; ed in particolare, per il diritto romano, 105 ss. nonché l'opera di G. THIELMANN, *Die römischen Privatauktion*, op.cit.

⁹³ Che C. Sulpicio Cinnamo fosse un banchiere di professione è affermato da G. CAMODECA, *L'archivio Puteolano dei Sulpicii*, cit., 36; ID., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, cit., 188.

Degna di considerazione è la circostanza che la liberta in questa come in altre *apochae iucundiana*⁹⁴, rilasciate da donne, non scrive di proprio pugno il chirografo, ma affida tale compito al proprio patrono, anche lui di origine libertina.

Il motivo per il quale il chirografo non è scritto dalla venditrice ma da un terzo incaricato ha dato luogo a diverse interpretazioni.

La dottrina motivava la mancata scrittura di proprio pugno con una presunta condizione di analfabetismo delle donne, in questo caso campane.⁹⁵ Ciò non trova

Diversamente J. ANDREAU (*Modernité économique et statut des manieurs d'argent*, in *MEFRA*. 97 (1985) 373 ss.; *Id.*, *La vie financière dans le monde romain. Les métiers de manieurs d'argent*, Roma, 1987, 363, 519; *Id.*, *Affaires financières à Pouzzoles au I^{er} siècle après J. - C.: les tablettes de Murécine*, in *REL* 72, 1994, 52 s.) il quale sostiene che i Sulpicii non erano dei banchieri di professione ma dei mercanti finanziari.

⁹⁴ Cfr. Tab.22: *scripsi rogatu Histriae Ichimadis ipsi persoluta esse*; Tab.24 (= V. ARANGIO RUIZ, *Negotia*, 415): *M. Helvius Catullus scripsi rogatu Umbriciae Antiochidis eam accepisse*; Tab.25 (= V. ARANGIO RUIZ, *Negotia*, 408-409): *D. Volcius Thallus scripsi rogatu Umbriciae Ianuariae eam accepisse*; Tab.34: *M. Aurelius Felicio scripsi . . . rogatum . . . is eam accepisse*; Tab.40 (= V. ARANGIO RUIZ, *Negotia*, 409-410): *Sex. Pompeius Axiochus scripsi rogatu Tulliae Lampyridis eam accepisse*.

Trattasi di tavolette rinvenute a Pompei, risalenti al periodo compreso fra Augusto e Claudio, redatte dal *coactor argentarius* Cecilio Giocondo. A tal proposito v. M. DELLA CORTE, *Case ed abitanti di Pompei*, Pompei, 1954, 81-82, 361-363; J. ANDREAU, *Les affaires de monsieur Jucundus*, Rome, 1974, 109, 114.

⁹⁵ In tal senso T. MOMMSEN, *Die pompeianischen Quittungstafeln des L. Caecilius Jucundus*, in *Hermes* 12 (1877), 104 s. = *Ges. Schr.* 3 (1907), 237 ss.; I. ZANGEMAISTER in *CIL*. IV p.421; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., 56 nt.12; G. CAVALLO, in *Alfabetismo e cultura scritta nella storia della società italiana*, Perugia, 1978, 121-122; W. V. HARRIS, *Literacy and Epigraphy*, I, in *ZPE*.52 (1983), 107 ss.; *Id.*, *Lettura e istruzione nel mondo antico*, Roma-Bari, 1991, 294-296 il quale, dopo avere rilevato che nelle tavolette di Cecilio Giocondo “dei diciassette creditori maschi ai quali si chiese di rilasciare una ricevuta, undici (il 65%) lo fecero di proprio pugno” mentre delle cinque creditrici nessuna scrisse di propria mano, afferma che tale diversità conferma l’opinione che chi non scriveva da solo i documenti era analfabeta. Ma ciò mal si concilia con la constatazione che le protagoniste delle operazioni commerciali appartenevano a strati sociali abbastanza elevati fra i quali l’alfabetismo doveva essere molto diffuso; infatti sono pervenuti taluni dipinti nei quali sono raffigurate donne che recano in mano penne e tavoletta da scrittura. Allora la motivazione è proprio legata alla scarsa diffusione della cultura? Il dubbio non viene risolto, anche se (p.283) dalle testimonianze funerarie e dai alcuni ritratti femminili presenti a Pompei, si evince che una certa educazione letteraria era quanto meno auspicabile per una donna di buona famiglia, tanto è vero che lo stesso Harris (p.292) afferma che in Italia il grado di alfabetismo maschile era di gran lunga inferiore al 20-30%, mentre quello femminile al 10% e che il livello complessivo di alfabetismo era probabilmente al di sotto del 15% (p.299). Se così stanno le cose non sembra accettabile la tesi della mancanza di alfabetizzazione. Che la cultura fosse diffusa, quanto meno a far data dall’età imperiale è stato affermato da S. F. BONNER (*L’educazione nell’antica Roma. Da Catone il censore a Plinio il giovane*, Roma, 1986, 139 s.; 173 s.) il quale attraverso un’accurata analisi delle fonti letterarie della fine della Repubblica e degli inizi del Principato evidenzia che un certo grado di istruzione doveva essere abbastanza diffuso fra la popolazione di un certo livello sociale, tanto è vero che all’epoca di Plinio il Giovane doveva essere comune per i ragazzi e “normale” per le ragazze continuare la propria istruzione in casa con precettori privati anche per gli studi di grammatica e letteratura (pag.369). A quanto pare nelle scuole non dovevano esservi preclusioni di sorta, tanto

riscontro nei documenti in cui non si fa mai riferimento alla circostanza che le donne non sapessero scrivere. Del resto è noto che anche le liberte possedessero un certo grado di cultura⁹⁶: numerosi sono gli esempi di liberte amanuensi⁹⁷, *librariae*⁹⁸, *notariae*⁹⁹, *pedagogae*¹⁰⁰, *educatrices*¹⁰¹, *medicae*¹⁰². Questa circostanza si giustifica

è vero che Marziale allude alla presenza di ragazzi e ragazze nella scuola di grammatica che si frequentava all'età di dodici anni (Marz.I.35.1-3; 69; 8.3. 13-16).

Sul presunto analfabetismo delle donne, Camodeca, già nella prima edizione de *L'archivio puteolano dei Sulpicii* aveva mostrato qualche perplessità, "che ciò sia sempre e solo dovuto a ragioni di analfabetismo ... non mi sembra così sicuro" (32 nt.34). Egli notava che "nei *nomina arcaria* noti dall'archivio dei *Sulpicii* i debitori sono sempre donne; ciò sarà dovuto al fatto che esse non potevano redigere chirografi di mutuo?" (230 nt.66). Nell'edizione critica alle *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, l'autore è ritornato sulla questione mettendo in evidenza come nei 30 chirografi, che dovevano essere scritti di pugno dall'autore, soltanto in tre i creditori si dichiarano esplicitamente analfabeti (TPSulp.46. *Nardus P(ublilii) [Anni Seleuci servus scrip]si coram [et ius]su [P(ublilii) Anni Seleuci domini] mei, quo[od si negaret]s[e] litt[er]as [scire];* TPSulp.78. *Q(uintus) Aelius Romanus scripsi rogatu et mandatu M(arci) Barbatii Celeris coram ipso, quod is litteras nesciret;* TPSulp. 98 *Q(uintus) Pobllicius C+ [- - scripsi rogatu et man[datu] - - Philicomii] coram ips[o, quod si negaret se] litteras sc[ire]...].* (Sulle singole tavolette, v. G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, cit., 124 ss.; 177 ss.; 209) ed in altri tre fanno scrivere il chirografo da un'altra persona, pur senza esplicitare di essere analfabeta (TPSulp.45. *Diognetus C(aii) Novi Cupaeri serv(us) scripsi iusu Cupaeri domini mei cora ipsum;* o ancora TPSulp.58 (di cui non abbiamo la pag. 2, se non sulla base della ricostruzione fatta da Camodeca) *Pyramus Caesiae Priscillae ser(vus) scripsi iussu dominae meae;* nonché TPSulp. 82, riportata nel testo. (Per l'esame delle tavolette, v. G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, cit., 120 ss: 149 s.). In particolare in TpSulp.82, nonché in TPSulp.58 trattati di donne, l'una liberta e l'altra ingenua, le quali non redigono i documenti di proprio pugno; "fenomeno questo che, essendo ormai la documentazione relativa molto numerosa, appare inverosimile spiegare solo con ragioni di analfabetismo" (*Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, cit., 40). L'autore, comunque, non risolve il problema, anche se ha il merito di porre in risalto, dal confronto con altre tavolette, la problematica che può sottendere alla circostanza che nessun documento proveniente dalla prassi risulti scritto da una donna.

⁹⁶ J. CARCOPINÒ, *La vita quotidiana a Roma*, Roma - Bari, 1982, 210-211.

⁹⁷ CILVI.7373: *L(ucio) Volusio Phaedro Ti(berius) Claudius Suavis et Claudia Aglaure soror et herma a manu fecerunt;* CIL VI.9540: *dis manib(us) Grapte Egnatiae Macimellae a manu coniugi karissimae. G(aius) Egnatius Arogus;* CIL VI. 9541: *Tyche a manu Balbl(es) Hermes coniugi bene me(renti) fecit;* CILVI. 9542: *dis manibus Platoriae Iole (a)manuensi Plaetori(ae)... rici et Plaet(orio)... lopi et Plae.*

⁹⁸ CIL VI.3979: *olla(m) ... Corinnae ... cell(ariae) libr(ariae);* CIL VI.8882: *Aug(usti) l(iberta) libraria con(iugi) suo piissim(o) et benemer(enti) et sibi;* CIL VI. 9525: *Pyrrhe Rubriae Helviae librariae P(ublilii) Rubrius Optatus contubernali suae;* CIL VI. 9301: *Sciathis Magiae librar(ia) vixit annos XVIII. Eros P(ublilii) Octavii cubicul(arius) fecit. fecit coniugi suae et sibi;* CIL VI.37757: *Prima Aug(usti) n(ostri) duo librar(ia);* CIL VI.37802: *Vergilia G(aii) l(iberta) Euphrisyne libraria*

⁹⁹ CILVI.33892. *Hapateni notariae Grece, que vixi(it) ann(is) XXV. Pittosus fecit coniugi dulcissime.*

¹⁰⁰ CIL VI. 6331 (*St)atilia T(iti) l(iberta) Tyrannis paedagoga Statiliaes;* CIL VIII.1506: *Cornelia Fortunata paedagoga p(ia) v(ixit) a(nnis) LXX. h(ic) s(epulta) e(st).;* CIL IX. 6325: *Ec... Beni(g)nae Restitutae paedago[g(ae)] Faustus coniux.*

¹⁰¹ CIL V. 3519: *d(is) m(anibus) C(aesia) Romana Caesiae(liberta) educatri(x) f(iliorum) IIII b(ene) merenti.*

¹⁰² CIL II 4380: *d(is) m(anibus) Iuliae Quintianae clinico. fil(iae) karissim(ae) <sic> mater*

con una diffusione dell'alfabetizzazione della popolazione nel periodo di maggiore fioritura economica dei traffici commerciali, sicchè la maggior parte dei lavoratori autonomi e qualificati, uomini o donne, avevano quanto meno un'istruzione elementare consistente nel sapere leggere, scrivere e fare di conto¹⁰³.

Né si può ipotizzare che il motivo per il quale le donne non scrivessero chirografi di proprio pugno fosse legato al fatto che esse, a differenza degli uomini, non possedevano il *sigillum*¹⁰⁴ da apporre sul documento, poiché in Tab. Pomp.24, fra i *signatores*¹⁰⁵ compare anche *Umbricia Antiochis* che appone il proprio sigillo sulla tavoletta¹⁰⁶. Pur costituendo questo un caso isolato, dal momento che nelle liste dei testimoni delle altre sette tavolette che riportano *auktiones* in cui sono coinvolte le donne quali creditrici, non compare neppure una donna¹⁰⁷. La esclusione delle donne

posuit et si(bi); CIL V. 3461 *G(aius) Cornelius Meliboeus sibi et Sentiai Elidi medicai contuber(nali) Sentiai Aste*; CIL VI. 9084: *Helpis Liviae ad valetudinar(ium)*; CIL VI.9614: *Iulia Pye ... medica*; CIL VI. 9615 *Minucia O(li) l(iberta) Asste medica.*; CIL VI. 9616: *d(is) m(anibus) Terentiae Niceni Terentiae Primaes medicas libertae fecerunt Mussius Antochus et Mussia Dionysia fil(ia) m(atri) b(ene) m(erenti)*; CIL VI. 9617: *Venuleia G(aiae) l(iberta) Sosis medica*; CIL.VI. 9574³ : *Clodia A(uli) l(iberta) Hilara*; CIL IX. 5861: *Iuliae Q(uinti) l(ibertae) Sabinae medicae Q(uintus) Iulius Atmeius coniugi b(ene) m(erenti)*; CIL X: 3980: *Scantiae Redemptae incomparabilissimae feminae ... antistis disciplin(a) medicina fuit ... haec vixit annis annis XXII mensibus X. Flavius Terentinus et Scantia Redempta*; CIL XII. 4334: *Flaviae Hedones medicae ex t(estamento)*; CIL XIII. 2019: *Metila Donata medic(a) de sua pecunia dedit. l(ocus) d(atus) d(ecreto) d(ecurionum)*.

¹⁰³ I figli di coloni, artigiani e commercianti frequentavano scuole tenute all'aperto o in locali (*pergulae* o *tabernae*) da maestri di umili condizioni dove ricevevano l'istruzione necessaria per potere svolgere in maniera professionale la loro futura attività. Era, però, preferibile che il *vilicus* fosse analfabeta per evitare che alterasse il bilancio dell'azienda. In tal senso, E.M. ŠTAERMAN - M.K. TROFIMOVA, *La schiavitù nell'età imperiale*. Roma, 1975, 38. Sulla esistenza di scuole di formazione professionale di lavoratori specializzati cfr. F. M. DE ROBERTIS, *Storia sociale di Roma*, cit., 161-163.

¹⁰⁴ Cfr. KUBITSCHKE, v. "Signum", in *PWRE*, II-A/2, Stuttgart, 1923, 2361 ss.

¹⁰⁵ *M.Helvi, Catulli, Melissaes Fuscii, Fabi Proculi, Umbriciae Antiochidis, Catulli*.

¹⁰⁶ Al riguardo, v. J. F. GARDNER [*Women in Business life. Some Evidence from Puteoli, Female networks and the public sphere in Roman society*, ed. by Päivi Setälä and Liisa Savunen, in *Acta Instituti Romani Finlandiae* 22 (1999), 23 ss.], che testualmente afferma "in none of the other tablets which preserve lists of signatores do we find a women. None of the tablets in the form of *chirographum* by the women" (p.23).

¹⁰⁷ Tab.12: *C. Cuspi Secundi, Q. Appulei Severi, Q. Arri Phileti, N. Popidi Amaranti; N. Herenni Casti, Iuni Corinthi, ... Herenni Anthi, Fulani Crysanti, ... Quinti Primi*; Tab. 22: *C. Numitori Bassi, L. Numisi Rari; A. Vei. Attici, D. Caprasi Gubi[onis], L. Valeri Peregr(ini); ... Cestili Philod., [C] Novelli Fortun(ati); [A] Alfi [Abascanti], [L.] Cei Felic(ionis)*; Tab.25: *Q. Appulei Severi; M. Lucreti Leri; Ti. Iuli Abascanti; M. Iuli Crescentis, P. Terenti Primi, M. Epidi Hymenaei; Q. Grani Lesbi; T. Vesoni Le[. . .], D. Volci Thalli*; Tab.40: *L. Vedi Cerati, A. Caecili Philolog(i), Cn. Helvi Apollon(ii), M. St[?]bi C(h)ryserot(is), D. Volci Thalli, Sex. [P]omp(ei) Axioc(hi), P. Sexti Primi, C. Vibi Alcimi*; Tab.43: *Q. Appulei Severi; Q. Arri Proculi, P. O. Sitti Zosimi, A. Messi Phroprnimi; M. Cestilli Philode[m]i, M. Epidi Secundi, N. Popidi Amaranti, Cn. Hevi A[po]lloni*; Tab. 80: *NN Ninni Rufi, L. Albuca Iusti, M. Holconi Ruf, M. Cerrini Restituti, N. Popidi Narciss, M. Lucreti Leri, L. Valeri Peregrini*; Tab.88: *Q. Appulei Severi, Iuli Polubi, C. Veturi Sen[na]na..., M. Antisti Faust., M. Vei Felicis, L. Vetti Aucti, L. Flamini Stroboli, ... M. ET. NNI ..APHN*

dalle liste testimoniali potrebbe dipendere da motivazioni di carattere sociale “that is, the legal exclusion of women from certain transactions between men reinforced certain social attitudes regarding the impropriety of women’s presence in public venues where men operated and their intervention in dealings between men”¹⁰⁸.

Se così è, e se è certo che le donne non fossero del tutto analfabeta e che, quindi, fossero perfettamente in grado di redigere da sole i propri chirografi, bisogna verificare quale fosse il motivo per cui nella pratica esse si astenessero dal compiere tale operazione.

Da parte di alcuni si è ipotizzato che l’impossibilità potrebbe derivare da un impedimento fisico¹⁰⁹. Riesce, però, difficile immaginare che tutte le volte in cui il chirografo non sia scritto di pugno dalla donna, in assenza di un’espressa dichiarazione di analfabetismo, ciò sia dovuto essenzialmente a motivi di carattere fisico.

Allora non essendo possibile ricorrere all’analfabetismo delle donne, né sempre ad un impedimento di carattere fisico, si potrebbe pensare che per le donne operi un impedimento di carattere legale¹¹⁰.

Sappiamo che esse non potevano contrarre obbligazioni senza l’autorizzazione del tutore¹¹¹; eppure nel chirografo di TpSulp.82 non si fa alcun riferimento a tale *auctoritas*. Potrebbe allora pensarsi che *Patulcia Erotis* avesse il *ius liberorum*. Ipotesi questa che deve, però, escludersi perché chi redige il documento è anche il tutore della donna: allora tale circostanza potrebbe essere interpretata nel senso di ritenere che molto probabilmente il tutore doveva avere prestatato l’*auctoritas* al compimento dell’atto del quale è anche un testimone.

Infatti, anche se la tutela già all’inizio del Principato aveva perso molta della sua funzione originaria dal momento che le donne ponevano in essere da sole i contratti dello *ius gentium*, l’*auctoritas* del tutore era, comunque, pur sempre necessaria

¹⁰⁸ J. F. GARDNER, *Women in Business Life. Some Evidence from Puteoli*, cit., 26

¹⁰⁹ J. F. GARDNER, *Women in Business Life. Some Evidence from Puteoli*, cit., 24. Cfr. D.20.1.26.1 Mod.4 resp. *Pater Seio emancipato filio facile persuasit, ut, quia mutuum quantitatem acciperet a septicio creditore, chirographum perscriberet sua manu filius eius, quod ipse impeditus esset scribere*. L’uso del termine *impeditus* non credo alluda ad un aspetto esclusivamente fisico: tale verbo non contiene in sé alcun elemento che rimandi a problemi di carattere fisico, ma è così generale che potrebbe riferirsi ad impedimenti della più varia natura.

¹¹⁰ Così J. F. GARDNER, *Women in Business Life. Some Evidence from Puteoli*, loc. ult. cit. proponendo una spiegazione del fenomeno che ritengo accettabile e che condivido.

¹¹¹ Ulp.11.27. *Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipii alienent...*

Gai.1.192. *Sane patronarum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelleguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum, neque ad res mancipii alienandas, neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum mancipii obligationisque suscipiendae interueniat. Eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat*. Sul passo in questione v. P. ZANNINI, *Studi sulla tutela legittima*, cit., 78 s. e nt.3; 98 s. e nt.3; 158 s.e nt.6; 172 nt.13.

per le obbligazioni di diritto civile e per quegli atti che determinassero uno svantaggio economico. Dunque, le fonti epigrafiche trovando una corrispondenza nelle fonti giuridiche in materia di tutela, consentono di affermare che la donna, poteva, già nel primo sec. d.C. contrarre obbligazioni di diritto onorario e vendere beni che non comportassero una diminuzione eccessiva del proprio patrimonio¹¹².

Quanto, poi, alle tavolette attestanti ricevute di pagamento rinvenute a Pompei, si deve notare che esse presentano uno schema sempre uguale, cioè la dichiarazione del banchiere che il suo cliente (creditore-venditore) ha ricevuto il ricavato dell'*auctio* che egli ha promesso di dare; 2) se il creditore è un uomo la dichiarazione è scritta in prima persona; se è una donna sempre in terza persona dal tutore.

Se il contratto è stato fatto con *stipulatio* l'obbligazione non si estingue semplicemente con la dazione del danaro, ma è necessaria l'*acceptilatio*: come testimonia Gaio (3.169), il debitore deve chiedere *habesne acceptum* ed il creditore deve rispondere in maniera congrua. Del resto il rinvio alla dichiarazione orale non solenne, identificabile con l'*acceptilatio* è contenuto in TPSulp.82, come abbiamo già visto.

La donna, infatti, può ricevere danaro senza l'autorizzazione del tutore, ma non può liberare *sine tutore auctore*. Ciò è confermato da Gai. 3.171 in cui si afferma che la donna non può liberare nessuno da un credito senza l'autorizzazione del tutore (*Quamvis autem fiat acceptilatio imaginaria solutione, tamen mulieri sine tutore auctore acceptilationem facere non potest, cum alioquin solvi ei sine tutore auctore possit*). Il debitore è naturalmente interessato a ricevere la dichiarazione del tutore che ha autorizzato l'*acceptilatio* "and that is the probable reason for the third person declarations written by men on behalf of women in these receipts". We are not entitled to assume illiteracy¹¹³.

Tutto questo consente di affermare anche che il sistema della tutela nella prima metà del primo secolo d.C. è attivamente funzionante nelle transazioni commerciali dell'area campana, limitatamente alle ipotesi previste da Gaio: tanto è vero che il tutore interpone l'*auctoritas* nell'ipotesi di *acceptilatio*¹¹⁴ e di ciò redige il chirografo nell'interesse della stessa donna, attestante l'avvenuta liberazione dal debito, vale a dire la consegna del danaro e l'*acceptilatio*.

Le testimonianze epigrafiche che trovano una corrispondenza in Gaio ed in talune altre fonti giuridiche, consentono di verificare come fosse concretamente regolamentata l'attività negoziale della liberta agli inizi dell'età imperiale, per tutti gli atti di carattere patrimoniale posti in essere dalla donna che non arrecassero alla stessa degli svantaggi economici.

¹¹² Per una valutazione in prospettiva storica delle *res mancipi* cfr. P. ZANNINI, *Studi sulla tutela legittima*, cit., 78 s.nt.3 con discussione e rinvio alla principale bibliografia.

¹¹³ J. F. GARDNER, *Women in Business Life. Some Evidence from Puteoli*, cit., 26.

¹¹⁴ V.E. BETTI, *Istituzioni di diritto privato*, 2, Padova, 1962, 450 ss. il quale osserva che, mentre, con il pagamento (*datio*) viene meno la responsabilità, il vincolo si scioglie, invece, solo con la dichiarazione di soddisfacimento da parte del creditore.

Ciò con immediate conseguenze che inducono a riconoscere in capo alla stessa una certa capacità giuridica e di agire¹¹⁵.

Accanto alle testimonianze epigrafiche, esaminiamo alcuni passi del Digesto di età successiva e precisamente del terzo secolo d.C. in cui si fa riferimento esplicito alla possibilità che le donne potessero essere preposte a capo di un'attività imprenditoriale terrestre e marittima e che svolgessero in maniera professionale la *negotiatio*.

Entriamo nella problematica relativa alle *actiones adiecticiae qualitatis* con particolare riferimento all'*actio exercitoria* ed *institoria*, concesse dal pretore ai terzi nei confronti del *pater* o del *dominus* che avesse preposto il sottoposto (figlio o schiavo) a capo di un'azienda commerciale terrestre o marittima per i bisogni della quale il debito era stato contratto¹¹⁶. Successivamente l'azione esercitoria e institoria fu ammessa anche nei confronti del *dominus* che avesse preposto uno schiavo altrui o addirittura una persona libera quale *magister navis* o *institor*: ipotesi questa tutt'altro che infrequente tenuto conto dello sviluppo economico commerciale che vede Roma protagonista degli scambi commerciali nel periodo compreso fra il secondo secolo a.C. ed il secondo secolo d.C. Anche in questo caso il creditore poteva intentare contro il preponente l'azione *in solidum*¹¹⁷.

Pertanto la giurisprudenza pose in essere un tentativo di estensione della qualifica di imprenditore.

¹¹⁵ Che il riconoscimento di tale capacità sia avvenuto per gradi è affermato da F. GALLO, *Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi*, Torino, 1958, 81 nt.120. Di opinione contraria è, invece, P. ZANNINI, *Studi sulla tutela legittima*, cit., 172 nt.13, secondo il quale la necessità dell'assenso del tutore all'atto posto in essere dalla donna "non può non presupporre la presenza di un soggetto *sui iuris* riconosciuto capace di esercitare i propri diritti secondo la sua volontà" (p.172).

¹¹⁶ Il *dominus* rispondeva *in solidum*, per le obbligazioni contratte dal figlio o schiavo preposto all'attività commerciale, marittima o terrestre. A tal proposito v. A. GUARINO, v. "Actiones adiecticiae qualitatis", in *NNDI*, II, Torino, 1957, 270 ss; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987, 145-148; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 267-268; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, rist. anast., Napoli, 1993, 195.

¹¹⁷ Testo fondamentale per l'estensione del rimedio pretorio anche ai liberi è Gai. 4.71. *Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominiusve filium servumve magistrum navis praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus fuerit [negotium] gestum erit. Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem dari. Quin etiam, licet extraneum quisque magistrum navis praeposuerit sive servum sive liberum, exercitoria actio in eum redditur. Ideo autem exercitoria actio appellatur, quia exercitor vocatur is, ad quem cottidianus navis quaestus pervenit. Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum sive servum sive liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit. Ideo autem institoria vocatur, quia qui tabernae praepositus institor appellatur. Quae et ipsa formula in solidum est.* Sul passo v. G. LONGO, «Actio exercitoria - Actio institoria - Actio quasi institoria», in *Studi in onore di G. Scherillo II*, Milano, 1972, 582.

A tal proposito, infatti, Ulpiano affermava che *institor*¹¹⁸ (imprenditore o impiegato con funzioni direttive in un'impresa commerciale terrestre¹¹⁹), poteva essere sia un uomo sia una donna, libero o servo.

D.14.3.7.1 Ulp. lib. 28 ad Ed. *Parvi autem refert, quis sit institor, masculus sit an femina, liber an servus proprius vel alienus. Item quisquis praeposuit: nam et si mulier praeposuit, competet institoria exemplo exercitoriae actionis et si mulier sit praeposita, tenebitur etiam ipsa. Sed et si filia familias sit vel ancilla praeposita, competit institoria actio.*[L.826]

Il brano non è esente da sospetti di interpolazione¹²⁰; ma rivisitando in chiave paligenetica la problematica dell'*actio institoria* si può pervenire a risultati del tutto diversi. A mio avviso il contenuto del passo non va attribuito ai compilatori.

Ulpiano sta commentando l'editto del pretore e con riferimento al preposto all'attività commerciale terrestre afferma che quest'ultimo poteva essere maschio o femmina, libero o servo proprio o di altri¹²¹. Ugualmente deve dirsi per il preponente (*item quisquis praeposuit*): anche se preponente sia una *mulier*, contro la stessa potrà intentarsi l'azione institoria sull'esempio¹²² dell'azione *exercitoria* (*competet institoria exemplo exercitoriae actionis*) e se sia stata preposta una *mulier tenebitur etiam ipsa*.

¹¹⁸ Come si legge in D.14.3.3 Ulp.28 ad Ed. *Instior appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet*. Il termine *institor* aveva, comunque, una valenza molto ampia, dal momento che veniva usato per indicare i preposti ad un'impresa artigianale stabile (*taberna*) o ambulante (*sine loco*). Così A. DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 61 nt.6. Al riguardo cfr. G. CERVENCA, v. *Institore*-Diritto romano, in *NNDI*, VIII, Torino 1957, 756-757; F. SERRAO, *Institore* (Premessa Storica), in *ED.*, XXI, Milano 1971, 821 ss.; E.M. ŠTAERMAN - M.K. TROFIMOVA, *La schiavitù nell'età imperiale*, cit., 76 ss., nonché di recente J.M.AUBERT, *Business Managers in Ancient Roma. A Social and Economic Study of Institore (200 b.c.-250 a.d.)*, Leiden-New York Köln, 1994.

¹¹⁹ Sull'impresa commerciale terrestre, cfr. A. DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 63 ss.

¹²⁰ V. *Index Itp.* Arangio Ruiz [*Studii Formulari*, in *BIDR.*25 (1912), 161 nt.1] seguito da Fabricius (*Der gewaltfreie Institor im klassischen römischen Recht*, Freiburg, 1926, 9 nt.5) considera il brano di fattura tipicamente bizantina (da *item ipsa*). In particolare, in relazione a D.14.3.7.1, il romanista afferma: "il testo... genera forti dubbi, anche perché le parole *item quisquis praeposuit* restano sospese in aria, e il periodo finale (*sed et rell.*) si riattacca direttamente al primo, in modo da far supporre che il brano intermedio (*item-ipsa*) non sia stato scritto da Ulpiano". Più cauto Solazzi (*L'età dell'actio exercitoria*, in *Scritti di diritto romano*, IV, 1963, 250) seguito da Longo («*Actio exercitoria - Actio institoria - Actio quasi institoria*», cit., 604) che corregge *item quisquis praeposuit* in "*item quis sit qui praeposuit*" e restituisce al testo "*item quis sit qui praeposuit; nam et si mulier praeposuit, tenebitur.*"

¹²¹ Cfr. D.14.3.1

¹²² Inaccettabile, mi pare, l'opinione di Arangio-Ruiz (*Studii Formulari*, loc.ult. cit.), il quale attribuisce tale espressione ai compilatori e afferma che nel linguaggio dei compilatori l'espressione *exemplo o ad exempla* è usata frequentemente per indicare l'estensione analogica di questo o di quel rimedio giuridico in rapporto soprattutto alle locuzioni *actionem dare, agere, ad exemplum actionis*. In senso contrario, S. RICCOBONO, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946, 54 e ss. il quale ravvisa nell'analogia uno degli strumenti principali di evoluzione del diritto adoperati dalla

Il passo presenta difficoltà di lettura e di interpretazione.

Ulpiano sta facendo un discorso di assimilazione analogica, egli sta descrivendo l'azione institoria ripensando a tutto quello che ha detto a proposito dell'*actio exercitoria*: attraverso il ricorso all'analogia instaura un "parallelismo"¹²³ fra i due istituti di diritto commerciale e richiama la disciplina già prevista per l'*actio exercitoria*, rinviando ad essa.

Come per l'impresa marittima è esperibile l'azione *exercitoria in solidum* nei confronti dell'*exercitor*, anche quando quest'ultimo sia una donna libera, così si deve riconoscere, sul modello di quella *exercitoria*, per l'impresa commerciale terrestre, l'esperibilità dell'azione *institoria* nei confronti del preponente, allorquando quest'ultimo sia da identificare con una donna libera.

Addirittura il ricorso alla tecnica degli *exempla* implica che sia stata riconosciuta e tutelata prima l'azione *exercitoria* alla quale sia seguita l'azione *institoria*¹²⁴. Ciò induce a ritenere che, almeno per l'impresa commerciale marittima, la possibilità che una donna libera potesse essere *exercitor* era prevista e riconosciuta dal diritto. L'estensione di tale disciplina anche nei confronti della donna posta a capo di un'impresa commerciale terrestre avviene soltanto nel terzo secolo d.C. ad opera di Ulpiano.

La possibilità che il *magister navis*¹²⁵ sia di qualsiasi condizione, è prospettata in

D.14.1.1pr. Ulp. 28 ad ed.... *nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum*

giurisprudenza classica e afferma che tutti i brani considerati di origine bizantina, siano "invece un prodotto felice dell'attività della grande giurisprudenza romana" (p.54). L'analogia è espressa con *quasi, quodammodo, ad exemplum ad instar* etc., in modo da creare avvicinamenti e parallelismi tali da potere applicare alle nuove esigenze concrete istituzioni già riconosciute sia dal diritto civile sia dal diritto pretorio.

¹²³ Un'espressione simile si legge in D.14.3.13.2, in relazione alla problematica del *servus communis magister, Exemplo exercitorum*. Al riguardo v. A. DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 202.

¹²⁴ Per l'antiorità dell'*actio exercitoria* rispetto a quella *institoria*, cfr. E. COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano*, Parma, 1891, 31 ss. [che ricorda a p.36 nt.18 come assertori di tale precedenza ELSAESSER, *Ueber die institorische Klage*, Stuttgart, 1875, 12 e BRINZ, *Pand.*, Erl.1873-1879, 259, II, 234-236, e come avversari DONELLO, *Commentaria Iuris civilis*, Lucae, 1763, VIII, coll.71-72; GLÜCK, *Commentario alla Pandette*, XIV (trad. a cura di P. Bonfante), Milano, 1907, 891, 255 ss. Alla tesi contraria aderiva anche E. GANDOLFO, *La priorità nei rapporti cronologici fra le actiones institoria ed exercitoria*, in *AG.* 64 (1900), 45 ss. criticato poi da HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929, 177 ss.], A. ROCCO, *La responsabilità degli armatori nel diritto romano*, in *Giur. Ital.* 50 (1898), 4, 319; P. BONFANTE, *Note a Gluck*, 1907, 14.52 (che peraltro, seguito da G. VALERI, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 21.1.35, fa riferimento alla maggiore larghezza dell'*actio exercitoria* a sostegno della sua maggiore antichità); e che non vede in seguito concorde, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², Roma, 1928, 222 nt.1; F. DE MARTINO, in *Riv. Dir. navig.* 7 (1941), I, 15 nt.1; S. SOLAZZI [L'età dell'*actio exercitoria*, in *Riv. dir. nav.*, 7 (1941), I.183 ss. ora in *Scritti*, cit., 241ss.] che ravvisa in ciò un equivoco in quanto "se ai bisogni del commercio marittimo giovava che l'azione fosse più malleabile, ecco un buon motivo per crearne una speciale" (p.245 nt.13); G. PUGLIESE, *In tema di «actio exercitoria»*, in *Labeo* 3 (1957), 309.

¹²⁵ TLL. v. "Magister", VIII, 80; M.A. DE DOMINICIS, v. *Magister*, in *NNDI*, X, 26.

*fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore*¹²⁶

e meglio specificata in

D.14.1.1.4 Ulp.28 ad ed. *Cuius autem condicionis sit magister iste, nihil interest, utrum liber an servus, et utrum exercitoris an alienus...*

Con il termine 'condicio' il giurista, come risulta evidente in D.14.1.1.4, vuole indicare lo stato della persona, libera o serva, *sui o alieni iuris*, e con 'quales' la solvibilità¹²⁷.

Lo stesso criterio argomentativo adoperato per l'*actio exercitoria* viene utilizzato per l'*actio institoria* al fine di delineare una corrispondenza fra le due fattispecie. Non solo, infatti, non esiste alcuna preclusione in ordine alla condizione della persona da preporre all'impresa terrestre così come per l'impresa marittima, ma in relazione alla *praepositio* dell'*institor*, di qualsiasi condizione egli fosse, Ulpiano dice che poteva anche essere compiuta da una donna: affermazione questa in perfetta simmetria con quanto già detto in tema di *actio exercitoria*.

Infatti nell'impresa commerciale marittima, l'*exercitor*¹²⁸ cioè l'armatore¹²⁹, poteva essere sia uomo sia donna, *filia familias* o schiava.

Cioè è affermato chiaramente in

D.14.1.1.16 Ulp. lib.28 ad Ed. *Parvi, autem refert, qui exercet masculus sit an mulier, pater familias an filius familias vel servus: pupillus autem si navem exercent, exigemus tutoris auctoritatem.*[L.817].

Il giurista severiano sembra avere presente questa specificazione, quando passa ad occuparsi dell'*actio institoria*: *item quisque praeposuit* strettamente collegato a

¹²⁶ Il brano è stato esaminato da Solazzi, *L'età dell'actio exercitoria*, cit., 245 s. il quale se ne è occupato in relazione alla problematica dell'antiorità dell'*actio exercitoria* rispetto all'*institoria*, per dimostrare contro l'obiezione che le due azioni non hanno comunanza di principi (così come affermato da P. BONFANTE, *Note* cit., 14.52, seguito da VALERI, op. cit., 351) che in realtà il passo non contiene "regole differenti per i due istituti, bensì afferma che l'utilità della medesima regola, per cui si chiama a rispondere il preponente, è più sentita nei confronti del *magister* che non con l'*institor*" (p.245).

¹²⁷ In relazione all'interpretazione di 'quales' nel significato di solvibilità, perplessità sono avanzate da Solazzi (*Scritti*, cit., 246) il quale afferma che Ulpiano non avrebbe mai adoperato un termine così generico con riferimento all'elemento della solvibilità. A mio avviso la presunta genericità dell'affermazione ulpiana trova una sua soddisfacente spiegazione ove si consideri che il giurista non si sta preoccupando delle condizioni economiche della persona da preporre, quanto piuttosto sembra essere diretto ad ampliare la categoria di altri soggetti, a prescindere dalla loro condizione patrimoniale.

¹²⁸ A tal proposito cfr. F. De Martino, v. "*Exercitor*", in *NNDI* VI, Torino, 1960, 1088-1092.

¹²⁹ D. MAFFEI, v. "*Armatore*", in *ED*, III, 1958, 10-11.

quanto asserito per la condizione dell'*institor* e che si riallaccia ad una visione generale della problematica inerente l'attività imprenditoriale. Non c'è bisogno di aggiungere altro: il ragionamento è logico e vi è un implicito rinvio a quanto già detto prima.

Limiti, dunque, non dovevano sussistere per le liberte che in genere continuavano nelle stesse attività che avevano svolto durante la schiavitù¹³⁰ e che, quindi, bene potevano essere preposte ad un'attività imprenditoriale, sia essa terrestre sia marittima¹³¹.

Infatti non dovevano esistere impedimenti legali a che una liberta fosse preposta a capo di un'impresa commerciale marittima: lo stesso Ulpiano sembra riconoscere alla donna ingenua o liberta la possibilità di preporre e di essere preposta a capo di una nave "*nam et si mulier praeposuit, competet institoria exemplo exercitoriae actionis et si mulier sit praeposita, tenebitur etiam ipsa*".

Nel pensiero del giurista vi è corrispondenza fra azione *institoria* e azione *exercitoria*: quest'ultima è richiamata in via analogica per disciplinare la prima. Il pretore, infatti, concedeva l'azione institoria nei confronti del preponente anche se quest'ultimo fosse stato una donna¹³² *exemplo exercitoriae actionis*. E come se non

¹³⁰ Cfr. E.M. ŠTAERMAN - M.K. TROFIMOVA, *La schiavitù nell'età imperiale*, cit., 75. In genere con la manomissione veniva meno anche la volontà del *patronus* alla *praepositio*, che, per lo schiavo, si fonda sul rapporto potestativo. Ma doveva accadere, molto frequentemente, che alla *potestas* del *dominus*, si sostituisse un altro rapporto contrattuale, quale il mandato, la *locatio operis* o *operarum* o anche la *negotiorum gestio* seguita da ratifica o, infine, un contratto innominato. Al riguardo E. COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano*, cit., 44 ss.

¹³¹ Nei fatti, però, tale incarico doveva essere affidato esclusivamente agli uomini non certo per l'esistenza di qualche preclusione di ordine giuridico, ma per ragioni di carattere sociale tenendo conto delle difficoltà intrinseche connesse alla navigazione e della peculiarità della composizione dell'equipaggio della nave, di cui il *magister* assumeva il comando, costituito da uomini (*remiges, mesonautae*) [Cfr. F.M. DE ROBERTIS, *La organizzazione e la tecnica produttiva*, cit., 78. Ulpiano ci informa che il personale dell'equipaggio era costituito sia da liberi sia da schiavi (*sive liberi, sive servi*): D.4.9.7; ma v. pure D.44.7.5.6 e 47.5.1.3. Così F. M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, cit., 108]. Ma a ciò si aggiungano anche ragioni riconducibili a motivi di opportunità politica, dal momento che la nave rappresentava l'ordinamento romano, alla cui cura e salvezza erano preposti gli uomini non soltanto per terra ma anche per mare. Esisteva, infatti, un interesse pubblico alla navigazione "...quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet" (D.14.1.1.20 Ulp.28 ad ed.) ed il *magister navis cui totius navis cura mandata est*" (Ulp.28 ad Ed., D.14.1.1), avrebbe dovuto essere una persona dotata di un certo carisma, un esponente di Roma di cui la nave batteva bandiera. V. G. LONGO, '*Actio exercitoria - actio institoria - actio quasi institoria*', cit., 581-626.

¹³² V. E. GANDOLFO, *La priorità nei rapporti cronologici fra le actiones institoria ed exercitoria*, cit., 65 ss. e nt.1, il quale rileva che Ulpiano si riferisce alla condizione della donna nel periodo classico, quando ormai sia essa ingenua sia liberta era stata esentata dalla tutela a seguito della *lex Claudia* e (aggiungo) della concessione dello *ius liberorum*. Ciò troverebbe una conferma nella circostanza che nei vari frammenti non si fa mai riferimento all'*auctoritas* del tutore relativamente alle *praepositiones* a differenza di quanto previsto per il pupillo in cui si fa riferimento esplicito all'*auctoritas* del tutore (D.14.1.1.16 Ulp. 28 ad ed.*pupillus autem si navem exerceat, exigimus tutoris auctoritatem*).

bastasse Ulpiano estende la responsabilità anche nei confronti della donna preposta a capo dell'impresa terrestre; infatti egli dice "*et si mulier sit praeposita, tenebitur etiam ipsa*". Interessante è quest'ultima affermazione: l'uso di '*etiam*' non è casuale, ma induce ad una serie di riflessioni e di interrogativi, che possono sintetizzarsi come segue: 1) *etiam* implica il riferimento allo stesso discorso fatto per la *mulier* preponente e quindi l'estensione della responsabilità è analoga a quella prevista per l'*actio exercitoria*; 2) indica una responsabilità aggiunta, non contemplata né prevista per l'impresa di navigazione.

Diciamo subito che le fonti attestano la responsabilità anche del *magister navis*; la *mulier* preposta all'impresa commerciale terrestre risponderà allo stesso modo del *magister navis* per l'impresa di navigazione. La seconda ipotesi è quindi da scartare.

Ma procediamo con ordine.

Nelle attività commerciali terrestri, non si negava alle liberte, come per la corrispondente attività marittima, la possibilità di svolgere attività commerciale¹³³, sia in qualità di preponente sia di institore¹³⁴: nessun impedimento esisteva al riguardo.

Ulpiano, infatti, non escludeva l'eventualità che una donna fosse preposta a capo di un'impresa commerciale marittima in qualità di *magister navis* tanto è vero che, in tema di *actio institoria* faceva riferimento espresso, come abbiamo già detto, all'azione *exercitoria*, presupponendo per le donne la possibilità di svolgere attività commerciale terrestre e marittima.

L'attività imprenditoriale terrestre viene così ad essere regolamentata allo stesso modo di quella marittima, alla cui disciplina il giurista rinvia richiamandola interamente: sicchè, in tema di responsabilità per le obbligazioni contratte con i terzi, il creditore avrà la facoltà di scegliere se intentare l'azione *exercitoria* adiettizia nei confronti del preponente o, invece, quella contrattuale diretta nei confronti del preposto.

Ciò è confermato da

D.14.1.1.17 Ulp. 28 ad ed. *Est autem nobis electio, utrum exercitorem aut magister convenire velimus*[L.817].

nonché da

D.14.1.1.24 Ulp.28 ad ed. *Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest. Sed si quid si solutum, si quidem a magistro, ipso iure minuitur obligatio: sed et si ab exercitore,*

¹³³ Anche le donne al pari degli uomini potevano avere un *peculium*, attraverso il quale svolgevano attività imprenditoriale. Ciò è attestato da D.15.1.27 (Gai. IX ad ed. Prov. *Et ancillarum nomine et filiarum familias in peculio actio datur: maxime si qua sarcinatrix aut texitrix erit aut aliquod artificium vulgare exercent, datur propter eam actio.*) che fa riferimento al peculio delle schiave che si occupavano di tessitura e cucitura (Cfr. E.M. ŠTAERMAN - M.K. TROFIMOVA, *La schiavitù nell'età imperiale*, cit., 78). La possibilità di avere un peculio per le donne è riconosciuta nel settore legato all'economia domestica al pari del peculio che poteva derivare dal settore dell'attività commerciale ed artigianale.

¹³⁴ V. K. VISKY, *L'affranchi comme institor*, in *BIDR.* III S. 22(1980), 207 ss.

sive suo nomine, id est propter honorariam obligationem, sive magistri nomine solverit, minuetur obligatio, quoniam et alius pro me solvendo me liberat.

L'ipotesi contemplata è quella in cui il preposto ad un'impresa commerciale sia una persona libera: in questo caso il terzo avrà la possibilità di agire direttamente nei confronti dell'*institor* con l'azione contrattuale o con l'azione *institoria* nei confronti del preponente.

Il principio affermato da Ulpiano in D.14.1.1.17 è quello della *electio debitoris*¹³⁵: il creditore potrà scegliere di agire nei confronti del *magister* o dell'*exercitor*, ma se decide di intraprendere l'azione nei confronti dell'uno non potrà agire, poi, nei confronti dell'altro. Infatti una volta effettuata l'*electio* e dedotta in giudizio la lite contro uno, si verifica l'effetto della consumazione processuale e nel nostro caso la reciproca consunzione fra l'azione da contratto e l'azione adietizia¹³⁶.

Ciò è ribadito in D.14.1.1.24 in cui il giurista afferma che una volta effettuata l'*electio* ed in definitiva dopo avere scelto una delle due azioni e promosso il giudizio nei confronti dell'uno, non si può agire nuovamente contro l'altro. Fin qui *nulla quaestio*.

I problemi sorgono per la seconda parte del brano, la quale si rivela di difficile interpretazione¹³⁷: non scevra da sospetti di interpolazione soprattutto con riferimento ad *iste propter honorariam obligationem*, che è di fattura tipicamente postclassica¹³⁸.

¹³⁵ Oggetto dell'*electio* è il *convenire*, l'*agere* che implica *litem contestari*. Sull'argomento e su D.14.1.1.24 v. E. LEVY, *Die Konkurrenz der Actionen und Personen in klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, 331 ss.

Non credo possa parlarsi al riguardo di una ipotesi di concorso di azione o anche di persone. Mi pare più idonea qualificazione "*correi debendi*" (E. COSTA, *Le azioni exercitoria ed institoria nel diritto romano*, cit., 88), in quanto entrambi, preposto e preponente, rispondono in *solidum* verso il terzo: l'uno in forza del contratto direttamente concluso l'altro in virtù della *praepositio*. In particolare il preponente è coobbligato dal pretore *adiectus* al preposto. Di ciò abbiamo testimonianza in D.14.1.5.1 Paul. 29 ad Ed. *hoc enim edicto non transferitur actio, sed adicitur*, e confermata, in chiave antiquaria, da STYPMANN (*Jus maritimum*, in *Scriptores de iure naut. et marit. fasciculus*, Halae Magdberg, 1740, 549-550: "*Nec praetor ea mente introduxit exercitoriam, ut perimeret eam, quae ex contractu in magistrum competit et quasi novatione facta hanc in illam transferret sed ut civile actioni honorarium adiceret, atque ita ei qui cum magistro contraxit plenius consuleret*").

¹³⁶ Così C. FERRINI, *Die processualische Consumption der actio de peculio*, in ZSS. 21 (1900), 193; Id., *La consunzione processuale dell'actio de peculio*, in *Opere di C. Ferrini*, III, *Studi vari di diritto romano*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 291.

¹³⁷ Sulle interpolazioni di D. 14.1.124 v. Index itp.

¹³⁸ Per l'origine post classica della distinzione fra *obligatio civilis* e *obligatio honoraria* o pretoria, v. G. SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 599 ss. ed in part. nt. 591 (in particolare l'autore si chiede se in D.14.1.124: *id est propter honorariam obligationem* sia una glossa o un'interpolazione e se non sia di fattura giustiniana tutto il brano "*sed si quid - liberat*"); E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano. III. Obbligazioni*, Milano, 1936, 21 ss. (che riprende senza sostanziali modifiche la tesi già esposta nella sua nota in RIL 59 (1926) 549 ss.); S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, in *Scritti giuridici II*, a cura di U. Brasiello, Milano 1948, 427 (il quale afferma che in D.14.1.1.24 "*id est propter honorariam obligationem*" è un'interpolazione che rompe l'antitesi: *sive suo nomine [id est propter honorariam obligationem] sive magistri nomine solverit*, interpolazione fatta a scopo didattico").

I sospetti di interpolazione per la restante parte del frammento, a mio avviso, non sono fondati.

Il brano sembra riferirsi al rapporto, agli effetti della consumazione processuale, fra *actio exercitoria* e azione contrattuale in tema di responsabilità per le obbligazioni poste in essere dal *magister navis*, preposto a capo di un'impresa commerciale marittima.

D.14.1.124 potrebbe porsi in relazione con D.15.1.47.3 e D.15.1.27.3 in cui è testimoniato il dibattito fra Proculiani e Sabiniani in tema di concorso delle singole azioni adiettizie con l'azione principale e di consumazione processuale¹³⁹.

D.15.1.47.3 Paul.4ad Plautium. *Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem utile iudicium Proculus ait, sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur: satis enim esse hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio, cum electo reo minus esset consecutus: et hoc iure utimur.*

Ritengo che il brano sia genuino¹⁴⁰.

Proculo, alla cui opinione aderisce Paolo, afferma che il creditore può ripartire l'obbligazione fra i due obbligati: pertanto egli deve, prima, agire nei confronti di

¹³⁹ Sulla problematica del concorso delle azioni la dottrina degli inizi del secolo scorso era divisa. In particolare L. LUSIGNANI in due studi sulla consumazione processuale (*La consumazione processuale dell'«actio de peculio»*, Parma, 1899, 2, 24; Id., *Ancora intorno alla consumazione processuale dell'actio de peculio*, Parma, 1901) seguito dal maestro C. FERRINI [*La consumazione processuale dell'actio de peculio*, in AG.N.S.5 (1900), 78 ss.; Id., *Die processualische Consumption der actio de peculio*, in ZSS 21 (1900), 190 ss)] considerava i brani riguardanti la rescissione dell'azione opera del lavoro dei compilatori. Alla tesi di Lusignani si opposero H. ERMAN (*Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumptio*, Weimar, 1899) il quale già in alcuni studi anteriori (*Servus vicarius. L'esclave de l'esclave romain*, in *Recueil publié par la Faculté de Droit a l'occasion de L'Exposition Nationale Suisse*, Genève, 1896, 514 nt.2 e 515 nt. 5; Id., *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumptio*, in ZSS. 19 (1898), 305; *Miscellen*, in ZSS 20 (1899), 243] aveva ritenuto la classicità dei rimedi contro la consumazione, nonché S. SOLAZZI, [*Studi sull'actio de peculio*, in *BIDR.* 17 (1905), 243 ss.=*Scritti di diritto romano*, I (1899-1913), Napoli, 1955, 189 ss.] e F. GLÜCK, (*Commentario alle Pandette*, 186 a); quest'ultimo, in particolare, dopo avere esposto i testi e le opinioni contrastanti al riguardo, testualmente afferma: "L'estensione limitata e dipendente dalla effettiva soddisfazione è come principio opera di Giustiniano.....Noi riteniamo dunque che tra il diritto dei giuristi ed il diritto di Giustiniano vi sia anzitutto questa fondamentale differenza di principio: che Giustiniano ammette come legale ciò che per i giuristi era l'effetto di una restituzione ..." (191). Sulla questione è ritornato anche E. VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., 58 ss. il quale, concordando con l'interpretazione del passo fatta da Solazzi, afferma che in D.15.1.47.3 l'azione utile, che a detta di Proculo dovrebbe concedersi contro il venditore facendo venire meno gli effetti della *litis contestatio*, sia in realtà da identificarsi con una *condictio de peculio annalis*. Il pretore avrebbe applicato la rescissione alla *litis contestatio* per rendere senza effetti il giudizio anteriore.

¹⁴⁰ Considerano il passo interpolato L. LUSIGNANI, *La consumazione processuale dell'«actio de peculio»*, loc.ult.cit.; C. FERRINI, *La consumazione processuale dell'actio de peculio*, cit., 89 ss;

uno dei debitori e, poi, se non soddisfatto per l'intero, può intentare l'azione nei confronti dell'altro debitore per il residuo, come se il primo giudizio non avesse avuto luogo, in maniera tale da evitare gli effetti della consumazione processuale.

Il Pretore, dunque, concede all'attore una formula fitticia, con cui è possibile rescindere gli effetti della consumazione processuale: solo in questo modo il creditore, non interamente, soddisfatto potrà agire nei confronti dell'altro debitore per la differenza.

Il problema riguarda la possibilità di rescissione della consumazione processuale con conseguente *restitutio in integrum* dell'attore che potrà agire per la differenza nei confronti dell'altro debitore. In questa maniera il creditore viene ad essere tutelato così da non vedere pregiudicata la sua posizione nel caso rivolga la domanda nei confronti di uno dei debitori e quest'ultimo si riveli insolvente.

Su una posizione completamente diversa si colloca Giuliano così come risulta da

D.15.1.27.3 Gai.9 ad ed. prov. *Illud quoque placuit, quod et Iulianus probat, omnimodo permittendum creditoribus vel in partes cum singulis agere vel cum uno in solidum.*

Gaio, riprendendo il pensiero di Giuliano, afferma che il creditore debba scegliere di agire nei confronti di uno dei debitori per l'intero o nei confronti di entrambi parzialmente: egli, dunque, non ammetteva, a differenza di Paolo, la rescissione della *litis contestatio* e, pertanto, non accordava la *restitutio in integrum* per eliminare gli effetti della consumazione processuale, ma ricorreva alla divisione dell'azione: il creditore può ripartire l'obbligazione fra i due convenuti e agire nei loro confronti in concorso di azioni¹⁴¹.

La fattispecie cui Ulpiano si riferisce in D.14.1.1.24, a mio parere, è, però, ben diversa da quella sulla quale discutevano Proculiani e Sabiniani: il giurista non si

Id., *Die processualische Consumption der actio de peculio*, cit., 197 ss., P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, cit., 115 nt.2.

Diversamente, K. H. ERMAN, *D.44.2.21§ 24, Etudes de droit classique et Byzantin*, in *Mélanges Ch. Appleton*, Lyon, 1903, 256 ss.; S. SOLAZZI, *Studi sull'actio de peculio*, cit., 243 ss.=*Scritti di diritto romano*, I cit.189 ss., G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale*, Lyon, 1932, 471 ss., E. VALIÑO, *Actiones utiles*, loc. ult. cit., R. SOTTY, *Recherche sur les utilis actiones*, 1977, 402 ss i quali affermano, invece, la genuinità del brano.

In particolare Solazzi contrapponendosi a Ferrini il quale sosteneva che la divisione dell'azione fra più coobbligati era sempre possibile e se Proculo (e, quindi, Paolo) non l'ammetteva ciò dipendeva dalla presenza di un ostacolo all'interno della formula, afferma l'inverisimilità della presenza di un simile impedimento perché se così fosse anche Giuliano avrebbe dovuto fermarsi davanti ad esso, o apportare una modifica alla formula. Ritiene, invece, plausibile la tesi di Erman [*Miscellen*, in *ZSS* 20 (1899), 253 nt.5] per il quale Proculo voleva evitare processi inutili perché, una volta ammessa la divisione, il creditore prudente avrebbe agito sempre contro entrambi i debitori, compratore e venditore anche quando sarebbe bastato agire contro uno soltanto di essi per ottenere il pieno soddisfacimento di ogni sua pretesa.

¹⁴¹ In tal senso S. SOLAZZI, *Studi sull'«actio de peculio»*, cit., 242 ss.=*Scritti*, cit.,189 ss. nonché E. VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., 59 nt.2.

pone il problema del riparto dell'azione fra più convenuti, come nel caso in cui si chiedono frazioni di debito a più *correi debendi* (ipotesi prospettata da Giuliano) o quello di autorizzare il creditore a fondarsi per una parte su di un rapporto per l'altra su di un altro, a servirsi, quindi, in parte di un'azione in parte di un'altra (ed è questo il ragionamento di Proculo che ammetteva la rescissione della consumazione, con possibilità di agire per il residuo nei confronti dell'altro debitore) vale a dire il problema della divisione dell'azione o della consumazione processuale. Egli, in perfetta coerenza con il principio di non concorrenza espressamente enunciato, afferma che nel caso in cui, il preposto sia una persona libera, sia ammissibile la *solutio parziale* attraverso la quale l'obbligazione *ipso iure minuitur*¹⁴².

Regola generale in diritto romano è che la *solutio*, quale modo di estinzione dell'obbligazione *ipso iure*, doveva essere intera¹⁴³; il debitore poteva effettuare un pagamento *pro parte* soltanto con il consenso del creditore¹⁴⁴.

Il giurista, dopo avere affermato la possibilità di scelta dell'azione e, quindi, l'impossibilità di concorso fra le due azioni, riconosce la facoltà per il debitore di frazionare l'obbligazione dovuta con il consenso del creditore. Se infatti, previo consenso del creditore, il *magister* effettuò una *solutio* parziale¹⁴⁵ (*sed si quid sit solutum*), l'obbligazione *minuitur ipso iure*.

¹⁴² I rimedi della divisione e della restituzione rappresentano ipotesi eccezionali che si applicano nel caso in cui i soggetti che contraggono siano *alieni iuris* (schiavi o figli), dotati di peculio, e segnatamente nelle ipotesi di eccezionale gravità in cui, data la divisione del peculio fra più titolari, il creditore dovrebbe trovarsi, per effetto della limitazione della *quantitas peculii* che ha presso di sé il convenuto (*quod penes habet qui conventur*), in una posizione iniqua. Il fatto che la giurisprudenza classica vi ponga rimedio ricorrendo al principio dell'equità implica che non poteva esservi una deroga in diritto classico, in cui principi fondamentali erano quello della consumazione processuale e del pagamento *in solidum* nel caso di più coobbligati, mentre la divisione rateale (prevista in caso di più coobbligati, coeredi, fideiussori o fidepromissori) era sempre opera di un provvedimento successivo. Soltanto ove l'attività sia svolta da uno schiavo o da un sottoposto dotato di un peculio si pone mente alla necessità di una soddisfazione effettiva da parte del creditore; nel caso in cui all'attività commerciale sia stata preposta una persona libera, ingenuo o liberto, uomo o donna, allora si applicherà il principio classico della consumazione processuale, così come sembra emergere da D.14.1.1.24.

¹⁴³ Sul tema v. l'ampia trattazione di S. SOLAZZI, *L'estinzione della obbligazione (Anno accademico 1930-1931)*, Napoli, 1931, 72 s., 84 e nt.1 (secondo il quale per aversi adempimento esatto deve essere prestato l'intero oggetto; quanto ai pagamenti parziali ai quali fanno riferimento alcuni testi e precisamente D.13.7.8.2 e D.46.3.91 devono intendersi avvenuti con il consenso del creditore); Id., *L'estinzione dell'obbligazione*², Napoli, 1935, 33 ss. nonché P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, 1987, 339; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, cit., 393 ("quando per il suo contenuto e le sue modalità l'obbligazione è tale da potersi adempiere in una sola volta, il creditore non è tenuto ad accettare un pagamento parziale; allo stesso modo, se l'obbligazione comporta più prestazioni successive, il debitore non può ulteriormente frazionarle senza il consenso del creditore"); M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 639.

¹⁴⁴ Eccezione al principio del pagamento integrale è contenuta in D.12.1.21: nel caso in cui il debitore contesti una parte del debito sarebbe ammesso a pagare, anche senza il consenso del creditore, la parte non litigiosa. S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, cit., 85 s.

¹⁴⁵ A tal proposito B. WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, 1925, 319), sosteneva che se il creditore avesse conseguito soltanto una parte di quanto gli spettasse, il diritto di credito si

Stando così le cose l'espressione *ipso iure* è anch'essa genuina¹⁴⁶, in quanto se la *solutio* è un modo di estinzione dell'obbligazione *ipso iure*, e se è consentito un pagamento parziale previo consenso del creditore, allora anche l'adempimento parziale, determinerà un'estinzione parziale dell'obbligazione che diminuirà *ipso iure*.

Il giurista, dunque, enuncia il principio che in caso di *solutio* parziale vi sarà un'automatica diminuzione della prestazione per il cui soddisfacimento il creditore può agire o nei confronti del preposto o del preponente, in ossequio al principio di non concorrenza delle azioni.

Che Ulpiano voglia col suo ragionamento riconoscere l'effetto estintivo *ipso iure* anche alla *solutio* parziale è confermato dal prosieguo del frammento in cui afferma che se, invece, sia l'*exercitor*, ad effettuare la *solutio* parzialmente¹⁴⁷ *nomine suo* nei limiti del contratto di *praepositio* e *nomine magistris*, per tutti gli atti dallo

sarebbe estinto, in quanto si presuppone che un'estinzione del diritto di credito sia possibile. Infatti il problema dell'estinzione parziale deve incentrarsi sulla prestazione, a seconda che sia divisibile o indivisibile, perché se essa è divisibile non vi sono dubbi che il diritto di credito possa venire parzialmente estinto e scindersi in una pluralità di diritti di credito reciprocamente indipendenti (p.14). Tale asserzione non può essere condivisa perché come afferma testualmente C. ARNØ (*Le obbligazioni divisibili ed indivisibili*, Modena, 1901, 28) "non mai deve estendersi alla teorica delle obbligazioni divisibili ed indivisibili, basata esclusivamente sulla pluralità dei creditori o debitori, quanto può essere statuito o può trovare applicazione nell'ipotesi di un unico debitore e di un unico creditore". Il problema dell'estinzione parziale non si incentra, invero, sull'oggetto, quanto sulla possibilità che il creditore accetti un adempimento parziale. Infatti la distinzione fra obbligazioni divisibili e indivisibili si basa sulla natura della prestazione e ha una sua rilevanza, soprattutto, in presenza di una pluralità di soggetti (M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 523). In genere l'adempimento parziale è possibile in presenza di obbligazioni divisibili dietro consenso del creditore, che può sempre rifiutare un'esecuzione parziale. Ancora P. Bonfante, testualmente, afferma: "la distinzione delle obbligazioni divisibili e indivisibili ha essenzialmente importanza quando si abbiano più creditori o debitori di una stessa obbligazione perché se il creditore è uno solo e uno solo il debitore, la prestazione deve eseguirsi tutta una volta ed integralmente, né il creditore può essere costretto a riceverla a rate" (*Istituzioni di diritto romano*¹⁰, cit., 310). Nel caso di obbligazioni con più creditori e debitori, la decisione se si possa o no pagare parzialmente dipenderà dall'essere la prestazione divisibile o indivisibile: (così Gai. 3.172: ...*quod debetur pro parte, recte solvitur*. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 417; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, 1988, 630). L'importanza della distinzione fra obbligazioni divisibili e indivisibili ha valore soprattutto nel caso in cui si abbiano più creditori o più debitori. Al riguardo v. anche E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 1, Padova, 1960, 450 e nt.10 nonché ulteriori considerazioni e bibliografia supra nt. 143. Infatti nel caso in cui il creditore sia soltanto uno anche in caso di prestazione divisibile, l'obbligazione potrà essere adempiuta parzialmente soltanto ove quest'ultimo abbia prestato il consenso. Ma in D.14.1.1.24 il problema non è quello di ammettere il pagamento parziale basandosi sul tipo di obbligazione divisibile o indivisibile o di scelta del debitore perché Ulpiano chiaramente afferma che se si agisce nei confronti dell'uno non si può poi agire nei confronti dell'altro. Se, invece, il creditore accetti il pagamento parziale può sempre agire per la differenza, fermo restando il principio della non concorrenza delle azioni.

¹⁴⁶ Considerando *ipso iure* inutile e, quindi, di fattura giustiniana, si dovrebbe ipotizzare che al suo posto avrebbe dovuto esserci "*consensu*", nel senso che una volta effettuata l'adempimento parziale, l'obbligazione diminuirà non automaticamente ma solo con il consenso del creditore.

¹⁴⁷ Ritengo che qui debba sottintendersi "*si quid sit solutum*".

stesso posti in essere durante la sua attività imprenditoriale e connessi alla *praepositio*, l'*obligatio minuetur*¹⁴⁸ e, quindi, si avrà un pagamento, anche in questo caso, parziale. L'obbligazione, pertanto, sarà estinta anche nei confronti del *magister navis* poiché "è principio certissimo di diritto che il pagamento, anche se compiuto da un terzo, estingue l'obbligazione, quando il terzo paga con l'intenzione di liberare il debitore"¹⁴⁹.

La chiusa in prima persona di carattere esplicativo afferma proprio il principio che il pagamento effettuato a favore di un altro libera quest'ultimo¹⁵⁰.

In ogni caso poiché dal punto di vista processuale "*singulae obligationes <actiones> singulas causas sequuntur*"¹⁵¹, e cioè la causa nei rapporti fra le stesse persone vale ad identificare l'*obligatio* e l'*actio*, la *solutio* non potrà essere parziale quando riguarderà più obbligazioni aventi una identità di causa. Nel caso dell'obbligazione contratta per l'esercizio di un'attività imprenditoriale, tale principio trova perfetta applicazione; infatti la parte debitrice (sia essa il preposto o il preponente) deve effettuare il pagamento per quelle obbligazioni che risultino connesse con l'attività imprenditoriale: nessuno è tenuto per i negozi contratti al di fuori dei limiti strettamente predefiniti nell'atto di preposizione o per tutto ciò che non risulti necessariamente connesso con l'attività imprenditoriale.

Se tale era la disciplina in tema di responsabilità per gli atti posti in essere da un soggetto libero durante l'esercizio dell'attività imprenditoriale marittima e terrestre, Ulpiano estende la stessa anche all'ipotesi in cui a capo di un'attività commerciale marittima o terrestre, fosse stata preposta una donna libera, ingenua o liberta: infatti per le obbligazioni da essa contratte, il terzo poteva agire nei confronti della stessa¹⁵²

¹⁴⁸ Anche qui deve intendersi (sottinteso) *ipso iure*: infatti l'adempimento ha in ogni caso l'effetto di estinguere *ipso iure* l'obbligazione. In tal senso, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 636.

¹⁴⁹ Così S. SOLAZZI, *Studi sull'actio de peculio*, in *BIDR.*, 17 (1905), 252.

¹⁵⁰ La classicità del principio che il pagamento possa essere effettuato anche da un terzo è stata sostenuta da S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, cit. 44-50; S. CRUZ, *Da «solutio»*. *Terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins. I. Épocas arcaica e clássica*, Coimbra, 1962, 334-335. Di avviso contrario, B. FRESE, *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen dritten. XI Der unberufene Dritte als Zahler*, in *Studi Bonfante IV*, Milano, 1930, 444 e nt.210. In ogni caso la possibilità di *solutio pro alio* è formulata in Inst. 3.29 pr. *Nec tamen interest, qui solvat, utrum ipse qui debet an alius pro eo: liberatur enim et alio sovente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat*.

¹⁵¹ D.44.2.14.2 Paul. 70 ad ed. *Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur...*

Sull'argomento cfr. G. SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, cit., 608.

¹⁵² La donna libera può in qualsiasi modo estinguere un'obligatio, perché l'obligatio era considerata alla stregua di una *res nec mancipi* (M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 169). Cfr. Gai. 2.85 *Mulieris vero etiam sine tutoris auctoritate recte solvi potest; nam qui solvit liberatur obligatione, quia res nec mancipi, ut proxime diximus, a se dimittere mulieres etiam sine tutoris auctoritate possunt, Quamquam hoc ita est, si accipiat pecuniam: at si non accipiat, sed habere se dicat et per acceptilationem velit debitorem sine tutoris auctoritate liberare, non potest*.

con l'*actio* diretta contrattuale o in via adiettizia con il rimedio pretorio nei confronti del preponente, che poteva essere anche una liberta.¹⁵³

Entrambi, preponente e preposto, rispondono in *solidum*: il creditore, comunque, può accettare un pagamento parziale; in tal caso l'obbligazione diminuirà *ipso iure* ed egli potrà, se del caso, intentare l'azione principale contro il preposto o quella *exercitoria* contro il preponente per obbligazione residua. Comunque si deve tenere presente che, avendo il preponente imposto dei limiti all'attività posta in essere dal preposto, non risponderà per le obbligazioni contratte al di fuori di detti limiti¹⁵⁴.

Con la testimonianza di Ulpiano si chiude il riferimento, per l'età classica, all'attività lavorativa delle donne libere e per quello che qui interessa delle liberte.

Le ulteriori sporadiche testimonianze in materia sono di età successiva, appartenendo al periodo post classico.

La possibilità per le donne di svolgere attività lavorativa è, infatti, attestata da una fonte tarda che riporta una costituzione dell'imperatore Giustiniano del 531 d.C.

C.I.6.43.1.3 Imp.Iustinianus A. Iohanni pp.*id est in servis quidem et ancillis maioribus decem annis, si sine arte sint, viginti solidis aestimandis...sin autem artifices sunt, usque ad triginta solidos aestimatione eorum procedente, sive masculi sive feminae sunt, exceptis notariis et medicis utriusque sexus, cum notarios quinquaginta solidis aestimari volumus, medicos autem et obstetrices sexaginta...*

Nel passo vi è il riferimento al prezzo degli schiavi: il loro valore aumentava se essi avessero esercitato qualche mestiere, in particolare se fossero stati *notarii* e *medici* "*utriusque sexus*". L'esercizio dell'arte medica esteso anche alle donne di condizione servile e libertina, prima che ai liberi, contribuiva ad accrescere la funzione sociale delle stesse, che, al pari degli uomini, venivano ad occupare un ruolo di rilievo nella società romana¹⁵⁵.

La costituzione sopra riportata pone sullo stesso piano dei medici anche le *obstetrices*.¹⁵⁶

¹⁵³ E' questo un caso di rappresentanza diretta dal momento che il preponente può essere chiamato a rispondere direttamente per le obbligazioni contratte dal preposto: la formula concessa dal pretore è con trasposizione di soggetti dal momento che nell'*intentio* troviamo il nome del preposto mentre nella *condemnatio* vi è quello del preponente.

¹⁵⁴ E. COSTA, *Le azioni exercitoria ed institoria nel diritto romano*, cit., 63 ss.

¹⁵⁵ D.50.4.11.3 Mod. 11 Pand.: *Reprobari posse medicum a re publica, quamvis semel probatus sit, divus Magnus Antoninus cum patre rescripsit*. Il passo attesta l'esistenza di un interesse pubblico, riconducibile all'igiene, allo svolgimento dell'arte medica, che andò via via sempre più specializzandosi. Cfr. K. VISKY, *La qualifica della medicina e dell'architettura*, cit., 49.

¹⁵⁶ La stessa disposizione trovasi anche in D.50.13.1.2 Ulp. lib. 8 de omn. tribunal. *Sed et obstetricem audiant, quae utique medicinam exhibere videtur*. Che molte liberte esercitassero l'attività di ostetriche è confermato dalle fonti epigrafiche per le quali v. *infra* nt.139. Sull'argomento cfr. N. KAMPEN, *Image and status*, cit., 116.

Il provvedimento non è isolato ma è presente anche in

C.I.7.7.1.5. Imp.Iustinianus A. Iuliano pp. *Ne autem quantitas servilis pretii sit incerta sed manifesta, sancimus servi pretium sive ancillae, si... aliqua arte praediti sunt exceptis notariis et medicis, usque ad triginta solidos. Sin autem notarius sit vel medicus sive masculus sive femina, notarius quidem usque ad quinquaginta, medicus autem usque ad sexaginta taxetur.*

In questa costituzione, Giustiniano fa riferimento ai *medici* oltre che ai *notarii* (*sive masculus sive femina*) il cui prezzo di vendita, maggiore rispetto a quello degli altri schiavi impiegati in altre attività, rimaneva invariato a prescindere dal sesso. Il riconoscimento a livello normativo della pari dignità della donna che svolgeva un'attività considerata di pubblica utilità per la società costituisce una valida testimonianza della diffusione che il lavoro femminile doveva avere raggiunto nel sesto secolo d.C. tanto è vero che esso trova per la prima volta esplicita regolamentazione.

Inoltre si deve aggiungere che il contenuto delle due costituzioni sopra ricordato sembra tracciare un filo diretto con quanto aveva precisato Cicerone, ben sei secoli prima, il quale, a proposito delle attività intellettuali, aveva attribuito un ruolo particolare alla medicina affermando che essa, per le maggiori cognizioni tecnico scientifiche e per la sua maggiore utilità, non era riprovevole ed era da considerarsi *honestas*, in quanto si addiceva allo *status* di coloro che la esercitavano, e che erano lo più liberti.

Ancora la stessa concezione sembra presente in Giustiniano: l'imperatore, con un esplicito provvedimento, afferma chiaramente che il *medicus*, al quale è accostato il *notarius*, a prescindere dal sesso, aveva un prezzo maggiore rispetto agli altri schiavi che pure esercitassero una professione caratterizzata da conoscenze di carattere tecnico scientifico. L'accostamento *medicus-notarius*, potrà sembrare strano per la diversità dei settori in cui essi operano ma l'elemento che accomuna queste due categorie di lavoratori, a mio avviso, è costituito dal contributo in termini utilitari che essi, con loro conoscenze tecniche e la loro specializzazione, apportavano alla società.

Il prezzo è rapportato alla maggiore *utilitas* e alla maggiore considerazione sociale di cui questi lavoratori probabilmente godevano.

La vera novità è costituita semmai dall'esplicita estensione anche alle donne della disciplina che regolamentava il prezzo di acquisto di questi prestatori di attività intellettuale.

Le considerazioni che sin qui abbiamo esposto consentono di fare alcune osservazioni in relazione alla problematica del lavoro delle liberte:

1) Nessun riferimento esplicito è nelle fonti giuridiche alla tematica del lavoro delle liberte.

2) Le fonti giuridiche che fanno riferimento, seppure in maniera indiretta all'attività lavorativa delle liberte sono scarse e, in ogni caso, sono databili al terzo secolo d.C.

3) In mancanza di fonti giuridiche è possibile procedere ad un corretto studio del fenomeno basandosi su fonti non giuridiche, quali possono considerarsi le fonti

letterarie, le iscrizioni e le testimonianze provenienti dalla prassi negoziale e commerciale.

4) In ogni caso un esame esegetico puntuale e responsabile delle fonti può costituire uno dei parametri per effettuare un'indagine anche su dati 'metagiuridici'¹⁵⁷.

5) Dal quadro tracciato emergerebbe che le liberte lavoratrici, non trovarono per nulla o quasi (con qualche sporadica eccezione) riconoscimento giuridico all'interno dell'esperienza giuridica romana, cosicché, credo, possa affermarsi che l'attività lavorativa delle donne rimase per un lungo periodo di tempo un fenomeno del tutto marginale, pur in assenza di alcun esplicito divieto in tal senso, e che le testimonianze di carattere metagiuridico che sono pervenute non devono essere considerate espressione di un fenomeno di più larga scala o generalizzato. La visione che viene fuori sembra essere quella di una società piuttosto 'maschilista'¹⁵⁸: soltanto in epoca classica, attraverso l'attività interpretativa di un giurista come Ulpiano, anche l'ipotesi di esercizio di attività economica terrestre affidato ad una donna troverà regolamentazione giuridica. Il diritto, prendendo atto di una situazione ormai consolidata, tende attraverso la mediazione dell'attività interpretativa della giurisprudenza, a regolamentare l'ipotesi in cui l'attività imprenditoriale sia svolta da una donna. Naturalmente le varie soluzioni adottate costituiscono il frutto di una precisa opzione ideologica da parte dei giuristi, e quindi di carattere prettamente soggettivo.

6) I primi interventi normativi al riguardo risalgono soltanto a costituzioni della prima metà del sesto secolo d.C.

Sulla base di queste considerazioni si può affermare che, pur non esistendo nel diritto alcun impedimento a che le donne svolgessero attività lavorativa, dal silenzio delle fonti dovrebbe argomentarsi una completa indifferenza per il lavoro femminile contrariamente a quanto accadeva per l'attività lavorativa dell'uomo la quale era esplicitamente contemplata, discussa e regolamentata.

Il lavoro della donna non era preso in considerazione tanto è vero che, ancora nel primo secolo A.C. e, quindi, alla fine dell'età repubblicana, Cicerone nella distinzione che propone fra arti liberali e arti illiberali, non fa alcun riferimento alla possibilità che tali attività postessero essere esercitate dalle donne.

Soltanto le fonti della prassi documentano una realtà di donne che vivono, lavorano accanto all'uomo e anzi indipendentemente da quest'ultimo.

¹⁵⁷ La necessità di una ricerca rigorosa e responsabile è sostenuta da A. MANTELLO, *'Beneficium' servile 'debitum' naturale*, cit., il quale testualmente afferma: "...proprio lo studio responsabile del profilo esegetico può diventare uno dei parametri per sostenere pure l'indagine sui dati cosiddetti metagiuridici" (10 ss.). Il richiamo all'esigenza di metodo di studio rigoroso, fondato su un "certosino e faticoso riscontro tesuale" è una costante nel romanista così che si potrebbe affermare per usare le stesse parole dell'autore che "quanto più si creda a certe metodologie, tanto più sia necessario rigore, rigore e ancora rigore" [A. MANTELLO, *Sulla giurisprudenza del primo Principato*, in *Labeo* 43 (1997), 1, 127].

¹⁵⁸ Sulla concezione prettamente maschilista dell'ordinamento, alla quale si contrappone un orientamento giurisprudenziale più "liberale", cfr. R. QUADRATO, *'Hominis appellatio' e gerarchia dei sessi*, in *BIDR.* 94-95 (1991-1992), 309 ss. con bibliografia ivi citata, al quale rinvio.

Ulpiano con una precisa scelta ideologica disciplina l'attività sia terrestre sia marittima svolta dalle donne limitatamente però alla problematica delle azioni esercitoria ed institoria.

Più tardi nel periodo post classico, Giustiniano fissa il prezzo di vendita degli schiavi, uomini o donne, che avessero esercitato un'attività intellettuale che richiede cognizioni tecnico-scientifiche quali i medici o i *notarii*, a prescindere dal sesso, in termini più elevati rispetto agli schiavi comuni. L'ordinamento, dunque, soltanto nel sesto secolo d.C. riconosce tutela giuridica pari a quella degli uomini, alle donne schiave o liberte che esercitino la professione di medica o notaia.

Per tutte le altre categorie, le fonti giuridiche non offrono alcuna testimonianza utile al riguardo e pertanto in mancanza di esse non possiamo fare altro se non esercitare l'*ars ignorandi*, limitandoci al massimo ad avanzare ipotesi basandoci sulle testimonianze provenienti dalla prassi del diritto economico e commerciale, nonché sulle altre numerose testimonianze epigrafiche cui si è fatto riferimento.

Summary

ECONOMIC ACTIVITIES OF LIBERTE

The object of present research is the work of *liberte*: a topic that has not been examined by modern Romanists who have driven their attention almost exclusively to the work of *liberti*, deeming the economic activities of *liberte* only marginally important.

This research tried to find out whether the majority of activities done by *liberti* could have been conducted by *liberte*, too. This hypothesis enables us to see the position of *liberta* differently of those given to a wife, a concubina or a prostitute.

The analysis is focused on the time period between 3-2 century BC and 2-3 century AD. The sources are very scarce, derived mostly from the economic and commercial practice. The first legal recognition of activities of *liberte* is linked to the era of Principat and naturally jurisprudential intervention assumes importance for the position of *liberte*: e.g., Ulpianus presents the hypothesis that a *liberta* could undertake business on soil or on sea. However, in that time there were still no normative texts that appeared only later, in the era of Justinian, when the institute of legal tutorship for women, slaves or *liberte*, similar to the one designed for men, was created for those who were professional physicians or notars. However, it is always a particular institute and not a general one.

All of this shows a "male chauvinist" society that was completely indifferent toward economic activities of *liberte* (although not forbidding them) while the economic activities of men were explicitly accepted and regulated.

Key words: *work, liberte, economic activities.*

Zusammenfassung

WIRTSCHAFTSTÄTIGKEITEN DER FREIGELASSENEN

Gegenstand dieser Untersuchung ist die Arbeit von Freigelassenen: ein Thema, das nicht von den Romanisten bearbeitet wurde obwohl sie sich vor allem mit der Arbeit der Freigelassenen beschäftigt haben, hielten sie die Wirtschaftstätigkeiten der Freigelassenen unwichtig.

Diese Untersuchung versuchte zu begründen, dass die meisten Tätigkeiten der Freigelassenen diese auch verrichten konnten. Diese Hypothese ermöglicht, die Stellung der Freigelassenen zu verstehen, die sich von der Stellung einer Ehefrau, Konkubine und Prostituierten unterschied.

Die Untersuchung konzentriert sich auf den Zeitabschnitt zwischen dem 3.-2. Jahrhundert vor Chr. und dem 2. - 3. Jahrhundert nach Chr. Die Quellen sind sehr dürftig, dazu dienen vor allem Dokumente aus der Wirtschafts- und Handelspraxis. Die erste rechtliche Anerkennung der Tätigkeiten von Freigelassenen stammt aus der Zeit des Prinzipats und so werden Rechtsmeinungen wichtig für die Bestimmung des Status der Freigelassenen: so stellt z.B. Ulpianus die Hypothese auf, dass Freigelassene Geschäfte auf dem Festland und dem Meer verrichten können. Doch tauchen normative Texte erst später zur Zeit Justinians auf, als das Institut der Rechtsvormundschaft über Frauen, Sklaven und Freigelassene geschaffen wurde, ähnlich wie auch für Männer und zwar für die, die professionelle Doktoren oder Notare waren. Dennoch handelte es sich um ein partikulares und nicht allgemeines Institut.

All dies spiegelt den charakteristischen „männlichen Chauvinismus“ in einer Gesellschaft, die völlig gleichgültig gegenüber den Tätigkeiten der Freigelassenen war (obwohl sie sie nicht verbot), während sie die wirtschaftliche Tätigkeit von Männern ausgesprochen akzeptierte und regelte.

Schlüsselwörter: Arbeit, Freigelassene, Wirtschaftstätigkeiten.

Sommario

LE ATTIVITÀ ECONOMICHE DELLE LIBERTE

Oggetto della presente indagine è il lavoro delle liberte: il tema non è stato analizzato compiutamente dalla romanistica moderna che ha, invece, riversato la propria attenzione quasi esclusivamente sul lavoro dei liberti, considerando le attività economiche delle liberte di interesse marginale.

In questa ricerca si è, pertanto, cercato di verificare se sia utile un'indagine di tale genere atteso che la maggior parte dei lavori esercitati dai liberti potevano esserlo anche dalle liberte.

E' un'ipotesi questa che consente di delineare un'immagine della liberta che non sia quella della moglie, della concubina e della prostituta.

L'analisi è delimitata al periodo compreso fra il secondo/terzo secolo a.C. ed il secondo/terzo secolo d.C.

Le fonti al riguardo sono scarse; la maggior parte di esse proviene dalla prassi economica e commerciale.

In particolare, i primi riconoscimenti giuridici del lavoro delle liberte risalgono all'epoca del Principato e, naturalmente, l'intervento giurisprudenziale assume una valenza non secondaria: Ulpiano, per esempio, regola anche l'ipotesi di esercizio dell'attività imprenditoriale terrestre e marittima esercitata da una liberta. In quest'epoca, comunque, sembrano mancare ancora interventi normativi, quegli interventi che compariranno, invece, in età più tarda allorquando Giustiniano riconoscerà tutela giuridica, pari a quella degli uomini, alle donne, schiave o liberte, che esercitino, però, la professione di medico o notaio.

Si tratterà, comunque, pur sempre di un intervento specifico e non generale.

Il quadro che ne viene fuori è quello di una società "maschilista" che assume un atteggiamento di assoluta indifferenza nei confronti delle attività economiche delle liberte (pur non vietandole) contrariamente a quanto accadeva per il lavoro dell'uomo che, invece, è esplicitamente contemplato e disciplinato.

Parole chiave: lavoro, liberte, attività economiche.

VPLIV RIMSKEGA PRAVA NA RAZVOJ SREDNJEVEŠKEGA NOTARIATA V ISTRI IN DALMACIJI

Dr. sc. Darko Darovec
Znanstveno-raziskovalno središče
Republike Slovenije, Koper

UDK: 34(37)
347.961(940.1)
Ur.: 28. siječnja 2000.
Pr.: 3. travnja 2000.
Pregledni članak

Utjecaj rimskog prava na razvoj srednjovjekovne notarske službe u Istri i Dalmaciji

Iako srednjovjekovna notarska služba u Istri i Dalmaciji odražava ne samo rimsku tradiciju nego i mješavinu lombardskog i franačkog notarskog reda, mora se naglasiti da je Istra, zahvaljujući kasnorimskoj tradiciji municipalnog uređenja, posebice u obalnim gradovima, uspjela sačuvati načela rimskog prava u notarskoj službi.

Činjenica je da najstariji sačuvani notarski akti iz 9. i 10. stoljeća ukazuju da su obalni gradovi u Istri sami davali privilegij za obavljanje notarske službe čak i prije obnove rimskog prava i s tim povezanim ustrojem notara u 12. stoljeću, što je suprotno franačkim zakonima o ovoj materiji, koji su pravo podjeljivanja notarskog privilegija davali zemljoposjednicima. Od tada nadalje, posebice od kraja 13. stoljeća kada je naglo rasla potreba za notarima zbog razvoja trgovine i privatnog vlasništva i uz istočnu obalu Jadrana, javljaju se određene posebnosti u djelovanju notarske institucije karakteristične za rimsko razdoblje, i to uglavnom putem bolonjske škole i njene obnove rimskog prava. Ovdje raspravljamo o temeljnim načelima djelovanja notarske službe, tj. o registriranju pravnih akata ili o institucionalizaciji objektivne službe za dokazivanje sadržaja pravnih akata primjenom načela javne vjere.

I kao što su rimski tabelioni uživali javnu vjeru nakon što su osnovane posebno ovlaštene državne ili općinske institucije koje su vodili tzv. eksceptori ili bilježnici, i koji su na temelju nota (scheda, imbreviatura, nota) o sastavljenim pravnim akatima imali pravo u slučajevima kada se akt izgubio izdati autentičnu kopiju, u svim su značajnijim gradovima uz istočnu obalu Jadrana od 13. stoljeća nadalje, vjerojatno slijedeći primjer Bologne, ustrojeni slični gradski uredi za registriranje, čuvanje i sastavljanje bilježničkih akata. U Istri (Trst, Muggia, Kopar, Izola, Piran i Pula) time su se bavili tzv. vicedomini, a u Dalmaciji uglavnom tzv. egzaminatori.

Ključne riječi: memoriali, vicedomini, egzaminatori.

Čeprav srednjeveški notariat v Istri pa tudi v Dalmaciji poleg rimske tradicije kaže še mnoge primesi langobardske in frankovske notarske ureditve, je zlasti langobardska zaradi antične tradicije municipalne ureditve predvsem v obmorskih mestih ohranjala načela rimskega prava pri delovanju in predpisovanju srednjeveške notariatske prakse.

Že najstarejše ohranjene notarske listine iz 9. in 10. stoletja namreč v nasprotju s frankovsko notarsko zakonodajo, ki je pravico podeljevanja notarskega privilegija prisojala zemljiški gosposki, so le-to obalnim istrskim notarjem podeljevala sama mesta še pred recepcijo rimskega prava in z njim povezanega notariata v 12. stoletju. Od tedaj dalje, še posebno pa od konca 13. stoletja, ko se zaradi razvoja trgovine in privatne lastnine tudi ob vzhodnojadranski obali močno krepí potreba po instituciji notariata, se predvsem z bolonjsko šolo recepcije rimskega prava in notariata uveljavijo nekatere posebnosti v delovanju te ustanove, značilne že za rimsko dobo. Gre sicer za tisti temeljni princip v delovanju notariata, to je ohranjanje pravnega spomina na neko pravno dejanje oziroma za institucionalizacijo zagotovitve objektivne dokazilne moči in s tem javne vere notariata, ki pa mu lahko celo v daljšem časovnem loku kot v Italiji sledimo prav v Istri in Dalmaciji.

Rimski tabelliones in notarji

Pravna določila o izvrševanju notarskega poklica so znana iz začetka srednjega veka, iz zakonikov bizantinskega cesarja Justinijana (527-565)¹. Vsekakor pa so te določbe sad večstoletne prakse, saj zakoni nastanejo navadno tedaj, ko neka dejanja ali navade že obstajajo v praksi.

Težko bi sicer razne hetitske in egipčanske pisarje ali grške tahigrafe in semeiografe, med katerimi so bile tudi ženske, že šteli za začetek notariata, kajti afriški pisarji so bili ponavadi, če že ne sami vladarji, vsaj visoki državni uradniki, grški pa so le z določenimi znaki zabeleževali, kar so rekli gospodarji. Privatni pravni akti so se v glavnem sklepali ustno ali pismeno pred pristojnimi državnimi uradi. Ni se še torej razvil poseben urad, ločen od državne uprave, ki bi mu bila pravno podeljena javna vera.

V rimski republikanski dobi se že izoblikujejo uradniki z nekaterimi značilnostmi kasnejšega notarja; to je bil t.i. tabelij (*tabellio*), imenovan po voščeni tablicah, na katere je najprej kot privatna oseba - sprva so to bili v glavnem (grški) sužnji² - zapisoval zlasti privatne pravne akte (kupoprodajne pogodbe, darovnice, zadolžnice, testamente itd.). Toda v tem času je bil pomen pisanega akta minimalen, saj je služil

¹ Po znanem upor, imenovanem Nika ("zmagaj"), se je Justinijan leta 533 v želji po utrditvi države odločil objaviti prve tri dele svojega zakonika, imenovanega *Corpus Iuris Civilis*, ene najpomembnejših zbirk rimskih zakonov, ki so bile temelj moderni zakonodaji. *Corpus Iuris Civilis* so sestavljali: *Codex* s cesarskimi uredbami, *Digeste* ali *Pandectae*, ki so zbrale mnenja najuglednejših pravnikov, ter *Institutiones*. Kasneje je zbirki Justinijan dodal še *Novellae Constitutiones*, to je zakone, ki jih je izdal v času svojega vladanja (CRACCO, 1992, 41); ti so tudi najpomembnejši za našo obravnavo.

² Znan je pojav grških sužnjev - izobražencev v rimski družbi, ki jih je "najemala" za dvig svoje kulturne in intelektualne ravni. To so bili v glavnem ali vojaški ujetniki ali sužnji zaradi dolgov.

le v pomoč pričam, da so se v slučaju sodnega spora spomnile določenega privatnega pravnega dogodka, seveda pa je bil pisani akt še dokaz o prisotnosti določenih prič pri sklepanju pravnega akta.

S premestitvijo prestolnice Cesarstva iz Rima v Konstantinopol (330) je v helenističnem okolju, kjer je imel pisani pravni akt večjo veljavo, začel dobivati avtentični dokument privatnih pogodb, ki so ga zapisali tabeliji, objektivno dokazilno moč tudi v rimskem cesarstvu (Stipišić, 1985, 161).

Notarji, po grško *basilikoi hypógraphoi*, pa so delovali v cesarski pisarni (kancelariji) in so se razlikovali od tabelijev in pisarjev (*scribae*), saj so bili urejevalci pravnih aktov, ki so jih slednji zapisali. Njihove dolžnosti so v republikanski dobi očitno opravljali t.i. *scribae librarii* ali *questorji*, ki so v dobi cesarjev postali obvezni v vseh državnih kancelarijah, tudi mestnih (Amelotti, Costamagna, 1975, 164).

Notarji so izhajali iz visokega socialnega sloja, saj so jih ponavadi označevali s pridevkom "vir clarissimus", njihova naloga pa je bila pregledovati in urejati spise ter na njih zapisovati beležke³ o pravnem dejanju, ki ga je določen dokument izpričeval (Amelotti, Costamagna, 1975, 158/9). Cesar Justinijan notarje v svojem zakoniku imenuje "sodniki in arhivisti", Cassiodor (6. stoletje) pa jih celo povzdigne nad sodnike (Somedá, 1958, 17). Notarji so bili namreč tudi neke vrste zapisnikarji pri sodnih procesih in so v dobi cesarstva uživali javno vero (*fides publica*).

V obdobju poznega cesarstva se kot zelo pomembna omenja tudi "schola notariorum", ki jo v glavnem obiskujejo "viri clarissimi"; načeluje ji "primicerius notariorum", z nalogo urejanja in shranjevanja tako civilnih kot vojaških spisov, pri čemer ga nadomešča "secundicerius notariorum". Pripadniki te šole so bili še tribuni in notarji, ki so si lahko obetali visoke službe v državni upravi (Somedá, 1958, 15).

Prvi predpisi o sestavljanju notarskih pravnih aktov

Ko se je običaj pisanih privatnih pravnih aktov z razvojem trgovine in nasploh družbenih odnosov razširil, so začeli cesarji predpisovati zakonska določila za to dejavnost. Tabeliji so postopoma pridobili status priznanih javnih uradnikov; bili so organizirani v korporacijah, ki so jih izobraževale in nadzirale. Dasi so že v času rimskega klasičnega pravnika Ulpijana (170-228) predpisali neke določbe v zvezi z notariatsko prakso, ko so razmišljali o izločitvi nesposobnih oseb iz tega poklica, v času Dioklecianovega poskusa maksimiranja cen (zač. 4. stol.) so zanje določili tarife, v 5. stoletju pa predpisali kazni za tabelije, ki bi v nasprotju z zakonskimi določili zapisovali pravne akte, lahko šele iz Justinijanovih zakonikov razberemo način poslovanja tabelijev, ki so ga morali upoštevati pri sestavljanju privatnih listin (Leicht, 1948, 51).

Kredibilnost je privatna listina, ki jo je sestavil tabelij (*instrumentum publice confectum*)⁴, uživala le, če je bila javno izdana (*redactio in mundum*). Veljavno

³ Nota, notae (= znak, znamenje, zaznamek, beležka, opomba); od tu tudi latinski etimološki koren za besedo notar (EGI, 617).

⁴ Termin instrumentum, ki se je ponovno uveljavil od 12. stoletja dalje, se že v Justinijanovem zakoniku uporablja za vse vrste privatnih pravnih aktov (Novellae 73 c. 4).

izdana pa je bila listina potem, ko jo je tabelij na prošnjo (*rogatio*) strank najprej zapisal v osnutku (*scheda*), jo prebral oziroma dal v pregled pogodbenikom (najprej *auctorju* in ta *destinatarju*⁵ in vsaj trem pričam, ki so strinjanje z zapisano vsebino potrdile s svojim podpisom (*traditio*); šele nato je tabelij listino sestavil, podpisal ter predal pogodbenikoma ("*post traditam complevi et dedi*") v končni pravno veljavni obliki (*redactio in mundum*). Svojo večstoletno potrdilno funkcijo za privatne pravne akte pa je s tem načinom začel izgubljati pečat. Ta je namreč jamčil auctorjevo voljo do izvršitve določenega pravnega dejanja, z razvojem notariatske prakse pa so pečat nadomestile priče in notar kot privilegirana oseba za sestavljanje pravnoveljavnih listin, tako da pečat razen za slavnostne listine praktično ni bil več potreben.

Prav dejanje predaje dokumenta pogodbenikom v pregled in potrditev (*traditio*) sklenjenega pravnega dogodka je bilo temeljni overovitveni akt (*absolutio*) rimske privatne pogodbe, pri kateri sicer tabelij nastopa kot privilegirana priča, toda dejanje brez aktivne prisotnosti obeh pogodbenih strani ter prič še ni imelo dokazilne moči (Leicht, 1948, 52).

Za zavarovanje pravnih dejanj pa so skrbeli še na nekatere druge načine, ki so privedli do ustanovitve posebnih uradov. Ker Justinijanove določbe tabeliju niso dajale tiste veljave (*fides publica*), ki jo je kasneje užival srednjeveški notar, da bi v primeru izgube listin ali sodnega spora lahko na podlagi svojih beležk (*scheda, nota, imbreviatura*) izdajal avtentične kopije (Amelotti, Costamagna, 1975, 41 sq.), so se v teh primerih pogodbeniki zatekali k pooblaščenim državnim ustanovam, ki so imele pravico izdajanja avtentičnih kopij (*ius acta conficiendi ali ius gestorum*) (Pratesi, 1983, 761). To so bile pisarne (kancelarije), ponavadi pri načelniku province ali še pogosteje pri mestnih uradih (*gesta municipalia*), kjer so pogodbeniki privatni pravni akt (posojilo, zamenjavo, darilo, doto itd.) na lastno željo⁶ dali zapisati (*insinuatio*) v posebne registre (*acta publica*), hranjene pri teh uradih.

Gestom so načelovali *ekseptorji*, neke vrste kancelarji, in njihova ter prisotnost treh kurialov je bila po nekem poglavju zakonskih določil cesarja Valentinijana III. (419-455) že dovolj za vpis insinuacije (Leicht, 1948, 53). Eden od pogojev za ta vpis pa je bil, da jo je zapisal tabelij,⁷ saj pogodbe "navadnih" pisarjev pravno niso veljale, kot Justinijanov zakonik za te primere opozarja upnika: "*sciat quod in illius fide totum ipse suspendit*" (Leicht, 1948, 51). Postopek je bil očitno v skladu s tedanjim pojmovanjem javne vere, saj so tudi javne (vladarjeve) spise, ki so nastali v državnih kancelarijah, morali pred izdajo pregledati visoki uradniki, imenovani *consentientes*.

Opisano pravilo se je še dolgo ohranilo v deželah pod bizantinsko oblastjo (Ravenski eksarhat, južna Italija), medtem ko se je v deželah, ki so prišle pod oblast Langobardov, razvila povsem nova kategorija pisarjev.

⁵ Auctor (concessor) je oseba, ki izvršuje pravno dejanje. V javni listini je to suveren, ki z njo daje benificij ali privilegij; v privatni listini pa oporočnik, prodajalec, darovalec ipd. Destinatarius je oseba, ki ji je pravno dejanje namenjeno, npr. kupec (STIPIŠIĆ, 1985, 158).

⁶ Le za darovnice nad 500 solidi je Justinijan zapovedal obvezen zapis insinuacije; Novellae 73, 7, cit. LEICHT, 1948, 52.

⁷ Justinijanova določba (Novellae 73, c. 4) tako listino imenuje "instrumentum publice confectum".

Bizantinski ali romanski in langobardski notariat

Dasiravno so nekateri preučevalci notariata in notariatske prakse že rimskemu tabeliju pripisovali pristojnosti srednjeveških notarjev,⁸ nekateri pa celo ekseptorju (Schiaparelli, 1932, 27 sq.), ki se v bizantinski dobi imenuje tudi "*scriba civitatis*", pa je šele praksa in zakonodaja, uveljavljena v času langobardske (6.-8. stoletje) in še posebno frankovske države (9. stoletje), začrtala temeljne poteze te pomembne pravne institucije, ki ji je svojo podobo vtisnil še razvoj notariata v bizantinskih oziroma kasneje romanskih deželah.

S prihodom Langobardov v furlansko nižino (568) in vzpostavitvijo Italskega kraljestva lahko v razvoju notariata sledimo dvema usmeritvama, ki pa sta ravno zaradi omejne lege istrskega polotoka med tema državama izredno pomembni in značilni za nadaljnji razvoj notariatske prakse v deželi, posredno pa tudi v Dalmaciji.

Na eni strani je bizantinska ali romanska usmeritev, ki nadaljuje rimsko tradicijo s tabeliji (imenujejo jih še *curiali*, *scriuari* ali *forenses*), organiziranimi v ekskluzivnih državno priznanih korporacijah (*artes* ali *scholae*), načeljuje pa jim *primarius*. Tako so si izborili priznanje, da so le oni lahko zapisovali privatne pravne akte z javno vero. S ponavljanjem iz generacije v generacijo ne samo juridičnih obrazcev, temveč celo grafičnih posebnosti, izoblikovanih v določenem območju delovanja tabelijev, v teh deželah v glavnem niso spreminjali poznorimske tradicije pisarniškega poslovanja.

V romanskih listinah zasledimo veliko aktivnost "*scribae civitatis*", javnega uradnika mestnih kurij, ki je bil med drugim zadolžen za hranjenje registrov, v katere so zapisovali prepise (*transcriptiones*) lastništva nepremičnin. Ti registri so omenjeni v neki ravenski zbirki zakonikov (kapitularju) iz konca 9. stoletja (Leicht, 1948, 55), nedvomno pa so služili utrjevanju pogodb o prenosih lastništva za nepremičnine. Ne kaže še izključiti domneve, da so bili omenjeni mestni pisarji predhodniki kasnejših komunskih kancelarjev (Leicht, 1936, 974).

Na drugi strani se je uveljavila langobardska praksa in zakonodaja. Kot na drugih področjih družbenega življenja je langobardski vdor najprej povzročil nazadovanje v razvoju ustanov, kar je veljalo tudi ali pa zlasti za notariat, saj je popolnoma izginila institucija tabelijev in insinucij. Mestne municipalne oblasti, kjer so se sploh ohranile, so izgubile prejšnji pomen, nosilci oblasti pa se poleg vojske izoblikujejo v okviru cerkvenih ustanov.

Notarji so bili v langobardski državi dolgo časa privatne osebe, tako laiki kot kleriki, zlasti slednji pa so delovali pri cerkvenih ustanovah (*notarii ecclesiae*), kjer so zapisovali tudi precej privatnih pravnih dokumentov. Med zapisovalci langobardskih privatnih pravnih aktov, ki jih je v zbirki Codice Diplomatico Langobardo skupaj z akti sodnih zborov (*placitov*⁹) izdal Schiaparelli (1933), v tem obdobju zasledimo 23 različnih nazivov za zapisovalce privatnih dokumentov. Med duhovniki, diakoni,

⁸ DURANDO, 1897, 24-60, v določenih pogledih pa celo BRESSLAU, 1912, 590; prim. AMELOTI, COSTAMAGNA, 1975, 285.

⁹ To so bile razzodbe na državni ravni; zbirko listin placitov v Italskem kraljestvu je izdal MANARESI, 1955.

menihi, škofi, kleriki, *lectorji*, *viri devoti*, *viri clarissimi*, *amicii*, *eksceptorji*, *nepoti*, *scriptorji* in drugimi, največkrat naletimo na notarje (59-krat od 175 primerov), in sicer kot "samo" notarje (*notarius*) ter notarje s pridevniki kot *notarius regis*, *notarius regiae potestatis*, *notarius Ecclesiae*, *presbiter et notarius*, *subdiaconus et notarius* in *Clericus et notarius* (Amelotti, Costamagna, 1975, 157).

Večina preučevalcev notariata zato meni, da so vsi naštetih že usposobljeni za zapisovanje verodostojnih dokumentov, kar se lahko razbere iz vsebine, saj zapisovalci to počnejo na željo ali po zapovedi tedanjih vladarjev, zato naj ne bi bila potrebna še dodatna specifikacija njihove avtoritete. Vrh tega naj bi bili vsi po svojih položajih na visokem mestu družbene lestvice, ponavadi s pomembnimi funkcijami v državnih kancelarijah, kleriki pa naj bi bili že tako potrjeni s cerkvene strani (Amelotti, Costamagna, 1975, 170). Ravno za zapisovalce privatnih pravnih dokumentov se je v langobardski zakonodaji za časa kralja Rathisa (746) uveljavil termin "*scriba publicus*", ki že uživa določeno stopnjo javne vere, med zgoraj omenjenimi pa ga ne zasledimo.

Zanimivo verodostojnost dokumentu pa je dajala uveljavljena praksa langobardskih pisarjev, da so vsakemu od pogodbenikov, kolikorkoli jih je že bilo, predali avtentično kopijo pravnega akta; način, ki se je kasneje v italijanskih deželah izgubil, se je ohranil v francoskih, tako da ga je upošteval še Napoleonov kodeks (Leicht, 1948, 55).

Šele s frankovsko dobo naj bi, po mnenju Pratesija (Pratesi, 1983, 764), nastopila doba v razvoju notariatske prakse, ki je notarju omogočala v okviru predpisanih zakonskih določil razmeroma avtonomno delovanje, ko je že notarjev podpis na listini le-tej zagotavljal potrebno javno vero. Ta okoliščina je bila izredno pomembna v dobi vzpona mest, posebno od 12. stoletja dalje, ko so na prizorišče zgodovine (ponovno) stopila mesta z značilno upravo, gospodarstvom in družbenimi odnosi. Pri tem je ravno ustanova notariata igrala eno bistvenih vlog, saj bi si brez avtonomnega delovanja tega urada le težko predstavljali pestrost komunskega statutarnega prava in njegovega pomena v razvoju Evrope.

Frankovski notariat

Franki so z osvojitvijo langobardske države (774) prevzeli tudi mnoge značilnosti njihovega prava ter ga skupno s posebnostmi germanskega in rimskega prava vključili v svojo zakonodajo.

Splošna značilnost frankovskega prava je bila, da je stremelo k centralizaciji države, kar je nazorno razvidno iz strukturiranosti frankovskega hierarhičnega fevdalnega sistema. V tej smeri so posegli tudi v regulaciji notariata ter ga tako povzdignili v eno osrednjih upravnih institucij.

Prva znana frankovska uredba, ki se je nanašala na notariat, sega v leto 781, ko je vladar svojim grofom zapovedal, da morajo notarji zapisovati njihove pravne akte (MGH. CRF. I, 190). Karel Veliki je še bolj utrdil notarjevo vlogo z uredbo iz leta 803, ko je določil, da morajo biti tako skabini (sodniki) kot advokati (oskrbniki, v tem primeru verjetno za laične posesti; prim. Amelotti, Costamagna, 1975, 182) in notarji imenovani. Za (pismeno) imenovanje po posameznih krajih pa so jih predlagali poslanci (*missi*) med grofom in centralno oblastjo (Amelotti, Costamagna, 1975,

115). Poleg tega, da so notarje po položaju izenačili s skabini in advokati, gre temu odloku pripisati še začetke pravnega urejanja položaja avtoritete, v imenu katere so kasneje notarji verodostojno nastopali v vseh pravnih aktih.

Naslednja uredba, iz leta 805, ki se delno navezuje na prvo in zapoveduje vsem škofom, opatom in grofom, da morajo za svoje uradovanje imeti notarja (MGH. CRF. I, 121), pa se poleg tega, da dopolnjuje drugo uredbo, navezuje tudi na cerkveni odlok iz leta 800, ki prepoveduje klerikom, da bi sestavljali pravne dokumente za laike (Pertile, 1902, 293). S tem so še večjo veljavo pridobili laični notarji. Za klerike je poskrbel še odlok iz leta 810, ki je prepovedal sestavljanje listin (*charta*) duhovnikom (“*et nullus presbiter chartas scribar*”; Pertile, 1902, 179).

Tako je bila kot posrednikom med lokalnimi veljaki in centralno oblastjo zaupana naloga podeljevanja notarskih privilegijev v imenu vladarja cesarskim ali kraljevim odposlancem (*missi*) in palatinskim grofom (*comes palatinus*), to je dvornim sodnikom pri frankovskih kraljih, ki so na predlog škofa, opata ali grofa ali drugih veljakov imenovali notarja. Od tedaj lahko sledimo notarjem, ki poleg svojega imena na pravnih aktih navajajo tudi avtoriteto (*aule imperialis notarius, imperiali potestate notarius, imperiali auctoritate notarius* ipd.), v imenu katere so pridobili značaj javne vere (*fides publica*). Notarjevo delovanje je bilo sprva omejeno na območje, ki ga je imel pod oblastjo njegov nadrejeni, kasneje pa je smel z dovoljenjem pristojnega gospodarja opravljati službo tudi na drugih ozemljih, seveda le, če je imel notarski privilegij.

Kljub temu, da so frankovski vladarji želeli s temi ukrepi centralizirati notarsko službo in jo podrediti izključno svoji avtoriteti, so se posebno od časa drobitve fevdalne posesti (po 10. stoletju) in zlasti z razvojem trgovine in obrti ter s tem povezanim vzponom mest pravice podeljevanja notarskih privilegijev razširile še na druge nosilce oblasti, dasi so še dolgo potem palatinski grofi vsaj formalno ohranili to dolžnost, še vse do leta 1612 pa so npr. po cesarjevi avtoriteti potrjeni notarji delovali celo v Beneški republiki, ko si je slednja končno privzela to pravico (Leggi, 1683, 139).

Najprej se Cerkev ni odrekla že v rimski dobi pridobljenim privilegijem imenovanja notarjev (“*potestas faciendi notarios*”), ki je bila dana njihovim najvišjim hierarhičnim vrhovom; “*notarii auctoritate sacri Lateranensis palatii*” se je imenoval notar po pooblastilu rimskega papeža.

Kasneje so privilegij podeljevanja notarske avtoritete pridobili še drugi veljaki, kot so bili na primer oglejski (*Aquileia*) patriarhi (*Gregorii marchionis Istrie atque Carniole notarius*) ali Beneška republika (*ducali Venetiarum auctoritate notarius*), pa celo škofi in končno mesta (*notarius civitatis*) uživajo to pravico. V mestih je ponavadi mestni Veliki svet na predlog Malega sveta izbiral notarja, trajanje njegove službe pa so določili s posebno pogodbo (Stipišić, 1985, 162).

Kljub zakonodaji se še ni dosledno uveljavilo navajanje avtoritete, v imenu katere je notar pravni akt zapisal. Posebno v začetku 9. stoletja so bili notarji v svojem delovanju vezani na svojega gospoda (grofa, škofa, ...) in na njegovo ozemlje, v smislu frankovskega prava so bili torej tudi oni “privezani” na službo gospodu in zato to navajanje verjetno niti ni bilo potrebno. Šele kasneje, ko so lahko z dovoljenjem dotičnega gospoda opravljali notarske posle tudi na njegovem ozemlju ter s postopno

sekularizacijo¹⁰ institucije notariata, ki se je pravzaprav začela že v začetku 9. stoletja, pa se verjetno zaradi objektivnih okoliščin pomanjkanja šol in nepismenosti v praksi še dolgo ni uveljavila, je postalo umestno navajati avtoriteto, ki je notarju podelila notarski privilegij.

Tako je frankovsko uredbo iz leta 805 dosledno upošteval diakon in notar Jurij (*Gregorius*) na listini pogodbe med Koprom in Benetkami iz leta 932, kjer gre za neke vrste podredilno ali vsaj tributarno dejanje Kopra nasproti Benetkam. Samo dejanje lahko štejemo za enega prvih v sklopu pogodb med istrskimi mesti in Benečani, ki so konec 13., formalnopravno pa v začetku 15. stoletja privedli do večstoletne dominacije Benetk nad večino istrskega polotoka.

Vzpon notarjeve funkcije v tem obdobju pa je razviden ne le iz podpisa *Ego Georgius dyacono et notarius per consensu populorum scripsi atque firmaui*,¹¹ ko posebno z "Jaz" (*Ego*)¹² izstopa notarjeva vloga, temveč tudi v dejstvu, da jo je sestavil koprski mestni notar, kot zveemo iz listine iz naslednjega leta ("*Ego Georgius diaconus et notarius de civitate Justinopolim*"), ki je moral za opravljanje svoje dolžnosti biti imenovan tudi s strani centralne oblasti, vendar tega kot običajno v tistem času ni posebej navajal.

V frankovski dobi se je dokončno uveljavilo ime notarja za zapisovalca privatnih pravnih aktov, toda razvoj institucije je z razpadom karolinške države od srede 9. do srede 11. stoletja stagniral. Šele z recepcijo rimskega prava in odpiranjem notarskih šol od 11. stoletja dalje je institucija notariata doživela vzpon do te mere, da je notarska listina postala steber poslovnega življenja in njegovo zanesljivo poročilo.

Charta, notitia, instrumentum in imbreviatura

Ker so se listine o pravnih dogodkih rade izgubljale oziroma uničevale, je nastala navada in obenem potreba, da so notarji bistvo (izvleček - imbreviatura) pravne vsebine listine začeli zapisovati v posebne knjige. Navajali so čas, priče, kraj (če ni bil domač) in jedro (pravnega) dejanja. Take so tudi najstarejše ohranjene notarske knjige na Slovenskem izpod peresa piranskega notarja Dominica s konca 13. in začetka 14. stoletja; prvi dve sta v transkripciji s potrebnim kritičnim aparatom tudi izdani (Mihelič, 1984, 1986).

Omenili smo že, da so v času rimskih cesarjev tabeliji pred izdelavo veljavne listine (*instrumentum*) privatno pravno dejanje zabeležili v osnutku, ki so ga imenovali *scheda*. Beleške niso imele pravne veljave, v primeru izgube listine pa so lahko služile le kot priklic spomina pričam na neko pravno dejanje in s tem možnost izdaje nove listine.

¹⁰ V Istri se v Poreču pojavi prvi laični notar Iohannes leta 1030, v Kopru pa deluje leta 1072 laični notar Basilius (DE VERGOTTINI, 1924, 77).

¹¹ Prepis in prevod uporabljenega citiranega prispevka (ŽITKO, 1993, 105-116) je delo Darje Mihelič.

¹² Obrazec se kasneje redno uveljavi na notarskih listinah, prisoten pa je že na rimskih tabelijskih listinah (AMELOTTI, COSTAMAGNA, 1975, 212).

Tudi v langobardski dobi *notitia*, kot so imenovali notarjevo beležko, še ni imela veljave, ki jo je s podpisi pogodbenikov in prič zagotavljala listina (*chartula*).

Privatna listina je še po 10. stoletju ohranila naziv *charta*, ki se ji je najpogosteje dodajal izraz s podrobnejšo predstavitvijo pravnega dogodka, na primer *charta venditionis*, *charta donationis*, *charta traditionis*, *charta recordationis* itd. Z recepcijo rimskega prava in z ustanavljanjem pravnih študijev ter učiteljišč v 12. stoletju pa se je začel vračati naziv "*instrumentum publicum*", prevzet iz stare rimske terminologije. To je postalo tudi najpogostejše ime za notarski akt.

Beležko, ki so jo nemalokrat napisali v neke vrste stenografskih znakih (tahigrafska ali tirska znamenja), so notarji zapisovali na hrbtno stran kasnejše listine, zato so jo imenovali tudi "*notitia dorsale*", oziroma, ker so bili notarji zaproseni zapisati določen pravni dogodek, so te izvlečke imenovali še "*rogationes*", v Rimu "*dictae*", v Genovi "*notulae*", za *notitia* pa se je uporabljal tudi naziv "*notitia brevis*", "*breve recordationis*", "*memoratorium*". Ker so notarji beležke skupaj z listino predali, so sčasoma začeli v ta namen uporabljati posebne lističe (*breve*), kasneje pa tudi registre (*protokole*),¹³ v katere so zapisovali osnutke pravnih dejanj, tako imenovane "*imbreviature*", ki so imele enako pravno veljavo kot listine, oziroma so listine šele s tem postopkom pridobile nekdanjo rimsko pravno veljavo, notar pa javno vero do te mere, da je nastopal kot pravno pooblaščen oseba dogovorjenega pravnega dogodka. Od tedaj je bilo dovolj, če je notar auktorja in prič le omenil, da so sodelovale pri sklepanju pravnega dogodka, ni pa bila več potrebna njihova aktivna vloga pri samem sestavljanju listine, kot je bila to pravna obveza poprej, ko so se na listine podpisovali, pisмени s polnim imenom, nepisмени pa s križcem (*signa manuum*) (Costamagna, 1977, 21).

V dobi razvoja srednjeveških komunov so se tako uveljavile imbreviaturne knjige notarjev, notarjev zapis privatnih pravnih razmerij v le-teh pa je imel enak pomen kot pristna javna listina in je užival javno zaupanje. Bil je osnova, s pomočjo katere je lahko notar vsak hip izdelal novo veljavno listino. Kar je postalo v Italiji običaj od konca 12. stoletja,¹⁴ so od 13. stoletja dalje začeli mestni statuti - tudi tostran Jadrana - postavljati notarjem za dolžnost.

Nove (stare) institucije notariata: šole in kolegiji po 12. stoletju

Institucija notariata si je v obdobju naglega razmaha mestnih avtonomnih oblasti, ki so v vsej svoji veljavi zaživele po odločilni bitki in zmagi mestne zveze proti cesarju Frideriku Barbarossi pri Legnanu leta 1177, pridobila nove pristojnosti in še večjo družbeno veljavo, pogojeno tudi z zmeraj bolj razširjeno trgovino, ki je narekovala ustaljene in zlasti zajamčene pogodbene oblike. Uveljavitev lastnine pa

¹³ Imenovali so jih tudi *vacchette* (iz it. *vacca* = krava), ker so bili zvezki iz pergamenta (LEICHT, 1948, 56).

¹⁴ Prvo omembo notarske imbreviaturne knjige srečamo v Genovi, ko je tamkajšnji znani notar Iohannes scriba na listini iz leta 1156 zapisal, da jo je prepisal iz zvezka svojega umrlega učitelja (COSTAMAGNA, 1977, 26).

tudi možnosti prenosa premoženja tako na dediče kot druge fizične in pravne osebe, je spodbudilo dodatno pravno veljavo in zavarovanje civilno-pravnih pogodb in "poslednjih želja".

Čeprav so bili notarji običajno potrjeni in s tem pravno odgovorni lokalnim dvornim odličnikom, palatinom Svetega rimskega cesarstva ali papeške kurije, so nemalokrat svoja široka pooblastila, ki so si jih mnogi pridobili tudi na podlagi sorodstvenih in drugih vezi, začeli izkoriščati v svoje namene ali, kar je bilo še najhuje, so razne vsebine začeli ponarejati ali sploh na novo lažno zapisovati, seveda mnogokrat proti plačilu ali na ukaz ali željo svojih predpostavljanih. Zaradi oddaljenosti in nezanimanja centralnih oblasti nad delovanjem notariata v mestih so le-ta v času naglega vzpona komunskega življenja začutila potrebo ali kar dolžnost, da vzpostavijo neodvisen nadzor nad notarskim uradom.

Kot prvo fazo kontrole ter omejevanja števila privilegiranih notarjev so začela mesta uvajati šole in izpite za notarje, ki so jih organizirali v okviru posebnih prostovoljnih in svobodnih notarskih zbornic ali kolegijev (*Collegio*). Zasledimo jih že od 13. stoletja dalje v mnogih severnoitalijanskih mestih. Kolegiji notarjev, poleg nastanka prvih univerz, v tem času bistveno vplivajo na laicizacijo družbe, saj z opravljanjem svojih dolžnosti neposredno sodelujejo pri oblasti ali s svojim položajem celo krojijo vladni vrh (Le Goff, 1957, VI).

Temeljne posebnosti notariatske javne vere, to je overjanje, hranjenje in s tem povezano izdajanje dokumentov, so vplivale na oblikovanje različnih oblik pisarniškega poslovanja, ki so se nemalokrat prepletale z delovanjem državnih uradov, kar je notarjem omogočalo prehajanje iz opravljanja zgolj notarskih poslov tudi na zasedanje bolj ali manj odličnih državnih funkcij. Ravno v odnosu med notarjem kot privatno pravno osebo in notarjem državnim uradnikom oziroma v vzpostavljanju državnega (komunskega) nadzora nad delovanjem notariata in drugih s tem poklicem povezanih dejavnosti, ki imajo svoje korenine še v rimskem pravu, se kažejo še nekatere specifične oblike delovanja na območju Istre, ki jim lahko primerjamo s podobnimi uradi v zgornji Italiji, predvsem v Bologni, ter v Dalmaciji.

Bolonjski memoriali, istrski vicedomini in dalmatinski eksaminatorji

Ena prvih in najuglednejših notarskih šol, ki ji je vsekakor dalo poleta univerzitetno gibanje, je nastala v Bologni (Anselmi, 1926; Ferrara, 1977; Orlandelli, 1977), kjer so razmeroma zgodaj ustanovili tudi kolegij notarjev. S tem mestom pa je povezana še ena institucija, ustanovljena leta 1265; imela je sicer različne pojavne oblike delovanja v drugih zgornjeitalijskih mestih, namenjena pa je bila zlasti preprečevanju ponarejanja in ohranitvi spomina o avtentični vsebini pravnega dogodka. To so bili bolonjski plačani uradniki-notarji; uradovali so v ustanovi memorialov, poimenovani po knjigah (*Liber memorialium* ali *Memorialia communis*), v katere so zapisovali izvlečke (*imbreviature*) pogodb ter na podlagi teh po potrebi izdajali prepise, ki so uživali vso pravno veljavo. Njihovo uradovanje s pomočjo ustreznih pomagal - kazal k vpisom v knjige, ki so jih bili notarji memorialov dolžni voditi, je še omogočalo hitreje iskanje potrebnega gradiva.

Vsak zapis, ki ga je notar sestavil in ki je po splošnem mnenju po svoji vsebini in vrednosti (nad 20 bolonjskimi librami) sodil za vpis v knjige memorialov, je eden

od notarjev tega urada (sprva 2, nato tudi 8) pred uradnim vpisom prebral vpričo notarja, ki je listino napisal, pogodbeniki in pričami. Šele tako preverjeno in v knjigo vpisano pravno dejanje je postalo veljavno ter uživalo vso potrebno javno vero.

Razen v bližnji Modeni in Ferrari (Spaggiari, 1980: 207 sq.), pa tudi v Ravenni in Mantovi (Tamba, 1987: 284), v drugih krajih podobne ustanove niso poznali. V Benetkah, kjer so kakor v Genovi zaradi razmaha trgovskih poslov kaj kmalu ustanovili državnim arhivom podobne institucije, so na primer hranjenje spisov umrlih notarjev in izdajanje zahtevanih prepisov zaupali trem notarjem urada "*Cancellerie inferior*" (Da Mosto, 1937: 219, 245; Tamba, 1987: 251), javno vero predvsem za promet z nepremičninami pa so s svojim podpisom na listini zagotavljali sodniki "*Curije dell'Esaminador*" (Da Mosto, 1937: 92/3; Antoni, 1989: 325). Toda slednji so skrbeli predvsem za promet z zastavljenimi in podarjenimi nepremičninami, njihova prvenstvena naloga pa je bila potrjevanje izjav prič na pogodbah in ne toliko potrjevanje javne vere notarskim spisom (Margetić, 1971: 205).

Medtem ko je v Mantovi že sredi 14. stoletja prešlo v navado vpisovanje nekaterih pogodb v knjige memorialov (Tamba, 1987: 285/6), so v beneški državi ustanovili memorialom podobne urade, imenovane "*Ufficio del Registro*", le v Veroni (1407), Vicenzi (1416), Padovi (1420) in v Cologni Veneti (Sancassani, 1958). Od urada memorialov se je ta razlikoval predvsem po tem, da so zanj izbrani notarji prepisovali celoten tekst notarskih aktov v posebne knjige - registre.

Podoben uradu memorialov, vsaj po osrednjih zgoraj navedenih formalnih načinih potrjevanja privatnih pravnih aktov, je v Istri v 13. stoletju nastali urad vicedominov (*ufficio della vicedomineria*). Vendar so zaradi specifičnih okoliščin, ki so vladale v Istri, pripadale uradu vicedominov, kjer je obstajal (Trst, Milje, Koper, Izola, Piran, Pulj), še druge dolžnosti, zlasti nadzor nad vsem pisanim gradivom mestnih uradov.

Poleg tega, da so vodili posebne knjige (*registre*), v katere so kot bolonjski notarji urada memorialov vpisovali izvlečke (*imbreviature*) lastninsko-pravnih sprememb premičnin in nepremičnin, so vodili še posebne registre za vpise testamentov in ravno tako posebne registre za volila cerkvenim ustanovam, s svojim podpisom so notarske listine tudi overjali in jim tako dajali javno vero (*fides publica*), saj brez tega pravni akti niso veljali; njihova dolžnost pa je bila še, da so s svojim podpisom v knjige komunskih uradnikov potrjevali njihov uspešno opravljen mandat. Vseh naštetih dolžnosti vicedominov, po doslej znanih virih in literaturi, v Italiji ni opravljal noben znani komunski urad.

V Hrvaškem primorju in v Dalmaciji so se ravno tako v 13. stoletju ponekod uveljavili podobni komunski uradi, ki so jim načelovali tako imenovani eksaminatorji (*examinatores*) (Krk, Rab, Senj, Zader, Trogir, Split, Hvar, Brač) ali *auditorji* v Črnogorskem primorju (Kotor, Budva) (Margetić, 1971: 194, 200); ti so bili po številu različni po posameznih komunih, od enega (Rab) do petih (Split). Praviloma so bili izvoljeni v mestnem svetu za določeno dobo, njihova naloga pa je bila pregledovanje in overjanje notarskih spisov pa tudi nadzor nad delovanjem nekaterih komunskih uradov. Razen v Splitu, kjer je eksaminator vpisoval beležke o sklenjenih pravnih poslih v komunski dnevnik (Brandt, 1955: 182), niso vodili posebnih komunskih knjig *imbreviatur* sklenjenih pravnih poslov, kot so se uveljavile v omenjenih istrskih ter nekaterih italijanskih mestih.

Navedeni uradi torej že močno spominjajo na opisane rimske municipalne *geste* in njihove načelnike *eksceptorje*, ki so z vodenjem trajnih evidenc zagotavljali pravni spomin na neko dejanje, torej javno vero.

Naloge eksaminatorjev so že poskušali ugotoviti posamezni preučevalci srednjeveških pravnih odnosov, zanimivo pa je, da se nekatera njihova mnenja tudi bistveno razlikujejo. Med trditve, da so bili le sredstvo za izkoriščanje ljudstva (Strohal, 1915: 328), tolmači pravnih aktov (Barada, 1946), da so nadomeščali kolegij notarjev (Šufflay, 1904: 107), s tem, da so nadzorovali materialno-pravno in formalno-pravno stran pravnega akta (Kostrenčić, 1930: 78), pregledovali in overovljali listine (Brandt, 1955: 182) kot uradniki za nadzor nad prometom z nepremičninami in zaščito lastninskih odnosov (Beuc, 1954: 616 sq.), ki jih lahko primerjamo z istrskimi "*auscultatorji*", kot je Stipišić (1954: 120) poimenoval vicedomine,¹⁵ pridružujemo še mnenje Inchiostrija (Inchiostri, 1930: 78 sq.), ki zagovarja stališče, da je njihova naloga "*ponere manum*" na vse dokumente in izvlečke le znak potrditve (soglasja) in kontrole, in ne toliko dajanje javne vere le-tem, torej kot neke vrste privilegirane priče, medtem ko Margetić, ki je tudi zbral navedena razglabljanja (1971: 191-3), utemeljuje njihov obstoj ravno v dejstvu, da je podpis eksaminatorja na notarski listini zagotavljal javno vero s poglavitnim namenom nadzora nad prometom z nepremičninami (Margetić, 1971: 200). Vendar eksaminatorji niso imeli v vseh dalmatinskih komunih, kjer so se pojavili, overoviteljske funkcije, kot je bil primer na Braču in Hvaru, kjer je ta dolžnost pripadala podestatu. Na Cresu in Lastovu, kjer ni bilo eksaminatorjev, je listine o odtujitvah nepremičnin potrjeval knez, na Krku podknez, medtem ko je v Dubrovniku to nalogo opravljal eden od sodnikov ("*... ut nullam cartam tabelii faciam sine iudice iurato, qui et testis sit.*"). Tako je bilo tudi v črnogorskem Kotorju in Budvi do uvedbe službe *auditorja*, ki je nato skupaj s sodnikom overjal notarske listine, podobno kot so to drugje počeli eksaminatorji, knezi, podknezi, podestati in v Istri vicedomini (Margetić, 1971, 200).

Upoštevaajoč zgornje ugotovitve o pristojnostih mestnih načelnikov pri overovljanju notarskih spisov, zlahka pomislimo, da so si te dolžnosti vicedomini v nekaterih istrskih mestih pridobili v obdobju razcveta komunskega življenja sredi 13. stoletja, ko je bil urad že povsem v rokah lokalne aristokracije. Vicedomini so sprva očitno delovali v skladu z uradovanjem vzhodnojadranskih ali beneških eksaminatorjev in oglejskih vicedominov v kasnejši overoviteljski funkciji, očitno pa še ne v skladu z delovanjem bolonjskih memorialov, saj po ohranjenih virih ni moč ugotoviti, da bi že tedaj vodili posebne knjige nepremičnin, pač pa po kasneje zapisanih mestnih statutih lahko sklepamo, da se je pri komunskem kancelarju vodil tvrstni register, v katerega so vpisovali vse spremembe lastninskih razmerij za nepremičnine. Ali bi torej lahko rekli, da so se pri tej funkciji Istrani zgledovali po Bolonjcih, Ravenčanih, Dalmatincih, Benečanih ali celo Furlanih? Morda bi k takemu sklepanju navajalo

¹⁵ Stipišić namreč izhaja iz obrazca podpisa vicedominov, ko sta po določilih statutih morala vicedomin in notar vsako listino pred overovitvijo "*preposlušati*" (*Auscultatum per me ...*), tako da jo je najprej eden bral in drugi primerjal vsebino s svojim tekstom ter obratno; STAT. PIR., 151; prim. PAK. 6. Spisi.

dejstvo, da so bili v 12. in 13., še bolj pa v 14. stoletju vzpostavljeni razmeroma aktivni odnosi med temi pokrajinami. Toda istrskim vicedominom so po vodenju posebnih imbreviaturnih knjig, ki so po načinu in pomenu enake notarskim knjigam imbreviatur, najbližji bolonjski memoriali, po funkciji overoviteljev pravnih aktov pa so jim kot komunski uradniki, izbrani v mestnem svetu, sorodni dalmatinski eksaminatorji.

Če se ozremo po širših političnih dogodkih, ki so botrovali oblikovanju obravnavanih uradov, ravno tako ugotovimo nekatere podobnosti v navedenih deželah. V drugi polovici 13. stoletja je Romagna prešla izpod cesarske pod papeško oblast, Istro so v tem času pretresali številni notranji boji, ki so bili posledica nemoči oglejskih patriarhov, poskusa globlje penetracije nemških fevdalcev, vzpona nekaterih istrskih mest - na prvem mestu Kopra - in nenazadnje odločilno vmešavanje Beneške republike, Dalmacija pa je bila med kladivom in nakovalom Benečanov, Hrvatov in Bizantincev. Tako v Romagni kot v Istri in Dalmaciji so si mesta v teh kaotičnih razmerah dokončno izoblikovala avtonomno vladavino oziroma so mestne v razmerju do centralnih oblasti te okoliščine izkoristile za to, da so čim širšemu spektru družbenega življenja vtisnili pečat komunske, tedaj še vsaj formalno "skupne" oblasti.

Kljub strnjjenosti severozahodnih istrskih mest lahko ugotavljamo, da so se pojavljale tako kot pri nastanku drugih komunskih uradov tudi pri razvoju vicedominata posamezne specifične oblike, ki pa nikakor ne izključujejo medsebojne povezanosti.¹⁶ Tako je na primer v določenem mestu po vicedominih potrjen pravni akt veljal tudi v sosednjem mestu, čeprav se vsebina ni nanašala na kraj, kjer je vicedomin uradoval (STAT. PIR., 153). Pri tem pa je zanimivo dejstvo, da so urad vicedominov v Istri poznali le v Trstu, Miljah, Kopru, Izoli, Piranu in Pulju, v drugih še tako pomembnih mestih, kot so bila Poreč, Rovinj, Novigrad in druga, pa te ustanove ni zaslediti. Morda tudi zato ne, ker se je po domnevi nekaterih zgodovinarjev v severozahodnih istrskih mestih dlje časa ohranila bizantinska oblast kot v drugih¹⁷ in se je zato v njih dlje ohranjala rimska pravna tradicija, tako značilna tudi za delovanje notariata v Istri (Vilfan-Otorepec, 1962: 107).

Kljub splošno uveljavljeni tezi, da so z razvojem listine in notarske avtoritete notarji od 12. in 13. stoletja dalje pridobili vlogo poglavitnih nosilcev javne vere (Kostrenčič, 1930: 1-4), lahko na podlagi navedenega zaključimo, da so zlasti na območju italskega polotoka in ob jadranski obali komuni (ob)držali v svoji pristojnosti nadzor nad delovanjem te ustanove. Ta se je kazal skozi pojavne oblike nastanka in delovanja različnih uradov, ki so bili v skladu s potrebami in možnostmi posameznih skupnosti zadolženi za pravni nadzor nad sklepanjem notarskih listin. Poleg mestnih

¹⁶ Pri tem ne gre zapostavljati vpliva neke oblike deželne zakonodaje, ki se omenja že v 11. stoletju v zvezi z istrskim mejnim grofom Udalrikom Weimarskim (1040-1070) (CDI/I, a. 1060, n. 101; MARGETIĆ, 1985).

¹⁷ Predvsem odsotnost odposlancev koprške škofije na zboru pri Rižani (804), na ozemlju Kopra, naj bi dokazoval, da je bilo mesto še bizantinsko, mestni teritorij pa že frankovski (DE FRANCESCHI, 1968). CAPELLI (1988, 360) podaja celo letnice (789-887), ko naj bi Koper, Piran in Umag še ostali pod Bizancem.

načelnikov, podestатов in knezov (Novigrad, Brač, Cres, Krk) ter sodnikov (Dubrovnik, Kotor, Budva), poznamo naslednje tovrstne urade:

- notarski kolegiji (Bologna, Trevis, ...),
- "državni" arhivi (Benetke, Genova),
- komunski (gosposki) kancelarji (Reka, Poreč, Dvigrad, Gorica),
- notarji memorialov (Bologna, Ferrara, Modena, Mantova, Ravenna),
- notarji registraturnega urada (Verona, Vicenza, Padova, ...),
- eksaminatorji (Krk, Rab, Senj, Zadar, Trogir, Split),
- auditorji (Kotor, Budva),
- vicedomini (Trst, Milje, Koper, Izola, Piran, Pulj).

Našteti uradi so imeli izredno pomembno vlogo pri organizaciji samouprave v tedanjih komunih, oziroma so nastali ravno zaradi potrebe avtonomnega mestnega uradovanja, saj so mesta s tem, ko so samostojno potrjevala pravne akte, nastopala kot enakopravni politični subjekti v razmerju do tedanjih poglavitnih suverenov, cesarja in papeža in so tako dejansko nadaljevali antično tradicijo rimskih municipijev. Ti mestni uradi so sicer notarjem navidezno odvzeli poglavitno overoviteljsko moč nad sklenjenimi pravnimi akti, toda ti so s tem še pridobili na verostojnosti, ki je bila potrebna v primerih sodnih sporov, saj je zanje jamčila še druga ali druge zaupanja vredne pravne osebe. Zato ne bi mogli trditi, da so jih ustanovili zaradi nezaupanja do notarjev in njihovega poklicnega izvrševanja, temveč gre pri temu pojavu prej za težnjo po dinamičnem razvoju pravnih tehnik zaščite pogodbenih odnosov.

Posebni komunski overoviteljski uradi pa so se praviloma uveljavili le tam, kjer je bil pretok prebivalstva in blaga intenzivnejši, kot je veljal primer tudi v Istri in Dalmaciji za ekonomsko močnejše mestne skupnosti; kljub temu pa te v srednjeveškem obdobju v primerjavi z npr. severnoitalijanskimi mesti očitno še vedno niso bile tako gospodarsko močne, da bi si lahko zagotovile ustanavljanje notarskih zbornic, zato so navedeni komunski overoviteljski uradi predstavljali tudi neke vrste prehodnih ustanov pri zagotavljanju javne vere notarskih aktov.

S pravnim varstvom so namreč notarske zbornice neodvisno od centralne oblasti zagotavljale pravilno poslovanje notarjev. Skrbele so za svoje člane, urejale so se s svojimi statuti, ki so jih prilagajale mestnim, upravljale s premoženjem, člani so jim bili dolžni prispevati določeno članarino, predvsem pa skrbele za notarske knjige, da so se le-te hranile tudi po notarjevi smrti, saj je pravna veljava teh spisov in njihovo neprekinjeno hranjenje poleg notarjeve avtoritete predstavljalo bistvo javne vere (*fides publica*).

Ko so leta 1598 ustanovili notarsko zbornico (*Collegio dei Nodari*) v Kopru, je ta prevzela nalogo preverjanja in imenovanja notarjev, in sicer kot kaže ohranjena knjiga zapisnikov te institucije, so preverjali in imenovali notarje za vsa mesta beneške Istre.¹⁸ V zbornici so imenovali posebno izpitno komisijo, ki je preverjala kandidate

¹⁸AST.AAMC. Libri dei Consigli, Libro Consigli dei Nodari 1598-1737, bob. 709 (MAJER, 1904, n. 567).

za notarje, sestavljali pa so jo poleg vsakokratnega beneškega podestata še načelnik zbornice - *prior*,¹⁹ oba vicedomina (v zbornici nastopata kot *assessorja*) in štirje člani zbornice. S tem pa vsaj istrski vicedomini izgubijo eno svojih bistvenih dolžnosti, to je hranjenje beležk pravnih aktov v posebnih komunskih knjigah. Čeprav se ta navada ni izgubila čez noč, saj imamo ohranjene vicedominske knjige iz Kopra in Pirana vse do srede 17. stoletja (Darovec, 1994, 203-204), so od konca 16. stoletja dalje v razmeroma neprekinjenih serijah v Pokrajinskem arhivu v Kopru ohranjene tudi notarske knjige (Darovec, 1996), kar ne velja za obdobje do ustanovitve koprške notarske zbornice, oziroma skoraj za celotno obdobje delovanja ustanove vicedominerije od začetka 14. stoletja, ko so prenehali z obveznim hranjenjem notarskih knjig, kajti tedaj so očitno po rimskem zgledu državnih oz. municipalnih ustanov *ekseptorjev* istrski vicedomini prepisovali notarske beležke (*imbreviature*) v svoje posebne knjige, ki so se hranile v mestnem arhivu *vicedomineriji*, torej imenovanem prav po vicedominih (prim. Darovec, 1994, 191-212).

Zaključek

Razvoj istrskega in dalmatinskega notariata kaže na izvor iz rimskega ali, bolje, romanskega vplivnega kroga z mnogimi primesmi langobardske in frankovske tradicije notariatske prakse. Namreč tako kot so rimski tabeliji v cesarski dobi pridobili javno vero, potem ko so ustanovili posebne pooblašene državne oz. mestne ustanove, načelovali so jim t. i. *ekseptorji* oziroma notarji, ki so na podlagi beležk (*scheda, imbreviatura, nota*) sklenjenih pravnih dejanj pri tabelijih v primerih izgube listin ali sodnih sporov imele pravico izdajanja avtentičnih kopij, so se od 13. stoletja dalje, verjetno po zgledu bolonjskih memorialov, v vseh pomembnejših mestih ob vzhodnojadranski obali ustanovili podobni mestni uradi za zabeleževanje, hranjenje in urejanje notarskih spisov. V Istri so (v Trstu, Miljah, Kopru, Izoli, Piranu in Puli) za to bili zadolženi t. i. vicedomini, v Dalmaciji povečini eksaminatorji ali kako drugače imenovani mestni uradniki. Ti uradi so sicer delovali še potem, ko so bili ustanovljeni kolegiji notarjev, kot npr. za celotno beneško Istro leta 1598 ustanovljena notarska zbornica v Kopru, toda postopoma so izgubljali svoje temeljne zadolžitve, to je prepisovanje notarskih beležk v posebne mestne knjige in hranjenje le-teh, kar v notariatski pravni praksi pomeni tudi enega bistvenih dejavnikov za ohranjanje spomina na neko pravno dejanje.

Viri in literatura

Amelotti, M. - Costamagna, G.: Alle origini del Notariato Italiano, Consiglio nazionale del Notariato, Rim, 1975.

Anselmi, A.: Le scuole di Notariato in Italia, Viterbo, 1926.

¹⁹ Prvi prior koprškega kolegija notarjev je bil Francesco del Tacco, ki ga je po smrti leta 1614 nadomestil Piero Vida (AST. AAMC, bob. 709, f. 206/7; MAJER, 1904, št. 567).

- Antoni, F.: Documentazione notarile dei contratti e tutela dei diritti: note sui vicedomini di Trieste (1322-1732). V: *Clio*, let. XXV - št. 2, 1989, s. 319-335.
- AST. AAMC = Archivio di Stato di Trieste. Antico Archivio Municipale di Capodistria. Stari koprski občinski arhiv, Inventar po Majerju, 1904.
- Beuc, I.: Statut zadarske komune iz 1305. godine. V: *VDAR*, II, Reka, 1954.
- Brandt, M.: *Wycklifova hereza i socijalni pokreti u Splitu krajem XIV. stoljeća*, Zagreb, 1955.
- Bresslau, H.: *Handbuch der Urkundenlehre für Deutschland und Italien*, vol. II, Leipzig, 1889, 1912, 1915, 1931, Berlin, 1958.
- CDI - Codice Diplomatico Istriano, Za objavu priredil P. Kandler, Lloyd Trieste (ristampa), Trst, 1986.
- Costamagna, G.: Dalla "charta" all'"instrumentum". V: *Notariato medievale bolognese II*, Rim, 1977, s. 7-26.
- Cracco, G. et al.: *L'Europa e il mondo nel medioevo*. Torino, 1992.
- Da Mosto, A.: *L'Archivio di Stato di Venezia. Indice generale, storico, descrittivo ed analitico*, vol. I, Rim, 1937.
- Darovec, D.: *Inventar notarskih spisov v Pokrajinskem arhivu Koper (1558-1850)*. Pokrajinski arhiv Koper, Koper 1996.
- Darovec, D.: *Notarjeva javna vera. Notarji in vicedomini v Kopru, Izoli in Piranu v obdobju Beneške republike*. Knjižnica Annales 7. Zgodovinsko društvo za južno Primorsko, Koper 1994.
- De Franceschi, C.: *Saggi e considerazioni sull'Istria nell'alto Medioevo: I. Dell'omissione di centri dell'Istria settentrionale dal novero di quelli menzionati nel Placito del Risano come soggetti di tributo fondiario*. V: *AMSI*, n.s., vol. 16, Trst, 1968.
- De Vergottini, G.: *Lineamenti storici della costituzione politica dell'Istria durante il Medio Evo*, I-II, Rim, 1924.
- EGI = *Enciclopedia giuridica Italiana*
- Ferrara, R.: "Licentia exercendi" ed esame di notariato a Bologna nel secolo XIII. V: *Notariato medievale bolognese II*, Rim, 1977, s. 50-121.
- Inchiestri, U.: *Il Comune e gli statuti di Arbe fino al secolo XIV*. V: *Archivio storico per le Dalmazia*, let. V, vol. X, 1930.
- Kostrenčić, M.: *Fides publica (javna vera) u pravnoj istoriji Srba i Hrvata do kraja XV veka*, Beograd, 1930.
- Le Goff, J.: *Gli intellettuali nel medioevo*, Milan, 1992.
- Leggi, Decreti e Terminazioni del Ser.mo Magg.r Cons.o etc., Concernenti il buon gouerno dell'Istria. Valerio Da Riva, Pod.tà e Cap.o di Capodistria, 1683.
- Leicht, P. S.: *Notaio*. V: *Enciclopedia Italiana* 24, 1936, 974.
- Leicht, P. S.: *Storia del diritto Italiano. Il diritto privato*, P. III, Milan, 1948.
- Majer, F.: *Inventario dell'Antico Archivio municipale di Capodistria*, Koper, 1904.
- Manaresi, C.: *I placiti del "Regnum Italiae"*, in *Fonti per la Storia d'Italia*, Rim, 1955.
- Margetić, L.: *Funkcija i porijeklo službe egzaminatora u srednjovjekovnim komunama Hrvatskog Primorja i Dalmacije*, *Starine JAZU* 55, Zagreb, 1971.
- Margetić, L.: *Histrica et Adriatica. Raccolta di saggi storico-giuridici e storici*, Collana degli Atti CRSR, št. 6, Trst, 1983.
- MGH. CRF = *Monumenta Germaniae Historica. Capitularia Regum Francorum, Hanoverae*, 1883.
- Mihelič D.: *Najstarejša piranska notarska knjiga (1281-1287/89)*, Ljubljana, 1984.
- Mihelič, D.: *Piranska notarska knjiga (1284-1288)*, 2. knjiga, Ljubljana, 1986.
- Orlandelli, G.: *La scuola bolognese di Notariato*. V: *Notariato medievale bolognese II*, Rim, 1977, s. 29-46.
- PAK. 6. *Občina Koper. Spisi do leta 1600*.
- Pertile, A.: *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, vol. VI. p. I., Turin, 1894-1902.
- Pratesi, A.: *Appunti per una storia dell'evoluzione del notariato*. V: *Studi in onore di Leopoldo Sandri*, Rim, 1983.
- Sancassani, G.: *Cancelleria e cancellieri del comune di Verona nei secoli XIII-XVIII*. V: *Atti e*

- Memorie Acc. Agr. Sc. e Lettere di Verona, s. VI, vol. X, 1958-59, s. 269-281.
- Schiaparelli, L.: Note diplomatiche sulle carte longobarde. I notai nell'Età Longobarda. V: ASI, s. VIII, XVII, Firenze, 1932.
- Schiaparelli, L.: Codice diplomatico longobardo. V: Fonti per la Storia d'Italia, vol. I, Rim, 1929, vol. II, Rim, 1933.
- Someda De Marco, P.: Notariato Friulano (Prefazione di Tiziano Tessitori), Videm, 1958.
- Spaggiari, A.: Cenni storici sugli archivi notarili degli Stati dei duchi di Modena e Reggio. V: Atti e Memorie della Deputazione di storia patria per le antiche province modenesi, s. II, 2, 1980, s. 207-226.
- STAT. KOP. = Statut Koprškega komuna iz leta 1423 z dodatki do leta 1668 (Lo statuto del comune di Capodistria del 1423 con le aggiunte fino al 1668). Za objavo priredil L. Margetić, Pokrajinski arhiv Koper - Center za zgodovinske raziskave Rovinj, Koper-Rovinj, 1993.
- STAT. PIR. = Statut Piranskega komuna od 13. do 17. stoletja (Gli statuti del comune di Pirano dal XIII al XVII secolo). Za objavo priredil M. Pahor in J. Šumrada, Ljubljana, 1987.
- Stipišić, J.: Pomoćne povijesne znanosti u teoriji i praksi, Zagreb, 1985.
- Stipišić, J.: Razvoj splitske notarske kancelarije, Zbornik Historijskog instituta Jugoslavenske akademije, I, Zagreb, 1954.
- Strohal, J.: v: Statutum et reformationes civitatis Tragurii, MHJSM, vol. X, Zagreb, 1915.
- Šufflay, M.: Die dalmatinische Privaturkunde. V: Sitzungsberichte der k. Akademie der Wissenschaften, Wien, 1904.
- Tamba, G.: I Memoriali del comune di Bologna nel secolo XIII. Note di diplomatica. V: Rassegna degli Archivi di Stato, let. XLVII - št. 2-3, Rim, 1987, s. 235-290.
- Vilfan, S. - Otorepec, B.: Les archives notariales en Yougoslavie. V: Archivum, vol. XII, 1962, s. 105-120.
- Žitko, S.: Pogodba med Koprom in Benetkami iz leta 932. V: Zbornik Kultura narodnostno mešanega ozemlja slovenske Istre, Razprave Filozofske fakultete, Ljubljana, 1993.

Summary*

THE IMPACT OF ROMAN LAW ON DEVELOPMENT OF THE MEDIAEVAL BODY OF NOTARIES IN ISTRA AND DALMATIA

Although the mediaeval body of notaries in Istra as well as in Dalmatia reflects not only Roman tradition but many other admixtures of the Lombard and Frankish notarial order as well, it must be underlined that Istra managed to preserve, due to the Late Roman tradition of municipal order particularly in coastal towns, the principles of Roman law during the functioning of the mediaeval notarial practice.

The fact is that according to the oldest surviving notarial deeds from the 9th and 10th centuries the right of notarial privilege was being given to the coastal Istrian notaries by towns themselves even prior to the reception of Roman law and with it connected 12th century body of notaries, in contrast to the Frankish notarial legislation, which gave the right of conferring the notarial privilege to the landlords. From then on, particularly from the end of the 13th century, when a need for notarial institution was building up due to the rapid development of trade and private property

* Translated by the Author.

along the eastern Adriatic coast as well, some special features were affirmed in the functioning of this institution characteristic of the Roman period mostly through the Bologna school of the receptioned Roman law. We are in fact dealing with that basic principle in the functioning of the body of notaries, i.e. with the preservation of the legal memory of some legal act or with the institutionalisation of providing for an objective and proof serving power and thus of the notaries' public creed.

The same as the Roman tabellions used to obtain public creed once establishing special authorised state or municipal institutions headed by the so-called exceptors or notaries, who on the basis of notes (*scheda, imbreviatura, nota*) of concluded legal acts had the right, in cases when deeds or legal disputes were lost, to issue authentic copies, similar municipal offices for recording, keeping and arrangement of notary acts were formed from the 13th century onwards, probably by following the example of the Bologna memorials, in all significant towns along the eastern Adriatic coast. In Istra (Trieste, Muggia, Koper, Izola, Piran and Pula) such cases were dealt with the so-called Vicedomines and in Dalmatia mostly by the so-called examiners.

Key words: *memoriales, vicedominis, examinatores.*

Zusammenfassung

EINFLUSS DES RÖMISCHEN RECHTS AUF DIE ENTWICKLUNG DER MITTELALTERLICHEN NOTARIATE IN ISTRIEN UND DALMATIEN

Obwohl die mittelalterlichen Notariate in Istrien und Dalmatien nicht nur die römische Tradition spiegeln sondern auch eine Mischung aus lombardischen und fränkischen Notarordnungen, muss betont werden, dass es Istrien dank der spätrömischen Tradition bürgerlicher Verwaltung - besonders in den Küstenstädten - gelungen ist, die Prinzipien römischen Rechts im Notariat zu bewahren.

Tatsächlich weisen die ältesten erhaltenen notarischen Akten aus dem 9. und 10. Jahrhundert darauf hin, dass die Küstenstädte in Istrien selbst das Privilegium zur Erledigung notarischer Dienste verliehen haben, und das sogar vor der Rezeption des römischen Rechts und der damit verbundenen Einrichtung von Notaren im 12. Jahrhundert, was im Gegensatz zu den fränkischen Gesetzen über diese Materie steht, wonach das Recht zur Verleihung des Notar-Privilegiums den Landbesitzern zugeteilt wurde. Von da ab wuchs besonders seit Ende des 13. Jahrhundert wegen der Entwicklung von Handel und Privateigentum jäh der Bedarf an Notaren. An der Ostküste der Adria tauchen bestimmte Besonderheiten beim Wirken der Notariate auf, die für die römische Epoche charakteristisch sind und zwar hauptsächlich durch die Schule von Bologna und ihre Rezeption des römischen Rechts. Hier wird über die Grundprinzipien der Tätigkeit von Notaren diskutiert, d.h. über die Registrierung der Rechtsakte oder über die Institutionalisierung eines objektiven Dienstes zur Argumentation des Inhalts der Rechtsakte durch die Anwendung des Prinzips des öffentlichen Glaubens.

Und ebenso wie die römischen Tabelioni öffentlichen Glauben genossen haben nachdem besonders bevollmächtigte staatliche oder kommunale Institutionen gegründet wurden, die sg. Exeptoren oder Notare leiteten und die aufgrund von Noten (scheda, imbreviatura nota) über die Zusammenstellung von Rechtsakten das Recht hatten, eine authentische Kopie auszustellen im Falle, dass die Akte verloren ging, wurden in allen bedeutenden Städten entlang der Ostküste der Adria ab dem 13. Jahrhundert - wahrscheinlich dem Beispiel Bolognas folgend - ähnliche Stadtbüros zur Registrierung, Aufbewahrung und Zusammenstellen von notarischen Akten eingerichtet. In Istrien (Triest, Muggia, Kopar, Izola, Piran und Pula) haben sich damit sg. vicedomeni beschäftigt und in Dalmatien hauptsächlich die sog. examinatori.

Schlüsselwörter: *memoriales, vicedominis, examinatores.*

Sommario*

L'INFLUSSO DI DIRITTO ROMANO SUL SVILUPPO DEL NOTARIATO MEDIEVALE IN ISTRIA E DALMAZIA

Benché il notariato medievale in Istria, come in Dalmazia, accanto alla tradizione romana, presenti pure molti ingredienti dell'ordinamento notarile longobardo e franco, la prima, a seguito dell'antica tradizione municipale, in particolare delle città costiere, mantenne nella prassi e nella regolamentazione della pratica notarile i principi del diritto romano.

Infatti, i più antichi atti notarili conservati, risalenti al IX e X secolo, in contrasto con la legislazione franca sul notariato, che attribuiva alle signorie feudali il diritto di concedere il privilegio notarile, testimoniano che quest'ultimo veniva concesso ai notai istriani della costa dalle città stesse, ben prima della recezione del diritto romano nel XII secolo. Da allora, ed in particolare dalla fine del XIII secolo, quando l'esigenza dell'istituto del notariato si fa sentire prepotentemente in seguito allo sviluppo del commercio e della proprietà privata, anche lungo la costa orientale adriatica si affermano, grazie alla recezione del diritto romano e del notariato dovuta soprattutto alla scuola bolognese, alcune caratteristiche di tale istituto, già tipiche dell'epoca romana. In particolare un principio fondamentale dell'attività notarile, cioè la conservazione della memoria legale di un determinato atto giuridico, ovvero l'istituzionalizzazione della certezza di una forza probatoria oggettiva, e con essa della fede pubblica del notariato.

Come i tabellioni romani di epoca imperiale erano riusciti ad ottenere la fede pubblica dopo aver costituito particolari e autorizzati istituti statali, ovvero cittadini

* Tradotto da Autore.

- erano diretti dai cosiddetti exceptor, notai che, sulla base di schede, imbreviature e note riguardanti atti giuridici conclusi presso i tabellioni, avevano il diritto di emettere copie autentiche nel caso di documenti e cause legali andati perduti - così dal XII secolo in poi, probabilmente sull'esempio dei memoriali bolognesi, in tutte le città più importanti della costa orientale adriatica furono costituiti analoghi uffici cittadini, incaricati di redigere, custodire e classificare gli atti notarili. In Istria (a Trieste, Muggia, Capodistria, Isola, Pirano e Pola) l'incombenza era affidata ai cosiddetti vicedomini, mentre in Dalmazia soprattutto agli esaminatori, o altrimenti detti.

Parole chiave: *memoriali, vicedomini, esaminatori.*

III. Pravna praksa
(Cases and Comment, Rechtspraxis, Giurisprudenza)

OSVRT NA PRAKSU: KAZNENI ZAKON - ČLANCI 173. STAVAK 1. I 272.

Dr. sc. Berislav Pavišić, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

1. Stajalište:

1. Utvrđenje prisutnosti opojne droge u tijelu vozača - neposrednoga sudionika prometne nezgode - na temelju analize krvi i urina u smislu članka 182. stavak 3. Zakona o sigurnosti prometa na cestama jest osnova za sumnju da je vozač prethodno posjedovao opojnu drogu - 2. To utvrđenje može se kao dokaz upotrijebiti u kaznenom postupku samo ako je pribavljeno sukladno dokaznim pravilima Zakona o kaznenom postupku - 3. Činjenica prisutnosti opojne droge u organizmu vozača - neposrednog sudionika prometne nezgode, sama za sebe nije dokaz o odlučnoj činjenici posjedovanja opojne droge, jer su za to potrebni i drugi izvori saznanja - 4. Ako su utvrđene činjenice prethodnoga posjedovanja opojne droge i utjecaja opojne droge na svijest i volju vozača koji je prouzročio prometnu nesreću, radi se o stjecaju kaznenih djela iz članka 173. stavak 1. i članka 272. Kaznenoga zakona.

2. Činjenice:

Redarstvena vlast je nakon prometne nezgode u kojoj je bilo poginulih, na temelju članka 182. stavka 3. Zakona o sigurnosti prometa na cestama, naredila vađenje krvi i urina vozaču sudioniku prometne nezgode. Iz nalaza vještaka toksikologa slijedi da je vozač u krvi i urinu imao tvar koja je proglašena opojnom drogom i da je u vrijeme prometne nezgode bio pod utjecajem opojne droge.

3. Obrazloženje:

Načelno se može uzeti, i to je prirodno, da konzumiranju (jezikom Kaznenoga zakona: trošenju) opojne droge prethodi njeno posjedovanje. Kazneni zakon, međutim, kao radnju kaznenoga djela (uz ostale oblike što se ovdje izostavljaju), u stavku 1. predviđa samo neovlašteno **posjedovanje** stvari ili pripravka koji su propisom proglašeni opojnom drogom. Iz toga slijedi da je radnja počinjenja kaznenoga djela iz stavka 1. članka 173. Kaznenoga zakona samo takvo vladanje čovjeka koje pojmovno ulazi u posjedovanje. Posjedovanje mora u prvome redu biti neovlašteno, dakle bez valjane pravne osnove. Sastoji se u faktičnom držanju u posjedu, faktičnoj vlasti nad stvari. Ono što je izvan toga, a nije radnja predviđena u drugim stavicama toga članka, nije radnja kaznenoga djela. Suprotno stajalište bi bila zabranjena analogija.

Osoba **ne posjeduje** opojnu drogu koja je u njenom tijelu **ako je opojna droga u procesu mijene tvari** (metabolizma) jer se tad ne radi o posjedu tvari ili pripravka koji je proglašen opojnom drogom. U tom slučaju riječ je o sastojku organizma, tijela osobe, dakle osobi samoj kao biološkoj jedinki u čijim se stanicama nalazi (i) opojna droga kao sastojak. Tu radnje posjedovanja nema jer čovjek ne posjeduje vlastito tkivo, tjelesne tekućine, kosu, nokte i druge dijelove tijela dok se nalaze sjedinjeni u njegovu tijelu, dok su to tijelo.

Ako su međutim, odvojeni od tijela (odrezana kosa, krv uzeta radi analize ili transfuzije) mogu biti predmetom posjeda. U tu svrhu kao sredstvo držanja u posjedu može poslužiti i tijelo čovjeka. Takav posjed se može smetati, štiti radnjama samopomoći, tužbom sudu, promjena takva posjedovnog stanja pod zakonskim uvjetima može biti radnja kaznenoga djela itd.

Posjedovati se mogu stvari (dakle i pripravak i tvar proglašena opojnom drogom), tako da se nose na tijelu ili u tijelu, ali samo onda ako **nisu** u procesu mijene tvari. U tom slučaju tijelo čovjeka služi kao sredstvo držanja u posjedu, faktičnoga držanja stvari, u konkretnom primjeru opojne droge. Ovdje je riječ o posjedovanju u smislu odredbe članka 173. stavka 1. Kaznenoga zakona. Primjeri takvih radnja jesu skrivanje u zubne šupljine, ili druge tjelesne šupljine, unošenje tvari u tijelo tako da se spriječi njihovo uključivanje u proces mijene tvari (primjerice gutanje opojne droge u posebnom omotu, usađivanje pod jednakim uvjetima pod kožu). U svim takvim slučajevima osoba ima faktičnu vlast nad stvari. Tu ništa ne mijenja na stvari okolnost da je za promjenu posjedovnog stanja nužna primjerice medicinska intervencija (izazivanje povraćanja, bušenje lažne plombe, rezanje površinskoga sloja kože).

Je li nalaz opojne droge u krvi i urinu vozača sudionika prometne nezgode dokaz o postojanju kaznenoga djela zlouporabe opojnih droga njenim posjedovanjem iz članka 173. stavka 1. Kaznenoga zakona, ovisi ne samo o tom nalazu, nego i o drugim izvorima saznanja. To je nema dvojbe važan indicij koji ukazuje na vjerojatnost prethodnoga posjedovanja opojne droge. Međutim, sukladno rečenom pod 1., valja bezuvjetno prikupiti saznanja koja ukazuju da je osoba prethodno u odnosu na pripravak ili tvar (koja je proglašena opojnom drogom) posjedovala sadržaj. Uobičajen primjer za to jest gutanje pripravka opojne droge u svrhu prikrivanja prije osobne pretrage. U takvu slučaju opojna droga ulazi u proces mijene tvari, ali je prethodno bila u posjedu osobe. Taj posjed dokazat će se primjerice indicijalnim lancem koji bi mogao biti: svjedok očevidac metanja u usta omota, pretraga koja rezultira nalazima, odbačen omot, nalaz vještaka o sadržaju želuca, nalaz vještaka o prisutnosti opojne droge u krvi i urinu, svjedok koji je neposredno prije prodao opojnu drogu u identičnome omotu kakav je pronađen. Samo tako, na osnovi specifičnih indicija, ili što je znatno rjeđe, izravnih dokaza (primjerice okolnosnog priznanja) može se utvrditi da je osoba u čijem je tijelu utvrđena prisutnost opojne droge počinitelj kaznenoga djela zlouporabe opojnih droga iz članka 173. stavka 1. Kaznenoga zakona. Posjedovanje opojne droge kao točno određen sadržaj radnje počinjenja mora biti utvrđeno u kaznenom postupku kao i svaka druga odlučna činjenica.

Nalaz opojne droge u tijelu osobe nije nužno posljedica prethodnoga posjedovanja. Tu nema nikakve sumnje da posjedovanje mora biti u svakom konkretnom slučaju dokazano u svom objektivnom i subjektivnom smislu kao i druga radnja kaznenoga djela. Osoba može u svom tijelu imati opojnu drogu bez

prethodnoga posjedovanja tako što je sama uzela tvar za koju nije ni znala da jest opojna droga, ili da sadrži opojnu drogu, dakle postupala u zabludi. Opojnu drogu u tijelo osobe može unijeti druga osoba, ili to može biti posljedica utjecaja izvana. Te mogućnosti, kako god izgledale malo vjerojatnim, jesu činjenice koje idu u prilog okrivljenika, njih je dovoljno učiniti vjerojatnim, što znači da se uzima da postoje već onda ako suprotne činjenice koje mu idu na štetu nisu pouzdano i valjano dokazane (*in dubio pro reo*).

Ako je dokazano da je vozač - neposredni sudionik prometne nezgode prethodno posjedovao opojnu drogu i da je pod utjecajem opojne droge, koji je bio uzročno značajan i kojega je počinitelj bio svjestan, izazvao prometnu nesreću, radi se o stjecaju kaznenih djela zlouporabe opojnih droga iz članka 173. stavka 1. i izazivanja prometne nesreće iz članka 272. odgovarajući stavak Kaznenoga zakona.

IV. Prikazi (Surveys, Besprechungen, Recensionen)

**Dragan Bolanča, Pomorsko pravo (odabrane teme),
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 1999., 164 str.**

Pomorskoppravna znanost obogaćena je u 1999. godini knjigom pod nazivom Pomorsko pravo - odabrane teme, u izdanju Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu. Autor ove knjige je dr. sc. Dragan Bolanča, docent na splitskom Pravnom fakultetu, autor nekoliko monografija i mnogobrojnih znanstvenih i stručnih radova iz područja pomorskog i radnog prava.

Ova knjiga sadrži dvije teme iz pomorskog upravnog prava: pomorsko dobro i član posade broda i dvije teme iz pomorskog procesnog prava: upis brodova i brodica i mjere osiguranja na brodu.

U okviru prvog dijela knjige dr. sc. Dragan Bolanča obrađuje sadržaj pomorskog dobra te njegov pojam kao stvari, postupak koncesioniranja na pomorskom dobru i evidenciju pomorskog dobra. Već u samom uvodu autor naglašava da problem pomorskog dobra od donošenja Pomorskog zakonika 1994. godine pa do danas još uvijek izaziva niz dvojbi zbog nejasne i nepotpune zakonske reglamentacije. Objašnjavajući detaljno sve zakonske odredbe i navodeći mišljenja drugih pomorskopravnih znanstvenika, autor komentira i Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika, koji je pripremio hrvatski pomorski zakonodavac.

Član posade broda (pomorac) naziv je drugog dijela knjige u kojem autor obrađuje odredbe Pravilnika o zvanjima i svjedodžbama o osposobljenosti pomoraca na brodovima trgovačke mornarice Republike Hrvatske te Pravilnika o pomorskim knjižicama i odobrenjima za ukrcanje. Institut materijalne odgovornosti pomoraca kao zaposlenika uređen je

izvornim hrvatskim radnopravnim i pomorskopravnim vrelima, kako opće (Zakon o radu iz 1995. godine), tako i posebne naravi (Pomorski zakonik iz 1994.; Zakon o zaštiti na radu iz 1996.). Analizirajući navedene zakonske odredbe autor obrađuje, s jedne strane, situacije kada se pomorac javlja kao štetnik u odnosu na poslodavca ili treću osobu, i, s druge strane, slučajeve kada se član posade broda nalazi u položaju oštećenika.

Treći dio knjige nosi naslov Upis brodova i brodica, u okviru kojega autor obrađuje državnu pripadnost broda i brodice te materijalne uvjete za stjecanje hrvatske državne pripadnosti, ustrojstvo upisnika brodova i očevidnika brodica te sam postupak upisa brodova i brodica. Autor analizira postojeća zakonska rješenja u usporedbi s rješenjima bivšeg Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi, osvrćući se i na rješenja Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika.

U četvrtom dijelu knjige pod naslovom Mjere osiguranja na brodu autor se osvrnuo na hipoteku kao stvarnopravni oblik osiguranja tražbina na brodu te na postupovne mjere osiguranja na brodu predviđene Pomorskim zakonikom i Prijedlogom Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika.

Sadržavajući zaključke na kraju svakog dijela, obilujući bogatom literaturom, bilješkama i pozivajući se na sudsku praksu, ova knjiga daje iscrpne i aktualne podatke iz materije koju obrađuje.

Sandra Debeljak Rukavina

**Ivan Koprić, Struktura i komuniciranje u upravnim organizacijama,
Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1999., VIII + 485 str.**

Pravni fakultet u Zagrebu, u nakladničkoj cjelini *Monografije Pravnog fakulteta u Zagrebu*, objavio je 1999. godine djelo dr. sc. Ivana Koprića, "*Struktura i komuniciranje u upravnim organizacijama*". Dr. sc. Ivan Koprić, asistent na *Pravnome fakultetu u Zagrebu*, doktorirao je na istoimenoj temi.

U uvodnom poglavlju djela autor postavlja problem odnosa strukture i komuniciranja u upravnim organizacijama te cjelokupni program studije. Napominje da se u radu polazi od ideje da su organizacijska struktura i komuniciranje u organizaciji kontingentne, međusobno uvjetovane pojave i da je do konkretnijih i preciznijih uvida u takvu međuuvjetovanost moguće doći istraživanjem podvrsta organizacija, među kojima su za znanost o javnoj upravi od primarnoga značenja upravne organizacije. Autor u radu namjerava obuhvatiti obje strane odnosa strukture i komuniciranja u upravnim organizacijama, pa tako s jedne strane ispituje uvjetovanost komuniciranja strukturom, te strukturu uzima kao nezavisnu, a komuniciranje kao zavisnu varijablu, a s druge strane utvrđuje povratni utjecaj upravnih organizacija, radi čega komuniciranje promatra kao nezavisnu, a strukturu kao zavisnu varijablu.

U drugom poglavlju, "*Pristupi analizi upravnih organizacija*", autor u dijelu pod nazivom "*Razna shvaćanja o organizaciji*" iznosi gledišta različitih škola o pojmu "*organizacije*". Tako razmatra shvaćanje ovoga pojma s motrišta

mehanicističkoga pravca, teorije organizacijskoga konflikta i moći, teorije odlučivanja, interesno-političkoga pravca, teorije otvorenoga sustava, kibernetikoga pravca te teorije samoreferentnih i autopoietičkih sustava, no ne iscrpno, već samo ilustrativno. Kako su današnja shvaćanja o organizaciji vrlo divergentna, i prikaz teorije organizacije moguć je samo kao *croquis* raznih istraživačkih pravaca. U drugome dijelu ovoga poglavlja, pod nazivom "*Struktura kao temeljna organizacijska varijabla*", autor najprije razmatra relativnu samostalnost strukture kao organizacijske varijable, razmatrajući je u svjetlu svake od gore navedenih teorija zasebno. Nadalje, određuje pojam "*organizacijske strukture*" te tipove kooperativnih sustava i odnosa. Analizu strukture kao temeljne organizacijske varijable autor zaključuje razmatranjem kooperativnih odnosa u upravnim organizacijama. "*Izbor teorijskog polazišta za proučavanje upravnih organizacija*" naziv je trećega dijela ovoga poglavlja. Autor ovdje navodi što sve treba uzeti u obzir pri izboru teorijskoga polazišta za proučavanje upravnih organizacija, pa slijedom toga razmatra kompleksnost organizacije, njihovu kooperativnu prirodu i sklonost konfliktima te pitanje moći i koncentracije političke vlasti i upravnih organizacija u svjetlu brojnih teorija i pravaca. Naposljetku dolazi do zaključka da je kao polazište za proučavanje upravnih organizacija najpogodniji sistematsko-kibernetički pristup te određuje upravnu orga-

nizaciju kao "dinamički sustav u kojem se tijekom izvršavanja javnih programa dioba i povezivanje rada profesionalnoga osoblja pojavljuje u obliku normativno utemeljenih ovlasti, dužnosti i odgovornosti".

Treće poglavlje nosi naziv "Komunikacijska mreža upravnih organizacija". U dijelu "Društveno komuniciranje", nakon prikaza karakteristika komunikacijskoga fenomena u društvu, autor se bavi odnosom komuniciranja i upravljanja te komuniciranja i moći. Drugi dio ovoga poglavlja, "Komunikacijski kanali", započinje definiranjem pojma komunikacijskoga kanala i klasifikacijom komunikacijskih kanala na osnovi njihovih tehničkih te strukturalnih obilježja. Zatim, u dijelu pod nazivom "Komunikacijska mreža", autor određuje pojam komunikacijske mreže, a potom obrađuje njezine osobine - uspostavljenost i otvorenost kanala, omjer vrsta kanala, frekvenciju upotrebe kanala, odstupanje komunikacijske mreže od formalne organizacijske strukture, propusnost kanala u mreži te (ne)svrhovitost komuniciranja.

U četvrtom poglavlju, naslovljenom "Uvjetovanost komunikacijske mreže strukturom upravnih organizacija", autor se ponajprije, u poglavlju pod nazivom "Komunikacijsko posredovanje utjecaja okoline na strukturnu hijerarhičnost", bavi odnosom komunikacijskih kanala i pojedinih tipova strukture. U drugome dijelu, "Utjecaj tipa strukture na komunikacijsku mrežu upravnih organizacija", autor polazi od analize uspostavljenosti formalnih komunikacijskih kanala - interpersonalnih i masovnih, navodeći i nekoliko napomena o njihovoj otvorenosti u različitim tipovima strukture. Zatim obrađuje omjer vrsta kanala deriviranih primjenom istog strukturalnoga kriterija, i naposljetku ispituje

utječe li tip strukture na frekvenciju upotrebe pojedinih strukturalnih vrsta kanala. Ovaj je dio djela ilustriran brojnim tablicama koje na plastičan način prate tekst te ga čine bitno razumljivijim.

Peto poglavlje ima naslov "Uvjetovanost strukture komunikacijskom mrežom upravnih organizacija". U prvome dijelu, "Komunikacijsko posredovanje utjecaja okoline na strukturnu hijerarhičnost", analizu triju varijabli - okoline, organizacijskog komuniciranja i organizacijske strukture - autor provodi u tradiciji kontingencijskog pravca. To čini razmatranjem organizacijske okoline, konkretnije, organizacijske okoline upravnih organizacija, okolišnog informacijskog opterećenja upravne organizacije i uspostavljanja vanjskih komunikacijskih kanala, utjecaja uspostavljanja ovih kanala na strukturalnu hijerarhičnost te, na kraju, njihova jednosmjernog odnosno dvosmjernog utjecaja na spomenutu hijerarhičnost. Zatim, u dijelu "Komunikacijsko posredovanje utjecaja organizacijske tehnologije na strukturnu hijerarhičnost upravnih organizacija" autor promatra organizacijsku tehnologiju kao nezavisnu, eksploratornu varijablu i nastoji provjeriti tezu da organizacijska tehnologija, pored okoline i organizacijske kulture, uvjetuje osobine komunikacijske mreže te na taj način, posredno, i strukturnu hijerarhičnost upravne organizacije. To čini analizirajući organizacijsku tehnologiju, a ovu posebno i u javnoj upravi, a naposljetku, komunikacijske i strukturne efekte organizacijske tehnologije. Treći dio ovoga poglavlja nosi naslov "Komunikacijsko posredovanje utjecaja organizacijske kulture na strukturnu hijerarhičnost". Ovdje autor ima dvostruki cilj. S jedne strane nastoji konstruirati dio teorijsko-analičkog temelja za empirijsko istraživanje utjecaja

komuniciranja na strukturu upravnih organizacija, a s druge, razmotriti tezu o organizacijskoj strukturi kao "mekoj", manje vrijednoj varijabli u proučavanju fenomena organizacije. Pri tome se organizacijska kultura promatra kao nezavisna, komunikacijska mreža kao medijatorna, a strukturalna hijerarhičnost kao zavisna varijabla. Najprije definira organizacijsku kulturu općenito, a zatim u javnoj upravi. Posebnu pozornost posvećuje javnom menadžmentu, vrijednostima u javnoj upravi, praktičnim orijentacijama službenika, tipovima organizacijske kulture, kulturi i komunikacijskoj mreži u upravnim organizacijama te kulturi, komunikacijskoj mreži i strukturalnoj hijerarhičnosti. Uviđajući krhkost teorijskih razmatranja koja ostaju na razini spekulacije, autor je u četvrtome dijelu ovoga poglavlja, "Ministarstvo gospodarstva i Porezna uprava - početna potvrda ili nov izazov teorijskom modelu", odlučio činjenicama provjeriti gore izloženu teoriju. Zato višestrukom studijom slučaja (*multiple-case study*) analizira dvije upravne organizacije na razini središnje državne uprave u Republici Hrvatskoj - Ministarstvo gospodarstva i Središnji ured Porezne uprave. Autor je namjerno odabrao ove dvije organizacije koje se do određene mjere predvidivo razlikuju po nekima od varijabli koje su u prethodnim teorijskim razmatranjima označene kao uzroci variranja u određenim osobinama komunikacijske mreže te stupnja strukturalne hijerarhičnosti u organizaciji. Najprije određuje okolinu promatranih organizacija, zatim organizacijsku tehno-

logiju, kulturu, njihovu komunikacijsku mrežu te hijerarhičnost formalnih struktura. Zatim navodi određene karakteristike odabranih organizacija i poglavlje zaključuje s rezultatima mjerenja glavnih varijabli. Dobiveni rezultati pokazuju potvrdu mnogih teorijskih pretpostavki uključenih u model te iznose neke poteškoće, kako istraživačke tako i praktične, u svezi s mjerenjem varijabli.

U zaključku autor iznosi kratak pregled i komentar studije i njezinih rezultata, polazeći od koncipiranja cijele studije, pa preko provedbe sve do dobivenih rezultata. Na kraju daje zaključne teorijske, praktične i metodološke napomene.

Djelo prati pet priloga: "Plan istraživanja: utjecaj okoline i okolišnih varijabli na uspostavljenost kanala u komunikacijskoj mreži i strukturalnu hijerarhičnost upravne organizacije", "Način prikupljanja podataka", "Popis korištenih kratica", "Popis citirane literature" te "Popis korištenih pravnih izvora", koji uvelike olakšavaju praćenje djela.

Djelo je pisano sustavno i pregledno, no zbog učestalih stručnih izraza, zahtijeva barem najopćenitije prethodno poznavanje analizirane materije. Ovo vrijedno djelo posebno se preporučuje osobama zaposlenim u državnoj upravi i pravnicima zainteresiranim za polje upravne znanosti, jer nam ono na sustavan i pregledan način približava strukturu i komuniciranje u upravnim organizacijama.

Dario Đerđa

**Josip Kregar, Nastanak predatorskog kapitalizma i korupcija,
Rifin, Zagreb, 1999., 268 str.**

Prema najnovijem izvješću Transparency International, nevladine udruge koja se na međunarodnoj razini bori protiv korupcije, Republika Hrvatska nalazi se u vrhu tranzicijskih zemalja kada je u pitanju korupcija. Kršenje elementarnih etičkih pravila ima razmjere masovne pojave, te se s pravom može govoriti o posvemašnjem moralnom rasulu. «Korupcija je raširena svuda, ona je dio političkog sustava, bez nje ne djeluje niti gospodarstvo niti javne službe, ona je podržana vrijednosnim kulturalnim obrascima, protiv nje nemamo niti sustavne obrane niti djeluju institucije, niti postoji ozbiljan uzor i raširena vjera u poštenje kao temelj politike, prava, institucija javnih službi». (str. 11). Ta je činjenica bjelodana ne samo sociolozima, odnosno stručnoj javnosti, već čini se, i običnim građanima. Stoga se knjiga Josipa Kregara, izvanrednog profesora na Pravnom fakultetu u Zagrebu, *Nastanak predatorskog kapitalizma i korupcije*, pojavljuje u pravom trenutku.

Knjiga obuhvaća sedam poglavlja, a na kraju su dodana i dva poglavlja pisana na engleskom jeziku. To su već objavljeni radovi koji su komplementarni temi knjige, a autor je time htio izbjeći pisanje sažetaka. «Pisanje sažetaka postalo je uobičajeno u mnogim knjigama, te mi se činilo opravdanim da umjesto mehaničkog sažetka ponudim tekst u kojem se naziru moji osnovni stavovi i tvrdnje» (str. 8-9).

U prva dva poglavlja tematizira se problem predatorskog kapitalizma. Taj

pojam je smislio T. Veblen početkom 20-og stoljeća. Veblena američki poduzetnici «podsjećaju na istraživače-pomorice u ranijim stoljećima, gusare i razbojнике. Njihove metode su grube, njihovi motivi niski, oni su okrutni, primitivni i neobuzdani. Slabo poznaju tehnologiju i proizvodnju, ali otvaraju nove vidike, osvajaju nova tržišta, pokreću kotače promjene» (str. 17). Novi bogataši su svojom moći i novcem nastojali kontrolirati saveznu i lokalnu administraciju, suce i političare. Dakako, ne bez otpora i poteškoća. I to zahvaljujući slobodi tiska i pojavi novih pokreta na društvenoj sceni. «Radilo se o skupini novinara, povezanih istim osjećajem misije, koji su polemički i senzacionalistički otkrivali primjere zloupotrebe bogatstva i političke moći, političku korupciju i nezakonitost. Od 1902. do 1912. objavili su više od tisuću članaka o velikim kompanijama i političkoj korupciji. Nazvani su muckrakerima. Karakterizira ih visoki stupanj socijalne odgovornosti, stil kojim su budili emocije javnosti, vještina pisanja i neskrivena ambicija da postanu savjest društva» (str. 46). S druge strane javljaju se novi pokreti koji se aktivno suprotstavljaju političkoj korupciji smatrajući je velikim društvenim zlom. Najutjecajniji je bio progresivistički. U osnovi, to je bio religijski pokret čije su vođe željele da temeljne religijske vrijednosti dominiraju političkim i ekonomskim životom. Pokret moralne opozicije sadrži više sastavnica i prethodnika. To su, između ostaloga, abolicionistički pokret, radnički pokreti

i pokret za ravnopravnost žena, populizam. «Populistička stranka bila je stranka moralne obnove onih vrijednosti za koje su religijski pokreti stvorili temelj. Iako je u pokretu postojala i natruha radikalnog, markstističkog egalitarizma i socijalizma, glavni ton davala je izvorna američka moralna većina. Utoliko je postojala u praksi populizma i doza ksenofobije protiv katolika, antisemitizam, rasističke natruhe i općeniti animozitet prema useljenicima... Jedan od glavnih motiva programa bilo je razotkrivanje moći velikih kompanija te 'tycoona' i 'kapetana industrije'. Posebno su na udaru bili monopoli i nastajući trustovi. Skandalali su otkrivali čvrste veze kapitala i političkog odlučivanja i nije bilo teško dokazati da je takav savez obično na štetu malih poduzetnika, farmera i građana. Protiv toga može se boriti samo aktivnom mobilizacijom većine građana» (str. 69). Zasluga populista je poglavito u tomu što su mobilizirali javno mnijenje.

Autor u trećem poglavlju («Moralni temelj ekonomije») tematizira moralna pravila, odnosno vrijednosti koje se kristaliziraju u pojmu «protestantske etike» (Weber). Nastanak kapitalizma pretpostavljao je postojanje određenih etičkih vrijednosti, poput, primjerice, marljivosti, savjesnosti, pouzdanosti, pristojnosti, predanosti radu. «Kapitalizam ne znači odsutnost moralnih zahtjeva i pravnih normi. Sasvim suprotno, on pretpostavlja uredno djelovanje institucija, racionalno, učinkovito i legitimno pravo, moralni stav. Uz to on pretpostavlja da je temelj stjecanja rad, predani rad, rad kao životni poziv. Odricanje i poštenje stvarali su kapitalizam. Točnije rečeno: izostanak tih dviju konstanti stvarao je nekakvu aberantnu inačicu kapitalizma» (str. 82). Kapitalizam razara tradicionalna, patrijarhalna društva i njihov sustav vrijed-

nosti.» ... on (kapitalizam - R.B.) razara kriterije dobrog i moralnog, poštenja i sreće kakve imaju inertna tradicionalna društva. Njegova dinamika i sudbina da razara arkadijsku mirnoću tradicije čine ga opasnim. Razara stare i nove normativne zahtjeve poštenja i savjesnosti, rada i gospodarenja. On se popravlja i mijenja, ponekad stabilizira na nekom novom nivou ravnoteže novih normi, institucija, ciljeva i praktičnih djelovanja» (str. 89-90).

Kregar je time nastojao pokazati da kapitalizam nije pljačkaški sistem, već znači pošten rad. On razara stare vrijednosti i proklamira nove, na taj način analiza pojma korupcije dobiva razumljiv kontekst. Autor propituje pojam korupcije u četvrtom poglavlju. «Korupcija spada u pojmove kojima je teško denotativno odrediti sadržaj jer se njezino značenje mijenja u različitom vremenskom, društvenom i političkom kontekstu. Općenito, pod korupcijom se razumije zloupotreba javne službe radi osobne koristi» (str. 91). Ona je u većini zemalja ozbiljan ekonomski i politički problem. Osobito to vrijedi za zemlje u razvoju i zemlje u tzv. tranziciji. U tom kontekstu Kregar je pozornost posvetio teoriji prizmatičkog društva Freda Riggsa, koja se odnosi na sve zemlje predmodernog tipa. «Obilježja predmodernog društva su stabilnost lokalnih zajednica i ograničena mobilnost, jednostavnost i niska razvedenost zanimanja i podjele rada, naglašene obiteljska i druge solidarističke veze (lokalna zajednica, religijska identifikacija, porijeklo), difuzna socijalna stratifikacija» (str. 120). Moderno društvo, međutim, bitno, karakterizira dominacija univerzalističkih normi, individualizam pojedinca, visok stupanj društvene mobilnosti, visok stupanj diobe rada, egalitarni sustav socijalne stratifikacije itd.

U petom poglavlju autor tematizira problem međunarodne borbe protiv korupcije. Naime, u posljednjih 20-tak godina na različitim razinama pokrenuta je politička akcija suzbijanja korupcije. «Međunarodne organizacije, pojedine vlade, međunarodne nevladine udruge i organizacije te istaknuti pojedinci inicirali su izradu dokumenata i konkretne akcije za njezino suzbijanje» (str. 131). U borbi protiv korupcije istaknutu ulogu imaju UN, OECD, Svjetska banka i Međunarodni monetarni fond. A u okvirima Vijeća Europe formirana je Multidisciplinarna grupa za borbu protiv korupcije (GMC), koja je pripremila niz kaznenopravnih, upravnih i drugih mjera za suzbijanje korupcije.

U šestom poglavlju autor se na tragu Edwina Sutherlanda i drugih teoretičara bavi brojnim slučajevima kriminala u velikim kompanijama. «Multinacionalne kompanije bile su pravi obrazac onoga što se željelo kritizirati: one su stvarale i održavale krupni ekonomski kriminalitet. Velike korporacije, multinacionalne kompanije, pod udarom kritike našle su se i zbog nagle ekspanzije i nekontroliranog rasta i uloge u nizu političkih skandala» (str. 157). Nakon iskustva s velikim skandalima u nizu kompanija u SAD-u javnost počinje osuđivati nemoralnost uprava velikih korporacija, te se stvara ozračje u javnosti da im se ne smije više vjerovati.

Sedmo poglavlje posvećeno je devoluciji upravno-političkog sistema Gane. «Izbor je pristran. Pristran utoliko što smo izabrali primjere izrazito brze destabilizacije upravno-političkog sustava. Izabrali smo primjer zemlje bogate tradicije, koja je svojevremeno smatrana jednom od najrazvijenijih i najstabilnijih afričkih zemalja. Danas više nije tako» (str. 181). Nakon stjecanja nezavisnosti 1957. g.

Gana prolazi kroz razdoblja nestabilnosti i vojnih udara. Jedan od udara je izveo i poručnik Jerry Rowlings 1978. g. a također i na Novu godinu 1982. «Sedamdesete godine razdoblje su produbljiivanja krize, a osamdesete trajno kaotičnog stanja. Izvorne zamisli su napuštene, demokracija suspendirana, ekonomija u krizi, a društvo destabilizirano raspadaњem kulturnih obrazaca. Uzroke nestabilnosti nalazimo u siromaštvu ... općoj apatiji prema vlasti, opoziciji čak i u vladajućoj eliti, koja se ne pridržava nikakvih pravila igre i nije kadra partikularno-partijski interes podvrći općem, u tradiciji autokracije, sklonosti nasilju, nedostatku demokratske tradicije, nepostojanju srednje klase i obrazovanih i profesionalnih službenika...» (str. 213).

Republika Hrvatska je suočena s posvemašnjom ekonomskom, moralnom, političkom i legitimacijskom krizom. Stoga se Kregaru može prigovoriti da je u knjizi zanemario problem korupcije kod nas, iako ga je, dakako svjestan. Taj problem zaslužuje posebno poglavlje u knjizi. Argumente zašto to nije učinio autor pokušava iznijeti u predgovoru. «Međutim, dok je u novinarstvu rizik greške podnošljiv, autor se može ispričati u sljedećem broju, kod knjige nije tako. Ja uostalom nisam ni istražitelj, niti iza mene stoji služba, nemam uvida u kartoteke i financijske operacije, ne saslušavam svjedoke. Strah od olakog optuživanja, briga da ne ocrnim koga zbog svoje nenaklonosti odgovorili su me od toga da spomenem slučajeve i imena. Nemam precizne podatke, nemam statistike, imam priče i osobno iskustvo» (str. 10-11). Čini se da argumenti nisu uvjerljivi. Brojne slučajeve skandala u posljednjih 7 ili 8 godina imali smo prilike pratiti i neovisnim medijima: Novom listu, Feral Tribuneu, a u zadnje tri ili četiri godine i

u Nacionalu. Bjelodana je veza između vlasti i organiziranog kriminala, te se stoga može govoriti o «grijehu struktura». Zbog toga držim da je to najveći nedostatak knjige. Nije, nadalje, transparentna autorova teza da «narod nije puk, građani nisu pučanstvo, oni su politički razumni i kada šute, pamte i osjećaju gađenje i mržnju prema takvom ponašanju (slučajevima korupcije - R.B.)». Naime, stara hrvatska riječ za narod (*demos-populus*), koji je skup državljana kao nositelja suverenosti, jest

puk. Čitatelju može zasmetati i veći broj tipfelera. Ime jednog od recenzenata pogrešno je navedeno - Branko Petković umjesto Stanko Petković. Autoru se, čini se, žurilo da knjiga što prije ugleda «svjetlo dana». No, unatoč tim primjedbama knjiga «Nastanak predatorskog kapitalizma i korupcija» predstavlja nedvojbeno značajan doprinos domaćoj sociologijskoj, politologijskoj i pravnoj znanosti.

Robert Blažević

Hans Maier et al., Klasici političkog mišljenja, Sv. I - II, Golden marketing, Zagreb, 1998., 648 str.

U Hrvatskoj je objavljeno malo djela u kojima bi se sistematski istraživalo povijest političkih ideja, odnosno doktrina. Djela domaćih autora Nerkeza Smailagića, *Historija političkih doktrina* (Naprijed, Zagreb, 1970.) i Juraja Kolakovića, *Historija političkih teorija - od XVII stoljeća do 1848. g., Sv. I* (Jedinstvo, Sisak, 1969.); *Historija modernih političkih teorija od 1848. g. do danas, Sv. II* (Zrinski, Čakovec, 1972.), već su dulje vrijeme nedostupna zainteresiranom čitateljstvu. Usto je potonje djelo neprimjereno zbog velikog utjecaja tada vladajuće ideologije. Prijevod djela talijanskog teoretičara Francesca Valentiniija, *Moderna politička misao* (Školska knjiga, Zagreb, 1982.), u kojem se tematizira povijest političkog mišljenja od Kanta do kraja 70-ih, pokazao se kao izdavački promašaj.

Knjiga *Klasici političkog mišljenja*, koju su uredili njemački politički filozofi

Hans Maier, Heinz Rausch i Horst Denzer, pripravljena je kao niz cjelovitih monografija. Autori monografija su istaknuti profesori i stručnjaci. Prijevod je načinjen prema šestom izdanju knjige, koje je objavljeno u Njemačkoj 1986. g. U knjizi su iz mnoštva autora odabrani oni koji slove kao uzori, kao prvorazredni (*classici*). Inače, riječ *classicus* u latinskome izvorno označava pripadnike prvog poreznog razreda. "Tu imamo pred sobom autore koji su uzorni u istom smislu kao oni u antičkim i srednjovjekovnim propisima pisaca koji su sadržavali štivo za gramatičke škole: klasičnog u smislu egzemplarnoga, pedagoškog obrazovanja stila i ukusa; opravdanje za odabir nekog autora ovdje je jednostavno u njegovoj književnoj upotrebljivosti za tu svrhu" (*ibid.*, str. 14.). No, da bi se govorilo o klasicima političkog mišljenja, nije dovoljna jezična točnost, književna

egzemplarnost, iako to nije nevažno. "Ali za rang klasika potrebno je više. Veliko političko djelo mora se povrh svoje jezično-književne kvalitete nalaziti u posebnom odnosu prema vremenu i društvu u kojemu je nastajalo i za koje je pisano. U njemu mora biti formulirano neko novo iskustvo, neka spoznaja koja je konstitutivna za zajednički politički život, neki zahtjev - nešto što nailazi na odjek i prijem, ako ne danas, onda svakako sutra, i što djeluje i preko osobe autora i vremena njegova života. Naravno da nije nužno, a rijetko se i događa, da politička djela dostignu zenit svojega utjecaja već za života svojih autora... No o klasiku političkog mišljenja govorimo tek ako se njegovo djelo jednom, pa bilo to i samo kratkotrajno, nalazilo u središtu političkih ideja i predodžaba neke epohe, ako je postalo reprezentativnim za neko društvo i ako - jedan daljnji, nimalo nevažan uvjet - u sebi nosi mogućnost univerzalnog širenja te snagu daljnjeg povijesnog djelovanja." (ibid., str. 14.).

Nerijetko su mislioci završavali i u "zamkama politike". No, njihova je praktično-politička djelatnost, za razliku od njihovih spisa, vrlo brzo izbljedjela. "Jedan je Platon ušao u povijest politike kao tvorac Države i Zakona, a ne kao Dionov savjetnik, jedan Aristotel kao skupljač i sistematičar državnih ustava svojega doba, a ne kao odgojitelj makedonskog princa. Machiavellijev Principe mnogo je bolje odolio olujama vremena nego njegova firentinska milicija, a Rousseauov Contrat social postao je temeljnom knjigom modernih revolucija, dok su njegovi ustavni nacrti za Korziku i Poljsku jedva utjecali na sudbinu tih zemalja." (15) Među njima je bilo i državnika i diplomata poput, primjerice Cicerona, Thomasa Marusa, Grotiusa i Toquevillea. Oni su, međutim, iznimka, a ne pravilo. "To ne

znači da su ti pisci bili neutralni, bestrasni promatrači političke scene: nitko tko je ikada pisao o politici nije izbjegao upletanje u političke vrtloge svojega doba, a razočaranje u neki politički režim često je bilo povod za pisanje o politici (Platon, Machiavelli), često su se politički pisci priklanjali nekoj stranci (Sieyes, Burke) ili se nametali za vjesnike nekog novog političkog poretka (Dante, Rousseau, Comte)" (ibid., str. 15.).

U prvom svesku tematizira se djelo četrnaest velikih mislilaca: Platon, (Helmut Kuhn), Aristotel (Peter Weber - Schäfer), Ciceron (Karl H. Gugg), Augustin (Hans Maier), Toma Akvinski (Ulrich Matz), Dante (Hans Rheinfelder/Horst Denzer), Marsilije Padovanski (Heinz Rausch), Machiavelli (Eberhard Schmitt), Thomas More (Thomas Nipperdey), Luther (Hans Karl Scherzer), Vitoria (Ulrich Matz), Grotius (Günter Hoffman-Loerzer), Bodin (Horst Denzer) i Hobbes (Hans Maier). U drugom svesku pak, pored autorâ "Federalista", također se tematizira djelo četrnaestorice političkih mislilaca: Locke (Walter Euchner), Pufendorf (Horst Denzer), Montesquieu (Berthold Falk), "Federalist" (Jürgen Gebhardt), Rousseau (Hans Maier), Sieyes (Eberhard Schmitt), Burke (Karl Graf Ballestrem), Kant (Arno Baruzzi), Hegel (Arno Baruzzi), Tocqueville (Heinz Rausch), Mill (Heinz Rausch), Comte (Peter Leuschner), Marx (Theo Stammen), Nietzsche (Hasso Hofmann) i Max Weber (Kurt Lank-Rolf Hočevar).

Pored prikaza mišljenja klasika navedene su također i brojne korisne bibliografske informacije. Prijevod knjige Klasici političkog mišljenja na hrvatski jezik, s obzirom na situaciju u izdavaštvu kod nas, bez pretjerivanja, predstavlja kulturni događaj par excellence. Pretpostaviti je da će se u narednom razdoblju

na hrvatski jezik prevesti ključna djela autora kao što su Hobbes, Locke, Montesquieu, Kant, Max Weber i dr., a što će vjerojatno potaknuti daljnje istraživanje povijesti političkih ideja u Republici Hrvatskoj.

Knjigu Klasici političkog mišljenja preveo je s njemačkog Kiril Miladinov, a predgovor je napisao prof. dr. sc. Ivan Prpić.

Robert Blažević

Max Weber, Vlast i politika, Naklada Jesenski i Turk - Hrvatsko sociološko društvo, Zagreb, 1999., 226 str.

Kritička recepcija znanstvenog opusa znamenitog njemačkog sociologa Maxa Webera započela je kod nas tijekom 60-ih godina, napose radovima Eugena Pusića. Tih godina u izdanju Matice hrvatske u okviru projekta Sociološke hrestomatije izašao je i poseban svezak posvećen Maxu Weberu (usp. Mihailo Đurić, Sociologija Maxa Webera, Matica hrvatska, Zagreb, 1964). Tijekom 60-ih godina prevedeno je i njegovo poznato djelo Protestantska etika i duh kapitalizma (usp. Max Weber, Protestantska etika i duh kapitalizma, Veselin Masleša, Sarajevo, 1968). 70-ih godina na srpski jezik preveden je Weberov magnum opus *Wirtschaft und Gesellschaft* (usp. Max Weber, *Privreda i društvo*, Prosveta, Beograd, Sv. I-II, 1976), a na hrvatski jezik prevedeni su Weberovi radovi koji se odnose na metodologijske probleme društvenih znanosti (usp. Max Weber, *Metodologija društvenih nauka*, Globus, Zagreb, 1986).

U knjizi Max Weber, *Vlast i politika* (Jesenski Turk - Hrvatsko sociološko dru-

štvo, Zagreb, 1999.) prevedeni su dijelovi Weberovih tekstova objavljenih posthumno u djelu *Wirtschaft und Gesellschaft* 1921. g. To su radovi o oblicima vlasti, patrimonijalizmu, strankama, naciji i vojnoj disciplini. Weberovo predavanje *Politik als Beruf* (Politika kao profesija) prevedeno je iz djela Max Weber, *Gesammelte politische Schriften* (J.C.B. Mohr - Paul Siebek, Tübingen, 1971.) koje je uređio njegov prijatelj Johannes Winckelmann.

Weber je pisao o brojnim fenomenima kao što su primjerice religija, kultura, pravo, metodologijski problemi znanosti, medicina. No, fenomen vlasti je ipak nedvojbeno bio u središtu vlasti njegova interesa. Weber pritom razvija originalnu teoriju legitimnosti političke vlasti. Naime, on razlikuje tri čista tipa legitimne vlasti: karizmatiku, tradicionalnu i legalnu. Ta tipologija ima, dakako, transpovijesni, transepohalni karakter. Weberova je intencija, dakle, razvijati idealne tipove vlasti koji bi bili primjenjivi za analizu svih poredaka - predmodernih i modernih.¹ Za osiguranje stabilnosti

¹ Usp. npr. Robert Blažević, *Politički poretci i legitimitet*, Pravni fakultet Rijeka, Rijeka, 1995., str. 19. i d.

vlasti nužan je upravni aparat. "Vlast nas ovdje u prvom redu zanima ukoliko je povezana s 'upravom'. Svaka vlast se izražava i funkcionira kao uprava. Svakoj upravi je potrebna vlast jer za vođenje uprave uvijek treba nekome dati u ruke bilo kakvu moć zapovijedanja." (Weber, *ibid.*, str. 57) Upravni aparat, međutim, nije i dovoljan da bi vlast bila stabilna i osigurala svoj kontinuitet u vremenu. Ona mora biti u očima članova političke zajednice legitimna. "Postojanje svake 'vlasti' ... upućeno je u najvećoj mjeri na samoopravdanje apeliranjem na principe njenoga legitimiteta. Postoje tri takva krajnja principa: 'važenje' neke moći zapovijedanja može biti izraženo ili u sistemu ozakonjenih (sporazumno donijetih ili pak oktroiranih) racionalnih pravila ... Tada svakog nositelja moći zapovijedanja legitimira taj sistem racionalnih pravila i njegova moć je legitimna sve dotle dok se vrši u skladu sa spomenutim pravilima. Poslušnost se obavlja u odnosu na pravila, ne u odnosu na osobe. Važenje moći zapovijedanja može se temeljiti i na osobnom autoritetu, a svoj temelj može naći i u svetosti tradicije, dakle u običaju, u onome što je uvijek tako bilo i što propisuje poslušnost prema određenim osobama. Ili upravo obrnuto, u predanosti nečem neobičnom: vjerovanju u karizmu. To znači u aktualno otkrivanje ili dar milosti nekoj osobi, vjeri u spasitelja, proroke i junake svake vrste." (*ibid.*, str. 64).

Webera poglavito zanima legalni (racionalni) tip legitimne vlasti budući da je on karakterističan za suvremenu ustavnu državu. Taj tip vlasti rezultat je relativno dugog povijesnog razvoja. Specifičan je "proizvod" zapadne kulture. Na temelju apstraktnih pravnih pravila, koja su podjednako obvezatna za sve, postupaju organi pravosuđa i upravni aparat.

Ne postoji pokoravanje ličnosti već apstraktnim normama. Birokracija je najčistiji tip legalne (racionalne) vlasti.

U predbirokratskoj epohi dominira, dakako, patrijarhalna vlast. "Od svih predbirokratskih principa struktura, daleko je najvažnija patrijarhalna struktura vlasti. Po svojoj biti ona se ne zasniva na obvezi služenja nekom objektivnom, bezličnom 'cilju', niti se zasniva na pokoravanju apstraktnim normama, nego upravo obrnuto, zasniva se na odnosima strogo osobnog pijeteta. Njen začetak se nalazi u autoritetu poglavara u kućnoj zajednici." (*ibid.*, str. 93). Za taj tip vlast je, dakle, karakterističan osobni autoritet vlastodržca (gospodara) i odnos poštovanja spram njega onih koji su podređeni njegovoj vlasti. Odnosi između gospodara i podčinjenih nisu regulirani apstraktnim pravnim normama kao kod legalne vlasti. Radi se, naime, o strogo osobnoj odanosti. Weber u tekstu "Patrimonijalizam" analizira podtip patrijarhalne vlasti: patrimonijalnu vlast. "Ovaj ćemo poseban slučaj patrijarhalne strukture vlasti: kućnu vlast decentraliziranu tako što sinovi ili drugi zavisni članovi kućanstva dobivaju zemlju, a eventualno i inventar, nazvati 'patrimonijalnom' vlašću" (*ibid.*, str. 99).

Naime, oikos (grč. kuća, dom, gospodarstvo) je s vremenom toliko narastao da je obuhvaćao i zemlje veličine starog Egipta. O patrimonijalizmu, kao obliku tradicionalne vlasti, govori se onda kada dolazi do oblikovanja upravnog aparata koji je podređen vladaru. U patrimonijalnom sistemu sva zemlja je u vlasništvu gospodara i u početku nema diferencijacije između političke vlasti i vlasništva nad zemljom. O patrimonijalnoj državi govori se kada gospodar organizira svoju političku moć u načelu isto onako kao što obnaša svoju kućnu vlast. Zadatak

uprave je osobito podmirivanje osobnih potreba gospodara. "U dužnost svih službenika pored stvarnih upravnih poslova spadalo je i osobno služenje gospodara i poslovi reprezentacije. Nasuprot birokratskoj upravi, ovdje nije bilo profesionalne stručne specijalizacije." (ibid., str. 111).

U takvom tipu vlasti ne postoji kao kod legalne razlikovanje "privatne" i "službene" sfere. "Jer i politička uprava smatra se čisto osobnom stvari gospodara, a posjed i vršenje njegove političke vlasti sastavnim dijelom njegove osobne imovine kojom se može koristiti preko nameta i sporednih prihoda. Na koji način on vrši vlast, posve je predmet njegove slobodne volje, ukoliko ga više ili manje čvrsto ili elastično ne ograničava svetost tradicije koja posvuda zadire." (ibid., str. 113).

U okviru patrimonijalizma Weber diferencira, s obzirom na položaj upravnog aparata, dvije podvrste te vlasti. Jedno je potpuno patrijarhalna struktura uprave. U tom sistemu službenici u potpunosti zavise od gospodara. A regrutiraju se iz redova robova, kmetova, eunuha ili pak iz redova vladarevih ljubimaca. Ne postoji selekcija po stručnosti niti činovnici uživaju staleški ugled. Sva materijalna sredstva uprave održava vlastodržac u vlastitoj režiji. Zbog toga što upravni aparat u potpunosti ovisi od vlastodršca, nema nikakve garancije, osim eventualno svete tradicije, protiv njegove samovolje. Najčistiji tip je sultan-ska vlast. "Jer vjernost patrimonijalnog službenika spram službe nije bezlična odanost stvarima kojima se služi, tj. zadacima koji pravilima ograničavaju stupanj i sadržaj odanosti, nego je to odanost sluge strogo osobno usmjerene na gospodara koja predstavlja sastavni dio njegove u principu univerzalne obveze poštovanja i vjernosti. U carstvima Ger-

mana kralj je i slobodnim službenicima u slučaju neposlušnosti prijetio nemilošću - osljepljivanjem i smrću." (ibid., str. 116). Drugi oblik je staleška struktura. Tu činovnici nisu sluge vladara već nezavisni ljudi koji uživaju društveni ugled zahvaljujući vlastitom položaju. Njima je služba podarena na osnovi privilegije ili koncesije vladara ili su pak oni sami stekli ograničeno pravo na službu na temelju nekog pravnog posla (kupnja, zalog, zakup). Materijalna sredstva uprave su u njihovoj režiji, a ne u režiji vladara.

Weber je predavanje *Politik als Beruf* (Politika kao poziv) držao pred Münchenskim slobodnim studentima revolucionarne 1919. godine. U njemu je propitao bit moderne države. "Moderna se država može naposljetku sociološki definirati samo na osnovi specifičnog sredstva koje joj je kao i svakoj političkoj organizaciji svojstveno: na osnovi primjene fizičke sile." (ibid., str. 162). Dakako, primjena sile nije jedino sredstvo države. No, to je sredstvo za nju specifično. Država je sredstvo legitimnog nasilja, a da bi uopće mogla egzistirati, moraju se članovi političke zajednice podvrći zahtijevanom autoritetu vlastodržaca. "Danas naprotiv moramo reći: država je ona ljudska zajednica koja unutar jednog određenog područja - pojam 'područje' pripada definiciji - za sebe (sa uspjehom) zahtijeva monopol legitimne upotrebe fizičke sile. Jer za suvremenu epohu je specifično upravo to da se svim drugim organizacijama i pojedincima pripisuje pravo na upotrebu fizičke sile samo u onom obimu u kojem to država sa svoje strane dopušta: ona važi kao jedini izvor 'prava' na primjenu sile." (ibid., str. 162).

Webera, dakako, u tom kontekstu zanima odnos politike i etike. On suočava apsolutnog etičara uvjerenja i državnika

koji postupa u skladu s etikom odgovornosti. "Mora nam biti jasno da sve etički orijentirano djelovanje može stajati pod dvije međusobno temeljno različite, nerješivo različite maksime: ono može biti orijentirano prema 'etici uvjerenja' ili 'etici odgovornosti'. Time nije rečeno da je etika uvjerenja identična neodgovornosti, a etika odgovornosti nepostojanju uvjerenja. O tome naravno nema ni govora. No, poput ponora je velika suprotnost koja dijeli djelovanja prema maksimi etike uvjerenja. Ili religiozno rečeno: 'Kršćanin postupa ispravno, a uspjeh prepušta Bogu' ili djelovanje prema maksimi etike odgovornosti: to da čovjek za (predvidive) posljedice svoga djelovanja mora odgovarati. (ibid., str. 205). Za Webera nije bilo dileme. On se ne-

dvosmisleno opredjeljuje za političara koji jasno spoznaje odgovornost za posljedice svojeg djelovanja. "Tko se želi baviti politikom i još k tomu politikom kao pozivom, mora biti svjestan onih etičkih paradoksa i svoje odgovornosti za ono što sam može postati pod njihovim pritiskom." (ibid., str. 210).

Prijevod prethodno navedenih publicističkih radova Maxa Webera pridonijet će boljem poznavanju djela genijalnog² znanstvenika. Za pretpostaviti je da će se u bliskoj budućnosti prevesti i najznačajnije Weberovo djelo *Wirtschaft und Gesellschaft*. Predgovor knjizi "Vlast i politika" napisao je prof. Vjeran Katunarić, a radove su preveli Senka i Ivan Burić.

Robert Blažević

² Usp. Hans Maier et al., *Klasici političkog mišljenja*, Sv. 2. Golden marketing, Zagreb, 1998., str. 306.

V. Fakultetska kronika
(Faculty Chronicle, Fakultätschronik, Cronaca della Facoltà)

Posjeti Fakultetu

Gloria Jean Garland, direktorica programa Central and East European Regional Office (Budimpešta), održala je 18. svibnja 1999. predavanje «Neprofitno pravo».

Prof. Donald P. Kommers, s University of Notre Dame Law School, održao je 21. svibnja 1999. predavanje pod naslovom «Judicial Review».

Druženje i razgovor s prof. dr. R. Eugene Harperom, s Charleston University, West Virginia, o temi «Today's America - Truth and Illusion» održano je 9. lipnja 1999.

Prof. Thomas Simon, s Illinois State University, Fulbrightov stipendist u Sloveniji, boravio je na Fakultetu 10. lipnja 1999. i tom prigodom predavao o temi «Children's Rights v. Children's Harms: International Conventions, the American Law and New Projects in the United States».

Profesor Demian Chalmers, s London School of Economics, održao je 25. studenog 1999. predavanje «Odnos engleskog i europskog prava».

Akademik Lujo Margetić, profesor emeritus, održao je 4. listopada 1999. uvodno predavanje «Uloga pravника u društvu početkom 3. tisućljeća».

Gospodin Matias Hellman, koordinator za Hrvatsku «Outreach Programme Međunarodnog kaznenog suda» (MKS), posjetio je Pravni fakultet 23. veljače 2000. u okviru inicijative MKS da se publikacije ovog suda dostave bibliotekama, arhivima i fakultetima na području Republike Hrvatske.

Od ožujka 2000. g. na Pravnom fakultetu u Rijeci boravila je kao Fulbrightov stipendist Nicole Martin J.D., sa Tullane Law School, New Orleans, Louisiana. U sklopu svog istraživačkog projekta «Freedom of Contract in Transitioning Eastern Europe Legal Systems» Nicole Martin držala je seminar pod istim nazivom za studente IV. godine studija, te u tijeku boravka održala javno predavanje o onečišćenju okoliša, 4. ožujka 2000. g.

Dr. Andrea Bonomi, s Instituta za usporedno pravo u Lausanni, Švicarska, održao je 15. svibnja 2000. g. predavanje s temom «Novi talijanski zakon o međunarodnom privatnom pravu».

Novi doktori znanosti

Mr. sc. Petar Veić obranio je 8. rujna 1999. na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, pred povjerenstvom u sastavu: prof. dr. sc. Mladen Singer i prof. dr. sc. Berislav Pavišić, s Pravnog fakulteta u Rijeci, te prof. dr. sc. Ivan Bele, s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mariboru, doktorsku disertaciju s naslovom «Zakonita uporaba sredstava prisile kao razlog isključenja protupravnosti».

Sudjelovanje na domaćim i međunarodnim znanstvenim skupovima

Prof. dr. sc. Petar Šarčević održao je referat: «Private International Law Aspect of Non Marital Cohabitation and Registered Partnerships» na Fifth European Conference on Family Law: «Civil Law Aspects of Emerging Forms of Registered Partnerships», u organizaciji Vijeća Europe i Ministarstva pravosuđa Nizozemske, u Hagu, 15.-16. ožujka 1999.

Doc. dr. sc. Miomir Matulović izlagao je o temi: «Rawlsov politički liberalizam» na simpoziju «Suvremene filozofske teme» na Filozofskom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, 14. i 15. svibnja 1999.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur sudjelovao je na skupu «Zakon o radu - četiri godine poslije» u Zagrebu, 17. svibnja 1999. izlaganjem: «Hrvatski blok demokratskih sindikata».

Prof. dr. sc. Mladen Montana održao je referat o temi «Bitni aspekti kvalitativnih promjena u sustavu turizma», na međunarodnom znanstvenom skupu «Society and Technology 99», što je u organizaciji Građevinskog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hrvatskog komunikološkog društva «International Informatization Academy» održan u Opatiji, u lipnju 1999.

Doc. dr. sc. Anamari Petranović bila je voditeljcem Međunarodnog znanstvenog skupa «Rimsko pravo i hrvatska pravna povijest», održanog u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci na Pravnom fakultetu 4. i 5. lipnja 1999. te je na istom skupu sudjelovala priopćenjem o temi: «Rimske naznake utuživosti sporazuma».

Dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat podnijela je na međunarodnom znanstvenom skupu «Welfare Reforms for the 21st Century: Agenda for Policy and Research», na European University Institute u Firenzi, Italija, 21. i 22. lipnja 1999. referat «European Welfare State as a Prospective Model for CEECs».

Prof. dr. sc. Nenad Hlača bio je u lipnju 1999. direktor tečaja «Human Rights and Medicine» na Interuniverzitetskom Centru u Dubrovniku.

Doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić održala je predavanje «Protection of Minorities within the United Nations» na ljetnoj školi International Human Rights, u organizaciji UNHCR-a, u Opatiji, 29. srpnja 1999.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević sudjelovao je na sesiji «Institute de droit international», u Berlinu od 17. do 25. kolovoza 1999., a od 27. do 30. kolovoza 1999. na konferenciji «Biomedicine, the Family and Human Rights», u organizaciji International Society of Family Law, u Oxfordu, gdje je održao uvodni govor, otvorio Konferenciju i bio članom znanstvenog komiteta Konferencije.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević održao je na «Troisième Rencontre Coudenhove - Kalergi», u organizaciji Paneurope Suisse, referat: «European Legal Space: Civil Law Aspects», u Gstaadu, Švicarska, 3.-4. rujna 1999.

Prof. dr. sc. Nenad Hlača sudjelovao je kao član Nacionalne delegacije na Generalnoj skupštini CIEC - Commission internationale de l'état civil u Lisabonu, Portugal, od 12. do 19. rujna 1999.

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić izlagao je o temi: «Kaznena odgovornost članova uprava trgovačkih društava» na znanstvenom savjetovanju «Vlasništvo - zaštita vjerovnika - trgovačka društva», što je u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci održano u Poreču 30. rujna - 1. listopada 1999.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević bio je predstavnik Hrvatske u «Special Commission of a diplomatic Character on the Protection of adults», na Hague Conference of Private International Law, u Hagu, od 20. rujna do 2. listopada 1999., a na Konferenciji profesora Međunarodnog privatnog prava, u Lausanni 5. listopada 1999. predstavio knjigu-godišnjak: «Yearbook of Private International Law, Vol. 1».

Dr. sc. Željko Bartulović sudjelovao je 20. listopada 1999. s predavanjem «Iz povijesti Rijeke i Hrvatskog primorja» prigodom obilježavanja 300. obljetnice Gimnazije Požega.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur sudjelovao je na Savjetovanju što je u organizaciji Udruge zdravstva Hrvatske iz Zagreba, održano u Opatiji, 8. i 9. studenog 1999. uvodnim referatom: «Izrada i zaključivanje kolektivnih ugovora za djelatnost zdravstva».

Stručna suradnica Sanja Barić sudjelovala je predavanjem o ulozi ustavnog suda u RH na Konferenciji: Constitutional Justice and Democratic Development in Central Eastern Europe, u Bologni, od 11. do 13. studenog 1999.

Prof. dr. sc. Nenad Hlača bio je uvodničar na tribini «Prava djeteta - kršenje dječjih prava - zlostavljanje djeteta» u Opatiji, 18. studenog 1999.

Doc. dr. sc. Robert Blažević sudjelovao je referatom: «Istarska županija u kontekstu upravno-teritorijalne podjele RH» na znanstvenom skupu «Uprava u demokratskom društvu», u organizaciji Instituta za javnu upravu iz Zagreba, 18. i 19. studenog 1999.

Dr. sc. Željko Bartulović održao je predavanje «Iz povijesti Prve riječke hrvatske gimnazije» prigodom Dana Gimnazije u Mramornoj dvorani Guvernerove palače (Pomorskog i povijesnog muzeja Hrvatskog primorja), 23. studenoga 1999.

Prof. dr. sc. Velinka Grozdanić sudjelovala je kao organizator na XII. redovitom savjetovanju Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu «Posebna pitanja hrvatskog kaznenog zakonodavstva i prakse» i voditelj druge sekcije: «Pravni i stvarni status počinitelja kaznenih djela s duševnim smetnjama» te izlaganjem o temi: «Smanjeno ubrojive osobe prema novoj zakonskoj regulativi», u Opatiji, 7.-10. prosinca 1999.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević bio je jedan od predsjedavajućih na skupu: «Sedmi hrvatski arbitražni dani i pravo na pravično suđenje», 9.-10. prosinca 1999. Na IX Internationales Symposion «National Security and International Criminal Justice» u Berlinu, 17. prosinca 1999. održao je uvodni govor i bio koorganizator Simpozija.

Dr. sc. Željko Bartulović sudjelovao je izlaganjem: «Sušak u odnosima Kraljevine Italije i SHS 1918.-1925.», na I. kongresu hrvatskih povjesničara, u organizaciji Hrvatskog povijesnog društva, 10. prosinca 1999. g. u Zagrebu. 17. prosinca 1999.

izlagao je o temi «Iz povijesti odvjetništva» prigodom otvorenja Odvjetničkog kluba Riječkog odvjetničkog zbora u Rijeci, a 18. prosinca sudjelovao na znanstvenom skupu «Međunarodni položaj grobnštine 1941.», što je u organizaciji Katedre čakavskog sabora Grobnik održan u Kaštelu na Grobniku.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur izlagao je na savjetovanju «Aktualna pitanja ostvarivanja i zaštite prava iz radnih odnosa», u organizaciji Inženjerskog biroa d.d. Zagreb, o temi: «Reguliranje i realiziranje kolektivnih radnih odnosa», u Zagrebu, 10. veljače 2000.

Prof. dr. sc. Susan Šarčević podnijela je jedan od glavnih referata o temi: «Legal translation and translation theory: a receiver-oriented approach» na Međunarodnoj konferenciji «La traduction juridique: Historie, théorie(s) et pratique», održanoj u Ženevi, od 17. do 19. veljače 2000. na Ecole de traduction et d'interprétation de l'Université de Genève. Na istom skupu izlagala je na okruglom stolu o temi «Simultaneous drafting in Canadian legislation».

Stručna suradnica Sanja Barić izlagala je na Okruglom stolu «Zakon o udrugama - *de lege ferenda*», u Rijeci, 2. ožujka 2000.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević sudjelovao je na Konferenciji: «Revitalizing the Institution of Marriage for the 21st Century», u Provo, Utah, SAD, od 9. do 11. ožujka 2000. g., te kao posljednji govornik sumirao rezultate pravnog dijela Konferencije i formulirao zaključke.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur sudjelovao je referatom «Kažnjive radnje - nezakoniti štrajk i pravne posljedice», na savjetovanju «Aktualna pitanja novoga kaznenog zakonodavstva», što je u organizaciji Vrhovnog suda Republike Hrvatske održano u Opatiji 13.-14. ožujka 2000.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević predsjedavao je sastanku Izvršnog odbora International Society of Family Law, na Pravnom fakultetu u Modeni, 18. ožujka 2000.

Stručna suradnica Sanja Barić sudjelovala je na Konferenciji «Mladi i udruživanje» pri Vijeću Europe, u Budimpešti od 26. ožujka do 2. travnja 2000. g.

Dr. sc. Željko Bartulović održao je znanstveno predavanje «Pravna baština Rijeke i Hrvatskog primorja» za profesore mentore i učenike natjecatelje na županijskom takmičenju iz povijesti, u organizaciji Prve riječke hrvatske gimnazije i Zavoda za školstvo u Rijeci, u knjižnici Prve riječke hrvatske gimnazije 31. ožujka 2000.

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić sudjelovao je s referatom na konferenciji «Criminalità organizzata - esperienze a confronto: Unione Europea, America Latina e Paesi in transizione», na Università degli studi di Macerata, 12. travnja 2000. g.

Doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić održala je predavanje «The European and International Legal Instruments» na konferenciji «Programme for Legislative and Policy Consultancy in Education: Education Policy and Minorities», u Jalti, Ukrajina, od 15. do 19. travnja 2000. g.

Dr. sc. Željko Bartulović sudjelovao je u Zagrebu, 15. travnja 2000. predavanjem «Rijeka i Primorje u hrvatskoj povijesti» na «Danu Matice hrvatske Rijeka», a 28.

travnja 2000. izlagao je o temi «Urota Zrinskih i Frankopana», u organizaciji Društva hrvatskih političkih zatvorenika, u Rijeci.

Na Savjetovanju «Vlasništvo - obveze - postupak», što je u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci održano u Poreču 4.-5. svibnja 2000. sudjelovali su nastavnici s Fakulteta: prof. dr. sc. Petar Simonetti, voditelj savjetovanja, izlažući o temi stjecanja prava vlasništva na nekretnini na temelju pravnog posla, prof. dr. sc. Dragutin Ledić o preoblikovanju društava, prof. dr. sc. Aldo Radolović o temi naknade neimovinske štete u teoriji i praksi, prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur o temi «Prava i dužnosti subjekata iz radnog odnosa», dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat o zaštiti temeljnih prava u EU (zaštita prava vlasništva u primarnom i sekundarnom pravu), te mr. sc. Eduard Kunštek o Transnacionalnim pravima građanskog postupka - Nacrt od 1. travnja 1999.

Prof. dr. sc. Velinka Grozdanić sudjelovala je u Opatiji, 8. i 9. svibnja 2000. na međunarodnom znanstvenom simpoziju «Međunarodni kazneni sud za područje bivše Jugoslavije» referatom: «Osobna odgovornost i krivnja prema Statutu Međunarodnog suda za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije».

Doc. dr. sc. Miomir Matulović sudjelovao je izlaganjem: «Rawlsovo *Pravo naroda*» na simpoziju «Suvremene filozofske teme», na Filozofskom fakultetu u Rijeci, 11. i 12. svibnja 2000.

Nastavnici Fakulteta kao gostujući predavači

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić predavao je, u okviru poslijediplomskog studija Fakulteta kriminalističkih nauka u Sarajevu, o temi «Teorijske osnove kriminalistike», te «Važenje kaznenih zakona», u listopadu 1999. g. U ožujku 2000. g. održao je na istom fakultetu predavanje s temom: «Usporedno kazneno pravo» te predavanje o aktualnim pitanjima predistražnog postupka na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Mariboru.

Prof. dr. sc. Velinka Grozdanić održala je u veljači 2000. g. nastavu kao nositelj predmeta «Pravni status neubrojivih u kaznenom pravu», u okviru Poslijediplomskog studija iz Kaznenopravnih znanosti Pravnog fakulteta u Zagrebu.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur predavao je o Kolektivnom pregovaranju i kolektivnim ugovorima u okviru Škole za socijalni dijalog Centra za industrijsku demokraciju, u Stubičkim Toplicama od 16. do 18. ožujka, te u Opatiji od 23. do 25. ožujka 2000.

Prof. dr. sc. Petar Šarčević, predavao je, na poziv dekana Pravnog fakulteta Sveučilišta u Beču, o temi: Staaten Sukzession und Guthaben bei fremden Banken, u Beču, 13. travnja 2000.

Prof. dr. sc. Nenad Hlača održao je u okviru poslijediplomskog studija iz građanskog prava, na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, 12. svibnja 2000. predavanje: «Izvanbračne zajednice žene i muškarca - uređenje homoseksualnih zajednica».

Studijski boravci u inozemstvu

Stručna suradnica Sanja Barić nalazila se od 27. rujna do 5. listopada 1999. na stručnom usavršavanju na području neprofitnog prava u International Center for Not-for-profit Law (ICNL) u Budimpešti.

Znanstveni novak Dionis Jurić sudjelovao je u rujnu 1999. g. na dvotjednom tečaju iz međunarodnog trgovačkog prava u organizaciji COLPI u Budimpešti.

Mr. sc. Eduard Kunštek znanstveno se usavršavao u okviru poslijediplomskog istraživačkog projekta na Asser Institutu u Hagu, od 3. listopada do 24. prosinca 1999., gdje je izradio rad «Exclusivity of ICSID's Jurisdiction».

Predstavljanje knjiga

Knjiga Temelji prava Europske zajednice, u izdanju Biblioteke Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, predstavljena je 6. svibnja 1999. O knjizi su govorili prof. dr. sc. Berislav Pavišić, doc. dr. sc. Vesna Tomljenović i prevoditelj knjige doc. dr. sc. Miomir Matulović.

O knjizi akademika Luje Margetića «Rimsko pravo - Izabrane studije», objavljenoj u Biblioteci Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, govorili su u prigodi njezina predstavljanja 3. lipnja 1999. prof. dr. sc. Antonija Smodlaka-Kotur, prof. dr. sc. Berislav Pavišić i sam autor.

Istoga dana održana je, u organizaciji Zavoda za kaznene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci te Instituta za kazneno pravo i kazneno postupovno pravo Pravnoga fakulteta Sveučilišta u Macerati, promocija knjige «Quae singula non prosunt collecta juvant /= Teorija dokaza indicijima u srednjovjekovnom i suvremenom razdoblju», autorice dr. sc. Isabelle Rosoni, profesorice Pravnog fakulteta Sveučilišta u Macerati. Knjigu u izdanju Giuffrèa iz Milana predstavili su prof. dr. sc. Berislav Pavišić i sama autorica.

Knjigu prof. dr. sc. Vladimira Đure Degana «Međunarodno pravo», objavljenu u okviru izdavačke djelatnosti Biblioteke Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, predstavili su 18. svibnja 2000. g. prof. dr. sc. Berislav Pavišić, doc. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, doc. dr. sc. Miomir Matulović i sam autor.

Donacije knjiga

24. studenog 1999. g. izvršena je predaja darovanih knjiga Riječko-senjske nadbiskupije.

Savjetovanja i seminari u organizaciji Fakulteta

Na Pravnom fakultetu održano je 4. i 5. lipnja 1999. međunarodno savjetovanje «Rimsko pravo i hrvatska pravna povijest». U radu skupa sudjelovali su profesori iz Italije, Slovenije i Hrvatske. Voditeljica savjetovanja bila je doc. dr. sc. Anamari Petranović. Radovi sa savjetovanja objavljeni su u Zborniku Pravnog fakulteta u Rijeci vol. 20 br. 1 (1999.), a dio i u ovom Zborniku.

Od 30. rujna do 1. listopada 1999. održano je u Poreču Savjetovanje «Vlasništvo - zaštita vjerovnika - trgovačka društva». Na Savjetovanju su izlagali vrsni profesori i suci iz Hrvatske. Voditelj Savjetovanja bio je prof. dr. sc. Petar Simonetti, a radovi su objavljeni u Zborniku Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 20 br. 2 (1999.).

Savjetovanje «Vlasništvo - obveze - postupak» održano je u Poreču 4. i 5. svibnja 2000. Voditelj Savjetovanja bio je prof. dr. sc. Petar Simonetti. Radovi su objavljeni u Zborniku Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 21 br. 1 (2000.).

Iz bogate aktivnosti ELSA-e Rijeka izdvajamo...

ELSA Rijeka bila je u srpnju 1999. g. domaćin dvodnevne Nacionalne skupštine ELSA-e Rijeka.

Članovi ELSA-e Rijeka Iva Tuhtan i Ivana Lipković bile su u kolovozu 1999. g. sudionice seminara u Kopenhagenu, Danska, o temi «The Future of the European Union», o čemu su održale i tribinu na Pravnom fakultetu.

Od 16. do 24. listopada 1999. sedam članova ELSA-e Rijeka sudjelovalo je na International Council Meetingu na Malti, a u prosincu 1999. g. članovi Izvršnog borda ELSA-e i dio članova sudjelovali su na Godišnjoj skupštini ELSA-e Hrvatske u Osijeku.

U veljači 2000. članovi ELSA-e Anton Hlača i Iva Tuhtan sudjelovali su na međunarodnom STEP seminaru u Göttingenu, a u ožujku 2000. g. Iva Tuhtan, Maša Šarar i Marjeta Vehovec sudjelovale su na ICM-u u Varšavi.

13. ožujka 2000. održana je na Pravnom fakultetu u Rijeci tribina na temu «Zlostavljano dijete», u suradnji s udrugom «Tić» iz Rijeke te psiholozima s Klinike za dječje bolesti u Zagrebu. Cilj je tribine bio upoznati studente i cjelokupnu javnost s ovim rastućim problemom. Uz posebnu gošću gospođu Lynn Montgomery, kao predavači sudjelovali su prof. dr. sc. Berislav Pavišić, prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, prof. dr. sc. Nenad Hlača, dr. Jasna Jurković Petrušić, prof. Mihaela Rister, prof. Iva Prvčić i dr. Sanjin Kilvain. Posjećenost je bila izuzetno dobra, oko 300 studenata Fakulteta i mnogih stručnjaka s područja prava, medicine i psihologije.

ELSA Rijeka organizirala je u ožujku i travnju 2000. g. dvije posjete, s oko 80 studenata, Hrvatskom državnom saboru i planira nastaviti s takvim posjetama.

Od 2. semestra akademske godine 1999./2000. djeluje na Pravnom fakultetu, uz podršku prodekana za nastavu, obnovljeni Debatni klub pod vodstvom predsjednika ELSA-e Rijeka Davora Pindulića. Nastojanje je da se priprema za Moot Court odvija u suradnji s Debatnim klubom što se tiče retoričkog dijela pripreme studenata.

U travnju i svibnju 2000. započela je djelovanje i radna grupa koja se bavi problematikom Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju (ICTY), pod vodstvom člana ELSA-e Bojana Tomića.

Katarina Datković i Andrea Kišpalko sudjelovale su na okruglom stolu o pravnom ustrojstvu Haaškog tribunala.

U travnju 2000. u suradnji s Pravnim fakultetom ELSA je organizirala gostovanje Davida Tolberta, predstojnika Ureda predstojnice Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju.

International Commercial Arbitration Moot

Tim sastavljen od četvero studenata Fakulteta sudjelovao je na međunarodnom studentskom natjecanju Seventh Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, u Beču, od 17. do 21. travnja 2000. g. Tim su sačinjavali: Siniša Baričević, Tomislava Furčić, Vesna Trifunović i Vladimir Margan. Voditeljica tima doc. dr. sc. Vesna Tomljenović i prof. dr. sc. Petar Šarčević bili su arbitri na istom natjecanju.

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 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 članak mora biti originalan, sažet i kritički prikaz jednog područja ili njegova dijela u kojem autor i sam aktivno sudjeluje. Mora biti istaknuta uloga autora izvornog doprinosa u tom području s obzirom na već publicirane radove, kao i pregled tih radova. Izlaganje sa znanstvenog skupa, prethodno referirano na takvom skupu, mora biti objavljeno u obliku cjelovitog članka, i to samo ako nije prije toga objavljeno u zborniku skupa. Stručni članak sadrži korisne prijedloge iz određene struke i ne mora sadržavati izvorna istraživanja.

Odluku o kategorizaciji pojedinog rada donosi uredništvo na temelju prijedloga dva recenzenta.

Rad će se objaviti jedino temeljem pozitivnih recenzija.

Prihvatanje kategoriziranih članaka za objavljivanje obvezuje autora da isti članak ne smije objaviti na drugomu mjestu bez dopuštenja uredništva časopisa ako je ono članak prihvatilo, a i tad uz podatak o tome gdje je prvi put članak objavljen. Kategorija članka navodi se u zaglavlju članka i u sadržaju sveska. Ostali se prilozi koje časopis objavljuje, ne kategoriziraju.

Radovi predloženi za objavljivanje moraju zadovoljiti sljedeće:

1. Rukopis ne smije biti već objavljen ili u tom cilju upućen drugom časopisu;
2. Naslov mora biti koncizan i istovremeno informativan;
3. U lijevom kutu naslovne stranice rukopisa treba stajati ime i prezime autora te naziv i adresa ustanove u kojoj radi;
4. Uz rukopis je potrebno priložiti objašnjenje o značenju upotrijebljenih kratica i simbola;
5. Tablice moraju biti pregledno i korektno priređene, te uredno opisane (broj, naslov, legenda);
6. Bilješke se posebno prilažu rukopisu;
7. Izvorni znanstveni radovi, prethodna priopćenja, pregledni članci i stručni članci moraju biti opremljeni zaključkom i sažetkom koji ne treba prelaziti 250 riječi i ključnim riječima (2-3 riječi). Sažetkom se na skraćeni način predstavlja sadržaj članka. U sažetku pisanom u trećem liću ukratko se naznačuju rezultati istraživanja prezentirani u članku;
8. Opseg rukopisa koji podliježe kategorizaciji, ograničen je, u pravilu, do 1,5 autorska arka. Šesnaest kartica čini jedan autorski arak (30.000 znakova);
9. Radovi se dostavljaju u tri primjerka, od kojih jedan mora biti original. Uz rad treba priložiti i disketu s naznakom programa u kojem je rad pisan;
10. Rad koji ne odgovara uputama vratit će se autoru.

INFORMATION FOR CONTRIBUTORS

This journal publishes papers subject to review as well as those which are not subject to review. The papers subject to review are categorised as follows:

- * original scientific paper
- * preliminary communication
- * review article
- * conference paper
- * professional paper

An original scientific paper contains yet unpublished results of original research. A preliminary communication contains new research results which demand prompt publication. A review article ought to be an original, concise and critical review of a certain field or its segment in which the author herself actively participates. There must be emphasised the author's original contribution to the field with regard to the works already published. There must also be provided a list of those works. A conference paper, i.e. a written form of a presentation submitted at a conference, must be published as a complete paper, provided that it has not been published as part of the collected papers of the conference. A professional paper contains useful suggestions concerning a certain field and need not involve original research.

The category to be assigned to a certain paper is within the sole discretion of the Editorial Board, which will base its decision on the proposals by two reviewers.

The journal will publish only those papers which received a positive review.

Upon acceptance of her paper for publication by this journal the author undertakes not to cause the paper to be published elsewhere without the permission of the Editorial Board. Should the Editorial Board grant the permission, a repeated publication should contain a notice as to where the paper was originally published.

The category of a paper shall be indicated in the head of the paper and in the journal's table of contents.

Other contributions published by the journal are not subject to categorisation.

Any written work submitted for publication in this journal must satisfy the following conditions:

1. The manuscript should not have been already published or under consideration by another journal.
2. The title should be both concise and informative.
3. The author's name and surname, as well as her employment address should be indicated in the left hand side of the title page.
4. The manuscript should be accompanied by an explanation as to the meaning of the abbreviations and symbols used.
5. Tables must be drawn clearly and correctly, and must be accompanied by appropriate explanations.
6. Notes should be numbered in sequential order, as cited in the text, and should be enclosed on a separate sheet.
7. Original scientific papers, preliminary communications, review articles and professional papers, should be accompanied by a conclusion, summary and key words (2-3 words). A summary should provide a short outline of the contents of a paper. It should be written in the third person singular and should not exceed 250 words in length.
8. The manuscript should be double-spaced and should not exceed 8.000 words, approximately 24 pages in length.
9. A contribution ought to be submitted in three copies, one of which must be the original. The written manuscript must be accompanied by a floppy disk with the indication of the word processor used.
10. Manuscripts which do not comply with the above conditions shall be returned to their authors.

HINWEISE FÜR DIE AUTOREN

Die Zeitschrift veröffentlicht Arbeiten, die rezensiert werden und solche, die keine Rezension erfordern. Die rezensierten Arbeiten werden folgendermaßen kategorisiert:

- * wissenschaftlicher Originalbeitrag
- * vorläufige Mitteilung
- * Übersichtsartikel
- * Referat auf einer wissenschaftlichen Tagung
- * fachlicher Beitrag

Der wissenschaftliche Originalbeitrag enthält bisher unveröffentlichte Resultate originaler Untersuchungen. Die vorläufige Mitteilung enthält neue Resultate wissenschaftlicher Untersuchungen, die eine schnelle Veröffentlichung erfordern. Ein Übersichtsartikel muß eine originale, kurzgefaßte und kritische Darstellung eines Gebiets oder Teilgebiets sein, mit dem sich der Autor selbst aktiv auseinandersetzt. Es muß die Bedeutung des originalen Beitrags des Autors auf diesem Gebiet hinsichtlich schon veröffentlichter Arbeiten hervorgehoben werden. Ein Referat, das auf einer wissenschaftlichen Tagung gehalten wurde, muß in Form eines vollständigen Aufsatzes veröffentlicht werden und zwar nur dann, wenn es vorher noch nicht veröffentlicht worden ist. Der fachliche Beitrag enthält nützliche Vorschläge aus einem bestimmten Fach und muß keine originalen Untersuchungen enthalten.

Die Entscheidung über die Kategorisierung der einzelnen Arbeit fällt die Redaktion auf Vorschlag zweier Rezensenten.

Eine Arbeit wird nur aufgrund einer positiven Rezension veröffentlicht.

Die Annahme des kategorisierten Aufsatzes zur Veröffentlichung verpflichtet den Autor, denselben Aufsatz an keinem anderen Ort ohne Zustimmung der Redaktion zu veröffentlichen, und wenn diese zustimmt, dann mit dem Hinweis auf den Ort der Erstveröffentlichung. Die Kategorie des Aufsatzes wird in seiner Überschrift und im Inhaltsverzeichnis des Heftes angeführt. Die anderen Beiträge, die in der Zeitschrift veröffentlicht werden, werden nicht kategorisiert.

Arbeiten, die zur Veröffentlichung vorgeschlagen werden, müssen folgende Bedingungen erfüllen:

1. Das Manuskript darf noch nicht veröffentlicht oder zu diesem Zweck einer anderen Zeitschrift eingereicht sein.
2. Die Überschrift muß konzis und gleichzeitig informativ sein.
3. In der linken oberen Ecke der Titelseite des Manuskriptes müssen Vorname und Name des Autors angeführt werden sowie Bezeichnung und Adresse seiner Arbeitsstelle.
4. Dem Manuskript muß eine Erklärung der benutzten Abkürzungen und Symbole beigefügt sein.
5. Tabellen müssen übersichtlich und korrekt gegliedert sein (Nummer, Titel, Legende).
6. Anmerkungen werden dem Manuskript besonders beigefügt.
7. Wissenschaftliche Originalbeiträge, vorläufige Mitteilungen, Übersichtsartikel und fachliche Beiträge müssen eine Schlußbetrachtung, eine Zusammenfassung die 250 Wörter nicht übersteigen darf, und Schlüsselwörter (2-3 Schlüsselwörter) haben. In der Zusammenfassung wird kurz der Inhalt des Artikels dargelegt bzw. werden kurz die Ergebnisse der Untersuchung, die in der Arbeit präsentiert werden, aufgezeigt.
8. Der Umfang der Manuskripte, die der Kategorisierung unterliegen, ist begrenzt und zwar bis zu 24 Seiten (30 000 Zeichen).
9. Arbeiten werden in dreifache Ausführung eingereicht, von denen eine das Original sein muß. Der Arbeit ist die Diskette mit der Bezeichnung des Textprozessors beizulegen.
10. Eine Arbeit, die den Hinweisen nicht entspricht, wird dem Autor zurückgegeben.

INFORMAZIONI PER GLI AUTORI

Questa rivista pubblica saggi soggetti a recensione così come quelli che non sono soggetti a recensione. I saggi soggetti a recensione sono classificati nelle seguenti categorie:

- * articolo scientifico originale
- * comunicazione preliminare
- * articolo di rassegna
- * relazione seminariale
- * articolo specialistico

L'articolo scientifico originale contiene i risultati di una ricerca originale non ancora pubblicati. La comunicazione preliminare contiene i risultati di una ricerca nuova che richiede una sollecita pubblicazione. L'articolo di rassegna dovrebbe essere un'originale, concisa e critica rassegna di una determinata materia o settore al quale l'autore partecipa attivamente; dovrebbe essere enfatizzato il contributo originale dell'autore alla materia in relazione alla quale sono già stati pubblicati lavori; dovrebbe altresì essere fornita una lista di tali lavori. La relazione seminariale, cioè lo scritto relativo ad una presentazione ad un incontro scientifico, deve essere pubblicato come saggio completo, purché non sia stato pubblicato come parte della pubblicazione degli atti dell'incontro scientifico. L'articolo specialistico contiene utili proposte relative ad una determinata materia e non bisogna contenga una ricerca originale.

La categoria da assegnare ad un determinato saggio è ad esclusiva discrezione del Comitato di redazione, che fonderà la propria decisione sulle proposte di due recensori.

All'accettazione del suo saggio per la pubblicazione nella presente rivista l'autore si impegna a far sì che il saggio non sia pubblicato in altro luogo senza il permesso del Comitato di redazione. Se il Comitato di redazione dovesse accordare il permesso, la nuova pubblicazione deve contenere l'informazione di dove il saggio è stato originariamente pubblicato.

La categoria di un saggio deve essere indicata nell'intestazione del saggio e nell'indice sommario della rivista.

Gli altri contributi pubblicati dalla rivista non sono soggetti a classificazione.

Ciascun lavoro scritto presentato per la pubblicazione nella presente rivista deve soddisfare le seguenti condizioni:

1. Il manoscritto non deve essere stato precedentemente pubblicato o essere presentato per l'accettazione da parte di un'altra rivista;
2. Il titolo deve essere conciso e informativo insieme;
3. Il nome e il cognome dell'autore, così come la sua posizione professionale, devono essere indicati nel lato sinistro della pagina di intitolazione;
4. Il manoscritto deve essere accompagnato da una spiegazione del significato delle abbreviazioni e dei simboli utilizzati;
5. Le tabelle devono essere elaborate chiaramente e correttamente, e devono essere accompagnate da appropriate spiegazioni;
6. Le note devono essere numerate in ordine sequenziale, come citate nel testo, e devono essere incluse in un foglio separato;
7. Gli articoli scientifici originali, le comunicazioni preliminari, gli articoli di rassegna e gli articoli specialistici dovrebbero essere accompagnati dalla conclusione, il sommario (massimo 250 parole) e le parole chiave (2-3 parole). Il sommario deve prevedere una breve descrizione dei contenuti del saggio. Esso deve essere scritto in terza persona e indicare i risultati presentati nel saggio;
8. Il manoscritto deve essere con doppia interlinea e non deve superare le 8.000 parole per circa 24 pagine;
9. Il contributo deve essere presentato in tre copie, una delle quali deve essere originale. Il manoscritto deve essere accompagnato da un floppy disk con l'indicazione del programma di scrittura utilizzato;
10. I manoscritti che non si attengono alle suddette condizioni sono restituiti ai loro autori.

**ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA
SVEUČILIŠTA U RIJECI**

POZIV NA PRETPLATU

Iz sadržaja **Zbornika vol. 21 broj 2 (2000.)**:

I. Prilozi za Savjetovanje: "Vlasništvo - obveze - postupak" (Poreč, 4.-5. svibnja 2000.):

Mihajlo Dika, Ovrha na pokretninama radi naplate novčane tražbine; **Petar Simonetti**, Stjecanje prava vlasništva na nekretnini na temelju pravnog posla; **Igor Gliha**, Korištenje autorskih djela; **Tatjana Josipović**, Usklađivanje zemljišnoknjižnog s izvanknjižnim pravnim stanjem nekretnine; **Dragutin Ledić**, Preoblikovanje društava; **Vlado Belaj**, Upravljanje i održavanje nekretnina u etažnom vlasništvu (uvid u praksu); **Aldo Radolović**, Naknada neimovinske štete u teoriji i praksi; **Marinko Đ. Učur**, Prava i obveze subjekata iz radnog odnosa; **Zvonimir Slakoper**, Pravni odnos između akreditivne i druge banke u akreditivnom poslu; **Jozo Čizmić**, Novo hrvatsko žigovno pravo; **Olga Jelčić**, Zaštita prava vlasništva; **Eduard Kunštek**, Transnacionalna pravila građanskog postupka - Nacrt od 1. travnja 1999. godine; **Jasna Brežanski**, Naknada materijalne štete u slučaju smrti, tjelesne povrede i oštećenja zdravlja; **Maja Bukovac**, Uporaba mjenice u međunarodnom dokumentarnom akreditivu. **II. Pravna praksa: Ivan Padjen**, Ustav i sveučilište: Prijedlozi Hrvatskoga pravnog centra u svjetlu Odluke Ustavnog suda od 26.1.2000.

PRETPLATITE SE I UŠTEDITE 20%!



Naručujem/o ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

• po pretplatničkoj cijeni od **180,00 kn**:

- Vol. 19 br. 1 i br. 2 (1998.): _____ primjeraka
- Vol. 20 br. 1 i br. 2 (1999.): _____ primjeraka
- Vol. 21 br. 1 i br. 2 (2000.): _____ primjeraka

• po pretplatničkoj cijeni od **260,00 kn**:

- Vol. 19 br. 1, br. 2 i Supplement (1998.): _____ primjeraka

• pojedini broj po cijeni od **110,00 kn** (bez popusta):

- Vol. 19 br. 1: _____ primjeraka
- Vol. 19 br. 2: _____ primjeraka
- Vol. 19 Suppl.: _____ primjeraka
- Vol. 20 br. 1: _____ primjeraka
- Vol. 20 br. 2: _____ primjeraka
- Vol. 21 br. 1: _____ primjeraka
- Vol. 21 br. 2: _____ primjeraka

Ime i prezime/Poduzeće/ Ustanova:

Sjedište, adresa, telefon, fax:

U _____, _____ 2000. 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: doc. 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 savjetovanja, komentari i prijevodi strane pravne literature.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

Udžbenici:

- Berislav Pavišić, Duško Modly i suradnici, *Kriminalistika* (rasprodano)
- Berislav Pavišić, *Kriminalistika. 1. Uvod* (unutarnja cijena: 40.00 kn; vanjska cijena: 50.00 kn)
- Lujo Margetić, *Povijest prava i države* (unutarnja cijena: 100.00 kn; vanjska cijena: 140.00 kn)
- Lujo Margetić, *Rimsko pravo* (unutarnja cijena: 150.00 kn; vanjska cijena: 175.00 kn)
- Berislav Pavišić i Duško Modly, *Kriminalistika* (meki uvez - unutarnja cijena: 123.00 kn; vanjska cijena 173.00 kn; tvrdi uvez - unutarnja cijena: 200.00 kn; vanjska cijena: 200.00 kn)
- V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo* (unutarnja cijena: 250.00; vanjska cijena: 450.00 kn)

Monografije:

- Robert Blažević, *Politički poretci i legitimitet* (unutarnja cijena: 40.00 kn; vanjska cijena: 50.00 kn)
- Lujo Margetić, *Istra i Kvarner. Izbor studija* (unutarnja cijena: 50.00 kn; vanjska cijena: 70.00 kn)
- Marinko Učur, *Pomorsko radno pravo* (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* (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* (unutarnja cijena: 60.00 kn; vanjska cijena: 70.00 kn)
- Boris Banovac, *Društvena pripadnost, identitet, teritorij* (unutarnja cijena: 50.00 kn; vanjska cijena: 70.00 kn)
- Lujo Margetić, *Rimsko pravo. Izbor studija* (unutarnja cijena: 50.00 kn; vanjska cijena: 70.00 kn)
- Milovan Jovanović, *Kapitalizam iznutra* (unutarnja cijena: 80.00 kn; vanjska cijena: 100.00 kn)

Godišnja predavanja:

- Lujo Margetić, *Rimsko pravo kao europski pravni fenomen i hrvatska pravna povijest* (unutarnja cijena: 20.00 kn; vanjska cijena: 20.00 kn)

Zbornici sa savjetovanja:

- Vinko Hlača (priredio), *Pomorsko dobro i koncesije* (rasprodano)
- Vinko Hlača (priredio), *Pomorsko dobro. Društveni aspekti upotrebe i korištenja* (rasprodano)

Komentari:

- Željko Horvatić, Milan Batinica, Ante Škorić, Borislav Blažević, Ivica Crnić i Petar Veić, *Komentar Zakona o prekršajima* (rasprodano)
- Berislav Pavišić i Velinka Grozdanić, *Komentar Osnovnoga krivičnog zakona Republike Hrvatske* (rasprodano)
- Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o sigurnosti prometa na cestama* (rasprodano)
- Vinko Hlača i Gordan Stanković, *Pravo zaštite morskog okoliša. Priručnik odabranih propisa* (unutarnja cijena: 50.00 kn; vanjska cijena: 70.00 kn)

Prijevodi:

- Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi* (besplatno izdanje)
- T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice* (besplatno izdanje)
- R.L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje* (besplatno izdanje)

Nakladnik **PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI**

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel./fax: 051/675-121

Dekanat tel.: 051/675-596 fax: 051/675-113

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

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 2000. godini za Vol. 21., br. 1 i 2
(prema abecednom redu)

Dr. sc. Ivo Andrijanić - Zagreb
Dr. sc. Elvio Baccarini - Rijeka
Dr. sc. Boris Banovac - Rijeka
Dr. sc. Jakša Barbić - Zagreb
Dr. sc. Ivan Bele - Ljubljana
Dr. sc. Ivo Borković - Split
Dr. sc. Rudolf Capar - Rijeka
Dr. sc. Vesna Crnić-Grotić - Rijeka
Dr. sc. Antun Cvitanić - Split
Dr. sc. Edita Čulinović-Herc - Rijeka
Dr. sc. Vladimir Đuro Degan - Zagreb
Dr. sc. Mihajlo Dika - Zagreb
Dr. sc. Mirjana Dragičević - Zagreb
Dr. sc. Velimir Filipović - Zagreb
Dr. sc. Vojmir Franičević - Zagreb
Dr. sc. Nikola Gavella - Zagreb
Dr. sc. Glauco Giostra - Macerata/I
Dr. sc. Vilim Gorenc - Zagreb
Dr. sc. Ivo Grbin - Zagreb
Dr. sc. Velinka Grozdanić - Rijeka
Dr. sc. Ivan Heneberg - Zagreb
Dr. sc. Nenad Hlača - Rijeka
Dr. sc. Željko Horvatić - Zagreb
Dr. sc. Šime Ivanjko - Maribor
Dr. sc. Srećko Jelinić - Osijek
Dr. sc. Blanka Kesić - Rijeka
Dr. sc. Petar Klarić - Zagreb
Dr. sc. Polonca Končar - Ljubljana
Dr. sc. Aleksandra Korać - Zagreb
Dr. sc. Dragica Kozarić-Kovačić - Zagreb
Dr. sc. Irma Kovčo - Zagreb
Dr. sc. Janez Kranjč - Ljubljana
Dr. sc. Dragutin Leđić - Rijeka
Akademik Lujo Margetić - Rijeka
Dr. sc. Ljiljana Maurović - Pula
Dr. sc. Nenad Mišćević - Rijeka
Dr. sc. Deša Mlikotin-Tomić - Zagreb
Dr. sc. Mladen Montana - Rijeka
Dr. sc. Mitja Novak - Maribor
Dr. sc. Petar Novoselec - Rijeka
Dr. sc. Zoran Parać - Zagreb
Dr. sc. Berislav Pavišić - Rijeka
Dr. sc. Anamari Petranović - Rijeka
Dr. sc. Silvija Petrić - Split
Dr. sc. Aldo Radolović - Rijeka
Dr. sc. Vesna Radovčić - Rijeka
Dr. sc. Siniša Rodin - Zagreb
Dr. sc. Vladimir Simić - Ljubljana
Dr. sc. Petar Simonetti - Rijeka
Dr. sc. Mladen Singer - Zagreb
Dr. sc. Antonija Smodlaka Kotur - Split
Dr. sc. Zlatan Štipković - Zagreb
Dr. sc. Marko Štufanić - Rijeka
Dr. sc. Vesna Tomljenović - Rijeka
Akademik Siniša Triva - Zagreb
Dr. sc. Tanja Tumbri - Zagreb
Dr. sc. Alan Uzelac - Zagreb
Dr. sc. Maja Vehovec - Rijeka
Dr. sc. Nikola Visković - Split
Dr. sc. Ivo Žuvela - Rijeka

I. Članci:

Mijo Biličić, Igor Vio,

Maritime Occupation and Safety

Isabella Rosoni,

Aspetti logici della teoria della prova indizi

Miomir Matulović,

Rawlsov *Politički liberalizam*

Vjekoslav Miličić,

Čudoredno-deontološka i pravna načela u medicinskoj informatici

Dragutin Ledić,

Povezana društva i zaštita tržišnog natjecanja

Ljiljana Mikšaj-Todorović, Zvonimir Dujmović, Dubravka Hajduk-Džaja,

Razlika između alkoholičara počinitelja krvnih i imovinskih delikata s obzirom na preporučenu sigurnosnu mjeru obveznog liječenja od ovisnosti

Maja Vehovec,

Preferencije na tržištu rada i društvena odgovornost poduzeća

Anita Kurtović, Ivana Petrić,

Kazneno djelo usmrćenja na zahtjev i eutanazija

Dieter Dörr,

Das Wettbewerbsrecht des EGV

Katherine Shaw Spaht,

Louisiana's Covenant Marriage: A Thoroughly European Idea

Thomas W. Simon,

United Nations Convention on the Wrongs to the Child

Vid Jakulin,

Odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja v Sloveniji

Ljiljana Maurović,

Zaštita manjinskih dioničara u postupku preuzimanja dioničkih društava prema hrvatskom pravu i pravu EU

Nada Bodiroga-Vukobrat,

Proširenje Europske unije

Dijana Gracin,

Kazne i kažnjavanje u europskom zakonodavstvu od prosvjetiteljskog razdoblja do konca XIX. stoljeća s posebnim osvrtom na kaznu lišenja slobode

Ivica Kinder, Sven J. Reinold,

Isključenje od kaznenoga progona pripadnika SFOR-a u Republici Hrvatskoj

Sanja Barić,

The Philosophical Concepts of Equality

Velinka Grozdanić,

Pravni status maloljetnih počinitelja kaznenih djela u novom hrvatskom zakonodavstvu

**II. Radovi izloženi na savjetovanju "Rimsko pravo i hrvatska pravna povijest"
(Rijeka, 4.-5. lipnja 1999.) koji nisu objavljeni u Zborniku Vol. 20 br. 1:**

Sebastiano Tafaro,

Diritto, uomini, persona

Maria Luisa De Filippi,

Le persone exceptae dal divieto di donazioni della Lex Cincia de donis et muneribus

Anita Vittoria Nettis,

Le attività economiche delle liberte

Darko Darovec,

Vpliv rimskega prava na razvoj srednjeveškega notariata v Istri in Dalmaciji

III. Pravna praksa:

Berislav Pavišić,

Osvrt na praksu: Kazneni zakon - članci 173. stavak 1. i 272.