

UDK 34 + 3

ISSN 0351-2290

ZBORNİK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

GODINA 13

Zbornik PFR 13, str. 1-241, Rijeka 1992.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA
U RIJECI

ISSN 0351-2290

ZBORNİK

PRAVNOG

FAKULTETA

SVEUČILIŠTA

U RIJECI

GODINA 13

RIJEKA 1992.

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI
COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY IN
RIJEKA
RECUEIL DES TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ
DE RIJEKA
RACOLTA DI SCRITTI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'
'UNIVERSITÀ DI RIJEKA
GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN
FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT IN RIJEKA

izdaje:

PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI

uredništvo:

prof. dr. Vinko HLAČA, doc. dr. Nenad HLAČA, mr. Sonja ZUBČIĆ,
mr. Gordan STANKOVIĆ, mr. Miomir MATULOVIĆ

glavni i odgovorni urednik:

Doc. dr. Nenad HLAČA

lektor:

Mr. Diana STOLAC

prevodilac sažetaka:

Mr. Dinko VITEZIĆ

Adresa uredništva:

Rijeka, Ulica Hahlić 6

Časopis izlazi jedanput na godinu

Priprema: Zoran HERC *dipl. ing.*

Tisak: "Riječka tiskara" Rijeka

Uredništvo zahvaljuje na potpori:

"CROATIA" osiguranje D.D.

Filijala za osiguranje transporta i kredita Rijeka

"CROATIA" osiguranje D.D.

Filijala za osiguranje imovine i osoba Rijeka

"TRANSADRIA" D.D.

Međunarodna špedicija P.O. Rijeka

UVODNA RIJEČ DEKANA

Ovogodišnji Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci izlazi iz tiska u akademskoj godini 1992/93. čijim istekom će biti označeno dvadesetogodišnje djelovanje Pravnog fakulteta kao visokoškolske i znanstvene ustanove riječkog Sveučilišta. Osnivanje i djelovanje Fakulteta započelo je u jednom vremenu kada su Hrvatskom primorju, Istri, Gorskom kotaru, Lici i otocima na Sjevernom Jadranu, u njihovom razvoju i društvenom životu, nasušna potreba bili pravnici kojima je omogućen studij u Rijeci. Od osnivanja Fakulteta do danas diplomiralo je na Pravnom fakultetu u Rijeci 1209 studenata, koji su zaposleni u pravosuđu, odvjetništvu, upravnim organima, društvenim djelatnostima i poduzećima.

Nastavnici i profesori na Fakultetu bili su istaknuti znanstvenici, društveni i javni radnici, koji su u zvanju sveučilišnog profesora ostvarivali najviše domete pravne profesije. Spomenuti, primjerice najistaknutije među njima, Luju Margetića akademika HAZU, Petra Šarčevića ambasadora Republike Hrvatske u Sjedinjenim Američkim Državama, Smiljka Sokola ministra u vladi Republike Hrvatske, Željka Horvatića dekana zagrebačkog Pravnog fakulteta, ne znači umanjivati vrijednosti svih ostalih nastavnika, nego samo naznačiti one koji su primjer za mlade. A ti su mladi po uzoru na starije bili također autori znanstvenih i stručnih radova, koji se objavljuju na stranicama Zbornika Pravnog fakulteta u Rijeci.

Zbornici Pravnog fakulteta izlazili su svake godine i s ovogodišnjim Zbornikom tiskano je 13 brojeva. Zadnji, dvanaesti svezak kategoriziran je kao primarni znanstveni časopis u registru Ministarstva znanosti, tehnologije i informatike Republike Hrvatske koje financijski pomaže izdavanje takvih časopisa. No, bez pomoći riječkih privrednih organizacija, naročito pomorskih, naš Zbornik ne bi mogao izlaziti. To se posebno odnosi na ovogodišnji, trinaesti svezak, čije su tiskanje omogućili svojim doprinosom, snoseći enormne troškove izdavanja Zbornika, sponzori "CROATIA" osiguranje d.d. Filijala za osiguranje transporta i kredita, Rijeka, "CROATIA" osiguranje d.d. Filijala za osiguranje imovine i osoba, Rijeka i "TRANSADRLA", Međunarodna špedicija p.o., Rijeka. Za to im se i ovom prilikom najtoplije zahvaljujemo.

Sadržaj Zbornika 13, govori o bogatstvu znanstvenih područja i interesa, koji zaokupljaju autore čiji su radovi objavljeni u Zborniku. Ali ono što je od posebne važnosti za Fakultet u aktualnom trenutku, to je i angažiranje njegovih nastavnika u donošenju novih zakona Republike Hrvatske i stvaranju hrvatskog pravnog sustava kroz novo zakonodavstvo. To primjerice potvrđuju radovi: Pravo zaštite potrošača - zasebna grana novog pravnog sustava Hrvatske, Carinsko i vanjskotrgovačko pravo, Brodogradnja u novom hrvatskom zakonodavstvu, Pomorski agent u zakonodavstvu Hrvatske, Izbjegavanje javnih davanja. Sadržaj idućeg Zbornika zasigurno će obuhvatiti aktualne teme iz zakona na čijem će donošenju i izradi sudjelovati i Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci surađujući s Ministarstvom pravosuđa i uprave Republike Hrvatske.

Dekan Pravnog fakulteta u Rijeci

Prof. dr. Vinko Hlača

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA
U RIJECI, GODINA 13 RIJEKA 1992.

SADRŽAJ

Željko BARTULOVIĆ, Ugovorna kazna prema Vinodolskom zakonu te Krčkom i Senjskom statutu	1-12
Vojko BORČIĆ, Pomorski agent u zakonodavstvu Hrvatske	13-23
Vesna CRNIĆ-GROTIĆ, Obveza poštivanja predmeta i cilja ugovora prije njegovog stupanja na snagu	25-45
Edita ČULINOVIĆ-HERC, Vrijeme izvršenja novčane obveze kod elektroničkog transfera novca u međunarodnim poslovnim transakcijama	47-76
Velinka GROZDANIĆ, Opasnost duševno abnormalnog delikventa	77-98
Vinko HLAČA, Brodogradnja u novom hrvatskom zakonodavstvu	99-121
Ladislav HORVAT, Izbjegavanje javnih davanja	123-144
Dragutin LEDIĆ, Pravo zaštite potrošača - zasebna grana prava novog pravnog sustava Hrvatske	145-169
Pavle SIMIĆ, Carinsko pravo i pravo vanjske trgovine	171-185
Marinko Đ. UČUR, Specifičnosti radnopravnog i socijalno-pravnog položaja svjetioničara	187-209
Sonja ZUBČIĆ, Poredbenopravni aspekt nedopuštene osnove	211-228

PRIKAZI

Smiljko SOKOL - Branko SMERDEL, Ustavno pravo (Nado Grubić)	231
E. - I. A. DAES, Liberté de l'individu en droit. Etudes des devoirs de l'individu envers la communauté et liminations des droits et libertés de l'homme en vertu de l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (Miomir Matulović)	237

COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY
OF THE UNIVERSITY IN RIJEKA, 13, 1992.

SUMMARIES

Željko BARTULOVIĆ, Penalty charges according to Vinodol law and the Statute of Krk and Senj	12
Vojko BORČIĆ, The shipbroker in the Croatian legislation	23
Vesna CRNIĆ-GROTIĆ, The liability of obeying the object and purpose of the Treaty before its coming into force	45
Edita ČULINOVIĆ-HERC, Time of payment of monetary obligation through electronic money transfer in international commercial transactions	76
Velinka GROZDANIĆ, Danger of mentally deranged delinquents	98
Vinko HLAČA, Shipbuilding industry in the new Croatian legislation	121
Ladislav HORVAT, The evasion of public payments.	144
Dragutin LEDIĆ, Consumer protection law - a separate branch of the new Croatian legal system	169
Pavle SIMIĆ, Customs law and foreign trade law	185
Marinko Đ. UČUR, Specific features of labour and social relations of the lighthouse keeper	209
Sonja ZUBČIĆ, Comparative law aspect of illicit motive	228

UGOVORNA KAZNA PREMA VINODOLSKOM ZAKONU TE KRČKOM I SENJSKOM STATUTU

Mr. ŽELJKO BARTULOVIĆ, asistent
Pravni fakultet u Rijeci

UDK 347.412.8(091)
Stručni rad
Ur.: 24.11.1992

U ovom se radu autor bavi problemom tumačenja čl. 14 Vinodolskog zakona iz 1288. god., gdje pristaje uz stav da je riječ o zabrani utvrđivanja ugovornih kazni, osim u ugovorima o arbitraži te u slučajevima kada kaznu utvrđuje knez. Nasuprot tome Krčki statut iz 1388. god. (Glava o ispravi) utvrđuje kaznu kao sastavni element svakog ugovora. Senjski statut iz 1388. god. ne sadrži propise o ugovornoj kazni, ali nju susrećemo u sačuvanim ispravama. Zabrana u Vinodolu rezlutat je straha od prikrivenog ugovaranja kamata dok u trgovački i ekonomski razvijenijem Krku i Senju ona postaje stvarnost koju odobrava i javna vlast jer sudjeluje u njenoj diobi. Autor smatra da pri uvođenju ugovorne kazne na Krku moramo tražiti kako bizantske tako i mletačke utjecaje.

Vinodolski zakon iz 1288. god. te Senjski i Krčki statut iz 1388. god. povezuje ne samo zemljopisno susjedstvo područja na kojima su navedeni propisi važili već i okolnost da su se ti krajevi u tom periodu nalazili u vlasti znamenite i značajne hrvatske obitelji krčkih knezova, poznatih i kao Frankapana.

Probem je jesu li krčki knezovi, gospodarski te razni drugi kontakti utjecali na stvaranje jedinstvenih pravnih rješenja ili se i dalje održalo šarenilo propisa. U radu ćemo obraditi pitanje ugovorne kazne, vidjeti da je ono različito riješeno za svako područje te pokušati ustanoviti odakle potječu razlike i koji su sve utjecaji postojali u navedenu prostoru. Usporedba drugih propisa i rješenja, naročito imovinskog prava, bit će predmet jednog opsežnijeg rada.

Ugovorna kazna ili penal jest ugovorom unaprijed određena svota novca ili druga imovinska korist koju se dužnik obvezuje isplatiti odnosno prepustiti vjerovniku ako ne ispuni svoju obvezu ili zakasni s njezinim ispunjenjem. Za slučaj neispunjenja obveze zahtjev je alternativan (vjerovnik može tražiti ili ispunjenje obveze ili isplatu ugovorne kazne), a za zakašnjenje kumulativan s ispunjenjem glavne obveze (vjerovnik može tražiti i ispunjenje obveze i isplatu ugovorne kazne). Danas je funkcija ugovorne kazne pojačanje obveznog odnosa. U slučaju zakašnjenja ili neispunjenja obveze stranka će biti oštećena, a kako se šteta neki put teško dokazuje, moguće je ugovornom kaznom unaprijed odrediti iznos naknade štete.¹

Vinodolski zakon u čl. 14. spominje ugovornu kaznu:

*"Ošće: niedni zavezi od ke godi riči
ne mogu se prvič meju kimi godi ludi knežstva
zavezati ili zagovor položiti općinski
vola navlašni, onoga zaveza pol gre općini a pol
gospodi onoga grada gdi bude to učineno."*

*(I nadalje, nikakve ugovorne kazne o bilo kojoj stvari
ne mogu se neposredno među bilo kojim ljudima knežstva
postaviti ili utvrditi opća
ili posebna obveza (u protivnom) polovica te ugovorne kazne
pripada općini, a polovica
gospodi onoga grada, gdje je to bilo učinjeno.)²*

Navedeni član izazvao je veliki interes znanstvenika koji su ga nastojali protumačiti.

Th. Leontović (Drevnee horvato-dalmatskoe zakonodatel'stvo, 1868. god.) smatrao je da je riječ o "sudskim kaznama, koje nisu određene zakonom, nego suglasnošću stranaka i suca."³

Dr. Vatroslav Jagić (u djelu Zakon' vinodol'skij, 1880. god.) drži da je "zavez" obveza ili ugovorna kazna te da privatne osobe ne mogu stupati u ugovorne odnose bez dozvole javne vlasti, ali nije mu bilo jasno

¹ (1) VEDRIŠ, Martin i KLARIĆ, D. Petar, Osnove imovinskog prava, Zagreb 1984, str.326-327.

² Tekst i prijevod Vinodolskog zakona prema MARGETIĆ, Lujo, *Iz vinodolske prošlosti*, Pravni izvori i rasprave, Rijeka 1980, str.122.

³ MARGETIĆ, Lujo, *Ususret 700. obljetnici Vinodolskog zakona*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 8, Rijeka 1987, str.12, prema LEONTOVIĆ, Th., *Drevnee horvato-dalmatskoe zakonodatel'stvo*, Zapiski imp. novoros. universiteta, Odesa 1868.

zašto u tekstu ne stoji "bez kneževe volje". Konstatirao je da odredba slične tendencije postoji i u Krčkom statutu.⁴

Jules Preux se 1897. god. (u posebnom djelu "*La loi du Vinodol*") protivi tumačenju dr. Jagića i tvrdi da je "zagovor općinski" zabrana generalne hipoteke, a "zagovor navlašni" zabrana specijalnog zaloga. Uz pomoć dr. Baltazara Bogišića objasnio je propis kao kneževu zabranu globa i kazni koju bi uglavila općina ili privatne osobe.⁵

Iste godine dr. Milivoj Maurović (u priopćenju "*La loi du Vinodol traduite et annotée par Jules Preux*") osvrćući se na Preuxovo izdanje konstatira da Bogišićevo i Preuxovo mišljenje nije najprihvatljivije i dodaje da "za sada ne možemo ustanoviti smisla čl. XIV.", ali da nema značenje obveze u širem smislu već u nekom užem.⁶

Vladimir Mažuranić ("Prinosi za hrvatski pravno-povijesni riječnik", pojam "navlaštan") smisao propisa vidi u želji kneza da zadrži za sebe dio kazni i globa: "knez hoće za sve zaveze, zaroke, da ih tad uzmogne barem u polovici za se pobrati". Riječ "prvič" prevodi kao načelo (*principaliter*) da ugovorna kazna ne smije u cijelosti pripasti strankama.⁷

Dr. Marko Kostrenčić u svom radu "Vinodolski zakon" 1923. god. razrađuje tu misao i drži da je riječ o zabrani takve neposredne konvencionalne kazne kod koje čitav iznos ide strankama jer polovica treba ići knezovima. Odredba s istim smislom sadržana je i u Krčkom statutu.⁸

Dr. Miho Barada ("Hrvatski vlasteoski feudalizam po Vinodolskom zakonu", 1953. god.) smatra da je zavez "kondiciona kazna", novčana, unaprijed utvrđena kazna", a zavez se u prvom redu (prvič) ne može sklopiti između bilo kojih ljudi kneštva.⁹ Njegovo stajalište podržava i dr. Nada Klaić ("Izvori za hrvatsku povijest do 1526. god.", 1972. god.).¹⁰

Dr. Lujo Margetić 1980. god. ("Iz vinodolske prošlosti, Pravni izvori i rasprave") ne analizira taj član u svezi s ovim pitanjem

⁴ loc. cit., prema JAGIĆ, Vatroslav, Zakon' Vinodol'skij, S. Petersburg 1880.

⁵ PREUX, Jules, *La loi du Vinodol*, Paris 1897, str.603-604.

⁶ MAUROVIĆ, Milivoj, *Vinodolski zakon*, Mjesečnik Pravničkog društva, 8, XXIII, Zagreb 1897, str.482.

⁷ MAŽURANIĆ, Vladimir, *Prinosi za hrvatski pravno-povijesni rječnik*, Zagreb, JAZU, 1908-1922 (pretisak 1975. god.),str.726.

⁸ KOSTRENČIĆ, Marko, *Vinodolski zakon*, Rad JAZU, 227, Zagreb 1923, str.180-181.

⁹ BARADA, Miho, *Hrvatski vlasteoski feudalizam po Vinodolskom zakonu*, Djela JAZU, 44, Zagreb 1952, str.82 i 104-105.

¹⁰ KLAJĆ, Nada, *Izvori za hrvatsku povijest do 1526. god.*, Zagreb 1972, str.159-161.

(obveznopравnim) već se bavi društvenim aspektima. "Zagovor" je obaveza, a "prvič" neposredno.¹¹ Međutim 1987. god. ("Ususret 700. obljetnici Vinodolskog zakona") dr. Margetić preispituje svoj stav prema odredbi i kritizira dosadašnja tumačenja smatrajući da znanstvenici nisu sasvim točno pronašli smisao odredbe i da su često mijenjali, ili čak ispuštali, onaj dio teksta koji nisu razumjeli, odnosno koji nije odgovarao njihovoj prijevodu. On smatra da je riječ o zabrani ugovorne kazne (zaveza). Naročitu pažnju posvetio je riječi "prvič" smatrajući da bi ona mogla biti ključ koji će otvoriti vrata pravog rješenja problema.¹²

"Zavezi" su zabranjeni jedino kada se utvrđuju "prvič". Svi dosadašnji pokušaji tumačenja riječi "prvič" bili su bezuspješni jer je član gubio svoj smisao. Dr. Margetić traži sličnu odredbu u nekom drugom statutu, kako bi nas ona uputila na točan prijevod i objašnjenje te ju nalazi u Tršćanskom statutu iz 1350. god. (lib. III., cap. 37):

"(...) si aliqua questio erit coram dominio Tergesti de aliqua pena contenta in aliquo instrumento vel scriptura alia, inter aliquam personam petentem dictam penam et aliam personam se defendentem, tunc dominium Tergesti dare debeat terminum ad solvendum dictam penam, et in eius discretionem remaneat usque ad quinquaginta vel quadraginta annos vel ad centum ab inde superius, et ita (ut) ex antiqua consuetudine solet dari ut dicte pene potius non exigantur quam exigantur."

(Ako bude neki spor pred tršćanskom vlašću o nekoj kazni, sadržanoj u nekoj javnoj ispravi ili u drugom pismenu, između neke osobe koja zahtijeva rečenu kaznu i druge osobe koja se brani, tada tršćanska vlast treba dati rok za ispunjenje rečene kazne pa ostaje prema njenoj procjeni do 50 ili 40 godina ili do sto pa i više i tako se treba odrediti prema starom pravnom običaju da se rečene kazne više ne istjeruju nego istjeruju.)¹³

Tršćanski statut poznaje i priznaje ugovornu kaznu, ali se to u praksi pretvara u njeno negiranje. Svi oni koji postavljaju zahtjev na temelju ugovorne kazne neće ga moći ostvariti premda će im teoretski biti udovoljeno. Još eksplicitniju negaciju ugovorne kazne nalazimo u Statutu Trsta od 1421. god. (lib. II., cap. 33), prema kojemu se ugovorna kazna više uopće ne priznaje:

¹¹ MARGETIĆ, *Iz vinodolske*, str.122-123 i 153-159.

¹² id., *Ususret*, str.12-19.

¹³ Tekst Statuta prema DE SZOMBATHELY, Marino, *Statuti di Trieste del 1350*, Trieste 1930, str.340-341.

"(...) generaliter volumus quod in iudicio tergestano de nulla poena conventionali inter petentem et defendentem debeat ius aliquod reddi."

(Uopće hoćemo da se na tršćanskom sudu ne treba priznavati bilo kakvo pravo u vezi s konvencionalnom kaznom između onoga koji zahtijeva i onoga koji se brani.)¹⁴

Riječki statut iz 1530. god. preuzeo je najveći dio propisa Tršćanskog statuta iz 1421. god. pa tako i gornju odredbu (lib. II., cap. 28):

"Idem volumus de poena conventionali inter partes tam in iudicio, quam extra, inter petentem, et defendentem non debere aliquod jus reddi."

"(Hoćemo da se između onoga koji zahtijeva i onoga koji se brani ne treba priznati bilo kakvo pravo u vezi s konvencionalnom kaznom među strankama bilo na sudu bilo izvan.)"¹⁵

Riječki statut ne priznaje ugovornu kaznu ni u izvansudskim odnosima. Stranka koja bi platila ugovornu kaznu mogla bi kondikcijom tražiti povrat plaćenog iznosa.¹⁶

Razlog tako odbojnu stavu prema konvencionalnoj kazni mogli bismo potražiti u tome što se iza nje često prikrivala kamata. Crkva se dugotrajno, ali prilično bezuspješno zalagala protiv kamata jer ih je držala nemoralnim stoga što novac ne može stvarati novi novac, pa nitko ne smije uzeti više novca nego što ga je posudio nekome. Kamate su čak izričito zabranjene 1311. god., ali postojali su razni načini na koje se ta zabrana izbjegavala.¹⁷ Ugovorna je kazna mogla prikrivati kamate, npr. kratak rok vraćanja zajma da bi se naplatila kazna, a zapravo kamata. Pa čak su i templari, koji su jedno vrijeme upravljali Senjom, uzimali kamate na taj način, npr. Žofro iz Seržena uzima 3000 libara na zajam i obvezuje se na isplatu dvostrukog iznosa u slučaju zakašnjenja.¹⁸

¹⁴ Tekst statuta prema DE SZOMBATHELY, *Statuti di Trieste del 1421*, Archeografo Triestino, vol. XX della III serie, XLVIII della Raccolta, Trieste 1935, str.70-71.

¹⁵ Tekst i prijevod statuta prema HERKOV, Zlatko, *Statut grada Rijeke iz godine 1530*, Rijeka 1948, str.192 i 400.

¹⁶ MARGETIĆ, *Ususret*, str.17.3

¹⁷ STANOJEVIĆ, Obrad, *Zajam i kamata*, Istorijska i uporedno pravna studija, Beograd, Institut za pravnu istoriju, 1966, str.170-172.

¹⁸ *ibid.*, str.178.

Na taj smo način objasnili problem zabrane "zaveza" u čl. 14, međutim, čl. 55. također govori o "zavezima":

*"Iošće: vsi zavezi ke bi knez
od sebe položil ili prie učinil općinskim i navlašćnim
zakonom budite nega i nemu da imaju priti."*

*(I nadalje, sve ugovorne kazne koje bi knez
sam postavio ili neposredno odredio općenitim ili posebnim
načinom, neka budu njegove i neka njemu pripadnu.)¹⁹*

Taj član na prvi pogled odudara od rečenoga, ali knez ipak dozvoljava one ugovorne kazne koje je sam odredio i koje u tom slučaju idu u njegovu korist. Tako npr. u ispravi od 15. listopada 1309. god.²⁰ u utvrđivanju međa između općina Novi i Bribir utvrđena je ugovorna kazna od 100 zlatnika knezu i daljnjih 100 oštećenoj općini. Tu se knez odrekao polovice kazne na koju ima pravo po čl. 55. Vinodolskog zakona u korist oštećene općine.²¹

Za utvrđivanje smisla riječi "prvič" dr. Margetić je koristio odredbe s juga Italije. Na Siciliji je kralj Alfons I (1416-1458. god.) donio propis po kojem se neće "istjerivati kazna pridodana ugovoru, osim onom o arbitraži" (*poena adjuncta in contractu alio quam compromissi, non exigatur*).²²

Slično je i po Statutu Mesine:

*"(...)nulla poena in privato contractu apposita solvitur,
praeterquam si in arbitrorum instrumento apponatur."*

*(ne treba platiti kaznu pridodanu u privatnom ugovoru, osim
ako se postavlja u ispravu o arbitraži.)²³*

Dakle, ugovorna kazna nije dopuštena u početnom ugovoru, ali je dozvoljena protiv one stranke koja se ne drži arbitražne odluke. Nije li baš tu smisao riječi "prvič". Ugovorna je kazna "prvič" - u prvom ugovoru zabranjena, ali je "drugovič" tj. u sporazumu pred arbitražom dopuštena.²⁴ Isto značenje ima riječ "prie" u čl. 55. Vinodolskog zakona.²⁵

¹⁹ MARGETIĆ, *Iz vinodolske*, str.138-139.

²⁰ ŠURMIN, Đuro, *Hrvatski spomenici (Acta croatica) I*, Monumenta historico-juridica Slavorum Meridionalium (MHJSM), vol. VI, 1898, str.122.

²¹ MARGETIĆ, *Ususret*, str.19.

²² *ibid.* str.13.

²³ *loc. cit.*

²⁴ *ibid.*, str.18.

²⁵ *ibid.*, str.19.

Takvo tumačenje prihvatio je dr. Josip Bratulić u svom izdanju "Vinodolski zakon 1288."²⁶

Konvencionalnu kaznu u Vinodolu nalazimo tek u studenom 1422. god. u Novom, ali ne u samoj ispravi nego u notarevoj završnoj klauzuli (polovica stranci, a polovica knezu),²⁷ vjerojatno baš iz straha od zabrane. Ugovornu kaznu nalazimo u tekstu isprave tek 21. rujna 1620. god., ali i tamo čak pet šestina kazne ide knezu, a samo jedna općini,²⁸ naravno iz straha da neće biti priznata pa se pokušava pridobiti javna vlast, tako da kazna ide njoj u korist, a ne strankama.

Kakvo je rješenje zastupljeno na Krku?

Dr. Vatroslav Jagić ("Zakon' Vinodol'skij")²⁹ i dr. Marko Kostrenčić ("Vinodolski zakon")³⁰ poistovjećuju zabranu ugovorne kazne iz Vinodolskog zakona s odredbom na str. 16 i 17 Krčkog statuta:

*"K(a)p(i)t(ul') od lista
Ošč' hoćemo da nied'n lis't'
ki bi pisan' od' kih' koli ričii
nikoga ni ina nied'na pr(a)vda nemoz-
i biti stanovita, ako ne bu-
de pena vložena, ot ke peni
b(u)di treti del' g(ospo)de, a 2 d-
ela gos'podaru."*

*(Glava o ispravi
Nadalje određujemo da nijedna isprava
koju bi netko napisao o bilo kojoj nečijoj
stvari i nijedna presuda ne može
biti valjana ako ne bude
pridodana kazna: od te kazne
neka pripadne treći dio gospodi, a dva dijela
vlasniku.)³¹*

²⁶ BRATULIĆ, Josip, *Vinodolski zakon 1288.*, Zagreb 1988, str. 79.

²⁷ ŠURMIN, op. cit., str.122.

²⁸ STROHAL, Rudolf, *Nekoliko neštampanih glagolskih listina*, Vjesnik kralj. hrv.-slav.-dalm. Zemaljskog arkiva, XII, Zagreb 1910, str.76.

²⁹ MARGETIĆ, *Ususret*, str.18, prema JAGIĆ, op. cit. str.29-30 koji spominje djelomično istu tendenciju.

³⁰ KOSTRENČIĆ, op. cit., str.180-181 spominje isti "ratio legis".

³¹ Tekst i prijevod Krčkog statuta prema MARGETIĆ, Lujo i STRČIĆ, Petar, *Krčki (vrbanski) statut iz 1388.*, Krčki zbornik, 10, pos. izd. 12, Krk 1988, str.111-112.

Odredba pod gospodarom podrazumijeva vlasnika stvari. Ona se odnosi ne samo na pismene ugovore, nego i na presude (koje sadrže sudsku sankciju) te na bilo koje očitovanje volje, javnopravno ili privatnopravno. Ono neće biti valjano ako u njemu nije sadržana kazna.³²

Interes krčkih knezova da odredba bude primjenjivana u praksi je nesumnjiv. Dio ugovorne kazne ide u njihovu korist.

Zašto? To je njihova želja, ali i oštećena stana lakše će namiriti svoje potraživanje ako javna vlast ima svoj udio u kazni. Tada će se i vlast daleko više potruditi da utjera dužnikovu obvezu.

O tome nam govore i podaci iz isprava, npr. od 11. kolovoza 1375. god. u Baškoj kazna od 100 libara,³³ 11. travnja 1413. god. u Baškoj 30 libara "od ke peni imii poiti pol' (!) gospodi (knezovima) pred' ku bude pravda pitana, a pol strani (stranci)."³⁴ U drugom navedenom slučaju knez dobiva čak polovinu kazne što mu ide u prilog pa se neće buniti zbog povrede propisa. Međutim, postoje i podaci o tome da se propis nije striktno poštivao i to na štetu knezova, npr. stranka dobiva polovinu, a knez i općina dijele drugu polovinu (svaki jednu četvrtinu).³⁵

Na Krku se ugovorna kazna spominje već 4. listopada 1239.god.,³⁶ ali tada u cijelosti pripada strankama. Utvrđivala se ili u fiksnom iznosu ili u dvostrukoj vrijednosti (sub poena dupli).³⁷ Svoj fiskalni, obavezni karakter dobila je izgleda baš Statutom iz 1388. god.³⁸

Dr. Lujo Margetić je i u svojim kasnijim radovima ("Osnove istarskog srednjovjekovnog obveznog prava", 1987. god., "700. obljetnica Vinodolskog zakona i 600. obljetnica Krčkog i Senjskog statuta (uvodno izlaganje)", 1988. god. itd.) ostao pri navedenim stavovima.³⁹

³² MARGETIĆ, *Ususret*, str.18.

³³ ŠURMIN, op. cit., str.88.

³⁴ *ibid.*, str.112.

³⁵ *ibid.*, str.114 (1414. god.), str.116 (17. lipnja 1419. god.), str.118 (1. svibnja 1420. god.), str.122 (9. veljače 1423. god.) i str.128 (17. studenoga 1426. god.).

³⁶ SMIČIKLAS, Tadija, *Diplomatički zbornik Kraljevine Hrvatske, Dalmacije i Slavonije (Codex diplomaticus)* (dalje CD), IV, str.88.

³⁷ CD VI, str.451; VII, str.202.; VIII, str.274, 446 i 563; IX, str.547; X, str.312; XI, str.23, 424 i 617; XII, str.20; XIV, str.36; XV, str.257.

³⁸ MARGETIĆ, *Osnove obveznog prava na kvamerskom području*, prema autorovu rukopisu).

³⁹ *ibid.*, str.20-30;id., *Osnove istarskog srednjovjekovnog obveznog prava*, Rad JAZU, 433, XXVI, Zagreb 1987, str.39; id., 700. obljetnica Vinodolskog zakona i 600. obljetnica Krčkog i Senjskog statuta (uvodno izlaganje), Zagreb 1988, str.8-9; MARGETIĆ i STRČIĆ, op. cit., str.86-87.

Mogući izvor utjecaja na krčko rješenje dr. Margetić vrlo uvjerljivo izvodi iz bizantskog shvaćanja gdje je ugovorna kazna "pretpostavka valjanosti ugovora".⁴⁰ Kao primjer ukorištenosti upotrebe konvencionalne kazne navodi Novelu 72 cara Lava Mudrog (vladao 886-912. god.) u kojoj stoji:

*"Misle da je go (bez pravne snage) svaki onaj ugovor koji nema ugovorne kazne, makar bio on i pismeno sastavljen, makar suugovarači vlastoručno stavili na ispravu božanski znak križa i makar se dodalo i zazivanje Svetog trojstva te odbacuju (zbog toga) ono što je ugovoreno kao nepostojeće (samo) zato što nije dodana ugovorna kazna (...) (te jetko nastavlja) Zar doista ugovorna kazna može prema ispravnom ljudskom shvaćanju imati isto toliku važnost kao prisutnost božanskog znaka i kao zazivanje blažena božanstva."*⁴¹

No u Bizantu od XI. st. i sama vlast inzistira na ugovornoj kazni jer polovina ide u korist državne blagajne.⁴²

Ipak stvari nisu tako jednostavne. U ispravi, sastavljenoj u Krku u studenom 1186. god.,⁴³ kojom Ivan, krčki biskup daruje samostanu sv. Ciprijana u Veneciji crkvu sv. Ivana, stoji sankcija, ali samo duhovna, a ne i svjetovna: "pod prokletstvom 318 (crkvenih) otaca" (*sub anathemate trecentorum decem et octo patrum*). Kada bi postojao direktan bizantski utjecaj, vjerojatno bi bila sadržana i svjetovna (novčana) kazna. Isti slučaj imamo i u nešto starijoj ispravi o darovanju crkve od prosinca 1153. god., također iz Krka: "spriječen udaranjem vječnog prokletstva i sa Judom, izdajnikom gospodina našeg Isusa Krista vječnim ognjem kažnjen" (*vinculo anathematis perpetuo feriatur et cum Juda traditore domini nostri Jesu Christi perpetuo dampnetur incedio*).⁴⁴ Odgovor bismo mogli potražiti u potvrdi istog darovanja biskupa Ivana 1186. god., sastavljenoj u Veneciji (Rialtu) u lipnju 1188. god. Tu je utvrđena i novčana ugovorna kazna, a ne samo ona sakralne prirode: "ako tko, bilo kada protiv ove isprave darovanja i prijenosa (...) obećajemo nadoknaditi (...) pet libara zlata" (*quod si ullo*

⁴⁰ MARGETIĆ, *Osnove istarskog*, str.39.

⁴¹ loc. cit. Upozorava na Epanagoge 11, 27; Bazilike 11, 1, 1 glosa i Sintagma Matije Vlastara E, 32 koja ima utjecaj na srpsku pravnu povijest.

⁴² loc. cit.

⁴³ CD, II, str.204-206.

⁴⁴ CD, II, str.75-76.

unquam tempore contra hanc offercionis et transactionis cartulam (...) componere promittimus (...) auri libras quinque.⁴⁵

Na osnovi izloženog realno je pretpostaviti da nije postojao direktan bizantski utjecaj na Krk, ali postojao je posredan, iz Italije, u ovom slučaju preko Mletaka.

U Senju se konvencionalna kazna prvi put spominje 18. travnja 1292. god. kao sankcija za izostalu defenziju kod darovanja kuće. Darodavac "obećaje braniti i zaštititi od svih osoba koje bi se protivile, s time da neće učiniti ništa protiv ni sam niti preko drugih, pod kaznom od 100 libara dukata te naknadom štete i troškova" (*promissit (...) defendere et discalumpniare (...) ab omnibus personis contradicentibus (...) et non contravenire per se vel per alios sub pena librarum centum ducatorum (...) et dampni ec expensarum*).⁴⁶

U senjskim ispravama iz XIV. st. polovina ugovornih kazni pripada knezu. Od 1319. do 1365. god. konvencionalna kazna utvrđuje se u dvostrukoj vrijednosti ugovorene činidbe, ali i kasnije imamo primjera, premda od 1374. god. prevladava kazna utvrđena u fiksnom iznosu.⁴⁷ Inače u Senjskom statutu iz 1388. god. ne nalazimo nikakve odredbe o ugovornoj kazni.

Usporedimo navedene "zaveze" s tim terminom koji se javlja u tzv. Istarskom razvodu, tj. ispravi o utvrđivanju granica između pojedinih općina.⁴⁸ Ne ulazeći u objašnjavanje raznih polemika, koje se dobrim dijelom svode na značenje riječi "zavez", a koje smo naveli naprijed uz mišljenje o Vinodol-skom zakonu, spomenimo samo stav dr. Luje Margetića u "Osnovama istarskog srednjovjekovnog obveznog prava".⁴⁹ Po njemu, u Istarskom razvodu riječ "zavez" niti jednom ne označava ugovornu kaznu, a pojavljuje se trinaest puta na vrlo važnim mjestima uz riječ "rota" (zakletva). To nije ni suglasnost volja jer se "motovunski i trviški komun z verom ujediniše meju sobu", a nakon toga "velikemi

⁴⁵ CD, II, str.229-230.

⁴⁶ CD VII, str.80.

⁴⁷ Dvostruki iznos javlja se u sljedećim ispravama: CD, VIII, str. 544 od 1319. god.; XI, str. 108 od 1343. god.; str. 125 od 1344. god.; str. 579 od 1350. god.; XII, str. 446 od 1358. god.; XIII, str. 399 od 1364. god.; str. 426-428 od 1365. god.; str. 482 od 1365. god., ali također i u XVI, str. 89 od 1380. god. Fiksni iznos javlja se u XV, str. 67 od 1374. god.; XVI, str. 146 od 1381. god. str. 248 od 1381. god.; XVII, str. 24 od 1386. god., str. 141 od 1375. god. Poblizje vidi kod MARGETIĆ, Osnove obveznog prava na kvarnerskom str. 31 i 88.

⁴⁸ BRATULIĆ, Josip, *Istarski razvod*, Studija i tekst, Pula 1978, str.221-287.

⁴⁹ MARGETIĆ, *Osnove istarskog*, str.34-39.

zavezi i rotu potvrdiše".⁵⁰ Riječ je o formi "utvrđivanja pravovaljana ugovora", ali, nažalost, ta forma nije pobliže opisana. Možda je riječ o vrlo svečanim izjavama nakon kojih slijedi zakletva, tj. rota. U ranom srednjem vijeku u susjednim langobardskim područjima pravovaljana obveza stvarala se "znakom" (*vadia*) i "zalogom" (*pignus*) kojim se nije, kao danas osiguravalo materijalno ostvarenje vjerovnikova potraživanja, već je to "znak" sklapanja ugovora. Taj znak razdvojio se tijekom vremena na: pravi zalog koji je imao imovinsku vrijednost, ali koji je mogao imati "odgođeno" djelovanje tj. ugovornu kaznu (o kojoj smo govorili), dok je u svom drugom dijelu postao svečana forma ugovora povezana sa zakletvom, što je slučaj u Istarskom razvodu.⁵¹

Možemo zaključiti da je ugovorna kazna zabranjena u ugovorima u Vinodolu (početnom ugovoru), Trstu i Rijeci uslijed bojazni od prikrivenog ugovaranja kamata. U Senju ne postoje propisi tako da je ona u najmanju ruku fakultativna, dok je na Krku obavezna (sastavni dio svakog ugovora).

U Senju i Krku utjecaj na uvođenje ugovorne kazne vrše i sami knezovi jer dioba kazne ide njima u korist, na taj način oni dobivaju njen dio. Stranke se ne protive jer im je u interesu da dobiju kaznu pa makar dobar njen dio dali javnoj vlasti, samo ako će im ova pomoći da je što lakše naplate. Takav stav na Krku i u Senju razvio se prije nego u Vinodolu jer su oni trgovački i ekonomski razvijeniji pa im je stav, odnosno propis kanonskog prava o zabrani kamata, ranije počeo smetati.

⁵⁰ BRATULIĆ, *Istarski*, str.226.

⁵¹ MARGETIĆ, *Osnove istarskog*, str.38-39.

Summary

PENALTY CHARGES ACCORDING TO VINODOL LAW AND THE STATUTE OF KRK AND SENJ

The author deals with the problem of Article 14 of Vinodol Law of 1288 (Vinodolski zakon iz 1288), where he is of the opinion that it concerns the ban on establishing contractual penalties, except in arbitration agreements and the causes in which the prince (knez) decides the penalty. On the other hand, the Statute of Krk of 1388 (Krčki statut iz 1388) establishes the penalty as an integral element of each contract. The Statute of Senj of 1388 (Senjski statut iz 1388) does not contain regulations on contractual penalty, which may be found in preserved documents. The prohibition at Vinodol is the result of fear of covered up contracting of interests, while in commercially and economically more developed Krk and Senj it becomes a reality approved also by authorities which participate in its distribution. The author is of the opinion that Byzantian and Venetian influences should be taken into account when considering the introduction of penalty charges at Krk.

POMORSKI AGENT U ZAKONODAVSTVU HRVATSKE

Dr. VOJKO BORČIĆ, izv. profesor
Pomorski fakultet Rijeka

UDK 347.79:347.762.5(497.13)
Izvorni znanstveni rad
Ur.: 24.11.1992.

Autor razmatra pravni položaj pomorskog agenta u raznim zakonodavstvima. Posebice uspoređuje propise Plovidbenog zakonika bivše Jugoslavije s talijanskim, poljskim i bugarskim propisima. Predlaže određivanje pravnog položaja pomorskog agenta, u zakonodavstvu Hrvatske de lege ferenda. Zadržava se na potrebi definicije pomorskog agenta, ostavljajući otvorenom dilemu između atributa "pomorski" ili "plovidbeni", što ovisi o konačnom stajalištu zakonodavca. Kritizira važeći Zakonik i predlaže učinkovite izmjene u novom hrvatskom Zakoniku.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Pravni položaj pomorskog agenta različito je riješen u nacionalnim zakonodavstvima. To se ima pripisati u prvom redu čestom dualitetu građanskog i trgovačkog prava, a posebice u svezi s mogućnošću postojanja posebnog pomorskog, plovidbenog i prometnog prava općenito. Prevladava stajalište da nije prijeporno postojanje pomorskog prava u pravnom sustavu države, jer ono živi samostalno ili u sklopu plovidbenog ili prometnog prava koji sustavno pripadaju trgovačkom pravu.

Pomorski agent može biti i jest subjektom građanskog prava. To je nalogoprimac (mandatar) ugovora o nalogu, punomoćnik iz ugovora o punomoći ove grane prava, osoba koja radi u ime i za račun nalogodavca (mandanta) odnosno punomoćitelja.

U trgovačkom pravu nalazimo posebne ugovore o agenciji, ugovore o zastupanju i posredovanju, koji se izravno oslanjaju na mandat građanskog prava još od rimskog prava. Kako je pomorski agent poseban

pravni subjekt, upućeni smo pravnu normu tražiti u pomorskom pravu, a supsidijarno u trgovačkom i građanskom pravu.

Izvori pomorskog prava mogu se svrstati danas u četiri grupe:

- u prvoj se pomorsko pravo zasniva na francuskom "*Code de Commerce*",
- u drugoj na njemačkom "*Handelgesetzbuch*",
- u trećoj na angloameričkom pravu, s posebnim pomorskim zakonima;
- u četvrtoj postoje posebni pomorski zakoni.¹

Ako nema posebnog pomorskog zakonika, mogućnosti su dvije:

- da trgovačko pravo sadrži posebno norme o pomorskom agentu,
- da ih trgovačko pravo nema, pa se u tom slučaju na pomorskog agenta primjenjuju propisi o trgovačkom agentu.

Konačno moguće je da trgovačko pravo ne sadrži norme o pomorskom, pa ni trgovačkom agentu. U tom smo slučaju upućeni na građansko pravo i tamošnje analogne institute. I kada postoje propisi pomorskog prava o agentu, trgovačko i građansko pravo su supsidijarno vrelo u materiji.²

2. POMORSKI AGENT U NEKIM SUSTAVIMA POMORSKOG PRAVA

Rijetke su države koje imaju posebne pomorske zakonike. Većina ih je u Evropi i Africi, ali samo manji broj sadrži odredbe o pomorskom agentu. Zadržat ćemo se na rješenjima europskih država koje takve norme imaju. Ovdje se javlja pitanje naziva pomorskog agenta jer ima sustava koji normiraju pomorsko pravo, gdje su obuhvaćeni pomorsko pravo i ono unutarnje plovidbe (rijekama jezerima i kanalima), pa štoviše i zračna plovidba.

Tako primjerice talijanski Zakonik o pomorskoj, unutarnjoj i zračnoj plovidbi ("*Codice della navigazione marittima interna e aerea*") iz 1942. ima težište na plovidbi. Talijanski Zakonik poznaje četiri vrste plovidbena agenta ("*raccomandatario*"). Zakonik se zadržava na definiciji agenta, a u svezi s njegovim pravima i dužnostima upućuje na građansko pravo.

¹ BRAJKOVIĆ, V. - JAKAŠA, B. "Pomorsko pravo", Pomorska enciklopedija, Zagreb 1983, Knjiga 6, str.332-341.

² BORČIĆ, V. Pomorski agent. Rijeka-Zagreb 1981, str.20.

posrednika (*makler morski*). Osim definicije pomorskog agenta, sadrži odredbe o njegovim pravima i dužnostima i o ugovoru o pomorskoj agenciji.

Bugarski zakonik o trgovačkoj mornarici iz 1970. godine u 4 članka sadrži odredbe o redovitim pravima i obvezama pomorskog agenta, a Zakonik o trgovačkoj pomorskoj plovidbi bivšeg Sovjetskog Saveza iz 1968. ima jednu odredbu o pomorskom agentu.³

Ostale evropske zemlje, koje nemaju pomorske zakonike, redovito imaju posebne zakone o toj materiji. Najdalje je pri tome išla Italija koja je uz Plovidbeni zakonik izglasala poseban zakon o "Disciplini profesije pomorskog agenta".⁴

U međunarodnoj regulativi pomorski agent nema posebno mjesto, ako izuzmemo pokušaj UNCTAD-a za propisivanje minimuma standarda profesije pomorska agenta u normama koje bi imale karakter jedinstvenih pravila, kao YORK-ANTWERPENSKA o zajedničkoj havariji ili ona o dokumentarnom akreditivu.

3. PRAVNI POLOŽAJ POMORSKOG AGENTA U BIVŠOJ JUGOSLAVIJI

Bivša je Jugoslavija 1977. donijela Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi koji je stupio na snagu 1. siječnja 1978, svrstavši se u krug rijetkih europskih zemalja s posebnim Plovidbenim zakonikom. Zakonodavac se opredijelio za "Plovidbeni zakonik" uključivši u kodifikaciju pravo unutarnje plovidbe. Stupanjem na snagu ovog Zakonika, prestali su važiti raniji propisi koji su normirali ova pitanja: Zakon o ugovorima o iskorištavanju pomorskih brodova, Zakon o pružanju pomoći i spašavanju na moru, onaj o sudarima, o vađenju potonulih stvari i niz javnopravnih i upravnopravnih pomorskih propisa. Taj Zakonik u trećoj glavi šestog dijela, koji govori o ugovornom pravu sadrži odredbe o "Ugovoru o plovidbenom-agencijskom poslu" u devet članaka koji sadrže osnove o tome.⁵

Republika Hrvatska je 8. listopada 1991. proglasila Zakon o preuzimanju saveznih zakona u oblastima pomorske i unutarnje plovidbe koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuju kao republički zakoni.⁶ Ovim su

³ *ibid.*, str.27-35.

⁴ Zakon br.135 od 4.travnja 1977, kojeg je izvorni naslov: "*Legge sula disciplina della professione di raccomandataro marittimo*"

⁵ BORČIĆ, V. "*Plovidbeni agent*". Pomorska enciklopedija, Zagreb 1983, str.127.

⁶ Vidi NN, 53/91, str.1518.

koji se u Republici Hrvatskoj primijenjuju kao republički zakoni.⁶ Ovim su Zakonom preuzete gotovo u cjelini odredbe Plovidbenog zakonika bivše Jugoslavije, pa i norme o plovidbenom agentu.

Ministarstvo pomorstva Republike Hrvatske oformilo je komisiju za izradu Zakona o pomorskoj i unutarnjoj plovidbi Hrvatske, pa valja očekivati njegovo skoro donošenje.

4. PRAVNI POLOŽAJ POMORSKOG AGENTA U ZAKONODAVSTVU HRVATSKE *DE LEGE FERENDA*

Nema sumnje da će republički Zakon o pomorskoj i unutarnjoj plovidbi imati odredbe o pomorskom agentu. Kada se uoče nedostaci i nedorečenosti u Zakonu bivše Jugoslavije, autor ovoga rada predlaže definiranje pomorskog agenta (što nije bio slučaj u bivšem Zakonu) i izmjene teksta ranijeg poglavlja o ugovoru o pomorsko-agencijskom poslu, pa ćemo ova dva pitanja posebice razmatrati.

4.1. DEFINICIJA POMORSKOG AGENTA

Plovidbeni zakonik bivše Jugoslavije sadrži velik broj definicija koje se nalaze u njegovim sustavnim cjelinama, što ovisi o *sedes materiae*. Većina je u članku 6, a pretežito se odnosi na definiranje broda, prema različitim kriterijima. Kako je ugovor o pomorskoj agenciji sustavno uređen u odgovarajućem dijelu zakona, valja razmotriti rješenja u propisima o preostala 4 ugovora.

U ugovoru o gradnji broda (dio šesti, glava I, članci 424-435) pojmovi brodograditelja i naručitelja gradnje nisu definirani. Glava druga o ugovorima o iskorištavanju brodova sadrži u članku 439. definicije:

- naručitelja,
- krcatelja,
- primatelja,
- korisnika prijevoza,
- stojnica i
- prekostojnica.

Naziv je ovih dvaju zadnjih pojmova pogrešan jer valja upotrijebiti izraze vrijeme stojnica i vrijeme prekostojnica. Zakonodavac je bio

⁶ Vidi NN, 53/91, str.1518.

nedosljedan jer nije definirao mnoge pojmove, pa ni sam ugovor o raznim plovidbenim poslovima ili onaj o zakupu.

Druga grupa definicija u ovoj glavi sadržana je u članku 604, a u svezi s prijevozom putnika i prtljage. Tu su definirani:

- brodar,
- stvarni brodar,
- putnik,
- prtljaga,
- ručna prtljaga i
- šteta zbog zakašnjenja.

U četvrtoj glavi koja razmatra ugovor o plovidbenom osiguranju također nema definicije osiguratelja - osiguranika. Jasno je da se zakonodavac dosljedno držao pravila da je svaka definicija opasna. Tako je i s definicijom pomorskog agenta. Ona se može nalaziti u poglavlju Zakonika koji govori o ugovoru o agenciji i to u prvom članku.

S obzirom da je poglavlje današnjeg zakona naslovljeno "Ugovor o plovidbenom agencijskom poslu" valja razmisliti o izmjeni naslova zbog nepotrebnog ponavljanja. Naslov bi morao glasiti "Ugovor o plovidbenoj agenciji" bez isticanja "posla" jer sam "ugovor" je pravni posao.

Glede same definicije pomorskog agenta u našoj literaturi imamo dvije. Prva je ona Lj. Smokvine koji definira pomorskog agenta kao fizičku ili pravnu osobu koja zastupa ili posreduje u pomorskom poslovanju.⁷ Ova je definicija preuska, a istovremeno i preširoka. Preuska jer se pomorski agent ne bavi samo zastupanjem i posredovanjem, a preširoka jer se zastupanjem i posredovanjem u pomorskom poslovanju ne bave samo pomorski agenti.

Druga je definicija autora ovog rada koja glasi: "Plovidbeni agent je fizička ili pravna osoba koja obavlja plovidbeno-agencijske poslove".⁸ Ona je nedostatna. Pomorski agent radi u ime i za račun nalogodavca. Da bi mogao djelovati, pomorski agent mora imati nalog, punomoć svog nalogodavca, gdje su sadržana njegova ovlaštenja. Punomoć može biti opća ili posebna. Pomorski agent za svoj rad ima pravo na naknadu troškova i u pravilu na agencijsku nagradu. Da ima pravo na naknadu troškova i izdataka koje za drugoga ima, sasvim je jasno. Što se nagrade tiče, ugovor o pomorskoj agenciji nije nužno naplatan, kao što uostalom na moraju naplatnima biti ugovori o punomoći, o nalogu i uslugama uopće. Međutim,

⁷ SMOKVINA, Lj. "Brodski agent". Pomorska enciklopedija, II izdanje, Zagreb 1972, str.625.

⁸ BORČIĆ, V. "Plovidbeni agent", Pomorska enciklopedija, II izdanje, Zagreb 1983, str.127.

on to redovito biva, jer pomorski je agent u cijelom svijetu subjekt trgovačkog prava koji radi za nagradu kao i svaka druga fizička ili pravna osoba poslovnog svijeta.

Prema našem mišljenju izložili smo tako sve bitne karakteristike pomorskog agenta koji nam omogućuju da ga definiramo kako slijedi:

"Pomorski agent je fizička ili pravna osoba, koja na temelju opće ili posebne punomoći obavlja poslove zastupanja, posredovanja ili pomaganja u pomorskom poslovanju u ime i za račun nalogodavca uz naplatu svojih troškova i uz ugovorenu ili propisanu nagradu." ⁹

4.2. MJESTO AGENTA U PLOVIDBENOM ZAKONIKU

Dvije su mogućnosti određivanja plovidbenog agenta u budućem Plovidbenom zakoniku Hrvatske:

- propise o agentu sustavno obuhvatiti u dijelu koji se odnosi na osobe,
- propise o agentu zadržati u poglavlju o ugovorima.

Bivša se Jugoslavija bila opredijelila za sistematizaciju norme o toj materiji među ugovorima. Poljska, koja u pomorskom kodeksu ima najviše normi o agentu, ima kompromisno stajalište. Naime u četvrtom naslovu o ugovorima, u četvrtom dijelu, sadrži odredbe o uslugama u pomorstvu kojih nabraja četiri. Doslovice prevedeni podnaslovi glase:

- Pomorski agent (agent morski),
- Agent posrednik (makler morski),
- Usluge teglenja (uslugi holownicze),
- Peljarenje (pilotaż).

U poglavlju o lučkom agentu, članak 191. počinje riječima: "Ugovorom o agenciji, brodski agent (*sic!*) preuzima uz nagradu obavljanje..." itd. U cijelom se poglavlju ne razgraničuje osoba agenta od ugovora o agenciji.

Slično je i u poglavlju o agentu posredniku. Članak 198 glasi: "Agent posrednik preuzima uz nagradu djelovati..." itd.¹⁰

Talijanski Zakonik o pomorskoj, unutarnjoj i zračnoj plovidbi u trećem naslovu ima norme o plovidbenom pothvatu. Poglavlja ovog naslova govore o osobama i podijeljena su kako slijedi:¹¹

⁹ BORČIĆ, V. "Pravni položaj pomorskog agenta", Rijeka 1974, Doktorska disertacija, str.62-64.

¹⁰ Vidi članke 191-203 Poljskog pomorskog zakonika od 15.12.1961, koji je stupio na snagu 6 mjeseci kasnije.

- I - o brodaru,
- II - o brodarskim društvima među suvlasnicima,
- III - o pomorskom agentu,
- IV - o zapovjedniku broda,
- V - o posadi.

Talijansko pravo nema odredbe o ugovoru o pomorskoj agenciji.

Od ostalih europskih pravnih sustava valja spomenuti još Bugarski zakon o trgovačkoj mornarici iz 1970. godine koji ima samo četiri članka o agentu, a sustavno je blizak rješenju poljskog prava.

Teško je reći što je učinkovitije, ali vjerujemo da će u hrvatskom zakonodavstvu prevladati stajališta da su ugovori *sedes materiae* za plovidbenog agenta, odnosno za ugovor o plovidbenoj agenciji.

4.3. KRITIKA POSTOJEĆEG TEKSTA I PRIJEDLOZI ZA IZMJENE

Da bismo odredili prijedlog odredaba o agentu, valja analizirati članke od 680. do 688.

Već smo rekli da bi naslov glave trebao glasiti "Ugovor o plovidbenoj agenciji". Radi usporedbe propisa *de lege ferenda* i onog na snazi prilažem ovom članku postojeći tekst Plovidbenog zakonika. Prijedlog *de lege ferenda* valja čitati usporedbom s ranijim tekstom Plovidbenog zakonika. Prema našem mišljenju članak 680. imao bi glasiti:

"Ugovorom o Plovidbenoj agenciji plovidbeni se agent obvezuje na osnovi opće ili posebne punomoći u ime i za račun nalogodavca obavljati plovidbeno-agencijske poslove pomaganja, posredovanja i zastupanja, a nalogodavac plovidbenom agentu nadoknaditi troškove i platiti nagradu".

Ovim prijedlogom preuzima se dio članka 682, koji valja sukladno izmijeniti. Ostavljena je obveza nalogodavca platiti nagradu mada je Ugovor o punomoći (mandatu) u biti nenaplatan posao. Prema tome stvarno bitnim sastojkom ugovora jest obavljanje plovidbeno-agencijskih poslova, a plaćanje se može smatrati jedino pravnobitnim elementom koji čini ugovor rušljivim, ne bude li ga u tom dijelu nalogodavac ispunio.

Članak 681. je nepotpun. To se ogleda u nedostatnom opisu ugovora o generalnoj agenturi i pomanjkanju sankcija u slučaju neudovoljenja pismenom obliku. Predlažemo slijedeću stilizaciju ovoga članka:

¹¹ Vidi članke 265-322 citiranog Talijanskog zakonika iz 1942.

"Ugovorom o plovidbenoj agenciji na temelju opće punomoći plovidbeni se agent obvezuje u ime i za račun nalagodavca obavljati sve poslove određene vrste iz njegove djelatnosti.

Ugovor o plovidbenoj agenciji na temelju opće punomoći mora biti sklopljen u pismenom obliku.

Ugovor koji nije sklopljen u pismenom obliku ne proizvodi pravne učinke.

U svezi s rečenim uz članak 680, članak 682, trebao bi glasiti:

"Plovidbeni agencijski poslovi jesu posebice oni koji se odnose na plovidbu, brodove i njihovo iskorištavanje, a osobito: prihvaćanje i otpremanje brodova, posredovanje pri sklapanju i sklapanje ugovora o iskorištavanju brodova, kupoprodaji, gradnji i popravku brodova, osiguranju brodova, tereta i interesa opskrbe zalihami, popunjavanju posadom, brizi o posadi i putnicima".

U svezi s primjedbom uz članak 681, članak 683 ukazuje se nepotrebnim.

Članak 684. postaje člankom 683. i može ostati u sadašnjem tekstu. To vrijedi i za članke 685-688 koji postaju članci 684-687.

Može se očekivati da će u Plovidbenom zakoniku Hrvatske neke od predloženih primjedaba biti prihvaćene.

LITERATURA:

BORČIĆ, V. "Pomorski agent", Rijeka-Zagreb 1981.

BORČIĆ, V. "Plovidbeni agent", Pomorska enciklopedija, Zagreb 1983.

BORČIĆ, V. "Pravni položaj pomorskog agenta", Rijeka 1974, Doktorska disertacija.

BRAJKOVIĆ, V. - JAKAŠA, B. "Pomorsko pravo", Pomorska enciklopedija, Zagreb 1983, knjiga 6.

SMOKVINA, Lj. "Brodski agent", Pomorska enciklopedija, II izd, Zagreb 1972.

PRILOG:

Izvod iz Zakona o pomorskoj i unutarnjoj plovidbi

Glava III.

UGOVOR O PLOVIDBENOM AGENCIJSKOM POSLU

članak 680.

Ugovorom o plovidbenom agencijskom poslu plovidbeni agent obvezuje se da na temelju opće ili posebne punomoći, u ime i za račun nalogodavca, obavlja plovidbene agencijske poslove, a nalogodavac da plovidbenom agentu nadoknadi troškove i plati nagradu.

članak 681.

Ugovor o plovidbenom agencijskom poslu na temelju opće punomoći mora biti sklopljen u pismenom obliku.

članak 682.

Plovidbeni agencijski poslovi jesu poslovi pomaganja, posredovanja i zastupanja koji se odnose na plovidbu i iskorištavanje brodova, kao što su osobito poslovi: prihvaćanje i otprema brodova, sklapanje ugovora o iskorištavanju brodova, kupoprodaji, gradnji i remontu brodova, osiguranju, popunjavanju posade i briga o posadi.

članak 683.

Na temelju opće punomoći plovidbeni agent obvezuje se da će u određenom ili neodređenom vremenu obavljati jednu ili više vrsta plovidbenih agencijskih poslova sadržanih u takvoj punomoći (generalni plovidbeni agent).

U slučaju sumnje o granicama opće punomoći smatrat će se da se ona odnosi na poslove prihvaća i otpreme brodova.

Ako se plovidbeni agent isključivo bavi posredovanjem odnosno zastupanjem pri sklapanju ugovora o iskorištavanju brodova, smatrat će se, u slučaju sumnje o granicama opće punomoći, da se ona odnosi na posredovanje pri sklapanju tih ugovora, osim ugovora o zakupu i ugovora o prijevozu na vrijeme za cijeli brod, ali uvijek u okviru poslova kojima se bavi nalogodavac.

članak 684.

Ako nalogodavac ograniči ovlaštenje plovidbenom agentu koja se odnose na uobičajene poslove plovidbenoga agencijskog posla, to

ograničenje nema pravni učinak prema trećim osobama koje nisu za nj znale niti su prema okolnostima za nj morale znati.

članak 685.

Plovidbeni je agent obvezan i ovlašten upotrebom dužne pažnje dobrog privrednika, u granicama danog ovlaštenja, obavljati poslove koji su potrebni ili uobičajeni za izvršenje dobivenog naloga.

članak 686.

Plovidbeni agent može, na temelju izričitog ovlaštenja ugovornih strana, potpisati u ime i za račun obiju ugovornih strana ugovor o iskorištavanju brodova.

članak 687.

Ako plovidbeni agent izričito ne navede da nastupa u svojstvu agenta, smatra se u odnosu na osobu koja je u dobroj vjeri da radi u svoje ime.

članak 688.

Plovidbeni agent ima pravo na naknadu troškova i nagradu za posredovanje i sklapanje ugovora na temelju činjenice da je ugovor sklopljen.

Summary

THE SHIPBROKER IN THE CROATIAN LEGISLATION

The author analyses the legal position of the shipbroker in various legislations comparing particularly the rules of of the Maritime Code of the ex Jugoslavija with the Italian, Polish and Bulgarian ones. He proposes to establish a legal position of shipbrokers in the new Croatian legislation *de lege ferenda*.

The writer's attention is brought on the necessity of defining the shipbroker, leaving open the problem of determining the definition of a "marine" shipbroker or of "navigation" shipbroker what depends on the final stand-point of the Parliament. He criticizes the Law in force and proposes opportune changes in the new Croatian legislation.

OBVEZA POŠTIVANJA PREDMETA I CILJA UGOVORA PRIJE NJEGOVA STUPANJA NA SNAGU

Mr VESNA CRNIĆ-GROTIĆ, asistent
Pravni fakultet u Rijeci

UDK 341.24
Izvorni znanstveni rad
Ur.:24.11.1992.

Autor se u članku bavi problemom međunarodnog ugovornog prava s obzirom na odredbu člana 18. Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1969. godine. Prema toj odredbi države potpisnice pod rezervom ratifikacije, kao i one koje su ratificirale ugovor, ali on još nije stupio na snagu, dužne su se suzdržati od čina koji bi lišili ugovor predmeta i cilja. Ta je dužnost privremenog karaktera i traje do polaganja ratifikacijske isprave, odnosno, do stupanja tog ugovora na snagu. Problem je aktualiziran novijim razvojem događaja vezanih uz Konvenciju UN o pravu mora iz 1982. god. Naime, neke od država potpisnica izdale su jednostrane propise ili su postale stranke novih ugovora koji su u suprotnosti s predmetom i ciljem odredaba te Konvencije o dubokomorskom rudarstvu i Zoni. Pisac u radu dokazuje da je odredba člana 18. pravilo općeg međunarodnog prava koje se temelji na načelu dobre vjere, te da su te države prekršile svoju međunarodnopravnu obvezu.

Ugovor proizvodi svoje pravne učinke i vezuje svoje stranke od stupanja na snagu. Ovaj je zahtjev u skladu s dobro ustanovljenim općim načelom prava *pacta sunt servanda* koje je našlo svoju potvrdu u čl. 26. Bečke konvencije o pravu ugovora:¹

"Svaki ugovor koji je na snazi vezuje stranke i one treba da ga izvršavaju u dobroj vjeri."

¹ Bečka konvencija o pravu ugovora iz 1969, Sl.l. MU 1972, br. 30, str.331 i sl. Konvencija je stupila na snagu 27. siječnja 1980.

Bez štete za ovu odredbu neke odredbe ugovora koje reguliraju pitanja koja se nužno postavljaju prije nego ugovor stupi na snagu primjenjuju se od dana usvajanja teksta ugovora, kako je to kodificirano čl. 24. stav 4. Bečke konvencije². Ugovor ili njegov dio mogu se primjenjivati i dok ugovor ne stupi na snagu ako se države o tome slože.³

Međutim, postavlja se pitanje kakav je pravni domašaj ugovora potpisanih uz rezervu ratifikacije (prihvaćanja ili odobravanja) u vremenu koje prethodi njegovu stupanju na snagu. Za višestrane ugovore koji za stupanje na snagu zahtijevaju određeni broj ratifikacija može se postaviti i dodatni problem. Naime, neke države mogu ratificirati ugovor čak mnogo godina prije negoli se dostigne potreban broj ratifikacija.⁴ Postavlja se pitanje da li i kakve obveze imaju države potpisnice prije ratifikacije, odnosno, države koje su izrazile svoj pristanak da budu vezane ugovorom u razdoblju prije stupanja na snagu tih ugovora?

Bečka konvencija predviđa obvezu za svoje stranke u čl. 18. pod naslovom "Obveza da se ugovor ne liši svoga predmeta i cilja prije nego što stupi na snagu":

"Država treba da se suzdrži od akata kojima bi se ugovor lišio svoga predmeta i svoga cilja:

a) ako je potpisala ugovor ili razmijenila isprave koje sačinjavaju ugovor pod rezervom ratifikacije, prihvaćanja ili odobravanja, sve dok ne očituje namjeru da ne postane stranka ugovora; ili

b) ako je izrazila svoj pristanak da bude vezana ugovorom u razdoblju prije stupanja ugovora na snagu i pod uvjetom da se to stupanje na snagu bez razloga ne odgodi."

Načelo sadržano u čl. 18. dalo je povoda mnogim raspravama u znanosti međunarodnog prava i u mnogo manjoj mjeri u praksi

² Čl. 24. st. 4. glasi: "Čim se usvoji tekst, primjenjuju se odredbe ugovora koje reguliraju ovjeravanje teksta, davanje pristanka država da budu vezane ugovorom, način ili datum stupanja na snagu, rezerve, funkcije depozitara, kao i ostala pitanja koja se nužno postavljaju prije nego ugovor stupi na snagu".

³ Čl. 25 - Privremena primjena. Ustavni sud Jugoslavije smatrao je da privremena primjena nije u skladu s Ustavom SFRJ (V. mišljenje Ustavnog suda Jugoslavije od 12. listopada 1988. o (ne)ustavnosti čl. 13 Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora; U.br. 13/85 u Sl.l. 1989, br. 2, str.99), no Bečka konvencija bila je ratificirana bez rezervi.

⁴ Primjera u praksi ima bezbroj. I samoj Bečkoj konvenciji bilo je potrebno više od 10 godina da stupi na snagu (1969 - 1980). Jedan od gotovo nevjerojatnih primjera je Haški protokol o državljanstvu iz 1930. kojemu je trebalo čak 43 godine da bi sakupio potreban broj ratifikacija i stupio na snagu.

međunarodnih sudskih organa. Međutim, za problem se ne bi moglo reći da je hipotetski ili teoretski. Jedan od novijih slučajeva u kojima je to načelo došlo do izražaja vezan je uz Konvenciju UN o pravu mora iz 1982. godine.⁵ Naime, neke od država potpisnica Konvencije (Francuska, Nizozemska, Japan) postale su strankama "alternativnih" ugovora⁶ ili su izdale jednostrana zakonodavstva (uz neke od navedenih i SSSR) koja nisu u skladu s nekim osnovnim načelima, tj. predmetom i ciljem Konvencije UN o pravu mora u pogledu iskorištavanja rudnih bogatstava dubokog podmorja. Niti jedna od navedenih država do sada nije obznanila svoju namjeru da neće postati strankom Konvencije iz 1982. Naprotiv, nastavile su sudjelovati u aktivnostima povezanim s budućom primjenom Konvencije o pravu mora.

Suočena s takvim razvojem događaja Opća skupština UN usvojila je 14. prosinca 1983. Rezoluciju kojom poziva sve zemlje da se "suzdrže od poduzimanja akcija uperenih na potkopavanje Konvencije ili lišavanja njenih predmeta i ciljeva".⁷ Rezolucija je bila usvojena sa 136 glasova za, samo dva glasa protiv i šest suzdržanih. Među zemljama koje nisu glasale u prilog Rezolucije nalaze se i neke od država u pitanju.⁸

Između navedenih država neke, poput Francuske, nisu nikad potpisale niti ratificirale Bečku konvenciju o pravu ugovora. Ako bi obveza sadržana u čl. 18. predstavljala samo ugovornu obvezu, ona ne bi vezivala te države.⁹ Međutim, u slučaju da je obveza poštivanja predmeta i cilja ugovora pravilo općeg međunarodnog prava, tada bi sve navedene države kršile tu svoju međunarodnopravnu obvezu.

Ovaj će članak pokušati dati odgovor na ovo pitanje. Budući da je problem vezan i uz pitanje značaja potpisivanja ugovora u međunarodnom pravu, potrebno je najprije ispitati pravni značaj i učinke potpisa pod rezervom ratifikacije.

⁵ McDADE, P.V.: *The Interim Obligation between Signature and Ratification of Treaties*, 32 Netherlands International Law Review (N.I.L.R.) 1982, str.9. i sl. DEGAN, V.Dj.: *Zakonodavstvo industrijski razvijenih država o dubokomorskom rudarstvu i Konvencija UN o pravu mora iz 1982.*, 109-112 Usporedno pomorsko pravo i pomorska kupoprodaja (U.P.P.P.K.) 1986, str.46-90.

⁶ "Agreement concerning Interim Arrangements relating to Polymetallic Nodules of the Deep Seabed Matters" i "Provisional Understanding regarding Deep Seabed Matters". V. također i D'AMATO, A.: *An Alternative to the Law of the Sea Convention*, 77 American Journal of International Law (A.J.I.L.) 1983, str.257-280.

⁷ UN GA Res. 38/59a

⁸ Protiv su glasale SAD, dok su suzdržane bile Belgija, Bolivija, SR Njemačka, Izrael, Italija i Velika Britanija.

⁹ Cf. VIERDAG, E.W.: *The Law governing Treaty Relations between Parties to the Vienna Convention and States not Parties*, 76 A.J.I.L. 1982, str.779-801

POTPIS UGOVORA POD REZERVOM RATIFIKACIJE

Značaj potpisa ugovora pod rezervom ratifikacije prošao je kroz radikalne promjene u povijesti međunarodnih odnosa. U prošlosti, dok su se ugovori zaključivali između samih glavara države (monarha), potpis je predstavljao uobičajeni način davanja pristanka vezanosti ugovorom. Ratifikacija je, s druge strane, predstavljala "čistu formalnost kojom je glavar države potvrđivao punomoć svog agenta".¹⁰ S promjenama koje su nastale nakon buržoaskih revolucija, od kojih su najznačajnije francuska i američka, i stvaranjem modernih demokratskih država, promijenila su se i gledišta o značaju same ratifikacije. Nova praksa država bila je izražena na Berlinskom kongresu 1878. godine:

"Ratifikacije, a ne samo potpis daju ugovorima njihovu konačnu vrijednost."¹¹

Ovakva nova praksa izazvala je različita mišljenja u doktrini međunarodnog prava o vrijednosti i važnosti potpisa pod rezervom ratifikacije, odnosno, "stvora li potpis obveze".¹²

S jedne strane nalazimo pisce koji poriču svaki pravni značaj tom aktu. Jedno od tipičnih stajališta nalazimo kod Coumula. On je tvrdio da "bez ratifikacije ugovor nije do li obećanje o činidbi".¹³ Quincy Wright, poznati američki međunarodni pravnik, otišao je i korak dalje tvrdeći da je "država koja je potpisala, ali ne i ratificirala neki ugovor, pravno u istom položaju kao i država koja nema ništa s tim instrumentom."¹⁴

S druge strane nalazimo autore koji su smatrali da se potpisu mora pridati neki pravni značaj¹⁵, te da se potpis ne može smatrati čistom formalnošću.¹⁶

¹⁰ McDADE, P.V., op.cit., bilj. 5, str.9. Za nekadašnje mišljenje da je uvijek postojala i dužnost ratifikacije v. JONES, J.M., *Full Powers and Ratification*, Cambridge 1946, str.66. i sl.

¹¹ MARTENS, *Nouveau Recueil Général* (N.R.G.) (2ème ser.) III, str.445. Cf. JONES, op.cit., bilj. 10, str.78. Usp. BLIX, *The requirement of Ratification*, 30 British Yearbook of International Law (B.Y.B.I.L.) 1953, str.352-380 koji tvrdi da je rezidualno pravilo potpisa ugovora. V. sudsku praksu: *Tacna Arica Case* u Reports of International Arbitral Awards, published by United Nations (R.I.A.A.) Vol. II i *Oder River Case*, Permanent Court of International Justice, Judgements, Orders and Advisory Opinions, (P.C.I.J. Publ.), Series A, No. 23, str.20.

¹² HOLLOWAY, K.: *Les réserves dans les traités Internationaux*, Paris 1958, str.63.

¹³ COUMOUL, G.: *Des conditions de validité des traités internationaux*, Toulouse 1911, str.156. Usp. HOIJER, O.: *Les Traités Internationaux*, Paris 1928, str.137.

¹⁴ WRIGHT, Q.: *Conflicts between International Law and Treaties*, 1 A.J.I.L.1917, str.568

¹⁵ JONES, op. cit., bilj. 10, str.81.

Rasprave koje su se vodile dobile su svoje autoritativno rješenje u Savjetodavnom mišljenju Međunarodnog suda povodom rezervi na Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida:

"Dok³ ugovor ne stupi na snagu, privremeni položaj koji se stvorio potpisom daje potpisnici pravo da formulira, kao zaštitnu mjeru, prigovore koji i sami imaju privremeni značaj. Ovi će nestati ako potpisu ne uslijedi ratifikacija ili će postati efektivni ratifikacijom." ¹⁷

OBVEZE POTPISNICA POD REZERVOM RATIFIKACIJE

Dakle, potpis ugovora daje potpisnici određena privremena, ali ipak bitna, prava¹⁸, ali i neke obveze. Zbog svog privremenog značaja, s pravom se nazivaju i privremene obveze (engl. *interim obligation*). Kako je to rekao Lord McNair u svojem djelu o pravu ugovora:

"Mada potpisan ugovor kojemu je potrebna i ratifikacija ne može stupiti na snagu dok se ne razmjene ili ne deponiraju ratifikacije, ne smije se pretpostavljati da je potpis do ratifikacije bez ikakvog učinka. Postoji velika količina materijala ... koji pokazuje da su države koje su potpisale ugovor pod rezervom ratifikacije prihvatile određena ograničenja svojih sloboda u vremenu koje prethodi njegovom stupanju na snagu." ¹⁹

Prof. Guggenheim izrazio je načelo na sljedeći način:

"(Potpis) u pravilu još ne obvezuje državu potpisnicu... (međutim) to ne sprečava da se iz njega ne izvuku određene posljedice. Potpisnica u svakom slučaju ne smije poduzimati ništa što bi

¹⁶ GUGGENHEIM, P.: *Traité de Droit International Public*, 2ème ed., str.905. Usp. ROUSSEAU, Ch.: *Cours de Droit international public*, Paris 1959, str.46, prema kojem potpis "nije nego postupak kojim ovlašteni tehničari konačno zaustavljaju izraze nekog nacrtu." U svojim predavanjima na Haškoj akademiji Baladore Palieri dokazivao je da su pogrešna mišljenja prema kojima potpis ugovora nema pravnog značaja. BALLADORE PALIERI, *La formation des traités dans la pratique internationale contemporaine*, Recueil des Cours (R.C.A.D.I.) 1949, tome 74, str.469-544 na str.494-498. HOLLOWAY, K. op. cit., bilj. 12, str.75.

¹⁷ International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders (I.C.J. Reports) 1951, str.1. Usp. CAVARE, L.: *Le Droit international positif*, Tome II, 1969, str.96.

¹⁸ Tj. da stavlja prigovor na rezervu.

¹⁹ McNAIR, A.: *The Law of Treaties*, London 1961, str.199.

dovelo u opasnost kasnije izvršenje ugovora ... ili ga učinilo nemogućim." ²⁰

Isto načelo bilo je razrađeno u praksi država i međunarodnom pravosuđu.²¹ Neki ugovori sadržavali su odredbu poput čl. 38. Berlinskog općeg akta iz 1885. godine:

"Čekajući /da ugovor stupi na snagu/ Sile potpisnice ovog Općeg akta obvezuju se da neće prihvatiti niti jednu mjeru koja bi bila u suprotnosti s odredbama ovog Akta." ²²

Međutim, neki su, poput Harvardskog nacrta²³, smatrali da bi ovi ugovori, zbog njihovog ograničenog broja i posebnog predmeta²⁴, mogli spadati u posebnu grupu ugovora, koji su samo sadržavali ugovornu obvezu s istim sadržajem kao i načelo o kojem raspravljamo.²⁵

Što se tiče međunarodne jurisprudencije, već smo rekli da ona nije previše bogata slučajevima. Uobičajena lista slučajeva koju citira većina autora započinje sa sporom s kraja XIX stoljeća *Ignacio Torres v. USA*.²⁶ U tom sporu između Meksika i Sjedinjenih država arbitar Lieber je smatrao da:

"Ako je mirovni ugovor potpisan s moralnom sigurnošću da će biti ratificiran, a jedna od zaraćenih strana je nakon toga dijelila zemlju koja je trebala biti ustupljena prije konačne ratifikacije, to

²⁰ GUGGENHEIM, P.: *Traité de Droit International Public* (2ème ed.), Vol. I, Genève 1967, str.155.

²¹ Za slučajeve pred nacionalnim sudovima v. McDADE, op.cit., bilj. 5, str.16-17. V. i VAN LOON, J.I.A.: *The Hague Conventions on Private International Law*, u *The Effect of Treaties in Domestic Law*, ed. JACOBS and ROBERTS, Vol. 7, London 1987, str.221-251 za slučaj iz 1986. god. pred Zajedničkim sudom Nizozemskih Antila i Arube.

²² De MARTENS, op. cit., bilj. 11, str.443.
V. također i: Protokol uz Konvenciju o kontroli trgovine oružjem i municijom od 10. rujna 1919. potpisan u St. Germain-en-Laye u HUDSON, *International Legal Legislation*, Vol. I, str.343. Ugovor je potpisala i Kraljevina SHS. V. i Washingtonski ugovor o ograničenju pomorskog naoružanja od 6. veljače 1922. u 25 League of Nations Treaty Series (L.N.T.S.) str.202. Cf. GLENNON, *The Senate Role in Treaty Ratification*, 77 A.J.I.L. 1983, str.275, n. 113 za primjere iz američke i britanske prakse.

²³ *Harvard Draft on the Law of Treaties*, 29 A.J.I.L. 1935 (Suppl.), str.653. na 786.

²⁴ Svi navedeni ugovori odnosili su se na ograničenje naoružanja.

²⁵ Usp. CAILIER, P.: *L'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but*, *Mélanges Dehousse*, Vol. I, str.31-37, na str.33. On zaključuje da i samo uključivanje ovakve obveze u tekst ugovora dokazuje kako se ne radi o pravilu općeg međunarodnog prava. Međutim, ovakav nam se zaključak ne čini dovoljno osnovanim.

²⁶ MOORE: *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Vol. IV, str.3798-3803.

bi svaki poštenu pravnik sigurno smatrao za fraudoloznu i nevažeću transakciju."

U sporu koji se ticao tumačenja čl. 260. Mirovnog ugovora iz Versaillesa, između Njemačke i Reparacijske komisije,²⁷ arbitraža je trebala odgovoriti na sljedeće pitanje: "Koji je datum potrebno uzeti u obzir za odlučivanje koje su koncesije i djelatnosti od javnog interesa predviđene čl. 260?" Arbitraža se nije direktno bavila i pitanjem "privremene obveze", ali je ipak dala posredan odgovor i na to pitanje:

"Iako arbitar ne može utvrditi kao opće pravilo da je, u slučaju da nema izričite odredbe, datum stupanja na snagu onaj na koji se odnose odredbe Ugovora, čini mu se ipak prirodnim misliti da je to taj datum, ako priroda odredbe u pitanju ne nameće drukčije rješenje... Ipak, arbitar bi želio naglasiti da je njemačka vlada priznala da bi bilo suprotno dobroj vjeri ako bi nakon potpisivanja poduzimala bilo kakve mjere kojima bi njemačka prava ili interese prenijela u nenjemački posjed prije stupanja Ugovora na snagu."

U sporu Megalidis protiv Turske²⁸ Turska je zaplijenila imovinu grčkog državljana iz banke u Smyrni samo nekoliko tjedana nakon potpisivanja Mirovnog ugovora iz Lausanne, ali prije njegova stupanja na snagu. Spor je rješavao mješoviti grčko-turski arbitražni tribunal, jedan od mnogih osnovanih nakon I svjetskog rata, i na vrlo je izričit način izrekao svoje mišljenje o obvezama između potpisivanja i ratifikacije:

"Između ostalog, jasno je da zaplijena nije mogla biti izvršena u cilju stjecanja predmeta, uzimajući da je načelo da već s potpisom ugovora i prije njegovog stupanja na snagu, postoji obveza strana ugovornica da ne poduzimaju ništa što bi štetilo ugovoru umanjujući domet njegovih odredaba... Zanimljivo je napomenuti da je ovo načelo - koje je ustvari samo izraz dobre vjere koja je osnov sveg prava i svih konvencija - primjenjeno u izvjesnom broju različitih ugovora i, između ostalih,..., u nedavno zaključenoj konvenciji između Turske i Italije."²⁹

Problem je bio postavljen i pred Tripartitnom odštetnom komisijom (SAD, Austrija i Mađarska), osnovanom sporazumom od 26. studenog 1924. godine.³⁰ U sporu Louis John Hois (SAD) protiv Austrije i Wiener Bank-Verein (1928), podnositelj zahtjeva je tvrdio da je "uz pomoć 'izuma'

²⁷ R.I.A.A. Vol. I, str.439, na str.522-523.

²⁸ *Recueil des decisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, Vol. 8, str.386-398.

²⁹ *Ibid.*, str.395.

³⁰ R.I.A.A. Vol. I, str.205 i sl.

sudskog depozita, banka, u skladu s austrijskim unutrašnjim zakonom na snazi u Austriji, a u izričitu svrhu da se zaštiti od odredaba o *Clearing Office* iz Ugovora iz St. Germaina koji je bio potpisan, ali nije stupio na snagu, dužnik prekršio samu svrhu tog Ugovora." ³¹

Međutim, Komisija je, ne negirajući načelo, odbacila navedene argumente smatrajući da na austrijskoj strani nije bilo *mala fide* budući da "Austrija nije mogla predvidjeti da Sjedinjene Države neće na kraju postati stranka Ugovora iz St. Germaina koji su potpisale." ³²

I sam Stalni sud međunarodne pravde imao je prilike da se izjasni o ovom načelu. Nažalost, propustio je da se o njemu izjasni na nedvojben način. U sporu o nekim njemačkim interesima u poljskoj Gornjoj Šleskoj³³ Poljska je tvrdila da je Njemačka otuđila svoju imovinu na spornom području u vrijeme dok je Mirovni ugovor iz Versaillesa bio potpisan, ali još nije stupio na snagu, te da je time Njemačka prekršila međunarodno pravo. Tvrdila je također i da postoji *bona fide* obveza koja zabranjuje otuđivanje imovine u vremenu između potpisivanja i ratifikacije ugovora. Međutim, Sud nije smatrao potrebnim ulaziti u pitanje "jesu li se i u kolikoj mjeri potpisnice ugovora dužne suzdržati od čina koji bi mogli priječiti izvršenje nakon ratifikacije."³⁴ Naime, niti sam ugovor nije nametao Njemačkoj dužnost da se suzdrži od otuđivanja imovine. U svakom slučaju, naveo je dalje Sud, "zloupotreba se ne može pretpostaviti i ostaje na stranci koja tvrdi da je do takve zloupotrebe došlo da dokaže svoju tvrdnju." ³⁵

Kako vidimo, svi navedeni slučajevi bavili su se mirovnim ugovorima.³⁶ Neki autori su toj činjenici dali veliku težinu. Tako Cahier drži da su u slučaju mirovnih ugovora pobijeđene države morale ratificirati ugovor, dok u pogledu ostalih ugovora države nikad ne znaju sa sigurnošću hoće li njihovi partneri ratificirati potpisani ugovor ili ne.³⁷ Stoga, kaže on, sudska praksa ne potvrđuje postojanje pravila koje bi

³¹ Ibid., str.264-265.

³² Usp. isto zaključivanje u sporu *First National Bank of Boston (U.S.) v. Austria and Wiener Bank* od 9. studenog 1928, ibid., str.266-268.

³³ *German Interests in Polish Upper Silesia Case*, P.C.I.J. Publ. 1926, Series A, No.7, str.37.

³⁴ Ibid., str.39

³⁵ Loc. cit.

³⁶ Usp. VILLIGER, M. *Customary International Law and Treaties*, 1985, str.315, koji s pravom zaključuje da je načelo bilo "stimulirano" Versajskim mirovnim ugovorom.

³⁷ CAHIER, op. cit., bilj. 25, str.34. U suprotnom, države se ne bi ponašale u dobroj vjeri.

nalagalo državama da se između potpisivanja i stupanja na snagu ugovora suzdrže od čina koji bi bili u suprotnosti s odredbama ugovora.³⁸ Međutim, smatramo da ovaj argument nije odlučujući. Činjenica da se sudovi nisu izjašnjavali o nekom pravilu, ne znači nužno i da takvo pravilo ne postoji. To može jednostavno značiti da međunarodni sudski organi nisu imali dovoljno prilika da se izjasne o ovom pravilu ili, u krajnjem slučaju, da pravilo nije bilo dovoljno sazrelo u vrijeme donošenja odluke.

Pa ipak, i iz ovakve, relativno oskudne prakse, može se izvući nekoliko osnovnih značajki. Prvo, sudovi su potvrdili značaj potpisa pod rezervom ratifikacije. Drugo, ugovori koji su potpisani, ali ne i ratificirani, nisu na snazi i stoga ih potpisnice nisu dužne primjenjivati.³⁹ Međutim, takve ugovore države potpisnice moraju poštivati na temelju načela dobre vjere ili zabrane zloupotrebe prava.⁴⁰

Privremena obveza ne može se tumačiti kao retroaktivna primjena niti ugovora niti ratifikacije.⁴¹ Njezinu osnovu treba tražiti u "općem međunarodnom pravu zbog potrebe da se zaštiti postignuti sporazum, tako da kad dođe vrijeme za ratifikaciju, stranke mogu valjano izraziti svoj pristanak da budu vezane situacijom bez straha da će loša vjera druge strane promijeniti *ratio* sporazuma." ⁴²

OBVEZE DRŽAVA KOJE SU POLOŽILE RATIFIKACIJSKU ISPRAVU

Položaj i pravne obveze država koje su položile ratifikacijsku ispravu, a za koje ugovor još nije stupio na snagu, ima nekih sličnosti, ali i razlika u odnosu na države koje su ugovor potpisale uz rezervu ratifikacije.

Osnovna sličnost sastoji se u činjenici da niti za ove države obveza nije konačna. Budući da ugovor nije stupio na snagu, one ga nisu dužne izvršavati. Međutim, za razliku od potpisa pod rezervom ratifikacije, ratifikacija predstavlja "međunarodni akt kojim država na međunarodnom planu izražava svoj pristanak da bude vezana ugovorom" (čl. 2. st. 1. toč.

³⁸ Ibid., str.35. On nadalje tvrdi da se u ovim sporovima "nije radilo o djelima koja bi za posljedicu imala lišavanje ugovora njegovog predmeta i cilja, već o djelima koja su bila u suprotnosti s nekim njihovim odredbama." Međutim, i on priznaje postojanje takve obveze u periodu između ratifikacije i stupanja na snagu ugovora, a na osnovi načela dobre vjere.

³⁹ O'CONNELL, *International Law*, Vol. I, str.222.

⁴⁰ Usp. McDADE, op.cit., bilj. 5, str.18. i VILLIGER, op. cit., bilj. 36, str.320.

⁴¹ JONES, *The Retroactive Effect of the Ratification of Treaties*, 29 A.J.I.L. 1935, str.51-65; OPPENHEIM-LAUTERPAHT, *International Law*, 8th ed., str.917.

⁴² McDADE, op. cit., bilj. 5, str.10-11.

b. Bečke konvencije). Ratifikacija prekida ono privremeno stanje koje je nastalo potpisom pod rezervom ratifikacije. Države koje su na taj način izrazile svoj pristanak imaju, prema definiciji prihvaćenoj u točki f) istog člana, položaj "država ugovornica". Tim izrazom označena je država koja je pristala biti vezana ugovorom, bez obzira na to je li ugovor stupio na snagu. Ipak, ta država nema položaj, odnosno, prava i dužnosti **stranke** ugovora. Naime, da bi govorili o stranci nekog ugovora potrebno je da odnosni ugovor stupi na snagu prema toj državi (toč. g).

Prema tome, država ugovornica nema obvezu izvršavanja ugovora koji još nije stupio na snagu. Međutim, slično kao i kod potpisanog ugovora, može se govoriti o dužnosti države da ne poduzima takve aktivnosti koje bi išle na štetu ugovora i njegovog budućeg izvršenja. To je stajalište čak i onih pisaca koji inače poriču postojanje privremene obveze.⁴³

OSNOVA PRIVREMENE OBVEZE

Mišljenje da se osnova privremene obveze nalazi u općem međunarodnom pravu nije općeprihvaćeno u znanosti međunarodnog prava. U Nacrtu Konvencije o pravu ugovora, koji je 1935. izradila Harvardska pravna škola,⁴⁴ čl. 9. sadržavao je sljedeći tekst:

"...Država, u čije je ime potpisan ugovor, nije dužna izvršiti stipulirane obveze prije nego ugovor stupi na snagu u odnosu na tu državu; u nekim okolnostima, međutim, dobra vjera može zahtijevati da će se država, dok ugovor ne stupi na snagu, kroz razumno vrijeme nakon potpisivanja, suzdržati od poduzimanja čina koji bi izvršavanje ugovorenih obveza za bilo koju stranku učinili nemogućim ili težim."

Znači, prema Harvardskom nacrtu, osnova obveze nalazi se u načelu dobre vjere. Međutim, prema komentaru uz ovaj član, obveza na temelju dobre vjere razlikuje se od one na temelju međunarodnog prava, budući da ona nema pravnih učinaka. U slučaju kršenja te obveze, država "može biti optužena za lošu vjeru ili može ugroziti svoje ime i reputaciju, ali ona ne postaje odgovorna za štetu zbog kršenja pravne obveze, budući da takva pravna obveza nije niti postojala."⁴⁵

⁴³ V. gore bilj. 38. i prateći tekst.

⁴⁴ V. bilj. 23.

⁴⁵ Ibid., str.788. U nastavku se kaže da "djela koja predstavljaju kršenje čl. 9. ne predstavljaju nužno lošu vjeru".

Za harvardske istraživače radilo se o **moralnoj** obvezi. To su mišljenje prihvatili i pisci poput Kelsena⁴⁶ i Alvareza⁴⁷.

Veća grupa autora smatra da je obveza poštivanja predmeta i cilja ugovora prije njegova stupanja na snagu utemeljena na načelu dobre vjere. Crandall je pisao da "dobra vjera privremeno obvezuje od dana potpisivanja u tom smislu da se niti jedna stranka ne može ... dobrovoljno staviti u položaj da se ne može ponašati u skladu s uvjetima koji su postojali u vrijeme potpisivanja ugovora."⁴⁸

Isti način razmišljanja nalazimo i kod takvih istaknutih autora kao što su prof. Charles Rousseau,⁴⁹ Lord McNair,⁵⁰ O'Connell⁵¹ ili domaći autor prof. Andrassy⁵². Prema Paulu Reuteru, obveza je proizašla iz načela dobre vjere, ali je naknadno postala zasebna norma međunarodnog običajnog prava.⁵³ On s pravom tvrdi da je privremena obveza poštivanja predmeta i cilja ugovora vezana uz širi problem sadržaja načela dobre vjere u zaključivanju ugovora.⁵⁴

Shodno tome, ako prihvatimo mišljenje da se osnova privremene obveze nalazi u načelu *bona fide*, tada će i njezin značaj, odnosno, odgovor na pitanje je li to pravna ili moralna obveza, ovisiti o značaju samog načela *bona fide*. Gledišta međunarodnopravne doktrine su vrlo

⁴⁶ KELSEN: *Principles of International Law* (2nd ed.), str.467: "Privremena obveza teško da ima više nego moralni značaj."

⁴⁷ ALVAREZ, A.: *Le Droit International Nouveau*, Paris 1959, str.496. Prema ovom autoru potpisan ali neratificiran ugovor ima "izvjesnu moralnu vrijednost."

⁴⁸ CRANDALL, *Treaties, Their Making and Enforcement* (2nd ed.), 1916, str.344. Slično i JONES, op. cit., bilj. 10, str.78.

⁴⁹ ROUSSEAU, Ch.: op. cit., bilj. 16, str.45.

⁵⁰ McNAIR, op. cit., bilj. 19, str.204.

⁵¹ O'CONNELL, op. cit., bilj. 39, str.222-3. Međutim, vidjet ćemo kasnije da on smatra da čl. 18. Bečke konvencije "izgleda da ide dalje od načela dobre vjere".

⁵² ANDRASSY, J.: *Međunarodno pravo* (7. izd.), str.339

⁵³ REUTER, P.: *Introduction au droit des traités*, 1972. str.62. Usp. CAPOTORTI, F.: *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Padova 1969, str.26, da je privremena obveza "korlativ načela dobre vjere". COT, J.P.: *La bonne foi et la conclusion des traités*, 1 Revue belge de droit international 1968, str.140-159. CIENG, B.: *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, 1953, str.111: "Čekajući ratifikaciju ugovora ... načelo dobre vjere zahtijeva da se svaka stranka suzdrži od akata koji bi štetili pravima - možda nesavršenim, ali ipak pravima - druge stranke, kako su ustanovljena potpisanim ugovorom. Akti koji krše načelo su fraudolozni i nevaljali u očima prava." V. i mišljenje BARTOŠA izraženo u raspravi u Komisiji za međunarodno pravo da ova je obveza "imala svoje porijeklo u načelu dobre vjere, ali je od tada postala pravna obveza." *Yearbook of the International Law Commission* (Y.B.I.L.C.) 1965, Vol. I, str.262.

⁵⁴ REUTER, op. cit., bilj. 53, str.79

različita i kreću se od potpunog odricanja do priznavanja pravnog karaktera tog načela.

Uz već navedene pisce koji načelu dobre vjere odriču pravni značaj, potrebno je navesti i stav E. Zoller, koja u svojoj monografiji posvećenoj načelu dobre vjere tvrdi da dobra vjera "nema nikakvog pravnog učinka. To nije pravno načelo nego upravo... 'jedan općeniti preduvjet' i ništa više."⁵⁵

Međutim, čini nam se da ovo mišljenje ne bi bilo prihvatljivo u svjetlu postojeće sudske i državne prakse, te stavu većine pisaca međunarodnog prava. Još je Stalni sud međunarodne pravde definirao načelo dobre vjere kao "osnovu sveg prava i svih konvencija",⁵⁶ dok je Komisija za međunarodno pravo smatrala da je načelo dobre vjere sastavni dio pravila *pacta sunt servanda* i uključila ga u isti član Bečke konvencije.⁵⁷ Ujedinjeni su narodi potvrdili to načelo u više instrumenata, od kojih su najvažniji čl. 2. Povelje UN i tzv. Deklaracija 7 načela iz 1970. godine.⁵⁸

Čini se da gledište prof. Yaseena, da je načelo *bona fide* jedno od općih načela prava čiji je pravni značaj potvrđen, bolje odražava današnji domašaj tog načela.⁵⁹ A ako je načelo *bona fide* pravno pravilo, tada se osnovano može prepostavljati da je takva i obveza koja iz tog načela proistječe. Blisko su tom razmišljanju i pisci koji osnovu privremene obveze vide u pravilu *pacta sunt servanda*.⁶⁰

Kod jedne grupe autora, a vidjeli smo ranije, i u dijelu jurisprudencije, nalazimo mišljenje da je osnova privremene obveze u teoriji o zloupotrebi prava (engl. *abuse of rights*, franc. *abus de droit*). Ova

⁵⁵ ZOLLER, E.: *La bonne foi en droit international public*, Paris 1977, str.350-354

⁵⁶ V. gore bilj. 28.Usp. CHENG op. cit., str.106: "Pravo ugovora je usko povezano s načelom dobre vjere, ako ne i uistinu temeljeno na njemu."

⁵⁷ Čl. 26. V. komentar Komisije uz čl. 23. Nacrta iz 1966. godine (Y.B.I.L.C. 1966, Vol. II, str.229). Usp. komentar Werner Morvaya da je za razliku od Harvardskog nacrta, obveza u čl. 15. Nacrta Komisije za međunarodno pravo navedena kao pravna obveza, a ne samo kao obveza *bona fide*. MORVAY, W.: *The obligation of a State not to Frustrate the Object of a Treaty Prior to its Entry into Force*, 27 *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht* (Z.a.öR.V.) 1967, str.451-462, (na str.458).

⁵⁸ Puni naziv deklaracije je Deklaracija načela međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i suradnji među državama u skladu s Poveljom Ujedinjenih naroda, Res. 2625 (XXV). Deklaracija govori o dužnosti djelovanja u dobroj vjeri. Usp. ZOLLER, op. cit., str.351: "...nema pravne obveze u međunarodnom pravu da se bude i djeluje u dobroj vjeri."

⁵⁹ YASEEN, M.: *L'interprétation des Traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités*, u R.C.A.D.I. 1976, t.151, str.1-141, na str.20. Isto tvrdi i COT, op. cit., bilj.53, str.40.

⁶⁰ ELIAS, T.O.: *The Modern Law of Treaties*, Leiden 1974, str.26.

teorija, za koju možemo reći da predstavlja korelativ teorije o dobroj vjeri, nastala je u francuskoj školi. Jedan od njezinih znamenitih predstavnika Anzilotti zastupao je mišljenje da se kod privremene obveze "ne radi o učinku ugovora kao takvog, nego o primjeni načela koji zabranjuju zloupotrebu prava."⁶¹ Lauterpacht je također prihvatio to gledište, ali uz rezervu da se o doktrini o zloupotrebi prava ne može odlučiti apstraktnim pravnim pravilom. U svakom slučaju to ovisi o okolnostima tog slučaja.⁶² Od suvremenih autora teoriju je prihvatio Rogoff.⁶³

Ova teorija ipak nema veći broj zastupnika u znanosti međunarodnog prava. Najvjerojatniji uzrok tome treba tražiti u činjenici da bi "dodatni zahtjev dokazivanja namjere drugih država učinilo privremenu obvezu gotovo besmislenom."⁶⁴ Teorija o zloupotrebi prava, naime, sadrži subjektivnu procjenu koja bi mogla "reducirati navedeno pravilo na čisto teoretski izraz."⁶⁵ A kako smo ranije prikazali, prema dobro utvrđenom stavu međunarodnih sudskih organa, zloupotreba se ne smije pretpostavljati i teret dokazivanja pada na onu stranku koja tvrdi da je do takve zloupotrebe došlo.⁶⁶

U svom članku o privremenoj obvezi Mc Dade predlaže da se osnova te obveze ne traži ni u teoriji o dobroj vjeri niti o zloupotrebi prava, već da treba ispitati "legitimna očekivanja koja je svaka država ovlaštena imati s obzirom na potpisani ugovor i ponašanje drugih država u odnosu na njega."⁶⁷ Točnija je tvrdnja da je predmet čl. 18. zaštita legitimnih očekivanja⁶⁸ ili da "čl. 18. daje konkretno značenje načelu dobre

⁶¹ ANZILOTTI, *Cours de droit international* (3ème ed.), Paris 1929, str.372-3.

⁶² LAUTERPACHT, H.: *The Development of International Law by the International Court*, London 1958, str.162-5. i 167.

⁶³ ROGOFF, A.M.: *The International Legal Obligation of Signatories to an Unratified Treaty*, 32 Maine Law Review 1980, str.284. On odbacuje načelo *bona fide* kao osnovu privremene obveze budući da to načelo "ne može državi nametnuti pravnu obvezu".

⁶⁴ McDADE, op.cit., bilj. 5, str.22.

⁶⁵ HOLLOWAY, K.: op. cit., bilj. 12, str.83.

⁶⁶ V. gore. Komisija za međunarodno pravo izostavila je pozivanje na subjektivni element, koju su sadržavali raniji nacrti.

⁶⁷ McDADE, op. cit., bilj. 5, str.21. Usp. SCELLE, G.: *Manuel de droit international public*, Paris 1948, str.618, koji govori o "*espoir légitime*".

⁶⁸ MARESCA, A.: *Il diritto dei trattati (La Convenzione codificatrice di Vienna del 23 Maggio 1969)*, Milano 1971, str.246-7: "Ta pravila teže da zaštite onu ravnotežu na temelju koje je došlo do sporazuma, i u pogledu koje je postignuto ovjeravanje teksta ugovora." Međutim, u nastavku, ovaj autor pogrešno zaključuje da se stav a) čl. 18. primjenjuje samo na dvostrane ugovore, dok bi se stav b) primjenjivao na višestrane.

vjere zaštićujući legitimna očekivanja u odnosima koji se stvaraju između država." ⁶⁹

Prema tome, moglo bi se zaključiti da je pravilo da su države dužne poštivati predmet i cilj potpisanog ugovora nastalo iz načela *bona fide*. Znači li to da je Bečka konvencija, uključujući to pravilo u svoj tekst, kodificirala postojeće pravo?

Prije negoli odgovorimo na ovo pitanje, potrebno je razmotriti i stavove Komisije za međunarodno pravo koja je izradila nacrt ne temelju kojeg je usvojena Bečka konvencija.⁷⁰

Korijene čl. 18. nalazimo već u prvim prijedlozima specijalnih izvjestilaca Komisije. Brierly u svom drugom izvještaju (čl. 7) podržava stav Harvardskog nacрта i smatra da se radi o moralnoj a ne pravnoj obvezi, te u svom sljedećem izvještaju predlaže njegovo brisanje.⁷¹ Lauterpacht, sljedeći izvjestilac, u svom prvom izvještaju ponovo uvodi privremenu obvezu u svom čl. 5. st. 2/b, navodeći da se radi o pravnoj obvezi.⁷² Takvo mišljenje zastupljeno je i u prvom izvještaju Fitzmauricea,⁷³ koji obvezu proširuje i na vrijeme trajanja pregovora.⁷⁴ Posljednji izvjestilac Komisije, koji je taj rad konačno priveo kraju, bio je još jedan britanski pravnik, Sir Humphrey Waldock. Započevši svoj rad 1962. godine, on je smatrao da postoji općeprihvaćen stav pisaca, podržan odlukama međunarodnih sudova, da je država dužna da se suzdrži od akcija uperenih na onemogućavanje ostvarivanja predmeta ugovora. Komisija se složila s tim prijedlogom, te je Nacrt iz 1962. godine sadržavao čl. 17. s naslovom "Prava i dužnosti država prije stupanja ugovora na snagu":

"1. Država koja sudjeluje u pregovorima, izradi ili prihvaćanju ugovora, ili koja je potpisala ugovor pod rezervom ratifikacije, ima obvezu u dobroj vjeri, ako i dok ne stavi na znanje da ne namjerava postati strankom ugovora, da se suzdrži od čina

⁶⁹ VILLIGER, M., op.cit., bilj. 36, str.321.

⁷⁰ Za iscrpan prikaz rada na Konvenciji v.ROSENNE, S.: *A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leyden 1970, naročito str.170-173.

⁷¹ *Yearbook of the International Law Commission (Y.B.I.L.C.)* 1951, Vol. II, str.73. i Y.B.I.L.C. 1953, Vol. II, str.54. V. Y.B.I.L.C. 1951, Vol. I, str.39. i sl. za raspravu članova Komisije, od kojih je većina podržala takav stav.

⁷² Y.B.I.L.C. 1953, Vol. II, str.108.

⁷³ Čl. 30. st. 1/c. Y.B.I.L.C. 1956, Vol. II, str.113, 122.

⁷⁴ Čl. 17. st. 2. Usp. spor oko jezera Lanoux (The Lac Lanoux Arbitration, *International Law Reports (I.L.R.)* 1957, Vol. 24, str.101. i sl.). Ova obveza ušla je i u konačan Nacrt Komisije (čl.15/a), ali nije prihvaćena na Konferenciji. Obveza je, prema prijedlogu, trebala postojati i u slučaju "kada je država pristala da uđe u pregovore radi zaključenja ugovora, dok su ti pregovori u tijeku."

uperenih na poništavanje predmeta ugovora, ako i kad ugovor stupi na snagu.

2. Dok ugovor ne stupi na snagu, a pod uvjetom da to stupanje na snagu nije previše odgođeno, ista će se dužnost odnositi i na državu koja je potpisom, ratifikacijom, pristupom, prihvatom ili odobrenjem izrazila svoj pristanak da bude vezana ugovorom."⁷⁵

Rasprava o navedenom članu u Komisiji, kao i primjedbe država, pokazale su da je, s izuzetkom dužnosti država za vrijeme trajanja pregovora, privremena obveza bila prihvatljiva većini država. To se konačno pokazalo i na samoj Bečkoj konferenciji o pravu ugovora, koja je predloženi tekst čl. 15. točke b) i c) Nacrta iz 1966. g. u nešto izmijenjenu obliku, usvojila jednoglasno sa 102 glasa.⁷⁶ Najznačajnija izmjena odnosila se na izostavljanje odredbe o potrebi dokazivanja namjere države da počini akte s takvim posljedicama koje bi bile protivne predmetu i cilju ugovora. Naime, na Konferenciji je delegacija Australije predložila da se ne dokazuje namjera države da poduzima čine "usmjerene na" uništavanje predmeta i cilja ugovora. Naprotiv, bilo bi dovoljno dokazati da su poduzeta djela imala takvu, objektivnu, posljedicu.⁷⁷

Na osnovi tako nedvosmisleno izraženog stava država može se prihvatiti mišljenje da je čl. 18. Bečke konvencije "kodificirao međunarodno pravo kakvo je postojalo u vrijeme prihvaćanja Bečke konvencije".⁷⁸

I razvoj nakon usvajanja Konvencije podržava ovakvo gledište. Mada nisu zabilježeni sporovi pred međunarodnim sudskim organima u

⁷⁵ Y.B.I.L.C. 1962, Vol. II, str.175.

⁷⁶ *Official Records*, Session 1969, Plenary, str.29. Valja napomenuti da su se SSSR i većina socijalističkih država suzdržale od glasanja o konačnom tekstu Konvencije, ali iz razloga koji nemaju utjecaja na našu temu. Kako navodi Talalacv, SSSR je glasao u prilog ovog člana, budući da odgovara "interesu očuvanja mira i razvoja međunarodne suradnje", TALALAEV, A.N.: *Mezđunarodniye dogovori v sovremennom mire*, Moskva 1973, str.48.

⁷⁷ Prije te intervencije, SAD su predložile izmjenu engleskog teksta "tending to frustrate" u "which frustrate". Prijedlog je imao upravo suprotnu svrhu, tj. naglašavanje subjektivnog elementa u ocjeni je li država izvršila takvu povredu. *Official Records* (1st Session) 1969, str.98.

⁷⁸ GLENNON, M.J.: op. cit., bilj. 22, str.274. Isto i VILLIGER, op. cit., bilj. 36, str.320, ROGOFF, op. cit., bilj. 62, str.284, McDADE, op. cit., bilj. 5, str.25. To mišljenje, međutim, ne prihvaća Sinclair, prema kojem čl. 18. "vrlo vjerojatno predstavlja barem djelomično progresivni razvoj". SINCLAIR, I.: *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, (2nd ed.), Manchester 1984, str.43. O'CONNELL, op. cit., bilj. 39, str.223, drži da "čl.18 izgleda da ide dalje od običajnog prava", budući da je, s jedne strane stroži (izostavlja upućivanje na okolnosti slučaja), a s druge blaži (odnosi se samo na zaštitu predmeta i cilja) od načela dobre vjere. Kako smo već ranije naveli, CAHIER to pravilo smatra potpunom inovacijom: "to je pravilo novo, ono ne odgovara ničemu u praksi država." (op. cit., bilj. 25, str.35).

kojima bi se primijenio čl. 18, postoji određena praksa država koja potvrđuje postojanje i običajnopравни status tog člana.⁷⁹

Godine 1975. je Savezni politički odjel Švicarske, u pravnom mišljenju o promjeni višestranog ugovora koji nije stupio na snagu, potvrdio i načelo sadržano u čl. 18.⁸⁰

Kanada je 1977. prizvala to pravilo u sporu protiv SAD, koji se ticao Recipročnog sporazuma o ribolovu koji još nije bio stupio na snagu, mada SAD nisu prihvatile Bečku konvenciju, ali su je potpisale.⁸¹

I same Sjedinjene Države, koje još uvijek nisu stranka Bečke konvencije, priznale su u više navrata običajni domašaj čl. 18. Američki državni sekretar je već 1971. godine, podnoseći Konvenciju predsjedniku Nixonu, napisao da je pravilo sadržano u čl. 18. "široko priznato u međunarodnom običajnom pravu".⁸²

1979. godine je njihov ambasador na Konferenciji UN o pravu mora izrazio svoj stav u pogledu pravnog značaja potpisivanja ugovora:

"Potpis služi samo kao preliminarni pokazatelj namjere da se postane strankom ugovora i, prema međunarodnom pravu, ne postavlja drugih obveza osim uzdržavanja od čina koji bi uništili predmet i cilj ugovora. Ova vrlo općenita obveza nastavlja se dok ne postane jasno da ta država više ne namjerava postati stranka tog ugovora."⁸³

⁷⁹ Pomalo čudno je da je svoju "primjenu", mada ne izrijeckom, našla upravo izostavljena toč. a) čl. 15. Nacrta iz 1966 (dužnost za vrijeme trajanja pregovora) i to u arbitraži Kuwait-Aminoil (International Legal Materials (I.L.M.) 1982, Vol. 21, str.1014), te u sporovima o Sjevernom moru (I.C.J. Reports 1969, str.47). Usp. i odvojeno mišljenje suca Lachsa u tim sporovima (ibid., str.227).

⁸⁰ 37 Schweizerische Jahrbuch der Inter. Recht 1977, str.150.i sl. Usp. i mišljenje nizozemske vlade o "opće prihvaćenim načelima međunarodnog prava da se potpisom ugovora država obvezuje na nepoduzimanje čina u suprotnosti s njim". 6 N.I.L.R. 1975, str.283-4.

⁸¹ 16 Canadian Yearbook of International Law 1978, str.366.

⁸² *Letter of Submittal from Secretary of State Rogers to President Nixon*, cit. prema TURNER, R.F.: *Legal Implications of Deferring Ratification of SALT II*, 21 Virginia Journal of International Law 1981, str.747-784.

⁸³ ROGOFF, op. cit., bilj. 62, str.282. Izjava je bila data u vezi s američkim zakonodavstvom o dubokomorskom rudarstvu, a ambasador je ujedno dao i garancije da "je zakonodavstvo koje je sada pred Kongresom izrađeno tako da bude u suglasnosti s eventualnom ratifikacijom i stupanjem na snagu za Sjedinjene Države ugovora o pravu mora. Podmorsko rudarstvo koje bude vršeno u skladu s njim neće ni na koji način poništiti predmet i cilj tog ugovora." Međutim, kao što je poznato, SAD su na kraju odustale od potpisivanja Konvencije o pravu mora. Rogoff u istom članku navodi i stavove i praksu SAD u vezi s ugovorom SALT II. Usp. RESTATEMENT (REVISED) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES (TENTATIVE DRAFT No. 1, 1980) Američkog pravnog instituta, koji također potvrđuje privremenu obvezu. Vrlo jasan stav izražen je i u memorandumu Roberta Owena, pravnog savjetnika američkog ministarstva vanjskih

I u praksi Evropske zajednice nalazimo potvrdu ovog pravila. Prema odredbama akta pod nazivom "Procedure for the Adoption of Certain Decisions and other Measures to be taken during the Period preceding Accession", koji je bio dodan Završnom aktu potpisanom kad i Ugovor o pristupu Danske, Norveške, Irske i Ujedinjenog Kraljevstva Evropskoj ekonomskoj zajednici i Evropskoj zajednici za ugljen i čelik, predviđene su mjere kojima se osiguravalo da "niti jedna strana neće poduzeti akcije koje bi poništile ili otežale postizavanje predmeta i cilja Ugovora o pristupu, odnosno, uvećavanje Evropskih zajednica."⁸⁴

Prema tome, može se reći da je pravilo sadržano u čl. 18. priznato u međunarodnoj praksi država i to kao pravno pravilo. Pri tom nije od značaja činjenica koju neki pisci spočitavaju tom pravilu, odnosno, nemogućnost osiguranja poštivanja te obveze.⁸⁵ Naime, osiguranje poštivanja može biti otežano činjenicom da predmetni ugovor nije na snazi, uključujući i njegove odredbe o mirnom rješavanju sporova, te druga strana nema efikasnog načina kojim bi osigurala poštivanje predmeta i cilja tog ugovora. Ta činjenica ne može umanjiti pravni značaj tog pravila.

SADRŽAJ PRIVREMENE OBVEZE

Nakon što smo utvrdili da postoje dovoljni argumenti u prilog tvrdnji da je pravilo sadržano u čl. 18. Bečke konvencije dio općeg međunarodnog prava, te da prema tome djeluje *erga omnes*, potrebno je utvrditi i sam sadržaj te obveze.

Prije svega, budući da se ne radi o primjeni ugovora koji još nije stupio na snagu, jasno je da države nemaju obvezu izvršavanja tog ugovora. Iz te činjenice, a i iz samog teksta članka 18, slijedilo bi da države u tom periodu imaju samo negativnu dužnost, odnosno, dužnost nečinjenja.⁸⁶

poslova (U.S. Department of State Legal Advisor), 1980. godine: "...rastući broj predmeta koji smatraju Bečku konvenciju dokazom suvremenog običajnog međunarodnog prava čini jasnim da je, bez obzira na sumnje koje su možda postojale u prošlosti, pravilo izraženo u čl. 18. Bečke konvencije, postalo pravna obveza koja vezuje sve države." (cit. prema TURNER, op. cit., bilj. 82, str.768).

⁸⁴ SINCLAIR, I., op. cit., bilj. 78, str.43.

⁸⁵ Usp. MORVAY, op. cit., bilj. 78, str.459.

⁸⁶ COT, op. cit., bilj. 53, str.155, ROGOFF, op. cit., bilj. 62, str.297. Međutim, Villiger smatra da bi ova dužnost mogla biti i aktivna, ako bi to bilo nužno za ostvarenje predmeta i cilja ugovora. VILLIGER, op. cit., bilj. 36, str.322.

Dužnost iz čl. 18. odnosila bi se isključivo na predmet i cilj ugovora, a ne na cijeli ugovor.⁸⁷ Značenje tog izraza nije sasvim jasno u doktrini međunarodnog prava, budući da se različito koristi, kako u doktrini, tako i u jurisprudenciji. Najčešće se koristi u značenju *ratio legis* ugovora, kako ga je definirao i Međunarodni sud u svom Savjetodavnom mišljenju o rezervama na Konvenciju o genocidu.⁸⁸ U sporu između Nikaragve i SAD Međunarodni sud je također razmatrao i problem predmeta i cilja ugovora.⁸⁹ U tom je sporu Nikaragva, između ostalog, tvrdila da su Sjedinjene Države prekršile dužnost poštivanja predmeta i cilja Ugovora o prijateljstvu, trgovini i plovidbi iz 1956. godine. Sud je potvrdio da je svrha takvog ugovora razvoj prijateljskih odnosa, ali uz rezervu da se "mora praviti razlika, čak i u slučaju ugovora o prijateljstvu, između široke kategorije neprijateljskih čina i uže kategorije čina koji smjeraju ukidanju predmeta i cilja ugovora. Taj predmet i cilj ugovora je efektivno ostvarenje prijateljstva u specifičnim područjima predviđenima ugovorom, a ne prijateljstvo u širokom općem značenju."⁹⁰

Predmet i cilj ugovora nisu, prema tome, samostalna kategorija, oni proizlaze iz teksta samog ugovora⁹¹ i predstavljaju objektivni izraz razloga koji su motivirali stranke na zaključenje tog ugovora.⁹²

Pojam djela za koja se može reći da ukidaju predmet i cilj nekog ugovora također nije sasvim jasan. U znanosti međunarodnog prava postoje različita gledišta o tome kakva su ta djela. Stariji pisci smatrali su da se radi o djelima koja onemogućavaju ili otežavaju izvršenje ugovora⁹³, dok se u novijoj literaturi govori o djelima koja izvršenje čine besmislenim.⁹⁴ Američki pisci smatraju, u pravilu, da se radi o djelima koja su protivna

⁸⁷ engl. *object and purpose*, franc. *l'objet et le but*, rus. *objekt i celj*.

⁸⁸ v. gore bilj. 17.

⁸⁹ *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Merits), Judgement, I.C.J. Reports 1986, str.14, na str.135. i sl.

⁹⁰ Ibid., para. 273.

⁹¹ V. gore, bilj. 33 i prateći tekst za stav Stalnog suda Međunarodne pravde.

⁹² Usp. YASEEN, op. cit., bilj. 59, str.57: "... upotrebljavajući zajedno dva izraza predmet i cilj, Bečka konvencija je htjela naglasiti kriterij koji stvaraju razumno kombinirana značenja ta dva izraza. Taj kriterij dakle može biti: ono što su stranke željele postići u granicama normi koje su formulirale. Upotreba izraza predmet zajedno s izrazom cilj mogla bi biti također i garancija više protiv ekstremnog teleološkog tumačenja."

⁹³ GUGGENHEIM, op. cit., bilj. 16, str.155, ROUSSEAU, op. cit., bilj. 16, str.45. McNAIR detaljnije opisuje takva djela kao ona koja će "umanjiti vrijednost bilo koje imovine ili drugih prava koja bi bila prenijeta ili bilo kojih prava koja bi bila stvorena kada ugovor započne djelovati".

⁹⁴ VILLIGER, op. cit., bilj. 36, str.322.

svrsi ugovora, a po svom karakteru su "ireverzibilna", dakle, ne mogu se popraviti.⁹⁵

Moglo bi se reći da između ovih stajališta i nema bitnijih razlika. U svakom slučaju, radi se o djelima koja na takav način mijenjaju okolnosti koje su postojale u vrijeme zaključenja ugovora, da su nestali razlozi koji su naveli državu da taj ugovor zaključi. Razlozi se procjenjuju na objektivni način, kroz predmet i cilj ugovora kako su oni navedeni u tekstu ugovora.

Trajanje obveze određeno je njenim privremenim karakterom. Ovo je u skladu s navedenim mišljenjem o prirodi potpisa, koji stvara samo privremeno stanje.⁹⁶ Ono prestaje bilo polaganjem ratifikacijske isprave ili njenim propuštanjem.

Prema čl. 18. toč. a), država može okončati svoju obvezu tako da "očituje svoju namjeru da ne postane stranka ugovora". Član ne obrazlaže pitanje taj izraz, te se može postaviti pitanje na koji način država može očitovati tu svoju namjeru.

Najjednostavniji i najjasniji način bio bi, naravno, da država to učini putem jednostrane notifikacije svim drugim ugovornicama u kojoj bi ovlaštenu predstavnik države jasno izrazio stav svoje vlade da ne namjerava postati stranka ugovora kojeg je potpisala.

Međutim, države ponekad izbjegavaju da svoj stav izraze na nedvosmislen način. Stoga se u doktrini postavilo pitanje može li se to učiniti konkludentnim radnjama, i ako da, koje bi radnje bile dopuštene. Naime, jedan od kritičara odredbe čl. 18. spočitava joj taj nedostatak da država može učiniti svoju namjeru jasnom upravo kršenjem predmeta i cilja potpisanog ugovora.⁹⁷ Takvo tumačenje odredbe čl. 18. ne čini nam se prihvatljivo, budući da bi ono činilo čitavu odredbu besmislenom i apsurdnom. A prema općeprihvaćenim pravilima o tumačenju, tekst ugovora se ne bi smio tumačiti na način koji dovodi do apsurdnih rezultata ili čini tekst besmislenim. Stoga je opravdanije mišljenje onih

⁹⁵ V. TURNER, op. cit., bilj. 82, str.747: Član 18. "ne nameće obvezu ponašanja u skladu sa svakim izrazom ugovora. Umjesto toga, pravilo stvara obvezu nepoduzimanja nepovratnih čina suprotnih svrsi ugovora." Raspravljajući o obvezama SAD koje proizlaze iz neratificiranog ugovora SALT II, on tvrdi da su dopuštena povećanja naoružanja i u suprotnosti s tim ugovorom, pod uvjetom da se ne radi o istraživanjima novih oružja, budući da se saznanja o njima ne mogu poništiti. Usp. GLENNON, op. cit., bilj. 22, str.275. V. također i para 314. Draft Restatement (v. gore, bilj. 82).

⁹⁶ V. gore, bilj. 17. i prateći tekst.

⁹⁷ CAHIER, op. cit., bilj. 25, str.35.

pisaca koji smatraju da država može izraziti svoju namjeru konkludentnim radnjama, ali ne takvima koje bi ukidale predmet i cilj ugovora.⁹⁸

Što se tiče trajanja obveze prema toč. b) čl. 18, ona prestaje ili stupanjem na snagu ugovora ili protekom vremena nakon kojeg se može reći da je ratifikacija "bezrazložno odgođena" (engl. *unduly delayed*, franc. *undument retardée*). Dok je prvi uvjet jasan, to se ne može reći i za drugi. Konvencija ne definira pojam "bezrazložno odgođena",⁹⁹ budući da niti jedan od prijedloga na Konferenciji nije bio prihvaćen. Prijedlozi su išli u rasponu od 10 godina (Waldock) do 12 mjeseci (Argentina, Ekvador i Urugvaj) i oba su bila odbačena velikom većinom glasova.¹⁰⁰ Međutim, čak i da je bio prihvaćen neki rok, taj bi vezivao isključivo stranke Bečke konvencije kao ugovorno pravilo, budući da nema dokaza o prihvaćenosti bilo kakvog roka u međunarodnom pravu.

Protek vremena je, znači, relativan i zavisit će od okolnosti slučaja. Razumno rješenje bilo bi ostaviti svakoj državi ugovornici da sama odluči hoće li se i dalje smatrati vezana svojom ratifikacijom ili neće. Smatramo da država ima pravo povući svoju ratifikaciju i prije stupanja na snagu ugovora, naravno u skladu s međunarodnim pravom.¹⁰¹ Naime, ako se to pravo priznaje državama-strankama ugovora, prema uvjetima čl. 56. Bečke konvencije, moralo bi se to pravo priznati i državama čija obveza još nije potpuna.

U slučaju da smatra da je ratifikacija više ne veže, najvjerojatnije bi takva država imala istu obvezu kao i u slučaju toč. a), tj. obvezu da obznani taj svoj stav. Iako sam član 18. toč. b) ne predviđa takvu obvezu, sigurnost pravnog prometa mogla bi to zahtijevati od države u pitanju, a to bi ujedno bio i najsigurniji način da izbjegne svoju međunarodnopravnu odgovornost.

⁹⁸ McDADE sugerira da bi "najjasniji način izražavanja namjere da se ne ratificira bio ili to reći ili u krajnjoj liniji suzdržati se od korištenja ili uživanja bilo kakvih povlastica koje bi ugovor nudio." (op. cit., bilj. 5, str.24). Prema GLENNONU, namjera SAD može se deducirati iz neaktivnosti Senata (op. cit., bilj. 22).

⁹⁹ Waldock je u svom prvom izvještaju govorio o "nerazumno odgođenoj ratifikaciji" (čl. 12, st.3/b).

¹⁰⁰ Y.B.I.L.C. 1965, Vol. I, str.87. i sl.; *Official Records* (1968), str.99. i sl.

¹⁰¹ KADHUM, F.: *La dénonciation unilatérale des traités internationales*, (Thèse), Montpellier 1978, str.243-268. Na str.617. ovaj pisac zastupa gledište da je i ovo pravo podvrgnuto načelu *bona fide*. Usp. CAHIER, op. cit., bilj. 25, str.36.

Summary

THE LIABILITY OF OBEYING THE OBJECT AND PURPOSE OF THE TREATY BEFORE ITS COMING INTO FORCE

The author deals with the problem of the International Law of Treaties in relation to the provision of Article 18 of the Vienna Convention in the Law of treaties (1969.) According to this provision member states under ratification, as well as those which ratified the treaty (which is not yet in force) should restrain from acts which would deprive the treaty of the object and goal. This obligation is of temporary character and lasts until coming into force.

The problem is actualized in a new situation associated with the UN Convention on Maritime Law 1982. Namely, some of the member states issued one-sided regulations or became parties to new treaties which are contrary to the object and purpose of the provisions of this Convention on Deep Sea Mining.

The author proves that the provision of Article 18 is a rule of general international law based on the concept of good faith, and so these states broke their international obligation.

VRIJEME IZVRŠENJA NOVČANE OBVEZE KOD ELEKTRONIČKOG TRANSFERA NOVCA U MEĐUNARODNIM POSLOVNIM TRANSAKCIJAMA

Mr. EDITA ČULINOVIĆ-HERC, asistent
Pravni fakultet u Rijeci

UDK: 347.7+336.77
Izvorni znanstveni rad
Ur.: 24.11 1992.

Primjena informatičke tehnologije u bankarstvu revolucionirala je operaciju plaćanja. Specifičnosti elektroničkog transfera novca uzrokovane tehnološkom pozadinom transakcije (brzina odvijanja, relativna impersonalnost, minimaliziranje ljudske intervencije) kao i načinom njezine realizacije u međunarodnim plaćanjima (veliki broj sudionika, uključivanje specijaliziranih agencija za prijenos financijskih poruka) iziskuju potrebu konzultiranja kako je problem vremena izvršenja novčane obveze riješen u komparativnom i domaćem zakonodavstvu jer će se ta tradicionalna pravila vjerojatno pojaviti kao pravno vrelo za rješavanje istog pitanja kod elektroničkog transfera novca. Nadalje, ta je pravila potrebno suprotstaviti rješenjima koja su za ovu specifičnu oblast nastala u praksi međunarodnih plaćanja tj. disperziranim izvorima autonomnog podrijetla, kao i neprekidno rastućim "soft law"-om nastalim pod okriljem UNCITRAL-a i sličnih "formulating agencies". Presjek aktualnog stanja u ovoj oblasti namjeravamo zaokužiti iznošenjem najvažnijih slučajeva u inozemnoj judikaturi.

UVOD

Elektronički bi transfer novca bi u smislu arhitektonike obveznog prava označavao način izvršenja novčane obveze. Pri tome treba imati na umu da većina zakonodavstava podržava shvaćanje da se novčana obveza u pravnom smislu te riječi može uspješno izvršiti jedino ako je učinjena u

novcu koji je zakonsko sredstvo plaćanja u mjestu ispunjenja novčane obveze ("*legal tender*"). To je novac koji je zakonodavac definirao kao novac. Potreba definiranja novca u pravnom smislu riječi nameće se uslijed toga što funkciju novca preuzimaju danas oni pojavni oblici koji nisu novac u naprijed iznesenu značenju.

Svi ti oblici koji u suvremenom platnom prometu funkcioniraju kao novac, iako nemaju to svojstvo u pravnom smislu riječi, nazivaju se jednim imenom bankarskim novcem ("*Bank money*"; "*monnaie scripturale*"; "*Buchgeld*"). Bankarski račun stoga nije novac, nego dug koji banka ima prema svojem klijentu, plativ na zahtjev. Mjenica nije novac, ona traži da trasat plati određenu sumu novca¹. Novac nije isto što i kredit. Činjenica da "*bank money*" funkcionira kao novac ne dokazuje da je to nužno i uvijek novac.

Ipak, odvijanje bankarskih transakcija nezamislivo je bez bankarskog novca. Plaćanje gotovim novcem vrlo je rijetko u međunarodnim transakcijama. Fizički prijenos novca sve se više izbjegava zbog izraženog rizika krađe². Mnogi ekonomisti, trgovci, a dijelom i pravnici zalažu se za fleksibilnije poimanje novca³. Pozitivno pravo, međutim, ne ostavlja alternativu jer vjerovnik ima pravo odbiti ponuđenu isplatu ako ona nije data u novčanicama koje su zakonsko sredstvo plaćanja. Vrijedi međutim i obrnuto, postoji prisilna obveza vjerovnika da primi takav novac na ime namirenja svog potraživanja. Kako je novac u današnje vrijeme nekonvertibilan u zlato, za njega se kaže da ima prisilni kurs ("*forced issue*", "*Fiatgeld*", "*cours force*")⁴.

S obzirom na građanskopravni učinak prisilnog kursa, postavlja se pitanje na koji način se pravno obrazlaže namirenje obveze bankarskim novcem. Smatra se da je za takav način izvršenja novčane obveze potrebna suglasnost vjerovnika, koja može biti izričita i prešutna⁵. U poslovnom svijetu smatra se da postoji prešutna suglasnost vjerovnika da se plaćanje izvrši bankarskim novcem, ako je vjerovnik dužniku dao do

¹ MANN, F.A. *The Legal Aspects of Money*, Oxford, 1982, str.5.

² PENNEY/BAKER. *The Law of Electronic Funds Transfer System*, Boston, 1980, str.24-3.

³ MANN, op.cit. u bilj.1, str.6.

⁴ U nas vidi: ROSENBERG, Lj. *Pravo međunarodnih plaćanja u poslovnim transakcijama I*. Zagreb, 1972, str.7. i EISNER, B. *Međunarodno privatno pravo I*. Zagreb, 1953, str.242.

⁵ SCHÖNLE, H. *Commentaire du projet de resolution du comité de droit monétaire. Concernant l'harmonisation des dispositions légales nationales et des conventions internationales régissant le moment de l'exécution d'une dette d'argent (temps de paiement)*. International Law Association, Paris, 1984, str.163.

znanja broj svog računa⁶. Ako je vjerovnik dužnika upoznao s brojevima više svojih računa, a nije indicirao na koji želi da se plaćanje izvrši, dužnik ima pravo izbora⁷. U jednoj njemačkoj sudskoj odluci došlo je do izražaja shvaćanje ako je broj vjerovnikovog računa sadržan na njegovom memorandumu ili nekom drugom dokumentu, smatra se da je vjerovnik pozvao ili barem dopustio svom dužniku da izvrši novčanu obvezu plaćanjem na taj račun⁸. U Velikoj Britaniji ne postoji odluka koja bi takvo ponašanje vjerovnika tumačila kao odricanje od plaćanja zakonskim sredstvom plaćanja⁹.

Ako se, dakle, vjerovnik suglasio s time da se plaćanje izvrši putem bankarskog novca, onda takvo plaćanje označava ujedno i izvršenje novčane obveze. Takvo izvršenje obveze ne treba smatrati davanjem nečeg drugog što inicijalno nije ni bilo u namjeri stranaka, već kao prestaciju koja prihvaćena umjesto prvotne ("*datio in solutum*") upravo s ciljem izvršenja obveze ("*datio solvendi causa*")¹⁰.

Elektronički transfer novca nalogom za plaćanje bankarski je novac u pravnotehničkom smislu, iako on za razliku od mjenice ne mora biti u obliku pismene isprave. Prema tome, i za njega vrijedi da se vjerovnik treba suglasiti o takvom izvršenju novčane obveze.

1. ODABIR PREDMETA IZLAGANJA I PROBLEM PRIMJENE PRAVNIH VRELA

Smatrajući da se nalazimo u domeni obveznog prava koje tretira problem načina izvršenja novčane obveze u ovom radu namjeravamo rasvijetliti problem vremena izvršenja novčane obveze kada do izvršenja dolazi posredstvom elektroničkog plaćanja. Istraživanje problema vremena izvršenja novčane obveze posredstvom elektroničkog plaćanja ograničit ćemo po opsegu na plaćanja kod međunarodnih poslovnih transakcija, kod kojih elektronički transfer novca provode banke bilo za svoj račun ili račun svojih klijenata-osoba koje obavljaju privrednu djelatnost¹¹ za plaćanja u

⁶ loc.cit.

⁷ loc.cit.

⁸ MANN, F.A. op.cit. u bilj.1, str.74.

⁹ loc.cit.

¹⁰ SCHÖNLE, H. op.cit. u bilj.5, str.163.

¹¹ U američkoj pravnoj doktrini u upotrebi je izraz "*corporate customers*" što je razlikovni kriterij prema "*consumer customers*", pa stoga i prema "*consumer transfers*". Vidi EFFROS, R. *A Primer on Electronic Funds Transfer*. u: *Studies in Transnational Economic Law*, Vol.6, The Law of International Trade Finance, ur. N.Horn, Kluwer, Deventer, 1989, str.164.

međunarodnim poslovnim transakcijama. Oni mogu biti inicirani radi izvršenja novčane obveze iz ugovora s inozemnim partnerom, a može se raditi i o tzv. vlastitim transferima, koje klijent inicira s vlastitog računa kod jedne banke na vlastiti račun kod druge banke, ovisno o postojanju povoljnijih financijskih uvjeta. Radi se o "komercijalnim transferima" s inozemnim elementom¹². Operativni instrument za odvijanje elektroničkog transfera novca jest nalog za plaćanje¹³.

Komercijalne je transfere potrebno promatrati izdvojeno iz cjelokupnog fenomena elektroničkog transfera novca i to stoga što je komercijalnim transferima suprotstavljen pojam potrošačkih transfera. Kao što samo ime ukazuje, to su posebne pogodnosti koje je banka razvila u poslovanju sa širokom publikom, koji su prilagođeni korisniku načinom upotrebe, a kojima se ostvaruju specifični ciljevi. Neki od tih ciljeva su omogućavanje potrošačima da jednostavne bankarske operacije obavljaju i bez prisustva bankarskih činovnika, kao i da mogu koristiti bančine usluge izvan radnog vremena¹⁴. Komercijalne transfere potrebno je promatrati izdvojeno od potrošačkih zbog različitih kriterija primjene pravnih pravila. Pokretači su komercijalnih transfera privrednici od kojih se zahtijeva veća

¹² Kriterij inozemnosti nije predmet opće suglasnosti. Prevladava shvaćanje da je kriterij inozemnosti zadovoljen kada se banka inicijatora transfera (nalogodavca) i banka korisnika nalaze u različitim zemljama. To je i shvaćanje UNCITRAL-a. Pripadnost valute plaćanja zemlji različitoj od one u kojoj se obje banke nalaze ne bi bila dostatna. Međutim, to ne vrijedi ako su u pitanju poslovni ogranci banaka u inozemstvu, jer se oni tretiraju kao posebne banke. Detaljnije o problemima kriterija inozemnosti vidi u: UNCITRAL, A/CN.9/WG.IV/WP.46, str.4-7. UNCITRAL-ov predložak prihvaća dakle u pogledu državne pripadnosti pravne osobe teoriju stvarnog sjedišta. O toj i drugim teorijama vidi KATIČIĆ, N. *O priznanju pravnih osoba*. Oglеди o međunarodnom privatnom pravu, Zagreb 1971, str.147-155.

¹³ U originalu: "payment order", "ordine di pagamento", "der Zahlungsauftrag". Sugeriraju se i drukčiji prijevodi. Tako npr. "nalog za odobrenje" kod VILUS, J. *Pravne implikacije uvođenja elektrotehnike u međubankarske poslove*. Jugoslavensko bankarstvo, br.1, 1988, str.30.

¹⁴ I naša bankarska praksa upoznata je s nekim oblicima potrošačkih transfera. Primjer su bankomati koji omogućuju "samoposlugu" kod podizanja gotovog novca. U inozemnoj bankarskoj praksi poznati su i tzv. "point of sale" ("punti di vendita") koji omogućuju da se kod potrošačkih kupoprodaja novčana obveza izvrši "na licu mjesta" zahvaljujući tome što na prodajnom mjestu postoji kompjutorski terminal direktno povezan sa terminalom, banke na kojem potrošač drži račun. Veza se uspostavlja kad terminal na prodajnom mjestu učita sa potrošačeve bankarske kartice broj njegovog PIN-a, tj. osobnog identifikacijskog broja. Nakon takve autorizacije, račun potrošača tereti se za iznos kupovne cijene robe. Pregled oblika potrošačkih transfera vidi kod ARORA, A. *Electronic Banking and the Law*. London, 1988. O detaljnom istraživanju što ga je poduzela Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj o strukturi i zastupljenosti pojedinih oblika elektroničkog plaćanja namijenjenih potrošaču u evropskim zemljama vidi u *Les Systemes EFT et le consommateur*. Comité de la politique a l'égard des Consommateurs, Organisation de Cooperation et le Developpement économiques, CCP (88)1, (1ère Révision), Paris, 1988.

pažnja pri izvršenju obveza od one koja se zahtijeva od potrošača, iako postoji tendencija njihova izjednačavanja¹⁵. Od subjekata trgovačkog prava očekuje se poznavanje trgovačkih običaja i pravila struke¹⁶.

Okolnost da se između potrošačkih i komercijalnih transfera ne može u pogledu primjene pravnih pravila staviti znak jednakosti, čini pitanje primjene pravnih izvora jednim od najaktualnijih. Potrošački transferi su komparativno u određenoj mjeri regulirani i to pretežno u domeni potrošačkog zaštitnog zakonodavstva¹⁷. Za komercijalne transfere ne postoji korespondirajuća pravna podloga s izuzetkom prava SAD-a. U posljednjoj reviziji Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD-a komercijalni transferi su regulirani čl.4A, gdje su u pojedinim sekcijama stvoreni pravni modeli za rješavanje problematike komercijalnih transfera unutar SAD-a.

Kod komercijalnih se transfera s inozemnim elementom problemi primjene pravnih pravila multipliciraju, jer se prethodno treba dati odgovor na pitanje u okviru kojeg će se pravnog poretka razmatrati odnosi između sudionika transakcije. Često se postavlja pitanje da li je spor moguće riješiti primjenom jednog prava¹⁸.

Prije nego što se određeni spor pokuša riješiti u kontekstu kolizijskopravnog načina razmišljanja, valja preferirati primjenu tzv. "*lex mercatoriae*" u oblasti međunarodnih plaćanja. Riječ je o autonomnim izvorima prava koji se formiraju u poslovnoj bankarskoj praksi i primjenjuju se snagom autoriteta njihovih tvoraca. Kao izraz volje u sferi dispozitivnih pravnih odnosa imaju svakako prednost pred dispozitivnim propisima pozitivnog prava. U doktrini međunarodnog trgovačkog prava postoji suglasnost o tome da se pojedina pravna vrela međunarodnog

¹⁵ Vidi čl.18 Zakona o obveznim odnosima i GOLDŠTAJN, A. *Prolegomena Zakonu o obveznim odnosima*. u: Obvezno pravo I, Zagreb, ²1979. str.74. Nema sumnje da u transakcijama elektroničkog plaćanja, u kojem sudjeluju i banke u obzir dolazi i pažnja dobrog stručnjaka iz čl.18.st.3 ZOO - tj. povećana pažnja uz poznavanje pravila struke i običaja.

¹⁶ GOLDŠTAJN, A. op.cit. u bilj.15, str.30.

¹⁷ U SAD-u na snazi je *Electronic Funds Transfer System Act* iz 1978. koji regulira potrošačke transfere. Iz polja primjene izričito su isključeni komercijalni transferi. U Danskoj je na snazi Zakon o karticama za plaćanje iz 1984. koji se također odnosi na potrošačke transfere koji se aktiviraju pomoću bankarskih ili trgovačkih kartica. U Novom Zelandu postoji: *Code of Practice to Cover the Issue and Use of Electronic Funds Transfer Cards within New Zealand*. Ministry of Consumer Affairs, 1987. Australija posjeduje sličnu regulativu: *Recommended Procedures to Govern the Relationship between the Users and Providers of EFT Systems*, Working Group Examining the Rights and Obligations of the Users and Providers of EFT Systems, Canberra 1986. O usporedbi izvora vidi VROEGOP, J. *Comparison of the New Zealand Code and US Electronic Funds Transfer Act*. Journal of Business Law, 1990, str.88-95. ,

¹⁸ SCHNEIDER, U. *Das UNCITRAL Modelgesetz uber den internationalen Überweisungverkehr*. Zeitschrift für Wirtschaft un Bankrecht, br. 8, 1989, str.286.

trgovačkog prava primjenjuju prema hijerarhijskoj ljestvici¹⁹. Ne postoji razlog zbog koje bi transakcije elektroničkog transfera novca bile izuzete od predložene hijerarhijske ljestvice, tim više što je isto prihvaćeno kod međunarodnog dokumentarnog akreditiva²⁰.

Prema hijerarhijskoj ljestvici ugovor je primarni izvor prava. Kod transakcije elektroničkog transfera novca u obzir dolazi nekoliko vrsta ugovora. Kao prvo, ako je elektronički transfer novca namijenjen izvršenju novčane obveze iz ugovora koji postoji između inicijatora transfera i njegovog krajnjeg korisnika, treba svakako uzeti u obzir ono što su stranke ugovorile u ugovornoj odredbi koja se tiče načina plaćanja. Zatim tu je također ugovor koji postoji između nalogodavca i njegove banke, jer iz tog ugovora proizlaze za banku značajne konzekvence u pogledu odgovornosti banke za izvršenje naloga za plaćanje. Treća vrsta ugovora jesu tzv. međubankarski sporazumi kojima se između banaka reguliraju pojedina pitanja, odnosno raspoređuju specifični rizici.

Sljedeći je pravni izvor "*course of dealing*" ili poslovna praksa ugovornih strana. Naime, neka pitanja transakcije ne mogu se obuhvatiti ugovorom, tim više što su i ugovori literarno pravno oskudni, sastavljeni na formularima koji sadrže uglavnom samo njihove bitne sastojke. Stoga se ugovorni sadržaji upotpunjavaju kroz poslovnu praksu. Ustaljivanjem poslovne prakse između ugovornih strana jača i njezina pravna obveznost. Ovo pravno vrelo pokazalo se naročito atraktivnim izvorom za rješavanje spornih pitanja u vodećim sudskim sporovima ove oblasti²¹.

Opći uvjeti poslovanja tipski ugovori i standardi sljedeći su izvor prema hijerarhijskoj ljestvici. U ovoj oblasti ta obilježja imaju pravila telekomunikacijskih mreža (SWIFT, CHIPS) koje se angažiraju pri prenošenju financijskih poruka, ali i opći uvjeti poslovanja angažiranih banaka. S obzirom na monopolistički položaj koji ove institucije imaju u oblasti elektroničkog plaćanja, kao i s obzirom na specijalistički karakter njihovih pravila u koje su neraskidivo inkorporirana pravila struke, može se s pravom tvrditi da su ovi opći uvjeti poslovanja uslijed širine svoje

¹⁹ GOLDŠTAJN/TRIVA. *Međunarodna trgovačka arbitraža*. Zagreb, 1987, str.45.

²⁰ ROSENBERG, Lj. *Pravo međunarodnih plaćanja u poslovnim transakcijama II*. Zagreb 1975, str.22.

²¹ Tako u "*leading case*"-u američke judikature *Delbrueck v. Manufacturers Hanover Trust Co.* 609 F.2d 1047 (1979) sud je riješio spor s osloncem na poslovnu praksu ugovornih strana jer nije bilo drugih pravnih izvora. Transakcija je provedena kroz klirinšku kuću CHIPS koja tada nije imala formulirano pravilo o tome može li se plaćanje opozvati i do kada. Sud je cijeneći ponašanje stranaka prije nastanka spora došao do zaključka da su stranke smatrale transfer okončanim i neopozivim u momentu kada je financijska poruka odasлана kroz mrežu.

primjene već prerasli u bankarske običaje²². U literaturi o elektroničkom transferu novca izraženo je mišljenje da su pravila klirinških kuća podobna da daju odgovore na pitanja funkcioniranja onih transfera koje obavljaju²³.

Sljedeći su pravni izvor bankarski običaji, kako oni međunarodnog karaktera, tako i pojedini nacionalni. Postoje brojni bankarski običaji koje formira tekuća bankarska praksa, a nisu kodificirani. Sudska ih praksa međutim osnažuje, tako da nam je zapravo zahvaljujući sudskoj praksi bio dostupan njihov sadržaj²⁴. Sporna je pravna obveznost nacionalnih bankarskih običaja kada je riječ o međunarodnoj transakciji. Tu se posebno pojavljuje pitanje primjene bankarskih običaja zemlje u kojoj se nalazi mjesto ispunjenja, ako je glavni ugovor podređen drugom pravnom poretku.

Međunarodne konvencije iz ove oblasti sljedeći su izvor prava. Na tom su planu izvori disperzirani. Razne institucije koje inače rade na unifikaciji prava međunarodne trgovine izradile su neke predloške u kojima su integralno ili parcijalno zahvatile pravnu problematiku elektroničkog transfera novca. S obzirom da je rad ovih institucija još uvijek "*in statu nascendi*", zasad ne postoji pravno obvezujući predložak. Stoga navedeni predlošci imaju značaj "*soft law*"-a tj. pravnih pravila koja se primjenjuju snagom autoriteta njihovih tvoraca. Međutim, kako se "*soft law*" verificira konačno u poslovnoj praksi, okolnost da se u određenom predlošku nalaze odredbe načelne naravi ne umanjuje njegovu vrijednost ako ga je poslovna praksa prihvatila²⁵. To posebno vrijedi za one dijelove takvih predložaka u kojem se nalaze tzv. "*norm setting standards*"²⁶.

²² Dilema o obveznosti primjene pravila tzv. klirinških kuća postoji. U engleskoj pravnoj literaturi raspravljalo se o pitanju pravne obveznosti pravila kuća za čekovni kliring i pri tom je došlo do izražaja shvaćanje da su i izdavalac čeka kao i njegov imalac vezani za ta pravila, već temeljem toga što svi čekovi ulaze u kliring. Detaljnije o tome vidi GOODE, R. *When Cheque is Paid?* Journal of Business Law, 1983, March, Vol.II, str.166.

²³ VROEGOP, J. *The time of payment in paper-based and electronic funds transfer systems*, Law Maritime and Commercial Law Quarterly, 1989, str.79.

²⁴ U sporu *Royal Products v. Midland Bank* 2 LLR (1981) sud se oslonio na shvaćanje da se obavijest korisniku o pristigloj novčanoj doznaci na njegov račun ne smatra točkom u kojoj vremenski koincidira učinak plaćanja, ako se radi o transferu, kod kojeg su osoba nalogodavca i korisnika identične.

²⁵ ŠARČEVIĆ, P. *Unification and "Soft Law"*. u: *Conflicts and Harmonisation. Melanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck*, Fribourg, 1990., str.92.

²⁶ SANDERS, P. *Codes of Conduct and Sources of Law*. u: *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldmann*, Paris, 1987, str.281.

Najznačajniji od navedenih predložaka jest predložak UNCITRAL-a²⁷. Rad na njemu još uvijek traje, a zamišljen je u obliku model-zakona. Ovaj oblik se pokazao najprikladnijim u odnosu na konkurentne metode, a to su jednoobrazni zakoni i međunarodne konvencije. Potencijalnim potpisnicima teksta model-zakona tek preporučuje da se pri zakonodavnom reguliranju određene materije ugledaju na rješenja iz predloška, ali ga oni mogu i značajno modificirati²⁸.

Od ostalih "formulating agencies" koje rade na unifikaciji međunarodnog trgovačkog prava potrebno je izdvojiti rad ISO-a (Međunarodne organizacije za standardizaciju), rad u okviru Evropske zajednice, Međunarodne trgovačke komore, Komiteta za međunarodno monetarno pravo ILA-e te UNIDROIT-a²⁹.

²⁷ UNCITRAL iza sebe ima već pozamašan broj materijala različite namjene koji se odnosi na elektronički transfer. Radna grupa za međunarodna plaćanja izradila je Pravni vodič za elektronički transfer novca (UNCITRAL, A/CN.9/250, Add.1-4.; UNCITRAL, A/CN.9/266, Add.1-2.), koji je trebao poslužiti kao uzor i vodič za nacionalne zakonodavce.

Nakon izrade Pravnog vodiča materijal je poslat na komentar vladama i zainteresiranim međunarodnim institucijama. Nakon što su dobivene povratne informacije, pojedini autori bili su mišljenja da bi se od dijelova Pravnog vodiča mogla izraditi Model zakon za elektronički transfer novca. Odluka o tome donesena je na 19.sjednici UNCITRAL-a (UNCITRAL, A/41/17). Prema zamišljenom konceptu Model zakon bi trebao postati jedinstveni međunarodni instrument regulacije u materiji transfera novca elektroničkim putem.

²⁸ Detaljnije o prednostima ove metode za ostvarenje ciljeva prilikom unifikacije prava na međunarodnom planu vidi GOLDŠTAJN/TRIVA, op.cit., u bilj.19, str.494.

²⁹ Međunarodna organizacija za standardizaciju - ISO radi na standardiziranju rječnika u kome se izražavaju financijske poruke. To je standard Br.7982: "Telecommunication messages in banking - Part 1: Funds transfer messages - Vocabulary" u kojem se nalaze preporučeni nazivi za pojedine učesnike i pojmove koji su važni za poruke u transferu novca. Detaljnije vidi BERGSTEN, E. *Legal Aspects of International Electronic Funds Transfers*, Revue de Droit des Affaires Internationales, br.7/1987, str.650.

Pod okriljem Evropske zajednice Komisija Evropske ekonomske zajednice donijela je *Recommendation on a European Code of Conduct relating to electronic payment*. Official Journal of the European Communities, No.L 365/72 od 24.12.1987. koji se odnosi na ponašanje financijskih institucija, trgovačkih partnera, davaoca servisnih usluga u toj oblasti, kao i na potrošače. Pravila imaju obilježje deklaracije.

U okviru rada Međunarodne trgovačke komore donesena su: "Guidelines on International Interbank Funds Transfer and Compensation". Detaljnije vidi SCHNEIDER, U. op.cit. u bilj.18, str.287.

U okviru rada Komiteta za međunarodno monetarno pravo ILA-e (*International Law Association*) donesena su pravila koja reguliraju pitanje vremena izvršenja novčane obveze, rad mahom iniciran pojavom elektroničkog plaćanja. Vidi ILA, Committee on International Monetary Law, *Model Rules on the Time of Payment of Monetary Obligation*, 1986, str.509 i d; kao i ILA, *Explanatory Notes to the ILA Draft Model Rules on Time of Payment of Monetary Obligation*, 1986.

U okviru rada UNIDROIT-a interesantna su pravila o određivanju vremena plaćanja u Restatementu pravnih pravila za međunarodne ugovore. Vidi поближе BERGSTEN, E. op.cit. str.684.

Kako smo naglasili na početku ovog odlomka, od čitavog spektra pravnih problema koji se pojavljuju prilikom funkcioniranja transakcije elektroničkog transfera novca, mi smo svoje istraživanje ograničili na problem vremena plaćanja kod komercijalnih transfera u međunarodnim poslovnim transakcijama. Naveli smo i ljestvicu pravnih izvora koje namjeravamo konzultirati. S obzirom na opću pravnu nesigurnost³⁰ koja se pojavljuje kada se određeni pravni problem ne može riješiti s osloncem na ugovor i postojeću poslovnu i bankarsku praksu, od iznimne je važnosti izlaganje koncepata pravnih rješenja do kojih je kreativnim pristupom rješavanju sporova došla inozemna judikatura, popraćena doktrinarnom kritikom. Prije nego što prijedemo na izlaganje problema vremena plaćanja, potrebno je najprije iznijeti mehanizam odvijanja transakcije.

2. ODVIJANJE KOMERCIJALNOG TRANSFERA NOVCA U MEĐUNARODNIM PLAĆANJIMA

Komercijalni transfer novca u međunarodnim plaćanjima nije izum elektroničke ere. Oni se također realiziraju korištenjem tradicionalnih metoda prijenosa pismenom poštanskom prepiskom, korištenjem telegrafa, teleksa i sl.³¹, ali je uvođenjem informatičke tehnologije došlo do znatnog ubrzanja i pojeftinjenja, što čini elektronički transfer novca atraktivnijim medijem prijenosa u očima potencijalnih korisnika.

Transakcija elektroničkog transfera novca inicira se radi plaćanja novčane obveze iz ugovora u međunarodnoj trgovini, ali može biti motivirana ostvarenjem nekog drugog cilja. Primjerice klijent koji drži novac kod više različitih banaka u više različitih zemalja može prelijevati novac iz jedne banke u drugu ovisno o promjenama financijskih uvjeta. Ovaj se transfer naziva vlastitim jer su osoba inicijatora i krajnjeg korisnika identične. Kod transfera koji se pokreću radi ispunjenja novčane obveze osoba inicijatora transakcije i njezinog krajnjeg korisnika međusobno se razlikuju. Oni su stranke iz osnovnog ugovora, prema tome iza

³⁰ Vidi zapažanja kod EFFROS, R. op.cit. u bilj.11, str.168. Ta problematika vremenom se artikulirala u pokušaj američke i engleske judikature i doktrine da se identificira pravna priroda ove transakcije. Iznalaženje pravne prirode, trebalo je, prema mišljenju mnogih, dovesti do odgovora na pitanje kojem instrumentu plaćanja je ovaj pravni mehanizam najsljedniji da bi se taj izgrađeni korpus pravnih pravila mogao na elektronički transfer novca primijeniti putem analogije.

³¹ Financijske institucije obavljaju međunarodna plaćanja na nekoliko načina: putem plaćanja u stranom gotovom novcu, putem bankarskih čekova ("bank draft"), avionskom poštom te kablom ("wire") ili teleksom. PENNEY/BAKER, op.cit. u bilj.2, str.24-1.

transakcije elektroničkog transfera postoji i građanskopravni odnos. Nalogodavac je dužnik, a korisnik je vjerovnik.

Terminologija za sudionike transakcije nije ujednačena. Prvi sudionik ili inicijator transakcije je nalogodavac ("*originator*"), zatim nalogodavčeva banka ("*originator's bank*") ili banka pošiljaoc ("*sending bank*", "*transmitting bank*"), koje mogu biti identične. Kako se transakcija može provesti kroz hodogram dvaju odvojenih modela, sljedeći sudionik varira ovisno o izboru modela. Radi realizacije transakcije može se angažirati telekomunikacijska mreža (SWIFT ili CHIPS) ili korespodentna banka ("*correspondent bank*", "*intermediary bank*") u zemlji korisnika. Često bit će nužno i pored mreže angažirati korespodenta, ako se radi o mreži koja ne pruža uslugu poravnanja³². Na strani korisnika nalazi se banka primateljica ("*receiving bank*") koja ujedno može ali i ne mora biti banka korisnika ("*beneficiary's bank*") tj. banka kod koje korisnik ("*beneficiary*") drži račun.

Instrument prijenosa je nalog za plaćanje ("*payment order*") koji izdaje nalogodavac i koji se proslijeđuje do posljednjeg sudionika, banke korisnika koja ga izvršava. Nalog za plaćanje sadrži sve bitne elemente potrebne za njegovu realizaciju, od kojih je najvažnije ispravno označavanje korisnika, kao i broja računa kod njegove banke, a također i iznosa koji je predmet transfera, te valute u kojoj je izražen. Nalog za plaćanje će svakako sadržavati i podatke do kojeg trenutka treba novac prispjeti u ruke korisnika tj. do -njegove banke, a eventualno nalogodavac može pridržati pravo da usmjeri pravac odvijanja transakcije ("*viability*"), tj. da instruiira banku koje će sudionike angažirati. U njemu se može precizirati način na koji će se osigurati pokriće, kao i drugi podaci od značaja za uspješno odvijanje transakcije³³.

Napomenuli smo da se transakcija elektroničkog transfera novca može odvijati kroz hodogram dvaju odvojenih modela. Stoga najprije nekoliko riječi o korespodentnom odnosu.

Da bi se mogla obavljati međunarodna plaćanja, financijske institucije moraju imati slobodan pristup do stranih valuta. Budući da je nepraktično da banke kod sebe drže velike zalihe strane valute, one drže

³² Telekomunikacijska mreža SWIFT prenosi financijske poruke, ali ne pruža uslugu poravnanja između banaka učesnica transakcije. To proizlazi iz okolnosti da su financijske poruke izražene u više valuta, a mreža radi neprekidno tj. 24h dnevno. Za razliku od SWIFT-a, CHIPS koji predstavlja klirinšku kuću SAD-a za dolarske transakcije, kako one domaće tako i međunarodne pruža uslugu poravnanja. Detaljnije vidi LINGL, H. *Risk Allocation in International Interbank Transfers: CHIPS & SWIFT*, Harvard International Law Journal, Vol.22, br.3/1981, str.624 i referentnu literaturu.

³³ Vidi o tome detaljnije UNCITRAL, A/CN.9/WG.IV/WP.46.

stranu valutu kod inozemnih banaka u zemlji porijekla te valute³⁴. Financijske institucije u poslovanju nazivaju te račune "nostru" i "vostro" računima. "Nostru" račun je račun koji institucija o kojoj je riječ drži kod druge banke. "Vostro" račun je račun te druge banke kod ove prve institucije. Velike banke drže takve račune u inozemstvu, stvarajući sebi na taj način novčanu zalihu koja je spremna da se odmah aktivira. Pored toga računi u stranoj valuti kod inozemnih banaka omogućavaju bankama da izvršavaju plaćanja u svakoj zemlji u kojoj su ta sredstva locirana³⁵.

U hodogramu transakcije elektroničkog transfera banka pošiljalac nalaže banci primaocu terećenje "nostru" računa, i istovremeno knjiži odnosni iznos na "vostro" račun³⁶. Na ovaj način se odvija poravnanje između banaka³⁷.

Mnoge banke s velikim volumenom međunarodnih plaćanja članice su SWIFT-a ("*Society for Worldwide International Financial Telecommunication*"). To je mreža za prenošenje financijskih poruka, jedina te vrste za međunarodne transakcije³⁸. Postoje i nacionalne mreže od kojih neke imaju i značajnu ulogu u međunarodnim transakcijama. Primjer za to je CHIPS, američka mreža putem koje se obavlja 90% svih međubankarskih dolarskih transakcija³⁹. Dok je SWIFT isključivo namijenjen slanju financijskih poruka, CHIPS pruža i uslugu poravnanja između članica. Uvođenje usluge poravnanja u SWIFT-u bilo je otežano uslijed činjenice što mreža radi 24h neprekidno, a poruke su izražene u svim valutama⁴⁰, dok je u CHIPS-u moguće realizirati samo dolarske financijske poruke, ali bez obzira na okolnost je li riječ o transakciji s inozemnim obilježjem ili o domaćoj.

Kada mreža pruža uslugu poravnanja, korespondentne banke nisu potrebne. Kod SWIFT-a, naprotiv, pored mreže, angažiraju se i korespondentne banke.

³⁴ PENNEY/BAKER, op.cit, u bilj.2, str.24-1.

³⁵ loc.cit.

³⁶ HARFIELD *Elements of Foreign Exchange Practice*, 64 Harvard Law Review, 1951, str.441-442.

³⁷ UNCITRAL,,A/CN.250 Add.2,126.

³⁸ EFFROS, R. op.cit. u bilj.11,str.167.

³⁹ LINGL, H. op.cit., u bilj.32,str.626.

⁴⁰ Ibid, str.624.

3. VRIJEME IZVRŠENJA NOVČANE OBVEZE U SISTEMU ELEKTRONIČKOG TRANSFERA NOVCA

A) VAŽNOST UTVRĐIVANJA TOČKE U KOJOJ JE PLAĆANJE IZVRŠENO

S obzirom na brojnost sudionika koji su angažirani u transakciji elektroničkog transfera novca kao i na ukupnost operacija koje je potrebno učiniti da bi novac prispio do svog krajnjeg korisnika, (o)lako se da zaključiti da je neizvjesnost u pogledu utvrđivanja vremenske točke u kojoj se plaćanje treba smatrati izvršenim prouzrokovana uvođenjem elektroničkog plaćanja. Izvjesno je, međutim, da je vremensku točku u kojoj se zbio učinak gašenja novčane obveze teško utvrditi i kod drugih tradicionalnih instrumenata plaćanja, pa se čini opravdanim zaključiti da je jedino plaćanje u gotovu novcu nesporno u pogledu utvrđivanja trenutka kada se novčana obveza ugasila⁴¹.

Na to zašto je potrebno znati kada je izvršena novčana obveza jedva da je potrebno posebno ukazivati. Često su za vjerovnika ugovorom rezervirana značajna ugovorna ovlaštenja ako dužnik zakasni s ispunjenjem novčane obveze, kao što je primjerice pravo na raskid bez prethodnog upozorenja. Veliki broj sudskih odluka u ovoj oblasti tretira upravo pitanje zakašnjelog plaćanja. Drugi je primjer stečaj kojeg od sudionika, najčešće korisnika. Nalogodavac je u tom slučaju zainteresiran da opozove plaćanje. On to svakako ne može učiniti ako je nastupio momenat plaćanja. Ako, primjerice, banka koja se obvezala svome klijentu da će prenijeti određenu sumu novca do korisnika padne pod stečaj prije nego što tu obvezu izvrši, rizik neuspjeha te transakcije pada na dužnika (pod pretpostavkom da se novčana obveza smatra izvršenom u trenutku kad se iznos knjži na korisnikov račun). Ako se protivno tome, novčana obveza smatrala izvršenom u momentu kad korisnikova banka primi doznak, tada će korisnik snositi rizik stečaja svoje banke⁴².

⁴¹ Da je i to ponekad problem pokazuju interesantni primjeri iz sudske prakse kod kojih je dovedena u pitanje jednovremenost akta fizičke predaje gotovog novca (iz ruke u ruku). U slučaju *Balmoral Supermarket Ltd. v. Bank of New Zealand* klijent je u banku dobio sa sobom veliku količinu novca u namjeri da ga deponira. Stavio ga je pred činovnika koji je započeo s prebrojavanjem, kada je došlo do pljačke banke, a novac ukraden. Sud je smatrao da plaćanje nije bilo izvršeno. Taj učinak je prema mišljenju suda nastupao nakon što bi činovnik prebrojio novac i prihvatio ga. Vidi još nekoliko primjera kod VROEGOP, J. op.citu bilj.23, str.65.

⁴² Vidi dokument ILA-e, op.cit. u bilj.29, str.513.

Posebno je pitanje označava li uvijek prestanak mogućnosti opoziva i trenutak ispunjenja novčane obveze. To nije uvijek slučaj, kao što ćemo vidjeti iz daljnjih razmatranja. Prestanak mogućnosti opoziva identificira se sa pojmom konačnosti transakcije, a ne s pojmom vremena plaćanja.

Problem opozivosti u svjetlu elektroničkog transfera novca dobiva još jednu dodatnu dimenziju. Kada se transakcija odvija posredstvom telekomunikacijske mreže, onda do realizacije transakcije dolazi vrlo brzo pa se uopće postavlja pitanje smislenosti opoziva u tako kratkom vremenskom intervalu. Pogotovo, što uopće ne postoji niti načelna mogućnost da se opoziv pošalje bržim sredstvima komunikacije⁴³. Kako kod tradicionalnih metoda transfera, kao što su teleks, telegram, postoji značajniji vremenski period u kojem se može intervenirati opozivom, postavlja se pitanje *može li se pitanje dopustivosti opoziva za elektronički transfer novca riješiti jednoobrazno, ili se ukazuje potrebnim izrada posebnog sustava pravila koji bi vrijedili samo za tzv. "high-speed" sisteme prijenosa poruka*⁴⁴, kakvi su primjerice SWIFT ili CHIPS.

Iako je utvrđenje vremena kada se transakcija elektroničkog transfera novca smatra izvršenom potrebno u najvećem broju slučajeva da bi se utvrdio odnos te točke prema vremenskoj točki u kojoj se novčana obveza smatra izvršenom, postoje i takvih transfera novca gdje su osoba korisnika i osoba nalogodavca identične. Kod takvih transfera identifikacija točke plaćanja može biti interesantna uslijed stečaja koje od banaka, ili uslijed naloga suda, zabrane isplate koju odrede državni organi⁴⁵.

Regulativa prava, međunarodnih plaćanja koja tretira problem vremena izvršenja novčane obveze relativno je obilata, a isto je i sa sudskom praksom SAD-a i Velike Britanije. Od međunarodnopravne regulative postoje pravila ILA-e, UNIDROIT-a i UNCITRAL-a. Rješenja svih tih predložaka namjeravamo izložiti i ujedno ukazati na njihove sličnosti i razlike.

⁴³ ELLINGER, P. *The Gyro System and Electronic Funds Transfer*, Law Maritime and Commercial Law Quarterly, 1986, str.205.

⁴⁴ Na tu potrebu ukazuje UNCITRAL. Regulacija elektroničkog transfera novca išla bi po dva kolosijeka, jedan bi obuhvaćao tradicionalne, a drugi sasvim suvremene metode.

⁴⁵ U slučaju *Libyan Arab Foreign Bank v. Manufacturers Hanover Trust* (1989) sporno pitanje bilo je da li je jedna od takvih transakcija (vlastiti transfer) izvršena prije nego što je "blocking order" predsjednika Reagana stupio na snagu ili poslije toga. V. поближе kod ELLINGER, P. *Banks and Extraterritorial orders*, LMCLQ, br.8/1989.

4. VRIJEME IZVRŠENJA NOVČANE OBVEZE U KOMPARATIVNOM PRAVU

Od svih komparativnih zakonodavstava, jedino zakonodavstvo SAD-a posjeduje specijalni propis o vremenu izvršenja novčane obveze u sistemu komercijalnog elektroničkog transfera novca koji se realizira putem naloga za plaćanje. Propis se svakako odnosi na domaće transakcije, a sadržan je u čl.4A- sec.406 Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD-a⁴⁶.

Prema odredbama ovog člana učinak gašenja novčane obveze vezuje se za trenutak kada je banka korisnika prihvatila za korisnika nalog za plaćanje i to u iznosu koji je u nalogu označen (čl.4A-406(a)). Međutim, da bi se točno moglo precizirati o kojem se vremenskom momentu radi, potrebno je znati kada se može smatrati da je banka korisnika "prihvatila" nalog za plaćanje. Koncept prihvata naloga za plaćanje od strane banke korisnika razrađen je u čl.4A-209. Učinak prihvata nastupa kada nastupi bilo koja od triju navedenih okolnosti:

⁴⁶ Tekst odredbe u originalu glasi:

Payment by Originator to Beneficiary: Discharge of Underlying Obligation.

(a) Subject to Sections 4A-211(e), 4A-405(e), the originator of funds transfer pays the beneficiary of the originator's payment order (i) at the time a payment order for the benefit of the beneficiary is accepted by the beneficiary's bank in the funds transfer and (ii) in an amount equal to the amount of the order accepted by the beneficiary's bank, but not more than amount of the originator's order.

(b) If payment order under subsection (a) is made to satisfy an obligation, the obligation is discharged to the same extent discharge would result from payment to the beneficiary of the same amount of money, unless (i) the payment order under subsection (a) was made by means prohibited by the contract of the beneficiary with respect to the obligation, (ii) the beneficiary, within a reasonable time after receiving notice of receipt of the order by the beneficiary's bank, notified the originator of the beneficiary's refusal of the payment, (iii) funds with respect to the order were not withdrawn by the beneficiary or applied to a debt of the beneficiary, and (iv) the beneficiary would suffer a loss that could reasonably had been avoided if payment had been made by a means complying with a contract. If payment by the originator does not result in discharge under this section, the originator is subrogated to the rights of the beneficiary to receive payment from the beneficiary's bank under Section 4A-404(a).

(c) For the purposes of determining whether discharge of an obligation occurs under subsection (b), if the beneficiary's bank accepts a payment order in an amount equal to the amount of the originator's payment order less charges of one or more receiving banks in the funds transfer, payment to the beneficiary is deemed to be in the amount of the originator's order unless upon demand by the beneficiary the originator does not pay the beneficiary the amount of the deducted charges.

(d) Rights of the originator or of the beneficiary of a funds transfer under this section may be varied only by agreement of the originator and the beneficiary.

- kada banka korisnika obavijesti korisnika o pristigloj uplati na njegov račun ili ga isplati u gotovu novcu;⁴⁷

- kada banka korisnika primi plaćanje cjelokupnog iznosa označenog u nalogu za plaćanje;⁴⁸

- na početku idućeg radnog dana banke u odnosu na dan kada je trebalo izvršiti plaćanje, ako je osigurano pokriće, osim ako je prije toga ili unutar roka od sat vremena od početka idućeg radnog dana banke plaćanje odbijeno⁴⁹.

U službenom komentaru UCC-a navedeno je da banka korisnika uobičajeno prima plaćanje od banke pošiljaoca, knjiži ga na račun korisnika, a nakon toga ga o tome obavještava. Potrebno je bilo međutim kreirati pravilo za slučaj neaktivnosti banke korisnika, pa je trenutak prihvata potrebno vezati za nastup određenih objektivnih okolnosti kao što je to u čl.4A-209(b)(3) UCC-a.⁵⁰ Pravilo iz čl.4A-209(b)(2) UCC-a odnosi se na situaciju kada se transakcija odvija putem Fedwire-a. Tu dolazi do tzv. automatskog prihvata naloga za plaćanje⁵¹. Čini se da je slučaj iz čl.4A-209(b)(2) najranije vremenski pozicioniran jer se ne traži nikakav odgovor banke korisnika, dovoljna je okolnost samog prijema. Stoga ako se osvrnemo na konkurentne vremenske točke, rješenje američkog propisa moglo bi se identificirati ad.4, ako je riječ o transferima putem Fedwire-a, a u drugim okolnostima u trenutku kada je banka korisnika obavijestila korisnika o pristigloj uplati ili ga isplatila ad.7 ili 8. Tek ako banka ne reagira na pristiglu uplatu, prihvata se presumira na početku sljedećeg radnog dana banke.

Izneseni koncept prihvata naloga za plaćanje od strane banke korisnika glavni je oslonac za utvrđivanje učinka plaćanja kod transfera

⁴⁷ "... pays the beneficiary...or notifies the beneficiary of the receipt of the order or that the account of the beneficiary has been credited with respect to the order..." čl.4A-209(b)(1) UCC

⁴⁸ "...receives payment of the entire amount of the sender's order..." čl.4A-209(b)(2) UCC

⁴⁹ "... the opening of the next funds transfer business day of the bank following the payment date of the order if, at that time, the amount of the sender's order is fully covered by a withdrawable credit balance in an authorised account of the sender or the bank has otherwise received full payment from the sender, unless the order was rejected before that time or is rejected within (i) one hour after that time, or (ii) one hour after the opening of the next business day of the sender..." čl.4A-209(b)(3) UCC

⁵⁰ *Uniform Commercial Code*, Art.4A-209, Official Comment, str.497. Komentatori ističu da se početak idućeg poslovnog dana odnosi na početak radnog dana kod banke korisnika, ako navedene banke nisu u istoj vremenskoj zoni.

⁵¹ Račun što ga banka korisnika drži kod Federal Reserve Bank se kreditira i smatra se da je plaćanje konačno kada se nalog za plaćanje primi. Ibid, str.496.

(vlastitih) kao i učinka gašenja novčane obveze prema čl.4A-406 UCC-a. Postoji samo nekoliko situacija u kojima se ovaj vremenski momenat ne može smatrati vremenom izvršenja novčane obveze, a to su situacije iz čl.4A-406(b) UCC-a. Ako je, naime, transfer bio iniciran u cilju izvršenja novčane obveze, ne može se smatrati da je novčana obveza izvršena ako je ona izvršena sredstvima koja su zabranjena ugovorom, ako korisnik po prijemu obavijesti o pristigloj uplati obavijesti nadodavca u razumnom roku o tome da odbija plaćanje ili ako je korisnik pretrpio štetu koja se razumno mogla izbjeći da je plaćanje izvršeno na način predviđen ugovorom.

Usporedbe radi iznosimo rješenja u nekim drugim pravnim porecima, koja ne posjeduju posebni propis za vrijeme plaćanja kod elektroničkog transfera novca.

U francuskom pravu smatra se da se virman perfektuira knjiženjem novčanog iznosa na račun vjerovnika⁵². Vjerovnikova banka djeluje kao *negotiorum gestor* vjerovnika (korisnika), pa njegova naknadna suglasnost osnažuje akt banke, te djeluje retroaktivno, od dana upisa⁵³.

U zakonodavstvu Nizozemske i Velike Britanije novčana se obveza smatra izvršenom kada je na vjerovnikov račun bezuvjetno uknjižen novčani iznos⁵⁴. U Velikoj Britaniji ono se modificira ovisno o tome radi li se o "in-house" transferu ili ne. Za prvu situaciju bitna je odluka banke da će na račun korisnika knjižiti sredstva, a za drugu vrijedi već navedeno pravilo. Ne traži se da se korisnik obavijesti o obavljenu knjiženju na njegov račun.⁵⁵

Do koncepta vremena izvršenja novčane obveze u njemačkom pravu dolazimo posredno, preko pravila o mjestu. Pravni temelj treba potražiti u par. 270 BGB-a, koji kazuje da dužnik treba o svom trošku i na svoj rizik odaslati novac do vjerovnika.⁵⁶ Interesantno je, međutim, da se novčana obveza u njemačkom pravu tretira kao "*Schickschuld*", tj. obveza koja se ima izvršiti u mjestu dužnika, ali je dužnik treba izvesti na put ("*auf den Weg gebracht haben*"), što je razlikuje od klasične "*Bringschuld*", koja se ima izvršiti u sjedištu vjerovnika. Stoga nije sasvim jasno kada nastaje učinak plaćanja, tim više što se naglašava da rizik zakašnjenja pada na vjerovnika.⁵⁷ Čini se da bi u slučaju kada je dužnik

⁵² CABRILLAC, M. *Le reglement des creances del l'enterprise*, Paris, 1971, str.147

⁵³ HAMMEL/LAGARDE/JUFFERT. *Traite de droit commercial*, Paris, 1966, str.2308.

⁵⁴ Vidi ILA, op.cit. u bilj.29, str.511.

⁵⁵ MANN, F.A. op.cit. u bilj.1. str.78.

⁵⁶ HORN/KÖTZ/LESER. *German Private and Commercial Law*. Oxford, 1982, str.92.

⁵⁷ SCHNEIDER, U. op.cit. u bilj.18, str.293

pravovremeno odaslao novac, novčana obveza mogla smatrati izvršenom, već u tom trenutku pod uvjetom da "sretno" stigne na odredište, pa makar i sa zakašnjenjem.

Iz ovog pregleda uočavamo da u nacionalnim zakonodavstvima postoje različiti pristupi o tome kada se smatra da je novčana obveza izvršena. Možemo uočiti polarizaciju, iako niti jedno dosad prikazano rješenje nije identično. Dilema se sastoji u opredjeljenju prima li banka novčani iznos u ime i za račun korisnika, dakle kao zastupnik, pa su sve njezine radnje jednakog pravnog značaja kao da ih je učinio sam korisnik, ili banka prima novčani iznos u svoje ime, pa je svaki njezin akt podložan naknadnoj konfirmaciji korisnika tj. njezinog klijenta, koji može prihvatiti, ali i otkloniti takvo plaćanje.

Ako se opredijelimo za prvo shvaćanje, tada se transakcija okončava pred vratima korisnikove banke. Opasnost ovog opredjeljenja sastoji se u tome što između trenutka kada je banci stigao novčani iznos i trenutka kad je taj iznos u stvarnosti knjižen na račun vjerovnika može proći značajan vremenski period. Ako se smatra da je plaćanje izvršeno u momentu kad je novčani iznos doznačen banci, tada rizik kašnjenja korisnikove banke snosi sam korisnik. U protivnom, ako se plaćanje smatra izvršenim u trenutku kada su sredstva knjižena na račun vjerovnika, tada rizik zakašnjenja vjerovnikove (korisnikove) banke snosi dužnik tj. nalogo-davac⁵⁸. Zbog raznolikosti komparativnih rješenja realizacija međunarodne transakcije elektroničkog transfera novca, može se, s aspekta problema vremena kada je plaćanje izvršeno, smatrati u dobroj mjeri kompliciranom.

5. VRIJEME IZVRŠENJA NOVČANE OBVEZE PREMA ZAKONU O OBVEZNIM ODNOSIMA

U čl.318. ZOO regulirano je pitanje vremena izvršenja novčane obveze i to za slučajeve kada se plaća putem banke, putem pošte i putem čekovne uplatnice. Nas ovdje zanima prvenstveno plaćanje putem banke.

Za plaćanje putem banke, bilo da se plaća u gotovu novcu ili virmanom, vrijedi pravilo da je dužnik ispunio svoju obvezu u trenutku kada je banci kod koje se vodi račun vjerovnika doznačen dužni iznos novca, s nalogom da taj iznos odobri vjerovniku ili pak u trenutku kada je banci kod koje se vodi račun vjerovnika stigao virmanski nalog

⁵⁸ ROSENBERG, Ij. *Bankarski poslovi i instrumenti plaćanja i kreditiranja*. u.: *Obvezno pravo* Zagreb, 1980, str.272.

dužnikove banke da vjerovnikovu računu odobri iznos označen u tom nalogu (čl.318.st.1.ZOO).

Prema Zakonu o obveznim odnosima relevantno je, dakle, stizanje naloga banci, a ne stizanje tih sredstava na račun vjerovnika. Rizik zakašnjenja banke vjerovnika, očigledno pada na vjerovnika.⁵⁹

6. RJEŠENJA U UNIFIKACIJSKIM INSTRUMENTIMA I PRAVILIMA AGENCIJA ZA PRIJENOS FINANCIJSKIH PORUKA

Na ovom mjestu namjeravamo razmotriti rješenja koje predviđa tekst ILA-inih Model-pravila o vremenu izvršenja novčane obveze, tekst UNIDROIT-ovog Restatementa pravila koji reguliraju međunarodne ugovore, kao i rješenja UNCITRAL-ovog Model-zakona za elektronički transfer novca.

Model-pravila o vremenu izvršenja novčane obveze ILA-e sadrže četiri pravila o vremenu izvršenja novčane obveze. Prvo je pravilo temeljno pravilo iz kojeg se izvode sva ostala pravila. Drugo se pravilo odnosi na plaćanje putem banke ili putem "žiro" transfera, pa je ono za nas najznačajnije.⁶⁰

Temeljno pravilo sastoji se o tome da se novčana obveza smatra izvršenom u trenutku kada je dužni iznos stavljen na raspolaganje vjerovniku. Iz tog pravila izvedeno je pravilo o plaćanju putem banke prema kojem se novčana obveza smatra izvršenom kad je na vjerovnikov račun bezuvjetno uknjižen dužni iznos. Bezuvjetno knjiženje znači da ga bankarska institucija ne može izmijeniti uslijed toga što je došlo do opoziva ili je u pitanju problem poravnanja između odnosnih banaka⁶¹. U pravilu će se smatrati da je knjiženje bezuvjetno ako banka nije pridržala pravo da ga izmijeni iz bilo kojih razloga. Međutim, ako prema pravu određenih država banka može izmijeniti knjiženje zbog nemogućnosti poravnanja, ili ako postoji ugovor između korisnika i njegove banke koji se odnosi na to, novčana se obveza neće smatrati izvršenom dogod nije istekao taj period u kojem se izmjena knjiženja može izvršiti, a to može potrajati danima kod nekih međunarodnih transfera novca⁶². Izloženo pravilo temelji se na pretpostavci da su svi posrednici između dužnika i vjerovnika, dužnikovi pomoćnici, pa je prema tome dužnik taj koji snosi

⁵⁹ loc. cit.

⁶⁰ ILA, op.cit. u bilj.29, str.509.

⁶¹ Ibid, str.504.

⁶² BERGSTEN, E. op.cit. u bilj 29, str.666.

rizik nepravilnog funkcioniranja svoje, posredničkih banaka, pa čak i vjerovnikove banke.⁶³

U *Restatement*-u pravila koja reguliraju međunarodne ugovore koja su u pripremi kod UNIDROIT-a, u V poglavlju je propisano da se plaćanje putem transfera smatra izvršenim kada transfer ima učinak prema vjerovnikovoj financijskoj instituciji.⁶⁴ Ovakva formulacija otvara određene dileme jer je naredno pitanje koje pravila nisu riješila: kada transfer ima učinak prema bankarskoj instituciji vjerovnika. Može se pretpostaviti da je vjerovnikovoj instituciji pridržano pravo da odbije plaćanje, ako primjerice ne dobije za njega pokriće. Na pitanje koliko dugo traje to vremenski ograničeno pravo banke, nije u pravilima dat odgovor.⁶⁵ Naredno pitanje na koje pravila nisu odgovorila jest da li efekat plaćanja prema vjerovnikovoj banci nastaje već prema poslovnom ogranku vjerovnikove banke koja se nalazi u zemlji dužnika ili u zemlji vjerovnika.⁶⁶

Prema Model-zakonu za elektronički transfer novca plaćanje se smatra izvršenim kada je nalog za plaćanje prihvatila korisnikova banka.⁶⁷ Opoziv je dopustiv, ako je primljen dovoljno prije prihvata naloga za plaćanje, da bi korisnikova banka bila u mogućnosti da otkloni nalog za plaćanje, ako djeluje što je brže moguće s obzirom na okolnosti. Pošiljalac i banka primateljica mogu se sporazumjeti o tome da se nalog smatra neopozivim.⁶⁸ Banka primateljica koja nije korisnikova banka dužna je, ako je opoziv stigao prekasno, pa nema prema njoj učinak, opozvati svoj vlastiti nalog koji je uputila sljedećoj banci u realizaciji transakcije.⁶⁹ Banka je dužna poslati opoziv u pravilu bržim sredstvima komunikacije od onih kojim je poslat nalog.

⁶³ MATIĆ, Ž. *Draft Model Rules on the Time of Payment of Monetary Obligations*, Jugoslavenska revija za međunarodno pravo, br.1/1988, str.80.

⁶⁴ BERGSTEN, E. op.cit. u bilj. 29. str.665.

⁶⁵ loc.cit.

⁶⁶ U odluci *Astro Amo Compania Naviera S.A. v. Elf Union S.A. ("The Zografia M")*, 2 LLR (1976) sud je bio shvaćanja da je vjerovnik koji je imao račun u Londonu, isplaćen onoga trenutka kada je u njujorškoj filijali iste banke donesena odluka da se prenese novčani iznos na londonski poslovni ogranak. I u oblasti bankarskih garancija potvrđen je poseban status poslovnog ogranka. Vidi ROSENBERG, Lj. *Ugovorne garancije, inkaso vrijednosnih papira, dokumentarni akreditivi*, Zagreb, 1979, str.65.

⁶⁷ UNCITRAL, A/CN.9/WG.IV/WP.46, str.54

⁶⁸ Ibid, str.38.

⁶⁹ loc.cit.

7. PRAVILA O VREMENU PLAĆANJA U SWIFTU I CHIPSU

U CHIPS-u prvobitno nije bilo dozvoljen opoziv naloga za plaćanje, već su se transferi smatrali neopozivima od momenta kada su učinjeni.⁷⁰ Nakon incidenta s Herstattom o kojem će biti govora u nastavku, CHIPS je izmijenio svoja pravila i dopustio da se nalozi mogu opozvati do 10 sati ujutro, ali najnoviji amandmani čine transfer neopozivim momentom odaslanja financijske poruke - "*irrevocable when released*".⁷¹ Prema važećim CHIPS pravilima plaćanje nastupa kada pošiljalac pošalje nalog za plaćanje kroz mrežu, jer tada prestaje pravo na opoziv. Ovakvo je rješenje svakako uvjetovano i tehnološkom pozadinom CHIPS transfera koji se ubrajaju u "*high-speed*" transfere i imaju tzv. "*on-line*" procesore koji onemogućavaju ljudsku intervenciju dok su u postupku obrade. Opoziv naloga ne može "prestići" nalog za plaćanje jer se nalog izvršava velikom brzinom.

U SWIFT-u ne postoji određeno pravilo koje bi dalo precizan odgovor na pitanje kada je plaćanje izvršeno. Postoji, međutim, obilje pojmova koji olakšavaju utvrđivanje. Oni su više tehničkog nego pravnog značaja: "*time of receipt*", "*value date*", "*pay date*", "*cut off time*".⁷² Slično je i s kriterijem opozivosti. Banke pošiljalci ne mogu u pravilu opozvati nalog za plaćanje, nakon što ona prođe kroz "*switching center*" do banke primateljice.⁷³ Ove definicije sadrže objektivno mjerilo je li financijska poruka stigla na vrijeme. Objektivno mjerilo neobično je važno kod sporova koji nastaju oko gubitka kamata uslijed zakašnjenja.⁷⁴ S obzirom na izneseno čini se da moment "prolazak" poruke kroz "*switching center*" ujedno označava i trenutak prestanka mogućnosti opoziva, što je slično CHIPS-ovu kriteriju odaslanja u mrežu.

8. SLUČAJEVI IZ SUDSKE PRAKSE

Engleska i američka sudska praksa obiluju slučajevima u kojima je tretirano pitanje vremena plaćanja. Da bi se sustavno izložila njihova

⁷⁰ ARORA, A. op.cit. u bilj.14, str.176

⁷¹ PENNEY/BAKER, op.cit. u bilj. 2. str.24-18.

⁷² Ibid, str.24-17.

⁷³ loc.cit.

⁷⁴ AMBROSIA, *New SWIFT Rules on the Liability of Financial Institutions fo Interest Losses Caused by Delay in International Funds Transfers*, 13 Cornell International Law Journal, 1980, str.325.

rješenja, potrebno je unijeti određene kriterije diferencijacije. Dio sudske prakse tretira pitanje mogućnosti opoziva naloga za plaćanje, a dio okolnost je li nalog za plaćanje izvršen na vrijeme. Nadalje, iako se pretežan broj sudskih odluka odnosi na transakcije koje se odvijaju putem korespondentnog odnosa, određen broj obuhvaća i transfere koji su učinjeni putem telekomunikacijske mreže kao što je CHIPS. Svi slučajevi beziznimno se odnose na transakcije s inozemnim obilježjem.

A) PROBLEM OPOZIVOSTI PLAĆANJA

Problem opozivosti naloga za plaćanje javlja se kod transfera novca kod kojih je osoba korisnika i nalogodavca identična (vlastiti transfer) kao i kod transfera koji su pozadina valutnih transakcija.

U jednom od najznačajnijih slučajeva američke judikature uopće koja se odnosi na problematiku elektroničkog transfera novca, u slučaju *Delbrueck v. Manufacturers Hanover Trust*⁷⁵, problem opozivosti transakcije koja se odvijala putem CHIPS-a pojavio se kao posljedica insolventnosti jedne od učesnica te transakcije, tada jedne od najvećih njemačkih privatnih banaka, Herstatt Bank of Cologne. Posljedice bankrota Herstatta odrazile su se izvan njemačkih granica, pa se osim pred američkim, i pred engleskim sudom raspravljalo o sličnom činjeničnom sklopu u slučaju *Momm v. Barclay's Bank International*⁷⁶.

U slučaju *Delbrueck*, tužitelj, njemačko privatno bankarsko društvo ušlo je u devizne transakcije s bankom Herstatt. Dva od tih ugovora predviđala su da Delbrueck isporuči 26. 06. 1974. iznos od 10 milijuna US\$ i 2,5 milijuna US\$ za njihovu protuvrijednost u njemačkim markama. Delbrueck je trebao platiti tako što će sa svog računa, koji je držao kod Manufacturers Trust Company (u nastavku MTC), prenijeti iznos na račun što ga je Herstatt imao kod Chase Manhattan Bank (u nastavku CMB). Oba su računa bila u Njujorku. Protuvrijednost u njemačkim markama trebala je biti isplaćena u Hamburgu na račun koji je Delbrueck imao kod Landeszentral-bank. Dana 25. 06. 1974. Delbrueck je poslao teleks MTC-u s nalogom da sljedećeg dana prenese iznos od 12,5 milijuna US\$ s Delbrueckovog računa na račun Herstatta kod CMB. Kada su njemačke vlasti na kraju tog poslovnog dana zatvorile Herstatt, u Njujorku je bilo 10:30 ujutro. CMB, iako je saznala za zatvaranje Herstatta, nastavila je primati nadolazeće transfere na račun Herstatta, ali je s njega obustavila sve isplate. U 11:36 ujutro MTC je prema instrukcijama Delbruecka putem

⁷⁵ 609 F.2d 1047 (1979)

⁷⁶ 790 Q.B. (1977)

CHIPS-a transferirao 12,5 milijuna US\$. Oko podneva Delbrueck je pozvao MTC i pokušao zaustaviti ili opozvati transfer od 12,5 milijuna US\$. Usprkos pozivima MTC-a i Delbruecka CMB-u, novac nije bio vraćen. Navečer, oko 21:00, CMB je uknjižio iznos na Herstattov račun.

Delbrueck je pokrenuo parnicu protiv MTC-a, tužeći ga za nehat i za povredu ugovora jer je propustio opozvati transfere, što se, prema mišljenju Delbruecka, moglo učiniti do 21:00 uveče tog istog dana. Prvostepeni je sud smatrao da su transferi bili konačni i neopozivi onoga trenutka kada su učinjeni. Viši je sud k tome primijetio da nije relevantna okolnost što je knjiženje na korisnikov račun izvršeno u 21:00 jer je to bilo samo pitanje knjigovodstvene tehnike. Stoga su sudovi presudili u korist tuženika.

Kako CHIPS tada nije imao pravilo o tome jesu li njegovi transferi opozivi ili neopozivi, sud se pri odlučivanju oslonio na poimanje stranaka o tom pitanju, do kojeg je došao u dokaznom postupku. Naime, sam je tužitelj indirektno ukazao na to da je i on smatrao transfer neopozivim jer je prvobitno pokušao opozvati samo isplatu koja je bila predviđena za sljedeći dan.⁷⁷ Sud je ovu misao iznio na sljedeći način⁷⁸:

"Although the Clearing House previously had no specific rule concerning the finality of CHIPS systems, all member banks must have believed that once transfers were released, they were final, except for adjustments made by clerical errors. Delbrueck conduct support this fact, because it initially requested stop payment only on the 10 million US\$ to be paid on June 27, apparently believing that the June 26 transfers had been made and were irrevocable."

Osim na shvaćanju stranaka sud je svoje shvaćanje temeljio na bankarskoj praksi, i njoj je dao presudan učinak⁷⁹:

"The practices associated with banking transactions can be conclusive evidence of the legal effect of those transactions... Based on the nature of the CHIPS system, and the fact that the member banks viewed the transactions as irrevocable (as evidenced by the short term change instituted after the Herstatt failure) we hold that the CHIPS transfers were irrevocable when made."

Pred engleski je sud iznesen spor koji je također nastao uslijed stečaja Herstatta, a to je slučaj *Momm v. Barclays Bank International*. Delbrueck je kod Barclays-a imao račun, a također i Herstatt. U skladu s

⁷⁷ VROEGOP, J.op.cit., 23, str.80.

⁷⁸ Citat prema PENNEY/BAKER, op.cit. u bilj.2, str.24-20.

⁷⁹ loc.cit.

ugovorom između Delbruecka i Herstatta, Herstatt je dao nalog Barclays-u da na račun Delbruecka prenese iznos od 120.000 engleskih funti. Dana 26. 06. 1974. Barclays je teretio račun Herstatta za navedeni iznos i taj iznos knjižio na račun Delbruecka. Prema ugovoru između Barclays-a i Herstatta, Herstatt nije imao tzv. "overdraft facility", tj. nije mu bio dozvoljeno da "ode u minus". Usprkos tome do toga je povremeno dolazilo, pa je Herstatt negativni saldo izravnavao, neposredno nakon što bi o njemu bio obaviješten. Istoga dana postalo je poznato da je Herstatt bankrotirao, pa je u centralnoj kompjutorskoj memoriji izvršena "overnight" kalkulacija njegove bilance. Sutrašnje je stanje pokazalo da je na računu Herstatta postoji negativni saldo u iznosu od 15.350 engleskih funti. Barclays je zbog toga izvršila izmjenu knjiženja i na taj način izmijenila transakciju.

Kada je izbio spor između Momm-a i drugih Delbrueckovih partnera protiv Barclays-a, tuženik je svoju obranu temeljio na tome da plaćanje nije bilo izvršeno 26. 06. 1974. jer Delbruecku nije poslata nikakva obavijest prije nego što je došlo do izmjene knjiženja, te da je knjiženje na račun Delbruecka bilo provizorno, i stoga podložno izmjenama. Sud je bio mišljenja da, kada je u pitanju "in-house" transfer s jednog računa na drugi u istoj banci, a nalog pritom nosi naznaku datuma valute, tada na kraju toga poslovnog dana mora biti jasno je li plaćanje izvršeno ili nije.

"...the position at the end of the day in fact and in law must be that this has either happened or not happened, but the position cannot be left in the air." ⁸⁰

To što korisnik nije bio obaviješten o novčanoj doznaci, po mišljenju suda, nije bilo relevantno. Plaćanje je bilo izvršeno na dan dospjelosti pa je izmjena koja je uslijedila sljedećeg dana imala karakter neovlaštene izmjene knjiženja:

"The defendant may no longer be able to reverse as against their own payee customers on the possibility of having second thoughts on the following morning". ⁸¹

U slučaju *Royal Products v. Midland Bank*⁸² koji razmatra problem opozivosti vlastitog transfera, tužitelj je htio opozvati transfer kad je saznao da je banka na koju je namjeravao prenijeti novac pala pod stečaj. Tuženik je odbio prihvatiti opoziv nalazeći da dolazi prekasno. Tužitelj je tome suprostavio tvrdnju da on nikad nije bio obaviješten o pristigloj

⁸⁰ Citirano prema ELLINGER, P.op.cit. u bilj.44, str.208.

⁸¹ loc. cit.

⁸² 2 LLR (1980).

uplati, pa se dogod to nije učinjeno plaćanje ne može smatrati izvršenim, tj. traje mogućnost opoziva. Sud je, međutim, bio mišljenja da dužnost banke da obavijesti korisnika o pristigloj uplati gubi na značaju, ako su inicijator transfera i njegov krajnji korisnik ista osoba, tim više što je riječ o uplati na račun:

"The bank is impliedly authorised by the customer to accept that credit by virtue of the fact that the customer had a current account with it, no consent to the receipt of the credit being expected from or required of the same bank by virtue of the same fact." ⁸³

Iz ovih slučajeva u kojima je razmatran problem opozivosti plaćanja dolazimo do zaključka da se transakcija prijenosa novca smatra izvršenom kada su korisnikovoj banci stavljena na raspolaganje sredstva za račun korisnika. Specifično pravilo koje vrijedi za "in-house" transfere, tj. transfere gdje je račun nalogodavca i korisnika kod iste banke, uvjetovano je njegovom specifičnom prirodom. Za taj slučaj vrijedi pravilo da je plaćanje opozivo (izmjenjivo) na dan knjiženja, što je također preuzeto iz bankarske prakse.

Odluke su interesantne jer ujedno pokazuju tko snosi rizik stečaja jednog od sudionika transakcije. U slučaju Delbrueck pod stečaj je pao korisnik, a rizik stečaja je zbog nemogućnosti opoziva snosio nalogodavac. U slučaju Momm pod stečaj je pao nalogodavac pa je zbog nemogućnosti opoziva rizik snosila nalogodavčeva banka. U slučaju Royal Products pod stečaj je pala korisnikova banka pa je rizik snosio korisnik. Međutim, pitamo se tko bi snosio rizik stečaja nalogodavčeve banke ili korespondentne banke. Što će se desiti u slučaju ako je nalogodavčeva banka izvršila transfer, ali je pridržala pravo da ne osigura pokriće u momentu izvršavanja naloga. Može se dogoditi da je korisnikova banka izvršila uvjetno knjiženje na korisnikovu računu, te da očekuje pokriće, nalogodavčeva banka padne pod stečaj prije nego što pokriće osigura. S obzirom da se plaćanje i ne može u tom momentu smatrati izvršenim, jer nisu izvršene sve potrebne radnje, rizik pada na nalogodavca.

Ako korespondentna banka padne pod stečaj rizik snosi nalogodavac tj. njegova banka, ovisno o tome kakav je ugovor između njih, odnosno tko je izabrao korespondenta.

⁸³ Ibid, str.198.

B) PROBLEM ZAKAŠNJELOG PLAĆANJA

Svi ovi navedeni slučajevi imaju za pozadinu ugovor o čarteru broda između vlasnika broda i uzimaoca u čarter, a tim je ugovorom predviđeno da u slučaju zakašnjelog plaćanja, vlasnik broda ima pravo otkazati čarter. U sistemu elektroničkog transfera novca potrebno je bilo definirati točno vrijeme plaćanja da bi se utvrdilo je li vlasnik broda valjano otkazao ugovor.

U slučaju *Tenax Steamship Co Ltd. v. Brimnes*⁸⁴ utemeljeno je osnovno pravilo. Smatralo se da je potrebno, da bi se moglo utvrditi je li plaćanje izvršeno na vrijeme ili nije, odlučivati analogijom prema plaćanju u gotovu novcu:

*"The owners' contention, however, that the tendering the commercial equivalent of cash would suffice found favour with Brandon J.(the trial judge). In particular he concluded that any transfer of funds to the (recipient bank) for the credit of the owners' account so as to give them the unconditional right to the immediate use of the funds transferred was good payment."*⁸⁵

U slučaju *Mardorf Peach & Co.Ltd. v. Attica Sea Carriers Corporation of Liberia*⁸⁶, korisnikova je banka primila nalog za plaćanje, nakon dana dospelosti, ali nešto prije prijema poruke od strane korisnika u kojoj se zahtijevalo da banka odbije zakašnjelo plaćanje. Banka je počela poduzimati korake potrebne da bi se izvršilo knjiženje, ali je po primitku poruke o odbijanju zakašnjelog plaćanja vratila dužni iznos banci od koje ga je dobila. Jedno od spornih pitanja bilo je je li transfer do korisnikove banke bio konačan. Presuđujući u korist vlasnika broda, House of Lords je istaknuo da je relevantan trenutak kada je banka donijela svjesnu odluku da izvrši knjiženje na račun korisnika, dok su postupci procesiranja teleksa bili samo provizorne naravi. Ipak, treba naglasiti da je u ovoj odluci Lord Frazer izdvojio svoje mišljenje (*"dissenting opinion"*). On je za razliku od drugih članova vijeća smatrao da procesiranje naloga ipak utječe na sudbinu vremena plaćanja te da je bilo potrebno knjižiti dužni iznos na račun korisnika.⁸⁷ Shvaćanje suda podržano je u literaturi.⁸⁸

⁸⁴ 929 Q.B. (1975).

⁸⁵ Citirano prema ELLINGER, P. op.cit. u bilj.44, str.213.

⁸⁶ 850 A.C. (1977).

⁸⁷ VROEGOP, J. op.cit. u bilj.23, str.83.

⁸⁸ ARORA, A. *Recent Developements in Money Transfer Methodes*, Law Maritime and Commercial Law Quaterly, 11, 1980, str.424.

Vezivanje vremena plaćanja za odluku banke da izvrši knjiženje na računu vodi nas prema zaključku da banka primateljica ima mogućnost i da otkloni takvo plaćanje, u vremenski ograničenom roku. Onoga trenutka kada se dužni iznos knjiži na račun, korisnik je slobodan da ga povuče. Međutim, ako je korisnik unaprijed upozorio svoju banku da ne prihvati zakašnjelu isplatu, tada, ako banka učini suprotno, ona djeluje izvan mandata.⁸⁹

Čini se da bi diskrecijsko pravo banke da odbije plaćanje trebalo ipak vremenski točno fiksirati, jer je razdoblje pendencije ujedno razdoblje pravne nesigurnosti za dužnika. S obzirom da je bankarska praksa razvila pravilo o tome da se većina transfera, osim onih kroz telekomunikacijsku mrežu, mogu opozvati isti dan kada su i realizirani, niti na drugoj strani, tj. na strani korisnika neizvjesnost ne bi smjela duže trajati, pa bi pravna pozicija trebala na kraju radnog dana biti jasna za obje strane, za korisnika da je novac knjižen na njegov račun, a za nalogodavca transfera da je plaćanje prihvaćeno.

Preostaje nam da razmotrimo kontroverznu odluku *A/S Awilco of Oslo v. Fulvia SpA di Navigazione of Cagliari ("The Chikuma")*.⁹⁰ Radilo se također o plaćanju zakupnine prema ugovoru o čarteru. Uzimalac u čarter bio je dužan iznose zakupnine plaćati na račun vlasnika broda, što ga je ovaj držao kod jedne talijanske banke. Plaćanje je dospjevalo 22. siječnja 1976. Za slučaj zakašnjenja u plaćanju vlasnik broda je imao pravo otkazati ugovor. Kod spornog 81. plaćanja, uzimalac u čarter je, kao i obično, dao nalog svojoj banci u Norveškoj da s njegovog računa prenese dužni iznos na račun vlasnika broda kod talijanske banke. Norveška je banka u skladu s instrukcijama iz naloga poslala nalog za plaćanje telegramom svojem korespondentu u Italiji. To je bila banka *Credito Italiano*, koja je isti nalog trebala proslijediti do korisnikove banke. Korespondentna je banka to i učinila ali je unijela u nalog za plaćanje klauzulu o datumu valute koja je bila u skladu s talijanskim pravom i bankarskom praksom. Smisao navedene klauzule sastojao se u tome da korisnik tj. vlasnik broda ima pravo raspolagati transferiranim iznosom o datumu dospelosti, ali kamata na doznačeni iznos počinje teći tek od datuma valute, koji je pao četiri dana kasnije od datuma dospelosti. Vlasnik broda nije ispunjenje novčane obveze smatrao konformnim ugovoru, pa ga je odbio i otkazao ugovor o čarteru.

Ugovor je bio podređen engleskom pravu kojemu je pojam datuma valute bio nepoznat. Iako je engleskom međunarodnom privatnom pravu

⁸⁹ ELLINGER, P. op.cit. str.214.

⁹⁰ 1 WLR 314 (1981)

poznato pravilo da *lex loci solutionis* regulira pitanja načina izvršenja novčane obveze⁹¹, sud je zanemario kolizijskopravno razmišljanje i svoju odluku temeljio na odredbama ugovora o čarteru. Sud je pošao od toga da je ugovorom bilo stipulirano plaćanje u gotovu novcu, pa je razmatrao značenje tog pojma. Našao je da to ne znači samo plaćanje u dolarskim novčanicama, već obuhvaća i transfer novca na način da se korisniku omogući pravo neposredne upotrebe novca ("*unconditional right to their immediate use*"). Po mišljenju suda insertirana klauzula odricala je plaćanju kvalitetu prava neposredne upotrebe, jer je to pravo uključivalo u sebi i pravo na civilne plodove tj. kamate. Po mišljenju suda ekvivalent nije postojao⁹².

Ova odluka pokazuje otklon od svih prijašnjih jer vrijeme izvršenja novčane obveze pozicionira u trenutku kada je na korisnikov račun knjižen dužni iznos, i to pod uvjetom da je knjižen na način koji korisniku omogućava bezuvjetno pravo neposredne upotrebe. Prema tome, u ovom slučaju ne vrijedi pravilo da se transakcija smatra završenom i novčana obveza izvršenom "pred vratima korisnikove banke".

U engleskoj pravnoj literaturi ova je odluka kritizirana upravo zbog izraženog otklona. Izraženo je shvaćanje da se klauzula valute, prema engleskom pravu koje je bilo mjerodavno za odnos iz čarterpartije, trebala smatrati irelevantnom jer je englesko pravo ne poznaje⁹³. Suprotno tome, došlo je do izražaja shvaćanje da kritika s tog naslova nije opravdana jer kada bi se slučaj i razmatrao u svjetlu mjerodavnosti engleskog prava, na plaćanje se nije moglo gledati kao na "*cash*". Razlog je u tome što bi većina engleskih banaka smatrala da stipulacija datuma valute ima smisao da se na korisnikov račun ne može knjižiti dužni iznos prije tog vremena⁹⁴.

Zbog postojanja specifičnih okolnosti izražena je nada da se pred engleskim sudom više neće pojaviti slučaj s tako specifičnim okolnostima jer je ponuđeno rješenje, po mišljenju nekih autora, načelno neprihvatljivo. Pojedini pisci izražavaju zabrinutost da ne dođe do širenja primjene ovog sudskog presedana. Ipak, zaključili su njezini kritičari, zbog specifičnih okolnosti, njegova će primjena ipak biti sužena na slučajeve sa sličnom kvalifikacijom.

⁹¹ CHESIRE/NORTH'S *Private International Law*, London 101979., str.238.

⁹² EFFROS, R. op.cit. u bilj.11, str.171.

⁹³ MANN, F.A. *Uncertain Certainty*. Law Quaterly Review, 97 (1981), str.379.

⁹⁴ ELLINGER, P. *Electronic Funds transfer System as a Deffered Settlement System*. u: *Electronic Banking: The Legal Issues*, ur. R.Goode, London, 1984., str.215.

ZAKLJUČAK

Kako se kod elektroničkog transfera novca radi o načinu izvršenja novčane obveze, prije svega je potrebno utvrditi je li vjerovnik suglasan da se novčana obveza izvrši na taj način. Suglasnost može biti izričita ili prešutna (ako je vjerovnik dužniku stavio do znanja broj svog računa).

U pogledu vremena kada se novčana obveza smatra izvršenom, ustanovili smo da u komparativnom pravu kao i u ostalim predlošcima autonomnog karaktera te u "soft law"-u međunarodnih plaćanja rješenja divergiraju. Ipak može se uočiti određena polarizacija. Čl.4 Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD-a, predložak UNCITRAL-a i UNIDROIT-a zastupaju shvaćanje da prihvata novčane doznake od strane banke korisnika ima značaj ključnog momenta za koji se vezuje i izvršenje novčane obveze. Međutim, operacionalizacija koncepta prihvata opet divergira. Primjerice pravo SAD-a i Francuske prihvata uvjetuju naknadnom konfirmacijom od strane korisnika, dok je u nas prihvata vjerovnikove banke bezuvjetan.

U drugoj se grupi nalaze pravo Velike Britanije, Nizozemske te predložak ILA-e. Oni vezuju izvršenje novčane obveze oko okolnosti da je novac stavljen na raspolaganje vjerovniku (korisniku), čime se vremenski efekat plaćanja pomiče znatno u budućnost. Za ovo je shvaćanje karakteristično da dužnik snosi rizik zakašnjenja vjerovnikove banke.

Približavanje ovih dvaju suprotnih shvaćanja može se uočiti upravo u čl.4 UCC-a, u kojem se protuteža temeljnom konceptu postiže propisivanjem brojnih izuzetaka, kao primjerice mogućnost da korisnik odbije plaćanje, čime se koncept prihvata relativizira.

Rješenje u njemačkom pravu je osebujno utoliko što vremenski moment pomiče značajno unazad u odnosu na ostale izvore. Smatra se da je dužnik izvršio svoju obvezu dočim je "odaslao novac", pod uvjetom da on sretno stigne na odredište.

Pravila SWIFT-a i CHIPS-a ograničenog su dometa jer su primjenjiva samo na transfere koji se odvijaju njihovim posredstvom.

Čini se da iznesena inozemna judikatura kroči naprijed najkrupnijim koracima oslanjajući se pretežno na međunarodne bankarske običaje i bankarsku praksu. Osažujući već postojeće prilike uz neke korekcije, ovi su sudovi u najvećoj mjeri ogledalo stvarnih potreba suvremene bankarske prakse.

Mišljenja smo da bi učinak plaćanja trebalo vezivati za prihvata novčane doznake od strane vjerovnikove banke, ako je to ugovoreni način plaćanja. Za banku bi ipak trebalo rezervirati period u kojem je ona ovlaštena odbiti prijem doznake (u kojem roku bi i korisnik imao

moogućnost intervenirati). Rok tj. "vrijeme pendencije" ne bi mogao biti jednoobrazan. On bi ovisio o izabranoj "tehnologiji" prijenosa, a njegovu bi duljinu trebalo utvrditi iz bankarske prakse. U istom bi se periodu plaćanje trebalo moći opozvati, ali najkasnije do prihvata. Od ovog pravila treba izuzeti transfere SWIFT-a i CHIPS-a koji su neopozivi jer se realiziraju velikom brzinom. Držimo da je ovakva alokacija rizika najpravednija jer banka koju je vjerovnik izabrao kao svoju, pri kojoj on drži račun, nalazi se u njegovoj pravnoj sferi⁹⁵ te nije uputno da dužnik snosi štetu koja je vjerovniku nastala uslijed toga što je njegova banka kasnila s knjiženjem iznosa na njegov račun.

⁹⁵ VROEGOP, J. op.cit. u bilj.23, str.80.

Summary

TIME OF PAYMENT OF MONETARY OBLIGATION THROUGH ELECTRONIC MONEY TRANSFER IN INTERNATIONAL COMMERCIAL TRANSACTIONS

The introduction of computers in banking revolutionized banking payment methods. Operational computer speed and minimum human intervention exerts a strong influence on payment of monetary obligation in international commercial transactions. The number of participants involved as well as the appearance of agencies specialised for transmitting financial messages requires considerations in relation to existing rules regarding the time of payment of monetary obligation in domestic and comparative law. The final part of the article deals with banking practices developed in regard to electronic transfer of funds as well as with "soft law" in the field of international payments and creative "judge-made" law.

OPASNOST DUŠEVNO ABNORMALNOG DELIKVENTA

Dr. VELINKA GROZDANIĆ, docent
Pravni fakultet u Rijeci

UDK 343.22:616.89-05
Pregledni znanstveni rad
Ur.: 24.11.1992.

S obzirom na to da je opasnost počinitelja krivičnog djela bitni sadržaj, razlog i pretpostavka za primjenu mjera sigurnosti obaveznih psihijatrijskih liječenja, glavni kriterij razlikovanja potrebe za izricanjem mjere liječenja i čuvanja u ustanovi od mjere liječenja na slobodi i jedini pokazatelj potrebe da se prema neuračunljivim i bitno smanjeno uračunljivim delikventima uopće primjenjuju mjere sigurnosti psihijatrijskog liječenja, potrebno je definirati i analizirati ovaj pojam, i to s aspekta pozitivnog prava, primjene u praksi i osobito pravne sigurnosti krivično neodgovornih delikvenata. Razrada navedenog uz konkretan prijedlog de lege ferenda čini sadržaj ovog rada.

1. POJAM I SADRŽAJ OPASNOSTI

Posebna svrha mjera sigurnosti pa i obaveznih psihijatrijskih liječenja unutar opće svrhe krivičnih sankcija u našem krivičnom pravu jest uklanjanje stanja ili uvjeta koji mogu utjecati da počinitelj ubuduće vrši krivična djela (čl.60. KZJ, preuzet na temelju čl.1. Zakona o preuzimanju KZ SFRJ kao ZRH - u daljnjem tekstu KZH-I). Uklanjanje stanja ili uvjeta o kojima je riječ u ovom članku za mjeru sigurnosti obaveznih psihijatrijskih liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi поближе je opisano u čl.63 KZH-I i precizirano kao opasnost za okolinu. To nedvojbeno proizlazi iz teksta stava 1. navedenog članka, po kojem se ta mjera sigurnosti može i treba primijeniti upravo radi uklanjanja ove opasnosti. Istovjetnost "uklanjanja" iz čl.60 i čl.63 KZH-I upućuje na zaključak da je opasnost za okolinu neuračunljivih ili bitno smanjeno uračunljivih delikvenata opravdani razlog da se u okviru opće svrhe krivičnih sankcija primijeni upravo mjera sigurnosti obaveznih psihijatrijskih liječenja i čuvanja

u zdravstvenoj ustanovi. Isto vrijedi i za mjeru obaveznog psihijatrijskog liječenja na slobodi iz čl.64 KZH-I. Naime, i u osnovi primjene ove mjere sigurnosti stoji uklanjanje opasnosti kod neuračunljivog počinitelja krivičnog djela. Razlika između ove dvije mjere sigurnosti bazira se na razlici prirode i intenziteta opasnosti. Ako je opasnost za okolinu takva da njeno uklanjanje zahtijeva liječenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi, primijenit će se mjera sigurnosti iz čl.63 KZH-I, a ako je opasnost počinitelja takve prirode i intenziteta da je za njeno otklanjanje dovoljno da se počinitelj podvrgne samo psihijatrijskom liječenju na slobodi, izreći će se mjera sigurnosti iz čl.64 KZH-I.

S obzirom na to da je opasnost počinitelja krivičnog djela bitni sadržaj, razlog i pretpostavka za primjenu mjera sigurnosti obaveznih psihijatrijskih liječenja potrebno je definirati i analizirati ovaj pojam. Prije svega, potrebno je ovu opasnost razlučiti od pojma društvene opasnosti djela kao pretpostavke za postojanje krivičnog djela i opravdanja za kažnjavanje. Bez namjere opširnog analiziranja društvene opasnosti kao elementa definicije općeg pojma krivičnog djela i bavljenja različitim formalnim, materijalnim i materijalno-formalnim koncepcijama krivičnog djela, kao i različitim shvaćanjima samog pojma društvene opasnosti kao objektivne, subjektivne ili objektivno-subjektivne kategorije, treba ustrajati na postojanju dviju različitih krivičnopравниh opasnosti.

Društvena je opasnost suštinska karakteristika ili opći materijalni elemenat krivičnog djela. To je upravo takva kvaliteta ljudskog ponašanja zbog koje je ono proglašeno krivičnim djelom i suzbija se krivičnim sankcijama. Shvaćanje krivičnog djela kao društveno opasnog i društveno štetnog djela odgovara cjelokupnoj strukturi prava, pa i strukturi krivičnog zakonodavstva. Ovo shvaćanje, koje bit krivičnog djela povezuje s društveno opasnim povređivanjem zaštićenih vrijednosti, izražava i liberalni duh krivičnog prava, bolje osigurava zakonitost i otklanja moguću arbitrarnost. Povezujući krivično djelo s određenom posljedicom (povređivanje zaštićenog dobra), otklanja se onaj opasni put u krivičnom pravu koji težište stavlja na volju, na subjektivno i time stvara mogućnost da se čitavo krivično pravo pretjerano subjektivizira, da se stvori model krivičnog prava koji za polaznu točku i osnovu uzima određena osvjedočenja čovjeka, a ne njegove radnje i postupke.¹

Zato, društvena opasnost nije samo bitan elemenat definicije krivičnog djela, već i osnovni princip cjelokupnog sistema krivičnog prava koji određuje područje i granice krivičnopravne represije. Međutim, pojam krivičnog djela ne može biti neovisan o određenom pravnom poretku, već,

¹ BAČIĆ, F. *Krivično pravo - opći dio*, Zagreb, 1980, str.136.

naprotiv, ovisi o normativnoj vrijednosnoj ocjeni zakonodavca koja je odraz vremenske, prostorne, povijesne, kulturne i društvene određenosti. Stoga su neprihvatljiva shvaćanja po kojima pojam društvene opasnosti, zbog nesumnjivog značenja kao motiva inkriminacija, predstavlja jedini ili najvažniji element definicije krivičnog djela. Potrebno je u ovu definiciju uvesti i formalni element - određenost djela u zakonu sa zakonskim određivanjem obilježja krivičnog djela jer se samo zakonom utvrđuje koja su djela u tolikoj mjeri društveno opasna da ih je nužno odrediti kao krivična djela i za njih propisati kaznu. Ovu materijalno-formalnu definiciju pojma krivičnog djela usvaja naš krivični zakon (čl.8 KZH-I), a i većina teoretičara se za nju zalaže (Tahović, Radovanović, Zlatarić, Srzentić).

Treba, međutim, istaći da društvenoj opasnosti krivičnog djela ne treba pridavati preveliko značenje i unatoč njezinog postojanja kao elementa krivičnog djela. To stoga što se mora uvijek podržavati ravnoteža između dvije funkcije krivičnog prava: zaštite društva (inkriminacijama koje su "društveno opasne") i zaštite pojedinca, prema kojem se zbog društveno opasnog ponašanja primijenjuje krivično pravo (optuženih i osuđenih). Kad bi se zaštiti društva prenamagavanjem društvene opasnosti dala neravnomjerna prevaga nad pravima, slobodama i interesima pojedinaca, članova društva, zloupotreba vlasti sa subjektivizmom i arbitrarnošću mogla bi u ime društva temeljito ugroziti ljudska prava. Primjera za to ima u povijesti dosta, a toga se treba bojati u sadašnjosti.

Društvena se opasnost zbog različitog intenziteta kojeg sadrži može stupnjevati. Stupnjevanje *in abstracto* izvršio je sam zakonodavac propisujući kazne za pojedina krivična djela. Stupnjevanje *in concreto* vrši sud izričući konkretnu kaznu ili parapenalnu sankciju (kod nas uvjetna osuda i sudska opomena). Postavlja se pitanje što, zapravo, određuje stupanj društvene opasnosti, odnosno intenzitet društvene opasnosti nekog ponašanja. U teoriji krivičnog prava sve se češće daje odgovor da pri ocjeni društvene opasnosti pored objektivnih okolnosti koje karakteriziraju učinjeno krivično djelo treba uzimati u obzir i okolnosti koje ukazuju na stupanj društvene opasnosti počinitelja, a koje mogu biti potpuno subjektivnog karaktera. Tako npr. Zlatarić i Damaška navode: "Utvrđivanje društvene opasnosti znači složen proces ustanovljenja kvantiteta te opasnosti u rezultanti objektivne strane ponašanja (jačina povrede ili ugrožavanje i razne objektivne okolnosti) i subjektivne strane djela (psihička svojstva i odnos počinitelja prema djelu i uopće njegova cjelokupna ličnost)".²

² V. ZLATARIĆ - DAMAŠKA. *Rječnik krivičnog prava i postupka*, Zagreb, 1966. str. 141.

Na taj je način društvena opasnost određena kao objektivno-subjektivna kategorija materijalno-formalne definicije krivičnog djela.

Nasuprot pojmu društvene opasnosti pojam opasnosti, kojim se ovdje moramo baviti i koju primjenom mjera sigurnosti psihijatrijskih liječenja treba otkloniti, proizlazi iz bolesnog psihičkog stanja neuračunljivog i bitno smanjeno uračunljivog delikventa uslijed kojeg postoji vjerojatnost da će i ubuduće ugrožavati ili povređivati određene društvene vrijednosti. Ovo razdvajanje opasnosti bolesnog delikventa od društvene opasnosti do sada u literaturi nije dovoljno uočeno.

2. KRATAK POVIJESNI OSVRT

Općenito govoreći, pojam opasnosti o kojoj je riječ, u krivičnom je pravu novijeg datuma. Teorija krivičnog prava počela ga je obrađivati tek kada se izmijenio pravnofilozofski stav o kazni kao pravednoj odmazdi, odnosno tek kada se kaznom htjelo spriječiti izvršenje novih krivičnih djela *punitur ne peccetur*.

Okretanje kažnjavanja prema budućnosti, a s namjerom sprečavanja novih krivičnih djela izbacilo je na površinu pojam opasnosti kao vjerojatnosti izvršenja novih krivičnih djela. Samu ideju o potrebi obrane društva od opasnog izvršitelja nalazimo mnogo, mnogo ranije. Tako Platon ističe da se cilj kazne mora sastojati, ne u osveti za učinjenu nepravdu, jer ništa ne može popraviti ono što se desilo, već u zaštiti budućnosti i izbjegavanju drugih zločina... Cilj društvene reakcije treba biti onemogućavanje opasnih ponašanja u budućnosti "Ta nikakva kazna nametnuta na temelju zakona nema kao cilj neko zlo: već postizava upravo jedno od dvoga: ili popravlja onog koji je kažnjen ili mu smanjuje zloću"³ ili "Kakav god prestupak netko počini, bilo krupan ili sitan, cilj je zakona da ga uz zahtjev neka štetu naknadi, još i pouči i prisili da se ubuduće ne usudi hotimično vršiti takvo djelo nikada ili bar u znatnoj mjeri rjeđe."⁴

Ove, kao i mnoge druge Platonove ideje, koje su bile više stoljeća ispred vremena u kojem je živio, tek su mnogo kasnije postale pozitivno pravo. Ipak, pojam opasnosti kao kriterija za poduzimanje nekih mjera nalazimo već u krivičnom zakonodavstvu srednjeg vijeka. Tako npr. čl.176 Krivičnog zakona (*Constitutio Criminalis Carolina*) Karla Petog iz 1532.g. predviđa da, ako pojedinac iznevjeri dato jamstvo ili ako postoji opasnost da poslije prvog zločina učini i drugi, sudac, ako smatra da taj pojedinac

³ PLATON. *Zakoni IX*, 854, Naprijed, Zagreb 1974, str.319.

⁴ *Ibid*, X, 862, str. 329.

predstavlja prijetnju za sigurnost drugih osoba može "mjerom predohrane protiv zla i štete koji se od toga mogu očekivati", narediti njegovo stavljanje u zatvor sve dok zatvoreni ne da jamstvo ili dovoljno obezbjeđenje. Isto tako, primjera radi, može se navesti "klauzula zadržavanja" starog španjolskog krivičnog prava, sankcionirana kasnije jednom pragmatikom iz 1777.g., koja je omogućavala zadržavanje osuđenih na robiju još najmanje dvije godine po isteku njihove kazne, ako bi njihovo puštanje na slobodu moglo izazvati neprilike ili predstavljati opasnost.⁵

Prvu najznačajniju razradu pojma opasnosti nalazimo u učenju pozitivista i djelima njihovih najznačajnijih predstavnika Lombrosa, Ferria i Garofala. Po shvaćanju pozitivista opasnost je osnovni kriterij i razlog za primjenu mjera društvene reakcije prema počinitelju krivičnog djela. To zato, što, po njihovom učenju koje se javlja kao reakcija na indeterminizam, formalizam, dogmatizam i impresonalizam klasične škole uz činjenicu porasta kriminaliteta, ne postoji sloboda volje, pa samim time ni krivnja počinitelja, a ni potrebe za primjenom kazne. Kako, ipak, treba društvo zaštititi od opasne djelatnosti pojedinih članova, potrebno je poduzimati određene mjere, i to ne zbog odgovornosti počinitelja jer ona uopće ne postoji, već samo zbog njegove opasnosti. Na taj način pojam opasnosti postaje središnji pojam pozitivističkog učenja teorije krivičnog prava i subjektivni kriterij od kojeg treba zavisiti način društvene reakcije prema delikventu. Međutim, u ovom subjektivnom kriteriju Ferri i Garofalo ne vide isti sadržaj. Tako Garofalo pod pojmom "*temibilità*" podrazumijeva strah građana zbog mogućih izvršenja novih delikata, pri čemu ocjenu o intenzitetu opasnosti donosi na temelju subjektivnog osjećaja ugroženosti koji se pojavljuje kod okoline. Nasuprot tome, Ferri ne prihvaća izraz "*temibilità*" već pojam opasnosti naziva "*pericolosità*", smatrajući pod opasnošću mogućnost izvršenja novog delikta, a intenzitet koje se na osnovi različitih elemenata (težina delikta, odlučujući motivi, ličnost delikventa) može egzaktno utvrditi. Ferri razlikuje društvenu ("*pericolosità sociale*") od kriminalne opasnosti ("*pericolosità criminale*"), koja jedina može biti osnova za primjenu represivnih mjera krivičnog karaktera.⁶

Pojam opasnosti važan je i u učenju sociološke škole. Vezan je za osobu počinitelja, ali je, kao kriterij za određivanje društvene reakcije, ograničen u upotrebi. A kada se taj kriterij ipak primjenjuje, on može biti osnova samo za primjenu posebnih mjera, a nikako klasičnih kazni. Na taj

⁵ Cit. prema MARC, A. *Nova društvena obrana*, Beograd, 1963, str.13.

⁶ FERRI, E. *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, str. 291-294. Detaljnije o Ferrijevim stavovima v. npr. TOMAŠEVIĆ, G. Pojam opasnosti u teoriji E.Ferrija, Zbornik radova PF Split, 1972, str.113-124.

način sociološka škola djelomično prihvaća ideje o mjerama sigurnosti, koje se ovdje, kao dodatni način reakcije, primjenjuju uz kaznu.⁷

Pojam opasnosti kroz razvoj krivično-pravnih učenja, bez sumnje, ukazuje na njegovo kretanje od objektivnog prema subjektivnom težištu, odnosno od opasnosti ponašanja do opasnosti počinitelja.

Od tada pa do danas, međutim, opasnost počinitelja predstavlja temelj i glavni uvjet za izricanje mjera psihijatrijskih liječenja jer se sve ove mjere mogu izreći samo prema neuračunljivim i smanjeno uračunljivim delikventima kod kojih je utvrđeno upravo postojanje opasnosti za okolinu. Za neuračunljive i smanjeno uračunljive počinitelje krivičnih djela koji nisu opasni za okolinu primjena ovih mjera sigurnosti ne dolazi u obzir.

3. POZITIVNA ZAKONSKA RJEŠENJA

Ovu je opasnost počinitelja naš zakonodavac definirao kao opasnost za okolinu, podrazumijevajući pod time vjerojatnost ponovnog počiniteljeva vršenja krivičnih djela zbog određenog psihičkog stanja koje kod njega postoji (duševne bolesti, poremećenosti ili zaostalog duševnog razvoja), a koje bi se odgovarajućim medicinskim tretmanom moglo otkloniti ili neutralizirati. U tome su krivičnopravni teoretičari suglasni.

Pri tome neki od njih doista, umjesto izraza vjerojatnost upotrebljavaju "mogućnost" izvršenja krivičnog djela. Ako vjerojatnost shvatimo kao mogućnost ponovnog vršenja krivičnih djela, onda je sasvim svejedno kako će se ona izraziti, no izraz "vjerojatnost" čini se adekvatnijim. Stavovi se razlikuju i u pitanju o kojim bi se krivičnim djelima trebalo raditi, odnosno odnosi li se ta vjerojatnost na izvršenje bilo kojih krivičnih djela, istih ili sličnih djela koje je već izvršeno ili samo na neka teža, opasnija krivična djela? U teoriji su zastupljena sva tri odgovora. Tako se npr. ističe da bi se uvijek moralo raditi o opasnosti od određenih krivičnih djela, jer između utvrđenog stanja počinitelja i eventualnog krivičnog djela mora postojati uzročna veza. Naravno, ne može se, s obzirom na mogućnosti vještaka, odrediti točno koje bi djelo u budućnosti moglo biti izvršeno, ali je neprihvatljivo smatrati da to može biti bilo koje djelo. To znači da bi sud trebao utvrditi postojanje vjerojatnosti da će biti izvršeno djelo iste vrste.⁸ Drugi dozvoljavaju da se osnovna bojazan da će počinitelj i ubuduće vršiti krivična djela, može osloniti na krivična djela bilo koje vrste, ali ipak naglašavaju da će se, u

⁷ TOMAŠEVIĆ, G. *Mjere sigurnosti*, Split, 1981, str.21.

⁸ TOMAŠEVIĆ, G. *Mjere sigurnosti u krivičnom pravu*, Split, 1986, str. 70.

pravilu, raditi o predviđanju da će okrivljeni vršiti ista krivična djela koja je izvršio ili djela slična njima.⁹

Najčešća su shvaćanja po kojima je dovoljna vjerojatnost da će počinitelj ponavljati krivična djela bilo koje vrste. Ako se radi o privremenoj duševnoj bolesti ili privremenoj duševnoj poremećenosti, može biti dovoljna sama vjerojatnost da će se ponoviti stanje bolesti, odnosno poremećenosti, što može biti razlog da će počinitelj ponovno izvršiti neko krivično djelo.¹⁰

Najrjeđe je zastupano stanovište prema kojem bi ovu mjeru sigurnosti trebalo izricati "kada se može očekivati da će i u budućnosti delikvent činiti neka teža, opasnija djela".¹¹ Ovaj se stav temelji na principu srazmjernosti opasnosti počinitelja i primjene mjere liječenja, koja se sastoji i u lišavanju slobode i to neodređenog trajanja.¹²

Jednako mišljenje nalazimo u ranijoj literaturi kod Franka: "Počinitelj mora biti opasan u višem stupnju. Mora da postoji opasnost da će učiniti djelo koje zakon kažnjava lišenjem slobode. Ne može se uzeti da postoji potreba upućivanja u zavod, ako postoji opasnost, da će neuračunljivi učiniti djelo, za koje zakon na propisuje kaznu lišenja slobode."¹³

Iako bi nas razlozi pravne sigurnosti i osjećaj za pravедnost upućivali na takvo razmišljanje, čini se da ono ipak ne odgovara temeljnoj zamisli o izrazito preventivnom usmjerenju ovih mjera sigurnosti. Stoga bi, dosljedno provedeno, svaka opasnost od krivičnog djela, ma kakve težine i prirode, trebala biti temeljem i opravdanjem za primjenu ove mjere. Ipak, smatramo da bi u našem krivičnom pravu odgovarajuća mjera kompromisa između temeljne ideje o primjeni mjera sigurnosti obaveznih psihijatrijskih liječenja uz lišenje slobode i zaštite ljudskih prava, bila ostvarena pridržavanjem ovakve formule: Teže učinjeno djelo i velika vjerojatnost da će se ponoviti = mjera sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja u zavodu uz čuvanje, a lakše učinjeno djelo - velika vjerojatnost da će se ponoviti = obavezno psihijatrijsko liječenje na slobodi. Konačno: Lakše

⁹ KRAUS, B. *Psihijatrijska vještačenja u novom krivičnom zakonodavstvu*, III tečaj za usavršavanje iz forenzičke psihijatrije, 1980, str. 141-142.

¹⁰ Komentar KZ SFRJ, Beograd, 1978, str. 269.

¹¹ BAČIĆ, F. *Krivično pravo - opći dio*, Zagreb, 1980, str. 479.

¹² BAVCON - ŠELI, *Kazneno pravo splošni del*, Ljubljana, 1987, str.328. Splošno načelo pravne države o tem, da mora obstajati sorazmerje med kršitvijo in sankcijo zanjo, bi bilo grubo kršeno, če ga ne bi upoštevali pri konkretnem primeru.

¹³ FRANK, S. *Teorija kaznenog prava po KZ od 1951. - Opći dio*, Zagreb, 1955, str.265.

krivično djelo - mala vjerojatnost da će se ponoviti = odsutnost bilo kakve krivične sankcije.¹⁴

4. PROGNOZA OPASNOSTI DUŠEVNO ABNORMALNIH DELIKVENATA

Opasnost za okolinu neuračunljivog i bitno smanjeno uračunljivog delikventa uključuje u sebi dvije komponente: prošlu - učinjeno krivično djelo i buduću - vjerojatnost ponovnog činjenja krivičnog djela. Iz navedenog proizlaze objektivne teškoće jer, da bi se dala ocijena o opasnosti počinitelja krivičnog djela, potrebno je dobro poznavanje same ličnosti i niza elemenata - pored vrste, načina i uvjeta pod kojima je djelo izvršeno tu su još stanje neuračunljivosti ili bitno smanjene uračunljivosti *tempore criminis* i psihičko stanje počinitelja u vrijeme odlučivanja o izricanju mjera sigurnosti, njegov kriminalni kapacitet i stupanj socijalne inadaptacije i ono što je najteži i uvijek vezano za određeni rizik - prognoza hoće li ili ne počinitelj i dalje vršiti krivična djela.¹⁵

Nedostatak pouzdanih prognostičkih mjera za ocjenu opasnog ponašanja duševno bolesnog delikventa vodi zaključku da je ta ocjena u velikoj mjeri rezultat iskustva, vlastitog uvjerenja i intuicije pojedinog psihijatra.

Drugim riječima, znanstvenu pouzdanost kriterija za procjenu opasnosti psihički poremećenih delikvenata još uvijek je teško postići. Iako u forenzičko-psihijatrijskoj literaturi postoje mnogi radovi koji ukazuju na vrlo ograničene mogućnosti procjene opasnosti takvih delikvenata i prognostičkog vrednovanja te opasnosti, osjeća se nedostatak empirijskih istraživanja koja bi dala pouzdanije kriterije za realnu procjenu opasnosti delikvenata. Ni dosadašnji pokušaji nisu imali nekog značajnijeg uspjeha. Primjera radi može se navesti prijedlog da se za procjenu opasnosti koristi test koji bi bodovanjem odgovora dao konačni rezultat je li buduća opasnost velika, srednja ili mala. Pitanja su u tom testu vrlo različita, ali je očito da psihijatrovi odgovori na njih, već po samoj formulaciji pitanja, ne mogu biti egzaktni: npr. je li pacijent prije nosio oružje ili nije, ima li nasilnička razmišljanja, je li ikada upotrebljavao drogu, i sl. Točnije rečeno, konačna ocjena o stupnju opasnosti podložna je parcijalnim ocjenama koje

¹⁴ Slično i BAVCON - ŠELIH, op. cit. u bilj. 120, str.328: "Za odstranitev nevarnosti, da bo storilec ponavljal lažja kazniva dejanja, ima sodišče na razpolagu varnostni ukrep psihijatričnega zdravljenja v prostosti, pri karem ni potrebno varstvo v zdravstvenem zavodu".

¹⁵ Više o tome GROZDANIĆ, V. *Mjera sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja na slobodi u našem krivičnom pravu*, Zakonitost, 2/1990., str.235.

se ne temelje na nekoj egzaktности. Radi se, zapravo, o jednom od mnogih kliničkih pokušaja da se opasnost učini mjerljivijom.¹⁶

Koliko su različita i proizvoljna zapažanja i procjene opasnosti delikvenata pokazuje i eksperiment u kojem je sudjelovala grupa od 6 psihijatarata, 6 pravnika, 6 medicinskih sestara, 6 socijalnih radnika i 10 laika: Oni su svi pregledali video snimke osam konkretnih psihijatrijskih pacijenata spremnih za suđenje. Svi su subjekti vidjeli isti materijal. Bili su upitani da daju svoj sud o opasnosti prezentiranih osoba. Moglo se očekivati da će psihijatri i ostali koji rade s duševnim bolesnicima biti skloniji ocjeni njihove opasnosti. To se, međutim, nije dogodilo. Iako su psihijatri posljednjih godina pod konstantnim napadom zbog njihovih precjenjivanja potencijalne opasnosti svoje klijentele, pravnici su bili oni koji su ispred svih grupa najviše prognozirali opasnost, a odmah iza njih laici.¹⁷

Ovaj, eksperiment, iako skroman s obzirom na korišteni uzorak (pa time i nedostatan za ozbiljnije zaključke) ukazuje na još uvijek prisutne laičke predrasude o opasnosti duševnih bolesnika jer je javnost ta koja u najvećoj mjeri pravi stereotipnu korelaciju između "ludosti" i opasnosti.

Jedan od mogućih pokazatelja točnosti prognožiranja opasnosti duševno bolesnih delikvenata jest i recidivizam ovih osoba. Prema istraživanju provedenom 1985. g. u Chicagu na uzorku od 320 duševnih bolesnika došlo se do zaključka da je samo 10% mentalno poremećenih osoba u povratu i to za lakša krivična djela.¹⁸

Istraživanje provedeno u R. Hrvatskoj u razdoblju od 1981 do 1985. g., kojim je obuhvaćena i skupina počinitelja krivičnog djela ubojstva (36) i krivičnog djela silovanja (22) s namjerom praćenja parametra psihopatološke dimenzije opasnosti u razdoblju od pet godina nakon prekida mjere sigurnosti institucionalnog psihijatrijskog liječenja i vraćanja bolesnika u njegovu prirodnu životnu sredinu, dalo je sljedeći rezultat: Ni jedan duševni bolesnik nije ponovio isto ili učinio neko drugo krivično djelo, bilo da je pripadao skupini krivičnog djela ubojstva, bilo skupini

¹⁶ MARRA, H. A., KONZELMAN, G. E., GILES, P. G. *A Clinical Strategy to the Assessment of Dangerousness*, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, 31/1987/2.

¹⁷ JACKSON, M. W. *Lay and Professional Perceptions of Dangerousness and Other Forensic Issues*, Canadian Journal of Criminology, 30/1988/3.

¹⁸ LURIGIO, A. J. *The Criminal Mental Patient - A Descriptive Analysis and Suggestions for Future Research*, Criminal Justice and Behavior, Vol. 14, No.3, str.268-278.

počinitelja silovanja, iako su neki bili akutno psihotični.¹⁹ I ovaj, inače vrijedan podatak, trebalo bi uzeti s dosta rezervi zbog relativno malog broja analiziranih slučajeva.

Prilikom uzimanja u obzir rezultata navedenih ili nekih drugih istraživanja treba imati u vidu i sljedeću konstataciju: Pogrešna prognoza opasnosti pacijenata koji se prinudno zadržava, ne otkriva se, ali se pogrešna prognoza onog koji se pušta otkriva i ona se javno očituje u njegovom ponašanju.²⁰

Drugim riječima, provjera pozitivne prognoze uvijek je moguća za razliku od provjere negativne prognoze, koja je vrlo ograničena i često nedostupna. Stoga se opravdano postavlja pitanje jesu li negativne prognoze vještaka rezultat stvarnog stanja stvari ili straha od gubitka profesionalnog ugleda i eventualne krivične odgovornosti u slučajevima kada bolesnik nakon puštanja na slobodu počini novo krivično djelo. S time u vezi u npr. praksi američkih sudova postoje interesantna rješenja u tri slučaja:

1. Četiri dana nakon puštanja iz državne bolnice za duševno bolesne kriminalce 1950. g. 19-godišnji pacijent je brutalno nožem napao sedam osoba. Četvoro njih je umrlo. Udovica jednog od njih podigla je tužbu protiv bolnice. (Pacijent je bio osuđen na tri godine neodređene kazne zatvora zbog pokušaja razbojništva. Zatvorski je psihijatar dijagnosticirao "psihoza i psihopatija", te je preporučio prijem u bolnicu zbog njegove opasnosti za sebe i druge). Prvostepeni je sud utvrdio odgovornost bolnice, ali je žalbeni sud to revidirao s obrazloženjem suca Coona: liječnik ne može biti odgovoran za pošteno učinjene pogreške u poslu, a niti država koja ga zapošljava.

2. U slučaju *Hisks v. United States* 1975. g. puštanje pacijenta iz bolnice dovedeno je u vezu s medicinskim propustom, budući da liječnik iz nehata nije upozorio sud na opasnost pacijenta. Pacijent je primljen u Opću bolnicu na psihijatrijsko vještačenje je li sposoban odgovarati pred sudom (*competent to stand trial*) pod optužbom nasilja nad svojom ženom. Utvrđeno je oštećenje mozga uslijed alkohola, ali su ga proglasili sposobnim za suđenje, uz preporuku daljnjeg bolničkog liječenja i povremenog psihološkog testiranja. Sud ga je pustio jer žena nije došla na suđenje, nakon čega on ubija ženu. Sud je u tom slučaju (Žalbeni sud za

¹⁹ PUŠKARIĆ, R., TURČIN, R., ZAVRŠKI, K. P. *Analiza mjere sigurnosti iz čl.63 KZ SFRJ počinitelja krivičnog djela ubojstva i silovanja*, Zbornik radova (Psihijatrijska bolnica danas), Zagreb, 1989. str.148-149.

²⁰ CRAWFORD, D. A. *Problems with the Assessment of Dangerousness in England and Wales*, *Medicine and Law*, Vol. 3, No.2, 1984.

District of Columbia) našao da je bolnica kriva jer nije dala adekvatnu informaciju o opasnosti pacijenta.

3. U slučaju *Homere v. State* 1974. g. nakon otpuštanja jednog pacijenta koji je napao tri žene, povodom tužbe dvije od njih (napad je bio isto jutro kad je otpušten nakon jednomjesečne hospitalizacije) sud je utvrdio odgovornost bolnice ne zbog pogrešnog liječenja (*malpractice*) već zbog toga "što nije učinila ništa drugo osim čisto administrativne odluke o puštanju" umjesto daljnjih medicinskih mjera.²¹

U anglo-američkom pravu kategorija opasnosti je ključna formula za opravdanost primjene prinudnih mjera liječenja prema krivično neodgovornim delikventima. S obzirom da se ovdje inzistira na nepovredivosti ustavnih, osobnih prava i sloboda i postavljanju jasnih granica, intervencija državne vlasti kojima se ta prava i slobode ograničavaju, neodređenost pojma opasnost i nedovoljna egzaktnost kod procjene opasnosti dovode do situacija u kojima se formuliraju pravna pravila na temelju pojedinih slučajeva, odustaje se od njih, kritizira se odluke suda i mišljenja psihijatrijskih vještaka, pozivaju se na slobode i prava pojedinaca koji ne smiju čitav život provesti u duševnoj bolnici, i istovremeno se navode slučajevi teških krivičnih djela koje su učinile duševno bolesne osobe. Predsjednik nacionalnog Vijeća za zločine i delikvenciju u SAD još je 1973. g. rekao da je identifikacija opasnih osoba "najveći neriješeni problem s kojim se suočava krivični pravosudni sistem".²² U tom kontekstu treba ocjenjivati savjet Američkog psihijatrijskog udruženja upućen svojim članovima da ne daju mišljenje o opasnosti duševno bolesnih delikvenata. Mala ili gotovo nikakva mogućnost psihijatrijskog predviđanja ponavljanja krivičnih djela opravdava postavljanje sljedećih pitanja: Koliko društvo može prihvatiti stanje u kojem se nalazi kada se dva ili tri neopasna počinitelja zatvaraju i izoliraju zbog jednog opasnog? To je važno etičko pitanje. Koliko je bezopasnih za društvo prihvatljivo da se zatvore za dugi period, samo da bi se zaštitilo od malog broja stvarno opasnih?²³

Manje ili više poteškoća mogu imati krivični pravosudni organi i u drugim zemljama koje primjenu mjera psihijatrijskih liječenja i čuvanja

²¹ FELTHOUS, R.A. *Negligence Without Malpractice, Broadening Liability for Psychiatrists who Release Dangerous Mental Patients*, *Medicine and Law*, Vol.4. No.5, 1985. (511F2d407/1975 i 36 1NYS2d820/1974.).

²² FLOUD, J. *Dangerousness in social perspective*, iz *Psychiatry, Human Rights and the Law*, ed. by Roth, M. and Bluglass, R., Cambridge, 1986, str.94.

²³ DALGARD, O. S. *Problems arising from the use of psychiatric expertise to assess mitigation or exclusion of criminal responsibility*, iz *Studies on Criminal Responsibility...*, Cambridge, 1986, str.94.

temelje na opasnosti delikventa: Nizozemska (čl.37 st. 3 KZ), Belgija (čl.7 KZ), Austrija (čl.21 KZ), Njemačka (čl.63 KZ), Cipar (Zakon o duševnim bolesnicima), Portugal (čl.94 KZ), Francuska (čl.343 Zakona o javnom zdravlju), Grčka (čl.69 KZ), Island (čl.62 KZ), Italija (čl.202-204 KZ), Švicarska (čl.43 st.1 KZ) i Švedska (poglavlje 31, st.3 KZ).²⁴

Negiranje potrebe psihijatrijskog procjenjivanja opasnosti duševno bolesnih delikvenata i prepuštanje te uloge pravnicima ne vodi rješenju postojeće situacije. Dok se ne nađe neka adekvatna zamjena za pojam opasnosti, opasnost delikventa ostaje glavni oslonac za odlučivanje o primjeni psihijatrijskih liječenja prema ovoj kategoriji delikvenata. Stoga bi pronalaženje pouzdanih, znanstveno provjerenih kriterija za procjenu opasnosti duševno poremećenih osoba znatno otklonilo sadašnju nesigurnost u određivanju ovog pojma, pa u tom pravcu valja usmjeriti medicinska istraživanja.

5. UTVRĐIVANJE OPASNOSTI POČINITELJA KRIVIČNOG DJELA U SUDSKOJ PRAKSI

Bez obzira na, kako je već rečeno, čitav niz problema vezanih za identifikaciju i određivanje opsega i dimenzija pojma opasnosti duševno bolesnih delikvenata, i to kako u trenutku odlučivanja o izricanju mjera liječenja, tako i kod odlučivanja o njihovom prestanku, ovaj pojam ostaje glavni kriterij razlikovanja potrebe za izricanjem mjere liječenja i čuvanja u ustanovi od mjere liječenja na slobodi i jedini je pokazatelj potrebe da se prema neuračunljivim i bitno smanjeno uračunljivim delikventima uopće primjenjuju mjere sigurnosti psihijatrijskog liječenja.

Stoga je provedeno istraživanje primjene ovih mjera u sudskoj praksi kako bi se dobio uvid u shvaćanje i tumačenje pojma opasnosti u sudskoj praksi.

Istraživanje je provedeno na Vrhovnom sudu Hrvatske, Okružnom sudu Zagreb, Okružnom sudu Rijeka, Okružnom sudu Pula i Općinskom sudu Pula i obuhvatilo je vremenski period od 12 godina (od 1975. do 1987.g.). Obrađeno je ukupno 80 pravomoćnih spisa u kojima je izrečena jedna od mjera psihijatrijskog liječenja.

Rezultat je sljedeći:

²⁴ SCHREIBER, H. L. *Definitions of Criminal Responsibility and of Psychological and Pathological Factors which may mitigate or exclude such Responsibility*, Studies on Criminal Responsibility and Psychiatric Treatment of Mentally Ill Offenders, Reports presented to the seventh Criminological Colloquium (1985), Council of Europe, Vol.XXIV, Collected studies in criminological research, Strasbourg 1986, str.37.

Od ukupnog broja predmeta u kojima su izrečene mjere sigurnosti obaveznih psihijatrijskih liječenja iz čl.63 i čl. 64 KZH-I (80) sud se u obrazloženju rješenja osvrnuo na opasnost počinitelja u 75 slučajeva. Drugim rječima, u 5 slučajeva sud se u obrazloženju odluke o izricanju mjera liječenja nije ni osvrnuo na pitanje opasnosti počinitelja i potrebe otklanjanja te opasnosti liječenjem u zdravstvenoj ustanovi ili na slobodi, iako se radi o zakonskom uvjetu za izricanje tih mjera. Opravdano se nameće pitanje radi li se i ovdje o nedostacima formalne prirode kao dio nepotpunih, površnih i neargumentiranih obrazloženja, u čemu je u krivičnopravnoj literaturi mnogo pisano ili o suštinskim materijalnim nedostacima pri izricanju mjera sigurnosti obaveznih psihijatrijskih liječenja, osobito mjere liječenja iz čl.63 KZH-I, dakle, onda kada za to ne postoje zakonski uvjeti. Čak i kad bi se radilo o nedostacima formalne prirode u sklopu nepotpunih, površnih i nedovoljno argumentiranih obrazloženja, takav je propust zapravo suštinski nedostatak posve nedvojbene povrede materijalnog krivičnog prava. To je tipičan primjer kada naizgled formalni nedostatak "prerasta" u povredu materijalnog zakona jer izostaju razlozi za primjenu psihijatrijskih liječenja kao mjera sigurnosti u konkretnom slučaju. (Naročito kada se radi o čl.63 KZH-I). Mogućnost uvida u cjelokupan spis daje zaključak da se radi o bitnoj povredi iz čl.364 st.1 t.10 Zakona o krivičnom postupku, koja predstavlja osnov za pobijanje presude. Takav stav zauzima i Vrhovni sud Bosne i Hercegovine Kz. 945/80 od 20. siječnja 1981. godine: "Odluka o izricanju mjera bezbjednosti obaveznog psihijatrijskog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi iz čl.63 KZ SFRJ treba da sadrži i razloge o tome da je utvrđeno, ne samo da je okrivljeni u vrijeme izvršenja krivičnog djela bio neuračunljiv odnosno bitno smanjeno uračunljiv, nego da je i opasan za okolinu i da je radi otklanjanja te opasnosti potrebno njegovo liječenje i čuvanje u takvoj ustanovi. Ako, međutim, odluka o tome nema razloga, ostvarena je bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz čl.364 st.1 t.10 ZKP i na tu povredu sud pazi i po službenoj dužnosti." ²⁵

Zaključku o rutinskim i neargumentiranim obrazloženjima odluke o izricanju navedenih mjera liječenja idu u prilog i obrazloženja u kojima se sud osvrnuo na pitanja opasnosti počinitelja krivičnog djela. Naime, u većini ostalih obrazloženja sud se samo površno osvrće na pitanje opasnosti ponavljajući mišljenje vještaka izneseno u nalazu i mišljenju ili još češće na glavnoj raspravi.

Tako npr.: Općinski sud Pula u presudi K-152/79 K.A., rođ. 1931. g., domaćici, neudatoj, neosuđivanoj, izriče kaznu zatvora u trajanju od osam mjeseci zbog krivičnog djela krađe iz čl.130 st.1 KZH i mjeru

²⁵ Iz biltena Vrhovnog suda B i H, br. 1/1981., str.4.

obaveznog liječenja i čuvanja iz čl.63 KZ SFRJ jer je *tempore criminis* bila bitno smanjeno uračunljiva uz obrazloženje "Sud je u smislu čl.63 KZJ utvrdio da je opasna za okolinu, pa je odredio obavezno liječenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi".

Rješenjem Okružnog suda u Rijeci K-48/82 kojim se prema V.R. rod. 1922. g., udovici, bez djece, neosuđivanoj izrečena je mjera sigurnosti obaveznog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi iz čl.63 KZ SFRJ zbog pokušaja ubojstva čl.35/1 KZH i čl.19 KZ SFRJ učinjenog u neuračunljivom stanju uz obrazloženje: "Utvrdivši da je djelo učinila u potpuno neuračunljivom stanju i kraj činjenice da je opasna za svoju okolinu trebalo joj je po citiranom propisu izreći navedenu mjeru sigurnosti".

Što više, u nekim presudama koje su u grupi gdje postoji obaziranje na opasnost, ta se opasnost ne spominje izričito, već se o njenom postojanju zaključuje posredno.

Tako npr.: Općinski sud Pula K-143/87 izriče kaznu zatvora u trajanju od 2 g. H.S., rod. 1966. g., elektrozavarivaču, neoženjenom, neosuđivanom zbog 20 krivičnih djela krađe i teške krađe iz čl.130 i 131/1 KZH i mjeru sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi iz čl. 63 KZH-I uz obrazloženje: "Temeljem čl.63 KZ KZH-I okrivljenom je izrečena mjera sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi s obzirom da je utvrđeno da je krivična djela počinio u stanju bitno smanjene uračunljivosti, a iz nalaza vještaka i njegovog usmenog iskaza datog na raspravi utvrđeno je da je vjerojatnost da okrivljeni nastavi sa vršenjem krivičnih djela vrlo velika, s obzirom na zdravstvene i socijalne prilike okrivljenika".

Okružni sud u Rijeci K-54/83 izrekao je Đ.S., rod. 1961. g., neoženjenom, osuđivanom zbog krivičnog djela iz čl.134/1 KZJ na 4 mjeseca zatvora, kaznu zatvora u trajanju od 1 godine i 3 mjeseca zbog krivičnog djela neprijateljske propagande iz čl.133/1 KZ SFRJ učinjenog u stanju bitno smanjene uračunljivosti zbog sindroma *bordrelina* uz obrazloženje: "Vještak je iskazao da je s obzirom na stanje duševnog zdravlja optuženika potrebno njegovo liječenje, jer bi u protivnom on mogao nastaviti s vršenjem sličnih krivičnih djela. Kako se po mišljenju vještaka teško može očekivati potpuno odstranjenje smetnji na planu duševnog zdravlja optuženika, ona se mogu liječenjem u određenom stepenu ublažiti. Zbog toga je sud optuženom izrekao, uz kaznu i mjeru sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja".

Sasvim su izuzetna obrazloženja presuda ili rješenja u kojima se opasnosti počinitelja poklanja dovoljna pažnja i obrazlaže na čemu se temeljila ocjena o opasnosti počinitelja.

Tako npr.: Okružni sud Pula K-2/81 izriče V.G. rođ. 1947. g., neoženjenom, kaznu zatvora od 12 godina i mjeru sigurnosti obaveznog liječenja iz čl.63 KZ KZH-I zbog krivičnog djela ubojstva iz čl.35/1 KZH obrazlažući to ovako: "Na temelju izvršenog vještačenja, utvrđeno je da se radi o osobi sa bitno smanjenom uračunljivosti. Ocjenjujući dosadašnja njegova ponašanja, sklonost provalama u banke, zatim način na koji je izvršio krivično djelo iz čl.153/1 KZH, ovaj sud smatra da je opasan za okolinu i smatra da je radi otklanjanja te opasnosti potrebno njegovo liječenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi".

Ili - Okružni sud u Zagrebu K-64/87 koji je P.J. rođ. 1960. g., neosuđivanom izrekao mjeru liječenja iz čl.63 KZ SFRJ zbog krivičnog djela ubojstva iz čl.35/2 KZH učinjenog u stanju neuračunljivosti obrazlažući njegovu opasnost: "S obzirom na učinjeno krivično djelo, stanje duševnog zdravlja okrivljenog, ponašanje nakon izvršenog krivičnog djela nema dvojbe da je P.J. opasan za svoju okolinu, pa se stoga izricanje ove mjere obaveznog čuvanja i liječenja ukazuje kao jedino racionalno i zakonito rješenje".

Zadovoljavajuće obrazloženje o opasnosti počinitelja za okolinu nalazimo npr. u sljedećem slučaju:

Okružni sud Zagreb K-277/86 izrekao je mjeru obaveznog liječenja i čuvanja A.V. rođ. 1942. g., vozaču u mirovini jer je u neuračunljivom stanju uslijed halucinatorno-paranoidne vrste shizofrenije kišobranom i udarcima štapom oborio P.S., s kojim se inače sporio oko oranice, te mu nožem prerezao grkljan čime je počinio krivično djelo ubojstva iz čl.35. st.1 KZH. U obrazloženju opasnosti kao uvjeta za izricanje ove mjere navodi se: "Provedenim psihijatrijskim vještačenjem sud je utvrdio da je okrivljenik prilikom počinjanja krivičnog djela bio u stanju neuračunljivosti, da je upravo zbog stanja svoje bolesti opasan za okolinu, te da ga upravo zbog otklanjanja te opasnosti valja čuvati i liječiti. Kod okrivljenika se, naime, radi o takvoj vrsti duševne bolesti koja ima nepredvidiv tok i koja najčešće nije povezana s njegovim eventualnim i ranije agresivnim ponašanjem, već upravo obrnuto, može se ispoljiti u nepredvidivo vrijeme, a samim time može priozvesti i izuzetno teške posljedice za okolinu".

Općinski sud u Puli odlukom o predmetu K-364/80 nije prihvatio mišljenje psihijatrijskog vještaka da se prema počinitelju može primjeniti kao dovoljno liječenje na slobodi već je izrekao mjeru liječenja i čuvanja iz čl.63 KZH-I. Radilo se o krivičnom djelu dovođenja u opasnost života i imovine opće opasnom radnjom ili sredstvom iz čl.153 st.1 KZH i krivičnom djelu napada na službenu osobu pri obavljanju poslova sigurnosti iz čl.194 st.1 KZH, od strane K.Ž. rođ. 1959. g., neosuđivanog, neoženjenog, bez djece (u prostorijama stana zapalio dvije hrpe otpadaka

pomoću benzina i ljepila "Neostik" i izazvao požar, i prilikom intervencije radnika OSUP-a prijetio da će ih napasti i zamahivao sjekirom). Iz nalaza vještaka proizlazi da je K.Ž. socijalno oštećena ličnost, nesređenih obiteljskih prilika, emocionalno labilna pod utjecajem omamljujućeg djelovanja dolazi do impulzivnih radnji i nenormalnog ponašanja, *tempore criminis* pod utjecajem ljepila "Neostik" omamljen i neuračunljiv. Potrebno je poduzeti mjere da ne dođe do novih inhalacija, pa predlaže ambulantno liječenje. Obrazlažući odluku o mjeri liječenja i čuvanja u ustanovi sud navodi: "Sud prihvaća mišljenje vještaka u pogledu stanja u kojem se nalazi okrivljenik u vrijeme kada je počinio krivična djela. Međutim, ovaj sud ne prihvaća mišljenje vještaka da je u ovom slučaju dovoljno liječenje na slobodi. Naime, sam vještak je kazao da ukoliko bi okrivljeni i dalje koristio opojna sredstva, onda postoji vjerovatnoća da bi mogao ponoviti radnje koje je činio, pa čak i u težem obimu. Dakle, utvrđeno je da je K.Ž. opasan za okolinu i da je radi otklanjanja te opasnosti potrebno njegovo liječenje u zdravstvenoj ustanovi".

Nema sumnje da je sud u ovom slučaju samostalno odlučio ono što vještak nije predlagao. Vještačenje mora biti temelj odluke i sud ne može iznad i izvan toga biti stručniji. Stoga se u ovom slučaju morao odlučiti na novo vještačenje temeljem čl.251 Zakona o krivičnom postupku.

Kao kriterij za primjenu mjera sigurnosti iz čl.63 KZH-I u sudskoj praksi može dobro poslužiti jedna instruktivna presuda VSH, i to KŽ-364/71, iz čijeg obrazloženja čitamo: "Da bi se mogla primjeniti mjera sigurnosti upućivanja u zavod radi čuvanja i liječenja (čl.61 KZ/1951.) potrebno je da u osobi okrivljenog postoji konkretna opasnost za okolinu, a ne samo potencijalna opasnost u slučaju kada se ostvari provokativna situacija koja kod optuženog može proizvesti neadekvatnu kriminalnu reakciju, u vidu ugrožavanja okoline u kojoj se on kreće. U konkretnom slučaju za optuženog je utvrđeno da samo pod stanovitim uvjetima zbog svoje sugestibilnosti može doći u situaciju da izvrši neko krivično djelo".²⁶

Isto stanovište u vezi s pitanjem opasnosti neuračunljivog delikventa zauzima Vrhovni sud Hrvatske i povodom jednog drugog slučaja KŽ-371/70: "Za primjenu mjere sigurnosti upućivanja u zavod radi čuvanja i liječenja iz čl.61 KZ/1951, potrebno je da postoji konkretna opasnost za okolinu, a ne samo potencijalna opasnost koja se pojavljuje kad se ostvare provokativne situacije koje kod okrivljenog mogu proizvesti neadekvatne reakcije. Makar je utvrđeno da je optuženi krivično djelo opće opasne radnje iz čl.268 st.1 KZ/51 izvršio u neuračunljivom stanju i da njegovo duševno stanje nije moguće izlječiti raspoloživim medicinskim sredstvima i

²⁶ Pregled sudske prakse VSH u 1971. g., I, str.58.

da postoji apstraktna opasnost kriminalnog djelovanja optuženog kada sud prihvaća mišljenje vještaka da okrivljeni nije opasan za svoju okolinu ukoliko ne bi bio isprovociran, pravilan je zaključak prvostepenog suda da izvršilac djela nije opasan za svoju okolinu i da nema mjesta primjeni mjere sigurnosti iz čl.61. KZ".²⁷

6. PRAVNI POLOŽAJ OPASNIH KRIVIČNO NEODGOVORNIH DELIKVENATA

Citiranje nekih presuda, kao primjera za obrazloženje opasnosti delikventa, usmjeravaju našu pažnju na pitanje pravnog položaja ili, bolje reći, pravne sigurnosti duševno abnormalnih počinitelja krivičnih djela.

Iako se u ovom radu opredjeljujemo za shvaćanje da pojam opasnosti prema sadašnjem zakonskom određenju (čl.60. i čl.63 KZH-I) treba tumačiti kao vjerojatnost ponovnog činjenja bilo kojeg krivičnog djela, ocjena o opasnosti počinitelja, a kako je već rečeno, uglavnom se temelji na učinjenom krivičnom djelu. Stoga se opravdano a sa stanovišta zahtjeva pravednosti i srazmjernosti između težine učinjenog djela i krivičnopravne sankcije te pravne sigurnosti počinitelja postavlja pitanje treba li počinitelja lakšeg krivičnog djela uopće smatrati opasnim za okolinu u toj mjeri da je za uklanjanje njegove opasnosti nužno psihijatrijsko liječenje. Ako je to liječenje, pak, potrebno, je li dovoljno njegovo liječenje na slobodi (čl.64 KZH-I) ili ga treba i čuvati, tj. izolirati, i to neodređeno vrijeme u zdravstvenoj ustanovi. Drugim riječima, je li opravdano počinitelju lakšeg krivičnog djela, zbog opasnosti da će vjerojatno ponovno učiniti, i to vjerojatno lakša krivična djela, izreći mjeru obaveznog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi. Odgovor je, naravno, negativan. S time se u vezi treba složiti s mišljenjem koje je npr. jasno izrazio za primjenu anglosaksonskog krivičnog prava sudac Burger s Vrhovnog suda SAD: "Nije dozvoljeno uvijek proglasiti nekoga opasnim samo kad postoji vjerojatnost veća od 50% da će učiniti neko krivično djelo. Ako postoji i samo 1% vjerojatnosti da će nekoga ubiti, on je opasan, ako postoji i 75% vjerojatnosti da će učiniti neko lako krivično djelo, to nije razlog za prinudnu hospitalizaciju za duže vrijeme".²⁸

Prema tome, velika vjerojatnost da će se ponoviti ili učiniti samo neko lako krivično djelo ne može biti razlogom za izoliranjem delikventa.

²⁷ Pregled sudske prakse VSH u 1970. g., I, str.29.

²⁸ Brooks, A. *Defining the Dangerousness of the Mentally Ill: Involuntary Civil Commitment*, iz *Mentally Ill Offenders* ed. by Craft, M. i A., London, itd., 1984, str.304.

Posebno mjesto u ovom kontekstu zauzimaju tzv. verbalni politički delikti. Ako i nema prigovora na upotrebu mjera psihijatrijskih liječenja prema opasnim delikventima koji zbog svog nasilnog djelovanja ugrožavaju okolinu, sve su aktualnije rasprave o tome koliko su ove mjere primjenjivane za političke delikte prema nosiocima prevratničkih ideja, piscima protivničkih mišljenja i svim kritičarima društva koji ne pristaju na sputanost javno očituju i izražavaju svoje mišljenje. Zatvaranje takvih osoba u psihijatrijske ustanove (naravno, nakon "dijagnosticiranja" najčešće paranoje, shizofrenije, oligofrenije, itd.) vrši se, ne poradi liječenja, (jer se njihova "bolest" sastoji samo u drugačijem poimanju društvenog i političkog života zemlje), već s namjerom da ih se izolira, stigmatizira, kompromitira i time onemoguću u izražavanju svojih stavova (pa čak, ili i naročito onda, kada se radi o borbama za zaštitu ljudskih prava i sloboda). Izgleda da je mnogo lakše nekog disidenta "proglasiti ludim", nego pronaći pravni temelj za njegovo krivično gonjenje, odnosno ako i postoji razlog za krivično gonjenje i kažnjavanje, mnogo je sigurnije "liječiti" ga na neodređeno vrijeme u psihijatrijskoj ustanovi, nego uputiti ga na izdržavanje najčešće kratkotrajne kazne zatvora. Ova zloupotreba psihijatrije u političke svrhe predstavlja najmračniji aspekt institucionalizma. Mnogo je onih koji su pisali o psihijatriji i kao sredstvu vrlo suptilne zloupotrebe u prljavim političkim odnosima, označavajući je kao produženu ruku represivnog državnog aparata, a njene aktere "tamničarima u bijelom". Najglasniji su u tome, bili negdje šezdesetih godina, nosioci pokreta poznatog pod nazivom antipsihijatrija, koji su na osnovi dokaza o zloupotrebi psihijatrije u političke i druge svrhe, krenuli u prevrednovanje tradicionalne psihijatrije, njene uloge u društvu, te odnosa pacijent-psihijatar i pacijent-društvo.²⁹

Odjek njihovih ideja u svijetu i kod nas bio je priličan, ali i potpuno različit. Tako se navodi da su antipsihijatri sa svojim istupima i napisima mnogo toga nekontroliranog, netočnog i apsurdnog uputili na adresu "službene" psihijatrije nepotrebno joj nanoseći štetne posljedice i gurajući je izvan domene medicine natrag prema brojnim špekulacijama u fazu koju je već davno prošla.³⁰ Drugi su, opet, isticali da je antipsihijatrija pokušaj humanizacije psihijatrije: ona otklanja manipulaciju i agresiju. Vraća čovjeku njegovo dostojanstvo i traži nove ljudske vrijednosti u odnosu liječnika i bolesnika. Ona analizira čovjeka i njegov kontekst kao

²⁹ Najpoznatiji među njima su SZASZ, T. S. *The Manufacture of Madness*, Harper Colaphan Books, New York, 1970., *The Myth of Mental Illness*, Palladin, 1973., COOPER, D. *The Dialectics of Liberation*, Pelican Books, Great Britain, 1971, *Psychiatry and Anti-psychiatry*, Tavistock Publications, London, 1967, LAING, R. *The Politics of Experience*, Pantheon, New York, 1967, *The Self and Others*, Pantheon, New York, 1970.

³⁰ UGLEŠIĆ, B. *Psihijatrijska razmišljanja o antipsihijatriji*, Socijalna psihijatrija, 6/1978/3.

zajedništvo.³¹ Ne upuštajući se u navođenje, a pogotovo ne u argumentiranje ili negiranje pojedinih stavova antipsihijatarata (jer za to kao pravnici i nismo kompetentni), treba se zadržati na izjavi jednog našeg psihijatra: "Razmišljanja o mogućoj zloupotrebi psihijatrije stara su kao i sama psihijatrija. Zloupotrebe su se događale, događaju se i događat će se. Psihijatrija će biti idealna medicinska struka koja ne bi zloupotrebjavala i ne bi bila zloupotrebjavana samo tada kad bi djelovala u idealnom društvu u kojem nema zloupotreba ni na kojem društvenom području. Idealan čovjek u idealnom društvu ideja je koju ne znamo ni opisati, a kamoli je ostvariti. Uz tako pesimistično gledanje treba očekivati da se u svim područjima, pa i u psihijatriji, događaju pogreške ili zloupotrebe".³²

Međutim, dok su nam pogreške i zloupotrebe u psihijatriji drugih zemalja osobito SSSR-a, prilično poznate (uslijed kampanje koja se u okviru Svjetskog udruženja psihijatarata vodila protiv sovjetskih psihijatarata zbog navodne zloupotrebe psihijatrije u političke svrhe i koja je završila činjenicom da je Svesavezno naučno društvo neuropatologa i psihijatarata SSSR-a napustilo članstvo Udruženja i da su objavljena iskustava poznatih disidenata), kod nas je pitanje prisilnog zatvaranja u duševne bolnice politički nepodobnih osoba do nedavno bilo tabu tema.³³ Tek u novije vrijeme u nekoliko posljednjih godina s ovog, brižljivo čuvanog tabua polako pada zavjesa, otkrivajući malo poznate činjenice u javnosti o zloupotrebama psihijatrije u našoj sredini.

Tako je npr. poznati slučaj V.N. rođ. 1949.g., radnika osuđenog presudom Vojnog suda u Sarajevu od 1. listopada 1975.g. za krivično djelo neprijateljske propagande i izrečena mu je mjera liječenja i čuvanja iz čl.63 KZJ. Ovu mjeru od 1975. do 1985.g. izdržava u beogradskoj zatvorskoj bolnici gdje je i vještačen i proglašen neuračunljivim i opasnim po okolinu jer može nastaviti s istim prekršajima zakona (tereti ga se za hrvatski nacionalizam). Iz ove je bolnice izašao kao osoba nervno teško oboljela i organski onesposobljena. Inače ga je 1974.g., kada je došao da služi vojni rok, pregledao konzilij psihijatarata na vojnom pregledu pred regrutnom komisijom u Vinkovcima i proglašen je potpuno organski i psihički zdravim, natprosječno inteligentnim. Od 1985.g. nalazi se u psihijatrijskoj bolnici Popovača jer je nakon izlaska iz beogradske bolnice, u kojoj je bio predmet specijalnog nadzora i tretmana, pao u duboku depresiju i strah.

³¹ RAŠKOVIĆ, J. *Antipsihijatrija u teoriji i praksi*, Socijalna psihijatrija br.3/1975.

³² LOKAR, J. *Možna ali dejanska zloraba psihijatrije*, Naši razgledi, 35/1986/7.

³³ Svakako treba spomenuti BUKOVSKOG, V. i njegovo djelo: *Moj život disidenta*, Zagreb, 1977.

Potpuno jednak epilog nalazimo i u slučaju V.P., rođ. 1950.g., radnika, kojemu je Okružni sud u Šibeniku rješenjem K-19/82 izrekao mjeru liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, a na temelju psihijatrijskog vještačenja kojim je proglašen duševno bolesnim (vjersko ludilo), a zbog krivičnog djela neprijateljske propagande (čl.133 KZJ) i djela povrede ugleda države i njenih organa (čl.157 KZJ) (napisao je uvredljivo pismo A.P., funkcioneru Gradskog SUP-a Šibenik, koji ga je inače više puta zatvarao i zlostavljao, isto kao i njegovu porodicu). Od 1982.g. do 1984.g. nalazio se u zagrebačkoj zatvorskoj psihijatrijskoj bolnici u krajnje teškim životnim uvjetima i izložen kaznenom tretmanu. Od 1984.g. nalazi se u Sudskom odjeljenju psihijatrijske bolnice u Popovači. Liječnici su predlagali njegovo otpuštanje, ali do toga ne dolazi zbog navodno neriješenih egzistencijalnih problema (stanovanje, posao itd.), iako ima bliske srodnike, a i osnova za ostvarivanje penzije preko oca ili osobno.

Navedeni i drugi primjeri iz naše sudske i psihijatrijske prakse pokazuju da je za delikt mišljenja u bolnici oduzeta sloboda ljudima nedvojbeno za duže vrijeme nego što bi proveli u zatvoru da su nekoga ubili. Budući da je lakše postavljati pitanja nego pronalaziti odgovore, neka se pitanja nagomilavaju: je li moguće da duševno rastrojene osobe, neuračunljive *tempore criminis* čine delikte mišljenja? Zar nije apsurdno tvrditi da osoba u stanju neuračunljivosti svojim verbalnim (usmenim ili pismenim) iskazima može ugrožavati ugled neke osobe ili čak prijetiti režimu države? Odnosno, ako je netko dovoljno lucidan za takvo što nije li nužno i uračunljiv? Nije li zapravo u svim ovim slučajevima psihijatrijska hospitalizacija samo kamuflaža za ono što je zapravo kazna? Ovo "terapeutsko" tretiranje u bolnicama mnogo je teže od zatvorskog kažnjavanja, vremenski je neograničena trajanja, osoba je lišena niza ustavnih i zakonskih prava koja uživa kriminalac.

Nije li prema tome ova kvazimedicijska krivična sankcija psihijatrijske hospitalizacije, izuzimajući smrtnu kaznu, najokrutnija kazna koju zakonski sustav može izvršiti nad čovjekom? Potvrdni odgovori na ova pitanja vode zaključku da postojanje psihijatrijskih ustanova koje funkcioniraju kao zatvori, te sudskih presuda koje su, zapravo, neodređene osude na takve zatvore, dovodi u pitanje cjelokupni koncept krivične odgovornosti jer briše razliku između odgovornih i neodgovornih, ali isto tako dovodi u pitanje i postojanje pravne države uopće.

Ne ulazeći detaljnije u cjelokupnu problematiku verbalnih političkih krivičnih djela na kraju bi se moglo konstatirati: tamo gdje počinje upotreba psihijatrije (liječenje duševno bolesnih, opasnih osoba koje svojim ponašanjem ugrožavaju svoj život ili tuđi) počinju i mogućnosti i za njenu zloupotrebu. Stoga, a na čemu najviše i inzistiraju psihijatri, suvremena bi

se psihijatrija trebala kretati u smjeru integracije psihijatrije u društvo, podvrgavanja psihijatrijskog rada jačoj kontroli društva, i to stvarnoj, a ne formalnoj kao što je bilo do danas, humanizacije odnosa u psihijatriji i poštivanja osobnosti psihijatrijskog bolesnika.³⁴

Nitko pojedinačno, pa ni neprikosnoveni stručnjak, ne bi smio isključivo vladati ljudskom slobodom.

Krivično će pravo dati svoj doprinos ako što preciznije definira pojam "opasnosti za okolinu" duševno bolesnog delikventa kao jednog od uvjeta za primjenu mjera liječenja.

Donekle preciznije određenje moglo bi se postići kada bi se pojam "opasan za okolinu" zamijenio "opasnošću za sebe ili druge osobe, a ta je opasnost usmjerena na ugrožavanje života ili tijela ili imovine znatnije vrijednosti".³⁵

Iako je procjena opasnosti za život i tijelo ljudi i imovinu još potpuno subjektivna i kao takva vezana za sve probleme procjenjivanja o kojima je ranije bilo riječi, nema sumnje da je ovo rješenje znatno bolje od postojećeg jer se njime isključuje mogućnost izricanja mjere sigurnosti psihijatrijskog liječenja počinitelju verbalnog delikta.

Zalažući se da se opasnost za okolinu mora pokazati kao fizičko ugrožavanje ljudi ili dobra teže prirode Bavcon upozorava da "s preveć ozkim besedilom zakona ne smemo povsem izključiti možnost za prisilno psihijatrično zdravljenje, če je potrebnø in utemeljeno iz razlogov varnosti okolice, tudi če bolnik s tako imenovanimi verbalnimi ravnanji (grožnje, psihično mučenje, grdo ravnanje, priseljavanje, izbiljevanje, itd.) do neznosnosti muči svoje okolje, v prostovoljno zdravljenje pa ne privoli".³⁶

Zbog navedenog čini se da bi najviše zadovoljio prijedlog kojim bi se izvršile zakonske promjene samo u čl.63 KZH-I za određivanje prinudnog psihijatrijskog liječenja u ustanovi, a da se se tekst čl.64. tj. liječenja na slobodi ne mijenja, jer upravo on treba pokrivati, i to samo iznimno, i onda kada je nužno, verbalne ali nikako političke delikte.

³⁴ V. o tome npr. HUDOLIN, V. *Psihijatrija "Leta iznad kukavičjeg gnijezda"*, Naše teme, 2/1977.

³⁵ Slično tako i IGLIĆ, S. *Inkriminacija i dekriminlizacija u jugoslovenskom kaznenom zakonodavstvu*, JRKK 4/1980.

³⁶ BAVCON, LJ. *K vprašanju o zlorabi psihijatrije v politične namene*, Naši razgledi, 35/1986/6, str.161-162.

Summary

DANGER OF MENTALLY DERANGED DELINQUENTS

As the danger of committing criminal acts is an essential argument for applying safety measures of compulsory psychiatric treatment, the main criterion for differentiating measures of treatment in an institution and outside an institution, and the only indicator for the necessary application of psychiatric treatment safety measures to mentally incompetent delinquents at all, there is a need to define and analyze these problems from the aspect of positive law and its practical application and especially relating to legal safety of delinquents who are not criminally responsible. This article deals with these problems and concrete suggestions *de lege ferenda* are also included.

BRODOGRADNJA U NOVOM HRVATSKOM ZAKONODAVSTVU

Dr. VINKO HLAČA, izv. profesor
Pravni fakultet u Rijeci

UDK 629.12(497.13)
Izvorni znanstveni rad
Ur.: 24.11.1992.

Autor u radu prikazuje propise koji čine pravo brodogradnje, koje regulira odnose povodom gradnje, popravka i preinake brodova u hrvatskim brodogradilištima. Radi se o propisima koji uređuju javnopravne i privatnopravne odnose u brodogradnji, a sadržani su u normativnim aktima iz nacionalnog zakonodavstva i međunarodnih konvencija.

Središnje mjesto u radu ima onaj njegov dio koji razrađuje novu zakonsku regulativu potrebnu našoj brodogradnji. Autor ističe tri područja pravnih odnosa u brodogradnji, koje treba zakonskim i podzakonskim aktima regulirati. To su upravnopravni i statusni odnosi, obveznopravni i ugovorni odnosi, te stvarnopravni odnosi koji se tiču brodova u gradnji i na popravku.

Posebno se u radu obrađuju specifičnosti brodoremontne djelatnosti i ukazuje na potrebu donošenja većeg broja propisa za tu djelatnost, koja se obavlja na postojećem brodu kojega je pravni položaj u brodoremontnoj luci bitno drukčiji od pravnog položaja broda koji se gradi kao novogradnja u brodogradilišnoj luci.

U zaključnom osvrtu na prikazane pravne probleme u brodogradnji autor sugerira donošenje jasnih propisa za obavezni nadzor gradnje, preinake i popravka brodova što ga vrši Hrvatski registar brodova, te za njegovu odgovornost u obavljanju nadzora što ga je zakonodavac povjerio.

UVODNE NAPOMENE

Brodogradnja je kompleksna gospodarska djelatnost industrijskog karaktera koja obuhvaća brodograđevnu i brodoremontnu djelatnost. U brodograđevnu djelatnost, koja se obavlja u brodogradilištu lociranom na morskoj obali, pripada izgradnja svih tipova pomorskih brodova i plovila osim gumenih čamaca. U brodoremontnu djelatnost, koja se obavlja u remontnom brodogradilištu lociranom najčešće u širem području morske obale, uvršteni su popravci i preinake pomorskih brodova.

Brodograđevnu djelatnost vrši brodograditelj koji izvodi gradnju novog broda, a brodoremontnu djelatnost brodopopravljač koji izvodi radove na postojećem brodu. Zbog identičnosti ambijenta i objekta gradnje ili popravka, tehnologije i pravila struke kojima su podvrgnuti brodovi u gradnji i na popravku, njihovo pravno tretiranje i normiranje podliježe jedinstvenim kriterijima i propisima.

U pomorskim je državama pravno reguliranje brodogradnje slijedilo razvoj te djelatnosti, koja je jedna od primarnih gospodarskih djelatnosti u pomorstvu. Zbog toga se u državama koje intenzivnije razvijaju primarne gospodarske djelatnosti u pomorstvu, kao što su brodarstvo i brodogradnja, intenzivnije i bogatije razvija pravo koje ih regulira. To pravo nazivamo pomorsko pravo, a njegov je segment ili njegov dio pravo brodogradnje.

Pravo brodogradnje čine propisi koji reguliraju gradnju novih brodova odnosno brodova u gradnji i popravak ili preinaku postojećih brodova odnosno brodova u plovidbi. U pomorskim se državama zapažaju dva glavna smjera kojima se kreće zakonska regulativa i normiranje brodograđevne djelatnosti. Prvi smjer ide prema uređivanju javnopravnih odnosa u brodogradnji, a drugi smjer prama uređenju privatnopravnih ili imovinskopravnih odnosa.

Javnopravni odnosi u brodogradnji jesu odnosi poduzetnika brodograđevne djelatnosti i države, ili drugim rječima odnosi između brodogradilišta i države, čiji organi odnosno ustanove vrše javna ovlaštenja u brodogradnji. Ta se ovlaštenja tiču prije svega uvjeta pod kojima se neko brodogradilište uopće može baviti brodogradnjom (koncesije, kvalificiranost kadrova), zatim samo obavljanje brodograđevne djelatnosti podvrgnute tehničkom i administrativnom nadzoru države, vođenju javnih upisnika brodova u gradnji i upisu stvarnih prava (vlasništva i hipoteke) na brodovima u gradnji.

Privatnopravni odnosi u brodogradnji najbrojniji su među onima koji se tiču ugovora o gradnji ili popravku broda koji sklapaju privatne stranke. Tim se ugovorom reguliraju privatnopravni odnosi između ugovornih stranaka, čiji sadržaj utvrđuju stranke autonomijom svoje volje, ali u

okvirima koje određuju zakonske norme kojima se regulira ugovor o gradnji ili popravku broda.

Ugovorne odnose u brodogradnji reguliraju pored zakonskih propisa, kojima se normira ugovor o gradnji i formularne klauzule (koje su stipulirane) u formularima koje se za ugovaranje gradnje koriste u brodogradnji.¹ O tome više u nastavku izlaganja materije koju analizom pravnih vrela i zakonskih propisa potrebnih brodogradnji želimo obuhvatiti u ovom prikazu.

BRODOGRADNJA *DE LEGE LATA*

Pravna vrela za brodogradnju sadržana su u normativnim aktima, kojima su obvezana na njihovu primjenu brodogradilišta u Republici Hrvatskoj. To su nacionalni propisi i međunarodne konvencije, koji su iz saveznog zakonodavstva preuzeti u Hrvatskoj kao republički zakoni i kao konvencijski propisi ili akti koji obvezuju Republiku Hrvatsku kao državu, koja je postigla samostalnost i međunarodnopravni subjektivitet s pravima, obvezama i ovlaštenjima države u međunarodnoj pomorskoj trgovini. Također su od stjecanja državne samostalnosti u Republici Hrvatskoj doneseni normativni akti za brodarstvo i brodogradnju, koji pripadaju u autonomno hrvatsko pravo kao formalnopravno vrelo.

Prema rečenome propisi o brodogradnji svrstavaju se u formalnopravna vrela, koja predstavljaju nacionalni zakoni i podzakonski akti (nacionalno zakonodavstvo) i međunarodne konvencije ili sporazumi (međunarodno pravo). U nacionalnom se zakonodavstvu podzakonski akti donose na temelju ovlaštenja iz zakona, čiji sadržaj čine norme imovinskopravnog (privatnopravnog) i upravnoopravnog (javnopravnog) karaktera.

Konvencijski akti i međunarodni sporazumi kao međunarodnopravna vrela za brodogradnju mogu biti multilateralnog (više država ugovornica) i bilateralnog (dvije države ugovornice) karaktera. Njihov sadržaj čine propisi javnopravnog i privatnopravnog karaktera, koji se u nekim aktima pojavljuju naizmjenično i pomiješano, a u nekim isključivo i posebno.

Osim normi i propisa koje donose nacionalni normativni akti i međunarodne konvencije ili sporazumi, kao direktna pravna vrela brodogradnje primjenjuju se propisi i pravila klasifikacijskih zavoda

¹ HLAČA, V. *Brodogradnja u pravnoj regulativi zemalja Evropske zajednice i Jugoslavije*, Pomorski zbornik, knjiga 29/1991, str.208.

(registara brodova), čiji je nadzor u brodogradilištima nad brodovima u gradnji i popravku.²

Glavni je zakon u hrvatskom nacionalnom zakonodavstvu, koji regulira odnose u brodogradnji, Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (SL SFRJ br. 12/1977). Ovaj zakon preuzela je Republika Hrvatska donošenjem Zakona o preuzimanju saveznih zakona u oblastima pomorske i unutrašnje plovidbe, koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuju kao republički zakoni.³ Ovim je zakonom preuzet kao republički zakon i veoma značajan za brodogradnju, Zakon o Jugoslavenskom registru brodova (SL SFRJ br. 6/89), koji je prestao vrijediti stupanjem na snagu Zakona o Hrvatskom registru brodova.⁴

Zakon o Hrvatskom registru brodova, koji je Sabor Republike Hrvatske donio na temelju članka 89. Ustava Republike Hrvatske, jedan je od prvih i najvažnijih zakona u hrvatskom pomorskom zakonodavstvu, koji se odnose na brodarstvo i brodogradnju. Ovaj je zakon Hrvatski registar brodova proglasio za javno poduzeće koje obavlja stručno-tehničke poslove od interesa za Republiku Hrvatsku, koji se odnose na brodove i druge plovne objekte, u cilju zaštite ljudskog života, imovine i okoliša na moru. U brodograđevnoj su djelatnosti stručno-tehnički poslovi koje je zakon stavio u nadležnost Registra svi poslovi u svezi s projektiranjem, gradnjom, preinakom, popravcima i korištenjem brodova. Neposredno s ovim poslovima u brodogradnji povezani su oni koje vrši Registar u postupku određivanja klase odnosno klasifikacije pomorskih brodova.

Registar u ime Republike Hrvatske obavlja tehnički nadzor nad brodovima u gradnji, na popravku ili preinaci radi utvrđivanja njihove sposobnosti za plovidbu ili pak dodjele i obnove klase brodu. Tehnički nadzor Registar obavlja u skladu s vlastitim tehničkim pravilima, koje je ovlašten donositi i njima utvrditi tehničke uvjete kojima brodovi moraju udovoljavati. Ti se tehnički uvjeti tiču konstrukcije broda, plovidbenih svojstava, protupožarne zaštite, sredstava za spašavanje, radio uređaja, pomagala za navigaciju i sredstava za signalizaciju, uređaja za rukovanje teretom, zaštite pri radu, prijevoza putnika, prijevoza tereta, zaštite okoliša, te baždarenja brodova i drugih plovnih objekata.⁵

Provođenje tehničkog nadzora nad brodovima u gradnji i na popravku Registar potvrđuje izdavanjem svjedodžbi o sposobnosti broda za

² Ibid, str.199.

³ Ovaj zakon objavljen je u službenom glasilu Republike Hrvatske "Narodne novine", br.53/91.

⁴ Zakon o Hrvatskom registru brodova objavljen je u "Narodnim novnama", br.22/92. kao prvi zakon novog hrvatskog zakonodavstva u pomorstvu.

⁵ Vidjeti članak 7. Zakona pod 4.

plovidbu i klasi broda. U domaćoj brodogradnji primjenjuju se pravila i stranih klasifikacijskih zavoda (registra brodova), kada se provodi nadzor nad gradnjom, popravkom ili preinakom stranih brodova. Na primjenu propisa i pravila stranih klasifikacijskih zavoda, te nadzor nad brodovima u gradnji i popravku u primjeni tehničkih pravila klasifikacijskih zavoda, koji su članovi Međunarodnog udruženja klasifikacijskih zavoda, Hrvatski registar brodova je obavezan kao član toga zavoda (*IACS-a, International Association of Classification Societies*).

Na temelju pravila klasifikacijskog zavoda Registar brodova izdaje svjedodžbu o klasi brodu nad kojim se provodio nadzor u gradnji, popravku ili preinaci. Ovom se svjedodžbom potvrđuje i dokazuje da brod u pogledu konstrukcije, plovnosti, opreme, uređaja, kvalitete ugrađenog materijala i industrijskog proizvoda, udovoljava zahtjevima klasifikacijskog zavoda za dobivanje njegove klase.⁶

Koliku važnost hrvatski zakonodavac daje Hrvatskom registru brodova i poslovima koje Registar obavlja za hrvatsku trgovačku mornaricu i brodogradilišta, koja grade i popravljaju i preinačuju brodove trgovačke flote, vidi se po zakonskoj odredbi kojom se propisuje da najznačajniji korisnici usluga Registra imaju tri člana njegova Upravnog odbora kao najvišeg organa koji upravlja Registrom.⁷ To su Hrvatsko pomorsko brodersko društvo, Hrvatsko brodograđevno društvo i Hrvatski osiguratelji i reosiguratelji brodova.

Valja na kraju naglasiti da je Hrvatski registar brodova pravni sljednik sveukupne djelatnosti i imovine bivšeg Jugoslavenskog registra brodova u Hrvatskoj, gdje je njegovo djelovanje prestalo s osnivanjem i upisom u sudski registar Hrvatskog registra brodova.

U brodograđevnoj djelatnosti za ugovaranje poslova dominantne su naravi zakonski propisi koji imaju kogentni karakter i koji propisuju obvezni nadzor Registra brodova nad gradnjom, popravkom ili preinakom. Registar taj nadzor obavlja u ime i za račun države, drugim riječima u interesu Republike Hrvatske, onako kako je to zakonom propisano i naprijed prikazano. Što se pak tiče ugovornih odnosa u poslovima naše brodogradnje, tu u pretežnoj mjeri vladaju propisi dispozitivne naravi iz Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi, koji međutim za brodogradnju donosi i kogentne propise o upisniku brodova i upisima stvarnih prava na brodu u gradnji.

⁶ HLAČA, V. *Imovinskopravni aspekti broda u gradnji*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 8/1987.

⁷ Vidjeti članak 12. Zakona pod 4.

Ovdje bi bilo dovoljno bilo spomenuti da za brodogradnju Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi uređuje ugovorne odnose kroz sljedeća pitanja:

- forma ugovora, njegove izmjene i dopune,
- pravo vlasništva nad brodom u gradnji,
- izvedba ugovornih radova prema pravilima brodograđevne struke,
- cijena gradnje, obračunavanje troškova i plaćanje cijene,
- nadzor nad izvođenjem radova u tijeku gradnje,
- odgovornost brodograditelja za nedostatke na brodu i u građevnom materijalu,
- odgovornost brodograditelja za skrivene nedostatke nakon isporuke,
- reklamacija nedostataka i zastara tražbine.

Zakonske odredbe za ugovor o gradnji broda analogno se primjenjuju na ugovor o popravku ili preinaci broda (čl.434). Predmet ugovora o gradnji je novi brod (novogradnja), a ugovora o popravku ili preinaci postojeći brod tj. njegov popravak ili preinaka. Pismena forma je obvezna za ugovor o gradnji. Za druga navedena pitanja uređena zakonom propisi koji ih reguliraju su dispozitivne naravi, osim propisa o pravu i dužnosti Registra brodova da vrši nadzor nad radovima i propisa o zastari potraživanja.

Zakon predviđa mogućnost upisa broda u gradnji kad se zaključi ugovor o gradnji i potpiše isprava o zaključenom ugovoru, koja je podobna za upis broda u upisnik brodova u gradnji. Upisnike pomorskih brodova pa i upisnike brodova u gradnji vode lučke kapetanije. Detaljnije postu-povne propise o upisima u upisnike brodova sadrže odredbe čl. 239-377. Zakona, koji se primjenjuju za upise i upisnik pomorskih brodova u gradnji.⁸

Zahtjev za upis broda u gradnji podnosi vlasnik broda na koga upućuje ugovor o gradnji broda (čl.176). Pravo vlasništva na brodu u gradnji ima naručitelj broda, ako su stranke tako ugovorile. No, ako to ugovor ne predviđa, brod u gradnji pripada brodograditelju (čl.435).

Strancima koji su naručitelji broda u gradnji, ako su ugovorom označeni kao vlasnici, mora se dopustiti upis prava vlasništva prema Konvenciji o upisu prava na brodovima u gradnji (Bruxelles 1967. koju je bivša Jugoslavija ratificirala). Ova konvencija dopušta i upis hipoteke na brodu u gradnji, koja se ugovara u korist hipotekarnog vjerovnika koji financira gradnju broda.

⁸ TRIVA, S. i dr. Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi s napomenama i komentarskim bilješkama, Zagreb 1981, str.99-143.

Upis hipoteke ili ugovornog založnog prava na brodu u gradnji propisuje zakon u članku 210, koji propisuje primjenu istih normi koje vrijede za upis založnog ugovornog prava na postojećem brodu. Sličan propis sadrži čl.7 spomenute Konvencije o upisu prava na brodovima u gradnji.

Odredbe zakona (čl.238) o zakonskim založnim pravima (privilegijama) na brodovima u plovidbi primjenjuju se i na brodove u gradnji koji se nalaze u plutajućem stanju. I ova je odredba u skladu s članom 7. spomenute Konvencije.

Zakon na kraju za ugovore u brodogradnji predviđa da se na odnose iz ugovora o gradnji, popravku ili preinaci primjenjuje pravo mjesta brodogradilišta, ako stranke za te ugovore nisu izabrale pravo koje će primijeniti, ili ako se izabrano pravo ne može primijeniti.⁹

Što se tiče konvencijskog prava koje se primjenjuje u državama koje ga prihvataju ratifikacijom međunarodnih konvencija ili ugovora, za našu su brodogradnju obvezujući oni instrumenti koji se odnose na sposobnost broda za plovidbu i njegovo iskorištavanje u plovidbi.¹⁰ To su prije svih Međunarodna konvencija o zaštiti ljudskog života na moru, 1974. (poznata SOLAS konvencija), Međunarodna konvencija o teretnim linijama 1966, i Međunarodna konvencija o baždarenju brodova 1969.

Kao prilog najvažnije, bolje reći prve među spomenutim konvencijama koje se tiču sigurnosti brodova u plovidbi, prihvaćen je akt nazvan Međunarodna pravila za izbjegavanje sudara na moru, kojima brod mora udovoljavati pa o njima mora voditi računa brodogradilište prilikom gradnje odnosno popravka broda i njegovih uređaja za izbjegavanje sudara.

Druge brojne međunarodne instrumente i propise koji se tiču sposobnosti broda za plovidbu, te su u brodogradnji obavezni prikazani su na drugom mjestu pa ih ovdje nećemo spominjati.¹¹

Među imovinskopравnim propisima konvencijskog karaktera za brodogradnju su važni već prikazani propisi Konvencije o upisu prava na brodovima u gradnji iz 1967. Značajne su još dvije konvencije, a to su Konvencija za izjednačenje nekih pravila o privremenom zaustavljanju brodova iz 1952. i Konvencija za izjednačenje nekih pravila o pomorskim privilegijama i hipotekama iz 1926. (1967.)

⁹ Vidjeti komentar čl.100 Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi u knjizi iz prethodne bilješke.

¹⁰ Međunarodni ugovori koje je prihvatila bivša Jugoslavija navedeni su u popisu označenom kao prilog IX u knjizi koja u bilješci pod 8. upućuje na sveukupne izvore i vreća pomorskog prava za brodarstvo i brodogradnju.

¹¹ Vidjeti u članku pod. 1. na str. 205.

NOVA ZAKONSKA REGULATIVA

Nova zakonska regulativa za brodogradnju u hrvatskom pomorskom zakonodavstvu nalazi se u prvoj fazi legislativnog postupka kojemu se uspješnim početkom može smatrati upravo prikazani Zakon o Hrvatskom registru brodova. Sljedeći će zakonodavni pothvat biti donošenje hrvatskog Zakona o pomorskoj i unutarnjoj plovidbi i brojnih podzakonskih akata, koji se moraju donijeti za njegovo izvršenje. Dosadašnji su podzakonski akti i prateći propisi za izvršenje Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi preuzeti zajedno s njim, te se primjenjuju kao republički zakonski propisi. No, prema izričitoj odredbi Zakona o preuzimanju..., savezni propisi doneseni za izvršenje Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi preuzimaju se u Hrvatskoj kao republički propisi, ako su u suglasnosti s Ustavom Republike Hrvatske i samim Zakonom o preuzimanju (NN, 53/91). Ovim se zakonom također izričito propisuje, da ovlaštenja saveznih organa za izvršenje i primjenu prezetog saveznog zakona postaju ovlaštenja republičkih organa (ministarstava i drugih) u okviru njihovih ovlasti utvrđenih zakonom.

Budući da je brodovima svrha plovidba morem radi prijevoza robe i putnika, najviše će nove zakonske regulative u pomorskom zakonodavstvu biti usmjereno brodarstvu, gospodarskoj djelatnosti u kojoj se ta svrha ostvaruje. Ali ne manje značajno mjesto u novoj zakonskoj regulativi imat će brodograđevna djelatnost, koja osposobljava brodove za plovidbu tijekom njihove gradnje i održavanja odnosno korištenja za plovidbu kojoj su namijenjeni. Želimo ukazati na ona područja ili odnose i pitanja ili probleme u brodogradnji koja prvenstveno moraju biti regulirana Zakonom o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi i podzakonskim aktima s pratećim ili provedbenim propisima za ovaj zakon (u daljnjem tekstu Zakon).

Tri su područja pravnih odnosa u brodogradnji koje zakon mora regulirati. To su upravnopravni i statusni, obveznopravni i ugovorni, te stvarnopravni odnosi koji se tiču brodova u gradnji i na popravku. Za brodove u vlasništvu stranaca i druge odnose s elementom inozemnosti zakon donosi kolizijske norme, koje rješavaju sukob zakona i primjenu prava u brodogradnji.¹² Pravna područja o kojima je riječ treba ovdje analizirati kroz pojedina pitanja i odnose koji će se regulirati zakonom ili normirati podzakonskim aktima.

¹² HLAČA, V. *Rješavanje sporova i primjena mjerodavnog prava u brodogradnji*, Zbornik "Društva pravnika", Rijeka 1986, str.128-141.

1. Upravnopравни i statusni odnosi u brodogradnji.

Upravnopравnim normama moralo bi se regulirati dvije vrste pitanja. Prva su ona koja se tiču uvjeta za obavljanje brodograđevne djelatnosti, a kojima mora udovoljiti svako brodogradilište koje se namjerava baviti brodograđevnom djelatnošću. To su zapravo ona pitanja koja predhode osnivanju brodogradilišta i stjecanju pravnog subjektiviteta, pa su najuže povezana sa statusnim pitanjima brodogradilišta kao pravne osobe.

Uvjete koje moraju ispunjavati brodogradilišta za gradnju i popravak brodova utvrđuje država i provjerava u postupcima državnih organa. U tim postupcima, koje inicira brodogradilište u osnivanju, valja donijeti upravne akte o tehničkoj opremljenosti brodogradilišta, kadrovskoj osposobljenosti, prostornim kapacitetima, tehnološkom procesu i zaštiti na radu. Na temelju ovih akata nadležnih upravnih organa brodogradilište će ishoditi od države ovlaštenje za obavljanje brodograđevne ili brodoremontne djelatnosti. To su, mogli bismo reći, prethodni upravnopравни odnosi, jer predhode osnivanju brodogradilišta i stjecanju njegova pravnog subjektiviteta. Samo pak stjecanje pravnog subjektiviteta spada već u statusna pitanja i odnose koje zakonska norma također mora riješiti.

Od statusnih pitanja važnih za upis pravnog subjekta u sudski registar, uz temeljno koje se postavlja s osnivanjem brodogradilišta, kojemu prethodi rješavanje prejudicijalnih pitanja upravnopравnog karaktera o kojima je bilo riječi, zakonsko rješenje zahtjeva pitanje oblika poduzeća u kojemu se brodogradilište pojavljuje u pravnom prometu. Naime, ako se brodogradilište može s obzirom na vlasništvo nad njegovim osnovnim i obrtnim sredstvima s kojima obavlja svoju djelatnost pojaviti u prometu kao državno, mješovito ili privatno poduzeće, onda se postavlja pitanje prava vlasništva i korištenja brodogradilišne luke koja se nalazi na pomorskom dobru. Budući da je pomorsko dobro opće javno dobro na kojemu se ne mogu stjecati stvarna prava, njegova se upotreba i korištenje može vršiti samo na temelju koncesije ili dozvole organa države, koja vrši vlasnička ovlaštenja nad pomorskim javnim dobrom.¹³ Na pomorskom dobru izgradnja brodograđevnih kapaciteta i pogona u brodogradilišnoj luci nije moguća bez pristanka i odobrenja državnih organa. To odobrenje sadrži koncesija koja daje pravo korištenja morske obale kao pomorskog dobra.¹⁴

¹³ Vidjeti natuknicu "*Pomorko dobro*" u Pomorskoj enciklopediji, str.327.

¹⁴ U novom se Zakonu o koncesijama predviđa davanje koncesije za korištenje prirodnog bogatstva od općeg interesa, pa se primjerice navodi more, morska obala i dr. Također se definira koncesija kao dozvola kojom se daje pravo korištenja prirodnog bogatstva i dobara od interesa za Republiku Hrvatsku.

Druga vrsta pitanja koja se rješavaju kroz upravno-pravne odnose tiču se brodogradilišta i pomorskih organa vlasti ili institucija koje vrše nadzor nad obavljanjem poslova i djelatnosti brodogradilišta u brodogradilišnim lukama koje se nalaze na morskoj obali. Za brodograđevne i brodomontne luke u kojima se grade i popravljaju brodovi važi pravni režim morskih luka javnog prometa sa specifičnostima luka posebne namjene.¹⁵

Prilikom probnih vožnji i drugih plovidbenih operacija s brodom koji se gradi ili popravlja, provodi se nadzor lučke kapetanije i pomorskih organa vlasti u primjeni domaćih i međunarodnih propisa o sigurnosti i zaštiti ljudskih života na moru. Ti propisi moraju biti usklađeni sa zakonskim propisima koji se odnose na sigurnost luke, plovidbe i broda, na red i rad u luci, primjenu zaštitnih mjera u brodogradilištu, te postupak državnih organa na brodu i u brodogradilišnoj luci.

O prikazanim pitanjima i odnosima u kojima su angažirani organi pomorske uprave (lučka kapetanija, registar brodova i dr.) postoje zakonski propisi koje treba ažurirati (aktualizirati) i osuvremeniti. Zapravo, potrebna je nova zakonska regulativa u zakonima i podzakonskim aktima s obzirom na činjenicu, da je ustrojena nova pomorska uprava s Ministarstvom pomorstva kojeg su ingerencije u brodogradnji i brodogradilišnim lukama najizravniiji prijenosi provedba ovlaštenja države iz okvira njenih međunarodno-pravnih obveza u pomorstvu.

2. Obvezno-pravni i ugovorni odnosi.

Pod obvezno-pravnim odnosima u brodogradnji podrazumijevamo one pravne odnose koji nisu regulirani ugovorom o gradnji broda i njegovom zakonskom regulativom. Drugim riječima, kad se govori o obvezno-pravnim odnosima koji nisu ugovorni, onda se prije svega misli na izvanugovorne odnose u brodogradnji i izvanugovornu odgovornost za brodove u gradnji i na popravku. Budući da za ugovor o gradnji broda što ga normira zakon već postoje zakonska rješenja za brojne odnose iz ugovora (što se u daljnjem izlaganju opširnije komentira) ovdje bismo morali uputiti na potrebu pravnog uređenja onih pravnih odnosa u brodogradnji koji nastaju izvanugovorno u povodu gradnje i popravka broda u brodogradilištu. Tu se, kako je već rečeno misli na izvanugovorne štete i odgovornost brodogradilišta za takve štete.

Brojne su osobe u brodogradilištu izložene štetnim događajima i opasnostima koje izviru iz obavljanja brodograđevne djelatnosti. Radi se zapravo o djelatnosti s povećanom opasnošću za koju se, ako se šteta

¹⁵ HLAČA, V. *Luka za posebne namjene u lukama otvorenim za međunarodni pomorski promet*, Usporedno pomorsko pravo i pomorska kupoprodaja, br.100/1983., str.115.

dogodi, odgovara po općim načelima, koja predviđaju kauzalnu odgovornost za štete prouzročene u okolnostima povećane opasnosti. Izloženi su joj inspektori sigurnosti, ekspertni inspektori Registra brodova, nadzorni organi, kooperatni različitih struka i podizvođači, kao i brojni instalateri uređaja na brodovima u gradnji, koji se opskrbljuju opremom i materijalima namijenjenim brodu u gradnji, također izloženim oštećenju na prostorima brodogradilišta. Radi se o tjelesnim i materijalnim štetama za koje odgovara brodogradilište, koje su u domeni Zakona koji mora propisati i utvrditi pretpostavke odgovornosti kao i naknadu za izvanugovorne štete.

Ugovorni odnosi u brodogradnji uređuju se ugovorom o gradnji ili popravku broda koji regulira zakon. Pitanja koja bi se zakonom trebala regulirati jesu:

1. pravna priroda ugovora;
2. oblik (forma) ugovora;
3. stranke ugovora;
4. opis i klasa broda;
5. cijena broda i uvjeti plaćanja;
6. projekti planovi i nacrti;
7. nadzor nad gradnjom broda;
8. modificiranje uvjeta gradnje;
9. pokusi i probne vožnje;
10. isporuka i preuzimanje broda;
11. zakašnjenje i produženje roka isporuke;
12. viša sila;
13. jamstvo za kvalitetu broda;
14. odustanak naručitelja od ugovora;
15. naručiteljevi propusti - greške;
16. naručiteljeva opskrba gradnje;
17. rješavanje sporova;
18. prijenos prava;
19. takse i daće;
20. patenti i autorska prava;
21. osiguranje broda i odgovornosti brodogradilišta;

U našem su Zakonu regulirana pitanja koja su u prethodnom tekstu spomenuta, ali ne i razrađena. Brojna od navedenih pitanja nisu kod nas normirana Zakonom, pa ovdje želimo *de lege ferenda* razmotriti ne samo ona rješenja za ugovor o gradnji broda koja daje naš Zakon, nego i ona pitanja čije bi odgovore trebalo naći u budućem zakonu.

Ugovor o gradnji broda Zakon normira u čl.424-435. Može se odmah zapaziti čitajući norme Zakona da među njima ne nalazimo zakonsku definiciju ugovora o gradnji broda. Smatramo to velikim

propustom zakona koji se mora ispraviti u zakonu, kojemu ne bi trebalo izmišljati kako definirati ugovor o gradnji broda, jer za sličan ugovor daje definiciju Zakon o obveznim odnosima (ZOO). To je ugovor o građenju, definiran člankom 630. stavak 1. koji mora biti sklopljen u pismenom obliku, što je propisano u stavku čl. 630.

Zakon ne definira ugovor o gradnji broda, ali zato definira brod u gradnji, no ne među odredbama o ugovoru nego među odredbama gdje se definiraju brojni drugi pojmovi značajni za pomorsko pravo (čl.6 Zakona). Prema zakonskoj definiciji "brod u gradnji" jest gradnja broda od trenutka polaganja kobilice na navozu ili sličnog postupka gradnje do trenutka upisa broda u pomorski upisnik trgovačkih brodova. Za brodove u gradnji postoji upisnik pomorskih brodova u gradnji, koji se razlikuje od upisnika pomorskih trgovačkih brodova, jer se u ovaj potonji upisuje brod kada je dovršena njegova gradnja i započelo njegovo iskorištavanje u plovidbi.¹⁶

Polaganje kobilice na navoz, odakle se vrši porinuće broda u more, trenutak je kada nastaje brod u gradnji. Sličan postupak koji Zakon spominje, s istim efektom nastanka broda u gradnji, nije međutim u zakonu razrađen ni pojašnjen, pa bi to u novom zakonskom tekstu bilo potrebno učiniti najmanje iz dva razloga:

1. stvarnopravni aspekt broda u gradnji pojavljuje se u točno određenom postupku gradnje, kada nastaje brod u gradnji kao stvar u nečijem vlasništvu, eventualno opterećena hipotekom i drugim pravima koja se upisuju u upisnike brodova u gradnji;
2. gradnja broda izvodi se pod obveznim nadzorom registra brodova koji pregledava tehničku dokumentaciju i odobrava postupak gradnje, utvrđuje trenutak nastanka broda u gradnji i dovršetak gradnje, koju prati izdavanje potrebnih isprava za provedbu upisa prava na brodovima u gradnji.

Gradnja broda poduzima se na osnovi ugovora kojim se brodogradilište obvezuje da će svojim ili naručiteljevim materijalom izgraditi brod, a naručitelj se obvezuje platiti brodogradilištu cijenu broda. Brod može graditi brodogradilište svojim materijalom i za svoj račun, no to je iznimka od pravila da se brod gradi za račun naručitelja na temelju ugovora o gradnji. Manjkavost zakonskih propisa u pogledu određivanja pravnog položaja ugovornih stranaka i pravne naravi ugovora o gradnji broda donekle je ispravljena zakonskom odredbom koja govori da pravo

¹⁶ JAKAŠA, B. *Udžbenik plovidbenog prava*, Zagreb 1983, str.80 i dalje.

vlasništva na brodu u gradnji ima naručitelj, ako su stranke tako ugovorile. U suprotnom se smatra da brod u gradnji pripada brodograditelju.¹⁷

Ugovor o gradnji broda mora biti sastavljen u pismenom obliku pod prijetnjom ništavosti ugovora ako bi izostala pismena forma. Tako je i važeći Zakon propisao posebnu formu ugovora (*ad solemnitatem*) o kojoj ovisi pravovaljnost ugovora o gradnji broda. Također i sve izmjene i dopune ugovora moraju biti sastavljene u pismenoj formi. To zakonsko uvjetovanje pismene forme ugovora kao njegova bitna elementa za egzistenciju same gradnje broda sasvim je opravdano zbog važnosti, koju pomorsko pravo pridaje ugovoru o gradnji broda, kako sa stvarnopravog tako i obveznopravnog aspekta.

Ugovorom o gradnji broda definiraju se obveze stranaka koje one moraju obostrano ispuniti, kako to proizlazi iz ugovornog načela *pacta sunt servanda*, koje obvezuje brodograditelja i naručitelja gradnje. Za brodograditelja naš Zakon propisuje obvezu gradnje broda prema ugovoru i pravilima brodograđevne struke, te tako da se brodu mogu izdati isprave o njegovoj sposobnosti za plovidbu, druge isprave predviđene zakonom i one isprave koje su stranke ugovorile. Brodogradilište mora pripremiti i izdati brodske isprave izgrađenom brodu bez kojih se brod ne bi mogao predati naručitelju i uputiti u plovidbu. Najbolje bi bilo propisati zakonom koje je isprave obvezno brodogradilište predati naručitelju zajedno s izgrađenim brodom.

Druga je brodograditeljeva obveza da izgradi brod u predviđenom roku. Rok dovršetka gradnje svakako je stvar ugovora, ali bi se zakonom mogle predvidjeti posljedice za neizvršenje gradnje u roku, ili ako rok nije ugovoren ili je pak ugovoren rok kao bitan sastojak ugovora, pa bude očito da ga brodograditelj neće moći održati.

Brodograditeljeva je obveza da omogući naručitelju stalan nadzor nad gradnjom i kontrolu količine i kvalitete upotrijebljenog materijala. Obvezatni nadzor nad gradnjom moglo bi se propisati zakonom i za naručitelja slično onome kako to propisuje zakon za registar brodova, koji obavlja nadzor u svrhu utvrđivanja sposobnosti broda za plovidbu. No budući da sposobnost broda za plovidbu nije samo ona koju utvrđuje registar brodova, nego i ona koju brod mora imati za one prijevoze kojima je namijenjen (specijalni tereti, tekućine i dr.), najbolje će takvu sposobnost utvrditi naručiteljevi inspektori koji za njega vrše nadzor nad gradnjom. O takvom nadzoru u zakonu ne bi bili suvišni propisi koji ga predviđaju.

¹⁷ Vidjeti u članku pod bilj.6, na str.112.

Obveze su naručitelja gradnje da preuzme brod čim ga brodograditelj dovrši i da za preuzeti brod plati cijenu. Primopredaja broda je najvažnija faza u izvršenju ugovora o gradnji broda, kako sa stajališta brodograditelja tako i naručitelja. O tome također ne bi trebali izostati propisi u zakonu i mogli bi biti bogatiji od dosadašnjih. Isti razlozi govore za obogaćivanje propisa o cijeni broda, koji sada govore samo o njezinom povećanju zbog povećanih troškova gradnje i cijene materijala u nepredviđenim okolnostima.

U svezi s neizvršenim ugovornim obvezama postavlja se pitanje odgovornosti brodograditelja, koje u zakonu mora biti nedvosmisleno riješeno. Tu se misli na odgovornost brodogradilišta za nepravilno izvršenje radova ili nekvalitetnu izvedbu, greške u materijalu upotrijebljenom u gradnji i neblagovremenoj izradi. Zakon mora riješiti pitanja temelja odgovornosti i opsega odgovornosti, kao i problem otklanjanja vidljivih i nevidljivih nedostataka, bitnih i nebitnih, te onih koje pokriva garancija brodogradilišta. Propisi bi o svim tim pitanjima morali biti vrlo jasni, naročito oni o prekluziji i zastari naručiteljevih prava iz ugovora o gradnji broda.

Na kraju bi trebalo spomenuti za ugovorne odnose u povodu gradnje broda i one odnose koji su u vezi s osiguranjem gradnje. Te odnose uređuje ugovor o osiguranju broda u gradnji što ga regulira Zakon u odredbama koje reguliraju pomorska osiguranja, među koja se svrstava i ugovor o gradnji broda za koji se koriste u praksi klauzule londonskih osiguratelja za rizike brodogradnje.

3. Stvarnopravni odnosi u brodogradnji.

Bilo je već govora o stvarnopravnom aspektu broda u gradnji, kojemu ovdje treba dodati ono što nije rečeno, a tiče se stvarnih prava na brodu u gradnji i njihovog karaktera stečenog upisom u upisnike, koji se vode po važećim načelima za zemljišne knjige (gruntovnicu). Naime, upis stvarnih prava na brodu u gradnji u upisnik za takve brodove ima konstitutivni karakter, što znači da ta prava na brodu nastaju časom upisa u upisnik brodova u gradnji.

O kojim pravima se radi, a stječu se upisom u upisnik brodova, stvar je zakonodavca koji zakonom utvrđuje prava koja se upisuju kao i postupak upisa, zatim vrste upisa i organe koji provode upise. Sadržaj pak pojedinih listova upisnika (list A, B i C) može se utvrditi podzakonskim aktima, kao što je to učinjeno Pravilnikom o upisu brodova u određene upisnike.

Za brod u gradnji, kao i za brod u plovidbi (postojeći brod) Zakon je izričitim propisom naglasio da je to pokretna stvar. Taj je izričiti

zakonski propis potreban kako se ne bi iz knjižnog režima stvarnih prava na brodu donosili zaključci o tome, da je brod u gradnji nepokretna stvar. Brod u gradnji može biti u vlasništvu i suvlasništvu. Kad se radi o vlasništvu nad brodom jedne osobe, govori se o vlasništvu broda, a kad se radi o vlasništvu više osoba, onda se govori o suvlasništvu. Na brodu u gradnji koji se nalazi u vlasništvu ili suvlasništvu jedne ili više osoba, mogu postojati založna prava koja naš Zakon definira kao ugovorno založno pravo i zakonska založna prava. Tim pojmovima našega zakona odgovaraju pojmovi o pomorskim hipotekama (ugovorna založna prava) i privilegijima (zakonska založna prava) iz Međunarodne konvencije za izjednačenje nekih pravila o pomorskim privilegijima i hipotekama, čije će propise morati imati u vidu i naš novi zakonodavac kada bude zakonski uređivao ovu materiju. Naime, postoje dvije Konvencije o pomorskim privilegijima i hipotekama, jedna iz 1926. godine, a druga od 1967. godine, koje se nešto razlikuju međusobno (primjerice red privilegija koji se baš tiče brodogradilišta), o čemu bi zakonodavac morao voditi računa kada bude donosio odgovarajuće propise.¹⁸

U novim zakonskim propisima Republike Hrvatske među osnovnim materijalnopравnim propisima za brodove u gradnji svakako više neće biti pravnih normi, kojima se normiralo pravo raspolaganja brodom u društvenom vlasništvu. To je bilo sasvim neuobičajeno stvarno pravo nad brodovima u gradnji ili u plovidbi, kojemu je bilo izvorište u društvenom vlasništvu koje će biti ukinuto novim hrvatskim zakonodavstvom. Propisat će se vlasništvo i ovlaštenja prava vlasništva nad brodovima u gradnji, koji će pripadati vlasnicima, a ne nosiocima prava raspolaganja. Vlasnička će prava imat vlasnici, koji će brodove moći kupovati i prodavati, davati u zalog ili pod hipoteku, opterećivati drugim pravima i teretima. Sve će to moći ostvariti i provoditi na temelju razrađenih propisa u hrvatskom pomorskom zakonodavstvu, koje mora krenuti od brojnih zakonskih normi i rješenja koja se nalaze u dosadašnjem zakonu.¹⁹

4. Odnosi s elementom inozemnosti.

Strancima koji ugovaraju gradnju brodova u hrvatskim brodogradilištima mora se dopustiti upis stvarnih prava na brodovima koji se kod nas grade, a to u skladu s propisima Međunarodne konvencije o upisu

¹⁸ Međunarodne konvencije za izjednačenje nekih pravila o pomorskim privilegijima i hipotekama od 1926. i 1967. godine objavljene su kod nas prvi put u zbirci Bruxelleske konvencije za izjednačenje pomorskog prava, koju je izdala Viša pomorska škola u Rijeci 1969. godine, gdje se nalaze podaci o ratifikacijama i pristupanjima konvencijama.

¹⁹ Vidjeti propise i komentarske bilješke o prikazanim institutima te upisu stvarnih prava na brodovima u knjizi spomenutoj u bilj. 8, dio treći i četvrti, str.74-143.

prava na brodovima u gradnji koja je ratificirana u našoj zemlji. Što se pak tiče ugovornih odnosa za ugovore o gradnji broda s elementom inozemnosti, važi načelo autonomije volje stranaka u pogledu određivanja mjerodavnog prava.²⁰ Ponoviti valja ovdje, što je već ranije spomenuto, da se prema čl. 1008 Zakona na ugovorne odnose u brodogradnji primjenjuje pravo mjesta brodogradilišta, ako stranke za te odnose nisu izabrale pravo koje će se primijeniti ili se izabrano pravo ne bi moglo primijeniti.

SPECIFIČNOSTI BRODOREMONTNE DJELATNOSTI

Nova će se zakonska regulativa morat pozabaviti specifičnostima brodoremontne djelatnosti, koja se obavlja u brodoremontnoj luci. U uvodnim smo napomenama već ukazali na bitnu razliku između brodograditelja, koji vrši brodograđevnu djelatnost na novom brodu koji gradi, i brodopopravljača, koji vrši brodoremontnu djelatnost na postojećem brodu koji popravlja ili preinačuje. Na te je razlike i specifičnosti potrebno upozoriti imajući na umu manjkavost ili potpunu odsutnost zakonske norme za brojnost pravnih pitanja i odnosa koja se tiču brodopopravljača u djelatnosti koju poduzima.

Brodopopravljač je profesionalni poduzetnik remontnih radova na brodu, koji se poduzimaju na temelju ugovora o popravku ili preinaci broda. Taj je ugovor imenovani ugovor pomorskog prava, jer ga takvim imenuje Zakon koji ga normira u članku 434 propisujući da se njegove odredbe o gradnji broda na odgovarajući način primjenjuju na ugovor o popravku ili preinaci broda. Zakon ne daje definiciju ugovora, a ni predmeta ugovora o popravku ili preinaci broda, koji proizlazi iz obavljanja radova na brodu čije je izvođenje u organizaciji brodopopravljača.

U zakonskim i podzakonskim propisima upotrebljavaju se različiti termini za popravak ili preinaku, što bi trebalo izbjeći u novim propisima. Tako da se uz izraze popravak ili preinaka ne bi trebali pojavljivati i izrazi: prepravak, remont, obnova, rekonstrukcija, modernizacija ili konverzija, bez obzira na činjenicu da svi ti izrazi imaju sinonimno značenje koje upućuje na predmet ugovora o popravku ili preinaci.

Popravak ili preinaka broda (remont ili rekonstrukcija broda) izvode se prema ugovoru o prepravku ili preinaci, kojim se brodopopravljač obvezuje da će obaviti popravak ili preinaku, a naručitelj da će za to platiti naknadu.²¹ Ne bi škodilo da se odredi zakonskim

²⁰ Vidjeti članak pod bilj.6, str.117.

²¹ HLAČA, V. *Ugovor o popravku ili preinaci broda*, Pomorska enciklopedija, Zagreb 1989, str.287.

propisom to što podrazumijeva popravak a što preinaka broda. Dapače, to bi pojasnilo sadržajne razlike između radova popravka i preinake broda i njihove izvedbe, koja mora biti definirana kao predmet ugovora o čemu se brodogradnja i naručilac moraju sporazumjeti. Naime, predmet ugovora je bitan sastojak odnosno elemenat ugovora. Zbog toga je važno znati o čemu se stranke moraju sporazumjeti prilikom zaključenja ugovora o popravku ili preinaci broda i što se pod tim pojmovima podrazumijeva.

Pod popravkom broda podrazumijeva se izvođenje radova na održavanju i obnovi broda, njegovih dijelova, uređaja postrojenja i opreme na brodu, zamjeni limova i drugih dijelova, ako se time ne mijenjaju struktura i svojstva broda. Popravci brodova dužeg trajanja povezani s pregledima radi utvrđivanja sposobnosti broda za plovidbu, obnovu klase, otklanjanje posljedica pretrpljene havarije broda, njegovih kvarova u funkcioniranju i drugih nedostataka, obavljaju se u remontnom brodogradilištu. Također se u remontnom brodogradilištu vrše svi oni popravci koji se mogu obaviti samo u dokovima kojima raspolaže brodogradnja. Hitni popravci brodova u trgovačkoj luci ili oni u plovidbi obavljaju se izvan remontnog brodogradilišta.

Pod preinakom brodova podrazumijeva se izvođenje radova na postojećem brodu, koji su usmjereni na temeljito preustrojstvo broda kojim se brod jednih osobina, namjene i pogona preinačuje u brod drugih osobina, namjene i pogona. Preinaka uvijek podrazumijeva izvedbu radova na brodu kojima se mijenjaju struktura broda, njegovi dijelovi, dimenzije i oblici. I za pojam preinake broda upotrebljava se u našim zakonskim propisima nekad izraz preinaka, a nekad rekonstrukcija.²² U praksi ugovaranja preinake broda upotrebljava se riječ konverzija. Riječ konverzija prijevod je engleske riječi "conversion", ali se u Engleskoj za pojam preinake upotrebljava i izraz "reconstruction", koji upućuje na radove preuređenja i preinačenja broda.²³

Forma ugovora o popravku ili preinaci broda nije propisana onako kako je to učinjeno za ugovor o gradnji broda. Pismena forma za ugovor o gradnji broda propisana Zakonom, o čemu je bilo riječi, nije obavezna za ugovor o popravku ili preinaci broda. Smatramo to propustom Zakona barem u odnosu na one radove u svezi s popravcima radi utvrđivanja sposobnosti broda za plovidbu i klasu broda, obnovu i preinaku broda. Za tu vrstu ugovora, ako zakon već ne propiše pismenu formu o kojoj ovisi

²² Zakon upotrebljava izraz preinaka, a u nekim pravilnicima se koristi izraz rekonstrukcija, npr. pravilnik o sredstvima za spavanje na brodovima trgovačke mornarice.

²³ U Engleskoj se za osiguranje gradnje broda (*construction*) i preinake broda (*reconstruction*) izdaje polica na bazi uvjeta *Builder's Risks* kojom se pokrivaju rizici brodogradnje.

pravovaljanost ugovora (*ad solemnitatem*), mogao bi propisati formu u svrhu dokazivanja postojanja ugovora (*ad probationem*). U praksi ugovaranja redovito se pismenom formom ugovora uvjetuje valjanost poslova preinake brodova, velikih popravaka za koje naručitelji angažiraju financijere i popravaka havariranih brodova koje plaćaju njihovi osiguratelji.

U izvršenju ugovora o popravku ili preinaci brodogradnjač ima točno utvrđene obveze, a to su:

- a) da preuzme brod od naručitelja radova ili brodarka,
- b) da izvede ugovorne i potrebne radove na brodu,
- c) da očuva i preda naručitelju popravljen ili preinačen brod.

Sve ove faze izvršenja ugovora i obveze koje u njima nastaju za brodogradnjača trebalo bi po našem mišljenju zakonski regulirati ili barem zakonom uputiti stranke na njihovo ugovorno reguliranje u skladu sa stvarnim uvjetima u brodogradnjačkoj praksi i remontnoj luci, gdje se u pravilu brod preuzima, izvode radovi i predaju naručitelju.

Ukazali bismo samo na neke od pravnih posljedica boravka broda u brodogradnjačkoj luci, čiji režim propisuje brodogradnjač. Od preuzimanja broda počinje odgovornost brodogradnjača za brod na vezu u brodogradnjačkomu. Brod može biti preuzet s posadom i bez posade, što ne utječe na obvezu brodogradnjača da osigura brodu siguran vez i sigurnu luku. Obveza čuvanja broda koju ima brodogradnjač od časa preuzimanja broda prestaje nakon predaje broda naručitelju po završetku radova na brodu. U remontnoj luci brodogradnjač ima brod u posjedu, što mu nameće obvezu čuvanja broda i odgovornost za sigurnost broda ne samo na vezu nego i prilikom premještanja, dokovanja ili bilo koje nautičke operacije broda za vrijeme trajanja njegova popravka ili preinake. Ako se u okviru radova popravka ili preinake mora obaviti dokovanje broda, brodogradnjač je dužan osposobiti dok za dokovanje, te je odgovoran za upotrebu nesposobnog doka.

Uredno i uspješno izvedeni radovi popravka ili preinake broda obvezuju naručitelja da preuzme brod i plati naknadu za izvršene radove koja se obračunava na temelju iskaza stvarno izvršenih radova, koji mogu biti i većeg opsega od radova utvrđenih ugovornom specifikacijom. Naime, kao profesionalni poduzetnik brodogradnjačkih radova, bez obzira na specifikaciju radova koju daje naručitelj, brodogradnjač je dužan izvesti i radove koji nisu navedeni u specifikaciji, ako njihovo izvođenje nužno proizlazi iz prirode radova i pravila struke. Bilo bi korisno za takva pitanja u remontnoj djelatnosti imati odgovore u zakonskoj regulativi koja primjerice propisuje nadzor nad izvođenjem radova u brodogradnjačkomu na analogan način kako je to propisano za izvedbu gradnje broda.

Analogna primjena zakonskih propisa u odgovornosti brodograditelja ne rješava u potpunosti, dapače u većem dijelu, probleme odgovornosti brodopopravljača za brodove na popravku. Problemi odgovornosti brodopopravljača mogu se u zakonu naznačiti, ako ne i cjelovito riješiti, načelnim odredbama o ugovornoj i izvanugovornoj odgovornosti za brodove na popravku u remontnom brodogradilištu. Posebnu pozornost u propisima zahtijeva odgovornost brodopopravljača za dokovanje broda, koje se može obavljati kao samostalni posao ili u sklopu ugovora o popravku ili preinaci broda. Ako se dokovanje obavlja na temelju samostalnog ugovora, onda je brodopopravljač kao poduzetnik dokovanja zapravo brodar koji obavlja plovidbeni posao s plovnom dokom koji se smatra brodom u pomorskom pravu.²⁴

Za ugovornu odgovornost brodopopravljača moglo bi se predvidjeti slučajeve neizvršenja ugovornih radova, zakašnjenja u izvršenju radova, gubitka ili oštećenja broda u remontu i neispunjenja ugovora. Pitanja koja bi u svezi s odgovornošću brodopopravljača za ugovorne štete trebalo normirati zakonom jesu temelj odgovornosti, opseg odgovornosti i oblik naknade štete. U pogledu temelja odgovornosti dolazi u obzir kriterij uzročnosti i pretpostavljene krivnje. Za poduzetničku djelatnost u remontu odgovara se po kriteriju uzročnosti. Za neizvršenje ili nepravilno izvršenje radova, upotrebu nekvalitetnog materijala, pogrešnih projekata i nacрта, odgovara se po kriteriju pretpostavljene krivnje. Opseg odgovornosti rješava se kroz oblike šteta, koje brodopopravljač mora popraviti bilo naturalnom restitucijom ili novčanom naknadom. Isti kriteriji slijede brodopopravljača u njegovoj odgovornosti iz naslova jamstva za nedostatke utvrđene nakon što brod preuzme naručitelj popravaka ili preinake.

Ako se odgovornost brodopopravljača osniva na nekom odnosu izvan ugovora o popravku ili preinaci broda, onda govorimo o izvanugovornoj odgovornosti brodopopravljača za koju vrijedi ono što je naprijed rečeno o istoj problematici za brodograditelja.

Na kraju je i ovdje, kao prethodno spomenuti uvjeti osiguranja broda u gradnji, instalirano za brodoremontnu djelatnost posebno osiguranje odgovornosti brodopopravljača. Ovo osiguranje pokriva odgovornost brodopopravljača za gubitak ili oštećenje bilo kojeg broda ili plovnog objekta koji se nalazi pod osiguranikovom brigom, čuvanjem ili kontrolom, da na njima budu izvedeni radovi, uključujući njihovo premještanje ili

²⁴ Druge plovidbene poslove koji nisu prijevoz robe i putnika i tegljenje, Zakon regulira u čl.649-653, koji bi se mogli primijeniti na dokovanje broda kao samostalni plovidbeni posao, ako bi ga se takvim moglo pravno kvalificirati.

pomicanje unutar područja luka u kojoj se radovi izvode i pokusne vožnje koje ne prelaze 100 milja od dotične brodoremontne luke.²⁵

ZAKLJUČNE NAPOMENE

Glavni je zadatak i svrha brodograđevne i brodoremontne djelatnosti izgraditi, preinačiti ili popraviti brod koji će biti siguran i sposoban za plovidbu kojoj je namijenjen. Sigurnost brodova u plovidbi i zaštita ljudskih života na brodovima i moru nametnuli su brodovima i brodogradilištima primjenu jednakih tehničkih pravila u gradnji, preinaci i popravku brodova i jadrake propise koji ih obvezuju na iste dužnosti u vezi s osposobljavanjem broda za plovidbu. To su bili razlozi za prihvaćanje međunarodnih konvencija koje određuju sigurnost brodova na moru ili pojedina pitanja te sigurnosti. Među njima ćemo spomenuti one najvažnije, a to su:

1. Međunarodna konvencija o zaštiti ljudskog života na moru (tzv. SOLAS konvencija),
2. Međunarodna konvencija o teretnim linijama
3. Međunarodna konvencija o baždarenju pomorskih brodova
4. Konvencija o Međunarodnim pravilima za izbjegavanje sudara na moru.

Konvencijski propisi u pitanjima sigurnosti brodova i njihove plovidbe prihvaćeni u nacionalnom zakonodavstvu ili pretočeni u nacionalne zakonske i podzakonske akte obvezuju brodogradilišta u obavljanju njihove djelatnosti i registre brodova koji tu djelatnost nadziru. Nadzor u hrvatskoj brodogradnji povjeren je Hrvatskom registru brodova. Njegov je položaj, ovlaštenja i kompetencije utvrdio Zakon o hrvatskom registru brodova. Potpuno identičan položaj u brodogradnji svih pomorskih država imaju njihovi registri brodova kao i hrvatski registar brodova u nas. Suradnja među njima ostvaruje se međudržavnim ugovorima kojima se određuje jednaki postupak u vršenju nadzora i primjeni propisa i pravila za gradnju, popravak i preinaku brodova.

Oslanjajući se na konvencijske propise naš zakon detaljno propisuje uvjete za sigurnost plovidbe i broda, a naročito za utvrđivanje sposobnosti broda za plovidbu. Brojni su prateći propisi Zakona u toj domeni kao npr. Pravilnik o sredstvima za navigaciju na brodovima trgovačke

²⁵ Ovo osiguranje odgovornosti brodograđivača uveli su u praksu osiguranja engleski osiguratelji pod nazivom *SHIPREPAIRERS' LIABILITY CLAUSES*, koje se u prijevodu nazivaju Klauzule o brodograđivačevoj odgovornosti.

mornarice, Pravilnik o električnim instalacijama i zaštiti od požara brodova trgovačke mornarice i dr. Sve će te propise biti poteravno reproducirati, obnoviti ili u potpuno novom ruhu kreirati, što je zadatak novog hrvatskog zakonodavstva o čemu se u ovom članku opširnije raspravljalo u gornjem tekstu.

Isti tretman u novoj zakonskoj regulativi kao što se daje propisima o sigurnosti brodova u gradnji i popravku, imat će imovinskopравни odnosno privatnopravni aspekt broda u gradnji i na popravku u pitanjima koja uređuju kogentne norme. Radi se o normama kojima se definira ugovor o gradnji broda i pojam broda u gradnji, forma ugovora, nadzor gradnje i izvođenja radova, odgovornost izvođača za uspjeh izvedbe i upotrijebljeni materijal, cijena radova, reklamacija nedostataka i zastara. Slične norme imperativnog karaktera potrebne su za ugovor o popravku ili preinaci broda. Posebno se to odnosi na preinake brodova i velike popravke, popravke brodova suspendiranih iz plovidbe zbog pretrpljene havarije na moru i popravke u svezi s osposobljavanjem broda za plovidbu.

U našem pomorskom zakonodavstvu za normiranje brodogradnje kao djelatnosti na moru i odnosa u brodogradnji valja se ugledati u mediteranske zemlje Italiju i Grčku, čijem krugu pripada i Hrvatska. U talijanskom Plovid-benom zakoniku²⁶ brodogradnji se posvećuje cijelo jedno poglavlje. Decidirano se u Zakoniku (čl.232) propisuju uvjeti koje moraju ispunjavati brodogradilišta za obavljanje djelatnosti i osnivanje poduzeća za gradnju i popravak brodova.

Ugovori u brodogradnji i založna prava na brodovima u gradnji regulirani su u Grčkoj Zakonikom o privatnom pomorskom pravu, 1958. i Uredbom sa zakonskom snagom o mortgageu na brodovima, 1958. Gradnja broda izvodi se prema ugovoru koji se u grčkom pravu kvalificira kao ugovor o djelu.²⁷ U Grčkoj se brod u gradnji upisuje u upisnik brodova na temelju pismene isprave, koja sadrži izjavu brodograditelja o tome za koga se gradi brod.

Obavezni nadzor gradnje, preinake i popravka brodova vrši registar brodova, koji s odgovarajućim ispravama mora potvrditi da je brod s obzirom na vrstu, veličinu, namjenu i granice plovidbe izgrađen, preinačen ili popravljen prema propisima i tehničkim pravilima koja se odnose na njegovu konstrukciju, stabilitet, opremu i opskrbljenost određenim uređajima. U praksi registri brodova isključuju svoju odgovornost za štete koje bi mogle nastati uslijed njihova djelovanja, propusta ili grešaka u

²⁶ PESCATORE, L.D. *Manuale di diritto della navigazione*, Milano 1969, str.207.

²⁷ KARATZAS-READY, *The Greek Code of Private Maritime Law*, Atena 1982, str.4.

obavljanju nadzora. Postavlja se pitanje pravne valjanosti klauzule o isključenju odgovornosti koju registri brodova unose u svoje formulare i isprave koje izdaju brodogradilištima.

Po našem mišljenju klauzule registra brodova o isključenju njihove odgovornosti nisu pravno održive.²⁸ Bilo bi protivno načelu savjesnosti i poštenja ako bi se registru brodova dozvolilo isključiti materijalnu odgovornost za poslove nadzora koji mogu izazvati teške posljedice, ako nisu savjesno i pažljivo obavljani tijekom gradnje, preinake ili popravka broda, onako kako to baš predviđaju propisi i pravila registra brodova. O tome zakonodavac mora voditi računa prilikom propisivanja nadzora nad brodogradnjom i pravnog položaja registra koji nadzor vrši.

Za formularne ugovore koji se koriste u brodogradnji (*Norwegian Saleform* za kupnju broda, *AWES* za gradnju broda i dr.) morao bi zakonodavac donijeti propise o njihovoj primjeni kod ugovaranja poslova za koje važi, doduše, načelo autonomije volje stranaka. No, škodilo ne bi, ako bi se zakonodavac i hrvatska brodogradilišta pozabavila jednim takvim formularnim ugovorom za hrvatsku brodogradnju.

LITERATURA:

HLAČA, V. *Preinaka brodova*, Pomorski zbornik, knjiga 18/1980

HLAČA, V. *Brodogradnja u pravnoj regulativi zemalja Evropske zajednice i Jugoslavije*, Pomorski zbornik, knjiga 29/1991.

HLAČA, V. *Imovinskopravni aspekti broda u gradnji*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 8/1987.

TRIVA, S. i dr. *Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi s napomenama i komentarskim bilješkama*, Zagreb 1981.

HLAČA, V. *Rješavanje sporova i primjena mjerodavnog prava u brodogradnji*, Zbornik "Društva pravnika", Rijeka 1986.

HLAČA, V. *Luka za posebne namjene u lukama otvorenim za međunarodni pomorski promet*, Uporedno pomorsko pravo i pomorska kupoprodaja, br.100/1983.

JAKAŠA, B. *Udžbenik plovidbenog prava*, Zagreb 1983.

HLAČA, V. *Ugovor o popravku ili preinaci broda*, Pomorska enciklopedija, Zagreb 1989.

PESCATORE, L.D. *Manuale di diritto della navigazione*, Milano 1969.

KARATZAS-READY, *The Greek Code of Private Maritime Law*, Atena 1982.

²⁸ HLAČA, V. *Preinaka brodova*, Pomorski zbornik, knjiga 18/1980, str.322.

Summary

SHIPBUILDING INDUSTRY IN THE NEW CROATIAN LEGISLATION

The author deals with the rules forming shipbuilding law, which regulates relations during construction, repair and reconstruction of the ships in Croatian shipbuilding yards. It concerns regulations relating to private and public law relations in shipbuilding industry contained in national legislation and international conventions provisions.

A special emphasis in the article is on the part dealing with regulations relating to the Croatian shipbuilding industry. The author emphasizes three areas of legal relations which should be regulated by enactments and by-laws. These are administrative law relations and status relations, contractual and other legal relations in regard to ships under construction and repair.

The author deals specially with ship's repair activities and proposes new regulations for this branch of industry (different rules and regulations for ships under construction and ships under repair - different legal status).

In the final part of the article the author suggests the enactment of new and well-defined rules and regulations for supervising ships during construction, reconstruction and repair according to the Croatian Register of Shipping as well as its responsibility in the supervision entrusted by legislators.

IZBJEGAVANJE JAVNIH DAVANJA

Dr. LADISLAV HORVAT, izv. prof.
Fakultet prometnih znanosti u Zagrebu

UDK 336.2
Izvorni znanstveni rad
Ur.: 25.11.1992.

U ovom se radu istražuje fenomen izbjegavanja (evazije) javnih davanja, pod čime se u prvom redu razumijeva izbjegavanje plaćanja poreza, a zatim i drugih obveznih davanja javno-pravnim tijelima. Obveza javnih davanja prije svega je pravna, ali je isto tako i moralna, a uzroci izbjegavanja su objektivni i subjektivni. U radu se razmatra pravni i moralni aspekt evazije i analiziraju njezini uzroci. Objektivni su izvan poreznog obveznika (porezna regulativa, porezna politika, organizacija i rad službe društvenih prihoda, političko i gospodarsko stanje u zemlji), a subjektivni se manifestiraju u njegovom poreznom mentalitetu i poreznom moralu. Radi ostvarenja načela pravednosti u oporezivanju, država je dužna boriti se protiv obje skupine uzroka. U tu joj svrhu na raspolaganju stoje preventivne i represivne mjere. Prema mišljenju autora, težište mora biti na preventivnim mjerama, osobito na kontroli, ali se ne smiju zanemariti ni represivne mjere.

I.

Pod javnim davanjima valja razumijevati novčane izdatke fizičkih i pravnih osoba u korist državnog proračuna, budžeta jedinica lokalne samouprave i društvenih fondova (za mirovinsko i invalidsko osiguranje, za zdravstveno osiguranje itd).

Javna su davanja obvezna, a ta se obveza temelji na odredbi članka 51. stavak 1. Ustava Republike Hrvatske:

"Svatko je dužan sudjelovati u podmirenju javnih troškova u skladu sa svojim gospodarskim mogućnostima."

Te gospodarske mogućnosti predstavljaju ekonomsku snagu i nisu kod svakoga jednake. Ekonomska je snaga promjenjiva veličina, jer se stjecanjem povećava, a trošenjem smanjuje. Uostalom, stjecanje nije samo sebi svrha. Stječe se uglavnom zato da bi se trošilo, i to odmah ili u budućnosti, stjecatelj ili netko drugi. Trošenjem se ekonomska snaga doduše umanjuje, ali se time zadovoljavaju raznovrsne potrebe, pa je takvo umanjenje ekonomske snage svakome korisno ili ugodno i dobrovoljno se prihvaća. Takvo se trošenje uvijek smatra pravom i prema njemu se ima pozitivan odnos.

Međutim, umanjenje ekonomske snage radi "sudjelovanja u podmirenju javnih troškova" nije pravo nego dužnost prema kojoj se nerijetko ima negativan odnos.

Umanjenje vlastite ekonomske snage radi toga da bi država, dakle netko treći, anonimno, mogla trošiti, doživljava se kao neugoda, kao gubitak, šteta, a ne korist. Stoga mnogi obveznici javnih davanja tu svoju dužnost izvršavaju nevoljko, a neki je od njih na svaki način pokušavaju umanjiti ili je naprosto izbjegavaju. Kod toga valja naglasiti da se u pravilu mogu izbjeći samo ona javna davanja koja su obveznici dužni prijaviti (porezi i doprinosi).

To se izbjegavanje davanja za podmirenje javnih potreba naziva i evazijom.

Riječ "evazija" (lat. *e-vado*, *-vasi*, *-vasum*) znači izaći, umaknuti, pobjeći, no ona se u financijskoj struci upotrebljava u značenju izbjegavanja plaćanja javnih obveza, prije svega poreza, ali i doprinosa i drugih davanja. S obzirom na to da daleko najveći dio javnih prihoda, osobito prihoda suvremenih država, čine porezi (preko 94%) u literaturi se najčešće spominje evazija poreza, iako se ta pojava odnosi na izbjegavanje svih vrsta javnih davanja.

Izbjegavanje javnih davanja može biti dvojako. Njime se mogu, ali ne moraju povrijediti fiskalne pravne norme. U nekim se jezicima, za razliku od hrvatskog, za te dvije pojave upotrebljavaju dvije različite riječi. Tako se za izbjegavanje plaćanja poreza koje nije u suprotnosti sa zakonom u engl. upotrebljava izraz "*tax avoidance*", u franc. "*évasion fiscale*", u njem. "*Steuervermeidung*" ili "*Steuerausweichung*". Za protuzakonito izbjegavanje plaćanja poreza u engl. se upotrebljava riječ "*tax evasion*", u franc. "*fraude fiscale*", u njem. "*Steuerhinterziehung*". Hrvatski je jezik u tom pogledu siromašniji, pa za evaziju koja nije suprotna zakonu upotrebljava izraz "zakonita evazija poreza". Ona se naziva zakonitom ne zbog toga što bi ju zakon propisivao kao pravo poreznih obveznika ili što bi se osnivala

na zakonu, nego zato što zakonom nije zabranjena, pa stoga nije nezakonita. Izbjegavanje javnih davanja kojima se povređuju fiskalni pravni propisi, jest "nezakonita evazija poreza". Nezakonita je evazija poreza kazneno djelo, a u hrvatskom kaznenom zakonu ima naziv "utaja poreza ili doprinosa", poznatije kao "porezna utaja".

Sa stajališta države, međutim ni zakonita porezna evazija nije prihvatljiva. Često je, naime, teško razlikovati sposobnost i spretnost poreznog obveznika da u okviru zakona snizi svoju poreznu obvezu, od zloupotrebe prava. Zakonita se porezna evazija ne uočava lako, a sprječava se teško ili nikako. Na mjere države poduzete radi njezinog suzbijanja, obveznici kao odgovor stalno pronalaze nove načine izbjegavanja javnih davanja.

Jednim od načina zakonitog izbjegavanja plaćanja poreza smatra se i prevaljivanje poreza. Kod prevaljivanja, međutim, fiskus nije prikraćen za iznos poreza dok kod drugih oblika evazije jest. Naravno, osim poreza, prevaljivati se mogu i druga javna davanja.

II.

Izbjegavanje javnog davanja, zakonito i nezakonito, jest oblik otpora obveznika i izraz njegova neslaganja sa zahvaćanjem države u njegovu ekonomsku snagu. To je njegova reakcija na prinudu od strane anonimne sile kao što je država, na nedostatak reciprociteta, na trošenje njegovih sredstava za nepoznate namjene, možda i neracionalno. Sklon je potcjenjivanju koristi koje on ima od javnih usluga financiranih novcem od poreza koje plaća, a precjenjivanju koristi koje imaju drugi.¹ Porezni obveznik često ima opće nepovjerenje u poreznu vlast. Uzrok su tome složeni i nejasni porezni propisi, često povišenje poreznih stopa i uvođenje novih poreza, samovoljno tumačenje poreznih zakona, neuljudnost poreznih djelatnika, zadiranje u privatnost poreznih obveznika itd. Ta je pojava otpora plaćanju poreza vjerojatno stara kao i porez. Činjenica da se je njome bavio i teološki pisac Aurelije Augustin (354-430) dokazuje da je bila društveni problem već u starom vijeku.² To je ostala i do danas. Unatoč tome, broj financijskih pisaca koji su posebno proučavali pojavu izbjegavanja plaćanja javnih davanja relativno je malen. Od onih koji su se tim pitanjem bavili sustavnije, spomenimo samo Guntera Schmoldersa,

¹ HANSMEYER, K. H. i MACKSCHEIDT, K. *Finanzpsychologie*, Handbuch der Finanzwissenschaft, III izd. Tübingen, 1976. str.576.

² GERLOFF, W. *Steuerwirtschaftslehre*, u "Handbuch der Finanzwissenschaft", Tübingen, 1956. str.300.

Henrya Laufenburgera, Wilhelma Gerloffa, a od naših pisaca Božidara Jelčića. Navedimo da je njem. financijski pisac Wilhelm Gerloff, po uzoru na Adolfa Wagnera, tvorca "zakona o stalnom porastu javnih troškova", formulirao svoj "zakon rastućeg protivljenja plaćanju poreza" kojim sugerira da otpor plaćanju poreza raste s razvojem oporezivanja i porastom poreznog opterećenja. Iako se takvo stajalište čini logičnim pa stoga i prihvatljivim, Gerloff nije naveo nijedan argument u korist toga "zakona", niti jedan od uzroka te pojave, nego je, naprotiv, izrazio uvjerenje da oni više leže u prirodi čovjeka nego u biti poreza.³

Iz ovoga bi se moglo zaključiti da je otpor plaćanju poreza imanentan svakom čovjeku. Ne poričući unaprijed i takvu mogućnost, valja istaći da plaćanje poreza ipak ne izbjegavaju svi i ne uvijek, a u jednakoj mjeri i ne svuda. Želimo li ispitati zašto je to tako i je li to čovjeku doista imanentno, moramo prethodno, među ostalim, utvrditi na čemu se temelji obveza plaćanja poreza, koji su uzroci otporu plaćanju poreza, na koji se način ta obveza može izbjeći i kako ju spriječiti.

Odgovore na ta pitanja koji bi vrijedili uvijek i svuda nije moguće dati, jer modaliteti i intenzitet evazije poreza ovise o vremenu, mjestu i konkretnim poreznim obveznicima. Ipak, pokušat ćemo razmotriti svako od pitanja.

III.

Na čemu se temelji obveza plaćanja poreza?

Obveza je plaćanja poreza i drugih javnih davanja, prije svega pravna obveza i temelji se na zakonu, ali je to istovremeno i moralna obveza i temelji se na moralnim normama. Prema načelima kršćanskog morala porezna je obveza, obveza savjesti, pa građanima nije dozvoljeno da "budu suci u vlastitoj stvari i da uskrate plaćanje poreza" (Höffner).⁴ Isti je smisao i izreke Isusa Krista koja se odnosi na porez: "Podajte caru carevo, a Bogu božje" (Evandjelje po Mateju). Budući da je porezna obveza već odavno postala opća, što znači da su teret javnih davanja dužni snositi svi građani zavisno od svojih gospodarskih mogućnosti, i po današnjem shvaćanju morala, nije moralno da jedni tu svoju dužnost izvršavaju, a drugi ne, iako svi jednako uživaju zaštitu države i imaju jednaku mogućnost koristiti se njezinim institucijama i uslugama.

³ SCHMÖLDERS, G. *Finanzpolitik*, Berlin, Heidelberg, New York, 1965. str.316.

⁴ GERLOFF, op. cit. str.300.

Izbjegavanje obveze plaćanja poreza može biti aktivno i pasivno. Aktivnim izbjegavanjem plaćanja poreza uvijek se povređuju moralne norme, a moralne i pravne norme istovremeno, samo ako se radi o nezakonitoj evaziji poreza. Povreda se može izvršiti činjenjem ili propuštanjem dužnog činjenja, dakle aktivnom radnjom poreznog obveznika.

Tako se povreda samo moralne norme činjenjem može izvršiti npr. preseljenjem sjedišta poduzeća ili radnje, ali ne i preseljenjem poreznog obveznika iz mjesta prebivališta, na teritorij na kojem se primjenjuju niže porezne stope (porezne oaze). Takvo preseljenje nije zakonom zabranjeno, pa se time ne povređuju pravne norme, ali se povređuju moralne norme, jer se ne može smatrati moralnim koristiti objekte infrastrukture u mjestu prebivališta, a porez, zato što je tamo niži, plaćati u drugom mjestu.

Povreda se pak pravne norme činjenjem može izvršiti npr. davanjem lažnih podataka o zakonito stečenim prihodima, a propuštanjem dužnog činjenja, pravna se norma povređuje npr. neprijavlivanjem prihoda koji podleže oporezivanju.

Osnovni elementi društvenih normi, pa dakle i moralnih i pravnih, jesu dispozicija i sankcija. Dispozicija adresatu propisuje određeno ponašanje, a sankcija je kazna kojom mu se prijeti ako se ne bi ponašao u skladu sa sadržajem dispozicije.

Sankcije za povredu moralnih normi nisu u domeni države, pa se te norme ne štite državnim monopolom sile. Sankcije za povredu tih normi uglavnom su grižnja savjesti i osuda okoline. Međutim, kada se radi o povredi moralnih normi u oblasti javnih davanja, nema podataka o tome da je netko imao grižnju savjesti, ali izvjesne osude okoline, o čemu će u nastavku biti riječi, ima.

Pravne norme, za razliku od moralnih, donosi država, pa ih ona i štiti svojim monopolom sile.

Plaćanje poreza može se izbjegavati i pasivno, tj. nečinjenjem. Npr. uzdržavanjem od kupnje oporezovanih proizvoda, ne plaća se njihova cijena, a time ni porez koji je u nju uključen. No na taj se način ne povređuju ni moralne ni pravne norme.

Međutim, u sva je tri slučaja (činjenjem, propuštanjem dužnog činjenja i nečinjenjem), da bi se doista radilo o izbjegavanju plaćanja poreza, potrebna namjera. Nema li namjere, nema ni izbjegavanja plaćanja poreza. Tako npr. ako se netko uzdrži od kupnje cigareta zato, jer je prestao pušiti da bi zaštitio svoje zdravlje, a ne u namjeri da time izbjegne platiti porez, nema evazije poreza. To stoga, jer je u pojmu "izbjegavanje" uvijek sadržana reakcija, odgovor na neku akciju. Izbjegavanje može biti samo voljna radnja.

IV.

Koji su uzroci otpora plaćanju poreza?

Postoje dvije vrste uzroka otpora plaćanju poreza. Jedno su subjektivni uzroci koji se manifestiraju u ponašanju poreznih obveznika, odnosno u njihovu općem stavu prema izvršenju porezne obveze koje bismo, u najširem smislu, mogli nazvati poreznim moralom.⁵ Schmölders smatra da je "porezni moral opći stav prema poreznom deliktu", a Andreae i Mauser dodaju, "i prema poreznom grijehu i poreznoj kazni".⁶ Porezni moral poreznih obveznika u velikoj mjeri ovisi o njihovoj poreznoj svijesti, poreznom mentalitetu itd., a sačinjavaju ga psihološke i sociološke komponente. Drugu skupinu čine tzv. objektivni uzroci. To su vrste poreznih oblika, vrste i visina poreznih stopa, stručnost porezne administracije, financijska kontrola, kaznena politika, ekonomska snaga poreznog obveznika i drugo. Ti su uzroci najčešće međusobno povezani, a razmotrit ćemo ih s psihološkog, socijalno-političkog, fiskalno-tehničkog i ekonomskog aspekta.

Psihološki aspekti izbjegavanja plaćanja javnih davanja proizlaze iz psihe poreznog obveznika. Iskazuju se poreznim mentalitetom i poreznim moralom i posljedica su stanja njegove svijesti, dakle tzv. subjektivnih uzroka. Tako npr. svatko svoj porezni teret doživljava drugačije, bez obzira na njegovu stvarnu visinu. "Zato Schmölders govori o objektivnom poreznom opterećenju i subjektivnom osjećaju toga opterećenja".⁷ Za razliku od psiholoških aspekata, socijalno-politički, fiskalno-tehnički i ekonomski aspekti izbjegavanja javnih davanja, posljedica su tzv. objektivnih uzroka, dakle uzroka koji se nalaze izvan poreznog obveznika.

No vratimo se poreznom moralu koji je, ako je nizak, najvažniji subjektivni uzrok izbjegavanja plaćanja javnih davanja.

Moral općenito (lat. *mos* = običaj, *mores* = vladanje), jest skup nepisanih pravila, običajnih normi, ideala i dr. o ponašanju ljudi u određenim okolnostima. Moral nije statična kategorija. Mijenja se s vremenom i s obzirom na vanjske utjecaje. Različite društvene skupine o istom pitanju imaju različita moralna shvaćanja. I porezni se moral razlikuje od zemlje do zemlje, odnosno od skupine do skupine poreznih obveznika, a s vremenom se i pod određenim utjecajima, kao i svaki drugi moral, može i mijenjati. Što je u nekoj zemlji izbjegavanje plaćanja poreza i drugih javnih davanja manje, smatra se da je porezni moral viši. Upravo

⁵ JELČIĆ, B. *Evazija poreza*, Zbornik Pravnog fakulteta br. 4/1965. Zagreb, str.216.

⁶ ANDREA E, C. A. i MAUSER, R. *Finanztheorie*, Stuttgart, 1969. str.68.

⁷ LUDWIG, J. *Steuern ohne Ende*, Frankfurt am Main, 1991. str.70.

je zbog toga jedna od važnih zadaća države podizanje ili održavanje poreznog morala svojih građana. Da bi u tome uspjela, država mora znati o čemu on ovisi, odnosno što utječe na nizak, a što na visoki porezni moral.

U literaturi se kao jedan od činitelja koji značajno utječe na porezni moral, spominje porezni mentalitet. Mentalitetom se može nazvati duhovno ustrojstvo i ustaljeni način mišljenja i s tim u svezi stav i odnos pojedinca ili skupine prema određenim pitanjima i pojavama. Iz iskustva je znano da se mentalitet teško mijenja. Države čiji građani izbjegavanje plaćanja poreza smatraju normalnom pojavom, a katkada i viteškim djelom koje zaslužuje odobravanje, imaju valjanih razloga da odgovarajućim mjerama, ali ne usmjerenim samo prema građanima nego i prema sebi odnosno državnim, a osobito poreznim organima, takvo ponašanje odnosno takav porezni mentalitet pokušaju promijeniti. Općenito se smatra da su narodi zemalja Sredozemlja, Bliskog Istoka i Južne Amerike bliže takvom mentalitetu, pa i niskom poreznom moralu, nego npr. narodi Skandinavije, Velike Britanije i SAD. S tim u svezi ne treba smetnuti s uma da i Hrvatska spada u mediteranske zemlje.

Gunter Schmölders dijeli porezni mentalitet na romanski i germanski, odnosno na južni i sjeverni. Engleze stavlja na vrh, jer se njih 50%, tj. svaki drugi, izjašnjava protiv shvaćanja da je porezni sustav nepravedan. Međutim, unatoč navedenoj podjeli poreznog mentaliteta, 75% "južnih" poreznih obveznika iz Španjolske, ali i isto toliko "sjevernih" iz Njemačke, porezni sustav ne smatra pravednim i distancira se od njega. U Italiji i Francuskoj čak 93% poreznih obveznika ima negativan odnos prema poreznom sustavu, a kritizira ga 65% Talijana i 89% Francuza.⁸

Jedno od mogućih objašnjenja razlike u poreznom mentalitetu između romanskih i anglosaksonskih naroda pokušava se pronaći i u nazivu poreza i javnih davanja. Tako se u romanskim zemljama porez naziva "impôt", "imposto", "impuesto", što asocira na prinudu i izaziva otpor i nepovjerenje prema državi. U anglosaksonskim se zemljama ta davanja nazivaju "tax", "duty", "Steuer", "Abgabe", što utječe na pozitivan stav poreznih obveznika prema državi i javnim obvezama, jer sugerira zajedništvo, društvenost i sl.⁹

Nizak porezni moral kao i nizak moral uopće, posljedica je različitih utjecaja i okolnosti. Često se misli da je to izraz anarhičnog stanja u državi, opće bijede, nepovjerenja i negativnog odnosa prema državnoj vlasti, nejednakosti građana pred zakonom, beznađa itd. Međutim,

⁸ PETERSEN, H. G. *Finanzwissenschaft I*, Stuttgart, 1988. str.260.

⁹ ANDREAE i MAUSER, op. cit. str.68.

kada se radi o poreznom moralu, ni u Japanu, stabilnoj i prosperitetnoj državi, nije ništa bolje. Japanci imaju jak osjećaj dužnosti i obveze prema zajednici, prema caru, prema obitelji, "ali ne i prema plaćanju poreza".¹⁰

Osim niskog poreznog morala kao subjektivnog uzroka, drugi je razlog za izbjegavanje plaćanja poreza, visoko porezno opterećenje. Dok je prvi razlog posljedica stanja društvene i pojedinačne svijesti i spada u psihološke aspekte te pojave, dotle se drugi razlog treba tražiti u sferi materijalnog stanja i gospodarskih mogućnosti poreznog obveznika, dakle u tzv. objektivnim uzrocima.

U prvom se slučaju može stvaranjem pravne države i demokracijom ili njihovim daljnjim razvijanjem i drugim mjerama usmjerenim prema građanima, ali i prema državnim organima, nastojati mijenjati njihov porezni mentalitet, a time i porezni moral. To je međutim dugotrajan, ali, nadajmo se, ne i uzaludan posao.

U drugom je slučaju potrebno da država realno procijeni financijske mogućnosti poreznih obveznika i s njima uskladi svoje potrebe. Na stranu to da se određenom poreznom politikom i selektivnom primjenom, pa i nižih poreznih stopa, financijske mogućnosti građana, a time i njihova poreznu sposobnost, mogu i povećati.

Socijalno-politički aspekti kao što su pravednost i ravnomjernost u oporezivanju, utječu na odnos poreznog obveznika prema obvezi plaćanja poreza. Nepravedno i neravnomjerno oporezivanje kombinirano s neodgovarajućim trošenjem tako prikupljenih sredstava i stalnim povećanjem javnih troškova, neizostavno će dovesti do povećanja evazije poreza.

U osnovne uzroke fiskalno-tehničkih aspekata izbjegavanja plaćanja poreza mogu se ubrojiti organizacija i rad porezne uprave, porezni postupak, fiskalni propisi i sustav poreznih stopa. Loša organizacija rada porezne uprave, nedovoljna stručnost osoblja i slaba materijalna opremljenost službe, znatno olakšavaju izbjegavanje plaćanja poreza. U takvim će uvjetima i porezni postupak često biti provođen na način koji će tome pridonositi. Nejasni i nedovoljno razrađeni fiskalni propisi, zatim tzv. "pravne praznine", također omogućavaju tu pojavu. Porezne stope s obzirom na vrstu i visinu, značajan su instrument fiskalne politike koji neodgovarajuće određen, može isto tako u velikoj mjeri poticati poreznu utaju.

Ekonomski aspekti javnih davanja imaju svoju osnovu u položaju gospodarstva zemlje općenito, u položaju određene gospodarske grane kao i u konkretnom materijalnom stanju obveznika. Države s lošim stanjem

¹⁰ RÄDLER, J. A. *Steuererhebung und Steuerwirklichkeit in Japan*, Der Betrieb, Heft 34-35, Düsseldorf Frankfurt, 1987. str.1714.

gospodarstva imaju povećane javne potrebe (socijalna davanja i dr.), a smanjene prihode uslijed općeg siromaštva pučanstva. Stoga je loše stanje gospodarstva neke zemlje pogodnije za izbjegavanje javnih davanja. Prosperitetno gospodarstvo, naprotiv, više omogućuje prevaljivanje poreza, što, smatra se, smanjuje potrebu za nezakonitim izbjegavanjem javnih davanja.¹¹

Međutim, o tome ima i suprotnih mišljenja. U državama s prosperitetnim gospodarstvom u načelu se dohoci općenito povećavaju. No, "s porastom dohotka smanjuje se porezno poštenje"¹², tj. povećava se porezna evazija.

Iz toga bi se dalo zaključiti da javna davanja izbjegavaju svi. Oni s malom ekonomskom snagom, iako imaju malo porezno opterećenje, zato jer su siromašni, a oni s velikom ekonomskom snagom, iako su bogati, zato jer imaju veliko porezno opterećenje. Može li se stoga zaključiti da prvi, siromašni, izbjegavaju plaćanje poreza, jer im je porezni moral nizak, a drugi, bogati, jer im je porezno opterećenje visoko? Budući da je težina poreznog opterećenja subjektivan osjećaj, nema, li Wilhelm Gerloff ipak pravo kad kaže da izbjegavanje javnih davanja više leži u prirodi čovjeka nego u biti poreza?

V.

Na koje se načine može izbjegavati plaćanje javnih davanja?

Na to je pitanje moguće dati samo načelan i okvirni odgovor, jer načina izbjegavanja plaćanja poreza ima mnogo i, što je najgore, porezni obveznici stalno pronalaze nove. Između poreznih obveznika i poreznih vlasti vodi se neprekidni i nesmiljeni rat, jednako kao između kriminalaca i policije. Jedni nastoje nadmudriti druge. Po Allixovu mišljenju "u toj se izuzetno interesantnoj borbi fiskus i utajivači poreza takmiče u ingenioznosti".¹³

Izbjegavanjem javnih davanja može se smatrati svaka voljna radnja obveznika koja je usmjerena na to da se ona smanje ili anuliraju.

¹¹ PETROVIĆ, M. *Izbjegavanje plaćanja poreza (evazija)*, Finansije, br. 1-2/1989. str.74.

¹² HAGEDORN, R. *Steuerhinterziehung und Finanzpolitik*, Frankfurt am Main, 1991. str.186.

¹³ ALLIX, E. *Traité élémentaire de science Financière et du législation française*, cinquième éd. Paris, 1927. str.680.

U tom je smislu najbenigniji način izbjegavanja plaćanja poreza, njegovo prevaljivanje.¹⁴

Općenito je stajalište teorije da su posredni porezi, dakle porezi na promet i carine, prevaljivi uvijek, ali da se, pod određenim uvjetima, na drugoga može prevaliti i teret plaćanja neposrednih poreza, pa i svih drugih javnih davanja. Prema tome, prevaljivanje je jedan od načina na koji se porezni obveznik oslobađa poreznog tereta posrednih i neposrednih poreza.¹⁵ Prevaljivanjem porezni obveznik, kao ni kod evazije, ne snosi porezni teret i ne umanjuje svoju ekonomsku snagu, ali za razliku od evazije, u fiskus ipak ulazi dužna svota. Prevaljivanjem poreza fiskus, dakle, nije oštećen. Prevaljivanje je izbjegavanje plaćanja poreza u širem smislu.

To se, međutim, ne odnosi na svako prevaljivanje. Ono prevaljivanje koje se obavlja po intenciji zakonodavca (prevaljivanje poreza na promet i carina), ne može se tretirati kao izbjegavanje javnih davanja.

Izbjegavanje javnih davanja u užem smislu ili evazija obuhvaća, kao i prevaljivanje, posredne i neposredne poreze i ostala javna davanja koja se prijavljuju, a manifestira se kao zakonito i nezakonito.

Izbjegavanje plaćanja posrednih poreza koje se naziva "šverc" ili "kontrabanda" uvijek je nezakonito. Jedan od nezakonitih načina izbjegavanja plaćanja poreza na promet jest i fiktivni izvoz robe. To stoga što se na robu koja se izvozi ne plaća porez na promet ili se već plaćeni porez izvozniku vraća (refakcija).

Neplaćanje posrednih poreza uzdržavanjem od potrošnje i vertikalnom koncentracijom u gospodarstvu je, međutim, zakonito izbjegavanje, i ne može se smatrati negativnim i štetnim za državu. Uzdržavanje od potrošnje i vertikalna koncentracija u gospodarstvu, izraz je slobode da svatko ima pravo na samostalno ekonomsko ponašanje.

Izbjegavanje plaćanja neposrednih poreza može biti, kao što je rečeno, također zakonito i nezakonito. Kod izbjegavanja plaćanja poreza u užem smislu, kao i kod prevaljivanja, porezni obveznik ni u jednom slučaju ne plaća porez, dakle ne snosi porezni teret i izbjegavanjem plaćanja poreza ne umanjuje svoju ekonomsku snagu, ali za razliku od prevaljivanja, u fiskus ne ulazi dužna svota. Evazijom poreza fiskus je, dakle, oštećen. To je razlog zašto država protiv evazije poduzima određene mjere.

¹⁴ Poblje o prevaljivanju poreza vidi: JELČIĆ, B. *Nauka o financijama i financijsko pravo*, Zagreb, 1990. str.198 i dalje.

¹⁵ Poblje o neposrednim i posrednim porezima vidi: JELČIĆ, B. *Nauka o financijama i financijsko pravo*, Zagreb, 1990. str.101.

Ponovimo da se nezakonita porezna evazija iskazuje kao potpuna ili djelomična porezna utaja. Mnogobrojni su načini na koje se djelomično izbjegava porezna obveza. Najčešće se u porezne knjige unose neistiniti podaci kojima su osnova fiktivni računi ili se u knjige ne unose svi relevantni podaci, odnosno ne izdaju se računi, povećavaju se iznosi materijalnih troškova i sl. Potpuno izbjegavanje plaćanja poreza i drugih javnih davanja ostvaruju se neprijavljenom djelatnošću u tzv. "sivoj" ili "paralelnoj" privredi odnosno radom "na crno", da spomenemo samo neke od naziva za takvu djelatnost.

Povećanjem međunarodne razmjene, a osobito osnivanjem multinacionalnih kompanija, stvaraju se nove mogućnosti za izbjegavanje javnih davanja. Prihodi se jednog poduzeća mogu transferirati u poduzeće zemlje s blažim poreznim režimom ili se mogu uputiti poduzeću koje je u odnosnoj godini poslovalo s gubitkom itd.

Međunarodna porezna evazija ostvaruje se najčešće u tzv. poreznim oazama. Porezna oaza ili porezni raj može biti svaka zemlja. Dovoljno je da za određene vrste prihoda, dohotka ili kategorije obveznika propiše blaži porezni režim. Ipak, pod poreznom oazom u užem smislu podrazumijeva se ona zemlja koja nema poreze ili nema poreze kao što su porez na dohodak, na imovinu i prihode od imovine, koja ima niske porezne stope, brojna porezna oslobođenja i olakšice i sl. Neke su zemlje porezne oaze samo za određenu vrstu djelatnosti. Tako Nizozemski Antili primjenjuju posebne porezne stope samo na holding poduzeća, Panama daje posebne pogodnosti poduzećima koja se bave pomorskom trgovinom, Barbados povlašćuje međunarodne financijske organizacije itd.¹⁶

Među najpoznatije porezne oaze mogu se ubrojiti: Andora, Bahrein, Cipar, Grenada, Hong-Kong, Liberija, Lichtenstein, Luxemburg, Monaco, Nauru, Panama, San Marino, Singapur, Vanuatu.

VI.

Koje mjere stoje državi na raspolaganju za suzbijanje izbjegavanja plaćanja poreza?

Budući da svako izbjegavanje plaćanja poreza u užem smislu, dakle zakonita i nezakonita evazija poreza, smanjuje iznos sredstava koji je država očekivala i s kojim je računala, ona ne samo da može, nego je i dužna poduzeti sve mjere koje joj stoje na raspolaganju da bi tu pojavu

¹⁶ PETROVIĆ, M. *Izbjegavanje plaćanja poreza u međunarodnim ekonomskim odnosima*, Međunarodni problemi br. 4Č1989, str.357.

svela na najmanju moguću veličinu, ako je već ne može u potpunosti spriječiti.

Smanjenje planiranih i očekivanih prihoda u državnom proračunu, koje je posljedica neizvršavanja porezne obveze i neplaćanja poreza, sili državu da, ili smanjuje svoje zadatke, tj. planirane rashode, ili da poreznim obveznicima poveća porezni teret. To će se povećanje, naravno, odnositi samo na savjesne porezne obveznike, korektne i uredne platiše. Budući da su svi građani jednaki pred zakonom i da je "svatko dužan sudjelovati u podmirenju javnih troškova u skladu sa svojim gospodarskim mogućnostima", država je dužna zaštititi savjesne porezne obveznike i poduzeti određene mjere protiv svih onih građana koji tu svoju dužnost ne izvršavaju.

Sve se mjere koje joj u tu svrhu stoje na raspolaganju mogu podijeliti u dvije skupine. U prvu spadaju preventivne, a drugu represivne mjere.

Jedan od nužnih uvjeta za uspješnu primjenu preventivnih mjera jest demokratski uređena, na pravu utemeljena, gospodarski i politički stabilna država u kojoj su svi građani doista jednaki pred zakonom. Može se očekivati da bi takva država odgovarajućim mjerama kao što su javnost rada na planiranju prihoda i njihova rasporeda za određene, javnosti prihvatljive namjene, razvijanje osjećaja ponosa zbog pripadnosti svojoj državnoj zajednici, zbog stvarne ravnopravnosti svih građana, razvijanje patriotizma, povjerenja u ispravnost rada i nepotkupljivost državnih organa, a osobito poreznih organa itd., dakle, mjerama koje su usmjerene prema građanima, mogla utjecati na porast poreznog morala svojih građana.

Osim ovih "općih" mjera koje nisu ograničene samo na postizanje financijske discipline, nego smjeraju podizanju kvalitete života u društvu uopće, postoje i specifične preventivne mjere koje se primjenjuju isključivo u cilju smanjenja izbjegavanja plaćanja poreza i doprinosa.

Te se mjere sastoje, prije svega, u smanjenju ili, još bolje, uklanjanju "zakonskih praznina" korištenjem kojih se plaćanje poreza može izbjeći, a da se ne povređuju pravne norme. Te su mjere usmjerene protiv tzv. zakonitog izbjegavanja plaćanja poreza.

Druga skupina preventivnih mjera odnosi se na nezakonito izbjegavanje plaćanja poreza. U te mjere spadaju razne vrste poreznih kontrola. Svaka je kontrola uvijek uspoređivanje. Jednom je to uspoređivanje planiranog s ostvarenim. To je kontrola rezultata rada. Drugi put je to uspoređivanje sadržaja neke djelatnosti i načina njenog obavljanja sa zakonskim propisima koji se na nju odnose. To je kontrola zakonitosti. Kontrola može biti, što je za temu kojom se bavimo posebno značajno, prethodna i naknadna. Dok se naknadnom kontrolom uvijek uspoređuje

učinjeno s onim što je trebalo učiniti, prethodnom se kontrolom uspoređuje što se i kako radi (sadržaj i metode rada) s onim što bi se i kako trebalo raditi. Tako će se prethodnom kontrolom uspoređivati npr. vode li porezni obveznici svoje poslovne knjige uredno, upisuju li u njih sve primitke i sve izdatke, izdaju li za izvršene usluge propisane račune itd. i je li to, što i kako rade, u skladu s propisima.

U tom je pogledu financijska kontrola koju u Italiji obavlja financijska policija veoma karakteristična. O tome su u hrvatskome tisku nedavno objavljene dvije vijesti. U prvoj se opisuje slučaj jedne turistkinje koja je platila kaznu od 33.000 lira, jer na izlazu iz trgovine nije mogla pokazati račun za kupljeni flomaster u vrijednosti od 1.000 lira. Trgovac koji nije izdao račun, jer se kupcu žurilo, platio je kaznu od 300.000 lira (Novi vjesnik, 5. 8. 1992, str 29C). Druga je vijest još bizarnija. Patrolni čamac financijske policije zaustavio je 50 metara od obale iznajmljeni čamac dvosjed, koji se pokreće nogama, tzv. pedalino, u kojem su se samo u kupaćim gaćicama, što je za tu priliku normalno i očekivano, nalazili otac i sin. Budući da priznanicu za iznajmljeni čamac nije mogao pokazati, jer se nalazila na obali, otac je morao platiti 33.000 lira kazne. "Nikakve isprike ni objašnjenja nisu pomogle, jer talijanski su financi poznati po neumojivosti i strogom nadzoru naplate usluga i proizvoda, iz kojih se odvaja i porez u državnu blagajnu. Tako zaboravni kupci ili potrošači, koji na izlasku iz kafića ili dućana nemaju račun, a iznenadi ih financijska policija, mogu platiti kaznu i do 300.000 lira. Ili, u protivnom, završiti u zatvoru. Optužba će glasiti da su pokušali izbjeći platiti porez." (Novi Vjesnik, 11. 8. 1992, str. 21A).

Taj je oblik prethodne kontrole veoma drastičan, ali, nadajmo se, i djelotvoran.

Destimuliranje građana da se koriste uslugama nadriobrtnika, priznavanjem poreznih olakšica pri plaćanju poreza na ukupni prihod građana, koji se plaća kod nas u Hrvatskoj, uz predočenje valjanog računa, mogla bi biti jedna od mjera za povećanje prihoda budžeta, ali i za spriječavanje izbjegavanja plaćanja poreza. Njome bi se građani poticali na korištenje usluga obrtnika, dakle poreznih obveznika, što nadriobrtnici nisu. Obrtnicima bi se time povećao dohodak pa i porezna osnovica, a istovremeno bi im se onemogućila utaja, jer bi građani, u svom interesu, zahtijevali ispravne račune.¹⁷

¹⁷ HORVAT, L. *Smanjenjem obujma sive ekonomije do većih javnih prihoda*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 4 5/1991. str.452.

Sve te mjere imaju za cilj spriječiti poreznog obveznika da zakonito ili nezakonito izbjegne plaćanje poreza odnosno javnih davanja uopće.

Dogodi li se da te mjere nisu dale očekivane rezultate i da porezni obveznik ipak izbjegne plaćanje poreza, povređujući pri tome fiskalne i kaznene propise, čime je izvršio djelo porezne utaje koje je kvalificirano kao kazneno djelo, državi ne preostaje drugo do primijeniti represivne mjere. To se, naravno, odnosi samo na one porezne obveznike koji su otkriveni. Takvih je, čini se, veoma malo. Prema podacima Republičkog zavoda za statistiku Republike Hrvatske za to su djelo u godini 1989. na cijelom području Hrvatske bile optužene 74 osobe. Od toga je u 30 slučajeva postupak obustavljen, što čini 41% svih optuženih. U 17 slučajeva ili 23%, donesena je odbijajuća presuda, u 15 slučajeva ili 20%, donesena je oslobađajuća presuda, a samo u 12 slučajeva ili svega 16% od ukupnog broja optuženih osoba, donesena je osuđujuća presuda. (Izvor: Republički zavod za statistiku Republike Hrvatske, Pregled optuženih punoljetnih osoba prema krivičnom djelu i vrsti odluke za godinu 1989).

Porezna se utaja, vjerojatno s obzirom na naziv, dovodi u vezu s kaznenim djelom utaje i smatra se njegovim specifičnim oblikom.

Utaja je prisvajanje povjerene tuđe pokretne stvari sa svrhom da počinitelj sebi ili drugome pribavi protupravnu imovinsku korist. Tim se djelom, kao uostalom i svim drugim kaznenim djelima, povređuju ne samo pravne nego i moralne norme. Dok za povredu pravnih normi država prema počinitelju primjenjuje propisane sankcije, povreda moralnih normi, osim eventualno grižnje savjesti, izaziva osudu društva. Osuda društva je kod utaje utoliko veća što ne dovodi samo do gubitka materijalnih dobara oštećenog, nego, osobito, što predstavlja zloupotrebu ljudskog povjerenja.

Porezna utaja ili "utaja poreza ili doprinosa", kako to djelo naziva hrvatski zakonodavac, jest neplaćanje dužnog poreza ili doprinosa i time njihovo prisvajanje, tako da se ne prijavljuju zakonito stečeni prihodi ili druge činjenice koje su od utjecaja za utvrđivanje iznosa tih obveza ili se o tim приходima i drugim relevantnim činjenicama daju neistiniti podaci.

Iz opisa ovih dvaju djela vidi se da između utaje i porezne utaje ima znatnih razlika. Kod utaje poreza stvar se ne povjerava drugome, pa je zloupotreba povjerenja, u najboljem slučaju, posredna, jer država očekuje da će obveznik istinito i potpuno prijaviti svoje prihode i ostale činjenice, da bi se točno mogao utvrditi stvarni iznos njegove obveze, a on to ne čini, premda je dužan.

"Međutim, koliko god postoje sličnosti između krivičnog djela utaje i porezne utaje te krivičnog djela prevare i porezne utaje, ne može se

prihvatiti stanovište da je krivično djelo porezne utaje u stvari modificirana utaja."¹⁸

To zbog toga što kod kaznenog djela porezne utaje nedostaju neki bitni elementi utaje. Kod porezne se utaje, naime, ne radi o stvari koja je povjerena drugom, niti se radi o prisvajanju tuđe stvari. Prihodi ili njihov dio koje porezni obveznik nije prijavio, a bio je dužan, a u tomu je sadržan i dio koji se odnosi na porez ili doprinos, nije vlasništvo države i nije mu bio povjeren.

Iako se u oba ova slučaja radi o protupravnom djelovanju, jednom na štetu države, a drugi put na štetu ostalih osoba, fizičkih i pravnih, zanimljivo je da javnost nema jednaki odnos prema počiniteljima tih djela. Za počinitelje kaznenog djela porezne utaje javnost je sklona pokazati više razumijevanja, iako ipak ne jednako za sve.

To potvrđuje istraživanje koje je u Njemačkoj godine 1963. proveo Institut za empirijsku socijalnu ekonomiju uz pomoć Instituta za socijalna i istraživanja javnog mnijenja.¹⁹ Reprezentativni uzorak ispitanika s čitavog područja SR Njemačke u tadašnjim granicama, bio je sastavljen od tvorničara, obrtnika, veletrgovaca, trgovaca na malo, gostioničara, prijevoznika, slobodnih profesija, kao što su liječnici, odvjetnici, porezni savjetnici, arhitekti, zatim namještenika i ostalih.

Tim se istraživanjem željelo ispitati kako najširi slojevi pučanstva, među kojima je najveći dio bez posebnog pravnog obrazovanja, reagiraju na kazneno djelo porezne utaje sa stajališta morala odnosno povrede moralnih, a ne kaznenih normi.

Da bi se to utvrdilo, ispitanicima je predloženo sedam slučajeva utaje poreza različite težine, s molbom da svaki od tih slučajeva ocijene ocjenom od -3 do +3. Ocjenom -3 ocjenjuje se počinitelj djela za kojega ispitanici "nemaju nikakvog razumijevanja odnosno ne mogu naći nikakvog opravdanja". Ocjenom +3 ispitanici izražavaju svoje "puno razumijevanje" za počinitelja.

To su bili ovi slučajevi:

1. Osoba "H" prepravlja porezne knjige i namjerno premješta zarez (npr. zarez stavlja tako da cifra iznosi 10,10 umjesto 101,0) i na taj način smanjuje prihode za oko 10.000 DEM.

2. Osoba "O" koristi službeni telefon u 50% slučajeva za privatne razgovore, ali čitav telefonski račun knjiži kao trošak poslovnih razgovora.

¹⁸ DEREK, B. *Kaznena odgovornost za povrede poreznih propisa*, Zagreb, 1984. str.92

¹⁹ SCHIMÖLDERS, G. *Einführung in die Geld und Finanzpsychologie*, Darmstadt, 1975. str.125.

3. Osoba "M" je u svoje poslovne prostorije i u svoj stan stavila nove zastore, ali je čitav trošak prikazala kao trošak poslovanja.

4. Osoba "F" je iz Mainza otputovala u Hamburg na pet dana da bi posjetila svoje rođake. Odsjela je u hotelu, častila svoje rođake u restauracijama, telefonirala dobavljačima, a sve troškove stavila kao putne da bi smanjila porez.

5. Osoba "A" ostvaruje prihode iz dopunskog rada (predavanja, vještačenja, davanje stručnih savjeta) u iznosu od oko 10% godišnjeg dohotka. U poreznoj prijavi taj iznos, međutim, nije iskazan.

6. Osoba "V" ima automehaničarsku radionicu. Ako mušterija kod preuzimanja automobila na popravak izjavi da ne želi račun i plaća u gotovom, cijena je niža, a prihod se ne upisuje u knjigu i time ušteduje na porezu.

7. Doktor medicine "O" ima dvije kartoteke svojih pacijenata. Honorare koje naplaćuje odmah u gotovom upisuje u privatnu kartoteku i ne iskazuje ih u poreznoj prijavi.²⁰

Iako izgledaju bezazleno, svi su ti slučajevi kaznena djela porezne utaje.

Ljudi koji jednako ozbiljno shvaćaju sve svoje obveze bez obzira na to jesu li one privatne, poslovne ili porezne, morali bi za sva ta djela dati ocjenu -3, što znači da nemaju apsolutno nikakvog razumijevanja za ta djela ni za njihove počinitelje. Među ispitanicima je takvih bilo 25%. Drugu krajnost predstavlja 5% ispitanika koji za sve navedene slučajeve imaju puno razumijevanje, dakle ocjena +3. To znači da samo 1/4 ispitanika ne odobrava neispravno vođenje knjiga ili druge načine umanjanja ili izbjegavanja porezne obveze.

Najveći broj ispitanika, njih 70%, je stupnjevao svoju moralnu osudu u skladu sa svojim kriterijima težine pojedinog primjera. Za slučaj prepravljanja poreznih knjiga i premještanja zarez, (1), 67% ispitanika uopće nema razumijevanja, daljih 6% se tome također protivi, ali s manje ili više razumijevanja, 20% ispitanika je samo kritično prema tom postupku, a svega 6% je indiferentno, ali ga nitko ne odobrava.

Iako u karakteru porezne utaje između automehaničara "V" (6) i liječnika "O" (7) nema razlike, i svi ispitanici njihove potupke moralno osuđuju, za liječnika ipak imaju manje razumijevanja, jer su od njega očekivali mnogo pošteniji odnos prema državi i porezu nego od običnog automehaničara.

²⁰ SCHMÖLDERS, op. cit. str.125 126.

Blažu moralnu osudu ispitanici su izrekli osobama "M" (3) i "F" (4). Ipak, oko 33% "nema razumijevanja", oko 23% također ne prihvaća takvo ponašanje ali to osuđuje blago, oko 15% ispitanika je indiferentno, a oko 25% pokazuje izrazitu simpatiju.

U slučajevima upotrebe telefona za privatne razgovore (2) i neprijavlivanja prihoda od dopunskog rada (5), ispitanici su počiniteljima izrekli relativno najblažu moralnu osudu. Oko 33% za takva djela ima više ili manje razumijevanja, između 35% i 40% imaju blago razumijevanje ili su indferentni, a samo oko 25% za to nema razumijevanja. Ispitanici ove delikte očito smatraju oprostivim. Razloge tome valja tražiti u teškoći razgraničenja poslovnih i privatnih razgovora, a osim toga vođenje evidencije o svakom telefonskom razgovoru je i teško provedivo. Možda bi se opredjeljenje ispitanika moglo protumačiti i očekivanjem da bi fiskus u takvim slučajevima morao biti šire ruke, po načelu "*in dubio pro reo*".

Relativno dobrohotan odnos prema neprijavlivanju dopunskog rada treba tražiti u negativnom stajalištu prema zahtjevu fiskusa da zahvati i one prihode koji su ostvareni u slobodno vrijeme. Takvo nešto se od strane države smatra "fiskalnim sitničarenjem"²¹

Iako ispitanici nisu bili jedinstveni u moralnoj osudi svakoga od navednih poreznih delikata, a pojedine delikte su i različito ocjenjivali, ipak se iz rezultata ovoga istraživanja može zaključiti da njih oko 3/4 te delikte smatra blažim nego zakonodavac. "Vrijedi li ta velikodušnost i za ostale delikvente?" pita se G. Schmolders.²²

Očito je da ne vrijedi, jer građani beziznimno oštro osuđuju počinitelje kaznenih djela ubojstva, krađa, razbojništva, ucjena itd., dok, kao što se vidi iz rezultata spomenutog ispitivanja, nisu spremni jednako osuditi počinitelja kaznenog djela porezne utaje. Prema tome, "porezni je moral neke osobe rangiran daleko iza njezinog »privatnog« morala. To ima odraza i u kaznenom pravu, jer djelo porezne utaje nije opisano u poglavlju u kojem se nalazi utaja, a i kazne su za poreznu utaju blaže. Prema javnom mnijenju, djela porezne utaje su zapravo »kavalirski« delikti."²³

Zaista, u Krivičnom zakonu Republike Hrvatske, djelo utaje poreza ili doprinosa (čl. 119) opisano je u Glavi XII. Krivična djela protiv privrede, zajedno s djelima nesavjesnog poslovanja u privredi, oštećenja vjerovnika, zaključenja štetnog ugovora, obmanjivanje kupaca, pogodovanje kupaca, nedopuštene trgovine, nedopuštenog lova i ribolova itd. Kazneno

²¹ SCHMÖLDERS, op. cit. str.128.

²² loc. cit.

²³ ANDREAE i MAUSER, op. cit. str.68.

djelo utaje (čl. 134) opisano je u Glavi XIII. Krivična djela protiv društvene i privatne imovine, zajedno s krađom, teškom krađom, razbojništvom, prevarom, iznudom, ucjenom itd., dakle mnogo težim djelima.

Na neki se način porezna utaja jedno vrijeme i na području Hrvatske smatrala »kavalirski« deliktom. U Krivičnom zakoniku od godine 1951. bivše SFR Jugoslavije, koji se primjenjivao na čitavu njenu području, pa time i na području Hrvatske, za djelo porezne utaje opisano u čl. 235. kao djelo davanja lažnih podataka u pogledu poreza, počinitelju je mogla biti izrečena maksimalna kazna zatvora u trajanju od tri godine. Počinitelj kaznenog djela utaje (čl. 254) mogao je, međutim biti kažnjen maksimalno s pet godina zatvora odnosno s pet godina strogog zatvora, ako se radi o staratelju.

Međutim, već od 1. 8. 1962. godine, kada je izmijenjen čl. 235. KZ, porezna je utaja prestala biti »kavalirski« delikt, jer je maksimalna kazna znatno povećana i iznosila je deset godina strogog zatvora. U Krivičnom zakonu Republike Hrvatske za poreznu je utaju zadržana kazna od deset godina, a za kazneno djelo utaje maksimalna je kazna osam godina.

No ne smije se zaboraviti ne samo da porezno opterećenje, nego i državna prisila moraju imati svoje granice. Svjedoci smo da preveliko porezno opterećenje zaustavlja gospodarski razvitak. Osobito to vrijedi za obrtništvo koje u pojedinim strukama već zamire. Isto su tako nepravedne "visoke kazne za evaziju po mišljenju mnogih", ističe Hagedorn.²⁴ Zbog toga je za sprečavanje porezne evazije, osim kažnjavanja, jednako tako važna "subjektivna vjerojatnost počinitelja da će biti otkriven"²⁵, tj. dobra prethodna porezna kontrola. Istina, dobra je kontrola obično skupa kontrola. Međutim, unatoč tome, nju je potrebno intenzivirati tako dugo dok su koristi veće od troškova. Kod primjene kazne, kao represivne mjere, kao i kod kontrole poreznog obveznika, kao preventivne mjere, uvijek valja voditi računa o njegovoj poreznoj prošlosti. Djelotvornost kaznene politike i kontrole ogleđa se u pozitivnim reakcijama poreznih obveznika, tj. u smanjenju izbjegavanja javnih davanja.

VII.

Izbjegavanje plaćanja poreza fenomen je vjerojatno star kao i sam porez. Borba protiv njega je stalna. U njoj nema pobijeđenih, ali ni

²⁴ HAGEDORN, op. cit. str.188.

²⁵ PETERSEN H. G. *Finanzwissenschaft I*, 2. Auflage, Stuttgart, 1990. str.264.

pobjednika. To državu ipak ne smije obeshrabriti u nastojanju da otkloni uzroke izbjegavanja. Ti su uzroci objektivni i subjektivni, a leže u državi, njenom zakonodavstvu, poreznoj administraciji, ali i u poreznim obveznicima.

S obzirom na to da posljedice izbjegavanja snosi država ili bolje, čitava društvena zajednica u državi, jer evazija je, na neki način, potkradanje društva, isključiva je zadaća države kao predstavnika toga društva da te uzroke ukloni ili svede na najmanju moguću mjeru.

Uklanjanje objektivnih uzroka, zadaća je zakonodavca, Vlade, Ministarstva financija i službi društvenih prihoda, a sastoji se u donošenju razumljivih i jasnih, ali cjelovitih poreznih zakona i drugih propisa koji nijedno pitanje ne ostavljaju otvorenim ili nejasnim.

Iz istih razloga valja raditi na tome da se službe društvenih prihoda, ako to već nisu, što prije opreme suvremenom informatičkom opremom, da se popune ljudima odgovarajućeg obrazovanja koji će znati i htjeti raditi, koji će u porezne obveznike imati povjerenja, dok se ne uvjere u protivno, koji će im znati i htjeti savjetovati kako da u okviru zakona ne plate više poreza nego što su dužni, ali koji će, isto tako, znati i htjeti stati na put svakom pokušaju evazije. Jednom riječju, porezni obveznici moraju steći uvjerenje da su djelatnici u službi društvenih prihoda profesionalci koji rade korektno, koji uvijek primjenjuju zakon i to prema svakome jednako, koji ih ne smatraju državnim neprijateljima i lopovima i koji nisu zato tu da ih pljačkaju za račun države. Kada porezni obveznik zna da mu je porezna obveza utvrđena objektivno, isto kao i drugima, da porez plaćaju svi, i on će se mnogo lakše odlučiti da ga plati.

Otklanjanje subjektivnih uzroka izbjegavanja javnih davanja također je zadaća države. Za to joj stoje na raspolaganju preventivne i represivne mjere. Težište mora biti na preventivnim mjerama koje se ne trebaju iscrpljivati samo u poreznoj kontroli. Tijekom odgojnog i obrazovnog procesa potrebno je kod djece i mladeži razvijati osjećaj pripadnosti zajednici, osjećaj dužnosti prema njoj. Taj će se osjećaj, kada za to dođe vrijeme, manifestirati u prihvaćanju s razumijevanjem obveze izdvajanja jednog dijela novčanih sredstava za financiranje mnogobrojnih funkcija države, od kojih imaju posredne i neposredne koristi svi članovi društva. Mora se nastojati stvoriti takva atmosfera da obveza plaćanja poreza postane pitanje časti.

Ipak, ne treba zanemariti ni kontrolu. U tu bi svrhu valjalo što prije osnovati financijsku policiju koja bi svoj posao trebala obavljati po uzoru na talijansku. Uostalom, Hrvatsku i Italiju spaja isto more. Osim fizičkim, ta bi policija posebnu pažnju morala obratiti pravnim osobama.

Poduzeća će, naime, u veoma kratkom roku, nakon uvođenja mira u Hrvatskoj, višestruko razgranati svoju djelatnost ne samo unutar zemlje nego i u inozemstvu, što će im omogućavati prikrivanje prihoda i na taj način izbjegavanje javnih davanja.

Kontrola mora biti organizirana i provedena tako da se kod poreznog obveznika stvori uvjerenje da dolaskom kontrole ništa što je prikriveno nema ni najmanje izgleda da ostane neotkriveno. Ne treba ni naglašavati da osobe koje obavljaju kontrolu moraju biti vrhunski stručne, korektne i nepotkupljive.

I, na kraju, represija. Država u dispoziciji određenih pravnih normi nameće pojedincima određeno ponašanje i očekuje da ono bude prihvaćeno i poštovano. To vrijedi i za pravnu normu u čl. 119. KZ. U dispoziciji toga člana zahtijeva se od pojedinca (nameće mu se određeno ponašanje) da prijavi, ako je to dužan, i da dade istinite podatke o zakonito stečenim prihodima odnosno predmetima ili drugim činjenicama koje su od utjecaja za utvrđivanje obveze plaćanja poreza, doprinosa socijalnog osiguranja ili drugih propisanih doprinosa u iznosu većem od petstotisuća HRD. Tko to ne učini, u namjeri da potpuno ili djelomično, izbjegne ta javna davanja, povređuje navedenu dispoziciju i na njega se primjenjuje sankcija. Ta je sankcija do tri godine zatvora i novčana kazna, a ako je iznos utajene obveze veći od dva milijuna i petstotina tisuća HRD, minimalna sankcija je jedna godina, a maksimalna deset godina zatvora.

Te sankcije ne bi trebalo pooštravati, ali ni ublažavati. Možda bi se trebali korigirati na niže granični iznosi utajenog javnog davanja nakon kojih se izriče sankcija, jer su postojeći propisani u druga vremena. Isto tako, valjalo bi razmotriti mogućnost uvođenja i samo novčane kao glavne kazne. Pri tome bi se kao mjera sigurnosti, osobito u povratu, redovito trebala izricati i zabrana obavljanja djelatnosti (čl. 66. KZ SFRJ preuzetog Zakonom o preuzimanju Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, Narodne novine, br. 53/1991).

Ta lepeza mjera od odgojnih s kojima valja početi u školskoj dobi do represivnih, uvijek primjerenih slučaju, primjenjivanih znalački, sustavno i dosljedno, morala bi nakon određenog vremena, smanjiti izbjegavanje javnih davanja. O visini na taj način izgubljenih prihoda nema podataka, ali ona očito nije mala. Hrvatskoj je taj novac itekako potreban, a pravi bi uspjeh bio njegova naplata milom, a ne silom.

LITERATURA:

1. ALLIX, Edgar, *Traité élémentaire de science Financière et du législation française*, cinquième éd. Paris, 1927.
2. ANDREAE, C.A. i MAUSER, Rottraud, *Finanztheorie*, Stuttgart, 1969.
3. BECKER, Henning, *Finanzwissenschaftliche Steuerlehre*, Munchen, 1990.
4. ĐEREK, Božidar, *Kaznena odgovornost za povrede poreznih propisa*, Zagreb, 1984.
5. GERLOFF, Wilhelm, *Steuerwirtschaftslehre*, u "Handbuch der Finanzwissenschaft", Tübingen, 1956.
6. HAGEDORN, Rolf, *Steuerhinterziehung und Finanzpolitik*, Frankfurt am Main, 1991.
7. HANSMEYER, Karl Heinrich i Mackenscheidt Klaus, *Finanzpsychologie*, Handbuch der Finanzwissenschaft, III. izdanje, Tübingen, 1976.
8. HORVAT, Ladislav, *Smanjenjem obujma sive ekonomije do većih javnih prihoda*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 4-5/1991.
9. JELČIĆ, Božidar, *Evazija poreza*, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, br. 4/1965.
10. JELČIĆ, Božidar, *Nauka o financijama i financijsko pravo*, Zagreb, 1983.
11. LUDWIG, Johannes, *Steuern ohne Ende*, Frankfurt am Main, 1991.
12. PETERSEN, Hans Georg, *Finanzwissenschaft I, 2, Auflage*, Stuttgart 1990.
13. PETROVIĆ, Mileva, *Izbjegavanje plaćanja poreza (evazija)*, *Finansije*, br. 1-2/1989.
14. PETROVIĆ, Mileva, *Izbjegavanje plaćanja poreza u međunarodnim ekonomskim odnosima*, *Međunarodni problemi*, br. 4/1989.
15. RADLER, J. Albert, *Steuererhebung und Steuerwirklichkeit in Japan*, *Der Betrieb*, *Wochenschrift für Betriebswirtschaft*, *Steuerrecht*, *Wirtschaftrecht*, *Arbeitsrecht*, Heft 34-35, Dusseldorf-Frankfurt, 1987.
16. SCHMÖLDERS, Günter, *Finanzpolitik*, Berlin, Heidelberg, New York, 1965.
17. SCHMÖLDERS, Günter, *Einführung in die Geld- und Finanzpsychologie*, Darmstadt, 1975.

Summary

THE EVASION OF PUBLIC PAYMENTS

This article deals with the phenomenon of the evasion of public payments - tax payments and other compulsory payments. This obligation is first of all a legal issue and in the second place a moral one. The reasons for the evasion may be objective and subjective. The article deals with the legal and moral aspect of the evasion and the analysis of its causes. Objective reasons are outside the tax-payer (tax regulations, tax policy, tax collection service organization, political and economic situation of the country), while subjective ones are manifested in the tax-payer's mentality and morality. To achieve the principle of fairness in taxing, the state should fight both groups of causes. For that purpose it has preventive and repressive measures. The author is of the opinion that preventive measures are more important but that repressive ones should not be neglected either.

PRAVO ZAŠTITE POTROŠAČA - ZASEBNA GRANA NOVOG PRAVNOG SUSTAVA HRVATSKE

Dr. DRAGUTIN LEDIĆ, izv. prof.
Pravni fakultet u Rijeci

UDK 339.4007:347.71(497.13)
Izvorni znanstveni rad
Ur.: 25.11.1992.

Nužnost izgradnje i oblikovanja novog pravnog sustava Republike Hrvatske, po ocjeni autora, prilika je da se potrošaču i njegovoj zaštiti posveti što je moguće veća pozornost. Da bi svoje prijedloge i zalaganja u tom pravcu što bolje objasnio, pristupio je najprije prikazu stanja u pozitivnome domaćem pravu, opisujući kakva se rješenja tu susreću, barem u onim postojećim zakonima koji najizravnije govore o zaštiti potrošača.

Istovremeno je prikazao stanje u poredbenom pravu, najvećim dijelom ukazujući na stanje u razvijenim europskim državama i Europskoj zajednici gdje je u tom pogledu ostvarena zavidna razina zaštite potrošača pa se u mnogim zemljama i u okviru EZ već govori o postojanju zasebne grane prava - prava zaštite potrošača (Verbraucherschutzrecht, Consumer Protection Law, Droit de la consommation). Težište je u tako ostvarenoj zaštiti potrošača na zaštiti od nepoštenih reklame, nepoštenih uvjeta poslovanja, na polju potrošačkih kredita, prodaji po kućama, posebnoj izobrazbi te na ispunjenju zahtjeva pojedinih potrošača (individualaca). U svome sažetom i pragmatičnom pregledu stanja u poredbenom pravu osvrnuo se i na zaštitu potrošača SAD, gdje je kolijevka organizirane zaštite potrošača u svijetu ili računajući od posljednjih desetljeća prošlog, XIX stoljeće., ili od vremena upućivanja poruke pok. američkog predsjednika J. F. Kennedya Kongresu USA.

U svojim konačnim prijedlozima, autor, poučen ranijom praksom u nas, upozorava na potrebu temeljitog i kvalitativno novog pristupa u

oblikovanju prava zaštite potrošača u domaćem pravu po ugledu prije svega na zemlje kontinentalnog prava, kojem pravu svakako pripada i pravo Republike Hrvatske. Kako je posve realno očekivati prijem Republike Hrvatske u članstvo EZ, nema potrebe cjelokupnu materiju regulirati nacionalnim pravom, s obzirom da je u okviru te Zajednice razvijena praksa stvaranja prava Zajednice koje ima izravnu primjenu u zemljama-članicama, a u slučaju suprotstavljanja pravo Zajednice ima očitu prednost.

UVOD

Sadašnji trenutak državno-pravnog razvitka Republike Hrvatske višestruko koincidira s potrebom da se potrošaču i njegovoj zaštiti posveti što je moguće veća pozornost. Tu je, prije svega, nužnost izgradnje posve novog pravnog sustava Republike, utemeljenog, s jedne strane na propisima i pravilima što se i ubuduće mogu preuzeti i primjenjivati, a rezultat su, kako vlastite republičke zakonodavne djelatnosti u prošlosti, tako i onoga što se takvim može označiti, a stvoreno je u okviru nadležnosti zakonodavnih organa sada već bivše jugoslavenske države. S druge strane, dostignuća suvremenog svijeta, u prvom redu europskih zemalja praksa kojih predstavlja određenu zvijezdu vodilju, općenito promatrana, a u domeni zaštite potrošača osobito, mjerila su, kriterij i polazište, koji označuju suvišnim povratak na stanje i prilike u kojima su te i takve zemlje bile prije nego što smo našim pokusima *à la* "udruživanje rada i sredstava", "socijalističko samoupravno društvo" i sl. napustili autohtoni i njima bliski način života i razmišljanja. Iako bi se mogli navesti i mnogi drugi razlozi koji govore u prilog izgradnje suvremenog pravnog sustava Republike Hrvatske te zaštite potrošača kao ozbiljnog segmenta tog sustava, valja, na kraju, imati na umu 30. obljetnicu postojanja organiziranog pokreta zaštite potrošača u svijetu. To vezuje uz 15. ožujka 1962. godine, kada je tadašnji američki predsjednik John F. Kennedy uputio posebnu poruku Kongresu USA.¹ Upravo to je okolnost više da se suverena samostalna i demokratska Republika Hrvatska pridruži velikom broju zemalja s izuzetno razrađenim i efikasnim instrumentarijem normi, ustanova i djelatnika na polju zaštite potrošača, dapače i na određeni način osamostaljene grane prava - prava zaštite potrošača.²

¹ Radi se o "Special Message to the Congress on Protection the Consumer Interest", March 15, 1962.

² Tako se u njemačkoj i austrijskoj pravnoj znanosti i praksi govori o "Verbraucherschutzrecht" ili "Konsumentenschutzrecht". Vidi von HIPPEL, E. Verbraucherschutz in

Neka u tome pravcu ovdje iznesena mišljenja stajališta i prijedlozi autora budu skroman prilog analizi postojećeg stanja te osmišljavanju i oblikovanju sutrašnjice položaja i zaštite potrošača u nas.

1. SADAŠNJA POZITIVNOPRAVNA RJEŠENJA U DOMAĆEM PRAVU

1. U pravilu, ustavnopravne odredbe se ne primijenjuju izravno u svakodnevnom životu. Činjenica je, međutim, da Ustav Republike Hrvatske (NN br.56/90) niti jednom svojom odredbom ne spominje, niti potrošača, niti njegovu zaštitu. Naravno ako se u sklopu temeljnih sloboda i prava čovjeka i građanina ne izvede, logičan i ispravan zaključak da najvišim vrednotama ustavnog poretka Republike Hrvatske pripada i zaštita potrošača. Doduše, nepostojanje izričite ustavnopravne norme o zaštiti potrošača može se pravdati i tumačiti na razne načine, ovisno o tome kakav se opseg i kakvo djelovanje ima tražiti i očekivati od temeljnog pravnog akta jedne države. Nedavna prošlost i ustavnopravna djelatnost značile su ono opredjeljenje po komu se u ustavu imaju naći pozitivnopravne odredbe o gotovo svim dijelovima političkog, gospodarskog i svekolikog života u jednoj državnoj tvorevini. Ne treba nimalo dvojiti da su takvi ustavni tekstovi preglomazni, nepregledni, a zbog čestih i nesustavnih izmjena i dopuna teško primjenjivi. Zagovaratelji opširnih i detaljima opterećenih ustavnih odredbi, očito je, bili bi nesretni i nezadovoljni "propustom" ustavotvorca kao što je nepostojanje izričite odredbe o zaštiti potrošača, ali i drugih odredbi koje bi isto tako rado vidjeli u Ustavu Republike Hrvatske. Autor ovih redaka zasigurno ne pripada naprijed označenim "nesretnicima" odnosno "nezadovoljnicima", jer godinama uporno zagovara kratak, sažet i pregledan sadržaj ustavnog akta, primjerice kakvi su ustavi USA i Njemačke. Zbog toga i ne smatra nikakvim propustom činjenicu da u Ustavu Republike Hrvatske nema spomena o zaštiti potrošača. I kada je riječ o usporedbi nije zгорега istaknuti da jednako kao u USA, Njemačkoj, ali i u drugim zemljama gdje zaštita potrošača nije postala "ustavnopravna kategorija", vrlo uspješna zakonska regulativa, poslovna

Europa, RabelsZ 45. Jahrgang 1981, Heft 1-2; WELSER, R. *Die Beschränkungen der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft*, Juristische Blätter, 102 Jahrgang, Heft 1/2 i 3/4; To isto za švedsko pravo BERNITZ, U. *La protection des consommateurs en Suède et dans les pays nordiques*. Revue international de droit comparé, 3/1974. U francuskom se pravu govori o "droit de la consommation" (CAS-FERRIER, *Traité de droit de la consommation*, 1986. ili SONENBERGER, H.J. *Das französische Recht der AGB (conditiones générales)*. RIW 36 Jahrgang, 3/1990, dok se za englesko govorno područje više-manje uvriježio izraz "Consumer Protection Law". Vidi EVANS, A.C. *European Consumer Protection Law*, The Journal of Business Law, 1981, January i isto WEICK, G. *Unfair Contract Terms Act und AGB-Gesetz*, ZHR 145, Band 1, Februar 1981.

praksa te sudska i ina zaštita funkcioniraju gotovo besprijekorno *in favorem* potrošača. Na ovome mjestu valja istaknuti i to da Rimski ugovori zajedno s Jedinstvenim europskim aktom tek marginalno govore o potrošačima.³ To nije bila nikakva smetnja da u okviru Europske zajednice, kao gljive poslije kiše, u posljednja dva desetljeća naraste veliki broj dekreta i drugih normi, računajući tu i Europsku povelju o zaštiti potrošača (*Verbraucherschutz-Charta, Consumer Protection Charter*). Rezultat je takvih djelatnosti pored ostalog, i prisutnost stalnog savjetodavnog komiteta za potrošače (*Consumer's Consultative Committee, Verbraucherausschuss*) u kome se nalaze stručnjaci i predstavnici različitih struka i oblasti djelovanja.

O utjecaju dokumenata EZ na pojedine zemlje-članice te načinu rješavanja eventualnih nesuglasica koje ukazuju na određenu supranacionalnu obojenost propisa EZ u suglasju ili bez toga s ustavnopravnim propisima nekih od tih zemalja bit će kasnije više riječi.

2. Prekretnicu u pravnom reguliranju, još bolje rečeno pravnome sustavu Republike Hrvatske, treba tražiti u zasjedanju Sabora Republike Hrvatske održanom koncem lipnja 1991. godine, kada su temeljem čl.89 Ustava Republike Hrvatske, a u svezi s člankom 6 i 7 Ustavnog zakona za provedbu Ustava, donijeti zakoni o preuzimanju pojedinih saveznih zakona (bivše SFRJ), koji se u Republici Hrvatskoj primijenjuju kao republički zakoni. Najveći dio tih zakona objavljen je u Narodnim novinama br. 53/1991. od 8. listopada 1991. godine, danom objave kojih su i stupili na snagu. Od tog dana, zajedno s republičkim propisima koje je donio Sabor, imamo kakav-takav pravni sustav samostalne Republike Hrvatske.

Autor duguje odmah objašnjenje izraza "kakav-takav pravni sustav". Naime, izlazilo bi izvan okvira ovog rada, prostora i vremena potrebitog za isti rad, objasniti sve primjedbe na ponašanje zakonodavca tj. Sabora Republike Hrvatske prilikom proglašenja doista impozantnog broja zakona koji se u Republici Hrvatskoj imaju primjenjivati kao republički zakoni. Najkraće rečeno zakonodavac je bio "dosljedan u svojoj nedosljednosti" što se najprije očituje o tome da je generalnu klauzulu o neprimjenjivanju saveznih propisa suprotnih Ustavu Republike i zakonu kojim se dotični propisi preuzimaju, najčešće vezao za one savezne propise koji služe za izvršenje saveznih zakona. Drugim riječima, u samim saveznim zakonima ostalo je toliko toga što nije u skladu s Ustavom RH pa i "prisilnim propisima i moralom društva" što je od slučaja do slučaja i posljedica doista kratkoće vremena u kome je sve to trebalo uraditi, ali i toga da se

³ EVANS, A.C. op.cit, str. 77-78.

osjeti (ne)pripremljenost i (ne)snalaženje pojedinih saborskih, stručnih i inih službi u obavljanju ove složene i delikatne zadaće. Uostalom: *errare humanum est*, što ne znači da se ovdje neće ukazati na one radnje i propuste koji su u najbližoj svezi sa materijom o kojoj je riječ tj. sa zaštitom potrošača.

3. U pozitivnom domaćem pravu glede zaštite potrošača valja razlikovati dvije vrste propisa kojima se regulira ta zaštita: jedno su javnopravne odredbe, koje su u pravilu upućene na zaštitu organiziranih potrošača i njihovu organizaciju uopće,⁴ dok su druga privatnopravne prirode tj. bave se ugovornopravnom zaštitom potrošača.

U ovome radu posebnu pozornost zaslužuje ugovornopravna zaštita potrošača u nas, pa će o organizacijskim i drugim pitanjima zaštite potrošača, koja se najvećim dijelom uređuju javnopravnim normama, biti upravo onoliko riječi, koliko je to u svezi s ugovornopravnom zaštitom potrošača, nužno.

Kada je A. Goldštajn daleke 1961. godine pisao o temi "Pravni režim konkurencije, monopola i oligopola",⁵ bilo je moguće ukazati već tada na bogatu zakonodavnu i sudsku praksu u poredbenom pravu, uz konstataciju da bi zbog djela nedopuštene konkurencije "inicijativu za pokretanje postupka trebalo dati većem krugu lica, putem ograničene *actio popularis*..." s tim da "u pogledu lica koja treba zaštititi, čini nam se, da bi na prvo mjesto trebalo staviti potrošača."⁶

Isto tako analizirajući stanje u poredbenom pravu i u nas, J. Barbić je svojevremeno ukazao na određene probleme glede zaštite potrošača sa stajališta građanskog i privrednog (trgovačkog) prava.⁷ U najkraćem, njegov je zaključak bio: domaći potrošač imao je pravo, prema Općim uzancama za promet robom i tada važećem Osnovnom zakonu o prometu robe, za slučaj isporuke robe s nedostacima a) zamjenu isporučene robe (s nedostatkom) za ispravnu; b) odustati od ugovora i c) tražiti otklanjanje nedostataka na robu. S druge strane, pozitivno pravo (čitaj: Osnovni zakon o prometu robe) nije dopuštalo pravo na smanjenje kupovne cijene. Takvo rješenje, međutim, poznavale su Opće uzance za

⁴ To mogu biti savjeti i/ili vijeća potrošača, vijeća korisnika usluga, konferencije potrošača.

⁵ GOLDŠTAJN, A. *Pravni režim konkurencije, monopola i oligopola*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br.1/1961.

⁶ Ibid., str.19

⁷ BARBIĆ, J. *O zaštiti potrošača u građanskom i privrednom pravu*, Naša zakonitost, br.4/1967.

promet robom (uz.154), a to je isto ono rješenje koje se u znatnoj mjeri primjenjivalo već tada u poredbenom pravu.⁸

Za razliku od nekih pravnih pisaca, koji su u okviru jugoslavenskog prava vidjeli "izvanredno brojne norme koje uređuju zaštitu potrošača",⁹ čini se da je ta "zahtjevno posebna knjiga" spala, po mišljenju autora ovog rada,¹⁰ na svega nekoliko slova.

Suglasno stajalištima A. Goldštajna, glede primjene uzanci i trgovačkih običaja, s obzirom na postojanje normi Zakona o obveznim odnosima,¹¹ sada bolje rečeno pravnih pravila spomenutog Zakona,¹² uz pravila tog zakona (ZOO) imaju se primjenjivati kao *lex contractus* i uzance. Kada je riječ o zaštiti potrošača, to će u prvome redu biti posebne uzance u prometu na malo, posebne uzance u ugostiteljstvu i od slučaja do slučaja i neke pojedine uzance iz ostalih posebnih uzanci, sakupljenih i objavljenih u nas.¹³

4. Člankom 2. Zakona o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima propisano je da se odredbe tog zakona primjenjuju u Republici Hrvatskoj "ukoliko su u suglasnosti s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske, ako odredbama ovog Zakona nije drugačije određeno". Mora se priznati da je ovakva zakonska norma priličan izuzetak u odnosu na većinu ostalih zakonskih tekstova kojima se savezni zakoni preuzimaju kao republički zakoni. Naime, u tim se zakonima najčešće bez kritike i izmjena preuzimaju zakonske odredbe, dok se klauzula "ukoliko su u suglasnosti s Ustavom RH i republičkim zakonima" vezuje za "savezne propise donesene za izvršenje zakona."¹⁴ To ima značiti da, u spomenutim slučajevima nema

⁸ Ibid., str.349-350.

⁹ ILEŠIĆ, M. *Pravno varstvo potrošnikov*, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, Letnik XL, Ljubljana 1980.

¹⁰ LEDIĆ, D. *Zaštita potrošača i Zakon o obveznim odnosima*, Zakon o obligacionim odnosima, knjiga o desetogodišnjici, Pravni život, Beograd 1988, Tom I, str.427.

¹¹ GOLDŠTAJN, A. *Prolegomena Zakonu o obveznim odnosima*, u knjizi *Obvezno pravo*, I knjiga, II izd., Informator, Zagreb 1979. str.57 i dalje.

¹² Pravnu normu ovome Zakonu (o obveznim odnosima) sada kao republičkom zakonu sadrži zakon o preuzimanju istog Zakona (NN, 53/1991. str. 15433-1544.)

¹³ S obzirom na pravnu prirodu uzanci, na način njihova sakupljanja i objavljivanja, nije bilo potrebe i mjesta aktima zakonodavnih organa i njih "preuzimati" u pravni sustav RH. One su tu prisutne i djeluju kao *lex contractus*, ukoliko ih se ne isključi. Govoreći o pravnoj prirodi uzanci, prof. Goldštajn ističe da se tu ne radi o normativnoj djelatnosti niti one "stupaju na snagu" iz čega valja izvesti zaključak da ih se, bilo opće ili posebne uzance, nije trebalo proglasiti za pravna pravila odnosno izvore prava. GOLDŠTAJN, A. *Trgovačko ugovorno pravo*. Zagreb 1991, str.159.

¹⁴ Primjerice Zakon o preuzimanju zakona iz oblasti financija, Zakon o preuzimanju Zakona o legalizaciji isprava u međunarodnom prometu, Zakon o preuzimanju Zakona o rješavanju sukoba zakona i nadležnosti u statusnim, porodičnim i nasljednim odnosima, Zakon

nikakvih ograničenja za primjenu integralnog teksta saveznog zakona, što općenito govori o "dosljednoj nedosljednosti" zakonodavca i priličnoj odsutnosti selekcije koju takav posao iziskuje. S obzirom, a to je već ranije istaknuto, na okolnosti, (ne)vrijeme i brzinu u kojima je sve to trebalo uraditi, nedostaci o kojima je riječ moraju se uračunati ili još bolje isključiti prilikom potpunog i konzistentnog oblikovanja novog pravnog sustava Republike Hrvatske.

Ono što već na prvi pogled zbunjuje jest opredjeljenje zakonodavčeve da u Glavi I - Osnovna načela, stavi izvan snage i čl.8 koji ima naslov "Obveze prema građanima kao potrošačima i korisnicima usluga." Ne vidi se valjanog razloga za takav, najblaže rečeno previd zakonodavca, jer je posve jasno i bez pretjerivanja rečeno čak i običnom čovjeku - laiku, da u pomenutoj odredbi, ispravnije rečeno jednome od osnovnih načela, nema ničega što nije u suglasnosti s Ustavom RH i republičkim zakonom. Doduše, u tekstu spornog čl.8 spominju se "osnovne i druge organizacije udruženog rada", ali se, kako to već čini zakonodavac u čl. 7, 10, 13, 16, 18, 19, 21 i 24 Zakona o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, usuglašenje spomenute odredbe moglo ostvariti na istovjetan način.

Kada je riječ o "osnovnom načelu" iz čl.8 Zakona o obveznim odnosima, ta je odredba na svoj način predstavljala jabuku razdora u jugoslavenskoj pravnoj znanosti, glede značenja, mjesta i uloge iste odredbe.¹⁵ Neki su autori¹⁶ nalazili da se radi o propisu upravnog prava, po drugima,¹⁷ zakonodavac je donio takvu odredbu motiviran "humanističkim principom" kako bi se u okviru obveznog prava pružila zaštita sudionicima obvezno-pravnih odnosa, u pravilu, ekonomski slabijoj strani. Čini se da je ipak dotičnu odredbu valjalo tumačiti i prihvatiti isključivo kao obveznopravni propis,¹⁸ jer je i naglasak bio na tome.

Što se tiče ostalih odredbi Zakona o obveznim odnosima, isključivo ili barem posredno namijenjenih zaštiti potrošača, nema nikakvih intervencija osim one u čl.144 gdje se riječi "samoupravne interesne zajednice" i "neke druge organizacije udruženog rada" zamjenjuju s riječima "fonda" i "nekih poduzeća". Članak 144 ZOO zapravo je, svojim najvećim

o preuzimanju Zakona o mjernim jedinicama i mjerilima, Zakon o preuzimanju Zakona o zaštiti izuma, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja i dr.

¹⁵ LEDIĆ, D. op.cit. str. 423.

¹⁶ GOLDŠTAJN, A. *Prolegomena Zakonu o obveznim odnosima*, str.80.

¹⁷ VIZNER, B. *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, knjiga I, Zagreb 1978., str.45-46.

¹⁸ LEDIĆ, D. *Kontrola općih uvjeta poslovanja i zaštita potrošača u ugovorima o prodaji*, Banjaluka 1987, str.86.

dijelom, i namijenjen zaštiti potrošača. Uz intervencije o kojima je gore bilo riječi sukladno čl.16 Zakona o preuzimanju ZOO, ovaj bi članak (144 ZOO) imao glasiti: "Ako su između društveno političke zajednice, fonda, mjesne zajednice odnosno organizacije potrošača i nekih poduzeća koja se bave poslovima prometa robe i usluga na malo utvrđeni opći uvjeti isporuke robe ili obavljanja usluga, ti su uvjeti sastavni dijelovi svih pojedinačnih ugovora koje bi to poduzeće (u ranijem je tekstu stajalo "organizacija" i to zakonodavac nije obuhvatio svojom intervencijom u čl.16 Zakona o preuzimanju ZOO) sklopilo o tim isporukama ili uslugama, ako zakonom nije drugačije određeno."

Ispravno je mišljenje¹⁹ prema kojem se ovakvom odredbom ostvaruje društveni (opći, op.D.L.) utjecaj na sadržaj općih uvjeta poslovanja, dok se tvrdnja o tome da se radi o "donošenju" ili "iznimnoj intervenciji" društveno-političke zajednice, fonda ili organizacije potrošača,²⁰ ne može prihvatiti, jer je očigledno suprotna pojmu obveznog odnosa i odražava neshvaćanje mjesta i uloge istih subjekata u društvu uopće.

Uz odredbu čl.100 Zakona o obveznim odnosima, koja praktično znači pozitivno priznanje načela *in dubio contra stipulatorem*,²¹ time što se djelovanje i domet ovog načela ne ograničuje samo na zaštitu potrošača, Zakona o obveznim odnosima ne sadrži operativne odredbe, koje bi, po uzoru na suvremena rješenja o zaštiti potrošača u poredbenom pravu, daleko efikasnije i sretnije djelovale u pojedinim slučajevima povreda prava i interesa potrošača, bilo da su u pitanju pojedinac ili organizirani potrošači, jer je očigledno da se sistemom dogovaranja i sporazumjevanja od kojega se očekivalo puno, nije dobilo gotovo ništa.²²

Jedno je od konkretnih pitanja, kada se govori o zaštiti potrošača u nas, kako u okviru ugovornog prava zaštititi potrošače od opasnih proizvoda ili onih s nedostatkom. Zakon o obveznim odnosima daje, reklo bi se, i to na više mjesta, odgovor kako potrošač može uspješno i efikasno zaštititi sebe, svoj integritet, prava i interese.²³

¹⁹ KAPOR, V. - CARIĆ, S. *Ugovori robnog prometa*, Beograd 1979, str.35-36.

²⁰ VIZNER, B. op.cit, str.589.

²¹ VILUS, J. *Formularni ugovori*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd 1978, Tom I, str.384.

²² LEDIĆ, D. op.cit. u bilj.18), str. 86-87.

²³ GOLDŠTAJN, A. *Prolegomena Zakonu o obveznim odnosima*, str.78-81, VIZNER, B. op.cit, str. 640 i dalje; VILUS, J. Opšti uslovi formularnih ugovora u Komentaru Zakona o obveznim odnosima, red. BLAGOJEVIĆ, B.T. - KRULJ, V. knj. I, Beograd 1980, str. 366 i dalje osobito na str.384-385 gdje ukazuje na mjesto i ulogu Zakona o obveznim odnosima u zaštiti potrošača.

U čl.478-500 ZOO govori se o odgovornosti za materijalne nedostatke gdje se, nesporno, vrlo uspješno mogu i moraju svrstati slučajevi prodaje opasnih proizvoda i onih s nedostatkom.

Nadalje, u čl.501-507 ZOO, pojavljuje se po prvi put u nas, garancija za ispravno funkcioniranje stvari, i tim se rješenjima naše pozitivno pravo svrstalo u one pravne sustave koji se zbog takvih i sličnih rješenja ističu svojom suvremenosti i naprednim stavovima u odnosu na ostale.²⁴

Što znači ova garancija za kupca? Kod garancije za ispravno funkcioniranje stvari, radi se, uz odgovornost za materijalne nedostatke, koja se vezuje za trenutak isporuke i gdje je nedostatak posljedica uzroka koji je u to vrijeme već postojao, o nečemu sasvim drugom: proizvođač i prodavatelj solidarno garantiraju kupcu određena svojstva za određeno vremensko razdoblje (garancijski rok) i ako se unutar tog roka pojave nedostaci koji sprečavaju ispravno funkcioniranje stvari, u obvezi su stvar popraviti ili umjesto nje predati kupcu stvar koja ispravno funkcionira.

Kupac može zahtijevati popravak ili zamjenu stvari za vrijeme garancijskog roka zbog toga što stvar neispravno funkcionira, bez obzira kada se nedostatak funkcioniranja pojavio. Istovremeno, on ima pravo i na naknadu štete koja se javlja kao posljedica da je bio lišen upotrebe stvari od trenutka traženja popravka ili zamjene do otklanjanja uzroka tome stanju.²⁵

Nepošteni opći uvjeti poslovanja predmet su reguliranja u čl.143 ZOO koji nosi naslov "Ništavost nekih odredbi općih uvjeta". Riječ je o klauzulama općih uvjeta poslovanja pomoću kojih se na neuobičajeni način isključuje i/ili ograničuje odgovornost prodavaoca i drugih korisnika, za slučaj spora predviđa nadležnost "vlastitog" ili srodnog prava za mjerodavno pravo, ugovara nadležnost baš određenog suda ili arbitraže. To su, po riječima J. Vilus, "fino štampane" (*fine printed*) klauzule, najčešće pri kraju teksta, da bi što manje upadale u oči onoga komu se predlaže sklapanje ugovora primjenom takvih općih uvjeta poslovanja.²⁶ Temeljno načelo sadrži stavak 1. čl.143 ZOO: "ništave su one odredbe općih uvjeta poslovanja koje su protivne samoj svrsi (cilju) sklopljenog ugovora, pa i onda kada je takve opće uvjete odobrio nadležni organ". Sud je ovlašten, a to je razrada prednjeg načela u stavku 2, odbiti primjenu pojedinih odredbi općih uvjeta koji lišavaju drugu stranu mogućnosti stavljanja prigovora, ili

²⁴ RADIŠIĆ, J. *Garancija za trajan kvalitet i odgovornost za štetu od stvari sa nedostatkom*, Beograd 1972, str.87 i dalje. S obzirom na vrijeme pisanja ovog djela, autor svrstava jugoslavensko pravo u sustave gdje je u primjeni izvanugovorna odgovornost.

²⁵ LEDIĆ, D. *Kontrola općih uvjeta poslovanja kod ugovora o prodaji*, dokt.disertacija, Banjaluka 1983, str.100-101.

²⁶ VILUS, J. *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Beograd 1976, str.40.

onih kojima se gubi pravo iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili pretjerano stroge prema njoj.

Ima li u odredbama Zakona o obveznim odnosima još mjesta zaštiti potrošača? Na svoj način - da. Autor ovog rada, spreman i na opsežniju i temeljitiju raspravu i sučeljavanje argumenata, ukazuje na odredbe čl.542-551 ZOO, a to su one koje nose naziv "Prodaja s obročnim otplatama cijene" za koje se može kazati da također imaju zadaću zaštititi potrošača i da bi "potrošač i njegova zaštita bili znatno osakaćeni" ako se to ne bi uvažilo.²⁷

Upravo iznesena autorova stajališta bila su u svezi s potrebom dosljednog razlikovanja dva pravna posla: ugovora o (potrošačkom) kreditu i ugovora o prodaji s obročnim otplatama cijene. Izvjesne sličnosti, ali i suštinske razlike, između ta dva pravna posla ne mogu biti, niti smiju biti opravdanje za stavljanje znaka jednakosti između njih. Okolnost da se u oba slučaja radi o pretežitoj primjeni općih uvjeta poslovanja samo su razlog više da ih se, s više ili manje utemeljenosti svrsta u dio prava koji se naziva pravo zaštite potrošača.

5. Odredbe saveznog Zakona o trgovini, koje su integralno preuzete kao republički zakon, temeljem Zakona o preuzimanju saveznih zakona iz područja trgovine, tržišta i cijena, sadrži u čl.10-19 izričite, reklo bi se najizravnije odredbe o zaštiti potrošača. Ali kakvoj?

Uobičajeno je, kada je riječ o zaštiti potrošača, razlikovati pojedina prava odnosno oblike zaštite potrošača po sljedećim grupama:

1. zaštita potrošača od opasnih proizvoda ili onih s nedostatkom (nedostacima);
2. zaštita potrošača od nepoštenih uvjeta poslovanja;
3. zaštita potrošača od nepoštene reklame;
4. zaštita potrošača od previsokih cijena i
5. ostvarivanje pojedinačnih zahtjeva potrošača.²⁸

Zakon o trgovini, sada u funkciji republičkog zakona, govori, po subjektivnoj ocjeni ovog autora, i nedovoljno i površno o ovoj zaštiti iz t.1

²⁷ LEDIĆ, D. *Ugovor o prodaji s obročnim otplatama cijene - posao namijenjen potrošačima i njihovoj zaštiti*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci, XIV/1990, str.45.

²⁸ von HIPPEL, E. *Verbraucherschutz*, Tübingen 1974, str.70, dok REICH, N. - TONNER, K. - WEGWNER, H. *Verbraucher und Recht*, Göttingen 1976, str.26-28, razlikuju zaštitu od prekomjernih cijena, jednostranih povišenja cijena, osiguranje kvalitete i građanskopravnu odgovornost te na individualnu zaštitu potrošača, u okviru koje je i zaštita od općih uvjeta poslovanja; PERNEK, F. *Potrošnik in njegovo varstvo*, Maribor 1986, str.84-122, govori o 5 područja pravne zaštite potrošača, a u nove "smjerove" unutar obveznog prava svrstava još 11 oblika te zaštite.

kao i iz t.2 gore pobrojanih vrsta prava odnosno zaštite potrošača, i to u, više nego skromnoj mjeri. Ostale i ne spominje!

Tako se u čl.10 potrošaču priznaje pravo na zaštitu, a trgovcu, s druge strane, obveza pri prodaji robe na malo uz jednake uvjete (zašto ne "uvjete poslovanja" op.D.L.) na zaštitu. Ovako stilizirana odredba zahtijeva dopunsko tumačenje čemu bi najprikladnija bila uzanca 5/2 Posebnih uzanci o prometu na malo, prema kojoj "trgovinska organizacija dužna je ponašati se u svome poslovanju prema kupcima na jednak i korektan način, bez beneficiranja, diskriminacije ili omalovažavanja bilo koga od njih."

Ako se u čl.12 preciziraju pod ravno 13 točaka obaveze trgovca na malo u prodajnome objektu, a takve iste ili barem slične odredbe susrećemo i u Posebnim uzancama za promet na malo, postavlja se pitanje nije li riječ o dupliciranju takvih normi koje se, u biti uglavnom odnose na trgovca. Da bi potrošaču osigurali korektno i pod jednakim uvjetima ostvarenje njegovih prava i zaštite. S druge strane, norma iz čl.11 ne bi mogla nikako zadovoljiti onaj dio zaštite potrošača u domaćem pravu koji govori o zaštiti od opasnih proizvoda, podrazumijevajući pod njom život i zdravlje potrošača, kao objekt takve zaštite.

Postoji više načina kako zaštititi potrošača od opasnih i/ili proizvoda s nedostacima. To je moguće primjenom normi upravnog (općenito javnog) prava, propisa o nelojalnoj utakmici kao i odredbama ugovornog prava, gdje zasebno mjesto pripada propisima o općim uvjetima poslovanja, ako takvi propisi postoje.²⁹

Riječ je, dakle, o gotovo multidisciplinarnom djelovanju, s tim da će po neki put dovesti do konkurencije propisa i postupaka, a drugi put voditi sinkronizaciji. U svakome slučaju svrha je takve zaštite očuvanje općedruštvenih vrijednosti, u koje, nema sumnje, na prvo mjesto dolazi čovjek, njegovo zdravlje i život.³⁰

I odredba čl.14 Zakona o trgovini, gdje se stavlja u obvezu trgovcu koji prodaje robu s nedostatkom, takvu robu prostorno izdvojiti, na uočljiv način istaknuti oznaku da se radi o prodaji robe s nedostatkom te svaki primjerak robe posebno obilježiti, čisto je "prepisivanje" uzance 49-50 Posebnih uzanci za promet na malo. Moguće je da je zakonodavac

²⁹ Kao što je npr. *AGB-Gesetz* u Njemačkoj, *Unfair Contract Terms Act* u Velikoj Britaniji ili Zakon o zabrani nekorektnih (nepoštenih) klauzula u Švedskoj.

³⁰ Pod nazivom "*Der Schutz des Schwächeren im Recht*" održan je u Institutu Max-Planck u Hamburgu od 7-9. srpnja, 1976. kolokvij uz sudjelovanje brojnih pravnih pisaca i drugih stručnjaka iz mnogih zemalja svijeta. Svi ti radovi objavljeni su u *Rabelsz 40. Jahrgang*, 1976, Heft 3-4.

previdio postojanje takve uzance,³¹ ili je, smatrajući istu uzancu kao *lex imperfecta*, htio biti siguran da će takvom odredbom kao i sankcijama iz čl.46 st.1 t.18 "privoljeti" trgovca na ponašanje koje predviđa čl.14 Zakona o trgovini.

Osim prava (ali i obveze!?) potrošača da provjere cijenu, kvalitetu i količinu kupljene robe te da uzmu iz prodajnog objekta iznesu račun za kupljenu robu (ima li za takvu definiciju posla i za jezikoslovce, a ne samo pravne stručnjake!) što se sve nalazi u čl.15/1 Zakona u trgovini, ostali dio poglavlja o zaštiti potrošača, ne zanemarujući potrebu takvih propisa, bavi se ustrojstvom, postupkom i nadležnostima Komisije za zaštitu potrošača, koja bi sada, sukladno Zakonu o preuzimanju saveznih zakona iz područja trgovine, tržišta i..., pored ostalih i Zakona o trgovini kao republičkih zakona, trebala djelovati u okviru Ministarstva trgovine Vlade Republike Hrvatske.

Toliko je, eto, Zakon o trgovini, u vrijeme kada zaštita potrošača u razvijenim zemljama Europe i šire, svojim opsegom, značenjem i zakonodavnom i drugom praksom opravdava termin "pravo zaštite potrošača" našao potrebito za reguliranje te iste zaštite.

6. Nažalost, autor ima i drugih primjedbi na ponašanje zakonodavca u svezi s donošenjem Zakona o trgovini. Neizbježno praveći usporedbu sa stanjem u poredbenom pravu, ne može se opravdati činjenica da je u Zakonu u trgovini mjesto našla i materija koja je, može se slobodno reći, i s praktične, ali i s znanstvene točke gledišta cijunjeno,³² godinama i kvalitetno regulirana u Zakonu o suzbijanju nelojalne utakmice i monopolističkih sporazuma (SL SFRJ 24/74, 72/86 i 58/89). Naime, dok se u pojedinim europskim zemljama o spomenutim odnosima, znači nelojalnoj utakmici, monopolističkim i sličnim nedopuštenim udruživanjima i ponašanjima donose posebni zakoni, uspješno preko posebnih sudskih i drugih organa te odgovarajućih postupaka sve to suzbija, govori i o posebnoj grani prava, mi smo u prilici sada, preuzimajući Zakon o trgovini kao republički zakon, početi iz pravog, pravcatog početka. Pod nazivom "Narušavanje konkurencije" smisao kojeg naziva valjda znaju samo predlagatelji zakona, sadržajno se škrto i u odnosu na izvan snage stavljeni Zakon o suzbijanju nelojalne utakmice i monopolističkih sporazuma, više nego

³¹ Očito je da su autori Zakona o trgovini bili pod utjecajem onih pravnih pisaca koji su, komentirajući Zakon o obveznim odnosima dolazili do zaključka da stupanjem na snagu tog Zakona (1.10.1978. godine) prestaje potreba za uzancama u domaćem pravu.

³² Ovdje valja spomenuti samo neke od brojnih komentara i prikaza Zakona o suzbijanju nelojalne utakmice i monopolističkih sporazuma, kao npr. ZABEL, B. *Nelojalna konkurencija*, Novi Sad 1976; ili TRIFKOVIĆ, M. *Pravo konkurencije*, Sarajevo 1981.

skromno regulira monopolističko djelovanje (čl.21-29), nelojalnu konkurenciju (čl.30-31), špekulaciju (čl.32) te ograničenje tržišta (čl.33-34).

Ne osporavajući posebne značajke ove materije u odnosu na zaštitu potrošača, ovdje je bilo nužno ukazati i kroz ove primjere, svjesni da apsolutnih granica u ponašanjima u životu jednako kao i u propisima nema, čemu su zaštita potrošača, nelojalna utakmica i monopolističko i slično nedopušteno ponašanje itekako prikladan uzor, kako nekada nije dobro propisima kočiti život i praksu. Umjesto da se obratno događa, da nam vlastita i tuđa praksa nude što bolja zakonska rješenja, događa se, za što je Zakon o trgovini školski primjer, da na brzinu i bez velikog promišljanja oblikovani i doneseni zakoni sputavaju život i praksu.

2. ZAŠTITA POTROŠAČA U POREDBENOM PRAVU (kratak i pragmatičan pregled)

7. Utemeljenje određenih kritika i primjedbi na postojeće stanje u zaštiti potrošača u nas (naprijed pod t.1-6), kao i uzimanje prava da se dadu neki prijedlozi za ubuduće, ili još ispravnije rečeno, da se nude rješenja *de lege ferenda* u tome istome, domaćem pravu, čini nužnim ukazati na osnovne značajke zaštite potrošača u poredbenom pravu. U opsegu i prostoru koji služi ideji vodilji ovog rada, inauguraciji prava zaštite potrošača kao zasebne grane pravnog sustava Republike Hrvatske.

Bez obzira ima li se vrijeme organizirane i sustavne zaštite potrošača računati već od ranije spomenute poruke pok. američkog predsjednika Johna F. Kennedyja,³³ ili pak s posljednjim desetljećima XIX stoljeća,³⁴ odnosno od pojave monografije L. Raisera "*Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*", Hamburg 1935,³⁵ ostaje zahvalna konstatacija da se u svijetu na polju zaštite potrošača dogodilo previše dobroga, lijepoga i korisnoga za potrošača - pojedinca ili pak organizirane potrošače. Bilo na nacionalnome, bilo na međunarodnome ili supranacionalnome planu.

³³ Računanje organizirane i sustavne zaštite potrošača od dana podnošenja ove poruke Kongresu USA preraslo je u manifestacije koje se održavaju na 15. ožujka svake godine, označen Danom potrošača.

³⁴ ZABEL, B. *ibid.* str.22-25 vidi već pod konac XIX. st. prve oblike zaštite potrošača i to prije svega u "zabrani prodaje robe koja bi mogla biti štetna po život i zdravlje ljudi."

³⁵ REICH, N. - TONNER, K. - WEGENER, H. *op.cit.*, str.7, a u istome smislu i KOHLEGER, K. *Allgemeine Geschäftsbedingungen, Wettbewerb und Konsumentenschutz*, Brod-FS (1976).

8. Prema ocjeni pojedinih pravnih pisaca,³⁶ proučavanje zaštite potrošača u američkom pravu posljednjih stotinu godina, dovodi do zaključka o tri etape u razvoju te zaštite. Prvo razdoblje traje od posljednjih godina prošloga stoljeća do početka primjene *Uniform Commercial Code* 1962 (UCC 1962), kada se tvrđava načela *caveat emptor* ozbiljno uzdrmla, a njegovo djelovanje i utjecaj prepustilo prošlosti. Zatim slijedi razdoblje primjene *Uniform Commercial Code* i prije svega njegovog načela o nesavjesnosti (*Unconscionability*), uz sve češće pozivanje sudova na javni poredak, kada su za predmet imali zaštitu interesa potrošača.

Treće, posljednje razdoblje, koje još uvijek traje, započelo je stupanjem na snagu zakona o zaštiti potrošača od 27.10.1972. godine (*Consumer Product Safety Act*) te osnivanjem, u duhu zakona, posebne komisije za sigurnost potrošačke robe (*Consumer Product Safety Commission*).³⁷

Cjelovito posmatrajući, američko pravo, zahvaljujući upravo razvitku i kroz razdoblja o kojima je maloprije bilo govora, danas djeluje vrlo efikasno, pravovremeno i nimalo sentimentalno kada je riječ o zaštiti potrošača. To se postiže, kako uz primjenu jednog od najstarijih zakona u borbi protiv kartela, ali i kao značajno sredstvo u zaštiti potrošača,³⁸ *Sherman Antitrust Act-a*, pa do uz već spomenuti *Consumer Product Safety Act* još i primjenom *Consumer Credit Protection Act*, *Consumer Sales Practices Act* i naravno *Uniform Commercial Code* uz koji izravno zaštititi potrošača služi i *Uniform Consumer Credit Code*. Doda li se ovome mogućnost zaštite potrošača i pred Federalnom trgovačkom komisijom, kao i podnošenje tužbi pojedinaca ili pak grupa i udruženja potrošača u najmanje tri vrste zasebnih postupaka: *class action*, *small claims* te *consumer redress*,³⁹ nije teško zaključiti o kakvoj se kvaliteti i razini zaštite potrošača radi u pravu USA.

9. Za francusko pravo, u komu se teorijski najprije došlo do spoznaje o pravnoj prirodi općih uvjeta poslovanja (R. Saleilles, *De la Déclaration de Volonté*, Paris, 1901), dugo je vremena, kada je riječ o zaštiti

³⁶ PATTON, J.R. - BUTLER, B. *The Consumer Product Safety Act*, International Business Lawyer 3/1973. str.725-726.

³⁷ OBER HESS, H. - ARONSTEIN, M.J. - HENCK, C.S. - FRANKE, W.A. *Americhanisches Wirtschaftsrecht*, RIW-Beilage 1/1981 slo-11; isto i PATON, J.R. - BUTLER, B. ibid. str.737-738.

³⁸ REISENFELD, S.A. *Consumer Protection and Antitrust Laws*, Rabelsz 40 Jahrgang 1976 Heft 3-4 str.581-582.

³⁹ SIMITIS, K. *Verbraucherschutz-Schlagwort oder Rechtsprinzip*, Baden-Baden 1976, str.237-257; SCHIRICKER, G. *Wettbewerbliche Aspekte des Verbraucher-schutzes* Rabelsz 40 Jahrgang 1976 Heft 3-4 str.561-564.

potrošača, osnovno načelo te zaštite bila zloupotreba prava.⁴⁰ U međuvremenu provodeći u djelo preporuku ministarskog vijeća EZ od 16.11.1976. godine da se poduzmu efikasne pravne i druge mjere kako bi se poboljšala zaštita potrošača uopće, a posebice u situacijama gdje potrošač ima male ili gotovo nikakve šanse pregovarati o ugovornim odredbama kod općih uvjeta poslovanja, donesen je značajan zakonodavni akt, zakon *Scrivener* od 10.01.1978. godine, odredbe kojega su omogućile "borbu protiv nedozvoljenih klauzula u ugovorima",⁴¹ jer je taj zakon u funkciji zaštite i obavještanja potrošača. Čitav niz zakona i drugih podzakonskih akata namijenjenih izravno ili posredno zaštititi potrošača, kontroli općih uvjeta poslovanja posebno, kao što su primjerice Zakon o najmu stanova od 06.07.1989. godine, Zakon o reklami i sklapanju financijskih poslova od 03.01.1972. godine, Zakon od 05.01.1978. godine kojim se dopunjuje *Code Civil* glede potrošača i dr. samo su dio bogate zaštite potrošača u francuskom pravu. Za nju se sve češće upotrebljava i naziv "*droit de la consummation*",⁴² što i ne treba čuditi obzirom da i najviše sudbene ustanove u Francuskoj daju prednost pravu Europske zajednice u odnosu na nacionalno pravo te, tradicionalno zatvorene, pa nije pretjerano reći i sebi dovoljne, zemlje.⁴³ Ovo se ističe već sada, jer će u izuzetno bogatoj djelatnosti na polju zaštite potrošača u okviru EZ biti kasnije, na jednome mjestu i konkretnije, više govora.

10. U relativno kratkom razdoblju u švedskom pravu dogodilo se toliko toga dobrog za potrošače, da to nije samo privuklo pažnju pravne znanosti,⁴⁴ već je svojom djelotvornošću i osobitošću privuklo pažnju zakonodavaca širom svijeta, tako da su ne samo načela već i instituti zaštite potrošača u Švedskoj preslikani i uvedeni u praksu mnogih pravnih sustava.

⁴⁰ NEUMAYER, K. *Frankreich*, u knjizi *Richterliche Kontrolle von AGB*, ed E. von Caemmerer, Frankfurt/M-Berlin 1968. str.30; isto i GOLDŠTAJN, A. *Opći uvjeti poslovanja* u knjizi *Opći uvjeti poslovanja I*, Informator-Zagreb 1970. str.27.

⁴¹ REIG, A. *Nedozvoljene odredbe u ugovorima u francuskom pravu*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu br. 6/1982. str.1191.

⁴² CAS-FERRIER, *ibid.* str.37; SONNENBERGER, H.J. *Das französische Recht des AGB (conditions générales)*, RIW 36 Jahrgang 3/1990. str.166.

⁴³ MANIN, P. *The Nicolo case of the Conseil d'Etat: French Constitutional Law and Supreme Administrative Court's Acceptance of the Primacy of Community Law over Subsequent National Statute Law*, Common Market Law Review, Volume 28, No.3/1991, str.516-517.

⁴⁴ SHIELDON, J.E. *Consumer Protection and Standard Contracts: The Swedish Experiment and Administrative Control*, The American Journal of Comparative Law, Vol.22, Winter 1974, No.1, str.23; u istom smislu LANDO, O. *Skandinavien*, u knjizi *Richterliche Kontrolle von AGB*.

Kada je riječ o zakonodavnoj djelatnosti, najprije se pojavio Zakon o tržišnoj praksi i Zakon o tržišnom sudu, namijenjeni kompatibilno, zaštiti potrošača od neistinite i nepotpune reklame. Slijedio je Zakon o zabrani nekorektnih ugovornih klauzula, gdje posebno do izražaja dolazi institut potrošačkog ombudsmana, koji na vlastitu inicijativu (*ex offio*), jedanako kao i na prijedlog pojedinog potrošača, organizacije potrošača, poduzetnika ili sindikata pokreće postupak u kome će, ako nađe da je riječ o takvim nekorektnim klauzulama u općim uvjetima poslovanja, proglasiti ih neprihvatljivim i protivnim zakonskim odredbama te zabraniti njihovu daljnju uporabu.⁴⁵

Daljnje poboljšanje zaštite potrošača u Švedskoj postiže se Zakonom o prodajama po kućama,⁴⁶ uz čiju se primjenu kojeg se osobito naglašava porast ugleda potrošačkog ombudsmana, dok Zakon o prodaji na malo iz 1973. godine svojim imperativnim odredbama znači garanciju više u zaštiti potrošača i njihovih minimalnih prava.

Ugledajući se na švedsku praksu zaštite potrošača i standard njenih građana koji Švedskoj daje epitet "*welfare state*",⁴⁷ potrošački ombudsman uspješno djeluje u Danskoj i Norveškoj. U Finskoj je, nakon dugogodišnjih rasprava, konačno stupio na snagu Jednoobrazni zakon o potrošačima, dok se institucija ombudsmana, ne samo i isključivo onog potrošačkog, susreće u pravu Engleske, Belgije i Njemačke.

11. Kada je riječ o njemačkom pravu, tu je vrlo rano nastala svijest o potrebi organiziranja pravno političke zaštite potrošača. Već je temeljem par. 823 BGB izvedeno pravo, što se ima zahvaliti kako djelovanju pravne znanosti tako i stavovima sudske prakse, potrošača na zaštitu njegovog zdravlja, osobe i života, jednako kao i sloboda i pravo vlasništva i drugih prava ako su ista povrijeđena protupravnim radnjama.⁴⁸

Daljnji razvitak išao je u pravcu donošenja nekoliko zakona u kojima je potrošač i njegova zaštita sve prisutniji (Zakon o poslovima na otplatu, Zakon o ugovorima o osiguranju, Zakon o najmu stana te o sporazumu o nadležnosti suda). Posebna podrška zaštiti potrošača proizašla je iz široke primjene i tumačenja Zakona o nelojalnoj utakmici (*Gesetz*

⁴⁵ Radi se o čl.6 citiranog zakona.

⁴⁶ Novota koju je uveo ovaj zakon, a kasnije su je prihvatili u mnogim zemljama nacionalni zakoni o takvoj vrsti prodaje, jest pravo kupca raskinuti ugovor u roku od tjedan dana od dana sklapanja istog, a da nije u obvezi navesti bilo kakve razloge za svoju odluku.

⁴⁷ VILUS, J. *Zakonsko regulisanje položaja potrošača u Švedskoj*, Strani pravni život 97/1977, str.12; SHELDON, J.E. *ibid*, str.25

⁴⁸ *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 20.izd, München-Berlin 1961, str.702-704; TILLMAN, W. *Das AGB-Gesetz und die Einheit des Privatrechts*, Rabclz 142, Band 1, Februar 1978, str.53-54.

über den unlauteren Wettbewerb - UWG), odredbe koje, po mišljenju mnogih pravnih pisaca, nalaze svoje ishodište iz par. 826 BGB.⁴⁹

AGB-Gesetz od 9. prosinca 1976. godine⁵⁰ predstavlja posve novu kvalitetu u zaštiti potrošača od nepravinih i neuobičajenih općih uvjeta poslovanja. Prije svega, u par. 9 nalazi se generalna klauzula koja proglašuje nevažećim sve one odredbe općih uvjeta poslovanja koje ugovornom partneru, suprotno načelu poštenja i savjesnosti (*Treu und Glauben*), nanose pretjeranu štetu. Dok se ova generalna klauzula primijenjuje i na potrošače i na trgovce, propisi par.10 i 11 *AGB-Gesetz*-a isključivo su namijenjeni potrošačima. Razlika je u tome što par.10 navodi klauzule općih uvjeta poslovanja glede čije se zabrane može raspravljati, dok par.11 sadrži spisak klauzula općih uvjeta poslovanja, odredbe koje su nevažeće bez mogućnosti bilo kakve rasprave o njima.⁵¹

12. Još jedna novota, u ovome kratkom prikazu već od priličnog broja pravnih pisaca priznatog posebnog prava zaštite potrošača u Njemačkoj,⁵² zaslužuje da se ovdje navede. To je tužba iz par.13 koju mogu podnijeti određena udruženja potrošača, obrtnička udruženja, gospodarske i sl. komore sa zahtjevom za uzdržanost odnosno opoziv od primjene odredbi klauzula što su nevažeće u smislu par.9 do 11. Ova je tužba, po mišljenju mnogih autora,⁵³ preuzeta i doradena po ugledu na sličnu koju sadrži Zakon o nelojalnoj utakmici.

Tendencije u njemačkom pravu općenito, a osobito glede prava zaštite potrošača, mogu se poistovjetiti s pravcima razvoja i izgradnje jedinstvenog prava Europske zajednice. Uz veliki broj nacionalnih zakona spominjanje i koliko - toliko znanstveno proučavanje kojih, iziskivalo bi znatno više vremena i prostora nego je to ovdje moguće,⁵⁴ zahvaljujući najnovijim stajalištima sudske prakse, najviših sudbenih instanci prije svega, i

⁴⁹ TILLMAN, W. *Zur Rechtsstellung des Verbrauchers bei Wettbewerbsdelikten*, ZHR 141, Band 1, Feb, 1977, str.76-77, dok suprotno MERTENS, *Verhältnis zu den Anspruchsgrundlagen des UWG*, Münchner Kommentar zum Bürgerlicher Gesetzbuch, str. 1360-1361.

⁵⁰ Zakon o reguliranju općih uvjeta poslovanja koji je stupio na snagu 1.travnja 1977. godine osim par. 14 st.2 te par. 26 i 27 koji stupaju na snagu po proglašenju.

⁵¹ BIEBERSTEIN, W.M. *Novi zapadnonemački Zakon o regulisanju općih uslova poslovanja*, Strani pravni život br.100/1978, str.21.

⁵² von HIPPEL, E. *Verbraucherschutz*, Tübingen 1974, str.74-75, kao i EBERSTEIN, H.H. *Die Zweckmäßige Ausgestaltung von AGB*, Köln 1974, str.15. zagovarali su još i prije donošenja *AGB-Gesetz*-a takvu tužbu i izvan UWG, odakle vuče porijeklo ista tužba.

⁵³ Tako i REINEL, P. *Verbandsklage nach dem AGBG*, Köln-Berlin-Bonn-München 1979, str.147.

⁵⁴ Upućuje se na knjigu LEDIĆ, D. *Kontrola općih uvjeta poslovanja i zaštita potrošača u ugovorima o prodaji*, str.104-106 te literaturu tamo naznačenu.

ovdje se izravno primjenjuju i stavljaju po značenju propisi Zajednice iznad i prije nacionalnih zakona.⁵⁵ Kako je u međuvremenu došlo do ujedinjenja Njemačke, takva opredjeljenja nisu karakteristična samo za područje Savezne Republike Njemačke, već i u istoj mjeri za bivši DDR.⁵⁶

13. Gotovo slučajno, ovaj kratki pregled stanja (prava) zaštite potrošača u nekim zemljama Europe i šire, bavi se pri kraju stanjem u Velikoj Britaniji, postojbini općih uvjeta poslovanja - standardnih ugovora. Dugo su vremena sudovi, na kojima je trajno prisutno težište kontrole standardnih ugovora, bili ograničeni odredbama *Sale of Goods Act*-a 1893. To su one odredbe koje priznaju potpunu slobodu ugovaranja (*complete freedom of contract*), tako da su kod prisutne zloupotrebe slobode, uglavnom po interese široke publike (potrošača) sudovi uspijevali dobrim dijelom pronaći pogodna sredstva protiv isključenja i/ili ograničenja odgovornosti prodavatelja.⁵⁷ Zaštita potrošača u engleskome pravu, za razliku od kontinentalnog prava, ostvaruje se zasebnim zakonskim propisima kojima se reguliraju standardni ugovori koji su namijenjeni potrošačima kao krajnjim kupcima određenih roba odnosno korisnicima usluga. Prvi u slijedu ovih mjera bio je *Restrictive Trade Practices Act* 1956.⁵⁸ Pozivom na protivljenje javnom interesu postaju ništavne one odredbe ugovora, za koje se dokaže postojanje takve oprečnosti.

Kronološki, slijedili su nakon toga *Consumer Protection Act* 1961, *Hire Purchase Act* 1965, *Sale of Goods Bill* 1966, *Supply of Goods (Implied Terms) Act* 1973. te svakako osobito značajan zakon o nepoštenim ugovornim odredbama (*Unfair Contract Terms Act* 1977.) i *Sale of Goods Act* 1979. Svi su ovi zakoni, na tradicionalno engleski način, namijenjeni su zaštiti potrošača, iako se mnoge odredbe odnose i na sve trgovačke ugovore. Djelotvornost ovih i drugih propisa posebice povećava *Consumers' Assosiation*, udruženje koje inzistira na uklanjanju i najmanjih nedostataka na robu, jer se i na taj način čini povreda ugovora na uštrb potrošača.⁵⁹

⁵⁵ ROTII, W.H. *The Application of Community law in West Germany 1980-1990*, Common Market Law Review, Vol.28, No.1/1991, str.176-180; TIMMERMANS, C.W.A. *German unification and Community law*, Common Market Law Review, Vol.27, No.3/1990, str.448-449.

⁵⁶ SCHERER, J. *EG und DDR: auf dem Weg zur Integration*, RIW, Beiilage 6 zu Heft 4/1990, str. 13-15.

⁵⁷ MARTIN, A. *The British position de lege ferenda*, u knjizi *Richterliche Kontrolle von AGB*, str. 50; SCHMITTHOFF, C.M. *The Sale of Goods*, 2nd ed, London 1966, str.196.

⁵⁸ Usljedile su dvije revizije ovog zakona: *Restrictive Trade Practices Act* 1976. značio je veću zakonsku novelu u odnosu na drugu koja je izvršena kroz godinu dana (1977).

⁵⁹ BORIE, G. *Laws and Codes for Consumer*, The Journal of Business Law, 1980 September, str.316.

14. Bilo bi doista šteta barem ne spomenuti ovdje⁶⁰ austrijski zakon o zaštiti potrošača (*Konsumentenschutzgesetz*) koji je stupio na snagu 1.10.1979. godine, zatim zakon o trgovačkoj praksi kao i zakon o prodajama s obročnim otplatama u Belgiji ili zakonodavnu praksu Republike Irske i Australije, gdje se utjecaj rješenja iz engleskog prava, pa čak i u nazivima zakona, nameće kao prvi pojavni, ali i kasnije, suštinski dojam o stanju zaštite potrošača. Spomena je vrijedan i izraelski Zakon o standardnim ugovorima iz 1964. godine, za koji je u pravnoj teoriji rečeno da predstavlja najsretnije iskorištenu mogućnost upravne kontrole općih uvjeta poslovanja, što je, prema većini stajališta, jedna vrsta zaštite potrošača.⁶¹

15. Rješenja u poredbenom pravu glede (prava) zaštite potrošača o kojima je ovdje, u prilično sažetu obliku, bilo govora, kada su u pitanju europske zemlje, upravljena su u pravcu prevladavajuće dobrih, sustavnih i konzistentnih rješenja u okviru Europske zajednice. Pored ostalih gospodarskih, političkih i drugih djelatnosti što ih organi EZ neprekidno drže u središtu svoje pozornosti, nema dvojbe da su već dulje vremena u istoj ravni potrošači i njihova zaštita.

Kada je riječ o EZ i djelovanju njenih organa (Parlament, Vijeće, Komisija i Sud pravde) u svezi sa zaštitom potrošača, postoje mišljenja,⁶² da se to ima promatrati u dva razdoblja. Prvo se govori o vremenu od potpisivanja Rimskih ugovora (25.03.1957.) do 1973. godine, u kojem se razdoblju samo na četiri mjesta govorilo o zaštiti potrošača na izričit i neprijeporan način. Naravno, u pitanju su spomenuti Rimski ugovori, gdje se u čl.39 st.1 t.e), određujući ciljeve zajedničke poljoprivredne politike, govori o osiguranju "opskrbe potrošača po razumnim cijenama". Zatim, u ostvarivanju ciljeva iz čl.39, osnivanjem zajedničke organizacije tržišta poljoprivrednih proizvoda, ima se "isključiti svaka diskriminacija proizvođača ili potrošača u Zajednici" (čl.40 st.3/II), da bi u čl.85 i 86 Rimskih ugovora, određujući propise koji se primjenjuju na poduzeća, dozvolili izuzetke od zabrana, ako se ne isključuje konkurencija i omogućava potrošačima pravičan udio u tako ostvarenim pogodnostima (čl.85 st.3), odnosno, kao zloupotrebu vladajućeg položaja posebno propisali "ograničenja proizvodnje, prodaje ili tehničkog razvoja na štetu potrošača" (čl.86 st.2). Ostvarujući svoja ovlaštenja iz čl.100 Rimskih ugovora, Vijeće zajednice već u tome prvom razdoblju donosi određeni broj uputstava (*Directives*)

⁶⁰ Detaljnije u knjizi naznačenoj u bilješki 54.

⁶¹ NUN-BIN, A. *Type Contracts and Adhesion Contracts: The Israel Law on Standard Contracts*, u knjizi *Israeli Reports to the 8th International Congress of Comparative Law*, ed. Feller, S.Z., Jerusalem 1970, str.118-119.

⁶² EVANS; A.C. *European Consumer Protection Law*, *The Journal of Business Law*, Jan. 1981, str. 80-81.

namijenjenih zaštiti potrošača, najvećim dijelom usmjerene na prehrambene proizvode i zaštitu zdravlja potrošača, ali i u pogledu ispravnosti elektro uređaja, ograničenih količina škodljivih sastojaka u deterdžentima i sl.

Prva značajnija stvar na planu zasebne i dugoročne zaštite potrošača i ljudske okoline, u razdoblju od 1973. godine na ovamo, bilo je osnivanje posebne službe (u rujnu 1973.g.), da bi, pod konac te iste godine bila donesena i Povelja o informiranju i zaštiti potrošača. Relativno brzo po svom osnivanju spomenuta je služba za zaštitu potrošača i ljudske okoline sačinila prijedlog dokumenta, koji je, nakon razprave u mnogim tijelima Zajednice, Ministarsko vijeće EZ prihvatilo 14.04.1975. godine u obliku akcijskog programa. Taj program ide u pravcu priznanja potrošaču ovih 5 vrsta prava:

1. pravo zaštite zdravlja i sigurnosti,
2. pravo na zaštitu potrošačevih gospodarskih interesa,
3. pravo na naknadu štete,
4. pravo na predstavljanje i savjetovanje u organima i institucijama koje odlučuju o potrošačima te
5. pravo biti zastupan i uživati podršku.

Bogata zakonodavna i druga djelatnost organa EZ, gotovo svako-dnevno prisutna u mnogim oblastima života i gospodarstva, nije izostala niti na području zaštite potrošača. Dapače, ona je toliko uznapredovala i opsegom i kvalitetom pojedinih rješenja da se s pravom govori o nadmoćnosti prava Zajednice (*Supremacy of Community Law*) u odnosu na nacionalno pravo,⁶³ u čemu su suglasni kako sudbeni organi pojedinih zemalja (da spomenemo one, uvjetno rečeno, "značajnije" kao što su Francuska, Italija, Njemačka i Velika Britanija), ali isto tako i pravna znanost.⁶⁴

Ovdje valja istaknuti da uz prisustnost velikog broja uputstava i drugih odluka organa EZ izuzetno efikasno djeluje Sud pravde Zajednice (*The Court of Justice of Communities*) gdje se, a prije svega kada je riječ o zaštiti potrošača, u krajnjem slučaju prisilom ostvaruje provedba takvih pozitivnih propisa Zajednice. I danas se u pravnoj teoriji raspravlja o slučaju Marshall, "*Origin Marking*", Hoechst I i II, Van Colson i Kamann, da se ne nabrajaju i drugi brojni slučajevi u kojima je Sud pravde, jednako kao i sudbeni organi zemalja-članica, svoje odluke obrazlagao pozivom na primjenu prava Zajednice, kojoj nisu mogli osporiti valjanost

⁶³ Vidjeti pod bilješkom 43 i 55 naprijed kao i kod PRECHAL, S. *Remedies after Marshall*, *Common Market Law Review*, Vol.27, No.3/1990, str.471-473.

⁶⁴ Autori citirani pod bilješkom 43, 55, 63 kao i GAJA, G. *New developments in a continuing story: The relationship between EEC law and Italian law*, *Common Market Law Review*, Vol.27, No.1/1990.

zakoni zemalja-članica, kako oni koji su suglasni, tako i oni koji su proturječni sa supremacijom prava zajednice.⁶⁵

Kada je riječ o konzistentnoj zaštiti potrošača unutar Zajednice, težište zaštite je na: a) odgovornosti za proizvode, b) nepoštenoj reklami, c) nepoštenim uvjetima poslovanja, d) potrošačkim kreditima, e) prodaji po kućama, f) izobrazbi u posebnim uvjetima te g) ispunjenju pojedinačnih zahtjeva potrošača.⁶⁶

Od usvajanja programa o informiranju i zaštiti potrošača (5.12.1973), Zajednica dosljedno provodi usvojenu politiku zaštite, pa se, primjera radi, ističu uputstva o mirisima (aromama) upotrijebljenim u hrani, sastavu, etiketiranju i pakiranju kozmetičkih proizvoda, ispravnosti farmaceutskih i medicinskih proizvoda, motornim vozilima, rizicima od radioaktivnog zračenja, sve do nedopuštene i prijevarne (nepoštene) reklame ili relativno novijeg uputstva o nepoštenim uvjetima poslovanja, koje je Komisija Zajednice donijela pod konac 1990. godine.⁶⁷ Da se radi o doista impresivnoj i raznovrsnoj djelatnosti priznaju i mnogi stručnjaci, najizraavnije uključeni u pojedine organe Zajednice, prije svega u rad Komisije ili pak u sudbene aktivnosti Suda pravde.⁶⁸

Upravo tako svestrana, djelotvorna i u praksi prilagodljiva zaštita potrošača što ju ostvaruju organi Europske zajednice dovodi do toga da pojedine zemlje-članice jednostavno više i ne poduzimaju posebne mjere i korake na polju zaštite potrošača. Dapače, njihovi državni organi, posebno se to odnosi na sudbene, bezuvjetno primjenjuju propise Zajednice, što i na taj način doprinosi stvaranju pravnog jedinstva kome se u Zajednici, uz političko, gospodarsko, socijalno i dr. jedinstvo, posvećuje velika pozornost.⁶⁹

⁶⁵ ROTII, W.H. Ibid, str.161; MANIN, P. Ibid, str.519.

⁶⁶ von HIPPEL, E. *Verbraucherschutz in Europa*, RabelsZ 45. Jahrgang 1981, Heft 1-2, str.356. i dalje.

⁶⁷ BRANDNER, H.E. - ULMER, P. *The Community Directive on unfair terms in consumer contracts: Some critical remarks on the proposal submitted by the EC Commission*, Common Market Law Review, Vol.28, No.3/1991, str.648.

⁶⁸ Primjerice S. Prechal pravni je tajnik Suda pravde EZ, H.E. Brandner je odvjetnik pred njemačkim Vrhovnim sudom, W.H. Roth je član Europskog centra za trgovačko pravo itd.

⁶⁹ von HIPPEL, E. Ibid, str.354-355; EVANS, A.C. Ibid, str.87-88. Nije li tomu dokaz da je još 1980. godine izišla iz tiska studija koja nosi dvojni naziv, njemački - *Verbraucherschutz in den EG Staaten* i engleski *Consumer Legislation in the EC-Countries*. Riječ je o osam zasebnih knjiga u kojima se govori o zaštiti potrošača u pojedinim zemljama članicama EZ uz jednu posebnu analizu stanja u svim zemljama članicama, primjenom poredbenopravne metode.

3. ZAŠTITA POTROŠAČA U DOMAĆEM PRAVU *DE LEGE FERENDA*

16. Zaštita potrošača u pravu Republike Hrvatske, kako je to u ovome radu već opisano, dobrim dijelom sadržavajući pravna pravila preuzeta kao republički propisi iz bivših saveznih zakona, ukazuje na potrebu da se nužno i hitno mora mijenjati puno toga. Očito je da samoupravni mehanizmi na kojima se u dobroj mjeri te zaštita trebala temeljiti nisu ranije dali nikakve rezultate, a sada su posve neupotrebljivi.⁷⁰ Potrošač, pojedinac ili organiziran u udruženjima i drugim oblicima organiziranja, ne smije ostati "entuzijast" već se mora pojaviti u dvostrukoj ulozi: kao predlagatelj mjera što će ih donositi odgovarajući organi i uopće sudjelovati u donošenju propisa kojima je predmet zaštita potrošača u najširem smislu te riječi, te u ulozi pokretača postupka pred sudovima i drugim organima u cilju zaštite potrošača kada su njihovi interesi i prava povrijeđeni odnosno ugroženi.⁷¹

Zloupotrebe do kojih dolazi, naravno na uštrb potrošača, u nekim vrstama ugovora o prodaji kao npr. živežnih namirnica, odjeće obuće, namještaja, tzv. bijele tehnike i drugih, teško se mogu spriječiti postojećim, u pravilu nedostatnim, pozitivnim (zakonskim) propisima, a ni djelovanjem inspeksijskih službi.⁷² Ako se ne nađe što prije lijeka protiv takvih i sličnih nepravilnosti, potrošač će u domaćem pravu doći vrlo brzo do granice kada će upotreba pojedinih roba, s obzirom na njihove sastojke, pripremu i plasman na tržištu izravno ugrožavati njegovo zdravlje i život uopće. Ugroženost nepravilnim i previsokim cijenama, s druge strane, dovest će do ozbiljnih poremećaja u opskrbi, čemu smo već sada u priličnoj mjeri ne samo svjedoci, već i najizravnije pogođeni svi, u ulozi potrošača.

17. Nije li onda posve umjesno i opravdano postaviti pitanje: kamo ide ili *quo vadis* zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj? Ili još bolje, ostajući na polju pravne znanosti i poslovne prakse: kako bi imala izgledati ta zaštita *de lege ferenda*?

⁷⁰ Suprotno, DENKOVIĆ, D. *Zaštita potrošača u pravu SFRJ*, Beograd 1978, str.42, također i ILEŠIĆ, M. Ibid, str.114-115.

⁷¹ GOLDŠTAJN, A. *Autonomne norme i autonomne sankcije u domaćem i međunarodnom trgovačkom pravu: odnos države i prava; interakcije domaćeg i međunarodnog trgovačkog prava*. Pravo i društvo, II sv. 1981-1982, JAZU, Zagreb 1983, str.99, dao bi takvim sudionicima pravo na ograničenu "actio popularis". ILEŠIĆ, M. Ibid, str.114, predlaže osnivanje "potrošačkih suda"

⁷² DENKOVIĆ, D. Ibid, str.37-38 ukazuje na, po ocjeni autora, veliku ulogu organa inspekcije u zaštiti potrošača.

Već je znatno ranije, autor ovog rada predlagao⁷³ da se, pored ostalog, uz zaštitu potrošača koju provode sudski, upravni ili neki drugi organi ta zaštita pojača i pomoću "neke vrste ombudsmana ili slično"⁷⁴ što bi doprinjelo tome da se može govoriti o sustavu zaštite potrošača, a ne o agregatu.⁷⁵

Iako su neki autori,⁷⁶ svojim prijedlozima o preuzimanju institucije ombudsmana u domaće pravo očito mislili na zaštitu prava građana uopće, takvi bi i slični prijedlozi, mogli uz zadržavanje institucija koje su i do sada u domaćem pravu dale određene rezultate, u tom dijelu zaštite potrošača stvoriti pretpostavke za njen uspješniji razvitak.

Postojeći pozitivni propisi u domaćem pravu, kako je to već naznačeno u ovom radu, nisu ni svojim opsegom, sadržajem i rješenjima u suglasju s kretanjima u suvremenom svijetu, osobito s razvijenim zemljama Europe u koje se želimo čim prije i najpotpunije uključiti gospodarski, pravno, općedruštveno, kulturno i na bilo koji drugi način. To nadalje treba imati posljedicu da se obavi potpuna revizija propisa, u okviru stvaranja novog pravnog sustava Republike Hrvatske, što je neminovnost, a o čemu je također naprijed bilo govora. U tom je postupku, svakako ugledanje na postojeći pozitivnopravni sustav pojedinih europskih zemalja, i EZ u cjelini, *conditio sine qua non* potpune i zadovoljavajuće zaštite potrošača. Bez toga nema prava zaštite potrošača koje već godinama djeluje kao posebna grana prava u mnogim europskim državama, kako je ovdje tek pregledno naznačeno. Stvaranje takvog prava u nas bit će utoliko lakše, ako se prilikom izbora rješenja pojedinih oblika te zaštite budemo što manje pozivali na posebnu tradiciju, mentalitet i tko zna kakve razloge i okolnosti, kako se to godinama činilo u ranijem pravnom i općedruštvenom okruženju, znalo isticati. Konkretno, ako jest, a jest naš pravni sustav dio tzv. kontinentalnog prava u okviru kojeg se nalazi njemačko, austrijsko, švicarsko, ali i najvećim dijelom pravo Europske zajednice, onda nije uopće teško dio njihove pravne regulative preuzeti u naše pravo zaštite potrošača. U čemu je, recimo, problem da i u nas postoji generalna klauzula o nevažnosti općih uvjeta poslovanja kao što je ona iz par.9 njemačkog Zakona o reguliranju općih uvjeta poslovanja

⁷³ LEDIĆ, D. *Zaštita potrošača i Zakon o obveznim odnosima*, str.427.

⁷⁴ Ibid, str.429; Kod istog autora, *Kontrola općih uvjeta poslovanja i zaštita potrošača u ugovorima o prodaji*, str.102.

⁷⁵ O razlikama između sustava i agregata u pravnom sustavu vidjeti kod VUKOVIĆ, M. *Opći dio građanskog prava*, Zagreb 1959, str.73.

⁷⁶ MECANOVIĆ, I. *Zaštita prava radnih ljudi i građana i transformacija društvenog pravobranioca samoupravljanja u društvenog pravobranioca radnih ljudi i građana*, Naša zakonitost 3/1990, str.463-464.

(*AGB-Gesetz*). Ili još konkretnije, nevažnost ugovorne klauzule o povećanju cijene za robu i/ili ako isporuka robe, odnosno ispunjenje usluge ima uslijediti u roku od četiri mjeseca od dana sklapanja ugovora (par.11 st.1 t.1 *AGB-Gesetz-a*).⁷⁷ Uostalom brojne su zemlje u Europi, jednako kao i pravo EZ, posebnim propisima regulirale nepoštene uvjete poslovanja, ali i druge radnje koje na potrošače i njihova prava imaju negativan utjecaj. Očekujući uključenje naše domovine u Europsku zajednicu neće biti zapreka da se norme iz prava Zajednice preuzmu u naše domaće pravo. Sve to stvara i stvorit će preduvjete za akademsko, zakonodavno i praktično priznanje postojanja posebne grane prava u pravnom sustavu Republike Hrvatske - prava zaštite potrošača.

⁷⁷ von MARSCHALL, W.F. *Contenu, portée et critères d'évaluation des conditions générales*, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1979, str.42, dovodi u vezu ovu odredbu s par.38 BGB-a; REINEL, P. Ibid, str.147, ističe da se radi o apstraktnoj, a ne konkretnoj povredi iz individualno promatranog ugovora, kada je riječ o primjeni generalne klauzule iz par. 9 kao i par.10 i 11 *AGB-Gesetz-a*.

Summary

CONSUMER PROTECTION LAW - A SEPARATE BRANCH OF THE NEW CROATIAN LEGAL SYSTEM

An urgent need for a new legal system of the Republic of Croatia, according to the author's opinion, is an opportunity to emphasize the consumer and his protection. The situation in positive domestic law is first described with possible solutions, at least in those parts of the law concerning the protection of the consumer. In relation to comparative law, the author points to the situation in developed European countries and the European Community with a very high degree of consumer protection and a special branch of law - Consumer Protection law. It protects the consumer from unfair advertising, dishonest business, in the area of consumer credits, selling around the houses, special training and fulfilling individual consumer requirements. In his study (a concise and pragmatic outline of comparative law), the author also deals with consumer protection in the USA - the first country with an organised consumer protection in the world.

The author finally suggests quite a new approach to Consumer Protection Law in domestic law, taking into consideration, first of all, continental law countries to which the law of the Republic of Croatia also belongs. As the admission of the Republic of Croatia to the membership of the EC is to be expected there is no need for regulating the whole material with national law, especially because the Community creates its own law having direct possible use in member countries - in case of conflict the law of the Community has an obvious advantage.

CARINSKO PRAVO I PRAVO VANJSKE TRGOVINE (PRILOG POJMU I MEĐUSOBNU ODNOSU)

Dr. PAVLE SIMIĆ
Carinarnica Rijeka

UDK 34:336.41+339.5
Prethodno znanstveno saopćenje
Ur.: 24.11.1992.

Dat je kraći prikaz pojma i međusobnog odnosa carinskog prava i prava vanjske trgovine uz naglasak da se tom odnosu premalo pažnje poklanja, kako sa znanstveno-stručnog, tako s praktičnog gledišta. Također je naglašeno da se ne vodi računa da su carinski propisi izvori prava vanjske trgovine i da o tome treba voditi računa još prije zaključenja odgovarajućeg vanjsko-trgovačkog ugovora.

U pravilu se vodi računa o carinskoobveznom utjecaju carine, ali je odgovarajuće zakonsko rješenje nepovoljno s gledišta izvršenja vanjsko-trgovačkih ugovora. Nije manje značaja ni utjecaj carine s carinsko-proceduralnog gledišta - posebno međunarodne carinske regulative.

1. POJAM CARINSKOG PRAVA

Autori s područja carinskog prava pod carinskim pravom i carinskim sistemom uglavnom podrazumijevaju u osnovi isti pojam, tj. ukupnost carinskih propisa kojima se reguliraju carinski instituti. U tom se smislu mogu istaći dvije najvažnije definicije, i to:

1. Carinsko pravo je skup pravnih pravila koja uređuju carinu i cariništvo.¹ Autor ove definicije u svom udžbeniku² govori samo o carinskom pravu i njegovoj diobi, a u sadržaju pominje "carinski sistem" i dio tog udžbenika ima naslov "Osnovni elementi carinskog sistema", koji

¹ TURINA, A. *Carina kao predmet znanstvenog proučavanja*, Zbornik Ekonomskog fakulteta, Rijeka, 1/71. str.231.

² TURINA, A. *Carinski sistem i carinski postupak*, Rijeka, 1968.

dijeli na carinski ustavni, obvezni i procesni sistem. Isti je autor u ovom smislu dosljedan i u narednim djelima,³ a s druge strane na isti način dijeli i suvremeno carinsko pravo.⁴ Konačno, pod carinskim sistemom podrazumijeva skup pravnih pravila koja reguliraju sva pitanja u vezi s carinom.⁵ Dakle, ovaj autor pojam carinskog prava i carinskog sistema smatra istovjetnima ili vrlo sličnima po sadržaju.

2. Carinsko je pravo uključeno u pojam carinskog sistema koji predstavlja skup propisa i s njima reguliranih carinskih instituta,⁶ odnosno u suštini materijalne i formalne izvore prava određene zemlje.⁷ Međutim, isti autor kada daje prikaz izvora prava, tada samo koristi izraz carinsko pravo u sklopu izvora carinskog prava i mjesta carinskog prava u okviru pravnog sistema.⁸

Izloženo svjesno ili nesvjesno izjednačavanje pojmova carinskog prava i carinskog sistema nije odraz pravilnog i znanstvenog pristupa. Naime, ako se pođe od toga što je pojam "sistem" i što on označava tada se odmah ukazuje da carinski sistem predstavlja širi pojam i da osim izvora carinskog prava mora uključiti i sve drugo što predstavlja carinu. Prema tome, mora se uključiti i financijska i ekonomska oblast u koje carina također pripada. Samo tako sveobuhvatan pristup može dovesti do pravilnog sadržajnog pojma carinskog sistema, a carinsko je pravo pravni propis, tj. normativno pravni odraz sveukupnog pojma i instituta carine.

Carinsko je pravo proizašlo iz carinskih zakona iz prve polovine devetnaestog stoljeća koji su imali izrazito fiskalan karakter, ali je institut carine kasnije evoluirao i tako je carinsko pravo postalo skup pravnih propisa sa svrhom provođenja određene carinske odnosno ekonomske politike. Ovo je i utjecalo na stvaranje diobe carinskog prava i to:

- carinsko ustavno (državno) pravo koje se odnosi na carinski suverenitet i institute u vezi s tim,
- carinsko obvezno pravo koje se odnosi na carinsku obvezu i carinskog obveznika,
- carinsko procesno pravo koje se odnosi na sudionike carinskog postupka.⁹

³ Odrednica "Carine", *Pomorska enciklopedija*, II izd, Zagreb, 1972, 1.sv, str.682.

⁴ TURINA, A. *Carinski sistem i carinski postupak*, Rijeka, 1968, str.47.

⁵ Ibid, str.49.

⁶ STANKOVIĆ, M. *Carinski sistemi i carinske politike*, Beograd, 1987, str.29.

⁷ Ibid, str.23.

⁸ STANKOVIĆ, M. *Carinski procesni postupak*, Beograd, 1987, str.12 i 25.

⁹ SIMIĆ, P. *Carine i carinski postupak*, Zagreb, 1989, str.3.

Carinsko se pravo primjenjuje na carinsko-pravne odnose donošenjem carinsko-pravnih akata. Opća je karakteristika odredaba carinskog prava da su najviše zastupljene odredbe procesnog prava. Ovo predstavlja najčvršću vezu i dodirnu točku s upravnim pravom, odnosno općim upravnim postupkom s obzirom da se ovaj postupak supsidijarno primjenjuje u carinskom postupku.

Predmet carinskog prava jesu carinsko-pravni odnosi koje regulira carinsko pravo, tj. prava i obveze pravnih i fizičkih osoba i uopće stranaka u odnosu na pojedine carinske institute. U užem smislu predmet carinskog prava je određena roba koja je istovremeno predmet i određenog međunarodnog kupoprodajnog ili drugog vanjskotrgovačkog ugovora. Odredbe ovih ugovora su najvećim dijelom dispozitivne prirode, a odredbe carinskog prava kojima se kontrolira izvršenje tih ugovora prinudnopravnog su karaktera (*ius cogens*). Ovo pokazuje da se privatnopravni, tj. građansko-pravni odnos nalazi nasuprot javnopravnom, carinsko-pravnom odnosu. Dakle, kontrola obavljanja vanjskotrgovačke djelatnosti s carinskog gledišta ne vrši se po načelima međunarodnog trgovačkog prava, već po načelima carinskog prava. Ovo ne znači da carinsko pravo ne prihvaća ni jednu odredbu iz međunarodnog kupoprodajnog ili drugog ugovora samo zbog toga što se radi o dispozitivnoj odredbi, već to isključivo zavisi o tome radi li se o odredbi koja se mora utvrditi u carinskom postupku (npr.: vrsta, kakvoća, vrijednost i količina robe) ili se takva odredba prihvaća automatski iz ugovora bez potrebe posebnog utvrđivanja ili kontrole u carinskom postupku (npr.: valuta i način plaćanja ugovorne cijene, *Incoterms* klauzule i sl.).

Za sada se ne može tvrditi da se u Republici Hrvatskoj formiralo posebno carinsko pravo u smislu da su ga hrvatska znanost i teorija prihvatili kao samostalno pravno područje, ali se ipak bez pretjerivanja može reći da se u praksi carinsko pravo *via facti* već smatra posebnim pravnim područjem. Detaljnija analiza odredaba carinskog prava ukazuje na to da su materijalne odredbe najsličnije financijskom pravu, a procesne upravnom pravu, ali da organizacijski i u smislu izvršavanja carinskih i drugih propisa predstavljaju zaokruženu cijelinu i kao takve u pravnom bi sistemu trebalo da dobiju posebno mjesto. Konačno, carina nije samo predmet pravne i financijske znanosti, već je i predmet ekonomske znanosti, povijesti, sociologije i statistike. Naime, carina nije samo pravna i financijska pojava, već je istovremeno i povijesna kategorija, ekonomska pojava i statistički fenomen.¹⁰

¹⁰ TURINA, A. op.cit, kao u bilj.1.

Na okolnost osamostaljenja carinskog prava ukazuje i to što ne postoje samo osnovni propisi o carini (Carinski zakon i Zakon o carinskoj tarifi - NN RH, br. 53/A/91 i 53/B/91), već postoji i poseban propis o organizaciji i nadležnostima carinskih organa (Zakon o carinskoj službi Republike Hrvatske - NN RH, br. 53/91).

Međutim, carinskom pravu daje karakter samostalnog pravnog područja ne samo značaj i brojnost carinskih propisa i organiziranost carinske službe, već posebno značaj i brojnost carinskopravnih odnosa koji se javljaju u praksi u vezi s odvijanjem vanjskotrgovačkog prometa.

Izloženo se može prihvatiti kao prikaz sadašnjeg stanja, ali za budućnost ostaje otvoreno pitanje znanstvenog pristupa u odnosu na carinu. Naime, s obzirom na neospornu vezu carine s više grana prava moguće je pretpostaviti i pristup stvaranja posebnih "carinskih znanstvenih disciplina" od kojih bi svaka u svom dijelu sistematizirala svoj dio carinske materije, te bi kasnije sve to moglo predstavljati jednu cjelinu, tj. znanost o carini.

O međunarodnom utjecaju i odnosu carinskog i vanjskotrgovačkog prava može se istaći sljedeće:

Sve mjere u reguliranju vanjske trgovine spadaju u okvir upravnog prava. Prvenstveno se uzimaju u obzir posebni vanjskotrgovački propisi, a kad njih nema, carinski i opći propisi upravnog prava, a naročito opći upravni postupak.¹¹

Karakteristika je suvremenog trgovačkog prava međusobno prožimanje javnog prava i trgovačkog prava, s tim što javno pravo ograničava slobodu ugovaranja na samo zakonima i podzakonskim propisima, već i raspisima i instrukcijama ovlaštenih organa koji se na objavljuju u službenim glasilima, već specijalnim glasilima onih koji te instrukcije daju.¹² U istom smislu država putem različitih upravnih mjera, u koje spadaju i carine, stvara čvrste okvire autonomiji volje stranaka pri zaključivanju ugovora s elementom inozemnosti.¹³ Dakle, nesporno je da u mjere za reguliranje vanjske trgovine spadaju i carinske norme koje su prinudnopravne prirode i obavezne su za sve učesnike. Osim toga, pojedini autori, po našem mišljenju sasvim opravdano, carinske propise uključuju u izvore međunarodnog trgovačkog prava uz domaće zakonodavstvo, odnosno izvore međunarodnog poslovnog prava, tj. carinske propise kao nacionalne

¹¹ GOLDŠTAJN, A. *Državni akti i vanjskotrgovački ugovori*, II izd, Zagreb, 1981, str.63.

¹² GOLDŠTAJN, A. *Privredno ugovorno pravo*, III izd, Zagreb, 1980, str.16.

¹³ DRAŠKIĆ, M. *Međunarodno privredno ugovorno pravo*, V izd, Beograd, 1988, str.76.

propise javnog prava koji imperativnim normama reguliraju određena pitanja vezana za robnu razmjenu s inozemstvom.¹⁴

2. POJAM PRAVA VANJSKE TRGOVINE

Uspoređujući i analizirajući definicije i uopće pojam prava vanjske trgovine može se zapaziti da na području bivše Jugoslavije postoje u osnovi dva pojma, i to:

1. Da se radi o pravnim normama kojima je reguliran pravni status i poslovanje vanjskotrgovačkih organizacija, tj. da statusno i poslovno pravo čine pravo vanjske trgovine.¹⁵ Ovdje se radi o pravu vanjske trgovine kao o dijelu međunarodnog trgovačkog prava koje sadrži izvjesne norme posebnog karaktera, ali je pravo vanjske trgovine u osnovi nacionalno pravo svake zemlje.¹⁶

2. Da se od prava vanjske trgovine treba razlikovati međunarodno trgovačko (poslovno) pravo, jer je pravo vanjske trgovine domaće pravo uz međusobno prožimanje dispozitivnih propisa ugovornog prava s prinudnim propisima javnog prava. Osim toga, međunarodno trgovačko pravo ima međunarodne pravne izvore uz dispozitivnost pravnih normi.¹⁷ Ovaj pristup ističe da je karakteristika međunarodnog trgovačkog prava njegova relativna nezavisnost od nacionalnih prava. Internacionalizacija trgovačkih transakcija i priznanje autonomije volje njihovih sudionika omogućili su nastanak takvog autonomnog međunarodnog trgovačkog prava koje se po sadržaju i duhu toliko razlikuje od nacionalnog zakona da nacionalni propisi često nisu primjenjivi kao supsidijarni izvori, iako nacionalno pravo ostaje kao rezerva za popunjavanje praznina u ugovoru.¹⁸

Pojedini autori ne koriste termin međunarodno trgovačko pravo, već međunarodno privredno pravo kao skup pravila koja reguliraju međunarodne ekonomske odnose,¹⁹ te njihov pravni okvir čine, kako načela međunarodnog javnog i privatnog prava, tako i načela domaćeg javnog i privatnog prava.

Dalje nabrojanje i analiza definicija još nekih autora o pojmu i sadržaju prava vanjske trgovine za naslov ovog rada nije potrebno, jer se

¹⁴ ĐUROVIĆ, R. *Međunarodno privredno pravo*, Beograd, 1979, str.23 i 25.

¹⁵ ANTONIJEVIĆ, Z. *Pravo spoljne trgovine*, Beograd, 1967, str.10.

¹⁶ Ibid, str.17.

¹⁷ GOLDŠTAJN, A. *Prolegomena Zakonu o obveznim odnosima*, Obvezno pravo, I knjiga, II izd, Zagreb, 1979, str.39.

¹⁸ Ibid, str.40.

¹⁹ ĐUROVIĆ, R. op.cit, str.3.

već iz navedenog do sada jasno vidi zavisnost prava vanjske trgovine odnosno međunarodnog trgovačkog prava od nacionalnih zakona. Naime, svi se autori slažu da nacionalno pravo mora biti uzeto u obzir, kako kao supsidijarni izvor za popunjavanje praznina, tako i zbog javnog poretka države koji se neosporno mora poštovati. U pravu su oni autori koji uzimaju u obzir i druge nacionalne prinudnopravne propise, jer je neosporno da se i oni moraju uzeti u obzir u međunarodnim trgovačkim transakcijama.

Pojedini autori ispravno ističu da, kada se govori o prinudnim propisima u oblasti međunarodnog trgovačkog prava, onda se prije svega misli na propise kojima se regulira vanjska trgovina.²⁰ Time se ujedno prihvaća spo-menuto stajalište akademika Goldštajna da je pravo vanjske trgovine regulirano propisima domaćeg prava, pa je stoga ono uže od međunarodnog trgovačkog prava koje ima svoje međunarodne izvore i izvan je sfere domaćeg prava.

3. IZVORI PRAVA VANJSKE TRGOVINE

Po pojedinim autorima postoje međunarodni i domaći izvori, a u domaće izvore su uključeni i carinski propisi.²¹

Po drugim autorima u okviru izvora prava za međunarodno trgovačko pravo iz domaćeg zakonodavstva uključen je i Carinski zakon,²² a u okviru izvora prava koji reguliraju međunarodne poslovne operacije nalaze se i nacionalni propisi javnog prava - u prvom redu carinski i devizni, kao i drugi koji imperativnim normama, *ius cogens*, bilo izravno bilo neizravno reguliraju izvjesna pitanja robne razmjene s inozemstvom.²³

Identična je situacija kod autora koji kao izvor prava spominju i domaće javno pravo,²⁴ jer je neosporno da ovamo pripada i carinsko pravo.

S druge strane, neki autori određeni naglasak daju međunarodnom zakonodavstvu i međunarodnim trgovačkim običajima kao izvorima međunarodnog trgovačkog prava, s tim što ih domaće zakonodavstvo kontrolira

²⁰ VILUS, J. - CARIĆ, S. - ŠOGOROV, S. *Međunarodno privredno pravo*, Beograd 1984, str.60.

²¹ ANTONIJEVIĆ, Z. op.cit, str.13.

²² ĐUROVIĆ, R. op.cit, str. 23; VILUS, J. - CARIĆ, S. - ŠOGOROV, S. op.cit, str.86. DRAŠKIĆ, M. op.cit, str. 3 i 7.

²³ ĐUROVIĆ, R. op.cit, str.25.

²⁴ DRAŠKIĆ, M. op.cit, str.6.

prinudnopравnim propisima.²⁵ Govoreći o osnovnim propisima koji reguliraju vanjsku trgovinu najprije ne spominju carinske propise,²⁶ ali na drugom mjestu u raspravi u domaćem ugovornom pravu u izvore trgovačkog prava uključuju posebne propise, administrativne propise koji uređuju poslovanje u vanjskoj trgovini, pa i Carinski zakon.²⁷

Dakle, izložena su stajališta suglasna da su carinski propisi izvori prava vanjske trgovine i međunarodnog trgovačkog prava. Također je općepoznato da u našem i stranim pravima dolazi do prožimanja ugovornog i javnog, tj. administrativnog (upravnog) prava i samim tim obveze usklađivanja pojedinih ugovora s tim pravom. Osim toga, također je općepoznato da ovi administrativni propisi, u pravilu, ne određuju građanskopravne posljedice i njihove primjene na ugovore, niti to čine propisi ugovornog prava. Neosporno je da se ovo odnosi i na carinske propise. Dalje od ovih načelnih konstatacija domaći autori na idu, osim pojedinih u sklopu analize pojma carinske obveze u okviru carinskog prava.²⁸

Ipak bi, po našem mišljenju trebalo dopuniti i ujedno objasniti o kakvim se to izvorima carinskog prava radi, kao i o kakvim posljedicama na ugovore. Naime, postoje u osnovi dvije situacije zavisno od toga je li u pitanju visina carinskog opterećenja na uvoz ili izvoz robe. U tom se smislu radi o sljedećem:

- Ako se radi o tome da je u vrijeme zaključenja međunarodnog kupoprodajnog ugovora bila na snazi određena carinska stopa na uvoz određene robe s kojom je uvoznik kalkulirao u vrijeme zaključenja ugovora, pa je naknadno, a prije prispjeća na hrvatsko carinsko područje i mogućnosti podnošenja uvozne carinske deklaracije, ta carinska stopa povećana (u slučaju smanjenja nema po prirodi stvari štetnih posljedica), tada ova činjenica nije pravna ili fizička prepreka za uvoz robe i samim tim izvršenje ugovora. Međutim, naknadno povećanje carine ne smatra se promijenjenom okolnošću zbog koje se može tražiti raskid ugovora, pa to podrazumijeva da se radi o riziku uobičajenom za vanjskotrgovačke ugovore. Ovo stajalište posredno proizlazi iz strane i domaće literature u kojoj se ne spominje slučaj da je ovo bio razlog za raskid ugovora, tj. da je prihvaćeno da se radi o promijenjenim okolnostima. S obzirom da je obveza plaćanja carine u pravilu obveza kupca (uvoznika), to se povećanje carine može, u načelu, smatrati redovitim rizikom ugovora. Međutim, u

²⁵ GOLDŠTAJN, A. *Pravo međunarodne kupoprodaje*, Zagreb 1963, str.33-34.

²⁶ Ibid, str.87-94.

²⁷ GOLDŠTAJN, A. op.cit. u bilj.17, str.44-45.

²⁸ STANKOVIĆ, M. op.cit, str.33.

pojednim slučajevima drastičnog povećanja carine i/ili drugih uvoznih pristojbi i taksa uz ispunjenje drugih uvjeta, koji su propisani (članak 133-136. Zakona o obveznim odnosima), bilo bi osnova da se i to kvalificira u sklopu pojma promijenjenih okolnosti. Naravno, trebalo bi u tom pravcu inicirati sudsku praksu, jer do sad nije poznato da je u ovom pitanju zauzet stav. Ipak, postoje sudske odluke koje se mogu primijeniti po načelu analogije, tj. da se uvođenje 10%-nog poreza na promet ne smatra izvanrednim događajem zbog koga se može tražiti izmjena ili raskid ugovora,²⁹ kao i da je propis Saveznog izvršnog vijeća o naknadi negativne razlike za uvezenu stočnu hranu upravna mjera, a dosljedno tome izvanredan i nepredvidiv događaj na osnovi koga se može tražiti jednostrani raskid ugovora.³⁰ Sudska bi praksa mogla zauzeti pozitivan stav u smislu da se *klauzula rebus sic stantibus* primijeni i kod povećanja carine, bez obzira što u teoriji o tome još nema oslonca. Po pravnoj teoriji materijalni gubitak ne može biti razlog za promjenu ugovora, a još manje za raskid ugovora, jer se to priznaje samo iznimno, tj. ako se radi o radikalnim promjenama okolnosti da bi bilo suprotno volji stranaka i pravnoj etici inzistirati na izvršenju ugovora. S druge strane ipak je to stvar ocjene u svakom pojedinom slučaju i s gledišta radi li se o normalnom riziku za odnosnu vrstu ugovora. Radikalna promjena prilika mora biti takva da bi ispunjenje ugovora pod novim okolnostima imalo za posljedicu ispunjenje nekog novog i sasvim različitog ugovora od onoga prvobitnoga, odnosno da ispunjenje prvobitnog ugovora bude ne samo teško, već pretjerano teško - uključujući velike i pretjerano velike gubitke.³¹

Dakle, mora se raditi o okolnostima koje same po sebi ne sprečavaju, fizički ili pravno, izvršenje ugovora, ali zahtijevaju žrtve koje se od dužnika ne mogu tražiti, jer predstavljaju izvanrednu teškoću.³² Ne treba ipak izgubiti iz vida da je jedna od karakteristika međunarodnog trgovačkog prava da se ugovori samo iznimno raskidaju, tj. raskid se koristi samo kao *ultima ratio*, onda kada nijedno drugo rješenje ne može zadovoljiti obje ugovorne strane i najčešće zbog objektivnih nemogućnosti da se ugovor ostvari.³³

Iako je pravosuđe svuda u svijetu vrlo uzdržljivo u primjeni oslobođenja zbog promijenjenih okolnosti u oblasti prodaje, ipak bi trebalo kod nas, čini se, utjecati na smanjenje rezerviranosti u odnosu na povećanje carine. Pozitivan stav sudske prakse mogao bi, a i morao bi,

²⁹ Zbirka odluka privrednih sudova iz 1956, br.5.

³⁰ Zbirka odluka privrednih sudova br. VII/3-431.

³¹ GOLDŠTAJN, A. *Privredno ugovorno pravo*, str.184-185.

³² DRAŠKIĆ, M. op.cit, str.276.

³³ VILUS, J. - CARIĆ, S. - ŠOGOROV, S. op.cit, str.8.

imati utjecaja na domaće carinsko pravo u smislu poštovanja vanjskotrgovačkih ugovora. Konačno, ako naše pravo i niz stranih prava (npr. skandinavsko) prihvaćaju promjenu cijene, kada je nenormalno visoka, kao osnovu za odustanak od ugovora,³⁴ tada se to može odnositi i na slučajeve povećanja carine - općenito ili bar na opremu kao robu, u pravilu, velike vrijednosti na koju se to najčešće odnosi s obzirom na duži protek vremena od dana zaključenja do dana izvršenja ugovora o isporuci investicijske i druge opreme.

U odnosu na procesne odredbe carinskog prava treba naglasiti da u primjeni ovih izvora međunarodnog trgovačkog prava može doći do pravne ili fizičke nemogućnosti uvoza ili izvoza, pa i provoza (tranzita) robe. U pravilu se radi o pravnoj nemogućnosti, rjeđe fizičkoj s obzirom da carinskim pravom nije reguliran režim uvozno/izvoznih dozvola i sl. U užem carinskom smislu potrebno je raspolagati dokumentacijom na temelju koje je moguće izvršiti provjeru stvarnog stanja odnosne robe za propisane elemente (vrsta, kakvoća, vrijednost, količina i porijeklo uvoza).

Procesne odredbe carinskog prava primjenjuju se već više godina i pri kontroli fizičkog uvoza i izvoza robe s gledišta vanjskotrgovačkih propisa, a na temelju imperativnog ovlaštenja iz tih propisa. Naime, po vanjskotrgovačkom pravu³⁵ carinski organi prilikom carinjenja robe vrše kontrolu odgovara li stvarno stanje robe koja se izvozi ili uvozi propisanom obliku (režimu) izvoza i uvoza postoji li atest za robu za koju je to obavezno i sl. U vršenju te kontrole primjenjuju se odredbe carinskog prava koje važe za carinjenje robe. Kako je sva roba koja se izvozi i uvozi razvrstana na oblike (režime) izvoza i uvoza, to pravno i faktički znači da je na carinske organe prebačena cjelokupna kontrola spomenutih oblika koja se vrši u sklopu postupka carinjenja robe. Ovo je u stvari najracionalniji mogući način s obzirom da je razvrstavanje robe po oblicima u potpunosti zasnovano na razvrstavanju robe po Carinskoj tarifi čija se primjena kontrolira također u postupku carinjenja. Na ovaj se način istovremeno kontrolira razvrstavanje iste robe po dvije odvojene pravne osnove - vanjskotrgovačke i carinske.

4. SISTEMATIKA VANJSKOTRGOVAČKIH UGOVORA (OPĆENITO I S CARINSKOG GLEDIŠTA)

Poznato je da intervencija države ima poseban značaj pri zaključivanju vanjskotrgovačkih ugovora, pa u tom smislu postoji i

³⁴ DRAŠKIĆ, M. op.cit, str.278.

³⁵ Članak 116. Zakona o vanjskotrgovačkom poslovanju, NN RH, br. 53/91.

"trostrana koncepcija ugovora" po kojoj pri zaključenju ugovora sudjeluju tri stranke, od kojih je jedna uvijek država.³⁶ Ova se teorija, po našem mišljenju, može prihvatiti s gledišta carinskog prava u odnosu na izvršenje ugovora. Naime, uvoz, izvoz i prevoz robe nije moguć bez carinske kontrole na granici (bez obzira na intenzitet te kontrole) pa je time obavezno sudjelovanje države, tj. carinskog organa kao kontrolnog organa države pri izvršenju vanjskotrgovačkih ugovora čiji predmet je određena carinska roba.

U okviru međunarodnog poslovnog prava kao dijela međunarodnog trgovačkog prava obrađuju se pojedini vanjskotrgovački ugovori, odnosno poslovi, tj. trgovačko pravo u užem smislu i međunarodno transportno pravo koji su od interesa i za carinsko pravo.

Prema sistematici domaćeg vanjskotrgovačkog prava najznačajniji poslovi su:

- Izvoz i uvoz robe (međunarodna kupoprodaja),
- Privremeni izvoz i uvoz robe (oplemenjivanje, popravak, zakup, *leasing*, međunarodni sajmovi i izložbe i sl.),
- Uvoz robe po osnovi stranog ulaganja,
- Izvoz i uvoz robe po osnovi dugoročne proizvodne kooperacije,
- Međunarodno posredovanje (s uvozom robe ili bez njega),
- Izvoz i uvoz robe u okviru malograničnog prometa,
- Izvoz i uvoz robe po osnovi poslova u slobodnim zonama,
- Usluge znanstvenoistraživačkog i istraživačkog razvojnog rada,
- Pribavljanje i ustupanje prava industrijskog vlasništva, znanja i iskustva,
- Poslovi međunarodnog otpremništva,
- Turistički poslovi s inozemstvom,
- Opskrba prijevoznih sredstava u međunarodnom prometu,
- Pružanje aerodromskih, lučkih i pristanišnih usluga,
- Poslovi pomorsko-tehničkih i istraživačkih usluga na moru i podmorju,
- Usluge uskladištenja robe,
- Poslovi prodaje robe s konsignacijskih skladišta,
- Poslovi prodaje robe iz slobodnih carinskih prodavaonica,
- Poslovi međunarodnog transportnog osiguranja, itd.

Navedeni vanjskotrgovački poslovi odnosno ugovori neposredno ili posredno imaju za predmet robu koja je istovremeno i predmet carinskog postupka, odnosno carinskog prava. Ovo se odnosi naprimjer i na turističke poslove s inozemstvom u vezi s čuvanjem stranih privremeno uvezenih plovila ili vozila, iznajmljivanje stranih plovila i vozila i sl. Ovamo također pripada i vađenje potonulog stranog broda u obalnom moru ili

³⁶ DRAŠKIĆ, M. op.cit, str.76.

izvan obalnog mora Republike Hrvatske ako se poslije toga doprema u domaću luku, te uvoz ili izvoz znanstveno-istraživačkog projekta u svom materijaliziranom obliku i sl.

Dakle, u dijelu izvršenja svih vanjskotrgovačkih ugovora kod kojih je prisutan strani element u materijaliziranom obliku uvoza ili izvoza javlja se istovremeno u pravilu i carinska roba. Samim tim ta okolnost predstavlja dodirnu točku (koneksiju) između vanjskotrgovačkih ugovora, tj. vanjskotrgovačkog prava i carinskog prava. U vezi s tim postavlja se pitanje sistematike vanjskotrgovačkih ugovora s carinskog gledišta, tj. tretiraju li se analogno po međunarodnoj kupoprodaji, kao najtipičnijem ugovoru, ili po svojim karakteristikama? S obzirom da je carinska roba dodirna točka, to je s tog gledišta ugovor o međunarodnoj kupoprodaji neosporno najvažniji, jer je on najčešći i najtipičniji vanjskotrgovački ugovor na osnovi koga se javlja carinska roba kao predmet carinskog postupka. Osim ovog ugovora, postoji čitav niz drugih ugovora koji imaju veće ili manje sličnosti s međunarodnom kupoprodajom i samim tim se to odražava i u carinskom postupku. Naime, postoji više načina utvrđivanja vrijednosti carinske robe baš ovisno o vrsti ugovora, postoji različit tretman s carinskosmještajnog gledišta, s gledišta načina carinjenja itd.

Iako se carinsko pravo jednako primjenjuje na bilo koju carinsku robu koja se javlja kao predmet izvršenja određenog vanjskotrgovačkog ugovora, ipak se pojedini ugovori zbog svojih karakteristika po prirodi stvari različito tretiraju u carinskom postupku, odnosno više ili manje dolaze do izražaja karakteristike tih ugovora u odnosu na pojedine carinske institute. Zbog toga se može po našem mišljenju, izvršiti s takvog carinskog gledišta, odnosno pristupa vanjskotrgovačkih ugovora, i to:

1. *S gledišta carinsko-smještajnih instituta*

- Ugovor o uskladištenju robe
- Ugovor o držanju konsignacijskog skladišta,
- Ugovor o izlaganju robe na međunarodnom sajmu, izložbi i sl.
- Ugovor o obavljanju poslova u slobodnim zonama.

2. *S gledišta carinske nomenklature*

- Ugovor o međunarodnoj kupoprodaji,
- Svi drugi ugovori kod kojih se javlja roba u materijalnom smislu, uključujući i ugovore kod kojih se carinska roba javlja samo kao oblik (medij) prijenosa određenih znanja, iskustava i sl.

3. *S gledišta utvrđivanja carinske vrijednosti*

- Ugovor o međunarodnoj kupoprodaji,
- Ugovor o međunarodnom prijevozu robe,

- Ugovor o osiguranju robe,
- Ugovor o kontroli robe,
- Ugovor o licenci,
- Ugovor o inženjeringu,
- Ugovor o zakupu - *leasingu*,
- Svi drugi ugovori u vanjskoj trgovini kod kojih se kao predmet carinskog postupka javlja carinska roba koju treba s carinskog gledišta vrednovati.

4. Ostali vanjskotrgovački ugovori

- Zastupanje,
- Komision,
- Strano ulaganje,
- Investicijski radovi u inozemstvu i zemlji,
- Dugoročna proizvodna kooperacija,
- Međunarodna kupoprodaja energije,
- Međunarodna kupoprodaja transportnih sredstava,
- Opskrba prijevoznih sredstava u međunarodnom prometu,
- Ugovor o građenju broda,
- Ugovor o popravku i preinaci broda,
- Malogranični promet,
- Ugovori u turizmu,
- Pomorsko-tehničke i istraživačke usluge na moru i podmorju.

Navedena podjela ne znači da pripadnost jednoj grupi isključuje druge grupe. Naime, određena carinska roba zavisno od faza carinskog postupka može biti tretirana s više gledišta (npr. prijavljivanje, carinjenje i sl.). Posljedica toga je činjenica da carinska roba bude pod carinskim nadzorom i da se u postupku carinjenja utvrde osnovni elementi o toj robi s carinskog gledišta (vrsta, kakvoća, vrijednost količina i porijeklo kod uvoza).

5. ZAKLJUČAK

Najizrazitiji je utjecaj carine u fazi izvršenja vanjskotrgovačkih ugovora i u vezi s tim najbitnije je istaći sljedeće:

5.1. Propisi mjerodavni za carinjenje određuju se prema danu podnošenja carinske deklaracije za carinjenje i ovaj je dan neovisan od dana prelaska odnosne robe preko carinske crte i istovremeno od dana zaključenja ugovora na osnovi koga se vrši isporuka iste robe. Na ovaj je način carinsko pravo ostalo udaljeno od vanjskotrgovačkog i deviznog prava koja (*ius cogens*) u pravilu prihvaćaju primjenu propisa prema danu zaključenja odnosnog ugovora, odnosno propisu koji je toga dana važio. Zbog toga bi spomenuti carinski pristup morao biti suvremeniji i elastičniji, te samim tim doveden u sklad s vanjskotrgovačkim i deviznim pravom koji prilikom uvođenja restriktivnih mjera u pravilu dopuštaju da se ranije zaključeni ugovori izvrše po ranijim, tj. blažim propisima.

5.2. U praksi, pa i u teoriji glavna se pažnja posvećuje carinsko-obveznom utjecaju carine na izvršenje vanjskotrgovačkih ugovora, te se potpuno neopravdano premalo pažnje poklanja carinskoproceduralnim pitanjima. Naime, pitanja carinskog postupka nisu ništa manje značajna, jer kompliciranost i sporost carinskog postupka može izravno negativno utjecati na izvršenje ugovora.

Ovo je pitanje izravno vezano za carinsku proceduru kao oblik izvancarinske zaštite koji se u teoriji i praksi kod nas vrlo skromno spominje i obrađuje, a može neosporno predstavljati kočnicu pri izvršenju ugovora.

5.3. Carinska je vrijednost (osnovica) također jedan od najznačajnijih carinskoobveznih instituta i kod nas se temelji na međunarodnom Sporazumu o primjeni članka VII GATT-a iz 1979.

Ovo je neosporno jedan od rijetkih carinskih instituta koji se temelji na vanjskotrgovačkoj praksi, pa samim tim ubrzava carinjenje i ne inzistira na formalnostima, temelji se na uobičajenoj trgovačkoj dokumentaciji i sl.

5.4. Međunarodna carinska regulativa postaje sve značajnijom i organski je vezana za izvršenje vanjskotrgovačkih ugovora na temelju kojih se vrši isporuka određene robe.

Poznavanje međunarodne carinske regulative vrlo je značajno s obzirom na univerzalnost u svijetu, pa je samim tim i nužno o tome voditi računa prilikom zaključenja ugovora (npr. TIR Konvencija, A.T.A. Konvencija, Konvencija o privremenom uvozu kontejnera itd.).

LITERATURA

1. ANTONIJEVIĆ, Z. *Pravo spoljne trgovine*, Beograd, 1967.
2. DRAŠKIĆ, M. *Međunarodno privredno ugovorno pravo*, Beograd, 1988.
3. ĐUROVIĆ, R. *Međunarodno privredno pravo*, Beograd, 1979.
4. GOLDŠTAJN, A. *Privredno ugovorno pravo*, Zagreb, 1980.
5. GOLDŠTAJN, A. *Državni akti i vanjskotrgovinski ugovori*, Zagreb, 1981.
6. SIMIĆ, P. *Carine i carinski postupak*, Rijeka, 1968.
7. TURINA, A. *Carinski sistem i carinski postupak*, Rijeka, 1968.
8. TURINA, A. *Carina kao predmet znanstvenog proučavanja*, Zbornik ekonomskog fakulteta, Rijeka, br. I/71.
9. VILUS, J. - CARIĆ, S. - ŠOGOROV, S. *Međunarodno privredno pravo*, Beograd, 1989.

Summary

CUSTOMS LAW AND FOREIGN TRADE LAW

The author deals with the concept and relations of customs law and foreign trade law emphasizing that these relations do not receive enough attention from the scientific, professional and practical viewpoint. The author is of the opinion that customs rules are sources of foreign trade law and that this should be taken into account before signing appropriate trade contracts.

The customs influence is usually taken into account but the corresponding legal solution is not satisfactory concerning foreign trade contracts. The customs influence is no less important from the aspect of the customs procedure - important from the aspect of the customs procedure - especially international customs regulations.

SPECIFIČNOSTI RADNOPRAVNOG I SOCIJALNOPRAVNOG POLOŽAJA SVJETIONIČARA

Dr. MARINKO Đ. UČUR, izv.prof.
Pravni fakultet u Rijeci

UDK 349.2+349.3
Izvorni znanstveni rad
Ur.: 24.11.1992.

Radnopravni status svjetioničara spada u jednu novu grupu radnih odnosa koja je u teoriji vrlo malo obrađena, propisima neznatno naglašena, a u praksi "svedena" na mali broj izvršitelja i organizaciju koja ima "izdvojen" režim. Radi se o radnim odnosima radnika privredne djelatnosti morske tehnologije. Autor se dugo bavi ovim radnim odnosima (pomoraca, lučkih radnika i dr.) i u ovom radu naglašava specifičnosti radnopravnog i socijalnopravnog položaja svjetioničara. One se, prvenstveno, odnose na: utjecaj djelatnosti u kojoj se radni odnosi realiziraju na sadržaj prava, obveza i odgovornosti radnika; reguliranje i realiziranje obveza i prava (zasnivanje radnog odnosa, rad na izdvojenim mjestima rada, karakteristični poslovi koje vrše svjetioničari, vršenje službe i radno vrijeme, stalnost zaposlenja i raspored); neke probleme obrazovanja i zapošljavanja; specifične radne i životne uvjete (naročito pitanje zadovoljavanja stambenih potreba) i dr.

1. UVOD

Povećava se vrijednost flote u nas i u svijetu, modernizira se trgovačka mornarica svijeta, napreduju tehničko-tehnološki procesi u pomorstvu uopće, uz sve naglašeniji trend razvoja drugih djelatnosti zbog kojih se zapošljavaju radnici koji vrše službu sigurnosti plovidbe i zaštite ljudskog života na moru. Stupanj opasnosti i opseg prometa morem raste. Potencijalne štete i troškove sa sobom nose udesi velikih brodova koji prevoze ogromne količine opasnih i štetnih tereta.

Brojne, vrlo složene i specifične radne operacije vrše svjetioničari. Radi se o malom broju radnika (141 svjetioničar na kraju 1989. godine u Republici Hrvatskoj). Na "čuvanim" svjetionicima žive i obitelji svjetioničara.

Svjetioničari su subjekt sigurnosti plovidbe uopće.¹

Ne ulazeći u druge, vrlo specifične značajke vršenja službe sigurnosti plovidbe i zaštite ljudskog života na moru, čime se bave druge znanstvene discipline, u ovom se radu naznačuju samo oni elementi koji, posredno ili neposredno, utječu na radnopravni status svjetioničara. Taj status nije adekvatno reguliran, teorija ga zaobilazi, a u praksi se odnosi odvijaju više inercijom zatečenog, nego putanjom novog i projektiranog.

Radni odnosi svjetioničara pripadaju skupini radnih odnosa u organizacijama privrednih djelatnosti morske tehnologije s posebnim režimom, jer su "vezani na specifične uvjete rada, pa se izučavaju kao specifični radni odnosi."² Uz opća pravila o reguliranju radnih odnosa, zbog svoje specifičnosti, oni su "podvrgnuti i specijalnim pravilima, a uz opće institucije u skladu s prirodom rada".³ Radni je odnos svjetioničara specifičan, poseban, atipičan i u odnosu na radne odnose drugih radnika navedenih organizacija morske tehnologije: po planiranju i promociji osiguravanju i zapošljavanju novih radnika, organizaciji rada, istraživanju obrazovnih potreba, vrednovanju rada, usavršavanju sustava plaća i naknada umjesto plaće, zaštite na radu i zaštite prava radnika. Razlike su uvjetovane prirodom djelatnosti, tehničkim i drugim uvjetima rada što stvara i poseban režim specifičnih prava, obveza i odgovornosti svjetioničara.

Svjetioničari, u pravilu rade samostalno, bez ekipa i na izdvojenim mjestima rada. U tom je smislu moguća stanovita kolizija: mogu li se na tim i takvim izdvojenim mjestima rada tolerirati "posebni uvjeti rada, koji se sastoje i u poslovima koje radi sprečavanja štetnog utjecaja rada na život i zdravlje radnika... mogu obavljati samo osobe koje osim uvjeta za zasnivanje radnog odnosa ispunjavaju još i posebne uvjete u pogledu: dobi života, spola, stručnih sposobnosti, zdravstvenog stanja, psihofizičkih i psihičkih sposobnosti i dr."⁴

Prisutna su i mišljenja da se na radne odnose svjetioničara primjenjuju propisi o radnim odnosima radnika u upravi. To se pravda

¹ Međunarodna konvencija o zaštiti ljudskih života na moru iz 1948. (s amandmanima). Primjenjuje se, u nas, od 1952. godine.

² TINTIĆ, N. *Radno i socijalno pravo*, knjiga prva, Radni odnosi (I.), Zagreb, Narodne novine, 1969., str.478.

³ Ibid., str.479.

⁴ Vidi npr. Pravilnik o poslovima s posebnim uvjetima rada ("Narodne novine" 5/84).

poslovima koje ovi radnici obavljaju, odnosno ustrojstvom organizacije u kojoj se radni odnosi zasnivaju i realiziraju. Nesporno je da sigurnost plovidbe, radio usluge i neki drugi poslovi spadaju dijelom i u djelatnost uprave, ali usluge u području pomorske signalizacije, modernizacija pomorske signalizacije, međunarodni radio-promet, distribucija robe (publikacija pomorskih karata i sl.), prvenstveno su privrednog karaktera. To se odnosi i na opremu i materijale s kojima svjetioničari rade: građevinski objekti, plovni objekti, način korišćenja radne, zaštitne i službene odjeće i dr.⁵

Svjetioničari, preko organizacije u kojoj su u radnom odnosu ostvaruju i državne funkcije: briga o održavanju plovnih putova u obalnom moru na kojima vrijedi međunarodni režim plovidbe, održavanje i uređivanje tih putova, postavljanje na njima objekata za sigurnost plovidbe, osiguravanje njihovog pravilnog funkcioniranja, obavljanje radio-službe na pomorskim plovnim putovima, odgovarajuća istraživanja i projektiranja i dr.⁶ Pretežno je to privredna aktivnost.

Režim radnih odnosa svjetioničara jedinstveno je reguliran, sadržaj prava, obveza i odgovornosti svjetioničara na radu je isti, a mjerila se analitički autonomno uređuju. Taj se režim neće naglašeno uređivati heteronomnim normama, a sve dotle dok se objekti sigurnosti plovidbe ne moderniziraju tako da "fizička" prisutnost i aktivnost svjetioničara ne bude nužna, njihove "ruke" ostaju nezamjenjive (rad, zalaganje i shvaćanje važnosti i odgovornosti svjetioničara).⁷

2. DJELATNOST U KOJOJ SE ZASNIVAJU I REALIZIRAJU RADNI ODNOSI SVJETIONIČARA

Radnici koji zasnivaju radni odnos u svojstvu svjetioničara to sada čine u poduzeću "Plovput" Split, a do osnivanja toga poduzeća u Ustanovi

⁵ Vidi: - Odluku o utvrđivanju privrednih i izvanprivrednih djelatnosti ("Službeni list SFRJ" 14/77 i 18/80); - Odluku o jedinstvenoj klasifikaciji djelatnosti ("Službeni list SFRJ" 34/76, 62/77, 72/80, 77/82, 71/83, 68/84, 76/85, 28/86, 72/86, 78/87, 63/88 i 6/89).

⁶ Zakon o Ustanovi za održavanje pomorskih plovnih putova ("Službeni list SFRJ" 50/74 i 17/81); Uredba Vlade Republike Hrvatske o osnivanju poduzeća "Plovput" Split, Narodne novine 3/92.

⁷ Pod Upravom Ustanove za održavanje pomorskih plovnih putova Split na kraju 1988. godine bilo je 1101 objekat i to: 33 svjetionika, 606 obalnih i lučkih svjetala, 72 svjetlosnih znaka, 58 svjetlosne plutače, 59 signalnih plutača, 266 signalnih oznaka, 2 signalne stanice, 2 plovka i 3 radio-fara. Svi objekti podijeljeni su na svjetleće (763), signalne (329) i radio-objekte (3). - Prema Izvještaju Ustanove za održavanje pomorskih plovnih putova Split (interno), Split, 1988.

za održavanje pomorskih plovnih putova sa sjedištem u Splitu.⁸ Služba je bila organizirana u tzv. "plovnim područjima": Pula, Rijeka, Zadar, Šibenik, Split, Korčula, Dubrovnik i Kumbor.

Pored ostalog obavljaju se i stručno-tehnički poslovi: održavanje plovidbenih putova u obalnom moru na kojima vrijedi međunarodni režim plovidbe, održavanje i uređivanje tih putova, postavljanje na njima objekata za sigurnost plovidbe i osiguranje njihovog pravilnog funkcioniranja, te obavljanje poslova radio-službe koja služi zaštiti ljudskog života na moru i sigurnosti plovidbe.⁹

Na plovidbenom se putu mogu javljati stalne i povremene zapreke (mostovi, kabeli, potonuli objekti) na kojima se postavljaju i održavaju svjetla i znakovi za obilježavanje tih zapreka. "Svjetionik je pomorsko svjetlo na obali, otoku, grebenu ili plićini za orijentaciju pomorcima danju i noću. U užem smislu, svjetionik je pomorsko svjetlo koje neprekidno nadziru svjetioničari. ...U pomorsko-pravnom značenju, svjetionik je svako pomorsko svjetlo koje služi pomorcima za orijentaciju... Na svjetionicima može biti 1-5 svjetioničara, koji obavljaju službu u smjenama. Osim održavanja svjetionika, svjetioničari obavljaju i meteorološka opažanja, izviđanja u vezi sa sigurnošću plovidbe i nadzor nad ribolovom.¹⁰

Rad svjetioničara odvija se u preciznoj organizaciji rada u jedinicama koje čine: svjetionici, svjetioničarske stanice i signalne stanice. Osnovna organizacijska jedinica plovnog područja je čuvani svjetionik. Posada čuvanog svjetionika sastavljena je od upravitelja čuvanog svjetionika i svjetioničara. Rad svjetioničara ovisan je i od rada drugih u nautičkom i brodstrojarskom dijelu. Složenost i multipliciranost ovog posla zahtijeva i raznovrsna plovila: brodove-radionice, brodove-svjetioničarske stanice, brodove za ekipe, grtalice, klapete, motorne čamce i čamce na vesla. Na njih se odnose propisi koji važe za pomorska zvanja i zanimanja.¹¹

⁸ Zakon o Ustanovi za održavanje pomorskih plovnih putova donijela je bivša Skupština SFRJ na sjednici Saveznog vijeća 8. listopada 1974. ("Službeni list SFRJ" 50/74), koji je prestao važiti donošenjem Zakona i Uredbe navedene u pozivnoj bilješci 6.

⁹ "... pomorski je plovidbeni put pojas mora dovoljno dubok i širok za sigurnu plovidbu broda koji je, prema potrebi, i obilježen...". "Objekti sigurnosti plovidbe jesu: svjetionici, obalna svjetla, oznake, signalne i radio stanice, optički, zvučni, električni, elektrotehnički i drugi uređaji za sigurnost plovidbe na moru, plovidbenim putovima i lukama" - član 6 Zakona... Loc.cit.

¹⁰ "Enciklopedija Leksikografskog zavoda, Zagreb, 1969., str.208 i 209. "Prije su svjetioničarske kule služile samo za donju orijentaciju. Na kulama su se palile prvo lomače tek u početku naše ere, a kasnije ugljen u željeznim košarama. Kroz stoljeća su se upotrebljavale, voštanice, svjetiljke na ulje, petrolej, rasvjetni plin, rastvoreni acetilen, petrolejske pare, električne lučnice, a u novije doba električne žarulje ispunjene ksenonom."

¹¹ Više o tome: UČUR, M. *Karakteristični radni i socijalni kriteriji i mjerila za ostvarivanje prava i dužnosti pomoraca*, I. Jugoslavensko savjetovanje o uvjetima života i rada

Plovni putovi nisu u svemu označeni u skladu sa zahtjevima, obimom prometa i stupnjem opasnosti. Nužna je brža modernizacija objekata pomoću solarne energije, jer se pokazala sigurnijom i pouzdanom.

Usklađujući propise s Ustavom od 22.12.1990. Republika Hrvatska je Uredbom Vlade osnovala poduzeće "Plovput" Split, za obavljanje stručno tehničkih poslova kojima se osiguravaju uvjeti za sigurnu plovidbu obalnim morem Republike Hrvatske. Djelatnost ovog poduzeća od interesa je za Republiku Hrvatsku: održavanje i uređenje plovidbenih putova u obalnom moru Republike Hrvatske; postavljanje objekata sigurnosti plovidbe na plovidbenom putu u obalnom moru Republike Hrvatske i osiguravanje njihovog plovidbenog funkcioniranja.

U odlučivanju o pravima, obvezama i odgovornostima radnika pojavljuje se Upravni odbor i direktor. Upravni odbor donosi akt o unutarnjoj organizaciji i načinu rada poduzeća, te akt o raspodjeli plaća djelatnika poduzeća. Direktor ima prava i dužnosti poslovnog organa. Promjene pravnog statusa u dosada postojećoj Ustanovi za održavanje plovnih putova i osnivanjem poduzeća "Plovput" Split, uslijedit će brojne (vanjske i interne) promjene, što će se odraziti i na radne odnose. Pri tome treba imati u vidu i mišljenje da "propisi sigurnosti plovidbe najmanje zavise od ekonomske i društvene strukture države."¹²

Realno je očekivati da će "Plovput" Split postati članom Međunarodnog udruženja ustanova za svjetionike (IALA) koje je osnovano 1957. godine sa sjedištem u Parizu. Pored ostalog ovo međunarodno udruženje izdaje preporuke za nomenklaturu svjetla, njihov intenzitet, standardizaciju boja i dr. u sigurnosti plovidbe na moru.

Država će i dalje biti direktno zainteresirana za uređivanje odnosa sigurnosti plovidbe na moru. To ne znači da treba donositi i posebne propise o radnim odnosima radnika u toj djelatnosti. Međutim, valja sugerirati da se specijalnim propisima, *lex specialis*, iz ove oblasti, koje će donositi zakonodavno tijelo ili po ovlaštenjima iz zakona resorna ministarstva, uredi i "specifičnost" radnopravnog statusa svih radnika u djelatnosti održavanja morskih putova u nas.

pomoraca, u Zborniku radova: Čovjek na brodu, Fakultet za pomorstvo i saobraćaj i Pedagoški fakultet Rijeka, Rijeka, 1988.

¹² JAKAŠA, B. *Udžbenik plovidbenog prava*, Zagreb, Narodne novine, 1979, str.6.

3. REGULIRANJE I REALIZIRANJE OBVEZA I PRAVA

Obveze, odgovornosti i prava svjetioničara reguliraju se heteronomnim i autonomnim normama. Njih karakteriziraju ovi elementi:

- poslovanje u skladu s posebnim zakonom, drugim propisima i poslovnim običajima u poslovima sigurnosti plovidbe na moru;
- načelo savjesnosti i poštenja u prometu;
- evidentiranje radnih operacija uz cijene koje su unaprijed određene, kao i usluga pruženih potencijalnim i stvarnim korisnicima usluga;
- ažurnost, točnost, dosljednost i operativnost u izvršavanju poslova i zadataka svjetioničara;
- neprestani kontakt s korisnicima usluga i organizacijom u kojoj su u radnom odnosu;
- poznavanje propisa u oblasti pravnog prometa i plovidbenog prava u dijelu nužnom za obavljanje radnih operacija na "čuvanom" svjetioniku;
- nadzor nad primjenom propisa provode organi određeni posebnim propisima;
- mjere i sankcije zbog povrede propisa, obveza i prava i dr.

Pored heteronomnih normi na prava, obveze i odgovornosti svjetioničara odnose se i na odredbe kolektivnih ugovora i općih akata. Nakon što je stupio na snagu Opći kolektivni ugovor (bez obzira na tendencije u njegovoj doradi i efektu) slijedi sklapanje granskih (grupacijskih) kolektivnih ugovora, tj. kolektivnih ugovora, tj. kolektivnih ugovora, tj. kolektivnih ugovora u djelatnostima. U njima se naglašava sva specifičnost radnopravnog odnosa u toj djelatnosti: prava, obveze i odgovornosti subjekata radnog odnosa (radnika i poslodavca), i stvara temelj za konkretizaciju osnova i mjerila za pojedine obveze, odgovornosti i prava u konkretnom kolektivnom ugovoru i u ugovoru o zapošljavanju (ili još uvijek u odluci o zasnivanju radnog odnosa).¹³

U nas je utvrđena "nomenklatura djelatnosti", pa bez obzira na različita stajališta o njenom cilju i sadržaju, odnosno o materijalnopravnom i formalnopravnom značenju, ona, pored ostalog, ima veliko značenje za radnopravne odnose, u ovom slučaju za radne odnose svjetioničara.

Svjetioničari će svoj status dijeliti s drugim radnicima u pomorskom brodarstvu i lukama, kojima "organski" pripadaju: režim školovanja, plaća, odmora i dopusta, režim raznih naknada i drugih akcesorija uz plaću, naknade na teret materijalnih i nematerijalnih troškova i dr. "Komorsko"

¹³ Više o tome: - UČUR, M. *Nomotehničke pretpostavke za sklapanje granskih kolektivnih ugovora*, gospodarstvo Istre, studeni 1991/4, Pula, str.47-55.

organiziranje poslodavca i udruživanje pratiti će ovu djelatnost izdvojeno. Što se tiče organiziranja i funkcioniranja sindikata, ovo će sigurno pratiti i radnike u ovoj djelatnosti.

Rad svjetioničara je od izuzetne društvene važnosti pa se to mora pokazati i dosljednijim reguliranjem njihovog radnopravnog i socijalnopravnog položaja.

Radni odnos svjetioničara pravni je odnos između radnika koji obavlja specifične radne operacije, najčešće na tzv. čuванom svjetioniku, u kontinuiranom procesu rada, dobrovoljno zasnovan s organizacijom čija je djelatnost sigurnost plovidbe i zaštite ljudskog života na moru, kroz vrlo specifično utvrđeno radno vrijeme u smjenama, kao svoje glavno i redovno zanimanje na sredstvima rada organizacije, a uz naknadu (plaću) i druga prava utvrđena zakonom, kolektivnim ugovorom i općim aktima organizacije.

Parafrazirajući odredbe Zakona o radnim odnosima, pozitivno pravna definicija radnih odnosa svjetioničara bila bi: Radni odnos svjetioničara je dobrovoljni odnos između svjetioničara i poduzeća "Plovput" Split radi obavljanja poslova na čuванom ili drugom svjetioničarskom mjestu rada, ali uvijek poslova svjetioničara i radi ekonomski svrsishodnoga i odgovornoga korištenja sredstava i ostvarivanja prava i obveza što se stječu na radu i po osnovi rada, koji su uređeni zakonom, kolektivnim ugovorom i općim aktima poduzeća "Plovput" Split.¹⁴

3.1. RADNI ODNOSI SVJETIONIČARA PRIPADAJU SKUPINI RADNIH ODNOSA RADNIKA PRIVREDNIH DJELATNOSTI MORSKE TEHNOLOGIJE

Ako prihvatimo manje spornu definiciju da je morska tehnologija, kao specifično područje tehnološkog razvoja, "skup znanja, sredstava i procesa, koji nam omogućuju iskorištavanje mora i podmorja kao izvorišta hrane, minerala, energije i prostora za različite namjene", lakše nam je tvrditi da su radni odnosi svjetioničara dio izrazito specifične grupe radnih odnosa koji se zasnivaju i realiziraju u privrednim djelatnostima morske tehnologije. To su različite djelatnosti: morska industrija nafte i plina, morsko rudarstvo, morska prehrambena industrija, morska i obalna postrojenja, morska komunalna djelatnost i morski izvori energije.¹⁵

¹⁴ Zakon o radnim odnosima ("Narodne novine" 19/90) i Zakon o preuzimanju saveznih zakona iz oblasti radnih odnosa i zapošljavanja koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuju kao republički zakoni ("Narodne novine" 34/91) - a odnosi se i na Zakon o osnovnim pravima iz radnog odnosa ("Službeni list SFRJ" 60/89 i 42/90), a u vezi s Uredbom navedenom u pozivnoj bilješci 6.

¹⁵ MAROCHINI, F. *Razvojni pravci morske tehnologije*, III. konferencija Saveza inženjera i tehničara Hrvatske, Zagreb, 21-23.11.1979. - UČUR, M. *Neke karakteristike radnog*

Temeljem toga razvijaju se specifični radni odnosi radnika koji imaju posebna znanja, koriste posebna sredstva u posebnom procesu rada. Nas ovdje zanima sigurnost plovidbe u morskom transportu, samo s aspekta radnopravnog položaja svjetioničara.

Kao i u drugim djelatnostima tako i u djelatnosti održavanja pomorskih plovnih putova, proces rada se realizira u neprekidnom godišnjem poslovanju, a organizacija rada obavlja u smjenama. Ovo nije sezonska djelatnost.

Radne odnose radnika u privrednim djelatnostima morske tehnologije karakteriziraju specifičnosti u: uvjetima rada, mjestu rada, kontinuitetu obavljanja rada, profesionalnosti, zaštite na radu i dr. Njihova osnova, značaj i važnost osigurani su pravnim propisima. Za ove radne odnose vrijedi opći pojam radnopravnog odnosa i njegovi bitni elementi (dobrovoljnosti, osobna radnopravna funkcionalna veza, uključivanje, plaća i subordinacija). Pored ovih, ili uz ove bitne elemente, razvijaju se specifični elementi, kriteriji i mjerila, poseban režim uz posebne manifestacije i posljedice.

Zasnivanje radnog odnosa svjetioničara temelji se na specifičnom planu zapošljavanja, donošenju odluke o potrebnom broju izvršitelja, utvrđivanju (prethodnom provjeravanju) radnih sposobnosti za rad na svjetioniku (u specifičnim životnim i radnim uvjetima), pokusni rad, uvođenje u posao i dr.

Radnici koji prvi put zasnivaju radni odnos u svojstvu svjetioničara pohađaju određene tečajeve i seminare, te provode obuku različitog sadržaja. Priučavanje se obavlja na poslu i izvan radnog mjesta.

Strukturu radne snage na svjetionicima, u pravilu, čine radnici sa završenim zanatom koji je nužan za obavljanje službe na svjetioniku ili su pak radnici sa završenom srednjom školom.

U radni se odnos prima i određeni broj pripravnika koji na svjetionicima stječu potrebnu praksu za obavljanje službe na svjetioniku, a nakon jedne do dvije godine prakse pripravnici pohađaju poseban interni seminar uz polaganje stručnog ispita za stjecanje zvanja kvalificiranog svjetioničara odnosno radiofonista.

Pri zasnivanju radnog odnosa sa svjetioničarem uputnije je koristiti institut prethodne provjere, jer smanjuje konflikte i troškove.

Za zasnivanje radnog odnosa od radnika svjetioničara zahtijeva se da dokaže da ispunjava i poseban uvjet - posebne zdravstvene sposobnosti.

Na svjetionicima je sva nužna oprema okupljena na veoma malom prostoru. Radi se sa rizicima i opasnostima u kojima ljudske ruke mogu zatajiti. Zbog toga se u postupku zasnivanja radnog odnosa posvećuje pažnja i prethodnoj obuci iz oblasti zaštite na radu. Rukuje se opasnim uređajima: čelične boce u specijalnim prostorijama, boce s disuplinom, transport disuplinskih boca, korištenje plina iz boca, upotreba butan boca, agregati, vitla, akumulatori, motori, čamci i sl.

Prethodno treba proći i obuku pružanja prve pomoći sebi i drugima.

Prilikom zasnivanja radnog odnosa svjetioničara se upozorava na vrijednost sredstava s kojima radi, na poslove posebnog značaja, na specifične životne i radne uvjete (težu adaptaciju i sl.).¹⁶

3.2. JAVNOPRAVNI KARAKTER RADNIH ODNOSA

Pored svih aktivnosti za sigurnost plovidbe na moru i dalje su prisutni udesi, štete, kvarovi i sl. To sve treba utvrditi, ispitati udese na moru. Nužna je standardizacija i tipizacija sredstava i izrada stručnih uputstava za to. To je dio koji je, uglavnom pod direktnom kontrolom državnih organa u skladu s međunarodnim i nacionalnim propisima o službi sigurnosti plovidbe.

Svjetioničari su, kao i drugi radnici koji obavljaju poslove sigurnosti plovidbe na moru, podvrgnuti brojnim heteronomnim normama kojima se

¹⁶ 31.12.1988. godine u Ustanovi za održavanje plovih putova radilo je 435 radnika: 14 NKV, 14 sa NSS; 12 PKV; 156 KV; 114 sa srednjom, devet sa VKV; 90 sa višom i 19 sa visokom školskom spremom. Iste godine dvojici svjetioničara prestao je radni odnos stjecanjem prava na osobnu starosnu mirovinu, a sedam radnika raskinulo je radni odnos sporazumno. Sa radom prestaju i pomorci i radiotelegrafisti u radio službi. - Iz izvještaja Ustanove... Split za 1988. godinu, Loc.cit.

Stanje kadra - svjetioničara - u "Plovput" Split na dan 1.04.1992. godine:

1. U "Plovputu" postoji 28 objekata /pomorskih svjetionika/ na kojima je stalna posada. Objekti su podijeljeni u 4 kategorije ovisno o težini i lociranosti objekata.
2. Ukupno je zaposleno 56 svjetioničara koji predstavljaju 15,4% u odnosu na ukupan broj zaposlenih radnika "Plovputa".
3. Na osnovi kvalifikacijske strukture 35 svjetioničara je s osnovnom školom a 21 svjetioničar sa srednjom stručnom spremom. Svih 56 svjetioničara ima internu kvalifikaciju tj. ispit svjetioničara koja je rađena na osnovi Programa "Plovputa".
4. Tijekom 1991. godine po osnovu prestanka radnog odnosa ovu službu napustilo je 15 svjetioničara i to: 5 svjetioničara je umirovljeno; 2 svjetioničara su isključena zbog teže povrede radne dužnosti; 4 svjetioničara je sporazumno prekinulo radni odnos; 4 svjetioničara je prekinulo istekom određenog radnog odnosa.
5. Tijekom prvih mjeseci 1992. godine ovu službu napustilo je još 3 radnika i to: 1 je umirovljen, a 2 radnika su sporazumno prekinuli radni odnos.
6. U "Plovputu" se intenzivno radi na modernizaciji objekata odnosno pomorskih svjetionika u tehničkom smislu sa višestepenom sigurnošću a sa svrhom racionalizacije postojećeg kadra. Interni podaci "Plovput" Split, 2.04.1992.

uređuje sigurnost plovidbe na moru. Njihov radnopravni status sadrži brojne javnopravne elemente. Zbog posebnosti objekata i sredstava za sigurnost plovidbe, odnosno zbog njihovih posebnih značajki radnici koji obavljaju svjetioničarsku službu dužni su ispunjavati posebne uvjete za zasnivanje radnog odnosa, za vrijeme trajanja radnog odnosa, a imaju posebna prava obveze i odgovornosti. Svjetioničari su "obvezni na određene činidbe kojih u drugim radnim odnosima nema. Otud i primjena, na te radne odnose, propisa koji se ne primjenjuju na druge radnike."

Na tzv. "čuvanim svjetionicima" poslove obavlja posada svjetionika koja radi temeljem strogih propisa o službi na svjetioniku (način rukovanja s uređajima na svjetioniku, održavanje i nadziranje područnih, obalnih i lučkih svjetala, pružanje pomoći plovilima i brodolomcima, održavanje svih objekata i uređaja na svjetioniku u okvirima mogućnosti posade).

Izrazita je hijerarhija poslova (kome tko odgovara), a regulirano je državnim propisima (suradnja i koordinacija) o radnim nalogima, odgovarajućim uputstvima i sl.

I stručne kvalifikacije imaju javnopravno značenje. Korištenje sredstava rada: čamaca, motora, dizalica, navoza i vitla je uređeno strogim heteronomnim normama. Propisano je stručno usavršavanje svjetioničara, a naročito za tzv. "odgovorne svjetioničare".

Javnopravni karakter radnog odnosa svjetioničara ogleda se i u raspoređivanju svjetioničara na radna mjesta, u specifičnosti određenih prava (prava na specijalne dodatke, na određene naknade, smještaj i prehranu, prava na odmore - dnevne, tjedne i godišnje); prava na zaštitu na radu; određene obveze (neudaljavanje od svjetionika), obveza da, uz rad svjetioničara, obavlja i sve uobičajene radove u vezi s čišćenjem i održavanjem objekta i opreme; pokoravanje naređenjima rukovoditelja sektora; u trajanju i rasporedu radnog vremena; u zabrani prava na štrajk i sl.¹⁷

3.3. RAD SVJETIONIČARA JE RAD RADNIKA NA IZDVOJENIM RADNIM MJESTIMA I UREĐUJE SE NA POSEBAN NAČIN

Izraziti primjer rada radnika "na izdvojenim radnim mjestima" jest obavljanje poslova i zadataka svjetioničara. Svjetioničar je u radnom odnosu u organizaciji koja je registrirana za obavljanje službe sigurnosti na moru. On je "član kolektiva" te organizacije. Zasnivanjem radnog odnosa on se uključuje u "radni proces" u sastav organizacije, inkorporira se. Međutim, prema organizaciji rada, u okviru tzv. "plovnih područja" njegovo

¹⁷ Vidi analogno: TINTIĆ... Ibid., str.503.

se radno mjesto nalazi izvan radnih prostorija organizacije i sva prava, obveze i odgovornosti, a posebno mjesto i način izvršenja rada vrši se "na poseban način". Ovi su radnici su, kao i drugi, jednaki i ravnopravni i za njih vrijedi ono što je uređeno što heteronomnim što autonomnim normama.

Svjetioničar uvijek radi na i sa sredstvima organizacije u kojoj je u radnom odnosu i s njima. Radna su mjesta utvrđena aktima organizacije. Radno je vrijeme unaprijed utvrđeno. Radne su operacije propisane, određene ili određive. Sudjeluju u raspodjeli, imaju pravo na plaću prema kriterijima (osnovama) i mjerilima što ih uređuje organizacija u skladu sa zakonom.

Svjetioničar mora ispunjavati uvjete za rad na izdvojenim mjestima rada. Organizacija utvrđuje broj svjetioničara i uvjete rada, način i uvjete za organiziranje i obavljanje rad te nadzor nad radom tih radnika (češće posredno: provjerama, radio-vezama, kontrolom obaveznih evidencija i sl., te naknadno: obilaskom radnog mjesta, kontrolom objekata itd.)

"Rad van prostorija organizacij odnosno poslodavca ne može se organizirati ukoliko se radi o poslovima koji su opasni po život ili štetni po zdravlje radnika i drugih osoba iz njegove okoline."¹⁸

Može se prigovarati da se radni proces odvija u prostorijama organizacije, a ne u prostorijama svjetioničara "ili na drugom mjestu koje se nalazi van prostorija organizacija", pa da to i nije "rad na izdvojenim mjestima rada". Međutim, organizacija i narav ovoga rada ne može se poistovjetiti s radnim odnosom radnika koji rade u izdvojenim gradilištima, pogonima, radionicama, na terenu itd.

Radno mjesto svjetioničara izdvojeno je mjesto rada:

- zakonom, kolektivnim ugovorom i općim aktom utvrđuje se vrsta poslova odnosno zadataka koje svjetioničar obavlja,
- organizacija i uvjeti rada, raspored radnog vremena,
- najmanja (obvezna) količina rada koju mora izvršiti svjetioničar i dr.,
- organizacija, u skladu sa zakonom, propisuje koja zaštitna sredstva ima svjetioničar, pa ako utvrdi da ovaj ta sredstva ne koristi "na način kojim se uklanja opasnost pri radu, kao i u slučaju kad ne postoje sigurni uvjeti rada, primijenit će odgovarajuće mjere u smislu propisa o zaštiti na radu", a pogotovo "u slučaju ako u toku radnikovog rada nastupi bilo koja okolnost kojom je ugrožena sigurnost na radu"¹⁹

¹⁸ Član 97. Zakona o radnim odnosima ("Narodne novine" 19/90).

¹⁹ Vidi odredbe čl. 110 bivšeg Zakona o radnim odnosima radnika u udruženom radu ("Narodne novine" 11/78, 32/82, 49/85).

- na svjetionicima vrijede i posebna pravila zaštite na radu i zaštite od požara, što sve garantira veću sigurnost plovidbe;
- svjetioničar rukuje uređajima na svjetlima, održava i nadzire područna obala i lučka svjetla; vrši službu bdijenja, osmatranja i javljanja; pružanje pomoći plovilima i brodolomcima; održava sve objekte i uređaje na svjetioniku "u okviru mogućnosti posade svjetionika".

Posebnim općim aktom o službi na pomorskim svjetionicima, svjetioničarskim i signalnim stanicama i svjetlima regulira se vršenje službe na svim objektima za sigurnost plovidbe i po njima moraju poslovati svjetioničari drugi".²⁰

3.4. NAZIV RADNOG MJESTA: SVJETIONIČAR I KARAKTERISTIČNI POSLOVI (SPECIFIČNOST RADNIH OPERACIJA KOJE VRŠI)

Svjetioničar je radnik koji rukuje i održava objekte za sigurnost plovidbe.

Zbog već naglašene mnogostrukosti i atipičnosti sadržaja poslova, organizacije rada, mjesta rada, načina rada i vremena rada, svjetioničar može biti:

- svjetioničar ili svjetioničar signalista;
- upravitelj svjetionika ili upravitelj signalne stanice kada upravlja svjetionikom ili signalnom stanicom, čiju posadu čine dva ili više svjetioničara, odnosno svjetioničara-signalista;
- odgovorni svjetioničari na svjetioniku čiju posadu čine jedan svjetioničar ili mu je još pridodat rezervni svjetioničar;
- upravitelj svjetioničarske stanice, kada se nalazi na svjetioničarskoj stanici gdje "službuju" dva ili više radnika;
- odgovorni svjetioničar, kada se nalazi na svjetioničarskoj stanici na kopnu, gdje obavlja službu sam;
- rezervni je svjetioničar radnik u radnom odnosu na neodređeno vrijeme koji službu vrši kao zamjena na svjetioniku, signalnoj stanici, svjetioničarskoj stanici ili plovnom objektu;
- svjetioničarski je vježbenik radnik u radnom odnosu na neodređeno vrijeme koji još nema zvanje kvalificiranog svjetioničara.²¹

²⁰ UČUR, M. *Rad na izdvojenim mjestima rada*, Radni odnosi u udruženom radu, Zbornik radova, Pravni fakultet Zagreb, Čakovec, 1982., str.164-170.

²¹ Pored radnika u radnom odnosu, angažiraju se i drugi (povremeno ili privremeno) jer određeni poslovi ne zahtijevaju da se "utvrdi" radno mjesto, i mogu se obavljati temeljem ugovora o povremenom i privremenom obavljanju poslova. To su "nažigač" - radnik kojemu se

Po značaju za plovidbu brodova i po uvjetima života i rada svjetioničara izvršena je ova interna "kategorizacija" svjetioničara u četiri grupe-kategorije (s podacima o broju svjetioničara 1988. bilo):

- I. kategorija(28 svjetioničara),
- II. kategorija(16 svjetioničara),
- III. kategorija ... (16 svjetioničara),
- IV. kategorija(81 svjetioničar).

Svjetioničar na svjetioniku rukuje i održava uređaje sigurnosti plovidbe prema općim i posebnim propisima te usmenim uputama upravitelja svjetionika.

Stavljanje u pogon svjetionika vrši svjetioničar prve smjene.

Gašenje (isključivanje iz pogona) svjetionika vrši svjetioničar zadnje smjene.

U cilju osiguravanja budnosti i sigurnosti svjetioničar u smjeni ne smije sebi dozvoliti bilo kakvu "olakšicu" koja bi umanjila njegovu budnost. Spavanje za vrijeme noćne službe (straže) ili korištenje kreveta ili udaljavanje od svjetionika teža je povreda radne obveze.

Karakteristične su dužnosti upravitelja svjetionika. To su:

- briga o ispravnosti i urednom funkcioniranju svjetionika i svih ostalih povjerenih svjetala kao i ostalih uređaja;
- rukovodi radiofonskom stanicom i određuje ovlaštene svjetioničare za rukovanje stanicom;
- naređuje uključivanje i prekid rada uređaja za maglu i ostale uređaje i agregate;
- odobrava upotrebu čamca;
- brine se da su sva protupožarna sredstva uvijek na mjestu, ispravna i da svi svjetioničari znaju sa njima rukovati, određuje raspored radnika u služaju požara;
- brine se o stanju lijekova i njihovom izdavanju;
- regulira upotrebu (štedljivo i pravilno korištenje) vode; električne struje;
- regulira upotrebu obradive zemlje za potrebe svjetioničara;
- rukovodi radnjama s namjerom pomoći brodovima i čamcima u nevolji, brodolomcima, u slučaju opasnosti i štete na svjetioniku i brojne druge.

"Element sigurnosti odnosno nesigurnosti postoji u svim ljudskim odnosima i kao takav u većoj ili manjoj mjeri utječe na formiranje

dodjeljuje jedno ili više svjetala za rukovanje i održavanje, te "pomoćnik svjetioničara" (prigodni radnik) koji odgovornom svjetioničaru pomaže u poslovima održavanja svjetala.

odgovarajućih pravnih instituta, ali na moru u osobito velikoj mjeri dolazi do izražaja. Taj je element utjecao na formiranje pomorskopravnih instituta u dva pravca: u prvom redu, u mjeri u kojoj je to u određenom vremenu bilo moguće, u smislu umanjenja opasnosti skopčanih s pomorskom plovidbom...".

Svjetioničari obavljaju poslove pomorske rasvjete, kao "skup pomorskih svjetala kojima je svrha orijentacija ili označavanje opasnosti".

Radno mjesto svjetioničara organizacijski uvijek pripada jednom plovnom području "kao organizacijskoj jedinici koja djeluje na određenim dijelovima obale i obalnog mora.

Plovnim područjem rukovodi rukovoditelj plovnog područja.

Poslovi se obavljaju prema posebnom Pravilniku o službi, kojim se reguliraju:

- rukovanje uređajima na svjetioniku,
- održavanje i nadziranje područnih, obalnih i lučkih svjetala,
- vršenje službe bdijenja, osmatranje i javljanje,
- pružanje pomoći plovilima i brodolomcima,
- održavanje svih objekata i uređaja na svjetioniku u okvirima mogućnosti posade ili uz pomoć drugih izvršitelja: postavljanje, popuna, održavanje i remont agregata, akumulatora, elektroinstalacije, gromobrana i dr.

Ovo je zasigurno dio posebnog plovidbenog prava, tzv. "plovidbeno radno pravo".²²

Svjetioničari rade sa svim sredstvima pomorske signalizacije: okretni strojevi, leće, rasvjetni aparati, fenjeri, uštedivači plina, elektro disuplinski rasvjetni uređaji, petroplinska i disuplinska instalacija, krletke, fiksna svjetla, sigurnosne i svjetleće plutače s usidrenim elementima, čelična kolica za svjetla, disuplinske boce s ventilima, sirene za maglu i dr.

Indirektno i neredovito radi se i na drugim sredstvima koja koriste drugi izvršitelji s kojima svjetioničari dolaze u kontakt.

Izrazita je hijerarhija poslova (kome tko odgovara) uz maksimum suradnje i koordinacije (odgovarajuća uputstva, pravovremeni i precizni radninalozi i dr.) Bez toga i permanentnog stručnog usavršavanja svjetioničara teško se može govoriti o potpunijem obavljanju službe na pomorskim svjetionicima i svjetlima.

Koliko god da su poslovi precizno određeni, toliko zahtijevaju samostalnosti i suradnje istovremeno; često se moraju obaviti i poslovi koji

²² JAKAŠA, B. *Udžbenik plovidbenog prava*, Narodne novine, Zagreb, 1979, str.1.,5. i dr

se inače obavljaju *lege artis* i dr. Ta mnogovrsnost i heterogenost odnose se na veći dio radnih operacija: velike su razlike između, npr. zadataka rukovanja uređajima na svjetioniku i ostalim sredstvima na njemu od pružanja pomoći brodovima i brodolomcima; ili pak zadaci održavanja i uređenja pristana, zgrade ili čamca, od poslova službe bdijenja, osmatranja i izvještavanja itd.

Naglašena je specifičnost u sadržaju pojedinih radnih operacija, ali i u načinu, vremenu i u mjestu njihova realiziranja.

Najveći dio poslova realizira se u svjetioničarskoj zgradi (na čuvanom svjetioniku) s uređajima, kancelarijom, stambenim i ostalim prostorijama, pristanom, sredstvima za vezu i osmatranje, jednim ili više plovnih objekata s uređajima za izvlačenje i smještaj.

Specifični su poslovi i na svjetioničarskoj stanici čiji je zadatak "rukovanje sa više obalnih i lučkih svjetala, svijetlećih i dnevnih oznaka i plutača." Razlika je u mjestu rada, jer svjetioničarska stanica može imati sjedište na svjetioniku, obali ili plovnom objektu. Od mjesta izvršenja ovisi i oprema, a to onda znači da ima i više radnika, od kojih je jedan obavezno svjetioničar.

3.5. VRSTE SLUŽBE SVJETIONIČARA I RADNO VRIJEME

Svjetioničar vrši službu u ovim "vrstama":

- a) Noćna straža na svjetioniku, koja se obavlja od zalaza do izlaza sunca odnosno za vrijeme dok je svjetionik ili uređaj za maglu u funkciji;
- b) Permanentna služba je vrsta službe na signalnim stanicama koja se obavlja u jednakim vremenskim intervalima u smjenama i to neprekidno;
- c) Dežurstvo je vrsta službe na svjetioniku koju vrši pojedinac i traje za vrijeme kad se ne vrši noćna služba.

Od vrste službe zavisi i radno vrijeme. Radno je vrijeme ono vrijeme koje je radnik proveo u efektivnom radu prema svojim zadacima (na poslovima i zadacima) ili vrijeme dok je radnik bio u službi (osim dežurstva). Obavezna prisutnost jest vrijeme koje radnik mora provesti u svojoj organizacijskoj jedinici izvan radnog vremena u efektivnom radu, kao i vrijeme koje radnik provede na dežurstvu.

Na svjetionicima s četiri svjetioničara radno vrijeme iznosi 7 sati i 3 sata obavezne prisutnosti u svim danima u tjednu, koji se računaju kao jedan sat efektivnog rada. Svi su dani u tjednu radni. Službu vrše tri svjetioničara, a četvrti koristi "slobodne dane" na ime "odrađenih" dana ili sati i dana tjednog odmora. Ako su na svjetioniku tri ili dva svjetioničara raspored rada je drugačije podešen.

Unutar radnog vremena vrši se i preraspodjela (prema sezoni, dobu godine, planiranom poslu i dr.)

Dežurstvo traje od izlaza do zalaza sunca, odnosno (na nekim svjetionicima) od 8 do 24 sata.

Između "dežurstva" odnosno efektivnog rada i obavezne prisutnosti na radu koristi se tzv. "slobodno vrijeme". Ovo se vrijeme koristi na samom svjetioniku ili izvan svjetionika. Napuštanje svjetionika može biti samo danju i to do dvanaest sati i može trajati do zalaska sunca.

Rad na svjetionicima obavlja se, uglavnom, u smjenama, po principu osmosatnog radnog vremena, tj. 42 sata na tjedan. Svaki dan ostvaren iznad redovnog radnog vremena (42 sata na tjedan) uzima se u sistem preraspodjele radnog vremena i "pretvara u slobodne dane" koje radnici koriste tijekom godine prema potrebi ili vlastitoj želji. Najveći broj svjetioničara žele koristiti "slobodne dane", a manji broj zahtijeva da im se taj rad plati uz mjesečnu zaradu. Zbog teškoća u potpunom iskorištavanju tih "tzv. slobodnih dana", u "narednu godinu" prenosi se i do 30 neiskorištenih dana. To se tolerira i ne dolazi do zapošljavanja novih radnika, jer je radni odnos na određeno vrijeme s radnim vremenom kraćim od punog radnog vremena gotovo neostvariv.

Radno vrijeme utvrđuje organizacija u skladu sa zakonom u interesu organiziranja službe sigurnosti plovidbe. Radno je vrijeme više *in favorem* službi nego zaštititi radnika od prekomjernog rada.

Rad se organizira i efektivno i kao obavezna prisutnost na radu. Kontinuitet radnog procesa osigurava se rasporedom tjednog, mjesečnog, polugodišnjeg i godišnjeg fonda radnog vremena.

Organizacija dnevnog, tjednog i godišnjeg odmora vezana je na organizaciju rada. To se odnosi i na rad na dane državnih, vjerskih i drugih blagdana, rad nedjeljom, noću, produženo i dr.

Uputno je na svjetionicima I. kategorije, tj. na svjetionicima s permanentnom službom uvesti novi način službe svjetioničara. On bi se temeljio na sistemu rada: po dvojica svjetioničara radili bi neprekidno u službi na svjetioniku 15 ili 30 dana, a narednih 15 ili 30 dana bili bi "slobodni", tj. koristili bi "slobodne dane", bili bi izvan radnog procesa.

Za razliku od drugih djelatnosti ovdje ima najviše život, tekućeg rada koji umara, pa je i korištenje godišnjeg odmora nužno organizirati u trajanju što se, u skladu sa zakonom, autonomno određuje, ali i na način koji će postići svrhu odmora, jer praksa je da svjetioničari svoje godišnje odmore koriste u krugu svoje obitelji ili na samom svjetioniku ili na kopnu izvan svjetionika.

3.6. STALNOST ZAPOSLENJA I RASPORED

Zakoni u oblasti rada i radnih odnosa postavili su okvire i osnove za slučajeve i uvjete rasporeda svjetioničara na radno mjesto. Raspored se uvijek vrši danom zasnivanja radnog odnosa, rasporedom na rad, početkom *de facto* obavljanja radnih operacija.

Rad svjetioničara, pogotovo onog na čuvanom svjetioniku, što se rasporeda tiče, najviše naliči rasporedu pomorca na rad. Svaki svjetioničar ima pravo da obavlja poslove i radne zadatke na koje je raspoređen u skladu sa zakonom i općim aktom (kolektivnim ugovorom) organizacije. Istina, teško je reći da postoji izrazita razlika između stalnog i privremenog rasporeda svjetioničara. Stalni se raspored vrši prema broju izvršitelja i redovitim zadacima (o čemu pišemo na drugom mjestu), prilikama na svjetioniku, te životu i radu na svakom konkretnom svjetioniku. Privremeni se raspored vrši u izuzetnim slučajevima i okolnostima (smrt jednog svjetioničara, teže oboljenje svjetioničara, svjetioničarevo napuštanje svjetionika i sl.). Pretpostavlja se da će zbog malog broja izvršitelja na svjetioniku u tom privremenom rasporedu jedan svjetioničar obavljati sve poslove, koliko to dozvoljavaju, prvo, stručna sprema odnosno radna sposobnost stečena radom, ali i njegove druge radne sposobnosti. Ovaj raspored vrši upravitelj svjetionika, a ako njega nema, upravitelj (rukovoditelj) plovnog područja.

Rasporedom na rad na svjetioniku teško je voditi računa o interesima radnika, jer se pretpostavlja da je on na to dobrovoljno pristao zasnivanjem radnog odnosa. Međutim, prilikom donošenja odluke o rasporedu mora se voditi računa o pravu radnika na uvjete rada koji osiguravaju njegov fizički i moralni integritet i sigurnost.

Trajan je zadatak organizacije da svjetioničarima osigura siguran rad i da se spriječi smanjenje radne sposobnosti i nastanak invalidnosti, kao posljedica rada (načina i uvjeta rada) organizacije rada na svjetioniku.

Različitost poslova "na kopnu" od onih na svjetioniku česta su i objektivna zapreka rasporedu svjetioničara na te poslove.

3.7. NEKI PROBLEMI OBRAZOVANJA I ZAPOŠLJAVANJA

Nužno je jedinstveno urediti pitanja specifičnih zanimanja u djelatnosti održavanja plovnih putova, što će zahtijevati i dorade u obrazovnom procesu, a posebno u čvršćoj vezi organizacije što ovu djelatnost obavlja i škola u kojima će se školovati radnici za tu djelatnost. Nužno je inoviranje programa i oblika usavršavanja, pa i specijalizacije ovih kadrova. Time se povećava kvaliteta usluga i unapređuje stručni rad, bez obzira na korisnike usluga i njihov broj.

Ova djelatnost zahtijeva specifične profile kadrova sa znanjem, stručnošću i iskustvom u pomorskoj privredi, ali i u djelatnosti održavanja plovnih putova.

Bez obzira na činjenicu da na svjetionicima radi mali broj radnika, ta je djelatnost nezamjenljiva i angažira veći broj drugih radnika pa i kooperantskih organizacija, što u izvođenju poslova, što u dobavi opreme i materijala. Tako će se zapošljavati i novi radnici. Rastu zahtjevi za izučavanje struke i osposobljavanja za praktičan rad nakon završetka školovanja. Nastavni planovi moraju biti originalniji, izvođenje prakse za vrijeme školovanja redovito. Nakon zasnivanja radnog odnosa nužno je plansko praćenje ovih radnika poradi njihova napredovanja, ali i kvalitetnijeg zadovoljavanja životnih i radnih potreba.

Svjetioničari su polivalentni kadrovi, poznavaoi i drugih poslova i njihove granične realizacije i veza nužnih za realizaciju cjelovite usluge koju pružaju.

Još za vrijeme školovanja treba upozoravati na brojne rizike i opasnosti koje prate rad svjetioničara. Tako će se, kada se radni odnos zasnuje povećavati sigurnost na radu i lakše savladavati posebni uvjeti rada.

Uvođenjem nove tehnike i tehnologije rada u organizacije koje brinu o sigurnosti plovidbe i života na moru, smanjvat će se broj izvršitelja, a naročito svjetioničara. No, i bez obzira na to nužno je pitanjima obrazovanja i zapošljavanja svjetioničara i dalje posvećivati više brige.

4. RADNI I ŽIVOTNI UVJETI

Zbog težih radnih i životnih uvjeta velika je fluktuacija radnika. Osnovni je razlog niska plaća, loši uvjeti življenja s obiteljima na svjetionicima, a naročito je izražen problem polazak djece u školu.

Na svjetionicima I. kategorije, odnosno na svjetionicima sa permanentnom službom, uvodi se novi način službovanja svjetioničara tako da bi dvojica svjetioničara bila u službi 15 dana na svjetioniku, a 15 dana "slobodni".

Objekti u kojima se stanuje na "čuvanim" svjetionicima su za rekonstrukciju. Voda se redovito klorira i za sada nema posebnih teškoća.

Prosječna je dob svih svjetioničara 42 godine, a prosječni ukupni radni staž svjetioničara iznosi 18 godina. Prosječni je ukupni radni staž na svjetionicima 12 godina.

Različitost života i rada na svjetioniku u odnosu na kopno, ograničeni prostor kretanja, češće promjene klimatskih uvjeta, odvojenost od porodice, ograničeni izbor prehrane i dr., uzrokom su zdravstvenih i drugih smetnji svjetioničara.

Zbog bolovanja do 30 dana i preko 30 radnih dana izgubljeno je u 1988. godini ukupno 20.668 radnih sati, što je za 50% manje nego u prethodnoj 1987. godini.

Zarade radnika su niske. U plaću se uračunavaju: redovni rad, noćni rad, rad u smjenama, visinski rad i drugi dodaci, državni i vjerski blagdani, rad nedjeljom, neiskorišteni "slobodni dani", dodatak za meteorologiju i posebne usluge.

Informiranje svjetioničara obavlja se, uglavnom na dva "uobičajena" načina: biltenima organizacije i dostavom internih "okružnica" i obavijesti, koje u sebi sadrže informacije o poslovanju i odlukama organa u organizaciji u kojoj su u radnom odnosu.

Svjetionici posjeduju vlastite televizore i radio-aparate, a tisak kupuju putem plovnih područja, odnosno korištenjem posebnih čamaca koje posjeduje svaki svjetionik. Ovi čamci služe svjetioničarima i njihovim obiteljima za dobavu nužnih artikala (živežnih namirnica) kojih nema na svjetioniku.

Ovlašteni i zaduženi radnici organizacije jednom mjesečno posjećuju svaki svjetionik i snabdijeva ga svim potrebnim za rad u službi.

Organizacija vezu sa svjetionicima održava svakodnevno telefonom, a razgovori se obavezno obavljaju u osam sati ujutro i u 12 sati. Svjetioničari su u stalnoj vezi s plovnim područjem kojem pripadaju.²³

4.1. NEKE SPECIFIČNOSTI U ZADOVOLJAVANJU STAMBENIJI POTREBA

Na putu smo stvaranja novih odnosa u "stambenoj politici" kao dijelu socijalne politike uopće. No, neka rješenja koja su "život" i "praksa" verificirali za sada nemaju adekvatniju zamjenu. To se odnosi i na korištenje stanova na svjetionicima.²⁴

²³ Sindikat radnika u morskome i riječnome brodarstvu... Rijeka, Ekonomski položaj, životni i radni uvjeti svjetioničara, Rijeka, lipanj, 1989.

²⁴ Stanovi na svim svjetionicima pod upravom Ustanove za održavanje plovnih putova Split građeni su kada i svjetionici, tj. prije II. svjetskog rata. Svi stanovi su nekonformni, nehigijenski i neracionalno iskorišteni. Neznatan je broj onih stanova na kojima je izvršena kakva-takva adaptacija. Jedan dio stanova koji se nalaze bliže obali dobiva električnu energiju s kopna, dok ih većina koristi električnu energiju iz vlastitih akumulatora koji su postavljeni na svjetionicima. Sindikat radnika u morskome i riječnome brodarstvu... Rijeka, Ekonomski položaj, životni i radni uvjeti svjetioničara, Rijeka, lipanj, 1989, str.13.

Zakon o stambenim odnosima (u Hrvatskoj), "Narodne novine" broj 51 od 17. prosinca 1985. godine regulira pravo i obveze korisnika stanova i prostorija na kojima se ne može steći stanarsko pravo (čl.8). Ovo se odnosi i na stanove na svjetionicima. Ovdje nema stanarskog prava, jer u odnosima korištenja stana na svjetioniku nedostaje "trajno i nesmetano korištenje stana pod zakonom propisanim uvjetima, a pravo na upravljanje "determinirano" je tim statusom. Stanovanje svjetioničara i njegove obitelji na svjetioniku ne utječe na rješavanje njihovih stambenih potreba, jer se oni i pored toga smatraju radnicima, odnosno građanima s neriješenim stambenim pitanjem.

Prava i obveze davaoca (Organizacije za održavanje plovnih putova Split) i korisnika stana (svjetioničara, samog ili s obitelji) u vezi s korištenjem stana na svjetioniku uređuju se ugovorom.

Ugovorne su strane davalac stana na svjetioniku i svjetioničar. Ugovor se zaključuju u skladu sa zakonom i aktom davaoca stana na korištenje. Davalac stana na korištenje pravna je osoba, registrirana za obavljanje djelatnosti sigurnosti na moru i održavanje plovnih puteva. Drugi je subjekt ovoga odnosa svjetioničar, a posredno i njegova obitelj.

Svjetioničar je subjekt ovog specifičnog pravnog odnosa koji može biti u tom pravnom odnosu samo dok mu traje svojstvo svjetioničara, dok ga posjeduje, dok mu služba na svjetioniku traje. On to koristi jer je vezan za službu, za radni odnos u svojstvu svjetioničara.

Evidentne su razlike u pravima i obvezama koje nastaju korištenjem stana na svjetioniku i onih gdje se stječe (još uvijek) stanarsko pravo:

- stan na svjetioniku može se koristiti samo za stanovanje, a u stanovima na kojima se stječe stanarsko pravo može se, u skladu sa zakonom, obavljati djelatnost osobnim radom, sredstvima rada u vlasništvu građana;
- svjetioničari snose troškove tekućeg održavanja stana na svjetioniku, a kod prestanka korištenja stana svjetioničar predaje davaocu stana taj stan u stanju u kome ga je primio, uzimajući u obzir promjene do kojih je došlo zbog redovite uporabe;
- stanovi na svjetionicima izuzeti su od mogućnosti zamjene "korištenja stanova" (jer na njima se ne stječe stanarsko pravo, a samo nosilac stanarskog prava može zamijeniti svoj stan za stan drugog nosioca stanarskog prava). Ništavan je svaki ugovor o zamjeni stanova u kojem je makar i jedan od zamijenjenih stanova stan na svjetioniku;
- svjetioničari stječu u korištenju stana na svjetioniku samo pravo utvrđeno aktom davaoca stana odnosno po ugovoru o njihovom korištenju;

- svjetioničar ne plaća stanarinu, ali može plaćati naknadu za korištenje stana i troškova vezanih za korištenje (voda, grijanje i sl.) prema ugovoru, kao kod ugovora o najmu (zakupu).²⁵

"Stambeni status" svjetioničara vezan je na stan za službene potrebe. Stan je isključivo vezan na obavljanje službe svjetioničara. To je privremeno i posebno rješenje kojim se zadovoljava potreba stanovanja svjetioničara i njegove obitelji (ako je s njim na svjetioniku). "Na svim svjetionicima ukupno su nastanjene 44 obitelji koje u prosjeku imaju tri do četiri člana obitelji. Na naseljenim svjetionicima ima 39 svjetioničara."²⁶

Ako svjetioničar nema riješeno stambeno pitanje "na kopnu", rješenja su vrlo neizvjesna.²⁷ Svjetioničar može pored stana na svjetioniku imati stanarsko pravo na drugom stanu ili vlasništvo stana ili kuće.

Na stanu na svjetioniku samo davalac stana na korištenje "kao službenog stana" određuje vrstu i opseg prava svjetioničara koji taj stan koristi.

Ako svjetioničaru prestane radni odnos na svjetioniku, bez njegove krivice pa zbog toga mora prestati koristiti stan na svjetioniku, mora mu se osigurati nužni smještaj, ako na drugi način nije riješeno njegovo "stambeno pitanje". Pravo korištenja stana na svjetioniku članova porodičnog domaćinstva u slučaju smrti radnika-svjetioničara može prestati samo ako im se osigura drugi stan.

Odluku o dodjeli stana na svjetioniku donosi isti organ koji donosi odluku o zasnivanju radnog odnosa sa svjetioničarem. Svjetioničaru prestaje pravo na korištenje "stana za službene potrebe" kad mu prestane radni odnos u slučajevima u kojima davalac stana može, inače, otkazati ugovor o korištenju stana.²⁸

Poseban je problem vezan za korištenje "službenog stana na svjetioniku" školovanje djece svjetioničara koja ne mogu redovito pohađati školske obveze i stanovati na svjetioniku, pa se taj odnos posebno ugovara

²⁵ Vidi čl.567-599 Zakona o obveznim odnosima ("Službeni list SFRJ" 29/78), preuzet kao republički propis u Republici Hrvatskoj.

²⁶ "Postojeće stanove na svjetionicima trebalo bi što hitnije adaptirati i prilagoditi ih radu i životu obitelji, kako bi se boravak svjetioničara produžio i na taj način smanjilo postojeću fluktuaciju svjetioničara. ... Namještaj i ostali inventar u stanovima na svjetioniku su u vlasništvu radnika, a samo su plinski štednjaci vlasništvo Ustanove." Ibid., str.14.

²⁷ "Svaki svjetioničar prije odlaska u mirovinu skida se pet godina ranije sa prioritetne liste (stambene), jer mu je Ustanova dužna osigurati adekvatan smještaj na kopnu zbog napuštanja stana na svjetioniku. Prisutni su slučajevi kada radnik i po nekoliko godina ostane u stanu na svjetioniku, jer mu se nije osigurao niti nužni smještaj na kopnu, što stvara poseban problem onom radniku koji ga na svjetioniku zamjenjuje." Iz Izvještaja - cit. str.14.

²⁸ UČUR, M. *Korištenje stanova i prostorija na kojima se može steći stanarsko pravo*, Naša zakonitost, Zagreb, 1986 - siječanj, 1, str.22-39.

a troškovi alimentiraju.²⁹ Jednako tako, problem je i u slučaju kada na nastanjenom svjetioniku borave tri obitelji, pa dolazi do lošijih "susjedskih" odnosa. Najčešće radnici sami odlučuju koje će tri obitelji biti zajedno.

5. UMJESTO ZAKLJUČKA

Vrlo skroman broj stručnih i znanstvenih osvrta na svjetioničare (prvenstveno enciklopedijski) bio je autoru izazov da nešto više napiše o radnopravnom i socijalnopravnom položaju svjetioničara. Ta se kategorija radnika spominje malo i u propisima i to indirektno u onima o sigurnosti plovidbe i plovidbi uopće, odnosno u onima koji uređuju status organizacije koja je registrirana za obavljanje poslova sigurnosti plovidbe i zaštite ljudskih života na moru. Nacionalno ih zakonodavstvo o radu uopće ne spominje. Mali broj zaposlenih nije "kategorija" koja više traži u uređivanju, ostvarivanju i zaštiti prava na radu i u vezi s radom.

No, i pored toga nužan je veći trud da se o ovoj kategoriji zaposlenih piše i u teorijskim radovima i regulira u propisima - heteronomnim i autonomnim.

Broj izvršilaca nije bitan za radnopravni i socijalnopravni status svjetioničara. Bitni su oni elementi koji taj status karakteriziraju toliko da ga svrstavaju u atipičan, specifičan, pa i radne odnose svjetioničara kao specifične radne odnose.

Ne isključujući druge, u ovom se radu ističu samo oni elementi koji su primarne determinante u radnopravnom i socijalnopravnom položaju svjetioničara. To se, prvenstveno odnosi na: djelatnost održavanja plovidbenih putova u obalnom moru na kojima vrijedi međunarodni režim plovidbe, održavanje i uređivanje tih putova, postavljanje i održavanje objekata za sigurnost plovidbe, sve u službi zaštite ljudskog života na moru i sigurnosti plovidbe; način, uvjete i mjesto reguliranja i realiziranja obveza i prava subjekata u radnom odnosu. U radu se to prezentira tvrdnjom da su radni odnosi svjetioničara u grupi radnih odnosa radnika privrednih djelatnosti morske tehnologije (istraživanje i korištenje mora i podmorja), s naglašenim javnopravnim karakterom; da je to rad na tzv. "izdvojenim" mjestima rada sa brojnim specifičnim radnim operacijama, službom i radnim vremenom, problemima u korišćenju odmora i dopuste i dr. Tu su i radni i životni uvjeti i specifičnosti u zadovoljavanju stambenih i drugih potreba.

Dakako, o ovome vrijedi pisati više i potpunije.

²⁹ Na svjetionicima ima 77 djece koja se školuju izvan svjetionika, od toga 22 djece nije u mogućnosti da se poslije školske nastave vraća na svjetionik. (Iz Izvještaja... cit.str.14).

Summary

SPECIFIC FEATURES OF LABOUR AND SOCIAL RELATIONS OF THE LIGHTHOUSE KEEPER

The status of the lighthouse keeper belongs to a new group of a labour relations which have not been dealt with much in theory, with very few regulations and a negligible number of performers and an organization having "separate regime". The problem concerns labour relations of personnel trained for specific activities in sea technology. The author has for a long time been dealing with these labour relations (seamen, dockers, etc.) and in this article he emphasizes specific features of labour and social relations of the lighthouse keeper. They are, in the first place, related to: the influence of the activity in which these relations occur on specific rights, obligations and responsibilities: regulation and realization of obligation and rights (employment, separated places of work, characteristic work of the lighthouse keeper, working hours, employment permanence and schedule of work); some training problems, specific working and living conditions (especially the problem of housing) etc.

POREDBENOPRAVNI ASPEKT NEDOPUŠTENE OSNOVE

Mr. SONJA ZUBČIĆ, asist.
Pravni fakultet u Rijeci

UDK 347.44:340.5.001.36
Pregledni znanstveni rad
Ur. 24.11.1992

U kontekstu teorije nedopuštene osnove, primijenjene i u našem pozitivnom pravu, sukladnost ugovora postojećem pravnom i moralnom poretku, a time i njegova valjanost, prosuđuje se prema pobudama ugovaratelja. Praktična posljedica takvog pristupa problematici nedopuštenosti ogleđa se u mogućnosti proglašenja ugovora ništavim i kada sa predmet obveze nije zabranjen. Skromna u tom pogledu, dosadašnja judikatura upućuje na određenu nedjelotvornost takvog sredstva moralizacije ugovora, uglavnom stoga što se pobuda kao psihološki fenomen teško dokazuje. Komparacija domaćeg i legislativnih rješenja kodifikacija "prokauzalističke" orijentacije ukazuje na različitost implikacija obuhvaćenih gramatičkim tumačenjem referentnih tekstova, te na potrebu korekcije de lege ferenda.

1. TERMINOLOŠKE ODREDNICE

Lakonski rečeno, teorija nedopuštene osnove, pod određenim pretpostavkama izjednačava osnovu s nedopuštenim motivom jednog ili oba kontrahenta. Stoga je ponajprije potrebno razgraničiti pojam osnove i pobude u pravu.

1.1. DISTINKCIJA U ODNOSU NA SLIČNE POJMOVE

Izraz "osnova" koristi pozitivno pravo, pa je to i jedini razlog zbog kojeg će se koristiti u ovom tekstu.¹ U znanosti je svojedobno bio

¹ Jugoslavija, S.F.R, Zakon o obveznim odnosima od 30.03.1978, u Sl.I. SFRJ, br. 29 (1978) - u daljnjem tekstu kraticom ZOO; Jugoslavija, S.F.R, Zakon o izmjenama i dopunama

kritiziran ovakav terminološki izbor zakonodavca zbog opasnosti od poistovjećivanja pojmova "osnova" i "pravni osnov".² Dok je osnova, osnov ili causa, zamišljena kao jedna od komponenti potrebnih za valjanost ugovora, pravni osnov (sinonimi: pravna osnova, pravni naslov, titulus) označava izvor obveze, najčešće ugovor - dakle, pojam sadržajno opsežniji. Ovakvo poistovjećivanje dijela s cjelinom rezultira u praksi teškim posljedicama - problem koji se treba razriješiti u domeni ugovornog prava prebacuje se na izvanugovorno područje kondikcija.³ Radi bolje distinktivnosti, ima prijedloga da se pojam "kauza" koristi za objektivnu svrhu ugovora, a pojam "osnova" za subjektivnu svrhu ugovora.⁴

1.2. KAUZA

U pravnoj leksici uobičajeniji izraz "causa" jednako je neprikladan. Samo etimološki, on označava mnoštvo različitih sadržaja, pa stoga ne

ZOO od 26.07.1985, u Sl.l. SFRJ, br. 39 (1985); Ispravak Zakona o izmjenama i dopunama ZOO od 4.08.1985, u Sl.l. SFRJ, br. 46 (1985); Odluka Ustavnog suda Jugoslavije o prestanku važenja čl. 24 ZOO, U.br.363/86 od 12.07.1989, u Sl.l. SFRJ br.45 (1989); Zakon o izmjenama ZOO od 28.09.1989, u Sl.l. SFRJ br.57 (1989); Hrvatska, Republika, Zakon o preuzimanju ZOO od 28.06.1991, u NN br.53 (1991); Zakon o izmjeni i dopuni Zakona o preuzimanju ZOO od 31.01.1991, u NN RII br. 73 (1991).

Riječ je o odredbama čl. 51 - 53 i 62 ZOO. Terminološki, indikativno je da se radi o prijevodu izraza "*fondement*" koji spominje Jean Domat, tvorac klasične teorije, kasnije napuštenog u prilog izraza causa. Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima koristila je u tekstu čl. 31 mjestimice izraz "osnov" (naslov III odsjeka, podnaslov, st. 3 i 4), mjestimice "pravni osnov" (st. 1,2,5); KLARIĆ, Petar, *Pravna osnova odgovornosti za štetu*, Zagreb - Čakovec, Pravni fakultet u Zagrebu - RO "Zrinski", 1983, str.139; KONSTANTINOVIĆ, Mihailo, *Obligacije i ugovori*, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu, 1969, str.22 - 23.

² VEDRIŠ, M. u: GOLDŠTAJN, A. i dr, *Obvezno pravo*, Zagreb, Informator, 2. izd, 1979, str.282; KLARIĆ, P. loc.cit.; za fazu Nacrta ZOO, v. VIZNER, B. Da li je u pitanju pravni osnov (*titulus iuris*) ili glavni cilj (*causa finalis*) obveznog ugovora, Naša zakonitost, 31, 1977, 8, str.28 i sl.

³ Tako se, umjesto usvajanja tužbenog zahtjeva za povrat izvršenog po pravnoj osnovi koja je otpala (*condictio ob causam finitam*), on odbija pozivanjem na maksimum "*Nemo auditur*" zbog nedopuštene osnove. Ima i obratnih slučajeva - premda je tužbeni zahtjev za povrat "cijene" za kupovinu nevjeste (što je *par excellence* nemoralan ugovor) usvojen, protutužbeni zahtjev za povrat troškova učinjenih u povodu vjenčanja (do kojeg nije došlo, već je zasnovana izvanbračna zajednica) odbija se uz obrazloženje da je riječ o moralnoj obvezi (i to, čini se, bez *exceptio naturalis obligatio*), iako je bjelodano da se ovdje radi o *condictio causa data causa non secuta*. V. SALMA, J. *Obligaciono pravo*, Beograd, Naučna knjiga, 1988, str.270, bilj. br. 832.

⁴ VEDRIŠ M. u: VEDRIŠ - KLARIĆ, *Osnove imovinskog prava*, Zagreb, Narodne novine, 6.izd, 1987, str.21. V. GOLDŠTAJN i dr, op.cit, str.290.

iznenaduje jedna od teza antikauzalista da je čitava teorijska konstrukcija nastala pogrešnom interpretacijom riječi *causa* u latinskom jeziku.⁵

Elementarno za razumijevanje problema jest razlikovanje "Janusovih lica" - objektivne i subjektivne kauze. Nedostatak prve, odnosno, nedopuštenost druge dovode do (apsolutne) ništavosti ugovora.⁶

1.2.1. Objektivna i apstraktna

Prema institucionalnoj teoriji, kauza u objektivnom i apstraktnom smislu, jest cilj zbog kojeg se ugovornik obvezuje, uvjetovan pravnom prirodom određenog ugovora i stoga nezavisan od osobnih motiva stranaka.⁷ Strogo razlikovanje tako shvaćene kauze i motiva zadržala je i neoklasična teorija.⁸

1.2.2. Subjektivna i konkretna

U nedostatku adekvatne odredbe o motivu u CCF, francuska judikatura je proglašavala ništavim ugovore sklopljene iz nedopuštene pobude, pozivanjem na odredbu o "*cause illicite*"⁹. Time je definitivno

⁵ Tako HEUMANN - SECKEL navode devet značenja riječi *causa* u rimskom pravu. V. HEUMANN - SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 9, 1926, str.59 - 61.

⁶ S aspekta znanosti, kada je riječ o nedostatku osnove, konzekventna sankcija bi trebala biti inegzistencija ugovora, kao najdrastičniji stupanj nevaljanosti. U drugom slučaju, kada se radi o nedopuštenoj osnovi, posljedica je apsolutna ništavost, kao sankcija za povredu javnog poretka. U pozitivnom pravu i praksi se, međutim, ne čini spomenuta distinkcija. Tako čl. 52 ZOO predviđa: "Ako osnova ne postoji ili je nedopuštena, ugovor je ništav."

⁷ Kod dvostranoobveznih ugovora kauzom obveze jednog ugovornika smatra se obećanje činidbe (u neoklasičnoj varijanti - izvršenje činidbe) drugog ugovornika; kod realnih, ona se poistovjećuje s predajom stvari; kod besplatnih - kauzu čini namjera dobročinstva ili namjera oslobađanja od duga, nezavisna od konkretnog motiva koji ju je inspirirao. "Neoklasik" Capitant, respektirajući specifičnosti pojedinih tipova ugovora, još više razuđuje ovaj koncept - tako, kauza aleatornih ugovora jest upravo rizik, alea, kod nagodbe, ona je sadržana u otklanjanju neizvjesnosti i spora uzajamnim popuštanjem; kod ugovora *intuitu personae* - to je činidba točno određene osobe. CAPITANT, H. *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, ²1924, str.51 i sl.; MAZEAUD, H. et al, *Leçons de droit civil*, tome II, Paris, Montchrestien, ²1956, str.212; JOSSERAND, L. *Cours de droit civil positif français*, Paris, Sirey, ²1933, str.66; PLANIOL, M. - RIPERT, G. *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, ²1952, str.327.

⁸ "Le motif, à la différence du but, ne fait pas partie de l'acte de volition du débiteur. Il n'a rien juridique, il est antérieur à l'accord des volontés. Peu importe donc qu'il soit vrai ou faux, licite ou illicite, le débiteur n'en est pas moins toujours valablement obligé." CAPITANT, op. cit. str.24.

⁹ Čl. 1133 CCF: "La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public." (Kauza je nedopuštena kada je zabranjena

impostirala teorijski već naznačen koncept subjektivne i konkretne kauze kao neposrednog i odlučujućeg¹⁰ motiva, odredivog isključivo ad personam. U literaturi je diskutabilno mora li takav motiv biti nedopušten, da bi stekao kvalifikaciju kauze¹¹ (na čemu počiva teorija nedopuštenih pobuda) ili je dostatno da su ga stranke integrirale u ugovor npr. u pravnotehničkoj formi uvjeta, nezavisno od kvalitete dopuštenosti.¹²

1.2.3. Kauza kao pluralistički pojam

Na podlozi gornje distinkcije razvile su se brojne mješovite teorije, među kojima postoji čitava skala nijansi već u zavisnosti od toga daju li prioritet objektivnom ili pak subjektivnom aspektu. Tako se ponekad pod kauzom podrazumijeva čitav kompleks okolnosti koje su obuhvaćene stranačkim predodžbama, i to ne samo one koje su formulirane sadržajem ugovora, već i one koje to nisu, ali se smatraju normalnim, pratećim okolnostima prema prometnom shvaćanju te odlučnim za stranke.¹³

1.3. KAUZA "OBVEZE" ILI KAUZA "UGOVORA"?

Premda klasična teorija operira pojmom kauze obveze, u literaturi ima gledišta da je primjerenije govoriti o osnovi ugovora. Spor se naročito bio intenzivirao po donošenju francuskog GZ, budući da je u njegovu

zakonom, protivna dobrim običajima ili javnom poretku.), prema *Code Civil des Français*, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1974, str.205.

¹⁰ Običan motiv (u pandektnoj kategorizaciji *causa remota*), koji nema prevalentan značaj u procesu formiranja volje, pravno je nebitan. Usp. čl. 53 st.1 ZOO. Zabluda o motivu ne utječe na valjanost raspolaganja. Obratno, ako je riječ o neposrednoj i opredjeljujućoj pobudi za zaključenje ugovora bez naknade ili sačinjavanje oporuke, onda se ona smatra bitnom, s poznatom reperkusijom - pobožnošću. (v. čl. 62 ZOO; usp. čl. 65 st. 3 ZNH) Zabluda o osnovi, kao "zabluda - prepreka", rezultirala bi pak inegzistencijom akta, odnosno, apsolutnom ništavošću. (v. čl.63 ZOO) JOSSERAND, op.cit, str.34; MAZEAUD, op.cit, str.223 i 225; BAUDRY - LACANTINERIE, G. *Précis de droit civil*, tome II, Paris, L.Larose et Forcel, ²1886, str.573

¹¹ Tako ŠMALCELJ, Ž. *Dopuštena osnova ugovornih obveza*, Naša zakonitost, 34, 1980, 1, str.26.

¹² Tako CIGOJ, S. *Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu*, Zakon o obligacionim odnosima (Knjiga o desetgodišnjici), tom I, Beograd, Savez udruženja pravnika SR Srbije, 1988, str.122.; VEDRIŠ, u: GOLDŠTAJN, i dr, op.cit, str.288.

¹³ Time se teorija kauze dovodi u vezu s njemačkim teorijama o "otpadanju poslovne podloge" i anglosaksonskim "frustration" i "implied term". V. CIGOJ, S. *Sporovi u pogledu naknade ugovorne štete i uloga kauze ugovora*, Privreda i pravo, 24, 1985, 1-2, str.28; VEDRIŠ, op.cit, str.287; KLARIĆ, op.cit, str.135.

tekstu prisutna određena terminološka neujednačenost.¹⁴ Tako se isticalo da je Pothier, čiji su radovi, uz Domatove, poslužili kao temelj buduće kodifikacije, imao u vidu upravo kauzu ugovora.¹⁵ Capitant je, međutim, rezolutan - "Kauza ugovora, to ne znači ništa.", a kontroverzni čl. 1132 CCF, kojim se predviđa valjanost ugovora, premda kauza nije izražena, odnosi se, prema ovom autoru, na jednostrana obećanja.¹⁶ U literaturi ima i mišljenja o dualitetu osnova premda se autori razlikuju samo u pogledu toga što podrazumijevaju pod osnovom ugovora.¹⁷ Nomotehnička rješenja u poredbenom pravu, kao što će se u nastavku vidjeti, također se razlikuju, pa se čini da je i ova dilema vezana za pojam kauze samo privremeno zaključena.

2. TEORIJSKA SINTEZA

2.1. POTHIEROVA "CAUSE HONNÊTE"

Prvo teorijsko uporište za razvitak ideje o osnovi kao sredstvu moralizacije ugovora jest Pothierovo učenje o "poštenom, dopuštenom cilju".¹⁸ Načelno još uvijek u okvirima Domatova objektivističkog koncepta kojim se, u interesu sigurnosti ugovora, sucu uskraćuje kontrola pobuda ugovaratelja, ovaj je autor prvi ukazao na potrebu razlikovanja nedopuštenosti predmeta i cilja obvezivanja, kao dviju različitih, samosvojnih kategorija. Opaža se, kako u pojedinim slučajevima, činidba ugovornika sama po sebi nije zabranjena (plaćanje novčane sume), ali je cilj kome tendira takav (kontrabanda), no češće se radi o njihovom

¹⁴ Tako, čl. 1108 i 1131 CCF eksplicitno spominju kauzu obveze, dok redakcija čl. 1132 CCF upućuje na kauzu ugovora. V. 3.1. teksta.

¹⁵ Van BRAKEL, S. *Domat ou Pothier?*, Études de droit civil à la memoire de Henri Capitant, Paris, Dalloz, 1937, str.869; VENEZIAN, G. *La causa dei contratti*, u: Causa e consideration (Quaderni di diritto comparato), Padova, CEDAM, str.31

¹⁶ CAPITANT, op.cit, str.26.

¹⁷ Tako, primjerice, Ionasco pod kauzom ugovora podrazumijeva samo zaključenje ugovora kao zajednički neposredni cilj stranaka, posredstvom kojeg se ostvaruje daljnji cilj - kauza obveze u klasičnom smislu. Mazeaud smatra da kauza ugovora korespondira s konkretnom i individualnom pobudom zbog koje je stranka zaključila ugovor, dok kauza obveze odgovara apstraktnom i objektivnom cilju određenog tipa ugovora. STOEANOVICI, C. - BARASCHI, E, *La théorie moderne de la cause des obligations*, Études de droit civil à la memoire de Henri Capitant, Paris, Dalloz, 1937, str.790.; Mazeaud, op. cit. str.203 i 213.

¹⁸ GIORGIANNI, M. *La causa tra tradizione e innovazione*, u: Causa e consideration (Quaderni di diritto comparato), Padova, CEDAM, 1984, str.17; PLANIOL - RIPERT, op.cit, str.320.

koincidiranju - kada je u pitanju obećanje sume novca radi borbe u dvoboju, onda na strani duelanta postoji i nedopušten predmet obveze.¹⁹

2.2. TEORIJA O POBUDI - CILJU

Interes pravne sigurnosti principijelno zahtijeva poricanje bilo kakve mogućnosti utjecaja jednog psihološkog, teško dokazivog čimbenika kakav je motiv, na sudbinu pravnog posla. S druge strane društvena kontrola akata pojedinaca potpunije se osigurava mogućnošću ispitivanja stranačkih pobuda.²⁰ Kompromis se pokušava iznaći u tome što se pravno respektira jedino neposredan, opredjeljujući motiv, pa u konkurenciji više različitih pobuda koje su participirale u uobličavanju volje ugovaratelja da zaključi ugovor, "*...c' est au juge qu'il appartiendra de les sélectionner, de rechercher quel est, parmi eux, celui qui donne à l'opération sa tonalité et qui vient la colorer, celui qui a été vraiment entraînant, vraiment déterminant, celui qui a joué le rôle de mobile - but.*"²¹

Međutim, ni tako postavljen kriterij nije odviše pouzdan, budući da se istraživanje motiva hipotetski može proširivati ad infinitum. Da bi takav neposredan i odlučujući motiv mogao utjecati na opstojnost ugovora, potrebno je da u njega bude integriran, a teorijski, to se konstruira posredstvom pojma kauze, tako što se objektivni cilj posla proširuje stranačkim pobudama. Kada bi se i prihvatilo takvo gledište, problem je kako to praktično učiniti. Jedno je rješenje - pravnotehničkom konstrukcijom uvjeta, odnosno, tereta. Ono zadovoljava u hipotezi da je ugovaratelj htio da njegovom sukontrahtentu bude poznato zašto sklapa ugovor, odnosno preuzima obvezu. No, ako mu je to potpuno indiferentno ili mu iz bilo kojeg razloga ne odgovara, onda će onaj minimum participacije druge stranke - njeno saznanje o tome, izostati.

¹⁹ PLANIOL - RIPERT, op.cit, str.277.

²⁰ U tom se smislu, u literaturi ispravno primjećuje da se građansko pravo (nesumnjivo pod utjecajem kanonističke tradicije) nimalo nije libilo to učiniti, dok je krivično pravo, i u svojoj liberalnoj varijanti, manifestiralo svoj zazor prema kažnjavanju namjera. CARBONNIER, prema Klarić, op. cit, str.132, bilj. br. 89.

²¹ "... na sucu je da ih selekcionira, da utvrdi koja je, među njima, ona što radnji daje ton i boju, koja je doista bila uzročna, odlučujuća, koja je odigrala ulogu pobude - cilja." JOSSERAND, op. cit. str.76.

2.3. TEORIJA NEDOPUŠTENIH POBUDA

Daljnja dorada izloženog koncepta postavlja u prvi plan svojstvo (ne)dopuštenosti motiva. Time se kontrola pobuda ugovaratelja bitno restringira - čim se utvrdi takvo obilježje, pobuda se odmah kvalificira kao bitna (kauzalističkim rječnikom rečeno - inkorporiranom u osnovu) i izaziva ništavost ugovora.

Problem integracije takve pobude u ugovor razrješava se u zavisnosti od prirode ugovora. Tako, kod besplatnog ugovora, potpuno je irelevantno je li sukotrudent bio savjestan ili ne, pa je osoba koja zahtijeva deklaraciju ništavosti u utoliko boljoj poziciji što ne mora to dokazivati. Za uspjeh u sporu dostaje da dokaže nedopuštenu pobudu na strani onoga tko je darovao ili ustupio kakvu korist bez naknade.

U kauzalističkom kontekstu, ovakva se posljedica obrazlaže time da je nedopušten motiv u tolikoj mjeri koherentan s *animus donandi*, objektiviziranom kauzom besplatnih ugovora (ali i oporučnih raspoložbi), da ih je nemoguće razlučiti, pa konzekventno tome "kvari" ugovor nezavisno od saznanja osobe u čiju je korist dobročinstvo izvršeno.²²

Obratno, kod naplatnih ugovora, uzajamnost koristi diktira drugačiji pravni režim. Stoga se, za ništavost takvog ugovora, minimalno zahtijeva **saznanje** kontrahenta za zabranjenu pobudu druge strane.²³ U poredbenom se pravu, kako će se vidjeti u nastavku, ovaj zahtjev različito formulira.

3. POREDBENI ASPEKTI

Predviđevši osnovu kao poseban element formacije ugovora, ZOO se svrstao u red "kauzalističkih" kodifikacija kao što su francuska ili talijanska. Legislativnom instauracijom osnove učinjen je tradicijski odmak, budući da je pravna pravila OGZ nisu spominjala osim u materiji stjecanja bez osnove. Ipak, već je judikatura 1945. - 1978 inklinirala uvođenju ovakve tehnike moralizacije.²⁴

²² MAZEAUD, op. cit, str.214.

²³ U protivnom će ugovor opstati, pa Ripert, donekle s pravom primjećuje da ako savjesnost jedne od stranaka dostaje da osnaži ugovor, trebalo bi zaključiti da bi valjanima bili svi ugovori u kojima bi samo jedna od stranaka učinila nemoralan akt i kako bi bili valjani također svi oni u kojima je jedan od ugovornika bio imao umješnost da ostavi drugog u neznanju o nemoralnosti vlastite namjere. V. RIPERT, G. *La règle morale dans les obligations*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, ²1927, str.67.

²⁴ Opširnije o tome v. PEROVIĆ, S. *Teorija nedozvoljene kauze u praktičnoj primeni*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu (Poseban otisak iz br. 1 - 3), Beograd, 1972, str.441.

3.1. SISTEMATIZACIJA

Romanska zakonodavstva o kauzi govore u sklopu odredaba o ugovorima. Tako se čl. 1108, 1131 - 1133 CCF, temeljni za proučavanje problema, nalaze u okviru odjeljaka 1 (čl. 1108) i 4 (čl. 1131 - 1133), II poglavlja - o osnovnim uvjetima za valjanost ugovora, III naslova - o ugovorima i obvezama općenito, III knjige zakonika, posvećene različitim načinima stjecanja vlasništva. Pandan su ovih odredaba u talijanskom pravu: čl. 1325, te čl. 1343 - 1345, 2. odjeljka (osnova ugovora; čl. 1343 - 1345), II poglavlja - potrepštine ugovora (čl. 1325), II titula - o ugovorima općenito, IV knjige posvećene obvezama.

Reproducirajući tekst Skice, uz neka manja odstupanja, osnovi su posvećene odredbe čl. 51-52, istoimenog, 3. odjeljka, II glave (Nastanak obveza). Sistemski locirana u odjeljku o osnovi, pravila o nedopuštenim motivima (čl.53) sadržajno se nadovezuju na odredbu čl. 51 st. 2 ZOO, koja anticipira moralizacijsku funkciju osnove.

Kao što je već naznačeno (v. 1.3.), u poredbenoj su legislativi, rješenja različita. Talijanski se zakonodavac nedvojbeno opredijelio za kauzu ugovora, što se vidi iz naslova II odjeljka i jezične stilizacije čl. 1325 CCI, koja govori o potrepštinama ugovora.

Dileme također nema, bar što se tiče gramatičke interpretacije, ni u našem pozitivnom pravu - čl. 51 st. 1 i 3 ZOO eksplicitno spominju osnovu obveze.

U francuskom je tekstu, međutim, zamjetna određena redaktorska nedosljednost. U čl. 1108 CCF, koji predviđa osnovne uvjete za valjanost ugovora, zahtijeva se (pored suglasnosti, sposobnosti ugovaranja, određenog predmeta obvezivanja) i dopuštena kauza obveze (*une cause licite dans l'obligation*), koje terminološko rješenje se ponavlja u čl. 1131, posvećenom deformitetima kauze.²⁵ Međutim, čl. 1132 CCF (ugovor je valjan iako kauza nije izražena), tako je redigiran da upućuje na kauzu ugovora.²⁶

²⁵ O evoluciji čl. 1131 u projektima CCF, v. Van KAN, J. *L'origine de l'obligation sans cause du Code Civil*, Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant Paris, Dalloz, 1937, str.875-881.

²⁶ Čl. 1132 CCF: "*La convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit exprimée.*"

3.3. OSNOVA KAO POTREPŠTINA UGOVORA

Za formaciju ugovora, pored ostalih pretpostavki, zahtijeva se i dopuštena kauza obveze, prema čl.1108 CCF, dok se taj atribut ne spominje u čl. 1325 CCI. Riječ je, međutim, o tehničkoj nijansi, jer talijanski zakonodavac postulira zahtjev za dopuštenošću kauze negativno u čl. 1418 CCI, uz sankciju ništavosti.

Čl. 51 st. 1 ZOO zahtijeva se da svaka ugovorna obveza ima dopuštenu osnovu, a čl. 52 ZOO predviđa ništavost ugovora kao sankciju za nepostojanje ili nedopuštenost osnove. U literaturi²⁷ se s pravom kritiziralo ovakvo tehničko rješenje. Naime, druga odredba (čl. 52 ZOO) izgleda logički nekonzekventna prvoj - ako je ugovor ništav jer nema dopuštenu osnovu, čemu onda isticati pomanjkanje osnove uopće?

Za razliku od francuskog prava, ZOO ne govori eksplicitno o neistinitoj osnovi, kao što je to činila Skica (u čl. 31 st. 3), iako bi se za taj slučaj mogle primijeniti odredbe čl. 63 (nesporazum), odnosno, 66 (prividan ugovor)²⁸. Takvo se rješenje čini prihvatljivijim, budući da francusko pravo pod "*fausse cause*" razlikuje nekoliko situacija, s različitim posljedicama.²⁹ Talijansko pravo također ne spominje ovaj deformitet kauze, iako, mutatis mutandis, mogu doći u obzir odredbe čl. 1344 CCI (ugovor u svrhu izigravanja zakona), te X poglavlja, o simulaciji (čl. 1414 - 1417 CCI). Premda je riječ o tehničkim nijansama, čini se da ova sistemski odvojena reglementacija pitanja vezanih za problem kauze u

²⁷ ŠMALCELJ, op. cit, str.24.

²⁸ U Skici, slučajevi obuhvaćeni gornjim odredbama, djelomice su predviđeni 3. i 4. alinejom čl. 31 i time sistemski, svrstani pod članak o osnovi. V. KONSTANTINOVIĆ, op.cit, str.23.

²⁹ Pogrešna kauza pojavljuje se u dvije osnovne varijante. U prvom je slučaju, riječ o tzv. putativnoj kauzi, koja predstavlja posebnu vrst zablude - prepreke. Budući da kauza zapravo ne postoji, već samo uvjerenje o tome, posljedica bi bila ništavost (preciznije s teorijskog aspekta: inegzistencija). Bez pretenzija detaljnijeg raspravljanja čini se da bi toj situaciji odgovarala odredba čl. 63 ZOO, (koja N.B. sugerira obostranost te zablude, dok je korespondirajući tekst Skice, st. 4 čl. 31, izrijekom predviđao zabludu samo jedne strane.) U drugoj je varijanti, pogrešna kauza rezultat htijenja stranaka, i moguće su opet dvije hipoteze:

1. ona se javlja kao prividna ili fiktivna, što će biti slučaj kod apsolutne simulacije. Budući da se ovdje opet radi o nedostatku kauze, sankcija bi bila - nepostojanje ugovora. (usp. čl. 66 st.1 ZOO - indikativna je formulacija "ugovor je bez učinka");
2. kao simulirana kauza kod relativne simulacije, gdje treba razlikovati dvije razine : nedostatak kauze u simuliranom ugovoru, čija bi sankcija opet bila inegzistencija; u disimuliranom ugovoru, kauza postoji, ali opstanak ugovora ovisi o njenoj dopuštenosti.(v. čl. 66 st. 2 ZOO i čl. 31 st. 3 Skice). JOSSE RAND, op.cit, str.34 i 70; Mazeaud, op.cit, str.204,222,225; PLANIOL - RIPERT, op. cit, str.222; CAPITANT, op. cit, str.87, 222, 487; BAUDRY - LACATANERIE, op. cit. str.573.

modernim kodifikacijama indicira u kolikoj je mjeri samo na legislativnoj razini prvobitno koherentan koncept iz CCF, već rastočen.

3.3. KVALIFIKACIJA "NEDOPUŠTENOST" OSNOVE

Prema oba teksta (čl. 1133 CCF i čl. 1342 CCI), kauza je nedopuštena kada se protivi zakonu (talijansko pravo kaže imperativnom zakonu), javnom poretku ili dobrim običajima.³⁰ Izmijenjeni³¹ tekst čl. 51 st. 2 ZOO određuje je kao protivnu Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva. Bez pretenzija dublje analize tog pitanja, čini se da je ovakvim gramatičkim rješenjem naglasak pomaknut na protivnost konkretnoj pravnoj zabrani (bilo da je ona izražena ustavnom normom ili kogentnim propisom). Klasična formula javnog poretka zastupljena u CCF i CCI (a kojom se, N.B. služila i Skica) bila bi, zbog svoje elastičnosti, prihvatljivija.³²

3.3.1. *Frauduloznost kao nedopuštena osnova*

Osobenost talijanske kodifikacije jest u tome što čl. 1344 CCI instaurira nedopuštenost kauze i kao slučaj kada ugovor predstavlja sredstvo izbjegavanja primjene imperativnog propisa. (*Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa.*)³³ Premda s evidentnom neodlučnošću ("Smatra se također nedopuštenom..."), zakonski tekst tendira njenom prenošenju na teren objektivne kauze (jer, radi se o zloupotrebi tipične funkcije koju određeni ugovor ima, u socijalno neprihvatljivu svrhu), vladajući stav

³⁰ Za tekst čl. 1133 CCF, v. bilj. br. 9. Usp. čl. 1343 CCI: "*La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.*" prema Codice civile con la costituzione e le principali leggi speciali, Milano, Giuffrè, 1980, str.226.

³¹ Misli se na izmjenu predviđenu čl. 9 Zakona o preuzimanju ZOO. Raniji je tekst glasio: "Osnova je nedopuštena ako je protivna ustavom utvrđenim načelima društvenog uređenja, prinudnim propisima i moralu socijalističkog samoupravnog društva."

³² Osim toga, ona je, kao etablirani pravnotehnički pojam, distancirana u odnosu na "duh vremena", pa bi se njenom upotrebom izbjegla određena ideološka konotacija u definiranju nedopuštenosti (v. supra).

³³ Teorijski, pojam izigravanja zakona obuhvaća kumulativno: 1. poštovanje slova zakona; 2. poklapanje stvarnog sadržaja posla sa zabranom; 3. postojanje namjere da se ostvari sadržajno nedopustiv učinak. Iako simulacija najčešće predstavlja fraudolozno postupanje, ona, principijelno, podrazumijeva različito očitovanje od onog koje se želi, dok se, kod izigravanja zakona, izjava volje poklapa sa željenim, ali je cilj suštinski protupravan - izbjeći primjenu imperativne norme.

talijanske znanosti jest da izigravanje zakona treba podvesti pod slučaj obostrano nedopuštenog motiva.³⁴

Povodom posljednjeg treba primijetiti da se i u domaćoj judikaturi fraudulozna namjera uvijek tretirala kao zabranjen motiv³⁵, zbog čega se eliminacija čl. 79 st. 4 Skice u pozitivnom tekstu čini nepotrebnom.

U francuskoj judikaturi podvođenje slučajeva nedopuštene kauze pod fraudulozno postupanje (v. slučaj Fruneau u nastavku) imalo je i svoj procesni *raison d'être* - na taj način se davala mogućnost dokazivanja svim dokaznim sredstvima.³⁶

3.4. NEDOPUŠTEN MOTIV

Budući da francuska kodifikacija ne sadrži posebnu odredbu o utjecaju nedopuštene pobude na ugovor, Komisija za reformu CCF svojedobno je dala prijedlog teksta posvećenog ovom pitanju - tako čl. 43 predviđa da akt nije valjan kada je volja njegova tvorca ili jednog od njegovih tvoraca determinirana pobudom koja je u suprotnosti s imperativnim propisom ili javnim poretkom (st.1), te da neposredan ili odlučujući karakter motiva mora proizlaziti iz prirode i sadržaja posla ili okolnosti u kojima je sačinjen. U višestranim naplatnim aktima, to svojstvo može se zadržati samo ako bi ga stranke poznavale ili bi ga normalno morale poznavati (st.2).³⁷

CCI, kao noviji tekst, o nedopuštenom motivu govori u čl. 1345 CCI, sistemski ukomponiranom u sekciji o kauzi, predviđajući zabranjenim ugovor kada su se stranke odlučile sklopiti ga isključivo iz nedopuštene

³⁴ RESCIGNO, P. *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, Jovene Editore, reprint 4. ed, str.320; TRABUCCIII A. *Istituzioni di diritto civile*, Padova, CEDAM, 27. ed, 1985, str.172; TORRENTE, A. - SCIILESINGER, P. *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, ¹¹1981, str.216; BETTI, E. *Causa del negozio giuridico*, u: *Novissimo digesto italiano*, t.III, Unione tipografico - Editrice torinese, 1964, str.38; TRIMARCHI, P. *Istituzioni di diritto civile*, Milano, Giuffrè, ⁴1979, str.239.

³⁵ CIGOJ, *Uloga i značaj kauze ..*, str.133.

³⁶ MAZEAUD, op. cit. str.226.

³⁷ "(1) *L'acte n'est pas valable lorsque la volonté de son auteur ou d'un de ses auteurs a été déterminée par un motif contraire à une disposition légale impérative ou à l'ordre public.*

(2) *Le caractère impulsif ou déterminant du motif doit résulter de la nature et du contenu de l'acte ou des circonstances dans lesquelles celui - ci a été formé. Dans les actes plurilatéraux à titre onéreux, ce caractère ne peut être retenu que si les parties le connaissaient ou devaient normalement le connaître.*" prema MAZEAUD, op. cit, str.214.

pobude, objema zajedničke.³⁸ Unatoč tome što se ne spominje priroda ugovora, a odredba je locirana među opća pravila o ugovoru, nedvojbeno je da je njen ratio u naplatnim ugovorima, budući da je nedopuštenom motivu u sferi liberaliteta talijanski zakonodavac namijenio posebne odredbe - čl. 626 CCI (oporučna raspolaganja) i čl. 788 CCI (darovni ugovor).

Indikativno je da spomenuti čl. 43 st. 2 prijedloga reforme CCF također spominje samo naplatne poslove (N.B. ne ugovore, čime se domašaj odredbe proširuje), što je, s obzirom na sistemski odvojenu reglementaciju liberaliteta, kao i u CCI, i razumljivo.

ZOO sistemski jedinstveno regulira i naplatne i besplatne ugovore. No, u st. 2 čl. 53 ne navodi se izrijeком da se radi o naplatnom ugovoru, dok se to, u povodu ugovora bez naknade, u 3. alineji, čini.³⁹

Također, jezična stilizacija st. 2 i 3 čl. 53 ZOO (v. bilj. supra, označeno jačim slogom) ne slijedi osnovnu intenciju teorije nedopuštenih pobuda - poistovjećivanje nedopuštenog motiva s odlučujućim, već upućuje na zaključak da nedopušten motiv može imati i sporedan značaj.⁴⁰

3.4.1. Naplatni ugovori

U ovoj kategoriji ugovora motivi se načelno ne respektiraju, budući da je, u skladu s principom utiliteta, bitna samo uzajamnost obveza i njihovo ispunjenje. Stoga, da bi nedopušten motiv prouzročio ništavost takvog ugovora, on mora biti inkorporiran u samoj suglasnosti tih dviju volja, čime se objektivna osnova obveze jedne strane (izvršenje protučinidbe) proširuje pobudom druge strane. Jedan pravnotehnički način kojim se to postiže jest konstrukcija motiva kao uvjeta. Kada nje, međutim, nema, tada preostaje da se prema ostalim okolnostima slučaja ocjenjuje je li suugovaratelj bio savjestan. Treba primijetiti da je odredba čl. 32 st. 2 Skice⁴¹ bila u tom pogledu iscrpnija od pozitivnog čl. 53 st. 2 ZOO.

³⁸ Originalni tekst čl. 1345 CCI glasi: "*Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito ad entrambe.*"

³⁹ Ali, ako je nedopuštena pobuda bitno utjecala na odluku jednog ugovaratelja da sklopi ugovor i ako je drugi ugovaratelj to znao ili morao znati, ugovor će biti bez učinka. /st.2/ Ugovor bez naknade nema pravni učinak i kad drugi ugovaratelj nije znao da je nedopuštena pobuda bitno utjecala na odluku njegova suugovaratelja. /st.3/

⁴⁰ Isti se prigovor može uputiti nomotehničkom rješenju čl. 626 i 788 CCI.

⁴¹ "Ali, ako je pobuda protivna nekom zakonskom prinudnom propisu ili javnom poretку ili moralu, a iz samog ugovora ili prilika u kojima je zaključen vidi se da je ona odlučila jednog ugovornika da zaključi ugovor, i da je to drugi ugovornik znao ili mogao znati, ugovor će biti bez dejstva." KONSTANTINOVIĆ, op. cit, str.23. Usp. čl. 43 st. 2 prijedloga izmjene CCF.

Dapače, strogo gramatička interpretacija dijela njenog teksta "...a iz samog ugovora ili prilika u kojima je zaključen vidi se..." sugerirala bi tzv. dokaz samim aktom koji se u talijanskom i francuskom pravu zahtijeva za nedopuštenost motiva u sferi liberaliteta. Budući da naše pravo načelno nije predviđalo formu *ad probationem*, primjerenije bi bilo zaključiti da se radilo samo o instruktivnom pravilu.

U pozitivnom tekstu, kao i Skici, uostalom, nesavjesnost suugovaratelja predviđena je i u varijanti njegove skrivljene zablude (i stoga, neispričive)⁴² jer, da je upotrijebio adekvatan stupanj pažnje koji se zahtijeva u konkretnom ugovoru (dobar domaćin, dobar privrednik, dobar stručnjak), ona ne bi nastala.

Dok ZOO (ne)savjesnost određuje kao saznanje ili mogućnost (subjektivnu i objektivnu) saznanja za nedopuštenu pobudu sukontrahenta, dotle sintagma "zajednički motiv" iz čl. 1345 CCI upućuje na aktivniji stupanj sudioništva. U talijanskoj znanosti i praksi smatra se da nije dostatno za ništavost ugovora u ovom slučaju, ako se kontrahent ograničava na to da samo sekundira suugovaratelju koji djeluje iz nedopuštenog motiva, pa se "zajedništvo" interpretira u smislu obostrane predodžbe istovjetnog sadržaja koja je na identičan način djelovala motivacijski na kontrahente.⁴³

Naime, treba imati u vidu da su, s obzirom na angažman volje, moguće dvije situacije, zavisno od toga ostvaruje li nesavjestan suugovaratelj kakvu korist iz takvog ugovora ili ne.

U prvom slučaju voluntaristički element je u većoj mjeri naglašen (prodavalac zna da kupac namjerava kupljenu kuću upotrijebiti u zabranjenu svrhu npr. da bi organizirao u njoj narkomanske seanse, ali upravo zbog toga postiže veću cijenu od uobičajene prometne), tako da je njegova participacija u nedopuštenosti veća.⁴⁴

U drugoj je hipotezi uloga suugovaratelja pasivnije kontrapostirana - premda je nesavjestan, on takvim ugovorom ne ostvaruje veću korist od uobičajene (npr. dobiva prometnu cijenu).⁴⁵

Sljedeće pitanje, vezano za primjenu čl. 53 st. 2 ZOO, jest: što ako suugovaratelj nema saznanja niti objektivne, odnosno, subjektivne mogućnosti saznanja za nedopušten motiv druge strane? S obzirom da je savjestan, nema mjesta primjeni cit. odredbe i ugovor će opstati. U

⁴² "...znao ili morao znati..."

⁴³ CIAN, G. - TRABUCCIII, A. *Commentario breve al codice civile*, Padova, CEDAM, 1981, str.552.

⁴⁴ Loc.cit.

⁴⁵ ŠMALCELJ, op.cit, str.26.

literaturi se primjećuje da se tako favorizira upravo ona strana koja je djelovala iz nedopuštene pobude. Jer, ako ne bi postigla pravni i ekonomski efekt koji je očekivala od realizacije nedopuštenog motiva, mogla bi pobijati ugovor radi ništavosti dokazujući da je druga strana mogla znati za njen nedopušten motiv. Čini se ispravnim da takvu mogućnost ne bi trebalo dozvoliti stranci koja je djelovala iz nedopuštene pobude, osim kad se kod njenog sugovaratelja radi o najgrubljoj nepažnji (*culpa latissima*)⁴⁶, no uz procesnu korekciju da to može značiti jedino odricanje pravnog interesa za traženje deklaratorne pravne zaštite takvom ugovaratelju, odnosno, odbacivanje tužbe (usp. čl. 109 st. 1 ZOO). Ako bi se pak radilo o zahtjevu kondemnatorne naravi, kakva je tužba za povrat, sud bi eventualno respektirajući konkretne okolnosti slučaja mogao primijeniti načelo "*Nemo auditur*".

Izložene dileme rezultiraju određenom nesklonošću judikature prema primjeni ovakvog pravnotehničkog sredstva moralizacije ugovora, pa je svojedobno Vrhovni sud Hrvatske konstatirao kako se općenito može reći da sudovi, *ex officio*, u dovoljnoj mjeri, paze na ništavost pravnih poslova, ali se nedovoljno koriste čl. 53 st. 2 ZOO. Ipak, glavna se teškoća vidi u tome što se u praksi motiv takvih ugovora teško dokazuje,⁴⁷ pa je stoga znatno učestalije pozivanje na zabranjen predmet obveze (čl. 47 ZOO) ili generalno, na zabranjenost ugovora (čl. 103 ZOO).

U sudskoj praksi iza donošenja ZOO o nedopuštenim se pobudama može se govoriti u slučajevima: davanja naknade da bi se tuženikova kći udala za tužiteljeva sina⁴⁸; nagodbe kojom se tužitelji odriču daljnjih potraživanja s naslova naknade štete, zbog usmenog obećanja tuženika da će im, svojim utjecajem omogućiti zaposlenje, odnosno stjecanje mirovine⁴⁹; dobivanja suglasnosti radne organizacije kao davaoca stana na korištenje, za zamjenu stana, kako bi se po njenom izvršenju, prestalo s radom i tako onemogućilo radnoj organizaciji da otkáže ugovor

⁴⁶ Ibid, str.31. Usp. PLANIOL - RIPERT, op. cit, str.355.

⁴⁷ Informacija o ostvarivanju programa rada Službe za praćenje sudske prakse u primjeni saveznih propisa, utvrđena na sastanku predsjednika Saveznog suda i predsjednika republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova te predsjednika Vrhovnog vojnog suda, održanom 9.04.1984. u Beogradu, Bilten sudske prakse Saveznog suda br.20/1984, str.22.

⁴⁸ Odluka VS Srbije, Rev-506/89. od 24.05.1989, Sudska praksa (u nastavku kraticom: SP) br. 10/1989, br. 85; Presuda VS Vojvodine Rev-492/85. od 4.09.1985, Bilten Vrhovnog suda Vojvodine (u nastavku kraticom: BVSU) br.4/1985, br.6

⁴⁹ VS Hrvatske, Rev-1533/82. od 3.11.1982, Pregled sudske prakse (u nastavku kraticom PSP) br.22/1984, br.33

o korištenju stana koji je dodijeljen po osnovi radnog odnosa⁵⁰; zamjeni stana uz naplatu⁵¹; zajmu radi hazardiranja⁵².

3.4.2. *Besplatni ugovori*

Dok kod naplatnih ugovora nedopušten motiv uzrokuje ništavost samo onda kada egzistira u svijesti obiju stranaka, dotle, kod akta liberaliteta (ugovora, ali i oporučnih raspoložbi) nedopušten motiv darodavca "inficira" samu po sebi respektabilnu namjeru dobročinstva i uzrokuje njegovu ništavost nezavisno od saznanja obdarenog, nasljednika ili legatara.

Do 1907.g. u pogledu dokazivanja nedopuštene kauze (ili motiva) u francuskoj se judikaturi inzistiralo na tzv. *preuve intrinseque*.⁵³ Za ništavost darovanja ili oporučne raspoložbe zahtijevalo se da nedopuštena pobuda koja ga je inicirala bude vidljiva iz samog akta. (Čl. 931 CCF predviđa za darovanje *inter vivos* notarijalnu formu *ad solemnitatem*, dok u smislu čl. 969 CCF, za sastav oporuke postoji konkurencija formi.) Prekretnicu u stavu francuske sudske prakse predstavljao je poznati slučaj Fruneau.⁵⁴

Međutim, takva metoda dokazivanja nedopuštenog motiva ipak se očuvala u pogledu darovanja vlastitom djetetu, rođenom iz preljube ili

⁵⁰ Presuda VS Vojvodine, Rev-186/82. od 4.06.1982, BSVV br.1/1983, br.15

⁵¹ Presuda Okružnog suda u Zagrebu, Gž-7642/86. od 26.11.1987, SP br.6/1987, br.81

⁵² VS Hrvatske, Rev-1693/86. od 18.09.1986, PSP br.34/87, br.50.

⁵³ Za ovakvu tehniku dokazivanja Ripert pronalazi povijesno obrazloženje: u epohi u kojoj su se još sukobljavale ideje starog i novog režima, sudstvo je manifestiralo zazor od ispitivanja stranačkih motiva, smatrajući da bi se time krnjilo ustoličeni princip slobodne individualne inicijative. No, u situaciji kada se moralo odlučivati o valjanosti ugovorne uspostave feudalnih renti, judikatura je kao "bastion novog poretka", bila prisiljena intervenirati u unutrašnje, ugovorno polje. Kompromis je naden u "*preuve intrinseque*". RIPERT, op. cit, str.69.

⁵⁴ Supruzi Fruneau sklopili su tajni ugovor o odvojenom životu i podjeli imetka, s konzekvencama koje nastupaju kod sudskog razvoda. Da bi osigurali njegovu izvršenje, svatko je sačinio formalno uredan darovni ugovor u korist drugog supruga, u slučaju da ga on nadživi. Nakon Fruneauove smrti, njegovi su nasljednici tražili poništaj darovnog ugovora u korist supruge, tvrdeći da je motiv, koji ga je opredijelio na darovanje, identičan onome koji ga je naveo na sklapanje ugovora o dobrovoljnom razvodu (tj. protivan čl. 307 i 1443 CCF) Unatoč tome što je niža instanca izrazila stav da se nedopuštenost motiva ne može dokazivati drugim dokaznim sredstvom (konkretno: ugovorom o dobrovoljnom razvodu kao "*preuve extrinseque*"), Kasacijski sud je u presudi od 2.01.1907, pokazao bitno drugačije mišljenje, prema kojem nema razloga distinkciji naplatnih i besplatnih poslova, u smislu da se dokazivanje nedopuštene kauze kod posljednjih vezuje za dokaz samim aktom, utoliko prije što za izigravanje zakona, prisutno u ovom slučaju ne važi nikakav limit u pogledu izbora dokaznog sredstva, prema čl. 1353 CCF.

CAPITANT, op. cit. str.481; RIPERT, op. cit. str.69; MAZEAUD, op. cit. str.226; ASCOLI, A. *La cause dans les donations entre vifs*, Études de droit civil à la memoire de Henri Capitant, Paris, Dalloz, 1937, str.23.

incesta (čl. 908 CCF). Praksa je, naime, pri postojanju i nekih drugih motiva (npr. osjećaja krivnje, mržnje prema legitimnim potomcima) ovakvom motivu uvijek pridavala karakter neposrednog i odlučujućeg. Stoga i zabludu darodavca o takvom očinstvu tretira kao zabludu o kauzi, a ne o (običnom) motivu, s poznatim reperkusijama.⁵⁵ Ovakvo rješenje u francuskom pravu, koje se često opravdavalo strogošću u pogledu nemoralnosti takvih veza, zaslužuje kritiku jer, in ultima linea, opstanak takvog darovanja ovisi o tome kako je sročeno.

Istovjetno rješenje (*prova intrinseca*) sadrži i talijansko pravo, pa se za ništavost darovanja (čl. 788 CCI), odnosno, oporučnog raspolaganja (čl. 626 CCI) zahtijeva indikacija samim aktom da je doboročinstvo poduzeto u zabranjenom motivu i da je upravo ta pobuda za darodavca ili testatora bila odlučujuća.⁵⁶ Ista logika primijenjena je u ostalim tekstovima, pri čemu je utjecaj nedopuštenog motiva različito određen ne samo u zavisnosti od tipa pravnog posla, već i načina na koji je uključen u njegov sadržaj. Tako čl. 634, 647, 794 CCI predviđaju mogućnost da akt liberaliteta, modificiran nedopuštenim nalogom ili uvjetom, opstane ako nedopušten nalog ili uvjet ne predstavlja odlučujući motiv za takvu namjenu.⁵⁷

Opaža se da ovakvo nomotehničko rješenje predstavlja odmak od osnovne teze koncepta nedopuštenih pobuda - čim je motiv nedopušten, on se smatra odlučujućim. Gramatička interpretacija čl. 788 i 626 ukazuje na kumulativni zahtjev zakonodavca - motiv, da bi izazvao ništavost darovanja, odnosno oporučne raspoložbe, mora biti i nedopušten i odlučujući.⁵⁸

ZOO regulira samo **ugovore** bez naknade, no referentna odredba st. 3 čl. 53 (u cijelosti reproducirani tekst st. 3 čl. 32 Skice) ne predviđa nikakvo ograničenje u pogledu izbora dokaznog sredstva, kao što je to slučaj sa spomenutim primjerima iz poredbenog prava.

Kako koncept nedopuštenih pobuda u sferi ugovora bez naknade počiva na općem pravilu da besplatni stjecatelj zaslužuje manje zaštite od onoga koji plaća, tako i njegova konkretizacija u našem pozitivnom pravu trpi od generalnog prigovora da se time mogućnost pobijanja ugovora reducira na onoga tko je djelovao iz nedopuštene pobude. Stoga se čini

⁵⁵ BAUDRY-LACANTINERIE, op.cit.str.575; Mazeaud, op.cit.str.227.

⁵⁶ Čl. 788 CCI: "*Il motivo illecito rende nulla la donazione quando risulta dall atto ed è il solo che ha determinato il donante alla liberalità.*" Čl. 626 CCI: "*Il motivo illecito rende nulla la disposizione testamentaria, quando risulta dal testamento ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre.*"

⁵⁷ Korespondirajući čl. 900 CCF sugerira isto rješenje, no bez naglašavanja, kao što to čini talijansko pravo, sporednog karaktera motiva pravnotehnički oblikovanog kao uvjet. Usp. također čl. 105 ZOO.

⁵⁸ Na isti zaključak navodi i redakcija čl. 53 st. 2 i 3 ZOO.

prihvatljivim gledište da bi pravo pobijanja takvog ugovora (i to nezavisno od njegove pravne prirode) trebalo uskratiti onome tko je bio inspiriran zabranjenim motivom, ako to druga ugovornica nije znala. Također bi trebalo takvom sukontrahtentu, ako je nakon zaključenja ugovora saznao za nedopušten motiv druge strane, priznati opravdan interes da se naknadno distancira od takvog ugovora.⁵⁹

4. ZAKLJUČAK

Analiza referentnih pravila poredbenog i domaćeg prava o utjecaju nedopuštene pobude na opstanak ugovora ukazuje na relativno nedosljednu aplikaciju teorije nedopuštenih pobuda. Simptomatično je da njihova redakcija upućuje na zaključak da nedopuštena pobuda može imati i sporedan karakter u procesu formiranja volje za sklapanje ugovora, odnosno, preuzimanje obveze. Time se, *in ultima linea*, obezvređuje pravopolitički značaj spomenute teorije - ograničiti sudsku kontrolu stranačkih motiva tako što će se, u konkurenciji više motiva, onaj koji je nedopušten uvijek kvalificirati kao neposredan i odlučujući. Stoga bi, *de lege ferenda*, trebalo izostaviti riječ "bitno" u st. 2 i 3 čl. 53 ZOO. Također, u režimu naplatnih ugovora, elastična formulacija "zajednički motiv" iz čl. 1345 CCI, koja ostavlja više prostora suptilnom razlikovanju stupnjeva participacije u nedopuštenosti pobude druge strane, s obzirom na njen voljni angažman, predstavljala bi primjerenije nomotehničko rješenje od teksta st. 2 čl. 53 ZOO, sročeno tako da se sankcionira već i samo saznanje ugovaratelja za zabranjenu pobudu druge strane. Naposljetku, u određenoj *de lege ferenda* perspektivi trebalo bi razmotriti opravdanost jedinstvene sistematizacije odredaba o objektivnoj osnovi te odredaba o motivu, kraj toga da je za funkciju moralizacije ugovora tradicionalna objektivna i apstraktna osnova potpuno suvišna.

⁵⁹ FLOUR et AUBERT, br. 266, str.197, prema Šmalcelj, op. cit. str.31.

Summary

COMPARATIVE LAW ASPECT OF ILLICIT MOTIVE

In the context of the theory of illicit motive, applied also in our positive law, the contract congruence to the existing legal and moral order, and so its validity, is estimated according to the contracting parties motives. Practical consequences of such an approach to the problem of illicitness are seen in the possibility of declaring the contract void even when the obligation subject is not forbidden. So far judicature shows a certain inefficiency of such a means of contract moralization, mainly because the motive as a psychological phenomenon is difficult to prove. A comparison of domestic and legislative solutions of "procausalistic" orientation codification points to the difference of implications comprised in a grammatical explanation of referential texts, and the need for *de lege ferenda* correction.

S. Sokol - B. Smerdel
Ustavno pravo (Zagreb 1992.)

Knjiga koju predstavljamo čitateljstvu rezultat je dugogodišnjeg znanstvenog napora dvojice profesora s Katedre za ustavno pravo zagrebačkog Pravnog fakulteta: Smiljka Sokola i Branka Smerdela. Knjizi je namijenjena dvostruka zadaća: "udžbenika" i "uvoda". Udžbenika - za studente prava, uvoda u poznavanje pravnih temelja demokracije i njenih institucija za širi krug čitateljstva.

Uz predgovor knjigu čini deset poglavlja: Uvodna razmatranja - temeljna pitanja ustavnog prava; Pojam i razvitak ustavne vladavine; Slobode i prava čovjeka i građanina; Kontrola ustavnosti i zakonitosti; Temelji državne vlasti; Izborni sustav; Temeljna pitanja ustrojstva državne vlasti; Načelo diobe i načelo jedinstva vlasti i oblici njihove primjene; Ustrojstvo vlasti Republike Hrvatske; Složene države i državne zajednice. Ovomu je pridodan i popis temeljne literature.

U prvom su poglavlju elaborirana pitanja: predmeta, metoda i odnosa ustavnog prava kao znanstvene discipline spram političkih znanosti te pitanja sadržaja ustavnog prava spram drugih grana pravnog sustava, izvora ustavnog prava te, naposljetku, pitanje pojma i vrsta ustava, revizijskih sustava ustava te strukture i sadržaja ustava.

Iz ovog ćemo poglavlja apostrofirat štivo koje se odnosi na odnos znanosti ustavnog prava spram političkih znanosti. Promišljajući tu relaciju Smiljko Sokol zaključuje da je ustavno pravo kao znanstvena disciplina, ambivalentno: ono je, istodobno, i pravna, i politološka disciplina. Naime, uvelike se poklapa, kako predmet (političke institucije), tako i metode (usporedna, povijesna) ustavnog prava i političkih znanosti. Njihova različitost, međutim, provenira iz činjenice što znanost ustavnog prava, ponajprije, zanima pitanje odnosa ustavnog propisa i stvarnosti, prava i zbilje, dok političke znanosti, uglavnom, zanima ono što opstoji u političkoj zbilji. Upravo stoga su političke znanosti, više, okrenute empirijskim istraživanjima, nego što je to slučaj s ustavnim pravom. Iz toga slijedi da je veoma prisno zajedništvo između ustavnog prava i političkih znanosti pa s obzirom na obilježja tog zajedništva, nema razvijenog i znanstveno uspješnog ustavnog prava bez razvijenih, napose u empirijskoj njihovoj dimenziji, političkih znanosti (str.7).

Drugo poglavlje sadrži promišljanje relacije "ustav" - "ustavna vladavina", potom pregled razvitka ustavnosti u tri zapadne demokracije: SAD, Velikoj Britaniji, Francuskoj, te dio koji se odnosi na uspostavljanje ustavne vladavine u Republici Hrvatskoj.

Promišljajući relaciju ustav - ustavna vladavina, Branko Smerdel zaključuje da je opstojnost (pisano) ustava, svakako uvjet ozbiljenija ustavne vladavine, ali da ta činjenica, sama po sebi, ne dovodi do ustavne vladavine. "Tako zemlja najduže tradicije konstitucionalizma, Velika Britanija, koja je primjer ustavne vladavine, nema pisani ustav, dok je u mnogim zemljama s pisanim ustavom teško govoriti o ustavnoj vladavini jer je ustav neostvaren, ili čak takav da sam svojim odredbama krši načela takve vladavine" (str.25).

Konstitucionalizacija sloboda i prava čovjeka i građanina, s osobitim osvrtom na Ustav Republike Hrvatske, sadržaj je trećeg poglavlja.

Garancije prava čovjeka i građanina, ističe profesor Smerdel, uz uspostavljanje sustava uzajamnog nadzora vladajućih državnih tijela, nadaju se kao suština samog pojma ustava.

Eksplikacija načela ustavnosti i zakonitosti, institucija kontrole ustavnosti i zakonitosti, kontrola ustavnosti zakona u SAD te kontrola ustavnosti i zakonitosti prema Ustavu Republike Hrvatske iz 1990. god, čini štivo četvrtog poglavlja.

Prolegomena ovoj problematici jest Smerdelovo određenje pojma "vladavine prava", iz kojeg se, zapravo, i nadaje potrebitost kontrole ustavnosti i zakonitosti. Autor ističe njegov "politički" i "pravni" smisao. U političkom

smislu, koncepcija vladavine prava (*rule of law*) involvira niz načela ustavne vladavine, koji omogućuju da svi nositelji funkcija vlasti budu podvrgnuti ograničenjima, uspostavljenim pravnim poretkom u državi. U pravnom smislu, vladavina prava postulira dosljedno pridržavanje ustava i zakona od svih državnih tijela, pojedinih funkcionara i od samih građana. Ova je koncepcija oblikovana u engleskoj ustavnoj doktrini 19.stoljeća. Srodna ovoj jest i koncepcija "pravne države" (*Rechtstaadt*), nastala u njemačkoj ustavnoj teoriji 19. stoljeća. Ova koncepcija težište stavlja na nadzorsku snagu ustavnopravnih normi i hijerarhiju prava, koja iz nje slijedi. Pravni se sustav shvaća kao stupnjevito izvedena cjelina, u kojoj su pravne norme dedukcijom izvedene iz viših pravnih normi, a cjeloviti je sustav unutar sebe usklađen obvezom pridržavanja ustavnih načela.

I jednoj i drugoj koncepciji navlastita je zabrana svake arbitarnosti pri odlučivanju i postupanju svih državnih tijela; državna tijela mogu intervenirati u odnose među ljudima jedino putem zakona, odnosno na temelju ovlasti dobijenih zakonom (str.59). "Sa stajališta djelotvornosti pravnog sustava ključno je pitanje kako osigurati nadzor nad poštovanjem tih načela u svakodnevnom postupanju državnih tijela i ponašanju građana. Dok je ta zadaća, ukoliko se odnosi na građane, relativno jednostavna jer sustav sudbenih i

upravnih tijela rješavanjem sporova ili primjenom sankcija u slučaju zakonom zabranjenih ponašanja, može osigurati poštovanje pravnog poretka, pa i prisilno provesti donesene odluke, podvrgavanje ustavu i pravu općenito samih nositelja državne vlasti, konkretno zakonodavnih i izvršnih tijela, jedno je od najtežih pitanja ustavnopravne teorije na kojoj se gradi koncepcija diobe vlasti i uzajamne kontrole njezinih nositelja. No na čisto ustavnopravnom području radi se o izgradnji sustava ustavnopravnih institucija kontrole ustavnosti i zakonitosti i razradi tih ustavnih odredaba zakonima" (str.59-60)

Nastanak i razvitak teorija o narodnom suverenitetu, predstavnička vladavina, oblici neposrednog odlučivanja (ostvarivanje neposredne demokracije) problematika je koju promišlja Smiljko Sokol u petom poglavlju knjige.

Autor drži - kad je u pitanju suverenitet - da pojam "suvereniteta", barem sa stajališta ustavnog prava, ima tri razine te, u suglasju s tim, tri različita sadržaja. Sokol razlikuje "narodni" ("pučki", "državlanski" ili "građanski"), "državni" i "nacionalni" suverenitet.

Sadržaj "narodnog" suvereniteta ogleda se u tome što sva vlast u državi proizlazi iz naroda i pripada narodu te da vlastodršci djeluju kao predstavnici naroda. Pritom se pod pojmom "naroda" razumijevaju svi državljani odnosno građani određene države, bez

obzira na nacionalne i druge razlike među njima. "Državni" se suverenitet izražava kao najviša vlast prema unutra i nezavisna prema van, a "nacionalni" kao pravo naroda odnosno nacije na samoodređenje do otcjepljenja. Autor, nadalje upozorava da se pojam narodnog suvereniteta miješa s pojmom nacionalnog suvereniteta. Jedan od razloga tomu, leži u činjenici "što se u francuskoj ustavnopravnoj klasičnoj doktrini, s obzirom na jednonacionalnu strukturu francuskog društva i unitarno državno uređenje, izjednačuje pojam naroda u ustavnom i političkom smislu s nacijom te se za označavanje pojma narodnog suvereniteta koristi termin "*souveraineté nationale*", odnosno prema doslovnom prijevodu "nacionalni suverenitet" (str.75-76).

Sadržaj šestog poglavlja je biračko pravo i njegovo ostvarivanje te utvrđivanje izbornih rezultata.

Raspodjela mandata u predstavničkom tijelu je, svakako vrlo važan dio izbornog sustava: stoga mu profesor Sokol i poklanja dužnu pozornost. U svezi s tim ističe da se sustav većine može, načelno primijeniti, i u velikim, i u malim izbornim jedinicama, ali da se on, ipak redovito primjenjuje u malim izbornim jedinicama. Primjenjen, naime u velikim izbornim jedinicama - u kojima se bira više zastupnika - do vrlo velikog nerazmjera između broja, za jednu političku stranku ili grupaciju datih glasova i broja njenih zastupničkih

mjesta u predstavničkom tijelu. Sustav razmjernog predstavništva može se primijeniti, isključivo, u velikim izbornim jedinicama, tj. u onim izbornim jedinicama u kojima se bira, najmanje, četiri ili više zastupnika "jer se pri izboru manjeg broja zastupnika nema što dijeliti između kandidata različitih stranaka koje sudjeluju na izborima" (str.97).

Pojam, struktura, ustrojstvo rada, funkcije predstavničkih tijela, razlikovanje funkcija u državi, poremećaj nadležnosti između zakonodavnog tijela i izvršnih organa, problematika je sedmog poglavlja knjige.

Iz ovog ćemo dijela naglasiti različita shvaćanja o razlikovanju funkcija u državi. Sokol ističe da opstoje tri grupe shvaćanja o broju i sadržaju državnih funkcija: dualističko, trijalističko i kvadrilističko. Prema dualističkom shvaćanju (J.J. Rousseau, Caré de Malberg, Kelsen) državna se vlast ostvaruje kroz dvije temeljne državne funkcije: zakonodavnu i izvršnu. Prema trijalističkom shvaćanju (Montesquieu, Laband, Jellinek, Duguit) državna se vlast ostvaruje kroz tri temeljne državne funkcije: zakonodavnu, sudsku i upravnu. Prema kvadrilističkom shvaćanju (Mayer, Hauriou, Capitant) državna se vlast ostvaruje kroz četiri funkcije: zakonodavnu, sudsku, upravnu i izvršnu. Autor drži da je kvadrilističko shvaćanje najprihvatljivije "jer se potvrđuje u pravnoj i

političkoj praksi suvremenih država" (str.116).

Ustrojstvo i dioba vlasti, načelo jedinstva vlasti, sustav predsjedničke vlade, sustav parlamentarne vlade, štivo je osmog poglavlja.

Razmatrajući, primjerice, sustav parlamentarne vlade, Sokol zaključuje da se parlamentarizam - čak i suvremeni parlamentarizam ili parlametarizam poremećene ravnoteže u korist izvršene "vlasti" - pokazao kao sustav koji u svim slučajevima primjene i pri najviše izraženom odstupanju od svoga osnovnog institucionalno-pravnog modela uspijeva očuvati realitet temeljne ideje na kojoj je izrastao - ideje ograničenja i kontrole političke vlasti. Tako se taj sustav uvijek iznova potvrđuje kao svrsishodna institucionalna pretpostavka političke demokracije" (str.149).

U devetom se poglavlju razmatra ustrojstvo vlasti prema Ustavu Republike Hrvatske iz 1990. godine te lokalna samouprava.

Ukazujući, tako, na razloge prihvaćanja polupredsjedničkog sustava kao sustava ustrojstva vlasti u Ustavu Republike Hrvatske iz 1990. godine, Sokol ističe kako je on prihvaćen zbog toga što se smatralo da on pomiruje dva osnovna zahtjeva uspješnog funkcioniranja ustrojstva vlasti suvremene države: "vrlo visok stupanj političke demokracije odnosno demokratičnosti sustava uz osiguranje njegove

djelotvornosti i stabilnosti političkog sustava u cjelini" (str.151).

Federaciju, konfederaciju te druge oblike složenih država i državnih zajednica Branko Smerdel razmatra u desetom poglavlju knjige.

Razmatrajući Europsku ekonomsku zajednicu kao nov oblik udruživanja države, autor ukazuje na prijepore u ustavnopravnoj teoriji i teoriji međunarodnog prava: u određenju njezine prirode ("konfederacija novog tipa", "integracija *sui generis*", "federacija u nastajanju"). "U svakom slučaju radi se o primjeni teorije o mirnom udruživanju, utemeljenom na zajedničkim interesima, i o organizacijskom načelu ravnopravnosti u okviru integracije utemeljenom na federalističkoj teoriji."

In fine: neka poglavlja knjige ostala su osujećena za materiju koja bi se u njima trebala naći. Tako bi primjerice, poglavlje o temeljima državne vlasti, svakako, trebalo sadržavati i propitivanje koncepcija monarhijskog suvereniteta, koncepcija suvereniteta parlamenta, nacionalnog suvereniteta, suvereniteta prava te njihov utjecaj

na ustavne tekstove. U poglavlju o slobodama i pravima čovjeka i građanina, trebalo je, čini se elaborirati i pitanja određivanja pojma osnovnih prava u građanskoj ustavnopravnoj teoriji, ("osnovna prava kao subjektivna prava", "osnovna prava kao objektivne norme ili elementi objektivnog poretka", itd.), potom pitanje klasifikacije osnovnih prava u ustavnopravnoj teoriji ("prava čovjeka i prava građanina", "naddržavna i državna osnovna prava", "prava" i "neprava", "osnovna prava", itd.), nadalje pitanja ograničenja i suspenzije osnovnih prava, zaštite osnovnih prava.

Ova objecka, zacijelo, ne "zamagljuje" činjenicu da čitatelj ima pred sobom ozbiljno i aktualno štivo, uvelike "oslobodeno" ideologijskog diskursa ili, pak, pukog parafraziranja ustavnog teksta, toliko karakterističnog za knjige identične namjene, iz, ne tako davnog, vremena. Ovo je ujedno i dostatan razlog preporučivanja knjige, ne samo studentima prava, već i širem čitateljstvu.

Nado Grubić

E.-I. A. Daes, *Liberté de l'individu en droit. Etudes des devoirs de l'individu envers la communauté et limitations des droits et libertés de l'homme en vertu de l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme* (New York: Nations Unies, 1990). 224 p.

Erica-Irene A. Daes, specijalni izvjestitelj Potkomisije za sprečavanje diskriminacije i zaštitu manjina Organizacije ujedinjenih naroda, autorica je studije pod naslovom *Pravna sloboda pojedinca. Studija o dužnostima pojedinca prema zajednici i ograničenjima prava i sloboda čovjeka prema članku 29. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima*. Studija sadrži uvod "Pojedinaac i suvremena svjetska zajednica" ("L'individu et la communauté mondiale contemporaine") i tri dijela koji su redom naslovljeni: "Dužnosti pojedinca prema zajednici" ("Devoirs de l'individu envers la communauté"); "Ograničenja vršenja određenih prava i sloboda čovjeka" ("Limitations à l'exercice de certains droits et libertés de l'homme"); "Zaštita prava čovjeka u slučaju izvanredne javne opasnosti" ("Protection des droits de l'homme en cas de danger public exceptionnel").

Autorica u uvodu studije sažeto prikazuje razvoj zaštite osnovnih prava pojedinca od kraja srednjeg vijeka, preko Društva naroda do Organizacije ujedinjenih naroda i regionalnih organizacija

kao što su Savjet Europe i Organizacija američkih država.

U prvom se dijelu studije autorica bavi tumačenjem odredbi članka 29, stavak 1 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima i Uvoda, alineja 5 Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. U rečenim se odredbama izričito kaže da pojedinac ima dužnosti prema zajednici, odnosno prema zajednici i prema drugim pojedincima, ali se ne kaže koje to dužnosti pojedinac ima.

U svrhu tumačenja rečenih odredbi autorica razmatra pripremni rad Komisije za ljudska prava na tim odredbama, odgovore nekih vlada država na upitnik o dužnostima pojedinca, kao i odgovore na nj specijaliziranih organizacija kao što su Međunarodna organizacija rada, Međunarodna organizacija za prosvjetu, znanost i kulturu i Svjetska zdravstvena organizacija, te ustavne odredbe i odredbe drugih pravnih akata određenih država članica Organizacije ujedinjenih naroda. U istu svrhu autorica također razmatra značenja izraza "dužnost" ("devoir") i "zajednica" ("communauté"), odnos pojedinca i zajednice, te dužnosti i odgovornosti pojedinca u međunarodnom pravu.

Na osnovi provedenih istraživanja autorica zaključuje da pojedinac ima sljedeće dužnosti prema zajednici: a) dužnost poštivanja mira i sigurnosti; b) dužnost

uzdržavanja od propagande za rat; c) dužnost uzdržavanja od pozivanja na rasnu, nacionalnu ili vjersku mržnju; d) dužnosti prema čovječanstvu; e) dužnost poštivanja međunarodnog prava; f) dužnost poštivanja međunarodnog humanitarnog prava (prava koje se primjenjuje u slučaju oružanog sukoba); g) dužnost uznastojanja na promicanju i poštivanju prava čovjeka i temeljnih sloboda; h) dužnost sudaca Međunarodnog suda pravde i stručnjaka specijaliziranih organizacija da vrše svoje funkcije u svemu neovisno, nepristrano i objektivno; i) dužnost poštivanja općeg dobra; j) dužnost otpora zahtjevima kolektiviteta koji su nespojivi sa svrhama i ciljevima Povelje Ujedinjenih naroda, Univerzalne deklaracije, Međunarodnih paktova i drugih međunarodnih dokumenata o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, kao i ustavima demokratskih država; k) dužnost poslušnosti zakonu u demokratskom društvu; l) dužnost poslušnosti zakonitim i legitimnim naredbama pretpostavljenih; m) dužnost zaštite okružja; n) dužnost participacije u društvenom napretku i razvoju.

Autorica smatra da pored rečenih dužnosti prema zajednici pojedinac ima i sljedeće dužnosti prema drugom pojedincu: a) dužnost poštivanja drugog; b) dužnost poštivanja pravila o sprečavanju torture i o ljudskom dostojanstvu; c) dužnost vršenja političkih prava;

d) dužnost promicanja kulture; e) dužnost pomaganja i solidarnosti.

Autorica spominje također dužnosti stranaca, izbjeglica i apatrida.

Na kraju ovog dijela studije autorica preporuča: prvo, razvoj prosvjete i obrazovanja na području prava čovjeka; drugo, izradu projekta deklaracije o načelima koja bi određivala odgovornosti pojedinca, poglavito odgovornosti koje se tiču promicanja i poštivanja prava čovjeka i temeljnih sloboda u suvremenoj zajednici; i treće, izradu sveobuhvatne studije o položaju pojedinca u suvremenom međunarodnom pravu.

U drugom se dijelu studije autorica bavi tumačenjem odredbi članaka 29 (stavak 2 i 3) i 30 Univerzalne deklaracije, članaka 4, 5 i 8 Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i članaka 4, 12 (stavak 3), 14 (stavak 1), 18 (stavak 3), 19 (stavak 3), 21 i 22 (stavak 2) Međunarodnog pakta o građanskim političkim pravima. U rečenim se odredbama navode uvjeti i dopušteni razlozi ograničenja određenih prava i sloboda čovjeka.

U svrhu tumačenja rečenih odredbi autorica razmatra pripremni rad na članku 29, stavak 2 Univerzalne deklaracije i pripremni rad na prvom projektu međunarodnog pakta o pravima čovjeka, odgovore nekih vlada država na upitnik o ograničenjima vršenja prava čovjeka i temeljnih sloboda,

kao i odgovore na nj Međunarodne organizacije rada, Međunarodne organizacije za prosvjetu, znanost i kulturu i Svjetske zdravstvene organizacije, primjedbe Savjeta Europe, te ustavne odredbe i odredbe drugih pravnih akata određenih država članica Organizacije ujedinjenih naroda.

U istu se svrhu autorica bavi tumačenjem pojmova i izraza koji se odnose na uvjete i dopuštene razloge ograničenja prava čovjeka i temeljnih sloboda kao što su: "određeno zakonom" i "propisano zakonom"; "samovoljno", "samovoljno uplitanje" i "samovoljno i nezakonito uplitanje"; "pravični postupak" ("*garanties d'une procédure régulière*", "*due process of law*"); poštivanje prava i sloboda drugih; "moral" i "moralnost"; "javni poređak" ("*ordre public*", "*public order*"), "javna sigurnost", "državna sigurnost"; opće dobro; javno zdravlje; demokratsko društvo; i zabrana zloupotrebe prava.

Autorica zaključuje da svako ograničavanje ljudskih prava ili svako uplitanje u vršenje prava čovjeka treba biti u skladu sa sljedećim načelima: a) načelom zakonitosti prema kojem su svi nosioci državne vlasti obvezni postupati u skladu sa zakonom (*secundum legem*), a zabranjeni su svi akti *contra legem ili praeter legem*; b) načelom prvenstva prava prema kojem svi akti trebaju biti ovlašteni od zakonodavne vlasti, a zabranjeni su svi akti koji nisu

propisani zakonom (*sine lege*); c) načelom poštivanja dostojanstva pojedinca prema kojem je "priznavanje prirođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svim pripadnicima ljudske obitelji temelj slobode, pravednosti i mira u svijetu"; d) načelom apsolutnosti ljudskih prava prema kojem su prava i slobode pojedinca apsolutni a njihova ograničenja izuzeci, te se odredbe međunarodnog ili unutarnjeg prava koje određuju ograničenja trebaju restriktivno (suženo) tumačiti; e) načelom jednakosti i nediskriminacije; f) načelom *nullum crimen, nulla poena sine lege* i načelom neretroaktivnosti krivičnog zakona; g) načelom pravične i javne sudske rasprave pred nezavisnim i nepristranim sudom i načelom *ne bis in idem*; h) načelom proporcionalnosti prema kojem svako ograničenje mora biti određeno strogo u srazmjerju s potrebom ili višim interesom koji traže to ograničenje; i) načelom stečenih prava prema kojem stečena prava trebaju biti zaštićena; j) drugim načelima implicitno priznatim u članku 29, stavak 3 i članku 30 Univerzalne deklaracije i u odgovarajućim člancima Međunarodnih paktova kao što su načelo dobre vjere, načelo pravičnosti, načelo samoodređenja, načelo društvene solidarnosti, načelo miroljubivih odnosa među narodima i državama i načelo održavanja svjetskog mira.

Na kraju ovog dijela studije autorica preporuča izradu deklaracije

cije o zajedničkim načelima i pravilima koja bi određivala ograničenja u vršenju određenih prava čovjeka, kao i usklađivanje zakonodavstva država s normama Ujedinjenih naroda o ograničenjima njihova vršenja.

U trećem se dijelu studije autorica bavi tumačenjem odredbe članka 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Rečena odredba predviđa da država u slučaju izvedne javne opasnosti koja prijeti opstanku naroda može ukinuti određena prava čovjeka.

U svrhu tumačenja rečene odredbe autorica razmatra pripremni rad Komisije za ljudska prava na toj odredbi, odgovore nekih vlada država na upitnik o sadržaju rečene odredbe, kao i odgovore na nj Međunarodne organizacije rada, Međunarodne organizacije za prosvjetu, znanost i kulturu i Savjeta Europe.

Na osnovi provedenih istraživanja autorica zaključuje da trebaju biti ispunjeni sljedeći uvjeti da bi postojala situacija izvedne javne opasnosti: a) izvedna javna opasnost koja prijeti opstanku naroda mora stvarno postojati, što znači oboje - da izvedna opasnost mora prijetiti cijeloj državi i ona mora predstavljati prijetnju organiziranu življenju; b) postojanje izvedne javne opasnosti treba biti proglašeno službenim aktom; c) mjere koje država poduzima trebaju biti u strogoj mjeri one koje

situacija traži; d) mjere ukidanja koje država poduzima ne smiju biti u suprotnosti s drugim obvezama države prema međunarodnom pravu; e) mjere ukidanja ne smiju biti diskriminatorne, temeljene jedino na rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjerosipovijesti ili socijalnom podrijetlu; f) država mora odmah preko Glavnog tajnika Ujedinjenih naroda obavijestiti ostale države ugovornice Međunarodnog pakta o odredbama koje su ukinute i o razlozima zbog kojih je to učinjeno, a obavijest se mora dati istim putem kada to ukidanje prestane.

Autorica zaključuje također da, mada Međunarodni pakt ne određuje koji je državni organ ovlašten za proglašavanje postojanja izvedne javne opasnosti, suprotno bi bilo njegovom duhu ili načelu prvenstva prava pripisati tu ovlast vojnim ili sudskim organima. Stoga tu ovlast može imati jedino zakonodavno tijelo.

Autorica daje također poredbeni prikaz odredbi članka 4 Međunarodnog pakta, članka 15 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i članka 27 Američke konvencije o ljudskim pravima koje određuju neukidivost određenih prava čovjeka u slučaju izvedne javne opasnosti. Valja spomenuti da se u Europskoj i Američkoj konvenciji koristi izraz "rat ili druga javna opasnost", dok to nije slučaj u Međunarodnom paktu jer je prema Povelji Ujedinjenih naroda zabranjeno utjecanje ratu. Prema Međunarodnom

je paktu zabranjeno ukidanje sljedećih prava: prava na život, prava protiv mučenja ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, prava na slobodu od podvrgavanja medicinskim ili znanstvenim eksperimentima bez svog pristanka, prava protiv ropstva i ropstvu slična odnosa, prava na slobodu od zatvaranja zbog toga što se nije u stanju ispuniti ugovornu obvezu, prava protiv retroaktivnih krivičnih zakona, prava na priznavanje pravnog subjektiviteta, i prava na slobodu misli, savjesti i vjere. Prema Europskoj je konvenciji manji broj prava koje je zabranjeno ukinuti, a to su: pravo na život, pravo protiv mučenja ili ponižavajućeg postupka ili kažnjavanja, pravo protiv ropstva ili potčinjenosti, te pravo protiv retroaktivnih krivičnih zakona. Američka konvencija sadrži poredbeno najduži popis prava koja je zabranjeno ukinuti na kojem su sljedeća prava: pravo na priznanje pravnog subjektiviteta, pravo na život, pravo na osobni integritet, sloboda od ropstva ili potčinjenosti, načelo zakonitosti i neretroaktivnosti, sloboda savjesti i vjeroispovijesti, zaštita obitelji, pravo na ime, prava djeteta, pravo na državljanstvo, politička prava.

Na kraju ovog dijela studije autorica preporuča izradu deklaracije o zajedničkim načelima i pravilima o zaštiti prava čovjeka u slučaju izvredne javne opasnosti. Ona također preporuča sveobuhvatno izučavanje pitanja zaštite prava čovjeka u slučaju izvredne javne opasnosti poglavito pitanja unutarnje kompetencije države u slučaju izvredne javne opasnosti i pitanja odnosa između ekonomskog i socijalnog razvoja i izvrednog stanja.

Studija je vrlo informativna. U njoj je obilje podataka o stanju zaštite prava čovjeka na razini međunarodnog prava kao i unutarnjeg prava mnogih država. Također zaslužuju pažnju autoričine preporuke. Međutim, neki su njeni zaključci o dužnostima pojedinca i ograničenjima vršenja prava čovjeka sporni. Naprimjer, da pojedinac ima dužnost vršenja političkih prava, ili da on ima dužnost promicanja općeg dobra, ili da je opće dobro opravdani razlog ograničenja prava čovjeka. Da bi svoje zaključke učinila uvjerljivijim, autorica je morala u većoj mjeri uzeti u obzir stanje suvremenih teorijskih rasprava o tim pitanjima, nego što je to u svojoj studiji učinila.

Miomir Matulović

UDK 347.412.8(091)

Stručni rad

BARTULOVIĆ, Željko

Pravni fakultet u Rijeci

**UGOVORNA KAZNA PREMA VINODOLSKOM ZAKONU
TE KRČKOM I SENJSKOM STATUTU**

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 13, 1992.

Rijeka 1992, str. 1-12

U ovom se radu autor bavi problemom tumačenja čl. 14 Vinodolskog zakona iz 1288. god., gdje pristaje uz stav da je riječ o zabrani utvrđivanja ugovornih kazni, osim u ugovorima o arbitraži te u slučajevima kada kaznu utvrđuje knez.

Autorski sažetak

UDK 347.79:347.762.5(497.13)

Izvorni znanstveni rad

BORČIĆ, Vojko

Fakultet za saobraćaj i pomorstvo u Rijeci

POMORSKI AGENT U ZAKONODAVSTVU HRVATSKE

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 13, 1992.

Rijeka 1992, str. 13-23

Autor razmatra pravni položaj pomorskog agenta u raznim zakonodavstvima. Posebice uspoređuje propise Plovidbenog zakonika bivše Jugoslavije s talijanskim, poljskim i bugarskim propisima. Predlaže određivanje pravnog položaja pomorskog agenta, u zakonodavstvu Hrvatske *de lege ferenda*.

Autorski sažetak

UDK 341.24

Izvorni znanstveni rad

CRNIĆ-GROTIĆ, Vesna

Pravni fakultet u Rijeci

**OBVEZA POŠTIVANJA PREDMETA I CILJA UGOVORA
PRIJE NJEGOVA STUPANJA NA SNAGU**

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 13, 1992.

Rijeka 1992, str. 25-45

Autor se u članku bavi problemom međunarodnog ugovornog prava s obzirom na odredbu čl.18. Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1969. god. Prema toj odredbi države potpisnice pod rezervom ratifikacije, kao i one koje su ratificirale ugovor, ali on još nije stupio na snagu, dužne su se suzdržati od čina koji bi lišili ugovor predmeta i cilja.

Autorski sažetak

UDK 347.7+336.77

Izvorni znanstveni rad

ČULINOVIC-HERC, Edita

Pravni fakultet u Rijeci

**VRIJEME IZVRŠENJA NOVČANE OBVEZE KOD ELEKTRONIKOG
TRANSFERA NOVCA U MEĐUNARODNIM POSLOVNIM
TRANSAKCIJAMA**

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 13, 1992.

Rijeka 1992, str. 47-76

Primjena informatičke tehnologije u bankarstvu revolucionirala je operaciju plaćanja. Specifičnosti elektroničkog transfera novca uzrokovane tehnološkom pozadinom transakcije kao i načinom njezine realizacije u međunarodnim plaćanjima iziskuju potrebu konzultiranja kako je problem vremena izvršenja novčane obveze riješen u komparativnom i domaćem zakonodavstvu.

Autorski sažetak

UDK 347.412.8(091)

BARTULOVIĆ, Željko
Faculty of Law, Rijeka

**PENALTY CHARGES ACCORDING TO VINODOL LAW AND THE
STATUTE OF KRK AND SENJ**

Collected Papers of the Rijeka University Faculty of Law, 13, 1992
Rijeka 1992, pp.

Rijeka 1992, p. 1-12

The author deals with the problem of Article 14 of Vinodol Law of 1288 (Vinodolski zakon iz 1288), where he is of the opinion that it concerns the ban on establishing contractual penalties, except in arbitration agreements and the causes in which the prince (knez) decides the penalty.

Author's abstract

UDK 347.79:347.762.5(497.13)

BORČIĆ, Vojko
Faculty for Maritime and Transportation Studies, Rijeka

THE SHIPBROKER IN THE CROATIAN LEGISLATION

Collected Papers of the Rijeka University Faculty of Law, 13, 1992
Rijeka 1992, pp.

Rijeka 1992, p. 13-23

The author analyses the legal position of the shipbroker in various legislations comparing particularly the rules of of the Maritime Code of the ex Jugoslavijska with the Italian, Polish and Bulgarian ones. He proposes to establish a legal position of shipbrokers in the new Croatian legislation *de lege ferenda*.

Author's abstract

UDK 341.24

CRNIĆ-GROTIĆ, Vesna
Faculty of Law, Rijeka

**THE LIABILITY OF OBEYING THE OBJECT AND PURPOSE OF
THE TREATY BEFORE ITS COMING INTO FORCE**

Collected Papers of the Rijeka University Faculty of Law, 13, 1992
Rijeka 1992, pp.

Rijeka 1992, p. 25-45

The author deals with the problem of the International Law of Treaties in relation to the provision of Article 18 of the Vienna Convention in the Law of treaties (1969.) According to this provision member states under ratification, as well as those which ratified the treaty (which is not yet in force) should restrain from acts which would deprive the treaty of the object and goal.

Author's abstract

UDK 347.7+336.77

ČULINOVIĆ-HERC, Edita
Faculty of Law, Rijeka

**TIME OF PAYMENT OF MONETARY OBLIGATION THROUGH
ELECTRONIC MONEY TRANSFER IN INTERNATIONAL COM-
MERCIAL TRANSACTIONS**

Collected Papers of the Rijeka University Faculty of Law, 13, 1992
Rijeka 1992, pp.

Rijeka 1992, p. 47-76

The introduction of computers in banking revolutionized banking payment methods. Operational computer speed and minimum human intervention exerts a strong influence on payment of monetary obligation in international commercial transactions.

Author's abstract

UDK 343.22:616.89-05

GROZDANIĆ, Velinka
Faculty of Law, Rijeka

DANGER OF MENTALLY DERANGED DELINQUENTS

Collected Papers of the Rijeka University Faculty of Law, 13, 1992
Rijeka 1992, pp.
Rijeka 1992, p. 77-98

As the danger of committing criminal acts is an essential argument for applying safety measures of compulsory psychiatric treatment, the main criterion for differentiating measures of treatment in an institution and outside an institution, there is a need to define and analyze these problems from the aspect of positive law and its practical application and especially relating to legal safety of delinquents who are not criminally responsible.

Author's abstract

UDK 629.12(497.13)

HLAČA, Vinko
Faculty of Law, Rijeka

**SHIPBUILDING INDUSTRY IN THE NEW
CROATIAN LEGISLATION**

Collected Papers of the Rijeka University Faculty of Law, 13, 1992
Rijeka 1992, pp.
Rijeka 1992, p. 99-121

The author deals with the rules forming shipbuilding law, which regulates relations during construction, repair and reconstruction of the ships in Croatian shipbuilding yards. It concerns regulations relating to private and public law relations in shipbuilding industry contained in national legislation and international conventions provisions. A special emphasis in the article is on the part dealing with regulations relating to the Croatian shipbuilding industry.

Author's abstract

UDK 336.2

HORVAT, Ladislav
Faculty of Transportation Studies, Zagreb

THE EVASION OF PUBLIC PAYMENTS

Collected Papers of the Rijeka University Faculty of Law, 13, 1992
Rijeka 1992, pp.
Rijeka 1992, p. 123-144

This article deals with the phenomenon of the evasion of public payments - tax payments and other compulsory payments. This obligation is first of all a legal issue and in the second place a moral one. The reasons for the evasion may be objective and subjective. The article deals with the legal and moral aspect of the evasion and the analysis of its causes.

Author's abstract

UDK 339.4.007:347.71(497.13)

LEDIĆ, Dragutin
Faculty of Law, Rijeka

**CONSUMER PROTECTION LAW - A SEPARATE BRANCH OF
THE NEW CROATIAN LEGAL SYSTEM**

Collected Papers of the Rijeka University Faculty of Law, 13, 1992
Rijeka 1992, pp.
Rijeka 1992, p. 145-169

An urgent need for a new legal system of the Republic of Croatia, according to the author's opinion, is an opportunity to emphasize the consumer and his protection. The situation in positive domestic law is first described with possible solutions. In relation to comparative law, the author points to the situation in developed European countries and the European Community with a very high degree of consumer protection and a special branch of law - Consumer Protection law.

Author's abstract

UDK 343.22:616.89-05

Izvorni znanstveni rad

GROZDANIĆ, Velinka

Pravni fakultet u Rijeci

OPASNOST DUŠEVNO ABNORMALNOG DELIKVENTA

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 13, 1992.

Rijeka 1992, str. 77-98

S obzirom na to da je opasnost počinitelja krivičnog djela bitni sadržaj, razlog i pretpostavka za primjenu mjera sigurnosti obaveznih psihijatrijskih liječenja, glavni kriterij razlikovanja potrebe za izricanjem mjere liječenja i čuvanja u ustanovi od mjere liječenja na slobodi potrebno je definirati i analizirati ovaj pojam, i to s aspekta pozitivnog prava, primjene u praksi i osobito pravne sigurnosti krivično neodgovornih delikvenata.

Autorski sažetak

UDK 629.12(497.13)

Izvorni znanstveni rad

HLAČA, Vinko

Pravni fakultet u Rijeci

BRODOGRADNJA U NOVOM HRVATSKOM ZAKONODAVSTVU

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 13, 1992.

Rijeka 1992, str. 99-121

Autor u radu prikazuje propise koji čine pravo brodogradnje, koje regulira odnose povodom gradnje, popravka i preinake brodova u hrvatskim brodogradilištima. Radi se o propisima koji uređuju javno-pravne i privatnopravne odnose u brodogradnji, a sadržani su u normativnim aktima iz nacionalnog zakonodavstva i međunarodnih konvencija.

Središnje mjesto u radu ima onaj njegov dio koji razrađuje novu zakonsku regulativu potrebnu našoj brodogradnji.

Autorski sažetak

UDK 336.2

Izvorni znanstveni rad

HORVAT, Ladislav

Fakultet prometnih znanosti u Zagrebu

IZBJEGAVANJE JAVNIH DAVANJA

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 13, 1992.

Rijeka 1992, str. 123-144

U ovom se radu istražuje fenomen izbjegavanja (evazije) javnih davanja, pod čime se u prvom redu razumijeva izbjegavanje plaćanja poreza, a zatim i drugih obaveznih davanja javnopravnim tijelima. Obveza javnih davanja prije svega je pravna, ali je isto tako i moralna, a uzroci izbjegavanja su objektivni i subjektivni. U radu se razmatra pravni i moralni aspekt evazije i analiziraju njezini uzroci.

Autorski sažetak

UDK 339.4.007:347.71(497.13)

Izvorni znanstveni rad

LEDIĆ, Dragutin

Pravni fakultet u Rijeci

PRAVO ZAŠTITE POTROŠAČA - ZASEBNA GRANA NOVOG PRAVNOG SUSTAVA HRVATSKE

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 13, 1992.

Rijeka 1992, str. 145-169

Nužnost izgradnje i oblikovanja novog pravnog sustava Republike Hrvatske, po ocjeni autora, prilika je da se potrošaču i njegovoj zaštiti posveti što je moguće veća pozornost. Najprije je prikazano stanje u pozitivnome domaćem pravu, opisujući kakva se rješenja tu susreću. Istovremeno je prikazao stanje u poredbenom pravu, najvećim dijelom ukazujući na stanje u razvijenim europskim državama i Europskoj zajednici gdje je u tom pogledu ostvarena zavidna razina zaštite potrošača.

Autorski sažetak

UDK 34:336.41+339.5

Prethodno znanstveno saopćenje

SIMIĆ, Pavle

Carinarnica Rijeka

**CARINSKO PRAVO I PRAVO VANJSKE TRGOVINE
(PRILOG POJMU I MEĐUSOBNU ODNOSU)**

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 13, 1992.
Rijeka 1992, str. 171-185

Dat je kraći prikaz pojma i međusobnog odnosa carinskog prava i prava vanjske trgovine uz naglasak da se tom odnosu premalo pažnje poklanja, kako sa znanstveno-stručnog, tako s praktičnog gledišta. Također je naglašeno da se ne vodi računa da su carinski propisi izvori prava vanjske trgovine i da o tome treba voditi računa još prije zaključenja odgovarajućeg vanjskotrgovačkog ugovora.

Autorski sažetak

UDK 349.2+349.3

Izvorni znanstveni rad

UČUR, Đ. Marinko

Pravni fakultet u Rijeci

**SPECIFIČNOSTI RADNOPRAVNOG I SOCIJALNOPRAVNOG
POLOŽAJA SVJETIONIČARA**

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 13, 1992.
Rijeka 1992, str. 187-209

Radnopravni status svjetioničara spada u jednu novu grupu radnih odnosa koja je u teoriji vrlo malo obrađena, propisima nezatno naglašena, a u praksi "svedena" na mali broj izvršitelja i organizaciju koja ima "izdvojeni" režim. Radi se o radnim odnosima radnika privredne djelatnosti morske tehnologije.

Autorski sažetak

UDK 347.44:340.5.001.36

Pregledni znanstveni rad

ZUBČIĆ, Sonja

Pravni fakultet u Rijeci

POREDBENOPRAVNI ASPEKT NEDOPUŠTENE OSNOVE

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 13, 1992.
Rijeka 1992, str. 211-228

U kontekstu teorije nedopuštene osnove, primijenjene i u našem pozitivnom pravu, sukladnost ugovora postojećem pravnom i moralnom poretku, a time i njegova valjanost, prosuđuje se prema pobudama ugovaratelja. Praktična posljedica takvog pristupa problematici nedopuštenosti ogleda se u mogućnosti proglašenja ugovora ništavim i kada sa predmet obveze nije zabranjen.

Autorski sažetak

UDK 34:336.41+339.5

SIMIĆ, Pavle
Customs Office, Rijeka

CUSTOMS LAW AND FOREIGN TRADE LAW

Collected Papers of the Rijeka University Faculty of Law, 13, 1992

Rijeka 1992, pp.

Rijeka 1992, p. 171-185

The author deals with the concept and relations of customs law and foreign trade law emphasizing that these relations do not receive enough attention from the scientific, professional and practical viewpoint. The author is of the opinion that customs rules are sources of foreign trade law and that this should be taken into account before signing appropriate trade contracts.

Author's abstract

UDK 349.2+349.3

UČUR, Đ. Marinko
Faculty of Law, Rijeka

SPECIFIC FEATURES OF LABOUR AND SOCIAL RELATIONS OF
THE LIGHTHOUSE KEEPER

Collected Papers of the Rijeka University Faculty of Law, 13, 1992

Rijeka 1992, pp.

Rijeka 1992, p. 187-209

The status of the lighthouse keeper belongs to a new group of a labour relations which have not been dealt with much in theory, with very few regulations and a negligible number of performers and an organization having "separate regime". The problem concerns labour relations of personnel trained for specific activities in sea technology.

Author's abstract

UDK 347.44:340.5.001.36

ZUBČIĆ, Sonja
Faculty of Law, Rijeka

COMPARATIVE LAW ASPECT OF ILLICIT MOTIVE

Collected Papers of the Rijeka University Faculty of Law, 13, 1992

Rijeka 1992, pp.

Rijeka 1992, p. 211-228

In the context of the theory of illicit motive, applied also in our positive law, the contract congruence to the existing legal and moral order, and so its validity, is estimated according to the contracting parties motives. Practical consequences of such an approach to the problem of illicitness are seen in the possibility of declaring the contract void even when the obligation subject is not forbidden.

Author's abstract

