

UDK 34 + 3

ISSN 0351-2290

ZBORNIK

**PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI**

GODINA 14

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. 14,
str. 1 - 214, Rijeka 1993.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA
U RIJECI

ISSN 0351-2290

ZBORNİK

PRAVNOG

FAKULTETA

SVEUČILIŠTA

U RIJECI

GODINA 14

RIJEKA 1993.

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

Izdaje: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka

Uredništvo: prof. dr. Vinko Hlača, prof. dr. Mladen Montana, doc. dr. Nenad Hlača, mr. Miomir Matulović, mr. Gordan Stanković i mr. Sonja Zubčić, svi iz Rijeke

Glavni i odgovorni urednik: doc. dr. Nenad Hlača

Lektor: prof. Kažimir Urem

Prevodilac sažetaka: mr. Vesna Crnić-Grotić

Tehničko uređenje: Darko Stipanović, Vojko Vukoša

Adresa uredništva: Pravni fakultet, Hahlić 6, 51000 Rijeka, Hrvatska

Časopis izlazi jedan put na godinu

Naklada 200 primjeraka

Priprema: "Fortica", Rijeka

Tisak: "Riječka tiskara" d.d., Rijeka

Članci objavljeni u časopisu referiraju se u *Index to Foreign Legal Periodicals*, California, USA

Na temelju mišljenja Ministarstva kulture i prosvjete Republike Hrvatske br. 532-03-1/7-93-02 od 8. veljače 1993. godine na promet "Zbornika" Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci ne plaća se osnovni porez na promet.

Uredništvo zahvaljuje na potpori:

Ministarstvu znanosti Republike Hrvatske

"CROATIA" osiguranje D.D.

Filijala za osiguranje transporta i kredita Rijeka

Filijala za osiguranje imovine i osoba Rijeka

"TRANSADRIA" D.D.

Međunarodna špedicija P.O. Rijeka

UVODNA RIJEČ DEKANA

Od 1980. godine Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci izlazio je svake godine kao godišnjak, čije su tiskanje pomagale riječke gospodarske organizacije i poduzeća. Bez njihove potpore Zbornik ne bi bilo moguće tiskati i promovirati na kraju svake kalendarske godine, kada se tradicionalno na Fakultetu organizira promocija diplomiranih pravnika, koji su tijekom godine završili pravne studije. S ovogodišnjim Zbornikom tiskano je 14 brojeva među kojima se ističe dvanaesti svezak s kojim je Zbornik kategoriziran kao primarni znanstveni časopis u registru Ministarstva znanosti Republike Hrvatske, koje financijski pomaže izdavanje znanstvenih časopisa.

Znanstvenoj afirmaciji i takvoj kategorizaciji našeg Zbornika svoj doprinos su dali istaknuti znanstvenici i profesori Pravnog fakulteta u Rijeci, koji su Zbornik uređivali i pripremali njegove sadržaje, s kojima su ostvareni najviši znanstveni dometi u prezentaciji radova koji su tiskani u Zborniku. Prvi glavni urednik Zbornika bio je prof. dr. Đorđe Milović, čijom su zaslugom tiskana prva tri sveska (1/1980, 2/1981, 3/1982.) Od 1983. do 1988. godine glavni urednik Zbornika bio je akademik Lujo Margetić, možemo reći najzaslužniji za takvu reputaciju kakvu Zbornik danas ima. U 1989. i 1990. glavni urednik Zbornika bio je prof. dr. Marinko Đ. Učur, a od 1991. zadnja tri sveska uređuje doc. dr. Nenad Hlača.

U trinaest svezaka Zbornika objavljeno je 145 izvornih znanstvenih članaka, 13 preglednih znanstvenih članaka, 3 stručna članka, 26 radova koji nisu kategorizirani, 1 referat sa znanstvenog skupa, 31 prikaz i jedno prethodno znanstveno saopćenje. Zbornik 7/1986. donosi Spomenicu za profesoricu dr. Josipu Čaval, a u Zborniku 11/1990. objavljena je Spomenica profesora dr. Zorana Kompanjeta. Ovim zaslužnim profesorima na Pravnom fakultetu u Rijeci objavljene su spomenice prilikom umirovljenja.

Ovogodišnji četrnaesti Zbornik izlazi iz tiska na kraju 1993. godine u kojoj se navršava dvadesetogodišnje djelovanje Pravnog fakulteta kao visokog učilišta u sastavu riječkog Sveučilišta. Ova jubilara godina u kojoj izlazi Zbornik 14. aktualizira njegov sadržaj, posebno s onim radovima i člancima u kojima se znanstveno obrađuju teme od naročitog interesa za riječko Sveučilište i gospodarstvo Rijeke. Kao takav primjer ističe se rad akademika Luje Margetića "360. obljetnica visokoškolske nastave u Rijeci" i članak prof. dr. Vinka Hlača "Međunarodni režim morskih luka s osvrtom na tršćansku i riječku luku". Drugi značajni radovi u Zborniku 14. obogaćuju znanstveni opus nastavnika i profesora, koji u Zborniku objavljuju svoje radove i time doprinose ne samo znanstvenoj razini časopisa nego i njegovoj atraktivnosti za studente kojima se u Zborniku daje aktualna literatura za njihov studij prava na Fakultetu.

*Dekan Pravnog fakulteta u Rijeci
prof. dr. Vinko Hlača*

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI,
 GODINA 14. RIJEKA 1993

SADRŽAJ

Lujo MARGETIĆ, 360. OBLJETNICA VISOKOŠKOLSKE NASTAVE U RIJECI (Izvorni znanstveni članak)	1
Robert BLAŽEVIĆ, POSTSOCIJALISTIČKI PORECI I LEGITIMITET (Prethodno priopćenje)	13
Vesna CRNIĆ-GROTIĆ, JUS COGENS U MEĐUNARODNOM PRAVU U SVJETLU NOVIJE JUDIKATURE (Pregledni znanstveni članak)	27
Vinko HLAČA, MEĐUNARODNI REŽIM MORSKIH LUKA S OSVRTOM NA TRŠĆANSKU I RIJEČKU LUKU (Izvorni znanstveni članak)	39
Antun JURMAN, MJESTO I ULOGA BANAKA U RAZVOJU TRŽIŠTA KAPITALA U GOSPODARSTVU REPUBLIKE HRVATSKE (Izvorni znanstveni članak)	63
Sandra LALETA, OTKAZ UGOVORA O RADU PREMA ŠVICARSKOM PRAVU (Pregledni znanstveni članak)	77
Dragutin LEDIĆ, DRUŠTVA OSOBA U NOVOM HRVATSKOM PRAVU TRGOVAČKIH DRUŠTAVA (Izvorni znanstveni članak)	117
Marinko Đ. UČUR, UGOVOR O RADU U PRIJEDLOGU ZAKONA O RADU REPUBLIKE HRVATSKE (Izvorni znanstveni članak)	143
Alenka ŽNIDARŠIČ KRANJEC, POLITIČKOEKONOMSKA I KRIMINALNA OBILJEŽJA STEČAJEVA SLOVENSКИH PODUZEĆA (Prethodno priopćenje)	159

PRIKAZI

- Niklas Luhmann, *LEGITIMACIJA KROZ PROCEDURU*, Zagreb, Naprijed, 1992, (Robert Blažević) 177
- Norbert Horn, *DAS ZIVIL - UND WIRTSCHAFTSRECHT IM NEUEN BUNDESGBIET, VERLAG KOMMUNKATIONSFORUM GMBH RECHT WIRTSCHAFT STEUERN* - Köln, 1991, (Dragutin Ledić) ... 181
- Lutter/Semler (Hrsg.) *RECHTSGRUNDLAGEN FREIHEITLICHER UNTERNEHMENS-WIRTSCHAFT*, Verlag Dr. Otto Schimdt KG - Köln, 1991, (Dragutin Ledić) 185
- A.E.Perez Voituriez: *LA INFORMACION DE LA LEY EXTRANJERA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, Madrid, 1988, (Đuro Vuković) 193
- VIJESTI S FAKULTETA 197

COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY
OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA, 14, 1993

SUMMARIES

Lujo MARGETIĆ, THE 360TH ANNIVERSARY OF HIGHER EDUCATION IN RIJEKA	11
Robert BLAŽEVIĆ, POST-SOCIALIST ORDERS AND LEGITIMACY	25
Vesna CRNIĆ-GROTIĆ, JUS COGENS IN INTERNATIONAL LAW IN THE RECENT JUDICATURE	37
Vinko HLAČA, INTERNATIONAL REGIME OF SEA PORTS WITH REFERENCE TO THE PORTS OF TRIESTE AND RIJEKA	61
Antun JURMAN, THE PLACE AND ROLE OF BANKS IN THE CAPITAL MARKET DEVELOPMENT IN THE ECONOMY OF THE REPUBLIC OF CROATIA	76
Sandra LALETA, DENUNCIATION OF LABOUR CONTRACT ACCORDING TO THE SWISS LAW	116
Dragutin LEDIĆ, PARTNERSHIP IN NEW CROATIAN LAW ON TRADING PARTNERSHIP	141
Marinko Đ. UČUR, LABOUR CONTRACT IN THE DRAFT LABOUR ACT OF CROATIA	158
Alenka ŽNIDARŠIČ KRANJC, POLIT-ECONOMICAL AND CRIMINAL CHARACTERISTICS OF BANKRUPTCY OF SLOVENIAN ENTERPRISES	175

360. OBLJETNICA VISOKOŠKOLSKE NASTAVE U RIJECI

akademik Lujo Margetić
Rijeka

UDK: 378.147(093)
Ur. 4.10.1993
Izvorni znanstveni članak

Autor razmatra organizaciju sveučilišta u srednjoj Europi u srednjem vijeku i povezuje ju s počecima visokoškolske nastave u Rijeci 1633. godine. Uspoređuje privilegij dodijeljen riječkom Isusovačkom kolegiju 1633. s privilegijem izdanim zagrebačkom Isusovačkom kolegiju 1669. i utvrđuje da u praksi ni jedan ni drugi nisu izdavali diplome, premda je zagrebački privilegij to barem načelno odobravao. Usto uspoređuje i način i ovlasti nastave isusovaca u Rijeci s nastavom pavlina.

1. Oduvijek se postojanje sveučilišta smatra jednim od glavnih odličja nekoga grada. Grad bez sveučilišta ili barem bez neke sveučilišne ustanove može biti važno trgovačko ili industrijsko središte, ali njegov je doprinos kulturnim i znanstvenim dostignućima svoga naroda uvelike otežan. Zbog toga je razumljivo da se svaki grad - pa i Rijeka - s poštovanjem odnosi prema počecima visokoškolske nastave u svojoj sredini, jer je stoljetna sveučilišna tradicija jedan od dokaza jakih kulturnih i znanstvenih korijena i zalag daljnjeg napretka. Potcjenjivanje vlastite prošlosti nije samo znak površnosti i izravan napad na vlastiti identitet, nego se iza njega često kriju mnogi drugi neprihvatljivi motivi. S druge strane preuveličavanje pojedinih segmenata kulturne prošlosti - pa i sveučilišne tradicije - nije manje opasno i može više štetiti nego koristiti, jer iza njega vrebata opasnost provincijalnoga kićenja lažnim perjem. I zato, kada se danas prisjećamo početaka visokoškolske nastave u Rijeci, razumno ocjenjivanje činjenica neće nimalo umanjiti našu ljubav prema gradu i njegovim kulturnim tradicijama.

A Rijeka zaslužuje da se prema njezinom usudu odnosimo s posebnom pažnjom. Višestoljetno sustavno potiskivanje hrvatstva nakon gašenja samostalne hrvatske države na prijelazu između XI. i XII. stoljeća započelo je upravo na hrvatskim prostorima oko Rijeke kada su njemački feudanci pod okriljem svoga cara i akvilejskog patrijarha pomakli hrvatsku granicu od Labina na Rječinu gdje se ona ustalila tijekom 850 godina. U Rijeci su vlast preuzela devinska gospoda pa grofovi od Walseea i konačno Habsburzi, a talijanski jezik je kao trgovački jezik počeo sve snažnije prodirati premda su široki slojevi pučanstva u Rijeci i njezinoj okolini i dalje ostali privrženi svom hrvatskom jeziku i čak

još stoljećima svom bogoslužju na starom slavenskom¹, a time i svojim narodnim povovima glagoljašima.

2. Postavlja se dakle pitanje kakav je sadržajni domet imao privilegij cara Ferdinanda II. izdan isusovcima 31. srpnja 1633. godine, u kojem on odobrava da "đaci isusovačke gimnazije bilo kojeg staleža uživaju (...) iste one privilegije, slobode, povlastice i prednosti koje uživaju, zajedno i pojedinačno, članovi akademije odnosno našeg sveučilišta u Gracu, Beču i bilo kojem drugom europskom sveučilištu"².

U nas su to pitanje analizirali Kombol³ (1851, 1852), Pandžić (1973)⁴ i Ekl (1974)⁵. Po Kombolu je car Ferdinand II. priznao riječkoj isusovačkoj školi rang sveučilišta na kojem su se podjeljivali i doktorati. Pandžić pak tvrdi da su i profesorima i đacima stare isusovačke Akademije u Rijeci priznate "povlastice i sveučilišna prava", a među njima i "polaganje akademskih stupnjeva bakalauretata, licencijata i doktorata" i zato smatra da je sigurno da moramo govoriti o sveučilišnim pravima, dakle i o počecima sveučilišta", ali kako nema sačuvanih vrela o dodjeli doktorata, on zaključuje da u Rijeci od 1633. godine "sveučilište u najmanju ruku de jure počinje sa svojim sveučilišnim pravima".⁶

Smatramo da pitanje sveučilišnih prava i isusovačke škole u Rijeci treba ponovno otvoriti. Da bismo u tome uspjeli, nužno je uzeti u obzir način osnivanja i organizaciju njemačkih sveučilišta, osobito Bečkoga, jer je Rijeka, kao što je već rečeno, bila stoljećima vezana uz njemačko, osobito austrijsko pravno područje.

Osnivanje njemačkih sveučilišta počinje u XIV. stoljeću pod snažnim utjecajem pariškog sveučilišta. Tako je npr. Bečko sveučilište utemeljeno po vojvodi Rudolfu 13. ožujka 1365. s time da je suglasnost dao i papa Urban V. nekoliko mjeseci kasnije (18. lipnja 1365.) i s time da je papa Urban VI. odobrio 20. veljače 1384. da na tom sveučilištu

¹ O tome vidi S. Ritig, *Povijest i pravo slovenštine u crkvenom bogoslužju*, sa osobitim obzirom na Hrvatsku, Zagreb 1910.

² Izvornik te povelje čuva se u Pomorskom i povijesnom muzeju u Rijeci. Vidi V. Ekl, *Osvrt na povijesni razvoj riječkog školstva*, "Spomenica u povodu prve godišnjice Sveučilišta u Rijeci", Rijeka 1974, 14-15. Povelja je objavljena od A. Festa, *Contributi per la storia della pubblica istruzione in Fiume*, "Programa del regio Ungherese Ginnasio Superiore dello Stato in Fiume", XXX, 1900, 84-96. Fotografija odlučujućeg dijela teksta otisnuta je u Ekl, n. dj., 15. Vidi i uredničku napomenu u M. Vanino, *Isusovci i hrvatski narod*, II, Zagreb 1987, 166. Vrijedi pročitati i promemoriju sastavljenu oko 1800. godine, što ju je objavio S. Gigante, *Spigolature nel campo della storia dell'istruzione a Fiume*, "Bullettino della Deputazione fiumana di storia patria," 1912, 82-104.

³ G. Kombol, *Kratki ljetopis, Izvještaj gimnazije u Rijeci za šk. god. 1851/52*. Vidi M. Pandžić, *Počeci sveučilišta u Rijeci*, "Dometi" 1-2, Rijeka 1973, 37.

⁴ Vidi bilj. 3.

⁵ Vidi bilj. 2.

⁶ Pandžić, n. dj. 34.

djeluje i teološki fakultet.⁷ Po uzoru na Pariško sveučilište Bečko je sveučilište bilo organizirano u četiri fakulteta (teološki, pravni, medicinski i filozofski), a nastavnici i studenti u četiri nacije: austrijsku, rajnsku, ugarsku (u koju ulaze i razni slavenski narodi) i četvrtu neimenovanu (u koju su ulazili Prusija, Pomeranija Engleska itd.).⁸

Umjesto universitas (zajednica, udruženje, ovdje zajednica nastavnika i studenata) privilegij za Beč, kao uostalom i mnogi drugi, upotrebljava naziv studium generale. Rektora toga "općeg studija" biraju svakih šest mjeseci četiri predstavnika (prokuratora) četiriju nacija.

Što se pak tiče fakulteta (od riječi facultas, tj. znanost, scientia, ovdje zajednica nastavnika i studenata određenog smjera, u užem smislu kolegij nastavnika) oni su se dijelili na više (teološki, pravni i medicinski) i na niže (filozofski). Filozofski je fakultet bio na mnogo nižoj cijeni od "viših" fakulteta jer se smatralo da se on bavi pukim vještinama. Zato se stoljećima taj fakultet nazivalo "Artes" - "artistički" fakultet. Na tom artističkom fakultetu nastava je započimala s gramatikom, retorikom i dijalektikom. Kasnije su gramatika i retorika prebačene u gimnaziju, a onda je dijalektika obuhvatila i proučavanje Aristotelove filozofije pa je po tome fakultet promijenio ime od artističkog u filozofski.

Potcjenjivanje artističkog (filozofskog) fakulteta imalo je i neke posljedice, koje se još danas provlače. Naime, najviši akademski stupanj tadašnjih sveučilišta nazivao se bilo magisterij bilo doktorat. Međutim, kako se na filozofskim fakultetima više upotrebljavao naziv magisterij, a na "višim" fakultetima doktorat, to je postupno došlo do razgraničenja ta dva naziva pa je magisterij konačno počeo označavati niži akademski stupanj od doktorata.

Treba naglastiti da je osnovni zadatak sveučilišta bio podjeljivanje akademskog stupnja: "Die Verleihung der Grade bildete die wichtigste Handlung der Fakultäten".⁹ Ukratko, "jus promovendi" bio je najviše javno priznato pravo fakulteta.¹⁰ Akademski stupanj nije bio značajan samo za položaj u sveučilištima, nego je davao i znatne društvene prednosti. Dovoljno je upozoriti na to da su osobe s najvišim akademskim stupnjem imale u načelu nerijetko položaj plemića, visoke državne položaje u upravi i sudstvu u načelu se popunjavalo s doktorima prava, a visoke crkvene funkcije s doktorima teologije. Jedino su za magistre artističkih fakulteta bila rezervirana slabo plaćena i još slabije društveno priznata mjesta nastavnika.

Sveučilišta su priznavala akademski stupanj stečen na drugim, pa i inozemnim sveučilištima, ali uz uvjet da je tamo bila organizirana potpuna fakultetska nastava s dovoljnim brojem magistara odnosno doktora.

⁷ G. Kaufmann, Die Geschichte der deutschen Universitäten, Stuttgart 1896, XVII.

⁸ Tekst privilegija vidi u R. Kink, Geschichte der kaiserlichen Universität zu Wien, Zweiter Band, Wien 1854.

⁹ Kaufman, n. dj., 274.

¹⁰ N. dj., 315.

Na sveučilištima se moglo postići tri akademska naslova, i to bakalarijata, licencijata i magisterija odnosno doktorata. Ta tri stupnja imala su značenje napredovanja od nižeg stupnja na viši. Međutim, njihov je način podjeljivanja bio međusobno duboko različit. Tako se bakalarijat stjecao obično za 5 (npr. Leipzig) ili 6 godina (npr. Beč), i to bez ispita, na osnovi preporuke magistra koji je pratio rad studenta. Obično se onaj koji je stekao bakalarijat obvezivao da će sudjelovati u raznim aktivnostima fakulteta još najmanje 2 do 3 godine.

Drugi stupanj, licencijat, nije bio stvar isključivo fakulteta, jer ga je u načelu podjeljivao sveučilišni kancelar, predstavnik javne vlasti, i to u Beču na osnovi ispita na fakultetu, u Kölnu, Heidelbergu i Leipzigu bez ispita. Za licencijat je obično trebalo daljnjih 6 ili 7 godina. Onaj koji je dobio licenciju, dobijao je sva profesorska prava - ali ako je netko htio postići još i titulu magistra odnosno doktora, morao se podvrgnuti vrlo skupoj i vrlo svečanoj promociji na sveučilištu na osnovi koje je konačno novi doktor dobio i vanjsko obilježje, tj. pravo nositi doktorsku beretku. Čitava promocija doktoriranja bila je izvanredno skupa, jer je, uz ostalo obuhvaćala i davanje darova doktorima koji su uveličali svečanost prisustvom. To i svečani ručak na razini sveučilišta i drugi troškovi obuzdavali su želju za stjecanjem doktorata tako da je često i na velikim sveučilištima u jednoj godini dolazilo do podjeljivanja doktorata jednom jedinom kandidatu.

U Beču je zbog velikih problema nastalih u svezi sa žestokom borbom protestanata i katolika sveučilište palo na vrlo niske grane. Nakon opetovanih pokušaja spašavanja kritične situacije, konačno je došlo do uređenja iz 1554. godine, prema kojem je npr. studij na artistskom (filozofskom) fakultetu trebao trajati četiri godine, i to po dvije za stjecanje bakalarijata i magisterija. Bilo je predviđeno da na tom fakultetu radi 13 lektora.

3. Dakako da su se i sveučilišta u kojima su odlučujuću ulogu imali isusovci također prilagodila onim kriterijima koji su važili za svjetovna sveučilišta. To se u prvom redu odnosi na Sveučilište u Gracu za čije su osnivanje prethodno dali suglasnost papa Siksto V. (15. ožujka 1586.) i car Rudolf (29. travnja 1586.). Privilegij je tome Sveučilištu podjelio 13. kolovoza 1587. nadvojvoda Karlo.¹¹ Dakako, da je to Sveučilište obuhvaćalo samo dva fakulteta, teologiju i filozofiju, jer su isusovci papinskim bulama iz 1552. i 1561. bili ovlašteni da nakon provedenih ispita podjeljuju akademske stupnjeve samo na tim fakultetima. U Gracu je 1633. godine djelovalo na ta dva fakulteta 12 profesora, i to 3 za filozofiju, 1 za etiku, 1 za matematiku, 2 za skolastičku teologiju, 1 za Bibliju, 2 za moral, 1 za kontroverze i 1 za hebrejski. Deset godina kasnije dodan je i jedan profesor za crkveno pravo.¹²

4. Ovim podacima o isusovcima dotičemo se drugog elementa u analizi okolnosti početka visokoškolske nastave u Rijeci. Dok smo u prethodnom tekstu iznijeli neke važne

¹¹ Kink, n. dj. I/1, 337.

¹² B. Duhr, *Geschichte der Jesuiten in den Ländern deutscher Zunge, Freiburg im Breisgau, 1913, 553.*

činjenice i događaje vezane s razvojem njemačkih i austrijskih sveučilišta, u prvom redu bečkoga, potrebno je sada upozoriti na ulogu isusovaca u visokom školstvu istoga područja.

Poznato je da su isusovci odigrali važnu ulogu u borbi katoličanstva protiv protestantizma. Papa je odobrio taj red 1540. godine, a već 1551. Ferdinand I. zove isusovce u Beč i time počinje stoljetna najuža veza katoličanstva i isusovaca s Habsburzima i Austrijom, veza u kojoj su obje strane nalazile višestruku korist. Već 1558. godine isusovci dobivaju dvije katedre na bečkom teološkom fakultetu, a 1570. godine oni se učvršćuju i na bečkom artističom (filozofskom) fakultetu. Dolazi do žestoke borbe između starih struktura na Bečkom i Praškom sveučilištu. Staro slavno Praško sveučilište, osnovano od Karla IV. 1348. godine kao najstarije sveučilište u srednjoj Europi, prestalo je postojati 20. travnja 1622. Zamijenilo ga je novo sveučilište po nazivom Karl-Ferdinandovo sveučilište, s time da je rektor praškoga isusovačkoga kolegija postao ujedno i rektorom Praškog sveučilišta.¹³ Bečko je sveučilište prošlo nešto bolje, ali su i u njemu već 1623. godine isusovci dobili glavnu riječ. Naime, sa Sanctio pragmatica od 13. listopada 1623. godine bečki je isusovački kolegij inkorporiran u Bečko sveučilište tako da je nestao stari Artistički fakultet i umjesto njega proradio isusovački. I na Teološkom fakultetu dobili su isusovci odlučujuću ulogu. Na Pravnom i Medicinskom fakultetu ostalo je naizgled sve po starom, jer je i inače isusovačka aktivnost, kao što je već rečeno, bila usmjerena na teologiju i filozofiju. Pa ipak, isusovci su i tu imali jedno važno oružje u rukama: ako su isusovci smatrali nekog studenta za nedostojnog u isusovačkim školama, rektor Bečkog sveučilišta nije ga smio pripustiti na studiranje na Pravnom odnosno Medicinskom fakultetu.¹⁴

Dodajmo svemu tome da je program studiranja na isusovačkim višim školama, tzv. Ratio atque institutio studiorum Societatis Jesu iz 1599. godine (koji je potvrdio stariju praksu) određivao da se školovanje na isusovačkim školama dijeli na tzv. studia inferiora, tj. gimnazija, u kojoj se učila gramatika, zatim tzv. humanitas i rethorica i studia superiora, tj. visokoškolska nastava, u kojoj se učilo na filozofskom studiju 3 godine i to logiku, fiziku i metafiziku. U pravilu poučavati je mogao samo onaj koji je svršio teološki studij s izvrsnim uspjehom. Samo onaj koji je s uspjehom dovršio filozofski studij mogao se upisati na teološki studij koji je trajao četiri godine. Na Teološkom fakultetu studiralo se a) Sveto pismo, b) skolastička teologija po Sv. Tomi Akvinskom c) tzv. kontroverzija i d) moralna teologija, tzv. casus conscientiae.

5. Nakon što smo sabrali osnovne podatke o sveučilištima i o isusovačkoj visokoškolskoj djelatnosti možemo se sada posvetiti isusovačkoj visokoškolskoj nastavi u Rijeci u XVII. i XVIII. stoljeću.

Vanino je u Godišnjaku isusovačke provincije Austrije, što se čuva u Bečkoj nacionalnoj knjižnici (Österreichische Nationalbibliothek) pronašao nekoliko vrlo

¹³ F. Paulsen, Geschichte des gelehrten Unterrichts auf den deutschen Schulen Und Univesitäten, I, Leipzig 1886, 275 i d.

¹⁴ Kink, n. dj., 357-360; Paulsen, n. dj., 276.

vrijednih podataka.¹⁵ Prije svega 1632. godine jedan je isusovački otac počeo s predavanjima riječkome gradskom kleru o moralnoj teologiji vjerojatno kroz tri godine i to prema, u ono doba slavnom, isusovačkom dužbeniku što ga je napisao teolog Toledo. Nekih 20 godina kasnije, od 1666. do 1669. ponovljen je taj tečaj moralne teologije.

U XVIII. stoljeću otvara se filozofski studij. Naime, na osnovi molbe riječkih gradskih vlasti car Karlo VI. odobrio je 1724. otvaranje filozofskog studija u Rijeci¹⁶ pa se 1725. godine počelo s predavanjima. Predavao je samo jedan profesor i to prema isusovačkom programu (Ratio) iz 1599. godine, ali u skraćenom trajanju od dvije godine. Studij filozofije održao se sve do ukinuća isusovačkog reda 1773. godine s time da je u skladu s odlukom carske vlade iz 1755. godine na kraju akademske godine svaki student polagao ispit. Dvije godine nakon otvaranja filozofskog studija uveden je i studij moralne teologije, tzv. casus conscientiae, koji se također održao sve do ukinuća kolegija 1773. godine. Usporedba broja studenata filozofskoga i teološkoga studija objavljena od Vanina pokazuje ono što se već a priori moglo očekivati, tj. da je broj studenata teološkog studija bio stalno manji od broja studenata filozofskog fakulteta, i to prosječno za približno jednu trećinu.¹⁷ Iz toga slijedi da su se samo bolji studenti filozofskog studija, koji su htjeli nastaviti sa studijem teologije, upisivali kao slušači toga studija. O javnoj obrani teza na filozofskom studiju ima razmjerno prilično vijesti. Tako npr. za 1760. kroničar riječkoga kolegija bilježi da je od 24 studenata čak devet branilo teze i da je takav razmjer rijetkost i na velikim sveučilištima. Za 1770. bilježi da su trojica cum gloria branila Newtonove fizikalne aksiome. Međutim, kroz čitavo to vrijeme od skoro 50 godina nema nikakvih vijesti o podjeli akademskih stupnjeva na riječkom filozofskom i teološkom studiju. Smatramo da se ni u kom slučaju ne može postaviti teza da su akademski stupnjevi podjeljivani, ali da su o tome slučajno izgubljeni svi podaci. Već sama činjenica da su se sačuvale vijesti o ne baš malom broju obrana teza, tzv. disputacije, koje nisu kandidatu donosile nikakav akademski stupanj, upućuje na to da bi se sigurno sačuvale i vijesti o dodjeli akademskog stupnja, da je do takve dodjele dolazilo. Međutim, riječki isusovački kolegij uopće nije bio ovlašten podjeljivati akademske stupnjeve. To se jasno vidi usporedbom privilegija cara Ferdinanda II. iz 1633. godine izdanog u korist riječkoga isusovačkog kolegija s privilegijem cara Leopolda I. iz 1669. izdanog u korist zagrebačkoga isusovačkog kolegija. Već smo naveli riječki privilegij Ferdinanda II. po kojem se "đacima isusovačke gimnazije" podjeljuju povlastice drugih "akademija i sveučilišta". To i ništa više. Naprotiv, privilegij Leopolda I. za zagrebački isusovački kolegij ne ograničava se na zaštitu prava studenata već on "zagrebačkoj akademiji" kao ustanovi podjeljuje "sva prava i povlastice sveučilišta (...) u zemljama carstva i našim nasljednim pokrajinama" s time da rektor, kancelar, "dekani fakulteta i ostali doktori i profesori koji su postigli neki znanstveni stupanj imaju pravo da na naslov i čast doktora, licencijata, magistra i bakaluretata i uopće svih stupnjeva uzdignu one koje na prethodnom strogom

¹⁵ Vanino, n. dj. (bilj. 2), 221-222.

¹⁶ G. Viezzoli, La Compagnia di Gesù a Fiume (1627-1773), "Fiume" IX, 1931, 222-223.

¹⁷ Vanino, n. dj., 220 i 222.

ispitu pronađu dostojnim tih časti" i to tako da svi na zagrebačkoj akademiji promaknuti doktori, licencijski i magistri i bakalareji imaju sva prava i povlastice koje uživaju oni koji su promovirani na drugim akademijama. Leopold I. nadalje izričito određuje da se svjedodžbe o studiju stečene na zagrebačkoj akademiji moraju priznavati od svih ostalih sveučilišta i drugih javnih vlasti. Leopold I. je uz tu osnovnu povlasticu odredio i izuzimanje đaka i studenata iz nadležnosti zagrebačkog suda i pridržao sudovanje nad njima sucima koje će car odrediti na prijedlog rektora.¹⁸

Pa ipak - unatoč te bitne razlike riječkoga i zagrebačkog privilegija, po kojoj je zagrebačkoj akademiji odobreno podjeljivanje akademskih stupnjeva, a riječkom kolegiju ne - u praksi su riječki studij i zagrebačka akademija jednako loše prošli, jer se čak ni u Zagrebu nije podjeljivao nijedan akademski stupanj pa ni onaj najmanji, bakalarijat. Za riječku isusovačku školu to možemo razumijeti: ona nije bila ovlaštena podjeljivati akademske stupnjeve pa to nije ni činila, ali do danas nije uspješno odgovoreno na pitanje zašto je ista sudbina zadesila i zagrebačku akademiju. N. Klaić misli da je generala isusovačkog reda "očito smetalo miješanje državne vlasti u isusovačke poslove" i da on zbog toga nije htio sprovesti u zagrebačkoj akademiji ono što je car odobrio. Obrazloženje je neuvjerljivo zato što su crkva i država bili upućeni jedni na druge. Isusovce nije smetala državna intervencija, baš naprotiv, oni su bili itekako svjesni da se samo najužoj suradnji crkve i Habsburga treba zahvaliti nesumnjive uspjehe u borbi protiv protestanata i da samo zahvaljujući državnoj vlasti oni čvrsto drže u svojim rukama bečko, praško, gradačko i druga sveučilišta. V. Bayer bio je mnogo bliži istini svojom napomenom da su glavni protivnici velikih privilegija zagrebačke akademije bili "trnavski jezuiti, koji su htjeli da njihovo sveučilište zadrži monopol na izdavanje sveučilišnih diploma na području Ugarske i njoj pripojenih zemalja". Tome treba dodati jednu okolnost, na koju se dosad nije obraćala dovoljna pažnja. Naime, zašto je Leopold I. izdao upravo 1669. godine tako značajan privilegij "našim krajevima Hrvatskoj i Slavoniji" (*Regnis nostris Croatiae et Sclavoniae*) i zašto je isusovački general taj privilegij već 1672. godine ograničio na sudski imunitet studenata? Odgovor se, čini nam se, nadaje sam po sebi. 1669. godine austrijski dvor već je bio posve načistu s pripremama za bunu Petra Zrinskoga i Franje Krste Frankapana. Dvor je mudrom politikom želio na sve moguće načine oslabiti predstojeću bunu. Smatramo da je jedan od promišljenih poteza austrijske politike bio i taj da se "kraljevstvima Hrvatskoj i Slavoniji" nagovijesti priznavanje sveučilišta, čime su ta kraljevstva priznata kao razmjerno samostalan politički faktor. Neizravno je time priznata specifičnost položaja Hrvatske u odnosu na Ugarsku gdje su isusovci držali Sveučilište u Nagyszombatu (Trnavi) još od njegova osnivanja 1635. godine. I ne samo to. Leopoldovim privilegijem obećano je da će se poduzeti potrebne korake da zagrebačka

¹⁸ O zagrebačkom isusovačkom kolegiju i njegovoj akademiji vidi N. Klaić, *Pregled povijesti visokoškolske nastave u Hrvatskoj*, "Zbornik za historiju školstva i prosvjete" 5, 1969-1970, 39-102; ista, *Neoacademia Zagrabienensis (1669-1773)*, "Spomenica u povodu proslave 300-godišnjice Sveučilišta u Zagrebu", I, Zagreb 1969, 21-47; ista, *O postanku zagrebačkog Sveučilišta*, Zagreb 1969, s bogatim i kritičkim pregledom literature. Vidi i V. Bayer, *Osnivanje Pravnog fakulteta u Zagrebu (god. 1776) i njegovo definitivno uređenje (1777 god.)*, "Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu", 1969, 81-138, osobito 81-89.

akademija bude sjedinjena i inkorporirana s austrijskim isusovačkim sveučilištima, osobito s bečkim i onim u Gracu. Time bi čak izravno bilo priznato da Hrvatska nije obična Ugarskoj pripojena zemlja, što je Hrvatima moralo goditi. Dakako, čim je buna Petra Zrinskoga i Franje Krste Frankapana skršena 1670. godine, a oni smaknuti 30. travnja 1671. nestala je potreba da zagrebačka akademija doista proradi u smislu podijeljenog privilegija. General isusovačkog reda nije dakle obustavio ostvarenje Leopoldova privilegija na svoju ruku, već je to, po našem mišljenju, učinio barem s prešutnom suglasnošću austrijskog dvora. Bez obzira na to da li su naši krajevi potpadali izravno pod Austriju - kao Rijeka - ili ih se smatralo dijelom "Ugarske i njoj pripojenih zemalja" - kao Zagreb - oni su i u pogledu visokog školstva bili tretirani kao područja visoke politike austrijskog dvora, koja je Hrvatsku i Hrvate smatrala objektom svojih taktičkih i strateških ciljeva. Pri tome je Rijeka u XVII. stoljeću utoliko bolje prošla od ostalih hrvatskih krajeva, što se nju smatralo nasljednim habsburškim posjedom kojega kao takvog treba čuvati i pomagati - za razliku od Hrvatske. Carski je dvor smatrao Hrvatsku pograničnim provincijalnim teritorijem koji je imao zadatak držati tursku opasnost daleko od austrijskih nasljednih dobara, kako to vrlo dobro primjećuje Šišić još daleke 1908. godine.¹⁹ Ne samo da su Habsburzi sklopili mir s Turcima godine 1606. i produžavali ga 1615, 1625, 1642. i 1649. nego u taj mir nije bila uključena i Hrvatska (a ni Ugarska) pa su kroz čitavo XVII. stoljeće Turci pljačkali po hrvatskim (i ugarskim) krajevima, s time da je Hrvatima, da ne iritiraju Turke, bila zabranjena čak i samoobrana i odmazda, da ponovno citiramo Šišića. Tako se i u XVII. stoljeću međusobno razumijevanje velikih sila odigravalo na skrajnju štetu Hrvatske, koja je krvarila na sve strane, dok su velesile vodile zamršenu politiku promičući vlastite interese. Dodajmo usput da u domenu te visoke politike - najčešće na štetu Hrvata i Hrvatske - ulazi i činjenica da je Dalmacija bila sve do 1918. godine odvojena od Hrvatske i Slavonije i da je samo na papiru postojala Trojedna kraljevina Hrvatska, Dalmacija i Slavonija. Što se pak tiče visokog školstva, zagrebačko sveučilište, osnovano 1874. godine nije moglo za vrijeme postojanja Austro-Ugarske podjeljivati doktorate, a u austrijskoj polovici diplome zagrebačkog Sveučilišta nisu bile ravnopravne diplomama ostalih sveučilišta, a Medicinski fakultet, zbog otpora Pešte i Beča, nije mogao biti otvoren sve do 1917. godine.

Ali, vratimo se ranijem razdoblju. Paralelizam visokoškolske nastave u Rijeci i Zagrebu vidljiv je i u tome što je 1632. godine zagrebački isusovački kolegij započeo s teološkim studijem - doduše samo s jednim profesorom - dakle, iste godine i na isti način kao i u Rijeci. Prema tome, početak visokoškolske nastave u Zagrebu i Rijeci treba staviti u 1632. godinu, s time da je riječ o nastavi zatvorenog tipa, tj. pohađanje nastave bilo je ograničeno samo na kler i s time da oni koji su pohađali i dovršavali nastavu nisu stjecali nikakav akademski stupanj.

¹⁹ F. Šišić, Posljednji Zrinski i Frankopani na braniku domovine, Zbornik "Posljednji Zrinski i Frankopani", Zagreb 1908, 21.

Filozofski studij otvorenog tipa započeo je na zagrebačkoj akademiji 1662. godine s time da su od 1666. predavala tri profesora.²⁰ U Rijeci je filozofski studij otvorenog tipa, kao što je već rečeno, započeo tek 1725. godine. Ni u Zagrebu ni u Rijeci isusovački filozofski studiji nisu imali pravo podjeljivanja akademskih stupnjeva.

Dodajmo ovdje da je na hrvatskim područjima ipak postojalo sveučilište, studium generale, koje je podjeljivalo akademske stupnjeve, i to čak magisterije odnosno doktorate. Riječ je o pavlinskom filozofskom fakultetu, koji je počeo s radom 1656. godine, o kojem je papa Klement X. 3. travnja 1671. izdao privilegij kojim ga je izjednačio s javnim sveučilištima i kojem je Leopold I. odobrio privilegije od 131. veljače 1674. da podjeljuje akademske stupnjeve. Pavlini su od 1683. godine imali i teološki fakultet. Oni su bili ne samo ovalašteni da podjeljuju akademske stupnjeve, nego su to doista u praksi i ostvarivali sve do njihova ukidanja od strane cara Josipa II. Još u XVII. stoljeću hrvatski su se pavlini odcijepili od ugarske provincije, pri čemu su podvlačili da ih učenje ugarskih maldića stoji mnogo novaca i da bi im zbog toga bilo teško, kako su se izrazili, "primati sinove vlastitog naroda". Čak je njihovom aktivnošću, kako je već odavno Tkalčić dobro uočio, "spašeno za Hrvatsku njezino Međimurje". Ako tome dodamo da su se naši pavlini uspjeli 1710. odcijepiti čak i od austrijske provincije, nadalje, da su uvelike objavljivali knjige na hrvatskom jeziku, da su već vrlo rano osnovali svoje samostane u Modrušu, nekoliko njih kod Senja, Udbine, Novoga, u Brinju, u Zažićnu itd. i da su se rado služili i glagoljicom, onda ne možemo a da se ne divimo tome u pravom i najvišem smislu riječi duboko narodnom crkvenom redu.²¹

A kako bismo ocijenili obrazovno djelovanje isusovaca u Rijeci? A. Rački²² je bio pun hvale, dok su V. Štefanić²³ i V. Car Emin²⁴ prikazali isusovačku školsku djelatnost negativno i prigovorili da je pridonijela odnarođnvanju Rijeke. O dobrim stranama isusovačkog školstva izvještava sam pisac isusovačkog Godišnjaka (Annuae) za godinu 1628. Ona navodi da se ustanovilo da se đaci od svoje volje, češće nego dotad, ispovijedaju i primaju svetu pričest i da više nego dotad poštivaju i ljube svoje roditelje. Polaznici isusovačke škole navijestili su pravi mali rat sramnim razgovorima pa pri tome nisu znali za šalu. Osmorica su se ugledala na Sv. Bernardina i udarala po ustima one

²⁰ F. Fancev, Građa za povijest školskog i književnog rada isusovačkog kolegija u Zagrebu (1606-1772), "Starine" 37, 56.

²¹ O obrazovnoj djelatnosti pavlina vidi npr. I. K. Tkalčić, O stanju više nastave u Hrvatskoj prije, a osobito za Pavlinah, "Rad" 93, 1888, 81 i d.; V. Klaić, Preteče Sveučilišta, "Sveučilište Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca u Zagrebu 1874-1924," Zagreb 1925, 2-4; N. Klaić, Pregled povijesti, cit. (bilj. 18), 48 i d. Začuđuje da J. Buturac u članku Pavlini ("Enciklopedija Jugoslavije" 6, 1965. 443) nijednom riječju ne spominje njihovu značajnu ulogu u razvoju školstva kod Hrvata. Nešto više o tome J. Buturac – A. Ivandija, Povijest katoličke crkve među Hrvatima, Zagreb 1973, 97, 188-190, 238.

²² A. Rački, Iz prošlosti Sušačke gimnazije (prigodom tristogodišnjice 1627-1927), 18.

²³ V. Štefanić, Glagoljica u Rijeci, "Zbornik Rijeka", Zagreb 1953, 411-412.

²⁴ V. Car Emin, Osvrt na protuhrvatsku djelatnost isusovaca u Rijeci, "Zbornik Rijeka", Zagreb 1953, 512 i d.

koji ne bi htjeli prestati besramno govoriti. Pisac Godišnjaka osobito ističe krijeposno ponašanje polaznika koji su čak i "junački branili svoju nevinost, krotili svoje tijelo bičevanjem, postili, po čitav sat provodili na koljenima moleći se, davali milostinju, većina bi pred počinak ispitivala svoju savjest, a mnogi su kod kuće kazivali što su dobra i lijepa čuli u školi i tako pridonosili buđenju jačeg vjerskog života u obiteljima". Tako pisac isusovačkog Godišnjaka.²⁵

Manje je prihvatljiva čvrsta orijentacija na talijanski jezik u riječkoj isusovačkoj školi. Potkraj XVII. stoljeća više se puta dogodilo da su kao nastavnici poslani u Rijeku Hrvati sa slabim znanjem talijanskoga²⁶ pa je već sama ta činjenica uznemirila riječki isusovački kolegij. O. Marko Ljubičić uputio je 1699. godine u svezi s time pismo generalu isusovačke družbe Gonzalesu, u kojem uvelike brani talijanski jezik na riječkoj školi. Njegov je glavni razlog u prilog talijanskom jeziku da se na taj način Rijeka bolje povezuje s onim mletačkim podanicima u Istri i Dalmaciji, koji govore samo talijanski, a i s isusovačkim kolegijim u Trstu i Gorici, u kojima se nastava također obavlja na talijanskom. Ljubičić navodi da se i u Ljubljani i Dubrovniku smatra da je korisno za opće dobro, ako se uz materinji jezik zna i tuđi jezik. Vanino²⁷ uzima u zaštitu isusovce i navodi da su prilike bile jače od dobre volje, a da uostalom i nije zadatak crkvenog reda da zameće borbu s talijanskim elementom, koji je posjedovao gotovo svu građansku, a donekle, preko biskupa mletačke Pule, i crkvenu vlast. Vanino dodaje da bi isusovci eventualno i mogli uvesti hrvatski nastavni jezik, ali je u tom slučaju "trebalo snažne potpore riječkih Hrvata, no te nije bilo". Vanino hvali isusovce da su omogućili đacima svoga kolegija da na javnim crkvenim priredbama "deklamiraju i pjevaju hrvatske pjesme i prikazuju crkvene misterije na hrvatskom jeziku", ukratko da je isusovački red "ispunjavao dužnosti prema narodu, u kojem je djelovao, poštujući njegovu individualnost u granicama mogućnosti".

Po Maksu Pelosa je nedostatak afirmacije hrvatskoga jezika u djelovanju isusovaca "odraz rasparčanosti hrvatskih zemalja i redukcije ustavnosti nakon turskih osvajanja".²⁸

U svakom slučaju usporedba obrazovnog djelovanja pavlina i isusovaca nesumnjivo ide u prilog pavlina koji su se posve stopili s hrvatskim narodom.

Svakako će u povijest Rijeke te riječkoga i uopće hrvatskoga visokog školstva ući kao neprijeporna činjenica da su 1632. godine isusovci započeli s visokoškolskim studijem teologije. Zbog toga im dugujemo veliku i iskrenu zahvalnost.

²⁵ Vanino, n. dj. (bilj. 2), 138

²⁶ Vanino, n. dj. 177 i d.

²⁷ Vanino, n. dj. 190-191.

²⁸ Bilješka 23 u: Vanino, n. dj., 192.

S u m m a r y

THE 360th ANNIVERSARY OF HIGHER EDUCATION IN RIJEKA

The author considers the organisation of universities in the Middle Europe in Middle Ages and connects it with the beginnings of university education in Rijeka in 1633. He compares the privilege given to Rijeka Jesuitic College in 1633 with the privilege given to the Zagreb Jesuitic College in 1669. He submits that in practice neither of them issued diplomas, even though the Zagreb privilege, at least in principle, contained such an approval. Furthermore, the author compares the means and the possibilities of jesuitic education in Rijeka with that of the Pavlin order.

POSTSOCIJALISTIČKI PORECI I LEGITIMITET

dr. Robert Blažević, docent
Pravni fakultet u Rijeci

UDK: 32:316
Ur. 24.6.1993.
Prethodno priopćenje

Nakon sloma socijalističkih poredaka u većini istočnoeuropskih režima nerijetko se za osiguranje masovne podrške podvlašćenih rabi slična ideologijska kolektivistička paradigma (klasu je, naime, zamijenila nacija). To karakterizira napose "mlade demokracije" nastale na ruševinama sovjetskog i jugoslavenskog socijalističkog poretka u kojima se za novu osnovu legitimiteta rabi nacionalistička paradigma i diskurs. Autor pokušava, na primjeru zemalja nastalih na prostoru bivše Jugoslavije, braniti tezu da se radi o pseudolegitimaciji tih režima, budući da kolektivistička ideologija ima de facto jednake posljedice glede individualnih prava i sloboda građana, odnosno dovodi do neslobode i tlačenja individue. Prevladavanje aktualne legitimacijske krize postsocijalističkih poredaka pretpostavlja ozbiljenje temeljnih vrijednosti (primjerice, sloboda, pravедnost, tolerancija, jednakost) liberalno-demokratske doktrine i institucija (pravna država, parlament, slobodni mediji, javnost itd.) djelatnih više decenija u zapadnoeuropskim državama.

1. Nestanak s povijesne pozornice većine komunističkih totalitarnih režima (do 1989. godine 1/3 svjetskog pučanstva je živjela pod tim tipom političkog poretka), a također i slom multietničkih država poput SSSR-a i Jugoslavije bjelodano je pokazao koliki značaj za stabilnost i trajnost nekog političkog poretka ima izričita ili pak prešutna podrška većine podvlašćenih. Izostanak podrške potonjih nedvojbeno će za posljedicu imati permanentnu prijetnju stabilnosti poretka i održavanja na vlasti političke elite, unatoč njenoj kontroli nad moćnim vojnim i policijskim aparatom. Doduše, iskustvo s totalitarnim, posve birokratiziranim, političkim porecima u 20. stoljeću, kao što je, primjerice boljševizam, poučilo nas je u tomu koliko su za stabilnost jednog poretka važni zajednički interesi vlastodržaca i članova upravnog aparata s jedne strane, te nemoć podanika naspram vlastodržaćkog aparata, s druge. Lojalnost članova upravnog aparata vlastodršci nastoje osigurati poglavito zadovoljavanjem njihovih materijalnih potreba, no ne treba, dakako, apstrahirati ni svjetonazorske i emocionalne čimbenike koji također imaju značajnu ulogu u nastojanju da se postigne pokornost vlastodršcima.

S druge strane, lojalnost i podrška podvlašćenih vlastodržcima nastoji se osigurati, prije svega, upotrebom moćne propagandne mašinerije pomoću koje se obavlja proces masovne indoktrinacije i "pranja mozгова". Čini se da je indoktrinacija i manipulacija nerijetko djelotvornija, pa čak i jeftinija metoda za osiguranje lojalnosti podvlašćenih od primjene fizičke sile.

Stoga ako se želi jasno diferencirati legitimna¹ od nelegitimne vlasti potrebna je pomoć političke teorije. No, politička teorija u tom slučaju mora znati više od puke "svakodnevne svijesti" (Habermas) bilo koje populacije. Naime, masovna podrška podvlašćenih nekom režimu, odnosno vlastodržcima koji ga reprezentiraju, ne znači da je režim legitiman. Paradigmatičan je u tom smislu slučaj nacističkog režima u Njemačkoj (danas Miloševićevog u Srbiji) koji je uspio osigurati masovnu narodnu podršku. Velike su se mase izmanipuliranog naroda neprinudno okupljale na mitinzima da bi aklamirale Adolfu Hitleru i novom režimu.² Hitler je, dakako, uočio važnost propagandne mašinerije, napose radija za osiguranje masovne lojalnosti i podrške režimu. Politička teorija, uz ostalo, ima zadaću osvještavanja procesa masovne manipulacije i indoktrinacije podanika poradi osiguranja podrške nedemokratskim, totalitarnim režimima.

2. U posljednje tri, odnosno četiri godine na ruševinama socijalističkih poredaka nastale su nove države koje, pored recepcije elemenata karakterističnih za zapadne liberalno-demokratske poretke, baštine, međutim, i brojne karakteristike naslijeđene iz "starog režima" (uloga karizmatičkih vođa, odnosno kult ličnosti, kolektivistička totalitarna ideologija, problemi s ljudskim pravima, nesloboda medija, netolerancija, proizvodnja neprijatelja poradi homogenizacije pučanstva i podrške režimu itd.). Stoga su prilikom analize priroda tih režima, napose onih nastalih na ruševinama jugoslavenskog i sovjetskog socijalističkog poretka, kao pomoćno heurističko sredstvo, po mom sudu, korisni idealnotipski modeli totalitarne diktature³ Carla Friedricha i Franza Neumanna. Valja sumarno izložiti temeljne karakteristike tih dvaju modela.

Prema Friedrichu sve totalitarne diktature, bez obzira na ideologijski predznak, imaju šest zajedničkih karakteristika od kojih su četiri tehnologijski uvjetovane. Prvo, posebno razrađenu ideologiju koja obuhvaća sve bitne aspekte čovjekove egzistencije.

¹ O nastanku i razvitku pojma legitime vlasti usp. npr. WÜRTEMBERGER, Thomas, Die legitimität staatlicher Herrschaft, Duncker – Humboldt, Berlin, 1973, str. 32 i d. U hrvatskom jeziku rabe se različiti izrazi vezani za navedeni pojam. Tako se u domaćoj literaturi susreću pojmovi legitimitet (recepcija njemačke riječi), legitimiranje, legitimnost, legitimacija. Legimitet, odnosno legitimnost predstavlja svojstvo neke vlasti; pod legitimacijom (legitimiranje) pak podrazumijevamo proces kojim vlastodržci, kroz vlastito djelovanje, pokušavaju zadobiti legitimitet. Odnosno, vlast (i njeni nositelji) mora biti kod podvlašćenih priznata kao valjana i opravdana.

² Usp. HABERMAS, Jürgen, Problemi legitimacije u modernoj državi, Gledišta, Beograd, 1979, 10, str. 151.

³ "Diktatura za nas znači vladavinu jedne ili više osoba koje si prisvajaju i monopoliziraju vlast u državi, te ju izvršavaju bez ograničenja". NEUMANN, Franz, Demokratska i autoritarna država, Naprijed, Zagreb, 1974, str. 195.

Podanici moraju ideologiju bar pasivno akceptirati. U ideologiji je sadržan hilijastički zahtjev koji se temelji na radikalnom ukidanju postojećeg poretka i realizaciji novog. Drugo, u sistemu postoji masovna partija koju, u pravilu, vodi pojedinac, "diktator". Partija obuhvaća do 10% populacije. Čvrsto jezgro partije strasno je i bespogovorno odano partijskoj ideologiji (dakako, i vođi) i nastoji pridonijeti njenom sveopćem prihvaćanju. Partija je hijerarhijski i oligarhijski strukturirana. Treće, tajna politička policija koja sustavno provodi teror, a podržava je i nadgleda partija. Teror tajne policije uperen je kako protiv "vidljivih neprijatelja režima", tako i protiv proizvoljno odabranih društvenih grupa. Tajna policija koristi suvremenu znanost, napose znanstvenu psihologiju. Četvrto, djeluje tehnologijski uvjetovan, de facto potpuni monopol kontrole u rukama partije nad svim sredstvima masovne komunikacije (tisak, radio, film). Peto, postoji sličan tehnologijski uvjetovan monopol nad svim oblicima efektivne oružane sile. Konačno, šesto, postoji centralizirano upravljanje i kontrola cjelokupne ekonomije preko birokratske koordinacije nekadašnjih nezavisnih dijelova društva.⁴

Neumann pak drži da totalitarna diktatura kao "najrepresivniji" politički poredak posjeduje pet bitnih elemenata. Prvo, izvršen je prijelaz od države koja se temelji na zakonima u policijsku državu. Naime, u totalitarnim državama izvršna tijela prema svojem nahodaњу raspoložu "životom, slobodom i vlasništvom" podanika. U pravnoj državi tako nešto nije, dakako, moguće. Drugo, za razliku od liberalno-demokratskih država u kojima je vlast raspršena, u totalitarnim porecima vlast je koncentrirana. U njima nema mjesta za liberalne načine raspodjele vlasti poput, primjerice, diobe vlasti, federalizma, višepartijskog sistema. Treće, u totalitarnim porecima postoji monopolistička državna partija. Monopolistička partija ima u prvom redu zadaću kontrole državne mašinerije i društva, a također provodi "zadatak betoniranja autoritarnih elemenata društva u jednu cjelinu". Četvrto, umjesto pluralističke egzistira totalitarna kontrola nad društvom. Ne postoji, naime, diferencijacija između građanskog društva i političke države. Društvo je "totalno prožeto političkom vlašću". Kontrola društva postiže se ovim metodama: a) principom vođe - time vrh osigurava svje vodstvo, a također podređenost i odgovornost ostalih institucija u sistemu, njemu; b) instrumentalizacijom svih društvenih organizacija koje je uvelo vrhovno vodstvo; c) stvaranjem stupnjevane elite vrhovno vodstvo nastoji osigurati "unutrašnju kontrolu masa", a također i izvanjsku manipulaciju. Formiraju se stoga, u različitim slojevima stanovništva, vodeće grupe koje dopunjavaju "birokraciju"; d) atomiziranjem i izoliranjem pojedinaca koji stoje nasuprot svemoćnog Levijatana. Kao surogat društvenim vezama individua utemeljenih biologijom (obitelj), tradicijom ili pak prijateljstvom nameću se nediferencirane masovne organizacije u kojima je individua još više izolirana i stoga pripravnija za manipulaciju; e) pretvaranjem kulture u propagandu, odnosno kulturnih vrijednosti robe. Peto,

⁴ Usp. FRIEDRICH, J. Carl and BREZINSKI, K. Zbigniew, *Totalitarian Dictatorship and Autocracy*, Second Edition, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1965, str. 22.

differentia specifica totalitarnog spram demokratskog poretka jest oslanjanje na teror, odnosno na upotrebu "neproračunljivog nasilja" kao neprekidne prijetnje podanicima.⁵

3. Populistički masovni pokreti - najprije srpski, te kao reakcija na nj i ostali na prostoru bivše Jugoslavije, napose hrvatski - kao jednu od posljedica su imali potenciranje uloge karizmatskog vođe.⁶ Populističke vođe, po samorazumijevanju, u sebi utjelovljuju najdublje težnje masa ("naroda") i kao takvi zavrijeđuju bespogovorno i nekritičko sljedbeništvo. Poput Goebbelsa i Milošević je tako, primjerice, uvidio koji značaj za masovnu podršku njegovoj autokratskoj vladavini ima kontrola nad sredstvima masovne komunikacije. Mediji su, naime, napose TVB ("tvornica laži") odigrali vjerojatno ključnu ulogu u širenju srpskog kolektivnog ludila i identifikaciji izmanipuliranih masa sa "svemoćnim likom vođe". Doduše, u situaciji posvemašnje neobrazovanosti (preko 60% stanovništva u Srbiji je ili nepismeno ili ima tek završenu osmogodišnju školu; iz tog sloja se regrutira najveći broj Miloševićevih sljedbenika), podaničkog mentaliteta privrženog moćnom gospodararu (despotu)⁷ "treniranom" kroz šest stoljeća turske vladavine, te u svezi s tim insuficijentnost racionalne političke svijesti (kosovski mit kao metafora) kod većine stanovništva, srbijanski režim je uspio osigurati masovnu podršku. Uzroke masovne identifikacije s likom diktatora (despota) vjerojatno treba tražiti i na psihologijskoj razini pojedine individue. Ona ima, uz ostalo, funkciju psihološkog surogata za slabost "vlastitog ja" koje je bez "sveznajućeg i svemoćnog vođe" nesposobno samostalno upravljati vlastitim životom. U pitanju je, dakako, tip totalitarnog karaktera kojeg karakterizira nekritična odanost i slijepa poslušnost moćnim "autoritetima". "Ti ljudi neprestano misle i osjećaju hijerarhijski (...) da bi se imao osjećaj da su netko ili nešto, tim je osobama potrebno da se identificiraju s danim poretkom, a to radije se identificiraju što se taj poredak pokazuje strožim i moćnijim".⁸

⁵ Usp. Neumann, op. cit., str. 207-208.

⁶ O pojmu karizme i karizmatske vlasti pored radova Maxa Webera usp. npr. LIPP, Wolfgang, *Stigma and Charisma, Über soziales Grenzverhalten*, Dietrich Reimer Verlag, Berlin, 1985; WILLNER, Ann Ruth, *The Spellbinders Charismatic Political Leadership*, Yale University Press, 1984; GOETZE, Dieter, *Castro – Nkrumah – Sukarno, Eine vergleichende soziologische Untersuchung zur Strukturanalyse charismatischer politischer Führung*, Dietrich Reimer Verlag, Berlin, 1977; SCHWEITZER, Arthur, *The Age of Charisma*, Nelson – Hall Inc., Chicago, 1984.

⁷ "Gomile slijepo poštuju silu, dok dobrota djeluje na njih slabije, jer ona nije drugo nego jedan oblik slaboće. Simpatija gomile nije se nikada priklanjala dobroćudnim gospodarima, već tiranima koji su ih jakom rukom tlačili. Samo takvima dižu oni najviše spomenike (...) Tip heroja koji je drag gomilama imat će uvijek strukturu Cezara. Njegova perjanica ih zavodi, njegov autoritet im imponira, a njegova ih sablja nagoni u strah. Gomila koja je uvijek spremna da se podigne na slab autoritet ropki se klanja jakomu autoritetu". LE BON, Gustave, *Psihologija gomila*, Globus, Zagreb, 1989, str. 59-60.

⁸ ADORNO, W. Theodor i HORKHEIMER, Max, *Sociološke studije*, Školska knjiga, Zagreb, 1980, str. 163.

Ne treba, dakako, apstrahirati ni ulogu tradicionalne patrijarhalne obitelji⁹, koja dominira i na prostoru bivše Jugoslavije, u održavanju Miloševićevog diktatorskog režima. Budući da se odgojem tijekom brojnih generacija uspio razviti nekritički stav djece spram pater familiasa, takav tip obiteljske zajednice vjerojatno bitno doprinosi etabliranju i perzistiranju autoritarne države i na južnoslavenskim prostorima. "Autoritarna država ima u svakoj obitelji oca kao svojeg predstavnika, čime obitelj postaje njenim najvrijednijim instrumentom moći. Taj položaj oca izražava njegovu političku ulogu i razotkriva odnos obitelji prema autoritarnoj državi. Isti položaj koji u proizvodnom procesu ima pretpostavljeni prema ocu, otac sam zauzima u obitelji. I svoj položaj podanika prema vlasti on nanovo stvara u svojoj djeci, a naročito u svojim sinovima".¹⁰ Djeci se, dakle, sustavnim treningom usađuje obrazac mišljenja i ponašanja koji rađa poslušnim držanjem i podaničkim stavom prema autoritetu oca, a kasnije prema političkoj vlasti. Radikalna transformacija odnosa u patrijarhalnoj obitelji predstavlja, po mišljenju njenih kritičara, jedan od preduvjeta za uspješnu borbu protiv autoritarnog političkog poretka, odnosno za kritički odnos i otpor podvlašćenih prema vlastodršcima.¹¹

Miloševićev si je režim, međutim, uspio osigurati proceduralni legitimitet¹² kroz dva kruga višepartijskih izbora. Takav proceduralni legitimitet je imao također i Hitlerov nacistički režim 1933. godine. No, kao što je prethodno istaknuto, to ne znači da je režim imao istinsku demokratsku legitimaciju, unatoč proceduralnog legitimiteta i masovne podrške izmanipuliranog pučanstva. Višepartijski izbori su, dakako, neophodan, no i dovoljan uvjet za demokratsku legitimaciju nekog režima. Uz taj potporan nužni su, međutim, daljnji potpornji da bi se moglo govoriti o režimu s demokratskom legitimacijom. Ti neophodni potpornji su, prije svega, uvažavanje temeljnih ljudskih prava i sloboda, te ozbiljenje ideje pravne države. Da bi se govorilo o pravnoj državi nije dovoljno da se vlast konstituiru i djeluje u sklopu unaprijed određenog sustava pravnih pravila. On mora izražavati, uz ostalo, i ideju pravednosti. "Ova ideja pravednosti, koju svi građani države poimaju kao vrijednost (...) ima u pravnoj državi - metodički gledano

⁹ Usp. o tomu npr. ERLICH, Vera, Jugoslavenska porodica u transformaciji, Liber, Zagreb, 1971.

¹⁰ REICH, Wilhelm, Masovna psihologija fašizma, Mladost, Beograd, 1981, str. 62. Osnovnu ulogu u procesu odgoja "dobrih" podanika ima, prema Reichu, seksualno zatamljivanje. Stoga Reich, čini se naivno, predlaže – u kontekstu borbe protiv fašizma – radikalnu promjenu odgojnog sustava u obitelji koji se neće temeljiti na represiji dječje seksualnosti.

¹¹ Freud, međutim drži da je postojanje vođa i mase podvaženih činjenica koju nije moguće eliminirati u ljudskoj zajednici bez obzira na njenu struktuiranost. Budući da je masa "poslušno krdo", ona nije u stanju živjeti bez gospodara. "Činjenica da se ljudi dijele na vođe i na one koji ih slijede pripada onom dijelu nejednakosti među ljudima koja je urođena i koja se ne može odstraniti. Ovi potonji koji su ovisni o vodama predstavljaju golemu većinu i njima je potreban autoritet koji će odlučivati za njih i kojemu će se oni, najčešće bezuvjetno pokoravati". FREUD, Sigmund, Budućnost jedne iluzije, Naprijed, Zagreb, 1986, str. 376. Jedino što se može učiniti, prema Freudu, jest odgoj vodećeg sloja ljudi koji će "misliti samostalno, biti neustrašiv i boriti se za istinu", i kao takvi će imati zadatak voditi nesamostalne mase. "Idealno stanje ostvarilo bi se naravno u jednoj zajednici ljudi koji su svoj nagonski život potčinili diktaturi uma". Freud, op. cit., str. 376.

¹² Usp. o tomu npr. LUHMANN, Niklas, Legitimacija kroz proceduru, Naprijed, Zagreb, 1992.

- primat pred državom. Jedino ako zakoni legaliziraju ideju pravednosti državna je vlast legitimna".¹³

O pravnoj državi se, dakle, može govoriti samo tamo gdje je sadržaj pravnih normi u skladu s određenim sustavom vrijednosti i garantira duhovnu, političku i ekonomijsku slobodu svim građanima. Budući da nisu, uz niz ostalih, osigurane navedene pretpostavke, srbijanski režim ne može svoju vlast izvoditi i temeljiti na demokratskoj legitimaciji. Ona, naime zahtijeva konzekventnu "podjelu vlasti" (koja je bitan element države) na međusobno organizacijski razdvojenu zakonodavnu, izvršnu i sudbenu funkciju, koje se uzajamno kontroliraju i ograničavaju, vladavinu prava, osiguranje temeljnih ljudskih prava i prava manjina, slobodu medija, djelatnu javnost itd. Prima facie je evidentno da te fundamentalne pretpostavke na prostoru "SRJ" nisu realizirane. Totalitarna kolektivistička ideologija nacionalizma inaugurirana "antibirokratskom revolucijom" i "mitinzima istine" je triumfirala nad idejom slobodnog samosvjesnog individua. Potonja ideja je kapitulirala pred nacionalizmom ne samo u Srbiji, nego i u većini država koje od 1989. godine izlaze iz totalitarnog boljševičkog ozračja, a nacionalizam se još jednom potvrdio kao "najmoćnija svjetovna religija dvadesetog stoljeća".¹⁴ Nacionalizam se je, naime, u većini "mladih demokracija" pokazao kao osnovna integrativna i stabilizirajuća snaga sistema, te dakako, čimbenik koji je bitno pridonio njegovoj pseudolegitimaciji. Budući da je nacionalni i domovinski interes proglašen za fundamentalnu vrijednost u sustavu, svi ostali interesi i vrijednosti (sloboda, jednakost, tolerancija, demokracija) moraju njemu biti podređeni. Totalitarna kolektivistička paradigma klase je zamijenjena s nacijom, umjesto idejom građanina, odnosno državljanina (citoyen-a) kojemu su osigurana sva prava, neovisno o njegovim konkretnim svojstvima (spol, obrazovanje, vjerska i etnička pripadnost, socijalno podrijetlo itd.).

Srbijanski režim, dakle, posjeduje niz idealnotipskih karakteristika Friedrichovog i Neumannovog modela diktature. Recipran je tako princip vođe (diktatora), na djelu je posvemašnji monopol kontrole svih relevantnih medija, napose TV od strane režima, provodi se sustavni policijski teror nad Albancima (no, i temeljna prava ostalih manjina su bitno ugrožena), izvršena je rigidna centralizacija i koncentracija vlasti u rukama relativno malobrojne političke mafije itd.

¹³ PRPIĆ, Ivan, Društvo i država, Intervju, Naše teme, Zagreb, 1988, 5, str. 1152-1153.

¹⁴ Usp. MILIBAND, Ralph, Proces legitimacije, Treći program, Radio Beograd, 1983, br. 57, str. 314. i d. Bit svakog nacionalizma je u preferiranju vlastitog ethos-a, a u omaložavanju i nerijetko u neprijateljskom stavu spram drugih etničkih grupa. Zbog principa isključivosti i netolerancije ne može biti "progresivnog" i "konzervativnog" nacionalizma. Doduše, ne može se zanemariti stanovita pozitivna uloga koju je nacionalizam odigrao u rušenju totalitarnih komunističkih režima. No, kada nacionalizam postane službena državna politika, u opasnosti smo da iz jednog tipa totalitarizma "upadnemo" u drugi. Posljedice su po temeljna ljudska prava i slobode, u biti, jednake.

Sudbina je svakog karizmatičkog vođe¹⁵ da protekom vremena dolazi do erozije njegove karizme. Karizma, prije ili kasnije, počinje gubiti svoju religioznu aureolu, a samim tim i vlast vođe dolazi u pitanje. "Heroj kojemu je gomila sinoć klicala bit će sutradan izložen ruglu ako ga je zadesio neuspjeh. Reakcija će biti to življa što je prestiž bio veći. Gomila tada smatra palog junaka sebi ravnim, pa se osvećuje što se klanjala pred nadmoćnošću koju mu više ne priznaje. Kad je Robespierre dao rubiti glave svojim drugovima i mnogim suvremenici, imao je golem prestiž. Kad mu je nekoliko glasova otelo moć, izgubio je odmah i prestiž, pa ga je gomila pratila na giljotinu s isto toliko kletava kao što je jučer pratila njegove žrtve. Vjernici uvijek s bijesom razbijaju kipove svojih starih bogova".¹⁶ Weber, primjerice, piše o kineskom caru koji unatoč molbama bogovima da zaustave poplave u toj nakani nije uspio. Zbog toga su ga podvlašćeni počeli smatrati pukom osobom poput njih i kaznili su ga kao prevaranta koji je uzurpirao vlast.¹⁷ Sudbina Slobodana Miloševića zavisit će, vjerojatno, od rezultata u realizaciji "povijesne misije", odnosno ideje o "Velikoj Srbiji". Umjesto da budu tvorci svoje vlastite sudbine i srpskim se masama, kao uostalom i mnogim tijekom ljudske povijesti, desilo da budu puki objekti vođe. Posljedice takve "misije" su, naravno, tragične i "mjere" se stotinama tisuća poginulih. Konačno, kada je u pitanju bit aktualnog srbijanskog režima, čini se, da on predstavlja hibridni poredak s elementima naslijeđenim iz komunističkog razdoblja i elementima karakterističnim za nacionalsocijalistički, odnosno fašistički poredak (npr. ekstremni nacionalizam (šovinizam) i rasizam).

4. U Hrvatskoj je "nova demokratska vlast" također posegla za karizmom poradi zadobivanja masovne podrške pučanstva. Tako se ličnost Franje Tuđmana opetovano pokušava predstaviti kao personifikacija "devetstoljetnog sna hrvatskog naroda za

¹⁵ Karizma partijskih vođa pokazala se je kao optimalno sredstvo integracije zajednice u bivšim zemljama "realnog socijalizma", napose u onim u kojima su realizirane tzv. autohtone revolucije (primjerice, bivši SSSR, Kina, bivša Jugoslavija). Budući da se radilo o multietničkim zajednicama, odnosno o zemljama koje su kulturno, etnički, politički i ekonomski bitno heterogene svjesno su potencirale obogatvorenje pojedinih ličnosti koje su u sebi inkarnirale duh zajedništva. U bivšoj Jugoslaviji je kult ličnosti J. B. Tita poglavito došao do izražaja tijekom 70-tih godina. Snažnoj afektivnoj vezanosti podanika uz partijske vođe u socijalističkim porecima pridonosili su napose mas-mediji preko kojih se omogućuje uspješna manipulacija emocijama i psihom mase podanika. Njihova uloga naročito je potencirana u situaciji kad se preko njih ne mogu artikulirati alternativni svjetonazori, odnosno drugačiji idejni sustav. Osim moćne propagandne mašinerije, uspješna manipulacija emocijama podanika postizavana je zahvaljujući tomu što se uglavnom radilo o ruralnom stanovništvu (u većini bivših socijalističkih zemalja 80% populacije je prije "revolucije" živjelo na selu). Podanicima seljačkog podrijetla karizmatičke vođe (npr. Lenjin, Staljin, MaoZedong, Tito) nametane su kao surogat kršćanskog boga, a to, zahvaljujući, između ostalog, niskoj kulturnoj i obrazovnoj razini pučanstva, nije bilo teško postići. Usp. o tomu detaljnije BLAŽEVIĆ, Robert, Karizma kao legitimirajući princip socijalističkih poredaka, Dometi, Rijeka, 1988, 1-3, str. 29-34.

¹⁶ Le Bon, op. cit., str. 130-131.

¹⁷ WEBER, Max, Privreda i društvo, Prosveta, Beograd, 1976, 7. I, str. 192-193.

državnom neovisnošću". U situaciji raspada i posvemašnje krize¹⁸ legitimiteta jugoslavenskog socijalističkog poretka, napose nakon pokušaja realizacije velikosrpskog projekta, utjelovljenog u osobi Slobodana Miloševića od kraja 80-ih godina, dio hrvatskih građana je u Tuđmanu prepoznao osobu koja će biti adekvatan odgovor takvoj politici. U situaciji neizvjesnosti, anemije, krize osobnog i kolektivnog identiteta potražen je tip karizmatškog vodstva koji je, između ostalog, postao "simbol nacionalnog oslobođenja".¹⁹ Tuđmanova karizma, odnosno kult ličnosti, potenciran od strane medija pod kontrolom vlasti, ima, pored uloge sredstva legitimacije režima, također i značajnu ulogu u "konsolidaciji novoetablirane političke tvorevine". Odnosno, podstiče masovnu identifikaciju s novom (mladom) državom.²⁰ Čini se da podrška takvom populističkom obrascu poglavito dolazi iz redova manje obrazovanog dijela pučanstva koje karakterizira "planinski" ili "stočarski" mentalitet ("dinarizam").²¹ Paradigmatičan je u tom smislu rezultat glasovanja za Županijski dom Sabora u veljači 1993. godine na kojima je populistička HDZ opcija dobila 75% glasova u Županiji ličko-senjskoj gdje, dakako, prevladava takav mentalni sklop.²² Umjesto da odgovor na velikosrpski projekt bude bitno demokratska opcija, s građaninom²³ kao ishodištem konstitucije zajednice, srpskom

¹⁸ Habermas, primjerice, drži da je pojam krize predznatveno poznat iz medicinskog kategorijalnog aparata. Kriza, naime, znači onu fazu neke bolesti u kojoj se odlučuje o tomu jesu li snage kojima disponira organizam zahvaćen bolešću u stanju svladati entropiju. Bolest, prima facie, izgleda kao nešto objektivno gdje je svijest pacijenta irelevantna, odnosno čimbenik koji na sam proces bolesti jedva može imati kakav utjecaj. No, drži Habermas, ako bi smo u tom procesu isključili aktivni udio pacijentove svijesti, o krizi ne bismo mogli govoriti. "S krizama povezujemo predodžbu objektivne sile koja nekom subjektu oduzima dio suvereniteta koji mu normalno pripada. Shvaćajući neko događanje kao krizu, dajemo mu, prešutno, normativni smisao: rješenje krize donosi oslobođenje subjektu u nevolji". Habermas, *Problemi legitimacije u kasnom kapitalizmu*, Naprijed, Zagreb, 1982, str. 10. Na Habermasovu tragu krizu valja pojmiti kao narušavanje psihičke ili pak fizičke ravnoteže nekog organizma iza koje slijedi ozdravljenje ili smrt. Habermasu je, dakako, poglavito stalo do toga da pojam krize rabi u društvenoznanstvenom smislu. O tomu usp. Blažević, *Suvremene teorije legitimiteta*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 1992, 4, str. 408-410.

¹⁹ Usp. KATZ, Daniel i KAHN, L. Robert, *The Social Psychology of Organizations*, 2. ed., New York, John Wiley & Sons, 1978, str. 547.

²⁰ Usp. STALLBERG, Friedrich Wilhelm, *Herrschaft und Legitimität*, Verlag Anton Hain – Meisenheim am Glan, 1975, str. 228.

²¹ Usp. o tomu u drugom kontekstu ŽUNEC, Ozren, *Intelektualci, Humanistička tradicija protiv demokracije*, Erasmus, Časopis za kulturu demokracije, Zagreb, 1993, 1, str. 22. i d.

²² Inače, po popisu stanovništva iz 1991. godine u Hrvatskoj je 55% populacije staro 15 i više godina bez školske spreme ili tek s završenom osnovnom školom. Usp. "SLJH- 92", Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, 1993, str. 63.

²³ "Nacionalno samoodređenje je kolektivna karakteristika i, kao i klasno samoodređenje, nije nikakva garancija za slobodu pojedinca u svim njenim specifičnostima i varijacijama". PUSIĆ, Vesna, *Diktature s demokratskim legitimitetom*, Erasmus, Zagreb, 1, str. 13. Nacionalno oslobođenje ne znači, dakako, da je uspostavljen demokratski poredak. Za to su nužne institucije koje će omogućiti efikasnu zaštitu individualnih prava i sloboda.

nacionalizmu se suprotstavio hrvatski. To je, dakako, utjecalo na instrumentalizaciju dijela hrvatskih Srba za velikosrpski projekt.

Gdje valja tražiti uzroke njihove instrumentalizacije? Budući da je dio hrvatskih Srba (čini se napose ruralni) polazio od Jugoslavije kao entiteta i poimao Jugoslaviju, a ne Hrvatsku kao domovinu, oni su raspadom savezne države bili dijelom suočeni s pitanjem vlastitog identiteta. Dio hrvatskih Srba je nadalje bio emocionalno vezan za vrijednosni sustav na kojemu se temeljio "stari režim" ("JNA" i boljševička ideologija). Pritom, dakako, ne treba zanemariti ni njihovu natproporcionalnu (veću nego što im je udio u hrvatskom puku) zastupljenost u državnom aparatu i faktor straha od gubitka privilegija. A također valja uzeti u obzir i njihov iracionalni strah, koji je napose potencirala srbijanska propaganda, od moguće restauracije režima po uzoru na nekadašnju NDH. Ne treba, naravno, apstrahirati ni postojanje primitivne, retrogradne rodovsko-plemenske svijesti kod, čini se, znatnog dijela ruralnih Srba (dakako, to nije samo njihov specifikum). U tradiciji je takvog "primitivnog mentaliteta" da se sukobi interesa ne rješavaju dijalogom i pregovorima nego grubom silom. S druge strane, hrvatska strana je nerijetko na lokalnoj razini provocirala sukob umjesto da tolerantnim pristupom pokuša izbjeći ratni sukob.

Liberalno-demokratske poretke obilježava postojanje pravne države (Rechtsstaat) u kojoj nitko ne može biti "iznad zakona", a također je njena bitna odlika konzekventna "podjela vlasti" na međusobno organizacijski razdvojene zakonodavnu, izvršnu i sudbenu funkciju. One se, dakako, uzajamno kontroliraju i ograničavaju (sustav "teže i protuteže" - "checks and balances"). U tom kontekstu valja uputiti na dvije grupe mjera koje se upotrebljavaju u liberalno-demokratskim porecima, a kojima je svrha kontrola i sprečavanje prevelike koncentracije vlasti na jednom mjestu u sustavu. S jedne strane, institucijama političke demokracije (primjerice, političke stranke, predstavništvo građana, izbori, politička odgovornost egzekutive) nastoji se spriječiti akumulaciju prevelike moći u rukama vlastodržaca i proizvoljnost u njihovom nastupanju prema građanima. Drugom grupom mjera pak provelo se "rastakanje" državnog aparata. Naime, funkcionalnom diferencijacijom državnog sistema omogućilo se pojedine dijelove sistema suprotstaviti drugim dijelovima, te kontrolirati jedne preko drugih. Izrađen je specifičan mehanizam "teže i protuteže" u kome parlament donosi zakone koje sudovi mogu proglasiti protuustavnim, a suce, međutim, bira parlament, ali ih u normalnim uvjetima ne može smijeniti. U sistemu, nadalje, sudovi ovise o upravi glede izvršenja svojih pravorijeka, no nezakonite akte uprave mogu ukinuti i poništiti. Konačno, u liberalno-demokratskim porecima postoji mogućnost da policija liši slobode generale pod sumnjom veleizdajničke urote, unatoč tomu što oni zapovijedaju jačim aparatom od policijskog.²⁴

Prema Ustavu državna vlast u Republici Hrvatskoj je ustrojena na načelu diobe vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudbenu.²⁵ No, budući da je prihvaćen tzv. polupredsje-

²⁴ Pusić, Eugen, *Regulacija u sistemu uključivanja, Pravo i društvo*, JAZU, Zagreb, Vol. 4. (1983-1984), 1985, str. 110.

²⁵ Usp. čl. 4 Ustava Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 56, 1990.

dnički sustav u kojem državni poglavar ima brojna značajna ovlaštenja, već na temelju ustavnih odredbi o položaju i funkciji Predsjednika Republike²⁶ Sabor i vlada su marginalizirani u svojim kompetencijama i mogućnosti donošenja relevantnih političkih odluka. U Ustavu je stoga neophodno, ako se želi daljnja demokratizacija pokreta i razvoj pluralističke parlamentarne demokracije, ojačati poziciju hrvatskog Sabora, a bitno smanjiti prevelike ovlasti predsjednika Republike. Posebni je problem, s tim u svezi, položaj sudstva. U liberalno-demokratskim porecima se nezavisnost sudstva drži jednim od temeljnih oslonaca doktrine o podjeli vlasti. U Hrvatskoj, međutim, mnogi elementi u važećim propisima nisu na razini svjetskih standarda nezavisnosti sudstva. A u praksi su nerijetki slučajevi nelegitimnih utjecaja institucija političke vlasti na sudačko odlučivanje.²⁷ Daljnji problem je uloga vojnog aparata. Naime, ratne okolnosti pridonose tendenciji da vojni aparat izmakne kontroli nadležnih političkih tijela i postane samostalan čimbenik koji će utjecati na razvoj političkih zbivanja. Da bi se to neutraliziralo nužno je, između ostalog, osigurati nepristranost vojske u stranačkim sukobima i uspostaviti mehanizam koji će omogućiti racionalno trošenje budžetskih sredstava namijenjenih vojnim potrebama zemlje.

Hrvatska također ima politički poredak s nekim elementima Friedrichovog i Neumannovog idealno-tipskog modela diktature. Primjerice, postojanje karizmatiskog vođe (posvemašnji kult ličnosti Franje Tuđmana), rigidna centralizacija i monopolizacija vlasti u vrhu vladajuće stranke, nefunkcioniranje pravne države, monopol vlasti nad sredstvima javnog priopćavanja u kojima se, poradi postizanja homogenizacije pučanstva uz vlastodršce, sustavno proizvode neprijatelji države itd. Hrvatska stoga spada u grupu zemalja (npr. države nastale na prostoru bivšeg SSSR-a, Rumunjska, Bugarska, Slovačka) koje su razmjerno malo učinile na pluralizaciji i demokratizaciji poretka. Rat, dakako, ne može biti opravdanje za sve promašaje na tom planu. Čini se da su na planu pluralizacije i demokratizacije poretka najdalje otišle Češka, Mađarska, Poljska i Slovenija. Primjer Hrvatske bjelodano pokazuje da puko provođenje višepartijskih izbora ne mora značiti i uspostavljanje poretka sa demokratskom legitimacijom.²⁸ Naime, da bi neki poredak imao istinsku demokratsku legitimaciju nužno je, pored višepartijskih izbora osigurati daljnje pretpostavke (poštivanje ljudskih prava i prava nacionalnih manjina, slobodu medija, djelatnu javnost, tržišnu privredu itd.). Valja u tomu kontekstu uputiti na još jedan problem, naime, na nestanak srednjeg sloja. Hrvatsko se je društvo polariziralo na uski sloj bogatih (nerijetko protupravno) i većinu stanovništva koje je na granici ili pak ispod egzistencijalnog minimuma. A bez brojnog srednjeg sloja nije, dakako, moguća uspostava stabilnog i demokratskog poretka.

²⁶ Usp. *ibid.*, čl. 94-106.

²⁷ O tomu usp. UZELAC, Alan, *Zavisnost i nezavisnost: neka komparativna iskustva i prijedlozi uz položaj sudstva u Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 42 (Suppl. 4), str. 575-594.

²⁸ Tako npr. Pusić, Vesna, *op. cit.*, str. 15. Teza Vesne Pusić da su novi istočnoeuropski režimi "diktature sa demokratskim legitimitetom" predstavlja, međutim, *contradictio in adjecto*.

5. Većina postsocijalističkih istočnoeuropskih režima nastalih u posljednje tri, odnosno četiri, godine temelje se na sličnoj ideologijskoj paradigmi kao i bivši komunistički režimi - na kolektivizmu. Nacija je stupila na ispražnjeni pijedestal na kojemu je decenijama (preko 70 u bivšem SSSR-u, odnosno 45 godina u ostalim zemljama sa sovjetskim tipom političkog poretka) neupitno mjesto zauzimala klasa. Da li, međutim, nedvojbeni čin nacionalne emancipacije i izlazak iz totalitarnog boljševičkog ozračja, znači da su novoetablirani poreci zadobili istinsku demokratsku legitimaciju? Prethodnom argumentacijom nastojalo se pokazati da puki čin višepartijskih izbora, koji naravno jest jedna od temeljnih pretpostavki za demokratsku legitimaciju nekog režima, bez ispunjenja ostalih relevantnih uvjeta ne osigurava eo ipso režimu demokratsku legitimaciju. Svaka, naime, kolektivistička ideologija, bez obzira na predznak (klasni ili pak nacionalni), za posljedicu ima (a pogotovo ako postane dio službene politike režima) tlačenje i neslobodu individue. To tim više budući da nisu u politički sistem ugrađeni mehanizmi koji će biti efikasna brana ugrožavanju ljudskih prava i sloboda, a ako i formalno postoje, od strane novih političkih elita nerijetko se ne pokazuje volja za njihovo učinkovito djelovanje. Stoga bi se, po mom sudu, mogla braniti teza o socijalizmu poslije socijalizma zbog velikih problema oko demokratske legitimacije tih poredaka.

Gdje je izlaz iz postojeće nezavidne situacije? Novi režimi moraju u zbilji uvažavati temeljne odrednice zapadnih liberalno-demokratskih poredaka, odnosno institucije i vrijednosti tih poredaka ozbiljiti u svakodnevnom životu. Za to je nužan i permanentan rad na prosvjećivanju puka kojeg u većini novih država karakterizira niska kulturna i obrazovna razina. U kontekstu prosvjetiteljskog rada s "masama" valja uputiti na praksu postnacističke Njemačke kada su uloženi milijuni maraka za izdavanje literature i propagandu temeljnih liberalno-demokratskih vrijednosti kod njemačkog puka indoktriniranog i manipuliranog ideologijom krvi i zla u razdoblju od 1933, do 1945. godine. Rezultate, naravno, ne treba očekivati "preko noći". I suviše su brojna ograničenja da bi tako nešto bilo moguće. prije svega ograničenje je u izostalosti demokratske političke tradicije. Izuzev bivše Čehoslovačke koja je između dva svjetska rata bila u odnosu na većinu zemalja srednje i istočne Europe napredna industrijska država sa zavidnom pluralizacijom društva i razinom političke demokracije. Modernizacija tih društava će zahtijevati bitnu transformaciju "primitivnog mentaliteta" koji je prisutan kod, čini se, većine stanovnika tih država (ratna situacija i zvjerstva koja se čine u ratu na prostoru bivše Jugoslavije bjelodano ilustriraju dimenzije rasprostranjenosti retrogradne rodovsko-plemenske svijesti). Zadaća je svakog samosvjesnog građanina, napose intelektualca, da taj bolni i dugotrajni proces modernizacije i civiliziranja društava koja izlaze iz boljševičkog tipa poredaka vlastitim angažmanom što je moguće više ublaže.

Kada je Hrvatska u pitanju čini se potrebnim, ako se želi napraviti daljnji civilizacijski pomak, definirati je u Ustavu umjesto nacionalne države,²⁹ kao državu njenih građana poput ostalih ustava zapadnih zemalja. To je također jedan od preduvjeta za mirnu integraciju trenutno okupiranih područja u hrvatsko društvo. Nužno je nadalje

²⁹ Usp. Ustav Republike Hrvatske, Izvorišne osnove, cit.

poraditi na izgradnji bogatog društva, jer se bez bogatog društva neće moći spriječiti novi exodus hrvatskih građana u zapadne zemlje, niti će Hrvatska biti privlačna kao prosperitetna država Srbima u "krajini". Veliki su problem ljudska prava, napose srpske manjine. Bez učinkovite zaštite tih prava na području pod kontrolom hrvatske vlasti upitno je kada će biti moguć povratak hrvatske vlasti na okupirana područja. To su samo neka od pitanja koja bi hrvatski politički establishment morao staviti na dnevni red ako se želi integracija Republike Hrvatske u sustav zapadnoeuropskih civiliziranih i demokratskih država.

S u m m a r y

POST-SOCIALIST ORDERS AND LEGITIMACY

After the break of socialist orders in most of the East European countries a similar ideological collective paradigm has been used to ensure the massive support by the underprivileged. Namely, the class was replaced by nation. It is denotative above all for the so called "young democracies" built on the remains of the soviet and yugoslav socialist systems in which the nationalistic paradigm and discourse is used as the new grounds of their legitimacy. The author endeavours, using the example of countries established on the territory of former Yugoslavia, to defend the thesis that it is actually a pseudo-legitimacy of those regimes. He argues that this collectivistic ideology has de facto the same consequences with regard to individual rights and freedoms of the citizens, namely, it leads to non-freedom and oppression of the individual. In order to overcome the present legitimacy crisis of the post-socialist orders it is necessary to realise some of the fundamental values of the liberal democratic doctrine, such as freedom, justice, tolerance, equality, as well as to built up the institutions present for decades in the West European societies, such as the rule of law, parliament, freedom of the press, public etc.

JUS COGENS U MEĐUNARODNOM PRAVU U SVJETLU NOVIJE JUDIKATURE¹

mr. Vesna Crnić-Grotić, asistent
Pravni fakultet u Rijeci

UDK: 341.61(094)
Ur. 15.6.1993.
Pregledni znanstveni članak

U članku se pisac bavi pitanjem imperativnih pravila u međunarodnom pravu ispitujući međunarodnu znanost i međunarodnu sudsku i arbitražnu praksu. Dugo se vremena spekuliralo postoje li takva pravila, budući da je postojao nesklad između znanosti i sudske prakse. Naime, dok je znanost uglavnom podržavala ideju o postojanju takvih pravila međunarodnog prava koja se ne mogu izmijeniti sporazumom stranaka, u sudskoj je praksi dugo vremena nedostajalo izrijeka o njihovom postojanju. No, novija međunarodna praksa, osobito posljednjeg desetljeća, u nekoliko se navrata izjasnila o postojanju takvih pravila.

Drugi se problem svodi na identifikaciju imperativnih pravila međunarodnog prava. Pisac drži da je u tom smislu najvažnija odredba čl. 53. Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1969. god. Njihova bi glavna značajka bila, dakle, opća prihvaćenost, nepromjenjivost inter se sporazumom, te djelovanje erga omnes. Osim toga, prepoznaju se i po svome predmetu i cilju, jer se u pravilu radi o pravilima čija je svrha zaštititi neke temeljne interese međunarodne zajednice.

Pojam *jus cogens* vezuje se obično s pojmom javnog reda (*ordre public*) u unutarnjem pravu i time pretpostavlja određenu hijerarhiju pravnih normi. Polazi od stajališta da u pravnom poretku postoje takva pravna pravila koja su apsolutne prirode i od kojih nije dozvoljeno odstupanje. Korijene tog koncepta nalazimo još u ranih pisaca naturalističke škole međunarodnog prava.²

¹ Ovaj je članak sačinjen u okviru projekta MZTIRH broj 5-03-088 pod nazivom "Vladavina prava".

² Opširnije o povijesti tog instituta v. NAHLIK, s. *Jus cogens and the codified law of treaties*, Simbolae G. Arias, Zaragoza 1973-74, str. 85-111, na 86 i sl., ELIAS, T. O. Problems concerning validity of treaties, 134 Recueil des cours de l'Académie de Droit International (dalje: RCADI) 1971, str. 334-416, PAUL, V. The legal consequences of conflict between a treaty and an imperative norm of general international Law, 21 Oesterreiche Zeitschrift für oeffentliches Recht (dalje: OZoR), str. 18-49, na 20. i sl. Usp. Đorđević, A. Pravila

U znanosti su međunarodnog prava dugo vremena bile prisutne rasprave o postojanju ili nepostojanju takvih pravila. S jedne su se strane nalazili pisci koji su priznavali njihovo postojanje zbog potrebe međunarodne zajednice da zaštiti neke svoje temeljne interese, a najčešće su ih pisci spominjali u kontekstu valjanosti međunarodnih ugovora. Slijedom tih učenja, ništav bi bio ugovor suprotan nekoj *jus cogens* normi. Sam je izraz *jus cogens* u kontekst međunarodnog prava ugovora uveo Sir Gerald Fitzmaurice u svom trećem izvještaju o pravu ugovora Komisiji za međunarodno pravo 1958. god.³

Arnold McNair definira *jus cogens* kao pravila "međunarodnog običajnog prava koja stoje u višoj kategoriji i ne mogu se ukloniti ili izmijeniti od strane ugovornih država; lakše je ilustrirati ta pravila negoli ih definirati. To su pravila koja su bila prihvaćena bilo izrijeком ugovorom bilo prešutno običajem, kao neophodna radi zaštite javnih interesa društva država ili održavanja standarda priznatog javnog morala..."⁴

Zbog zaštite takvih temeljnih interesa ograničena je djelatna, a osobito ugovorna sposobnost subjekata međunarodnog prava, te oni ne smiju zaključivati ugovore koji bi bili s njima u sukobu. Verdross takva viša pravila naziva "apsolutna",⁵ Oppenheim "vrhunskim načelima međunarodnog prava",⁶ a Brownlie "prevladavajućim načelima međunarodnog prava":

"Ta se pravila najviše razlikuju po svojoj neukidivosti. To su pravila običajnog prava koja se ne mogu ukinuti ugovorom ili sporazumom, nego samo stvaranjem kasnijeg običajnog pravila suprotnog učinka."⁷

Hrvatska doktrina međunarodnog prava koja se stvarala i razvijala na području bivše Jugoslavije također je prihvaćala gledište da između pravila međunarodnog prava postoji razlika u hijerarhiji. Tako Juraj Andrassy prihvaća razlikovanje na dispozitivno i kogentno pravo:

jus cogens u nacrtu Konvencije o ugovornom pravu, Jugoslavenska revija za međunarodno pravo (dalje: JRMP), 1965/1, str. 82-92, na 83. da u rimskom pravu nije bio poznat izraz *jus cogens*, već *jus publicum*.

³ Yearbook of the International Law Commission (dalje: YBILC) 1958. Vol. II, čl. 16/2.

⁴ McNAIR, A. The Law of Treaties, London 1961, str. 214.

⁵ VERDROSS, *Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law, 60 American Journal of International Law (dalje: AJIL) 1966. str. 55-63, na 55.

⁶ OPPENHEIM-LAUTERPACHT, International Law, 8th ed., London 1955, str. 897. Slično CAVARE, Le Droit international public positif, Tome II, Paris 1969, str. 88-89. govori o "temeljnim načelima međunarodnog prava".

⁷ BROWNLIE, Principles of Public International Law, 3rd ed., Oxford 1979, str. 513. Usp. CAHIER, Les caractéristique de la nullité, 76 Revue générale de Droit International Public (dalje: RGDIP) 1972, str. 648. koji govori o *l'ordre public* kao "višim interesima društva".

"*Jus cogens* su takva pravila međunarodnog prava koja stranke ne mogu između sebe izmijeniti. Pravni posao protivan pravilu *juris cogentis* ne vrijedi... *Jus cogens* može nastati putem običajnog prava i putem međunarodnog ugovora."⁸

Takvo mišljenje u osnovi dijeli i profesor Degan.⁹

S druge strane, najjača je opozicija tom konceptu dolazila od pozitivista i pisaca koji ne prihvaćaju postojanje hijerarhije međunarodnih pravnih pravila. Oni, naravno, ne prihvaćaju niti ograničenja ugovorne sposobnosti država.

Jedan je od istaknutijih protivnika shvaćanja o postojanju hijerarhije međunarodnih pravila bio američki profesor Schwarzenberger. U većem broju članaka i rasprava on je negirao postojanje tzv. "*international public policy*", odnosno, međunarodnog javnog poretka:

"Međunarodno pravo ne poznaje nikakva pravila koja bi odgovarala razlozima javne politike, javnog reda ili *jus cogens* u unutarnjem pravu... Izgleda da međunarodni javni red u smislu *jus cogens* ne predstavlja sastavni dio međunarodnog običajnog prava."¹⁰

No, s druge strane, prema istom su piscu države slobodne da "ugovorom pretvore bilo koje pravilo međunarodnog prava u *jus cogens* ili da stvore nova *jus cogens* pravila". Takva bi pravila djelovala isključivo između stranaka tog ugovora.¹¹ Prema tome, *jus cogens* može postojati kao ugovorna norma, ali ne i kao pravilo međunarodnog običajnog prava.

U ovoj grupi pisaca nalazi se i Ehrlich. On je smatrao da u međunarodnom pravu kogentna pravila ne mogu postojati, budući da zainteresirane države mogu sporazumom izmijeniti bilo koje pravno pravilo. No, pritom su ipak isključene obveze prema trećim državama.¹² Isto je ograničenje isticao i talijanski pozitivist Vitta. On je zastupao gledište da "prava trećih država djeluju kao ograničenje sposobnosti za

⁸ ANDRASSY, J. Međunarodno pravo, VI izd., Zagreb 1976, str. 7.

⁹ DEGAN, V. Đ. Međunarodno pravo mora, Zagreb 1989, str. 5 i 28-29. Usp. BARTOŠ, Međunarodno pravo, Knjiga III, Beograd 1958, str. 120: "Noviji razvoj međunarodnog prava pokazuje izrazitu tendenciju zabrane ugovaranja onih stvari koje su protivpravne po međunarodnom pravu." KREČA, M. O legalnosti predmeta i ugovora u međunarodnom javnom pravu, 1-2 Anali PFB 1980, str. 93-105, na 104. govori o objektivnom kriteriju legalnosti predmeta ugovora koji djeluje *erga omnes*.

¹⁰ SCHWARZENBERGER, International Law, 3rd. ed., Vol. I, 1957, na 426-427. Isto tako u Texas Law Review 1965, str. 455-478. No, na drugom se mjestu čini da ipak postavlja neka ograničenja slobodi država da zaključuju ugovor o bilo čemu. Tako bi države, ukoliko razmišljaju o takvim aktivnostima kao što su piratstvo, ropstvo ili trgovina bijelim robljem, "potonule do razine barbarizma nespojive sa zahtjevom da ih se i dalje smatra civiliziranim zajednicama". *Id.* The problem of international public policy, 18 Current Legal Problems 1965, str. 191-214, na 201. Čini se da bi se pod ovim zahtjevom mogao ipak kriti koncept "javne politike", jer bi u takvim slučajevima druge države bile ovlaštene na "drastične akcije", poput prekida diplomatskih odnosa, retalijacije i sl.

¹¹ *Id.* International Law, str. 213-214.

¹² EHRlich, Prawo miezdzynarodowe, Warszawa 1958, str. 15.

zaključivanje ugovora".¹³ Naprotiv, smatrao je da je teorija prema kojoj bi bili zabranjeni ugovori "suprotni ustavnim načelima međunarodne zajednice... potpuno smlavljena (*battue en brèche*)."¹⁴

Samo malo oprezniji je u svojim procjenama Charles Rousseau. On, naime, drži da je pojam javnog reda koji bi ograničavao autonomiju volje država "gotovo nepostojeći" i to zbog strukture međunarodne zajednice. Ona je u osnovi "individualistička i voluntaristička" i stoga nepodložna ograničenjima.¹⁵

Na, slikovito rečeno, "mostu" prema piscima koji priznaju postojanje više kategorije pravila, nalazimo pisce poput Paula Guggenheima koji je svoja gledišta izmijenio tijekom vremena.¹⁶ Na pola su puta i pisci poput Dhokalije koji priznaje potrebu da međunarodno pravo postavi ograničenja slobodi država da zaključuju i otkazuju ugovore, te da "odredi ciljeve zbog kojih se legitimno mogu zaključiti". Međutim, ti pisci ostavljaju i određene rezerve prema konceptu apsolutne ništavosti, budući da bi *jus cogens*, prenesen iz unutarnjeg u međunarodno pravo, "mogao stvoriti nesigurnost i zabunu".¹⁷

I Sir Ian Sinclair smatra koncept *jus cogens* "vrlo kontroverznom", ali ipak, uz određene rezerve priznaje postojanje takvih pravila. Tako bi, prema njegovom mišljenju, trebalo smatrati da se takav "koncept međunarodnog javnog poretka s hijerarhijski višim normama koje vezuju sve države tek stvara". Takva bi pravila trebala prihvatiti čitava međunarodna zajednica, ali bi teret dokaza trebao pasti na onu stranu koja tvrdi da je neko pravilo kogentne naravi.¹⁸

No, danas se ipak možemo složiti s tvrdnjom da je "većina pisaca međunarodnog prava priznala važnost *juris cogentis* u međunarodnom pravu i njegov derogirajući utjecaj na međunarodne ugovore. Nadalje, važnost doktrine ne temelji se više na izvjesnim pojedinim dobro poznatim osobama, nego iznad svega na jedinstvenim ili

¹³ VITTA, E. La validité des traités internationaux, Bibliotheca Visseriana, 1940, str. 175-176.

¹⁴ *Ibid.*, str. 168.

¹⁵ ROUSSEAU, C. Cours de Droit international public, Paris 1959, str. 179. Prema njegovom se mišljenju radi o "*pure hypothèse d'école*".

¹⁶ Tako je još 1951. smatrao da ne postoji međunarodni javni red koji bi ograničavao slobodu subjekata u stvaranju pravila međunarodnog prava. No, već je u drugom izdanju 1967. godine zastupao gledište da međunarodni pravni poredak sadrži i pravila *jus cogens* naravi. GUGGENHEIM, P. Traite de D.I. P., Geneve 1951, str. 57.

¹⁷ DHOKALIA, R. P. Nullity or invalidity of treaties, 9 Indian Journal of International Law 1969, str. 177-214, na 181. i 198.

¹⁸ SINCLAIR, I. The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2nd ed., Manchester 1984, str. 222. On postavlja slikovitu usporedbu s poznatim literarnim likovima: "*Jus cogens* is neither Dr. Jekyll nor Mr. Hyde; but it has the potentialities of both". Usp. De VISSCHER, Ch. Theory and Reality in Public International Law, New Jersey 1968, str. 214-215.

gotovo jedinstvenim mišljenjima pisaca koji predstavljaju različite pravne i društvene sustave.¹⁹

Jus cogens u međunarodnoj judikaturi

Međunarodna je sudska i arbitražna praksa, kao i u nekim drugim temeljnim pitanjima međunarodnog prava, dugo bila oskudna u broju izrečenih presuda koje na jasan i nedvosmislen način priznaju postojanje kogentnih pravila. No, odnedavna i tu bilježimo značajne promjene.

Mješovita je komisija Francuske i Meksika nakon prvog svjetskog rata potvrdila postojanje *juris cogentis* u sporu "Najera" 1927. godine, mada je zapravo govorila o čl. 18. Pakta Lige naroda kojem je pridavala takav značaj. Komisija je smatrala da *jus cogens* pravilo ograničava slobodu stranaka da zaključuju suprotne ugovore.²⁰ Nakon drugog svjetskog rata rješavan je pred međunarodnim Vojnim sudom za ratne zločine u Nürnbergu 1947. godine slučaj Krupp. U tom se sporu sud bavio navodnim sporazumom Njemačke i Vichy-Francuske, na osnovi kojeg su francuski ratni zarobljenici trebali raditi u njemačkim tvornicama oružja. Sud je smatrao da bi takav sporazum bio protivan Ženevskoj konvenciji o ratnim zarobljenicima iz 1929. godine i stoga ništav. Očito je, dakle, da je sud odredbama te konvencije dao značaj *jus cogens* pravila.²¹

Prve naznake promjenjenog stajališta Međunarodnog suda u pogledu pravila *jus cogens* naravi vidimo u sporovima u kojima sud u Haagu prihvaća pravila koja vrijede *erga omnes*, a to je bitno obilježje pravila *jus cogens*. Do tada su to činili u većem broju slučajeva pojedini suci u svojim odvojenim mišljenjima, uključujući i praksu u vrijeme Stalnog suda međunarodne pravde.²²

Mnogi pisci navode Savjetodavno mišljenje Međunarodnog suda o rezervama na Konvenciju o genocidu iz 1951. god. kao takav primjer. U ovom je sporu Sud tvrdio da postoje i takva načela i pravila koja vezuju države i bez obzira na njihov izričit pristanak, obveze koje nisu preuzete u korist pojedine države, već u korist međunarodne

¹⁹ PAUL, V. The legal consequences of conflict between a treaty and an imperative norm of general international law, 21 OZor 1971, str. 18-49, na 21.

²⁰ Reports of International Arbitration Awards (dalje: RIAA), Vol. V. str. 472.

²¹ Law Reports on Trials of War Criminals, Vol. X, London 1949, str. 41.

²² Npr. sudac Schucking u sporu Oscar Chinn, Permanent Court of International Justice Publications (dalje: PCIJ) Ser. A/B, No.63, str 149-150, sudac Fernandez u sporu o pravu prolaza, International Court of Justice Reports (dalje: ICJ Rep.) 1960. str. 133-135. Usp. CHRISTENSON, G. *Jus cogens*: Guarding interests fundamental to international society, 28 Virginia Journal of International Law 1988, str. 585-648, na 620. kako je, zapravo, većina u sudačkom zboru dolazila do istih zaključaka kao i manjina, ali temeljeći svoje razloge na premisama međunarodnog javnog poretka. V. također SZTUCKI, J., *Jus cogens* and the Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien – New York 1974, str. 12-22. da se u međunarodnoj jurisprudenciji može naći 17 vjerojatnih, ali samo 6 izričitih pozivanja na *jus cogens*, a i tada samo u odvojenim mišljenjima.

zajednice u cjelini. Ta su načela u osnovi Konvencije o zabrani i kažnjavanju zločina genocida.²³

Svoje je stajalište o postojanju tzv. *erga omnes* obveza sud potvrdio u presudi u sporu "Barcelona Traction" 1970. godine. Sud je ukazao na razliku između obveza koje države imaju jedna prema drugoj i obveza "prema međunarodnoj zajednici kao cjelini":

"Takve obveze proizlaze, na primjer, u suvremenom međunarodnom pravu iz zabrane čina agresije i genocida, kao i iz načela i pravila koja se tiču temeljnih prava ljudske osobe, uključujući zaštitu od ropstva i rasne diskriminacije."²⁴

Nije, dakle, izrijeком potvrdio postojanje *jus cogens* pravila, ali je više nego jasno opisao njihov učinak. U presudi u sporu o diplomatskom i konzularnom osoblju SAD u Teheranu 1980. Sud je dao daljnju potvrdu postojanja takvih pravila čija je primjena izuzetno važna u međunarodnom pravu, a u vezi s pravilima o diplomatskim i konzularnim odnosima.²⁵

No, tek je u presudi u sporu o vojnim i paravojnim djelatnostima u i protiv Nikaragve 1986. Međunarodni sud izrijeком naveo neka od pravila koja, prema njegovom mišljenju, imaju takvo značenje. Prije svega, to se odnosi na pravilo o zabrani upotrebe sile kako je sadržano u čl. 2. st. 4. Povelje UN. No, ono je u isto vrijeme sadržano i u općem običajnom pravu i oba izvira, kako to kaže Sud, "iz zajedničkog temeljnog načela koje zabranjuje upotrebu sile u međunarodnim odnosima".²⁶ Osim toga, smatrao je da takav isti karakter imaju temeljna opća načela humanitarnog prava, sadržana uglavnom u četirima Ženevskim konvencijama o zaštiti žrtava rata iz 1949. godine:

"Sud smatra da Sjedinjene Države imaju obvezu, prema izrazima prvog članka četiriju Ženevskih konvencija da "poštuju" i čak da "osiguraju poštivanje" tih konvencija u "svim okolnostima", budući da takva obveza ne proizlazi samo iz samih konvencija, već iz općih načela humanitarnog prava koja su u konvencijama samo dobila konkretan izraz."²⁷

²³ ICJ Rep. 1951, str. 23. Meritum spora odnosio se na valjanost rezervi koje su neke države izjavile uz tu konvenciju, a neke su im druge države prigovorile.

²⁴ ICJ Rep. 1970, str. 3, na 32. Opširnije o tzv. općem pravilu v. DUPUY, M. P.: *Le juge et la règle générale*, 93 RGDIP 1989, str. 569-598.

²⁵ Hostage Case, ICJ Rep. 1980, str. 42-43.

²⁶ ICJ Rep. 1986, str. 97. i 100. (para. 190). Nije bez značaja, kako to upozorava sam Sud, da su obje države u sporu, tj. Nikaragva i SAD priznale takvo svojstvo tom pravilu u svojim memoarima. Usp. DUPUY, op. cit., str. 589. Ovaj pisac ispituje i stav Suda u pogledu statusa pravila *uti possidetis* u sporu između Burkine Faso i Malija, ICJ. Rep. 1986.

²⁷ Ibid, str. 114 (para. 220). Sud je utvrdio da polaganje mina u unutarnjim vodama ili teritorijalnom moru druge države bez bilo kakvog upozorenja predstavlja povredu načela humanitarnog prava. Ibid, str. 112. Usp. DEGAN, op. cit., str. 29.

U ovoj se presudi, kao i ranije navedenim primjerima, odmah uočava da se Međunarodni sud nije bavio problemom ništavosti ugovora zbog njegove suprotnosti s *jus cogens* pravilom o zabrani sile, već ispituje ponašanje jedne države, u ovom slučaju SAD, u odnosima prema drugoj suverenoj državi. Zbog ponašanja koje nije u skladu s *jus cogens* pravilima općeg međunarodnog prava, nastala je za tu državu njezina međunarodna odgovornost.²⁸

I Među-američka komisija za prava čovjeka potvrdila je koncept *jus cogens* u međunarodnom pravu također izvan konteksta valjanosti ugovora. U konkretnom se slučaju Komisija bavila problemom izvršenja smrtno kazne nad maloljetnim počiniteljima kaznenih djela i tvrdila da se u okviru Organizacije američkih država stvorilo *jus cogens* pravilo običajne naravi koje državama zabranjuje pogubljenja djece.²⁹ Komisija je odbila mogućnost da bi Sjedinjene države protestom spriječile primjenu tog pravila prema sebi, upravo zbog njegova *jus cogens* karaktera.³⁰

Međunarodna arbitraža osnovana radi rješavanja spora o razgraničenju između Gvineje Bisao i Senegala također je priznala postojanje imperativnih pravila svojom presudom iz 1989. godine, mada, čini se, dosta nerado. Za razliku od ranijih slučajeva, ovdje se radilo o zahtjevu jedne strane u sporu da se ispita valjanost međunarodnog ugovora u svjetlu navodnog *jus cogens* pravila o samoodređenju naroda. Prema riječima arbitraže:

"Suvremena doktrina međunarodnog prava prilično je zauzeta *jus cogensom*, naročito od Bečke konvencije iz 1969. Prema jednom dijelu te doktrine *jus cogens* bi se sastojao od normi više hijerarhije. Studije o značenju *juris cogentis* i identifikaciji normi takvog karaktera često su bile pod utjecajem ideoloških koncepcija i političkih stajališta. S gledišta prava ugovora, *jus cogens* je jednostavno svojstvo izvjesnih pravnih pravila da se ne mogu derogirati ugovornim putem."³¹

Na osnovi takvog gledišta sud je odbio tumačenje Gvineje Bisao da bi načelo samoodređenja naroda imalo karakter *jus cogens*, niti da bi ograničavalo pravo zaključivanja ugovora.

Određivanje *jus cogens* pravila

Bečka konvencija o pravu ugovora iz 1969. godine značajno je utjecala na prihvaćanje *jus cogens* koncepta u međunarodnom pravu. Njezin članak 53. sadrži izuzetno važnu definiciju *juris cogentis*, te određuje i posljedice koje nastaju u slučaju sukoba nekog ugovora s tim pravilima:

²⁸ Za raspravu američkih pravnikâ o toj presudi v. osobito 81 AJIL a987, No. 1, st. 1-183.

²⁹ Res. No. 3/87, Case No. 9647, Cf CHRISTENSON, op. cit., str. 622.

³⁰ Zapravo se u mišljenju objašnjava da SAD ne negiraju samo pravilo, već konsenzus ne postoji oko dobi u kojoj se malodobnim osobama može suditi kao odraslima.

³¹ 94 RGDIP 1990/1, str. 204-275, na 233-234.

"Ništav je svaki ugovor koji je u trenutku kad se zaključuje u sukobu s imperativnom normom općeg međunarodnog prava. Za ovu Konvenciju imperativna norma međunarodnog prava je norma što ju je prihvatila i priznala čitava međunarodna zajednica država kao normu od koje nije dopušteno nikakvo odstupanje i koja se može izmijeniti samo novom normom općeg međunarodnog prava istog karaktera."

Iako ograničena na Bečku konvenciju i samo na pravo ugovora, mnogi pisci pri definiranju *jus cogens* normi polaze upravo od ove odredbe. Na osnovi toga zaključuju da se imperativna norma međunarodnog prava može prepoznati na temelju sljedećih značajki. Prije svega, radi se o pravilu općeg međunarodnog prava.³² Paul Reuter tvrdi da se ovdje radi o "običaju u kojem *opinio juris* ima poseban karakter: izražava uvjerenje da je pravilo u pitanju apsolutno obvezno."³³ Dakle, radi se o apsolutno obveznom pravilu, za razliku od opće obveznosti, značajke svih pravila međunarodnog prava. Svako je pravilo, naime, obvezno za svoje subjekte. No, imperativne se norme ne mogu izmijeniti *inter se*, tj. sporazumom između samo nekih stranaka.³⁴

Na temelju svog apsolutnog ili imperativnog karaktera *jus cogens* pravila primjenjivala bi se, naravno, i u odnosu na države koje nisu izrijeckom na njih pristale. Moguće je, međutim, postaviti i pitanje da li je od njihove primjene isključena država koja bi se od početka protivila stvaranju takvog pravila, tzv. *persistent objector*. Ta mogućnost postoji kod pravila općeg običajnog prava "u početnom stadiju običajnog procesa".³⁵ Države koje se koriste efikasnim protestima mogu biti izuzete od tog pravila nakon što ono postane pravilo općeg običajnog prava, kako je to potvrđeno i presudom Međunarodnog suda u sporu o norveškom ribolovu 1951.³⁶ Mišljenja smo, međutim, da se to ne odnosi na ono pravilo koje stekne svojstvo *jus cogens* pravila, čije je bitno obilježje imperativnost i djelovanje *erga omnes*.³⁷

U načinu izmjene takve norme nalazi se treća značajka imperativnih normi međunarodnog prava. One se, naime, mogu izmijeniti samo novom normom iste kvalitete. Mnogi pisci, poput Rosakisa, u načinu izmjene vide "nespretnost u tekstu koja

³² DEGAN, op. cit., str. 29. ROSAKIS, C. L., *The Concept of Jus Cogenes in the International Law of Treaties*, Amsterdam 1976, str. 45, PAUL, op. cit., str.32, LEONETTI, A. J., *Interprétation des traités et règles impératives du droit international général (jus cogens)*, 24 OZoR 1973, 91-111, str. 100. McNAIR, op. cit., str. 216, međutim, drži da se može raditi i o pravilu regionalnog ili partikularnog prava. Isto ROSAKIS, op. cit., str. 56.

³³ REUTER, *Droit international Public*, 6. ed, Paris 1983. str. 119.

³⁴ Usp. VERDROSS, op.cit., str. 55.

³⁵ DEGAN, op. cit., str. 28.

³⁶ ICJ. Rep. 1951, str. 131.

³⁷ Drukčije mišljenje zastupa REUTER, op. cit., str. 118, pa isključuje države koje su na uporan način negirale njegovu apsolutnu prirodu. Isto CAHIER, *Les caractéristiques de la nullité*, 76 RGDIP 1972, str. 645, na 684

je prošla neprimijećena" budući da je njezina primjena nemoguća.³⁸ Kontradiktornost pravila sastojala bi se u tome da se, doslovnim tumačenjem, dolazi do zatvorenog kruga: nova se norma može stvoriti samo novom *jus cogens* normom koja bi, zbog suprotnosti s postojećom *jus cogens* normom, bila ništava. Ima i drukčijih tumačenja. Tako Degan smatra da se do nove norme može doći sklapanjem nove opće konvencije koja bi se ubrzo transformirala u opće običajno pravo imperativnog karaktera.³⁹ Na ovaj se način ne rješava problem statusa tog ugovora od trenutka zaključenja do opće prihvaćenosti. Sinclair drži da bi ta konvencija u trenutku zaključenja bila ništava.⁴⁰ No, takvo bi tumačenje uvijek završavalo u istom zatvorenom krugu, pa bi proizlazilo da su norme *jus cogens* vječne i nepromjenjive. Taj je prirodnopravni koncept, međutim, odbačen u međunarodnopravnoj znanosti.⁴¹ Mnogo je bolje rješenje koje pri tumačenju ovog pravila prihvaća utemeljeni kanon tumačenja pravne norme, prema kojem se ne može prihvatiti ono tumačenje čiji bi rezultat bio besmislen, a prema načelu *ut res magis valeat quam pereat*.⁴² Članak 53. treba stoga tako tumačiti da je izmjena *jus cogens* pravila moguća usvajanjem iste takve norme, bilo običajnim bilo konvencionalnim putem. Drugo je pitanje može li se neka izmjena uopće očekivati, a s obzirom na dosad prihvaćene norme *jus cogens*.

Još jedna *diferentia specifica* imperativnog pravila proizlazi iz pripremnih radova Komisije za međunarodno pravo dok je stvarala današnju Bečku konvenciju o pravu ugovora:

"Oblik općeg pravila međunarodnog prava nije odlučujući za određivanje njezinog *jus cogens* karaktera, već je to osobita priroda pitanja kojim se ona bavi."⁴³

Drugim riječima, *jus cogens* norma bavi se uvijek zaštitom najtemeljnijih i najosnovnijih interesa međunarodne zajednice kao cjeline ili pojedinih njezinih članica, uključujući tu i prava pojedinaca. Možemo reći da je to uvijek njezin predmet i cilj.

Koja se, dakle, pravila imaju smatrati *jus cogens* pravilima međunarodnog prava? Mišljenja se o tome razlikuju, ali se neka pravila ipak ukazuju kao nekakav najmanji zajednički nazivnik, odnosno, ono što većina pisaca prihvaća. Sinclair tvrdi da se samo za jedno pravilo može tvrditi da ima *jus cogens* karakter, a to je zabrana upotrebe sile protiv teritorijalne cjelovitosti neke države.⁴⁴ To zaista prihvaćaju svi pisci

³⁸ ROSAKIS, op. cit., str. 46.

³⁹ DEGAN, op. cit., str. 29.

⁴⁰ SINCLAIR, op. cit., str. 225.

⁴¹ NAHLIK, op. cit., str. 110-111.

⁴² Posebno o tzv. funkcionalnom tumačenju v. članak ovog pisca "Funkcionalno tumačenje (*ut res magis valeat quam pereat*)", Zbornik PFR br. 12/1992. str

⁴³ YBILC 1966, Vol. II, Komentar uz Nactr iz 1966, uz čl. 50, para 2. I sama je komisija odustala od nabiranja primjera takvih pravila. Usp. SINCLAIR, op. cit., str. 216. koji odlučujućim drži sadržaj norme.

⁴⁴ Ibid, str. 222.

koji prihvaćaju i sam koncept.⁴⁵ Neki to proširuju na glavna načela Povelje UN, što bi, osim zabrane upotrebe sile, značilo, npr. i dužnost mirnog rješavanja međunarodnih sporova.⁴⁶ Rijetko će koji pisac ustvrditi da bi bili legalni akti koji se smatraju zločinima po međunarodnom pravu, poput zločina ropstva, piratstva ili genocida, te djela protivna osnovnim načelima humanitarnog prava, što je potvrđeno i u međunarodnoj judikaturi.⁴⁷ U novije se vrijeme sve više pisaca zalaže da se takvima smatraju i neka temeljna ljudska prava, osobito pravo na jednakost bez obzira na rasu ili zabrana mučenja.⁴⁸ Kao "kandidati" pojavljuju se načela o suverenosti nad prirodnim bogatstvima ili načelo samoodređenja naroda.⁴⁹

Na temelju iznesenih primjera iz državne prakse i stavova pisaca međunarodnog prava, možemo zaključiti da se postojanje *jus cogens* pravila međunarodnog prava ne može više poricati. Ona postoje i imaju izuzetno važan učinak da poništavaju sve akte koji su u suprotnosti s njima.

⁴⁵ V. gore navedene pisce, kao i DeVISSCHER, op. cit., str. 5-11, SALMON, J. *Le Droit des gens*, Tome I, 8. ed., Bruxelles 1976-77, str. 93.

⁴⁶ NAHLIK, op. cit., str.102. Nije prihvatljivo mišljenje prema kojem bi sve obveze iz Povelje imale *jus cogens* Karakter, kako pojedini pisci tumače čl. 102. Povelje. Ta odredba određuje "prevagu svih obveza iz Povelje", ali ne i ništavnost suprotnih akata.

⁴⁷ SALMON, op. cit., str. 93. COUMOUL. G. *Des conditions de la validité des traités internationaux*, Toulouse 1911, str. 69, REUTER, op. cit., str. 119, CAVARE, op. cit., str. 88-89.

⁴⁸ Šire v. kod MERON, T.: *On a Hierarchy of International Human Rights*, 80 AJIL 1986, str. 1-23.

⁴⁹ BROWNLEE, op. cit., str. 515. Usp. gore stajalište arbitraže u sporu između Gvineje i Gvineje Bisao.

S u m m a r y

JUS COGENS IN INTERNATIONAL LAW IN THE
RECENT JUDICATURE

In the article the author deals with the question of peremptory norms of international law examining the international science and the practice of international courts and arbitrations. For a long time there have been speculations whether such norms exist or not, since there has been a discrepancy between science and judicial practice. Namely, while the science of international law mainly supported the idea of existence of such rules of international law which cannot be altered by an agreement, judicial practice has been lacking almost any *dicta* as to their existence. However, recent judicature, especially in the last decade, has spoken in favour of their existence.

The other problem concerns the identification of the peremptory norms of international law. The author holds that the most important role in that respect plays Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties from 1969. Accordingly, their main characteristic would be their general acceptance, the impossibility of being changed by an *inter se* agreement and their *erga omnes* effect. Furthermore, they are recognised by their object and purpose, since, as a rule, they appear to be the rules whose purpose is to protect some fundamental interests of the international community.

MEĐUNARODNI REŽIM MORSKIH LUKA S OSVRTOM NA TRŠĆANSKU I RIJEČKU LUKU

dr. Vinko Hlača, izv. prof.
Pravni fakultet u Rijeci

UDK: 627.3:34(100)

Ur. 25.10.1993.

Izvorni znanstveni članak

Na prikaz međunarodnog režima tršćanske i riječke luke kao trgovačkih luka koje služe međunarodnom pomorskom prometu odlučio se autor u aktualnom trenutku, koji se gotovo na identičan način manifestira u ovim lukama, koje se nalaze u dvije susjedne države na Sjevernom Jadranu sličnog povijesnog puta i razvoja. Trenutno se u Italiji i Hrvatskoj pripremaju novi zakonski propisi o lukama, njihovoj organizaciji, upravljanju i poslovanju, što aktualizira kako međunarodne tako i nacionalne propise koji reguliraju pravni režim morskih luka.

Autor u članku analizira te propise i utvrđuje sličnost propisa kojima se određuje kategorizacija luka, uređuje ustroj lučke uprave i utvrđuju uvjeti za zaštitu luka. Njegov je zaključak da se međunarodni režim tršćanske i riječke luke ostvaruje i funkcionira prema nacionalnim zakonima i propisima međunarodnog pomorskog prava u okvirima koje države samostalno određuju pod svojom suverenom vlašću.

UVODNI OSVRT

Morska luka je geografsko mjesto na morskoj obali, manje ili više prostrano i zaštićeno, gdje brodovi mogu pristajati i boraviti u punoj sigurnosti, bilo radi zaklanjanja zbog nevremena, bilo radi obavljanja trgovačkih operacija, koje su u svezi s prekomorskom trgovinom i prijevozom stvari i osoba u pomorskom prometu. Te luke mogu biti prirodne ili umjetne prema tome da li pružaju zaklon i smještaj brodovima reljefnošću svoje obale (prirodni element) ili uređenim obalama za pristajanje brodova (umjetni element). Prema svrsi kojoj su namijenjene razlikujemo tri vrste luka:

1. luke zakloništa,
2. vojne luke,
3. trgovačke luke.

Lukom zakloništa naziva se luka koja može pružiti sigurno utočište brodovima, koji su se našli u nevremenu nedaleko obale ili su pretrpjeli havariju. Takve se luke pojavljuju na mjestima koja su naj pristupačnija morskim putevima kojima se kreće intenzivan i redovit pomorski promet.

Vojne luke namijenjene su potrebama ratne mornarice, kojima se ova služi kako u doba rata tako i u doba mira. Zbog toga ih neki pisci maritimisti zovu ratnim lukama,¹ koje se nalaze na izrazito strateškim mjestima u teritorijalnom moru obalne države. Tehnička oprema vojnih luka i lučke građevine ne razlikuju se bitno od onih u trgovačkim lukama.

Trgovačke su one luke koje, pored toga što osiguravaju pristup u luku i pristajanje brodova, imaju opremljene s potrebnim uređajima obale i gatove, gdje brodovi mogu s lakoćom i brzinom obavljati trgovačke operacije ukrcaja ili iskrcaja robe i putnika. Tehnička opremljenost za obavljanje tih operacija, odnosno tehnička sposobnost i kapacitet trgovačke luke ovisi o postrojenjima, dužini operativne obale, vrsti dizalica, kolosjecima, silosima, skladištima i drugim lučkim uređajima.

Danas, kada se morem kreće glavnina svjetskog prometa, a u pomorskim prijevozima tereta (robe i dobara) i osoba (putnika) posvećuje najveća pažnja brzini, kao uvjetu za postizanje maksimalnog učinka, nužno je da rad u trgovačkim lukama bude tako organiziran, da se postigne najveći obrt brodova. Luke su postale prometni centri kroz koje teče promet roba i dobara sa svih kontinenata. Prometna funkcija trgovačke luke je najčešće ona funkcija koja se prioriteto ističe u definicijama luka hrvatskih pravnih pisaca maritimista. Tako Jakaša piše: "primarno, a još uvijek najvažnija uloga luke jest omogućavanje što bržeg, što ekonomičnijeg i što sigurnijeg prenošenja osoba i dobara između kopnenih i morskih nosilaca transporta", a Turina ističe "morska luka je područje za krcanje ili iskrcavanje morskih brodova i za vršenje drugih lučkih djelatnosti koje je uređeno i priznato takvim".² Riječki profesor Capar naglašava prometnu funkciju luke bez koje se ne mogu razvijati ni druge funkcije morske luke.³ Prema Caparu ostvarenje prometne funkcije luke moguće je samo uz postojanje određenih uvjeta, a to su:

1. vodeni prostor luke (to su lučki akvatoriji, jedan ili više njih) dovoljno prostran, prikladnih dubina, zaštićen od vjetra, valova, struja i morskih mijena,
2. kopneni prostor luke za smještaj prometnica, skladišta, lučke mehanizacije i dr.
3. tehnička opremljenost luke (gatovi, skladišta, lučka mehanizacija i dr.),
4. prometne veze luke s drugim lukama i zaleđem (morske, željezničke i cestovne veze pa i zračne),

¹ Branko Jakaša, Udžbenik plovidbenog prava, Zagreb, 1979. str. 38

² Tomić Ivica, Prometna tehnologija luka, Zagreb 1987, str.27.

³ Vidjeti Rudolf Capar, Pomorsko upravno pravo, Zagreb 1987, str. 176.

5. odgovarajuća organizacija poslovanja u luci.⁴

Prihvatljiviji su u potpunosti i svi navedeni uvjeti profesora Capara s našim dodatkom da se vodeni prostor luke može nalaziti na više akvatorija (primjer riječke luke), te da je poželjno za svaku morsku luku imati u blizini zračnu luku za prijevoz ne samo putnika nego i stvari zrakoplovom (što je također slučaj u primjeru riječke luke).

Potrebno je ovdje prikazati i druge funkcije luke koje su u međusobnoj vezi i funkcionalno zavisne od prometne funkcije luke. To su industrijska i trgovačka funkcija luke, koje se u njezinoj zakonskoj definiciji mogu prepoznati i razlučiti iz samoga zakonskog teksta. Taj tekst nalazimo u Zakonu o pomorskom i vodnom dobru, lukama i pristaništima, koji je objavljen u "Narodnim novinama" br. 19/74. Radi se o zakonskom tekstu iz čl. 25. koji glasi:⁵

"Pomorska luka, odnosno pristanište unutrašnje plovidbe, jesu vodeni i s vodom neposredno povezani kopneni prostor s izgrađenim i neizgrađenim obalama, lukobranima, uređajima, postrojenjima i drugim objektima namijenjenim za pristajanje, sidrenje i zaštitu brodova, ukrcavanje i iskrcavanje putnika i robe, uskladištenje i ostalo manipuliranje robom, proizvodnju i oplemenjivanje robe, te ostale privredne djelatnosti koje su s ovim djelatnostima u međusobnoj ekonomskoj i prometnoj ili tehnološkoj vezi".

Prometna funkcija luke očituje se kroz onaj dio citiranog zakonskog teksta u kojemu izričito piše da je morska luka vodeni i kopneni prostor luke s izgrađenim lučkim objektima namijenjen pristajanju putnika, sidrenju i zaštiti brodova, ukrcavanju i iskrcavanju robe i putnika, uskladištenju i ostalim lučkim manipulacijama robom. Riječima "proizvodnja i oplemenjivanje robe" tumači se industrijska funkcija luke, a obavljanjem "ostalih privrednih djelatnosti" koje su s opisanim u međusobnoj ekonomskoj, prometnoj i tehnološkoj vezi definira se u zakonu kao trgovačka funkcija luke.⁶

Trgovačke luke mogu biti otvorene za međunarodni i domaći promet. Ta je podjela morskih luka važna sa stajališta međunarodnog prava, koje propisuje da brodovi koji vrše prijevoz u međunarodnom prometu mogu ulaziti samo u luke otvorene za međunarodni promet. Drugim riječima, u luke otvorene za domaći promet ne mogu ulaziti brodovi, prije svega stranih zastava, koji vrše međunarodni prijevoz. Koje su luke otvorene za međunarodni promet određuje obalna država.⁷

Luku koja služi međunarodnom pomorskom prometu definira međunarodno pomorsko pravo u Konvenciji i Statutu o međunarodnom režimu morskih luka, Ženeva

⁴ Ibidem

⁵ Ovaj zakonski član kao i cijeli zakon hrvatski je zakon, koji ostaje na snazi do donošenja novog Zakona o lukama.

⁶ Vidjeti Vinko Hlača, Režim riječke ouke, Zbornik PFR 4/1983, str. 326.

⁷ Za hrvatsku jadransku obalu luke otvorene za međunarodni promet određuje Vlada Republike Hrvatske.

1923.⁸ Prema čl. 1. Statuta smatraju se morskim lukama, u smislu Statuta, luke koje normalno posjećuju pomorski brodovi i koje služe vanjskoj trgovini. Za morsku luku u kojoj se omogućava međunarodni pomorski promet ova definicija postavlja tri uvjeta. Prvi je da se radi a) o trgovačkim brodovima u pomorskom prometu, b) o luci koju normalno posjećuju pomorski brodovi i c) o luci koja služi vanjskoj trgovini.

Primjena odredaba Statuta o međunarodnom režimu morskih luka odnosi se samo na one trgovačke luke koje su otvorene za međunarodni promet. Već je rečeno da svaka pomorska država određuje internim odlukama domaće trgovačke luke otvorene za međunarodni promet i propisuje njihov pravni režim. Nacionalni propisi države kojima uređuje režim svojih luka otvorenih za međunarodni promet proizlaze iz i nadovezuju se na načela međunarodnog prava iz Konvencije i Statuta o režimu pomorskih luka. Najvažnije načelo iz ovih instrumenata je ono sadržano u čl. 2 Statuta koje obvezuje države ugovornice Konvencije da osiguraju brodovima pod uvjetom reciprociteta jednako postupanje kao i s vlastitim brodovima ma koje bilo druge države u njezinim lukama otvorenim za međunarodni promet. Sadržaj tog jednakog postupanja i druga načela Konvencije i Statuta o režimu morskih luka prikazana su u članku Režim riječke luke autora ovoga prikaza, pa ih ovdje nećemo ponavljati.⁹

Uz ovo glavno načelo međunarodnog prava o jednakom postupanju prema brodovima u trgovačkim lukama treba svakako spomenuti načelo Konvencije o olakšicama u međunarodnom pomorskom prometu, London 1965. To načelo utvrđuje i preporuča olakšice pomorskim brodovima u luci prilikom uplovljenja, isplavljenja i boravka u luci za vrijeme obavljanja trgovačkih operacija ukrcaja ili iskrcaja robe i putnika. U svojim nacionalnim propisima pomorske države ugovornice Konvencije dužne su razraditi i predvidjeti preporučene olakšice, koje se po načelu jednakog postupanja prema svim brodovima jednako primjenjuju.

Međunarodni konvencijski i nacionalni zakonski propisi kojima se normira pravni režim trgovačkih luka reguliraju pitanja sigurnosti broda, sigurnosti plovidbe u luci, reda i rada u luci, lučkog peljarenja, lučkog tegljenja, ulaska u luku, izlaska iz luke, sidrenja brodova na sidrištu, premještaja brodova u luci, te komunikaciju brodova s kopnom i drugima u luci. Prateće pomorske djelatnosti u lučkom području podvrgnute režimu luke jesu opskrbljivači brodova, remontna brodogradilišta, agencije, špedicija, lučka skladišta i razni lučki servisi namijenjeni brodovima.

Svaka pomorska država u svojim međunarodnim obvezama i vlastitom imperiju utvrđuje pravni režim morskih luka, koje normira na svojoj obali kao trgovačke luke otvorene za međunarodni promet. To normiranje obuhvaća sve djelatnosti koje objedinjuju sve tri uvodno protumačene funkcije luke, prometnu, industrijsku i trgovačku funkciju. U daljnjem izlaganju o temi ovoga prikaza daje se osvrt na organizaciju,

⁸ Ovi instrumenti međunarodnog prava na snazi su u Republici Hrvatskoj.

⁹ Bilješka 6. upućuje na spomenuti članak u kojemu su razrađena načela i drugih konvencija međunarodnog pomorskog prava koje normiraju određena pitanja režima morskih luka. Vidjeti Zbornik PFR br. 4/1983, str. 338-339.

upravljanje, djelatnosti i funkcioniranje najvećih sjevernojadranskih, susjednih luka Trsta i Rijeke. To su trgovačke luke u Italiji i Hrvatskoj čija blizina, bliskost, sličnost, povijesni razvoj i sadašnjost, u aktualnom trenutku upravno nameću i diktiraju autoru traženje odgovora na pitanje kako upravljati i gospodariti najvećom hrvatskom lukom na Jadranu.

Radi se o riječkoj luci koja u komparaciji s tršćanskom lukom doista zaostaje organizacijom svoga poslovanja, tehnologijom lučkih procesa i načina upravljanja lukom u administrativnom i operativnom pogledu. Potrebno je već uvodno značajno uočiti i naglasiti da tršćanska luka ima slobodnu carinsku luku odnosno carinsku zonu koja se aktivno koristi, što nije slučaj u riječkoj luci iako su tendencije tome prisutne u riječkoj luci desetljećima.¹⁰ Zbog toga u ovom radu treba također reći što su to slobodne luke ili slobodne lučke zone.

Slobodne luke obuhvaćaju jedno područje grada i eventualno njegove okolice, koje se nalazi izvan jurisdikcije carinske vlasti dotične države. To je lučko područje na koje se može dopremiti roba stranog porijekla, primati u skladišta zatvorena ili otvorena i na njima sortirati, njom manipulirati, a zatim otpremiti je dalje a da ne bude podvrgnuta carinjenju, plaćanju carinskih dažbina, državnih taksa i drugih dažbina državi. Slobodne lučke zone kao dijelovi luke osiguravaju trgovcima slične povlastice kao i slobodne luke. Sličan carinski režim s povlasticama uživaju u lukama carinska skladišta i smjestišta.

TRŠĆANSKA LUKA

Pravni položaj i režim tršćanske luke utvrđeni su Zakonom o osnivanju javnog poduzeća luke Trst, koji je proglašen 9. srpnja 1967. pod brojem 589.¹¹ Njegove izmjene i dopune 1969, 1971. i 1978. (br. 1000, 822 i 714) nisu bitno utjecale na zakonski akt nazvan u talijanskom jeziku *Instituzione dell'Ente autonomo del porto di Trieste*, (Legge n. 589. 9. lug. 1967.). Na temelju ovoga Zakona osnovano je Javno poduzeće luke Trst (*L'ENTE AUTONOMO DEL PORTO DI TRIESTE*) sa zakonskim i administrativnim sjedištem u Trstu, koje je pod nadzorom Ministarstva trgovačke mornarice.

Javno poduzeće luke Trst je državno poduzeće kojim upravlja vlada preko Ministarstva trgovačke mornarice uz suradnju ostalih ministarstava (financija, saobraćaja i veza) i drugih državnih ustanova kao što je generalna direkcija carina. Država na sjednici vlade određuje predsjednika poduzeća na prijedlog Ministra trgovačke mornarice, a imenuje ga predsjednik Republike Italije.

Javno poduzeće luke Trst je po želji zakonodavca zapravo organ državne uprave organiziran u oblike javnog odnosno državnog poduzeća, preko kojega država upravlja jednim dijelom pomorskog javnog dobra, svim uređajima i infrastrukturom na tom dijelu javnog dobra. Zakonom je utvrđeno lučko područje na pomorskom dobru, koje je sa svim

¹⁰ Zanimljivo je napomenuti da je Trstu i Rijeci, koja je bila u Italiji između dva rata, 1925. godine talijanska država zakonskim dekretom broj 1963. priznala status slobodne luke.

¹¹ Zakon o osnivanju Javnog poduzeća luke Trst, br. 589 od 9. srpnja 1967. objavljen je u "Službenom listu" Republike Italije br. 191. od 31. srpnja 1967., s naznakom L.9.lug. 1967. n. 589. *Instituzione dell'Ente autonomo del porto di Trieste*, u kojemu izričito piše "Esso e ente pubblico economico".

svojim infrastrukturama, lučkom mehanizacijom, vezovima, skladištima i željezničkim kolosijecima dato na upravljanje Javnom poduzeću luke Trst.

Ovome poduzeću je spomenuti zakon dao u zadatak i nadležnost brojne poslove, koje ćemo ovdje sumarno prikazati, a prema zakonskom tekstu u kojem se ističe slijedeće:

- proučavanje, unapređivanje i poduzimanje radnji u suglasnosti s određenim organima državne administracije, a u okviru ekonomskog programa, kako regionalnog tako i nacionalnog: poduzimanje akcija za omogućavanje razvoja prometa u tršćanskoj luci, kako nacionalnog tako i internacionalnog: razvoj trgovačkog i industrijskog dijela izvan luke, ali u svezi s lučkim prometom,

- izrada, predlaganje i usuglašavanje plana/programa sa pokrajinskim i lokalnim ustanovama, te organizacija upotrebe područja i projekata regulacije luke na bazi i u skladu s ekonomskim planom razvoja pokrajinskog i nacionalnog razvoja luke, sa prioritetom izvođenja novih radova i instalacija,

- upravljanje u okviru vlastitoga prostora pomorskim javnim dobrom, uključivši i dio mora koji ga okružuje, s time da se poštuju propisi predviđeni "Zakonom o plovidbi" (Codice della navigazione, 1942.), a svi ugovori o koncesiji koji traju duže od 15. god. trebaju biti prihvaćeni od strane Ministarstva trgovačke mornarice,

- razvijanje funkcija koje važeći propisi u odnosu na rad u lukama propisuju nadležnim osobama ureda za lučki rad i zapovjednicima luka (kapetanima) s asistencijom jednog savjetnika za rad s ovlastima za regulaciju rada i za određivanje tarifa, kako u odnosu na radnike tako i u odnosu na poduzetnike u skladu s važećim normama,

- briga za funkcioniranje željezničkih instalacija u okviru svog teritorija kao i odgovarajuće uzdržavanje i izvršenje funkcije u skladu s posebnim dogovorom s upravom državnih željeznica na čiji teret padaju odgovarajući troškovi, a na bazi važećih propisa,

- unapređivanje i poboljšanje saobraćajnica cestovnog i željezničkog prometa, između luke i zaleđa (nacionalnog i internacionalnog), u skladu s državnim organima i poboljšanje opremljenosti željezničke infrastrukture u okviru luke,

- briga i direktno upravljanje s mehanizacijom za utovar i istovar robe kao i za kretanje robe općenito; upravljanje putničkom obalom (stanice za ukrcaj putnika),

- briga za rad skladišta za odlaganje robe, iako su pod režimom slobodnog skladišta, kao i za javna skladišta luke Trst poštujući pomorske i carinske propise,

- sklapanje s organima uprave (centralnim upravnim organima) odgovarajućih ugovora za povlaštene tarife u prijevozu osoba i stvari putem aviona, željeznice ili cestom, a koje su u interesu luke Trst,

- sakupljanje, obrađivanje i objavljivanje podataka i vijesti koje se odnose na život i promet u luci,

- upravljanje fondovima i datim prihodima luke,

- briga za potrebna novčana sredstva za vršenje gore navedenih zadataka, osim za usluge vode, čišćenja i rasvjete, za uzdržavanje javnog pomorskog dobra, a koji ostaju na teret "Ureda za javne radove" kao i s izuzetkom troškova za izvršenje željezničkog

prometa u luci (operacije ticanja, manevriranja željezničkih vagona, održavanje i rasvjeta željezničkih postrojenja) koji idu na teret uprave željeznice,

- koordiniranje akcija javnih poduzeća, ureda, udruženja i privatnih poduzeća koji su vezani i vrše određene aktivnosti koje su od interesa za luku,

- preuzimanje i vršenje poslova u nadležnosti Poduzeća javna skladišta luke Trst (MAGAZZINI GENERALI DI TRIESTE),

- briga za sve što nije specificirano u prethodnim točkama, a može biti od koristi za izvršenje zadataka poduzeća luke Trst.

Za izvršenje prikazanih zadataka poduzeće ostvaruje prihode iz doprinosa određenih subjekata utvrđenih zakonom (države, pokrajine, općine Trst, Komore za trgovinu, industriju, poljoprivredu i zanatstvo, te ostalih subjekata na koje upućuje zakon), naknada koje plaćaju poduzeća koja imaju koncesiju na javno pomorsko dobro, taksa koje plaćaju putnici u pomorskom prometu, specijalnih lučkih taksa i super taksa propisanih posebno, iznosa naplaćenih za potvrde, isprave ili dokumente koje izdaje poduzeće, imovine poduzeća od nasljedstva, poklona i dobrovoljnih priloga, te drugih izvora koji nisu izričito navedeni. Ako prikazanim načinom ostvarivanja prihoda poduzeće posluje s gubitkom, onda država iz državnog proračuna pokriva negativni saldo iz poslovanja.

Organi upravljanja Javnim poduzećem jesu:

1. predsjednik i potpredsjednik,
2. administrativni savjet,
3. upravni odbor,
4. nadzorni odbor.

Predsjednik i potpredsjednik su najviši državni funkcioneri u Javnom poduzeću. Predsjednika imenuje Predsjednik Republike Italije na prijedlog ministra Ministarstva trgovačke mornarice i s mišljenjem pokrajinske vlade Friuli – Venezia Giulia. Njegov zamjenik je potpredsjednik, koji pomaže predsjedniku i zamjenjuje ga u njegovoj odsutnosti ili spriječenosti. Potpredsjednik je po zakonu zapovjednik lučke kapetanije Trsta (lučki kapetan). Dužnosti i zadaci predsjednika propisani su zakonom.¹²

Administrativni savjet imenuje Ministar trgovačke mornarice, a čine ga:

- predsjednik poduzeća,
- lučki kapetan,
- jedan predstavnik Ministarstva financija (Tesoro),
- jedan predstavnik Ministarstva javnih radova,
- jedan predstavnik Ministarstva trgovačke mornarice,

¹² Pored dužnosti prema Zakonu o osnivanju Javnog poduzeća predsjednik ima ovlasti i prema Zakonu o pomorskoj unutrašnjoj i zračnoj plovidbi. Vidi Zbornik zakona o pomorskoj unutrašnjoj i zračnoj plovidbi, Milano 1987., knjiga I, Poduzeća, mehanička sredstva i lučka skladišta, str. 719.

- šef carine Trst,
- direktor javnih željeznica Trst,
- glavni inženjer samostalne sekcije (građevinski inženjer) "GIENIO CIVILE", općinske uprave za pomorske objekte,
- jedan predstavnik državnog komesara u pokrajini Friuli – Venezia Giulia,
- tri predstavnika pokrajine Friuli – Venezia Giulia birani od skupštine pokrajina,
- gradonačelnik Trsta ili njegov opunomoćenik,
- gradonačelnik Muggie ili njegov opunomoćenik,
- predsjednici izvršnog vijeća provincije Trst, Udine i Gorizia ili njihovi opunomoćenici,
- predsjednici privrednih komora Trsta, Udina i Gorizie,
- dva predstavnika industrijalaca,
- jedan predstavnik slobodnog brodarstva,
- jedan predstavnik linijskog brodarstva,
- jedan predstavnik špeditera,
- jedan predstavnik pomorskih agenata i posrednika (brokera),
- jedan predstavnik trgovaca,
- dva predstavnika pomoraca,
- dva predstavnika lučkih radnika,
- tri predstavnika sindikalnih organizacija koje su najviše zastupljene u lučkim djelatnostima i službama.

Zakonom su propisani zadaci i nadležnosti administrativnog savjeta.

Upravni odbor čine njegovi članovi, a to su:

- predsjednik poduzeća,
- lučki kapetan
- tri predstavnika pokrajine Friuli – Venezia Giulia,
- gradonačelnik Trsta ili njegov opunomoćenik,
- predsjednik Komore za industriju, trgovinu, poljoprivredu i zanatstvo,
- glavni inženjer samostalne sekcije javnih radova u pomorstvu Trsta,
- direktor željezničkog čvora Trst,
- upravnik carinarnice Trst,
- četiri člana birana unutar administrativnog savjeta, od kojih dva iz sindikalne organizacije radnika najjače zastupljene u regiji i dva člana od predstavnika poduzetnika i korisnika luke.

Zadaci upravnog odbora propisani su zakonom.

Nadzorni odbor sastoji se od pet stalnih članova i dva člana zamjenika, koje dekretom određuje Ministarstvo trgovačke mornarice na prijedlog i iz sastava drugih ministarstava (financija, budžeta, javnih radova) i pokrajine Friuli – Venezia Giulia. Nadzorni odbor vrši provjeravanje ispravnosti rada administracije, knjigovodstva i financijskog poslovanja poduzeća. Posebni nadzor nad financijama javnog i državnog poduzeća vrši jedan specijalni sud koji se zove "CORTE DEI CONTI".

Predsjednik je najviši organ upravljanja poduzeća koga predstavlja pred zakonom, vrši nadzor nad njegovim poslovanjem i saziva druge organe upravljanja. Tako se po njegovom sazivu redovito sastaje administrativni savjet četiri put godišnje, a upravni odbor dva puta mjesečno. Iz sastava administrativnog savjeta naprijed opisanog može se vidjeti važnost koju zakon pridaje tome organu. To isto vrijedi i za upravni odbor čiji je prvi član predsjednik poduzeća. Sjednice i sastanci administrativnog savjeta i upravnog odbora nisu valjani, odnosno ne mogu donositi pravovaljane odluke, ako na njima ne prisustvuje najmanje polovica njihovih članova.

Sve odluke administrativnog savjeta moraju se podnositi na verifikaciju Ministarstvu trgovačke mornarice. Odluke koje su podložne suglasnosti ministarstva postaju izvršne čim ih ministarstvo prihvati. Ministarstvo trgovačke mornarice može kad hoće, uz suglasnost i na traženje ostalih ministarstava (financija, javnih radova) izvršiti inspekciju poslovanja svakog dijela poduzeća. U poslovanju poduzeća moraju se poštivati ne samo odredbe Zakona o utemeljenju poduzeća, nego i odredbe Plovidbenog zakona (Codice della navigazione) i drugih zakonskih propisa vezanih za materiju luke i lučkih djelatnosti.

Pored navedenih organa upravljanja u Javnom poduzeću luke Trst postoji generalni direktor, koji rukovodi svim službama u poduzeću i prisustvuje sjednicama administrativnog savjeta i upravnog odbora.

Ako generalni direktor poduzeća i spomenuti organi upravljanja ne poštuju Zakon o osnivanju poduzeća, ili onemogućuju njegovo funkcioniranje i uredno poslovanje, može doći do raspuštanja uprave poduzeća. Raspuštanje uprave određuje se dekretom predsjednika Republike na prijedlog Ministarstva trgovačke mornarice i odluke Vlade uz prethodnu konzultaciju državnog savjeta. Do formiranja nove uprave lukom (poduzećem) upravlja izvanredni državni povjerenik (COMMISSARIO STRAORDINARIO), koji ima sve ovlasti upravnog odbora i administrativnog savjeta, te druge dužnosti koje mu pri postavljanju namijeni Ministarstvo trgovačke mornarice.

Luka Trst je klasificirana u I. klasu druge kategorije talijanskih luka.¹³12

Prvu kategoriju čine vojne luke, a u drugu kategoriju spadaju sve trgovačke luke koje se dijele u 4 klase među kojima su u prvoj klasi luke od općeg nacionalnog interesa, koje se nalaze na glavnim pomorskim saobraćajnim pravcima.

Tršćanska luka je po nacionalnim zakonima otvorena za međunarodni pomorski promet, koja ima međunarodni režim slobodne luke kakav je u Evropi priznat još jedino

¹³ Podaci iz diplomskog rada Helene Međimorec, Pravni fakultet, Rijeka 1993.

luci Hamburg.¹⁴ Evropska ekonomska zajednica povlašteno tretira luku Trst kao slobodnu luku (PORTO FRANCO), koji tretman priznaje i luci Hamburg. Međunarodno pravni položaj luke Trst definiran je Mirovnim ugovorom u Parizu 1947. Aneksom VIII. Ugovora utvrđen je status tršćanske luke kao slobodne luke. Na temelju pariškog ugovora i kasnijih međunarodnih sporazuma (Londonski memorandum 1954, instrumenti EEZ) talijanska vlada (država) je obvezna provoditi u tršćanskoj luci režim slobodne luke.

Status slobodne luke daje tršćanskoj luci velike prednosti, u odnosu na druge luke, jer su pogodnosti značajne za promet robe posebno u tranzitu, što je i glavina ukupnog prometa tršćanske luke. Njezin je međunarodno pravni položaj posebno usmjeren na zemlje u zaleđu i zemlje srednje Europe, kojima je data mogućnost korištenja tršćanske luke kao najpovoljnije za njihovo gospodarstvo i međunarodnu trgovinu. To se prije svega odnosi na one pogodnosti koje njihova roba iz uvoza ili izvoza odnosno tranzitna roba uživa u luci, koja je eksteritorijalna u carinskom smislu i nalazi se izvan teritorija talijanske carine.

Pored odvijanja operacija ukrcaja, iskrcaja, prekrcaja, uskladištenja i manipuliranja robom uz minimalne administrativne formalnosti i odsutnost svake kontrole carinskih vlasti, naročito za robu određenu za reeksport, takvoj su robi namijenjena posebna skladišta u tršćanskoj luci. Već postoje u području tršćanske luke stalna skladišta za aluminij, metale osim željeza, kaučuk, celulozu, kavu, drvo, naftu i mineralna ulja, te porculan i keramiku, a za druge robe ne postoje nikakva ograničenja za otvaranje stalnih skladišta. U njima se uskladištavaju sirovine i robe, gdje se za njih očekuje povoljnije tržište i plasman u zemlje centralne i južne Europe.

U područje tršćanske slobodne luke (PORTO FRANCO) uključena je i "Slobodna carinska industrijska zona" (PUNTO FRANCO INDUSTRIALE DI TRIESTE). Industrije koje u normalnom carinskom režimu poslovati ekonomično ne bi mogle, ostvaruju tu mogućnost u Industrijskoj zoni gdje se prerađuju, dorađuju i obrađuju sirovine i robe iz uvoza namijenjene izvozu i reeksportu. Za industrijska poduzeća smještena u slobodnoj industrijskoj zoni predviđene su olakšice i povlastice, koje idu za smanjenjem ili potpunim oslobađanjem carinskih obveza i lučko-transportnih troškova.

Pravni režim tršćanske luke utvrđen posebnim zakonom za luku Trst obuhvaća djelatnosti koje obavljaju institucije državne uprave predviđene Zakonom o pomorskoj, unutrašnjoj i zračnoj plovidbi (Codice della navigazione), te brojnim pratećim propisima toga zakona. To su Ured lučkih radnika i Lučka kapetanija. Zakon propisuje postojanje Ureda lučkih radnika pri lučkim kapetanijama, pa je zato časnik lučke kapetanije na čelu Ureda kojega ustanovljuje Ministarstvo trgovačke mornarice.

Uredi lučkih radnika uspostavljaju se u talijanskim lukama na temelju propisa iz Plovidbenog zakonika (Codice della navigazione) koji u glavi IV. govori o lučkom radu i lučkim radnicima. U članu 108. Zakona pod naslovom "Disciplina lučkih operacija" govori

¹⁴ Vidjeti Giorgio Conetti, *Il regime internazionale del porto franco di Trieste*, Trst 1989. s tekstom dokumentacije.

se o disciplini i nadzoru operacija utovara i istovara, prekrcaja i uskladištenja robe, a u članu 109. o Uredu lučkih radnika koji vodi registar lučkih radnika i poduzeća za lučke operacije.

U poduzećima za lučke operacije zaposleni su radnici koje Plovidbeni zakon svrstava u kategoriju "osoblje pogodno za lučke usluge" (Il personale addetto ai servizi dei porti).¹⁵ To su piloti, lučki radnici, ronioci u luci, voditelji čamaca i privezivači, koji u lučkom radu zauzimaju poseban položaj, tretiraju se kao posebna profesija (lučki radnici) i po zakonu su izjednačeni s pomorcima na brodu.

Disciplinu lučkog rada i radnika u vršenju lučkih operacija uređuju prateći propisi Plovidbenog zakona,¹⁶ koji je organizaciju i nadzor lučkog rada povjerio Uredu za lučki rad. Za upravljanje i kontrolu rada toga ureda zakon predviđa formiranje "Savjeta lučkog rada" kojim predsjedava direktor Ureda za lučki rad, a u koji ulaze još direktor biroa rada provincije, direktor ureda provincije za trgovinu i industriju, šef lokalne carine, tri predstavnika lučkih radnika i tri predstavnika poslodavaca. Važnost lučkog rada i specifičnosti lučkih radnika, njihov pravni i ekonomski položaj nalaze odraz u posebnoj pravnoj regulativi i zakonskim ustanovljenjem centralnog tijela za lučki rad u okviru Ministarstva trgovačke mornarice.¹⁷

U provođenju i primjeni pravnog režima tršćanske luke posebno mjesto pripada Lučkoj kapetaniji, koja u životu luke Trst ima vrlo važnu ulogu. Pored uobičajenih nadležnosti iz sigurnosti plovidbe i pomorske vlasti nad lukom kao transportnim kompleksom, lučka kapetanija je prisutna u svim organima luke koji obavljaju privrednu djelatnost, a također ima ingerencije u organizaciji i radu lučkih radnika i ostalih sudionika u lučkom poslovanju.

Organizacije lučke kapetanije je poluvojnička. Na čelu kapetanije i u kapetaniji su oficiri ratne mornarice koje postavljaju i unapređuju dva ministarstva zajednički, a to su Ministarstvo trgovačke mornarice i Ministarstvo obrane. Lučka kapetanija vrši zato i poslove iz vojne sigurnosti kao npr. predregrutaciju i regrutaciju za pomorce, vode spisak pomoraca kao rezervnih vojnih obveznika, brinu se o obrani i vojnoj organizaciji svoga teritorija i slično.

Već je spomenuto da je lučki kapetan potpredsjednik Javnog poduzeća luke Trst. I u drugim lučkim poduzećima i djelatnostima lučka kapetanija ima ingerencije organa pomorske vlasti. Tako u poduzećima za opskrbu i bunker brodova, tegljenje i spašavanje, popravak brodova, lučko-transportne djelatnosti, održavanje luke, obala i skladišta, te cijele lučke infrastrukture.

RIJEČKA LUKA

¹⁵ Plovidbeni zakon (Codice della navigazione) u članku 114. razlikuje tri kategorije osoblja u pomorstvu: 1. pomorci, 2. osoblje pogodno za lučke usluge i 3. osoblje tehničke brodogradnje.

¹⁶ Ulrico Hoepli, Codice della navigazione maritime, interna e aerea, Milano, 1970. str. 174, 175 i 406.

¹⁷ Taj centralni organ na razini cijele države zove se Comitato centrale del lavoro portuale.

Riječka luka je od početka njezine izgradnje kao moderne trgovačke luke prije sto i više godina slijedila sudbinu tršćanske luke sve do iza drugog svjetskog rata. Naime, u vrijeme gospodarskog procvata općenito i u pomorstvu posebno, tršćanska i riječka luka nalaze se u zajedničkoj državi Austro-Ugarskoj Monarhiji koja je Trst namijenila razvoju prekomorske trgovine Austrije, a Rijeku trgovini Mađarske. Tome cilju bila je usmjerena izgradnja tršćanske i riječke luke, njihovih lučko transportnih kapaciteta i lučkih skladišta. Do početka prvog svjetskog rata tršćanska i riječka luka imale su približno jednak promet robe i dobara, koji se u riječkoj luci vrtio oko cifre od 3 milijuna tona. Tijekom prvog svjetskog rata obje luke bile su više ratne nego trgovačke luke, a nakon propasti Austro-Ugarske Monarhije iza 1918. godine riječka luka dopijeva pod upravu talijanske države i režim talijanskih luka u Italiji. Nakon drugog svjetskog rata Rijeka je vraćena Hrvatskoj u sastavu bivše Jugoslavije s mirovnim ugovorom u Parizu 1947. godine, od kada razvija svoje poslovanje u režimu trgovačke luke otvorene za međunarodni promet.

O režimu riječke luke autor ovoga osvrtu pisao je prije deset godina.¹⁸ Od tada do današnjih dana riječka luka prolazi kroz dramatične transformacije i statusne promjene, izdvajanja nekih lučkih službi i djelatnosti u posebna poduzeća ili pak pripajanja i spajanja poduzeća lučkih djelatnosti. O tome i drugim pitanjima režima riječke luke, aktualiziranih u Republici Hrvatskoj nakon osamostaljivanja hrvatske države, bit će govora na ovome mjestu.

Republika Hrvatska provodi postupak izmjene cijelog pravnog sustava države donošenjem brojnih zakona, među kojima su u fazi konačnog usvajanja i zakoni iz pomorskog zakonodavstva. U novom pomorskom zakonodavstvu primarno mjesto imaju zakoni koji reguliraju pravni položaj, režim i poslovanje trgovačkih luka, što ćemo prikazati nastavno u daljnjem tekstu. Za sada, dok ne stupe na snagu novi zakonski propisi Republike Hrvatske, važe i primjenjuju se zakoni, koje je Hrvatske preuzela iz saveznog zakonodavstva SFR Jugoslavije. Osnovne zakonske propise, koji se tiču režima trgovačkih luka ili ga propisuju, sadrže preuzeti zakonski akti među kojima je svakako na prvom mjestu i najvažniji Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (Službeni list SFRJ br. 22/1977). Važniji naravno od preuzetih propisa iz saveznog zakonodavstva su hrvatski ili bivši republički zakoni Hrvatske, koji će biti na snazi do stupanja na snagu novih zakona Republike Hrvatske. Spomenuti ćemo ovdje najvažnije, a to su:

1. Zakon o pomorskom i vodnom dobru, lukama i pristaništima (Narodne novine br. 19/74, s kasnijim izmjenama i dopunama),
2. Zakon o sigurnosti plovidbe na moru i unutrašnjim vodama (Narodne novine br. 40/78),
3. Zakon o pomorskom peljarenju (Narodne novine br. 15/74),
4. Pravilnik o održavanju reda u lukama i pristaništima te na ostalim dijelovima obalnog mora i unutrašnjim plovničkim putevima (Narodne novine br. 23/75),

¹⁸ Vinko Hlača, *Režim riječke luke*, Zbornik PFR 4/1983. str. 323-347.

5. Pravilnik o rukovanju opasnim tvarima u lukama i pristaništima (Narodne novine br. 2/83).

Propisi autonomnog karaktera koji zadiru u režim riječke luke jesu normativni akti poduzeća "Luka" Rijeka i lučke uzance riječke gospodarske komore. Normativni akti poduzeća "Luke" koji su na snazi jesu: 1. Opći uvjeti poslovanja, 2. Pravilnik o redu u "Luci" Rijeka i 3. Pravilnik o koordinaciji i planiranju. Riječke lučke uzance utvrdila je Privredna komora Rijeka 1982. godine od kada su na snazi nakon objavljivanja u službenom glasilu ("Službene novine Rijeka" br. 16/1982).

Pravni osnov za autonomno reguliranje režima riječke luke jesu propisi Zakona o pomorskom i vodnom dobru, lukama i pristaništima. Glavni korisnik luke dužan je prema članku 33. toga Zakona utvrditi red u luci, uvjete poslovanja za korištenje luke i tarife lučkih naknada i usluga. U smislu ovoga zakonskog propisa poduzeće "Luka" donijelo je spomenute normativne akte kojima se uređuju brojna pitanja režima riječke luke, koji se tiču reda u luci, korištenja usluga luke i poslovanja s "Lukom". Kao poduzeće "Luka" je glavni korisnik riječke luke sa zakonskim ovlaštenjem za autonomno reguliranje režima luke u pitanjima koja nisu uređena nacionalnim i međunarodnim propisima.¹⁹

Autonomna regulativa riječke luke sadrži propise imovinskopravnog i upravnopravnog karaktera. Propisi koje sadrže Opći uvjeti poslovanja reguliraju ugovorne odnose naručitelja lučkih usluga i "Luke" kao davaoca tih usluga. To su propisi pretežno imovinskopravnog karaktera, ali u Općim uvjetima ima i odredaba upravnopravnog karaktera kao što su odredbe o pridržavanju reda u luci (čl. 7), postupku sa specijalnim teretima (čl. 19) i sl. Najveći dio propisa upravnopravnog karaktera, koji zapravo spadaju u domenu režima riječke luke, sadrže Pravilnik o redu u "Luci" Rijeka, te Pravilnik o koordinaciji i planiranju, koji su sastavni dio Općih uvjeta poslovanja "Luke".

Pravilnik o redu u "Luci" Rijeka je posebni propis (*lex specialis*) u odnosu na propise Pravilnika o održavanju reda u lukama i pristaništima te na ostalim dijelovima obalnog mora i unutrašnjim plovnim putevima (*lex generalis*). Propisi Pravilnika o redu u luci su upravnopravnog karaktera po kojima poduzeće "Luka" ima pravo i dužnost održavati red u luci, kojom i upravlja, a lučka kapetanija provodi nadzor nad primjenom propisa o redu i radu u luci kako onih posebnih (*lex specialis*) tako i općih propisa (*lex generalis*). Specijalni propisi iz Pravilnika o redu u luci reguliraju i razrađuju uvjete prometa brodova u luci kroz slijedeća pitanja:

1. najava dolaska i odlaska broda,
2. red na sidrištu,
3. pilotaža brodova,

¹⁹ Kad se govori o nacionalnim propisima misli se na domaće pozitivne zakone, a kada o međunarodnim propisima misli se na konvencijske propise npr. Konvencije o olakšicama u međunarodnom pomorskom prometu, London 1965.

4. tegljenje brodova,
5. vezivanje brodova u luci,
6. namjena vezova,
7. premještaj i micanje broda u luci,
8. boravak broda na vezu,
9. opskrba brodova gorivom,
10. usluge brodovima u luci.

Posebne odredbe Pravilnika o redu u luci reguliraju željeznički promet, a tiču se korištenja lučkih kolosijeka i skretnice, manevriranje vagonima i praćenje kompozicija vagona kroz lučko područje. Slične odredbe u Pravilniku reguliraju cestovni promet u luci, kretanje osoba, rukovanje opasnim teretima, popravak brodova u luci, obavljanje dezinfekcije, deratizacije brodova, komunikaciju brodova preko obalne radiostanice i telefonske centrale u luci.

U lučkom poslovanju za sve naprijed opisane radnje i operacije u luci koristi se dokumentacija koju propisuje Pravilnik o redu u luci. Kruženje te dokumentacije i upotreba svih propisanih dokumenata detaljno se razrađuju u spomenutom Pravilniku. Također se u Pravilniku spominje i slobodna carinska zona na lučkom području u kojoj se primjenjuju posebni propisi o carinskom nadzoru i olakšicama u carinskom postupku.

Drugi Pravilnik koji zadire u pitanja režima riječke luke je Pravilnik o koordinaciji i planiranju, kojim se utvrđuju način i uvjeti usklađivanja svakodnevnih zahtjeva naručitelja lučkih usluga i njihovog izvršenja. Po tom pravilniku subjekti koordinacije i planiranja su predstavnici "Luke", agenti brodara, špediteri i drugi naručitelji lučkih usluga, željeznički i cestovni prijevoznici, te predstavnici lučke kapetanije Rijeka.

Pravilnikom se koordinacije definira kao sastanak na kojem se spomenuti subjekti svakodnevno sporazumijevaju o načinu i vremenu izvršenja lučkih usluga i lučko-transportnih poslova uz prisustvo predstavnika lučke kapetanije, koja nadzire sigurnost plovidbe i red u luci. Planiranjem se utvrđuje dnevni operativni plan između "Luke", naručitelja lučkih usluga i transportnih poduzeća željezničkog i cestovnog prometa, po kojemu se određenog dana izvršavaju zaključeni poslovi u svim smjenama.

Opći uvjeti poslovanja "Luke" sadrže zajedničke odredbe za slagačke poslove, skladišne poslove, lučko-transportne poslove za tekuće terete i opasne terete, te za tegljenje brodova u luci. Lučko tegljenje i peljarenje brodova u riječkoj luci, koje je pripadalo djelatnosti poduzeća "Luka", kao dio poduzeća izdvojilo se u posebno poduzeće "Jadranski pomorski servis". To je poduzeće za usluge u pomorskom prometu, naročito lučkom, i druge poslove u okviru djelatnosti za koju je poduzeće registrirano. One maritimne usluge koje obavlja poduzeće Jadranski pomorski servis, a to su tegljenje brodova, peljarenje, privez i odvez brodova, spašavanje na moru i vađenje potonulih stvari, obuhvaćene su pravnim režimom luke. No i druge lučke usluge za koje je registrirano poduzeće, kao što su prihvat i oprema brodova, pretovar brodova, opskrba

brodova vodom, parom i gorivom, ronilački i drugi podvodni radovi u luci, obavljaju se u režimu riječke luke.

Dio autonomne pravne regulative koja se tiče režima luke u Rijeci sadrže Lučke uzance. Riječke lučke uzance su pisani poslovni običaji riječke luke, koje imaju snagu pravnih pravila mjerodavnih za ono operativno lučko poslovanje, koje nije regulirano općim propisima ili pravilima koje nudi Opći uvjeti poslovanja luke.²⁰ Naime, pravila Općih uvjeta su generalna ponuda za zaključenje ugovora u lučkom poslovanju, u kojima se upućuje na Lučke uzance, koje treba primijeniti u svim slučajevima koji nisu predviđeni Općim uvjetima. Riječke lučke uzance reguliraju pitanja režima luke u svezi s dolaskom i boravkom broda u luci, vezivanjem brodova u luci, spremnosti broda, odlaskom broda, sprečavanja zagađenja luke, raspromom i remontom broda. O remontu ili popravku broda u luci odnosno remontnom brodogradilištu treba nešto posebno reći s obzirom na činjenicu, da u riječkoj luci postoji remontna luka u kojoj se vrše popravci brodova, ali su mogući i lučki popravci brodova, koji se izvode u trgovačkoj luci na vezovima uz obalu, a ne u remontoj luci.

Riječka luka je trgovačka luka otvorena za međunarodni promet na čijem području važi međunarodni pravni režim. Taj se režim proteže i na remontnu luku u kojoj obavlja popravke brodova remontno brodogradilište "Viktor Lenac". Iako je brodogradilišna luka posebna luka, koja služi brodogradilištu u kojemu se grade brodovi, gdje ne važi režim luke javnog prometa otvorene za međunarodni promet, to nije tako u brodoremontnoj luci gdje se popravljaju brodovi koji vrše prijevoz robe i putnika u međunarodnom prometu.²¹ Po našem mišljenju brodoremontna luka koja se nalazi na lučkom području trgovačke luke otvorene za međunarodni promet, ima također režim luke otvorene za međunarodni pomorski promet, jer u remontnu luku dolaze na popravak ili preinaku brodovi iz međunarodne plovidbe. To znači drugim riječima, da na remontnu luku koja je locirana u luci i integrirana s lukom u njezinoj prometnoj, industrijskoj i trgovačkoj funkciji, primjenjuje se pravni režim koji važi za javnu luku međunarodnog prometa. Tako brodoremontno brodogradilište mora prema načelima međunarodnog režima luka dozvoliti ulazak brodovima u brodoremontnu luku radi popravka, te pružiti jednak tretman brodovima u brodoremontnoj luci.

Izuzetno mjesto u režimu trgovačke luke imaju pomorski organi uprave u sastavu Ministarstva pomorstva, prometa i veza Republike Hrvatske. Prvo mjesto u tome režimu ima lučka kapetanija, koja je prvenstveni pomorski upravni organ u svim upravnim poslovima kao što su vođenje raznih evidencija i knjiga (upisnici brodova i čamaca), vođenje upravnog postupka i radnji u upravnim stvarima, vođenje postupka za pomorske prekršaje i dr. Ipak, najvažnija funkcija lučke kapetanije sastoji se u obavljanju inspeksijskih poslova sigurnosti plovidbe, koje u luci neposredno obavljaju inspektori sigurnosti plovidbe zaposleni u lučkoj kapetaniji. Zakonom su propisani poslovi lučke

²⁰ Detaljnije o lučkim uzancama Vinko Hlača, Lučke uzance, "Pomorski zbornik" 21/1983. str. 253-271.

²¹ O tome detaljnije Vinko Hlača, Luke za posebne namjene u lukama otvorenim za međunarodnim pomorski promet. "Uporedno pomorsko pravo i pomorska kupoprodaja", 100/1983. str. 115-122.

kapetanije kao organa inspekcije sigurnosti plovidbe na moru. U izvršenju tih poslova lučka kapetanija provodi inspekcijski nadzor nad:

1. brodovima u pogledu njihove sposobnosti za plovidbu provjerom njihovih isprava i stvarnog stanja,
2. stanjem operativnih obala, lukobrana i dubina na vezovima u luci,
3. plovnim putovima u pogledu dubine i širine plovnog puta,
4. članovima posade broda u pogledu njihovih kvalifikacija i ovlaštenja za službu na brodu,
5. prijevozom osoba i stvari u pogledu zaštite ljudskih života i imovine na brodu,
6. radio-službom koja služi sigurnosti plovidbe,
7. provođenjem međunarodnog režima luke u skladu s međunarodnim obvezama države i stanjem luke u pogledu udovoljavanja uvjetima za sigurnost plovidbe.

Uz druge inspekcijske poslove koji su pored spomenutih u nadležnosti lučke kapetanije, a tiču se sigurnosti plovidbe u luci, lučka kapetanija vrši nadzor nad održavanjem reda u luci prema Zakonu o pomorskom i vodnom dobru, lukama i pristaništima, te pratećim propisima uz taj zakon. To su propisi Pravilnika o održavanju reda u lukama i autonomni propisi riječke luke, doneseni na temelju zakonskih propisa spomenutog i drugih zakona.²²

Na kraju, ali možda najvažnije za čovjekovu okolinu, valja spomenuti poslove lučke kapetanije u primjeni propisa o zaštiti mora od zagađivanja. Posljedica zagađivanja mora i morskog okoliša u području trgovačke luke rezultiraju štetama, koje mogu ugroziti sve lučke funkcije, biološki svijet u moru i morski okoliš. Postupak utvrđivanja štete (ekološka šteta na moru i u luci) i akciju otklanjanja zagađenja vodi lučka kapetanija.²³ Informacije o zagađenjima, zato, moraju se dostavljati lučkoj kapetaniji kojom upravlja lučki kapetan, koji rukovodi akcijom otklanjanja zagađivanja.

U prikazanim funkcijama korisnika riječke luke, ponajprije poduzeća "Luka" i organa pomorske uprave lučke kapetanije, jasno se vidi položaj tih subjekata u režimu luke koji utvrđuju norme međunarodnog prava i domaćih zakona. U režimu riječke luke otvorene za međunarodni promet djeluju uz organe pomorske uprave i drugi državni organi, koji provode nadzor nad poslovanjem luke i lučkim prometom. To su carinski organi i sanitarni organi i policijski organi, koji u riječkoj luci koja je granični prijelaz za međunarodni promet i prekomorsku trgovinu, vrše nadzor nad prijevoznim sredstvima, robom, putnicima i drugim osobama, koje preko graničnog prijelaza na moru ulaze u našu zemlju ili izlaze iz zemlje.

²² Preuzeti propisi Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (Narodne novine br. 53/91)

²³ Detaljnije o tome Vinko Hlača, Problemi zagađivanja mora u trgovačkim lukama s posebnim osvrtom na Riječku luku, Zbornik PFR, 11/1990. str. 239-257.

NOVO ZAKONODAVSTVO

Zanimljive su gotovo identične okolnosti u kojima se pripremaju novi zakoni u pomorskom zakonodavstvu Italije i Hrvatske za trgovačke luke, koje posluju u međunarodnom pravnom režimu morskih luka na Sjevernom Jadranu. U susjednoj Italiji su ti novi zakonski propisi koji se nalaze u zakonodavnom postupku proizašli iz zahtjeva Europske ekonomske zajednice, čiji Sporazum sadrži takve odredbe o lučkom radu s kojima se moraju uskladiti kolidirajući propisi o lučkom poslovanju iz talijanskog Plovidbenog zakonika. Novo pak hrvatsko zakonodavstvo u kojemu pomorsko zakonodavstvo ima zapaženu i posebnu ulogu, mora ubrzano slijediti prilike i potrebe Republike Hrvatske proizašle iz osamostaljivanja države i uspostave državnog suvereniteta Republike Hrvatske na hrvatskom dijelu Jadranskog mora.

Od talijanske države zatraženo je da uskladi svoje nacionalno zakonodavstvo s onim koje važi u Europskoj ekonomskoj zajednici za morske luke, u kojima se moraju provesti načela o slobodnoj tržišnoj utakmici u lučkom poslovanju i europski normativi u lučkom radu. Na tim načelima izgrađeni su novi zakonski propisi u lučkoj djelatnosti za talijanske luke, koji su u pripreмноj fazi donošenja, pa se mogu ovdje samo toliko prikazati koliko traži jedan komparativni osvrt na tršćansku i riječku luku.

Novi zakonski propisi u lučkoj djelatnosti ne diraju u Autonomno (javno) poduzeće luke Trst (L'Ente autonomo del porto di Trieste) koje posluje kao samostalna lučka privredna i upravna organizacija, ali predviđaju djelovanje i nadležnosti u lučkom poslovanju za organe lučke uprave (autorita portuali) i pomorske uprave (autorita marittime), pod direktnim nadzorom Ministarstva pomorstva. Prema tim novim propisima koji se predlažu Lučka uprava vršit će nadzor nad izvršenjem lučkih djelatnosti ukrcaja, iskrcaja, prijevoza, uskladištenja i premještaja robe, te svega u svezi s tim operacijama kao i popratnim djelatnostima, te nadzor nad pravilnošću primjene tarifa za navedene lučke djelatnosti od strane poduzeća koje ih obavljaju. Obavljanje ovih djelatnosti podliježe autorizaciji odnosno dobivanju ovlaštenja od strane Lučke uprave. Takvo ovlaštenje mogu dobiti poduzeća koja ispunjavaju propisane uvjete, a to su:

1. rješenje o opisu u registar poduzeća ili ispravu jednake vrijednosti za poduzeća koja pripadaju državama članicama EEZ,
2. tehničko-organizacijsku ekipiranost odgovarajuće veličine i vrste za izvođenje lučkih operacija,
3. financijsku sposobnost i odgovarajući kapital,
4. profesionalnu radnu snagu koja odgovara zahtjevima lučkog poslovanja.

Kod izdavanja ovlaštenja lučkim poduzećima Lučka uprava (ili Pomorska uprava) mora voditi računa o veličini lučkog prometa, te broju poduzeća koja žele poslovati u luci, a također mora paziti da se svima garantira jednaka konkurentnost u poslovanju. Privredna dobra, akvatoriji i bazeni u lučkom području koji su namijenjeni utovaru, istovaru i uskladištenju robe, te aktivnostima vezanim za putnički promet i uslugama vezanim uz industriju i trgovinu u luci daju se putem koncesije na iskorištavanje lučkim poduzećima, a putem javnog natječaja propisanog posebnim dekretom Ministarstva

pomorstva. Svrha nam je osigurati konkurentnost i jednake uvjete u poslovanju poduzeća, čije su tarife lučkih usluga i radova javne, te ih poduzeća moraju objaviti i dostaviti pomorskim vlastima odnosno Lučkoj upravi.

Poduzeće koje je dobilo koncesiju za određeno područje ili dobro mora isključivo obavljati djelatnost za koju je dobilo koncesiju, te ne mož u isto vrijeme imati koncesiju za neko drugo dobro i ne može obavljati lučke djelatnosti u ostalim područjima koja u nisu koncesijom dodijeljena. Poduzeće ovlašteno za obavljanje lučke djelatnosti, koje se upisuje u lučki registar kojega vodi Lučka uprava, mora položiti jednu godišnju naknadu ili kauciju u odnosu na investicije i djelatnosti koje će poduzeće izvoditi ili obavljati.

U prijedlogu novih pomorskih propisa za luke posebni tretmani i status imaju lučki radnici. Oni se u pretvorbi njihovih udruženja i grupacija lučkih radnika (npr. privezivači brodova i drugi) zapošljavaju u poduzećima lučkih djelatnosti, te se na njih više ne primjenjuju propisi Plovidbenog zakonika koji reguliraju radne odnose pomoraca i osoblja zaposlenih na brodovima, u plovidbi i u luci (članovi 108, 109, 110, 111, 112. i 116. Codice della navigazione). No njima i svim lučkim radnicima novi zakonski propisi garantiraju radnopravni status i radni odnos s novim poslodavcima, koji će se organizirati u lučka poduzeća.

Na kraju za Lučku upravu luke Trst, kao i u drugim lukama, vrijedi zakonsko pravila da je Lučka uprava javni organ Ministarstva pomorstva, pravna osoba koja ima vlastito financijsko poslovanje i upravljanje vlastitom imovinom i prihodima prema posebnom Pravilniku toga Ministarstva. Lučka uprava ima nadzor nad lučkim djelatnostima i poduzećima, ali ne i pravo sudjelovanja u obavljanju lučkih djelatnosti i poslovima lučke operative koju obavljaju poduzeća.

Lučka vlast odnosno lučka uprava (autorita portuale) osniva se prema izričitom zakonskom propisu u točno imenovanm lukama (među kojima je i tršćanska luka), a u drugim talijanskim lukama koje nisu poimenično spomenute u zakonu pomorske vlasti (autorita marittime) su oni subjekti (državni organi) koji se navode u Plovidbenom zakoniku, prvom naslovu, kao organi pomorske uprave (Degli organi amministrativi della navigazione, articoli 15, 16, 17 i 18.). To su prvenstveno lučke kapetanije i njima podređeni organi.²⁴

U novom hrvatskom zakonodavstvu pomorsko zakonodavstvo trenutno priprema dva zakonska projekta koji se tiču luka, a bili su kao nacrti zakona prezentirani javnosti. To su Pomorski zakonik i Zakon o lukama koji se nalaze u fazi usvajanja na Saboru. Na ovome mjestu ukazat ćemo u tim zakonima na novosti i one institute, koji su od posebne važnosti za međunarodni režim morskih luka na Jadranu, a naročito za riječku luku.

U prijedlogu Pomorskog zakonika nalazimo zakonsku definiciju luke koja je gotovo identična uvodno citiranoj definiciji Zakona o pomorskom i vodnom dobru, lukama i pristaništima, gdje se spominju pristaništa koje sada zakon ne definira kao luku. To iz razloga što su pristaništa riječne luke čije će odnose regulirati posebni zakon o

²⁴ D. Gaeta – G. Pescatore, Codice delle leggi sulla navigazione marittima, interna e aerea, III. edizione, Milano 1978., str. 27-28.

riječnoj (unutrašnjoj) plovidbi. Zakon o pomorskoj plovidbi je Pomorski zakonik u kojemu je za ovaj prikaz od posebnog značaja definicija luke otvorene za međunarodni promet koja glasi: "luka otvorena za međunarodni promet jest luka slobodna za pristup trgovačkih brodova svih zastava". U pravilu takve luke posjećuju brodovi koji obavljaju prijevoz robe i putnika u međunarodnoj plovidbi, odnosno koji vrše međunarodno putovanje, koje zakon definira ovako: "međunarodno putovanje jest putovanje brodom ili čamcem iz bilo koje hrvatske luke u stranu ili obratno."

Morska luka nalazi se na morskoj obali koja se smatra pomorskim dobrom, koje zakon definira kao opće dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, koje se upotrebljava ili iskorištava pod uvjetima i na način propisan zakonom. Režim pomorskog dobra uređuje zakon koji propisuje davanje koncesije za upotrebu ili korištenje pomorskog dobra. To se odnosi i na luke čija se upotreba ili korištenje odobrava fizičkim i pravnim osobama davanjem koncesije odnosno ovlaštenja za gospodarsko korištenje luke. Posebne zakonske odredbe o koncesijama propisuju uvjete, način i organe za davanje koncesije, kao i za njezino trajanje i prestanak. O izdanim koncesijama kao i pravima koja ima ovlaštenik koncesija vodi se poseban registar u organu Ministarstva nadležnom za pomorstvo. Taj će se registar vjerovatno voditi u lučkim kapetanijama.

Propisima o sigurnosti plovidbe u Pomorskom se zakoniku reguliraju luke kao element sigurnosti plovidbe na pomorskom plovidbenom putu. Zato se traži od poduzeća ili organa koji upravlja lukom da održava luku tako da osigurava sigurnu plovidbu odnosno primjenu propisa i uvjeta za sigurnost plovidbe u luci. To vrijedi za luke otvorene za javni promet kao i za luke posebne namjene.

Javne luke mogu biti otvorene za domaći i međunarodni promet.²⁵ U javnim lukama poduzeće ili organ koji upravlja lukom dužni su uz jednake uvjete omogućiti svakoj fizičkoj ili pravnoj osobi korištenje operativnih obala, lukobrana i drugih objekata u luci prema njihovoj namjeni i u granicama raspoloživih kapaciteta, ako zakonom nije drugačije određeno. Pomorski zakonik u pogledu korištenja luke otvorene za međunarodni javni promet usvaja načelo međunarodnog prava po kojemu su u lučkom prometu i plaćanju lučkih naknada strani brodovi izjednačeni s hrvatskim, uz uvjet uzajamnosti (načelo reciprociteta).

Pomorski zakonik propisuje posebne uvjete za dolaz stranog broda u luku i odlaska iz luke. Naročite pak, uvjete propisuje za strane nuklearne brodove koji imaju namjeru uploviti u hrvatsku luku otvorenu za međunarodni pomorski promet. Također i za strane brodove koji prevoze više od 2.000 tona ulja propisuje posebna osiguranja ili financijska jamstva za ekološku štetu koju mogu prouzročiti izljevom ulja. Bez tog financijskog jamstva ili osiguranja (odgovarajuće potvrde) brod ne može ulaziti niti izlaziti iz luka Republike Hrvatske, a niti u njima ukrcavati ili iskrcavati ulje.

Sve propise u svezi s uvjetima za sigurnost plovidbe i njihove primjene u lukama Pomorski zakonik daje u nadležnost lučkim kapetanijama. One brinu o uvjetima za provedbu sigurnosti plovidbe na plovnom putu i nadziru djelatnosti koje toj plovidbi

²⁵ Ivo Grabovac, *Pomorsko pravo*, Zagreb., str.22-25.

služe. Tako je od posebnog interesa za sigurnost plovidbe brodova u lučkom području peljarenje brodova, koje može obavljati samo poduzeće ovlašteno za obavljanje tih poslova. Lučko peljarenje je obvezno u onim lukama koje odredi Ministarstvo pomorstva.

Slična pravila o lučkom peljarenju vrijede i za lučko tegljenje. To su uslužne djelatnosti brodovima koji uplovljuju ili isplovljuju iz luke, te ih brodovi koriste radi vlastite sigurnosti i drugih u luci. Predmet su poslovanja obično jednog lučkog poduzeća, ali se peljarenje može obavljati i u okviru poslova lučkih vlasti u organizaciji državne uprave.

Na odredbe o novom pravnom režimu na pomorskom dobru koje su sadržane u prijedlogu Pomorskog zakonika nadovezuje se zadnji nacrt prijedloga Zakona o lukama. U ovom se zakonu određuje kategorizacija morskih luka, lučko područje, lučke djelatnosti i njihovo obavljanje, izgradnja i korištenje lučke opreme i uređaja, upravljanje lukom, financiranje lučke uprave, te način zaštite morskih luka od onečišćenja koje mogu prouzročiti brodovi u lučkom prometu.

Zakon o lukama definira lučko područje kao područje morske luke koje obuhvaća vodeni i kopneni prostor koji služi za obavljanje lučkih djelatnosti, a kojim upravlja lučka uprava ili drugo tijelo koje upravlja lukom. Na tom području važit će posebni pravni režim predviđen Zakonom kako u odnosu na upravljačka prava tijela koja upravljaju lukom, tako i u odnosu na vlasnička prava i obveze ovlaštenika za obavljanje lučkih djelatnosti i drugih involviranih subjekata u lučkom poslovanju.

Važno je naglasiti u svezi s obavljanjem lučkih djelatnosti u morskim lukama, a posebno novim pravnim režimom morskih luka, da se prijedlogom Zakona o morskim lukama razgraničuje uloga države u lučkom poslovanju od uloge privatnopravnih osoba kako u vlasničkopravnom tako i u upravničkom pogledu. To se posebno odnosi na pojedine vrste luka, čija se kategorizacija uvodi novim Zakonom o lukama.

Upravljanje lučkim područjem na kojem se nalazi morska luka uređuje se u Zakonu posebno za luke otvorene za javni promet, a posebno za luke posebne namjene. U lukama otvorenim za javni promet upravljanje lučkim područjem Zakon povjerava lučkoj upravi odnosno drugom tijelu koje upravlja lukom. To je bez sumnje najveća novina u prijedlogu Zakona o lukama, koju bez razmišljanja treba podržati, jer upućuje na slična rješenja u trgovačkim lukama Evropske zajednice kojima upravljaju lučke uprave (Port authority).

Prema zakonskom prijedlogu u lukama se odvajaju poslovi održavanja i izgradnje luka, rada lučkih poduzeća, vođenje lučke politike i zaštite luka od poslova gospodarskog korištenja luke kroz lučke djelatnosti i lučko poslovanje, što će omogućiti bržu privatizaciju i pretvorbu lučkih privrednih subjekata. Intencija je zakonodavca pospješiti konkurenciju među subjektima lučkog poslovanja i podići razinu njihovih usluga.

ZAKLJUČNI OSVRT

Međunarodni režim trgovačkih luka prema nacionalnim zakonima i načelima međunarodnog pomorskog prava ostvaruje se i funkcionira u okvirima što ih određuje država svojom suverenom vlašću na obalnom moru gdje se nalaze morske luke. Na

takvim načelima i identičnim pravnim uvjetima odvija se poslovanje tršćanske i riječke luke, koje su otvorene za međunarodni promet i služe prekomorskoj trgovini.

Trgovački brodovi imaju pravo prema načelima međunarodnog prava uploviti u luke otvorene za međunarodni promet, ali prilikom uplovljenja moraju proći proceduru i formalnosti koje provode državni organi u luci (pomorski, carinski i drugi). Ti organi imaju pravo tražiti od brodova koji dolaze iz inozemstva određene isprave, kojima se dokazuje ili prikazuje potrebne podatke o brodu koji uplovljava u luku. Prema Konvenciji o olakšicama u međunarodnom pomorskom prometu brodovi su dužni prilikom uplovljenja u luku prezentirati slijedeće isprave:

1. Opću izjavu o brodu,
2. Izjavu o teretu,
3. Izjavu o brodskim zalihama,
4. Spisak posade,
5. Spisak putnika,
6. Pomorsku zdravstvenu izjavu.

Brodovi se u luci moraju podvrgavati redu koji normiraju propisi upravnopravnog karaktera što spadaju u pomorskopravnu materiju režima morske luke. To su propisi koji se tiču sigurnosti plovidbe brodova u luci, njihova dolaska u luku, kretanja, sidrenja, pristajanja i privezivanja u luci, ukrcaja i iskrcaja robe i putnika, reda na brodu u luci, te odlaska brodova iz luke. Odlazak brodova iz luke može lučka kapetanija zabraniti brodovima koji iz razloga sigurnosti plovidbe, zaštite ljudskih života na moru ili drugih propisanih uvjeta ne mogu dobiti isprave i dozvolu za isplovljenje iz luke. U primjeni tih propisa ne smije biti diskriminacije prema brodovima bilo čije zastave, domaćih ili stranih, prema kojima su lučke vlasti dužne jednako postupati.

Ponoviti treba u zaključku i dodati onome što je već rečeno, da je korištenje trgovačke luke otvorene za međunarodni promet pod jednakim uvjetima za sve brodova međunarodna obveza države, koja internim zakonima uređuje režim takvih luka i proglašava ih otvorenim za međunarodnim pomorski promet. Budući da je u ovome prikazu bilo riječi o međunarodnom režimu morskih luka u Italiji i Hrvatskoj potrebno je nešto zaključno reći o najnovijim zakonskim propisima, koji su upravo u zadnjoj verziji na raspravi u Hrvatskoj. To su zapravo slični propisi talijanskim, a koji se nude u nacrtu hrvatskog Zakona o morskim lukama, kako se zove novi zakonski prijedlog za razliku od spomenutog Zakona o lukama u prethodnom izlaganju.

U tekstu Nacrta prijedloga Zakona o morskim lukama pitanja koja se njime uređuju sistematizirana su u poglavlja naslovljena ovako: 1. Osnovne odredbe, 2. Kategorizacija luke, 3. Lučko područje, 4. Lučke djelatnosti i koncesije, 5. Tarife, 6. Lučki uređaji i oprema, 7. Financiranje luke, 8. Lučka uprava, 9. Zaštita luke, 10. Kaznene odredbe, 11. Prijelazne i završne odredbe. Iz ovih naslova koji su sistematizirani u jedanaest poglavlja vidi se i cjelina materije koja se zakonski uređuje. Tako se u osnovnim odredbama definiraju bitni pojmovi koji se ponavljaju i koriste u zakonu kao npr. luka, luka otvorena za javni promet, posebna luka, trajektna luka, lučko područje i dr.

U kategorizaciji luka susrećemo već poznatu podjelu luka na javne luke (domaće i međunarodne) i luke posebne namjene (posebne luke), ali i novu podjelu luka prema djelatnostima koje se obavljaju u nekoj luci (trgovačke luke, putničke, industrijske, ribarske, turističke, vojne i luke organa unutrašnjih poslova). Prema značaju za Republiku Hrvatsku predlaže se u zakonu nova podjela na četiri vrste luka: 1. luke od interesa za sigurnost Republike Hrvatske, 2. luke međunarodnog i nacionalnog gospodarskog značaja za Republiku Hrvatsku, 3. luke županijskog i međužupanijskog značaja i 4. luke lokalnog značaja. Zanimljivo je ovdje napomenuti da sličnu podjelu luka predlaže talijanski zakonodavac u nacrtu zakonskog akta o reformi lučkog zakonodavstva. U tom reformskom aktu nazvanom (Riordino della legislazione in materia portuale)²⁶ za lučku legislativu predlaže se klasifikacija luka u četiri kategorije. Prva kategorija su luke od istaknutog državnog interesa (vojne i sl.), a druga, treća i četvrta kategorija luke, koje su od ekonomsko-tržišnog i međunarodnog interesa (trgovačke, industrijske, ribarske i sl.) za talijansku državu. Za njih tj. ovu drugu, treću i četvrtu kategoriju luka povjereno je upravljanje posebnim upravama, lučkim vlastima (autorita portuale) i pomorskim vlastima (autorita marittime), o čemu je naprijed bilo govora.

U novom lučkom zakonodavstvu Hrvatske po uzoru na Italiju, predviđa se osnivanje lučke uprave za luke javnog prometa. Tako lučku upravu za luke međunarodnog i nacionalnog gospodarskog značaja za Republiku Hrvatsku osniva hrvatska Vlada, a za luke županijskog i međužupanijskog značaja skupština nadležne županije. U zakonskom tekstu utvrđuju se zadaci lučke uprave i njezina tijela, njihov sastav i nadležnosti. Sličnu regulativu donosi novi zakon o lukama i za luke posebne namjene, kojima će upravljati pravne osobe na temelju dobivene koncesije ili određeni državni organi.

Zakonski nacrt definira vrste lučkih djelatnosti i gospodarske djelatnosti s njima povezane, koje obavljaju lučka poduzeća. Svako poduzeće mora dobiti koncesiju za obavljanje konkretne lučke djelatnosti. Prema zakonu jedno poduzeće može obavljati samo jednu vrstu lučkih djelatnosti.

U prelaznim i završnim odredbama zakon propisuje način i uvjete pretvorbe postojećih lučkih poduzeća u poduzeća za obavljanje lučkih djelatnosti.

Potrebu donošenja Zakona o lukama diktiraju brojni razlozi među kojima na prvom mjestu treba navesti razvojne mogućnosti naših luka, osnivanje slobodnih zona i kategorizaciju luka s obzirom na njihov značaj za hrvatsko gospodarstvo. Zbog toga se i autor ovoga rada zdušno zalaže za uspješno okončanje legislativnog postupka u tijeku priprema konačnog teksta Zakona o lukama.

²⁶ Nacrt ovoga zakonskog teksta raspravljen je pred posebnom komisijom Senata Republike Italije (Commissione Lavori Pubblici) 1. travnja 1993. godine.

S u m m a r y

**INTERNATIONAL REGIME OF SEA PORTS WITH
REFERENCE TO THE PORTS OF TRIESTE AND RIJEKA**

The sea ports of Trieste and Rijeka are both merchant ports open for the international sea traffic with similar historical development, situated in two neighbouring states on the northern Adriatic. The author has decided to give a survey of these two international ports in this particular moment because both Italy and Croatia are preparing new regulations on ports, their organization, management and activities. All the international, as well as national rules that regulate the legal regime of sea ports thus become relevant.

The author analyzes those rules and regulations and establishes similarities relating to questions of port categorization, organization of port management as well as terms and conditions for their protection. He comes to the conclusion that the international regime of the ports of Trieste and Rijeka realizes and functions in accordance with national laws and rules of international maritime law within the limits set independently by sovereign states.

MJESTO I ULOGA BANAKA U RAZVOJU TRŽIŠTA KAPITALA U GOSPODARSTVU REPUBLIKE HRVATSKE

prof. dr. Antun Jurman
Ekonomski fakultet u Rijeci

UDK:336.71:330.14(497.13)
Ur. 17.6.1993
Izvorni znanstveni članak

Poduzeća u gospodarstvu Republike Hrvatske imaju nepovoljnu strukturu izvora financiranja, a što se negativno odražava na njihovu likvidnost, solventnost, stabilnost i poslovne rezultate. Ona neminovno trebaju smanjiti udjel kreditnih, pogotovo kratkoročnih, u korist trajnih izvora financiranja, kao i smanjiti svoju zavisnost o bankama i njihovim kreditnim mogućnostima. Za očekivati je, da će se poduzeća sve više orijentirati na pribavljanje novčanih sredstava emisijom raznih vrsta vrijednosnih papira.

Banke trebaju, u sklopu promjena svoje poslovne politike, dati poticaj oživljavanju i daljnjem razvoju tržišta vrijednosnih papira. Izdavanjem vlastitih vrijednosnih papira, kupovinom i prodajom tuđih, garantiranjem emisije i vraćanja sredstava, kao i obavljanjem dijela ili cjelokupnog posla vezanog za emisiju za svoje komitente, banke će ostvarivati zaradu, jačati svoj potencijal i dati doprinos razvoju financijskog sustava i tržišta kapitala u gospodarstvu Republike Hrvatske.

1. Uvod

Poduzeća u gospodarstvu Republike Hrvatske koriste za financiranje svog poslovanja u prvom redu vlastita sredstva čiji je udjel u ukupnim izvorima preko 50%.¹ Nedostatak vlastitih sredstava prisiljava ih na korištenje tuđih, pribavljenih u zemlji i iz inozemstva. Tuđa sredstva pribavljaju uglavnom zaduživanjem i to neznatnim dijelom iz dugoročnih, a pretežno iz kratkoročnih izvora. Kratkoročni tuđi izvori financiranja, bez obzira na porijeklo, sve su skuplji, tako da preko četvrtine ukupnih rashoda poduzeća čine rashodi financiranja, a što se negativno odražava na poslovni rezultat poduzeća. Značajno korištenje tuđih izvora financiranja čini poduzeća ovisnim o situaciji na tržištu novca, mogućnostima banaka, monetarno-kreditnoj politici i drugim vanjskim činiocima na koje

¹ Detaljnije o tome u: Jurman, A.: Temeljne značajke sustava financiranja poduzeća u Republici Hrvatskoj i utvrđivanje potreba za njegovom promjenom, Ekonomski analitičar, broj 6, Zagreb, 1992.

poduzeća ne mogu djelovati. Visok udjel korištenja tuđih kratkoročnih kreditnih sredstava odražava se izrazito negativno na likvidnost poduzeća, budući da su ona dužna najčešće mjesečno, a najduže tromjesečno osiguravati likvidna sredstva za podmirenje dospjelih obveza po glavnici i obračunatoj kamati. Poteškoće u naplati realiziranih proizvoda i usluga i neodgodive obveze plaćanja prisiljavaju poduzeća na dodatno zaduživanje, dodatne troškove kamata i dodatne probleme.

Velika ovisnost o vanjskim činiocima stvara probleme ne samo u održavanju likvidnosti i solventnosti, već poduzeća čini nestabilnim i kreditno nesposobnim. Sve to upućuje poduzeća na potrebu mijenjanja oblika, načina i strukture izvora financiranja tekućeg poslovanja kao i razvoja i to tako:

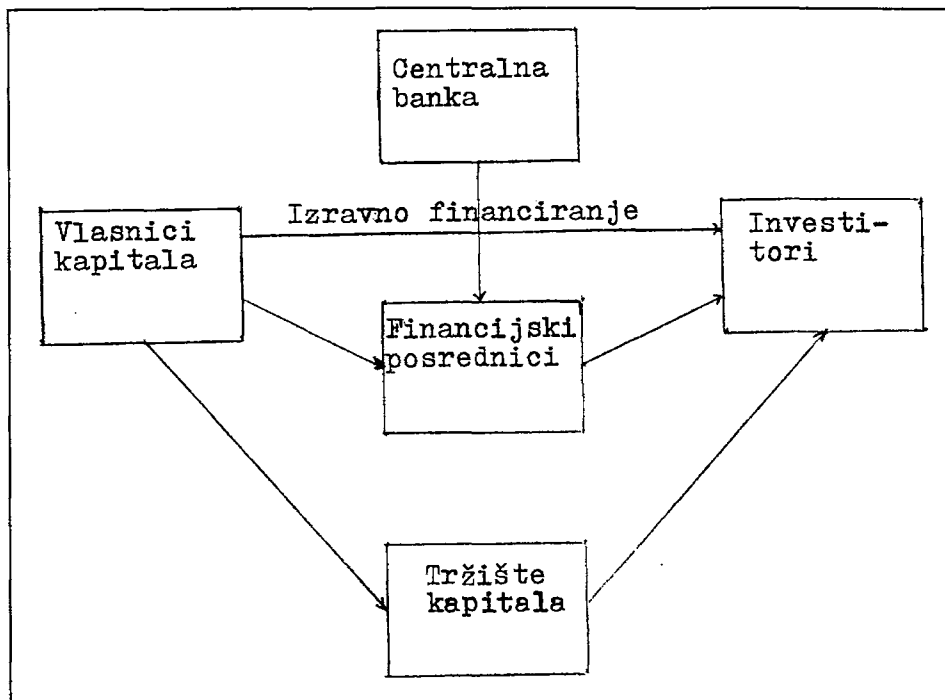
- da trebaju nastojati, da trajne potrebe u poslovanju budu pokrivena, ako ne u cjelosti vlastitim, a onda barem dugoročnim izvorima, a
- da povremene potrebe budu financirane pribavljenim tuđim sredstvima, čiji rokovi vraćanja i cijena moraju biti u što većoj mjeri usklađeni s obilježjima poslovanja i potrebama poduzeća.

Ovo upućuje poduzeća u Republici Hrvatskoj da postupno smanjuju kreditni način financiranja i da novčana sredstva pribavljaju emisijom vrijednosnih papira. Budući da je za širu afirmaciju vrijednosnih papira potrebno tržište na kojem će se oni kupovati i prodavati, u ovom radu obrađena je uloga banaka u razvoju tržišta kapitala, jer se pretpostavlja, da banke kao financijski posrednici, bez obzira na sve probleme i poteškoće koje imaju, mogu i trebaju u ovom momentu dati najveći doprinos tom razvoju. Pri tom ulogu banaka ne treba shvatiti samo kao doprinos afirmaciji vrijednosnih papira, već i kao neophodnu promjenu njihove poslovne politike.

2. Potrebitost uvođenja tržišta kapitala

Da bi se sagledale potrebne promjene načina i oblika financiranja poduzeća, kao i potrebe uvođenja tržišta kapitala u shemi 1 prikazani su, na pojednostavljen način, tokovi novčanih sredstava između vlasnika kapitala i investitora. Prikazani tokovi dio su financijskog sustava gospodarstva.

U shemi 1 pojam "vlasnici sredstava" podrazumjeva sve domaće i strane fizičke i pravne osobe koje imaju višak kratkoročnih i/ili dugoročnih novčanih sredstava i koje su spremne ta sredstva ustupiti drugim osobama na korištenje. Pojam "financijski posrednici" podrazumjeva u prvom redu bankovne, ali i druge financijske organizacije kao što su štedionice, osiguravajuće organizacije i ostali financijski posrednici. Pojam "tržište kapitala" označava primarno i sekundarno tržište dugoročnih vrijednosnih papira. "Investitori" su pravne i fizičke osobe - poduzetnici koje imaju ideju i spremne su vlastita ili tuđa pribavljena sredstva uložiti u proces proizvodnje roba, usluga ili neki drugi oblik investiranja. "Centralna banka" kao banka banaka vodi brigu o količini novca u opticaju potrebnoj za normalno odvijanje procesa društvene reprodukcije. Ona izravno nadzire rad poslovnih banaka, a mjerama monetarno-kreditne politike putem poslovnih banaka može djelovati i na poslovanje gospodarskih subjekata. Isto tako kupnjom i prodajom vlastitih, državnih i ostalih vrijednosnih papira na tržištu centralna banka može utjecati na novčane tokove u gospodarstvu.



Shema 1 - Tokovi novca između vlasnika i korisnika sredstava

Iz sheme 1 proizlazi, da je prvi način financiranja izravno financiranje investitora od strane vlasnika sredstava. U praksi se to zbiva u onim slučajevima kada su vlasnici sredstava zainteresirani za razvoj i poslovanje investitora i oni svoja dugoročna ili kratkoročna sredstva posuđuju investitorima. Takav način pribavljanja novčanih sredstava trebao je, uz samofinanciranje, barem u teoriji, postati temeljni oblik formiranja investicijskog potencijala poduzeća u našem gospodarstvu. Međutim, u praksi se takav koncept udruživanja rada i sredstava svodio na kreditiranje pod povoljnijim uvjetima i uz garancije banaka za povrat sredstava u slučajevima, kada su poduzeća monopolisti (proizvođači ili trgovci) zahtijevali udruživanje dugoročnih sredstava kao preduvjet održavanja poslovnih odnosa. Isto tako, izvoznici su radi nedovoljne ponude deviza, nerealnog tečaja ili administrativnih ograničenja uvoza "udruživali" devizna prava ili devizna sredstva s uvoznicima, a za uzvrat dobivali od njih dugoročna dinarska sredstva uz povoljnije uvjete od tržišnih. Bez obzira na oblike takvog "samoupravnog sporazumijevanja" i "udruživanja rada i sredstava", gospodarska situacija prisiljavala je poduzeća da se međusobno povezuju i izravno financiraju. Isto tako i u budućnosti se može očekivati, da će se vlasnici sredstava i investitori međusobno povezivati i ovisno

o poslovnim interesima izravno financirati bespovratnim sredstvima (trajni ulozi) ili kreditnim sredstvima na duže ili kraće rokove.²

Drugi način financiranja poduzeća je putem financijskih posrednika, najčešće banaka, ali i ostalih posrednika. Financiranje bankovnim kreditima je uobičajen i najviše korišten način pribavljanja potrebnih sredstava poduzeća. Bankovni sustav ima više funkcija, ali potrebno je istaći nekoliko osnovnih. Prvi zadatak banaka je prikupljanje i pribavljanje dinarskih i deviznih, kratkoročnih i dugoročnih sredstava od domaćih i stranih pravnih i fizičkih osoba. Drugi zadatak banaka je usmjeravanje tako mobiliziranih sredstava raznim komitentima i u različite poslove poštujući pri tom ekonomske kriterije ulaganja. Na taj način slobodnim novčanim sredstvima optimalno se financira tekuća proizvodnja i razvoj. Treći zadatak banaka je kreiranje financijskih instrumenata koji omogućavaju vlasnicima sredstava optimalan način ulaganja novčanih sredstava (vrijednosni papiri, razni oblici depozita i sl.). Četvrti zadatak banaka je organizacija efikasnog odvijanja dinarskih i deviznih novčanih transakcija između raznih subjekata u društvu.³

Razvoj bankovnog sustava u nas poslije drugog svjetskog rata bio je pod snažnim utjecajem države i drugih društveno-političkih zajednica. Bankama su upravljali korisnici kredita koji su prilikom donošenja odluka vodili računa prvenstveno o vlastitim interesima, a rukovodioci u bankama organizirali su rad u smislu podržavanja opće društvene i gospodarske situacije kakva je vladala u cjelokupnom društvu. Takav način rada i poslovanja banaka izazvao je niz problema koji su godinama prikrivani, ali su danas izbili i mogu se označiti pojmom "poslovna nemoć banaka".

- Prva grupa problema vezana je za nedovoljnu cirkulaciju sredstava u aktivni banaka, što znači, da se ne vrši transformacija potraživanja u novac i obrnuto. Nenaplativnost bankovnih potraživanja praktično znači, da su to značajnim dijelom dubioze u poslovanju.
- Druga grupa problema proizlazi iz izgubljenog povjerenja građana u banke, a što je posljedica krutog i neposlovnog ponašanja banaka prema vlasnicima deviznih depozita. U situaciji nemogućnosti cjelokupnih isplata deviznih depozita mnoge banke nisu pokazale dovoljnu fleksibilnost (isplate manjih svota, isplate uz prethodnu najavu, isplate dinarske protuvrijednosti i sl.), već su ili potpuno zatvorile svoje šaltere ili su, primjerice, krajem 1991. godine za jednu DEM davale preko četiri puta manji iznos u dinarima nego što je bila stvarna vrijednost strane valute. U takvim okolnostima građani su reagirali na način, da su sredstva težurirali ili držali u stranim bankama. Domaće banke su

² Kao izravno financiranje između poduzeća može se smatrati i odgoda plaćanja dobavljačima, plaćanje avansom i razni drugi načini.

³ Poslovne banke u Republici Hrvatskoj koje su zato ovlaštene obavljaju devizni platni promet s bankama čitavog svijeta i pri tom koriste međunarodnu mrežu SWIFT. Platni promet u zemlji odvija se putem Službe društvenog knjigovodstva.

izgubile i gubit će još dugo najsigurniji i inače dugoročno najstabilniji izvor u svom potencijalu - sredstva stanovništva.

- Treća grupa problema proizlazi iz neadekvatne kamatne politike. Razlika između kamatnih stopa na kredite (aktivna kamata) i kamatnih stopa na depozite (pasivna kamata) pokriva svu neracionalnost bankovnog sustava, pogotovo otpise nenaplativih potraživanja. To znači da su aktivne kamatne stope neopravdano visoke u odnosu na cijenu kapitala koju banke plaćaju na depozite. Isto tako potrebno je naglasiti, da su i aktivne i pasivne kamatne stope bile dugi niz godina niže od stope inflacije, što znači da se putem bankovnog mehanizma prelijevao dohodak i imovina od vlasnika sredstava korisnicima kredita.
- Četvrta grupa problema proizlazi iz važećeg obračunskog sustava koji bankama omogućava formiranje visokog nivoa obračunskih prihoda, a koji nisu pokriveni "zdravim" novcem, budući da se, a to se unaprijed zna, neće nikada stvarno naplatiti.⁴ Tako formirani prihodi i stvarni rashodi (za pasivnu kamatu, za materijalne troškove, za plaće zaposlenih i sl.) znače, da banke u stvarnosti posluju s gubitkom, te da im je trajni kapital (osnivački fond i sredstva rezervi) realno sve manji.

Sve to banke vodi u nelikvidnost i nesolventnost, stvaranje gubitaka u poslovanju, do smanjenja realne vrijednosti trajnog kapitala itd. Očito je da su u bankovnom sustavu potrebne promjene poslovne politike.

Prva grupa promjena potrebna je u segmentu izvora sredstava s ciljem veće mobilizacije sredstava u zemlji i iz inozemstva. Druga grupa promjena poslovne politike banaka potrebna je u segmentu odobravanja kredita, odnosno ulaganju sredstava, gdje je zadatak banaka da poštuju ekonomske kriterije i racionalno gospodare prikupljenim i pribavljenim sredstvima. Treća grupa promjena mora se zbiti u traženju novih bankovnih poslova, odnosno pružanju novih bankovnih usluga komitentima. Značajan dio u tome je uloga banaka u afirmaciji vrijednosnih papira i to ne samo u smislu prikupljanja dodatnih sredstava za banke, već i u smislu pružanja potrebnih usluga poduzećima koja će na taj način pribavljati novčana sredstva. Obavljajući takve poslove banke će ostvarivati veće prihode, jačati financijski potencijal i svoj trajni kapital.

3. Poslovanje banaka s vrijednosnim papirima

Da bi se poslovanje s vrijednosnim papirima u nas afirmiralo znatno više nego do sada, potrebno je ostvariti određene preduvjete:

- Prvi preduvjet je da postoji potražnja za sredstvima. U gospodarstvu Republike Hrvatske oduvijek je postojala ne samo ogromna potražnja, već upravo glad za sredstvima. Međutim, pitanje je koliko su zajmotražiocima kreditno sposobni,

⁴ Tako primjerice revalorizacija po obveznicama za restrukturiranje privrede koje je izdala Republika Hrvatska, u smislu odluke o izdavanju, nikada se ne isplaćuje bankama, a banke te iznose ipak unose u svoj ukupni prihod.

odnosno koliko su spremni i sposobni organizirati racionalno i uspješno poslovanje poduzeća.

- Drugi preduvjet je da postoji odgovarajuća ponuda sredstava. U gospodarstvu koje se razvija, odnosno u sadašnjoj situaciji obnove, ponuda novčanih sredstava očito nije dovoljna. Bez obzira na to, koncentracija svih sredstava domaćih i stranih fizičkih i pravnih osoba može formirati značajnu ponudu sredstava na tržištu vrijednosnih papira.
- Treći preduvjet čine razvijeni instrumenti mobilizacije novčanih sredstava. U dosadašnjim uvjetima jedina stvarna mogućnost financijskih ulaganja bilo je držanje sredstava kod banaka u obliku namjenskih ili nenamjenskih depozita, depozita po viđenju ili oročenih i to u dinarima ili u stranoj valuti. Koristeći iskustva tržišno razvijenijih zemalja u gospodarstvo Republike Hrvatske postupno se već uvode različite vrste vrijednosnih papira.
- Četvrti preduvjet je da se u gospodarstvu realno vrednuju svi faktori radnog procesa, dakle rad, sredstva za rad, predmeti rada, ali i kapital.
- Peti preduvjet je da politika deviznog tečaja i kamatna politika budu usklađene s kretanjem rasta cijena, odnosno da gospodarstvo bude stabilno, što uz ostala obilježja znači da inflacija bude svedena u realne okvire kao što je to u gospodarski razvijenim zemljama.
- Šesti preduvjet, jednako važan kao i prethodni, je funkcioniranje pravnog sustava, što znači da svaka fizička i pravna osoba izvršava svoje obveze u skladu s ugovorom. U protivnom, treba snositi sankcije kao što je uobičajeno u tržišnim gospodarstvima.

Vlasnici kapitala opredjeljuju se za kupovinu vrijednosnog papira u prvom redu na temelju prinosa (kamata ili dividenda) koji on donosi i na temelju kretanja cijene vrijednosnog papira, jer očekuju da će cijena porasti i da će kod ponovne prodaje zaraditi. Tek iza toga dolaze drugi motivi kupovine, primjerice poreske olakšice, pravo upravljanja i druge pogodnosti koje vrijednosni papir daje. Da li su vlasnici kapitala - kupci vrijednosnog papira ispravno postupili ili su pogriješili utvrđuje se naknadno, dakle nakon što je cijena vrijednosnog papira porasla ili pala ili nakon što se utvrdi da dividenda u nekom poduzeću eventualno nije ostvarena. Iz tih razloga s vrijednosnim papirima smiju poslovati samo sigurna i poslovno stabilna poduzeća i banke koje uživaju ugled. Poduzeća i banke s lošim poslovnim rezultatima imaju male ili nikakve izgleda u prikupljanju sredstava emisijom vrijednosnih papira.

3.1. Poslovanje banaka na primarnom tržištu kapitala

Pojam primarno tržište označava plasman nove emisije vrijednosnih papira, dok se pod sekundarnim tržištem smatra njihova kasnija kupovina i prodaja. Ako je riječ o poslovanju banaka na primarnom tržištu, tada one mogu izdavati vlastite dionice, obveznice, razne certifikate i sl. i na taj način jačati svoje dugoročne izvore, a mogu i svojim aktivnostima na različite načine sudjelovati u prikupljanju dugoročnih sredstava poduzeća - izdavalaca vrijednosnih papira.

Emisija vrijednosnih papira regulirana je propisima pojedinih zemalja, posebnim zakonima, kao i odlukama poduzeća, banaka i drugih organizacija koje na takav način žele prikupiti kapital. Postupak je sljedeći:⁵

- Prvo, poduzeće će izraditi elaborat o opravdanosti emisije iz kojeg treba proizaći opravdanost takvog načina prikupljanja sredstava, opravdanost ulaganja, ali i jasna vizija poslovanja poduzeća u budućnosti. Važan dio elaborata je utvrđivanje mogućnosti, odnosno izvora iz kojih će se vraćati sredstva, odnosno plaćati kamata, ako je riječ o izdavanju obveznica, odnosno isplaćivati dividenda, ako se izdaju dionice.
- Drugo, poduzeće će zatražiti mišljenje Službe društvenog knjigovodstva o svom bonitetu na temelju izvještaja o poslovanju u proteklom razdoblju (tri godine), kao i ocjeni planiranog poslovanja u narednom razdoblju.
- Treće, nakon dobivenog pozitivnog mišljenja o svom bonitetu, poduzeće podnosi zahtjev Komisiji za vrijednosne papire pri Ministarstvu financija radi dobivanja odobrenja za emisiju. Zahtjev sadrži podatke o izdavaocu vrijednosnih papira, podatke o samoj emisiji, kao i podatke o poslovnoj i razvojnoj politici izdavaoca u skladu s kojom će se sredstva pribavljena emisijom upotrijebiti.
- Četvrto, Komisija za vrijednosne papire ocjenjuje opravdanost emisije i bonitet izdavaoca, te odbija zahtjev ili daje dozvolu za emisiju.
- Peto, ako poduzeće želi da njegovi vrijednosni papiri kotiraju na tržištu, odnosno da se s njima vrši promet, podnijet će zahtjev za kotaciju vrijednosnih papira na tržištu kapitala (burzi). Zahtjev sadrži sve podatke o poduzeću, emisiji i sl. iz kojih nedvosmisleno proizlazi da je poslovanje poduzeća stabilno i da se ne očekuju negativna kretanja koja bi imala posljedice na rad tržišta kapitala.
- Šesto, nakon dobivanja svih suglasnosti poduzeće objavljuje poziv za upis i uplatu vrijednosnih papira. Poslije uspješnog upisa, ako je riječ o dionicama, obavlja se štampanje i registracija kod nadležne državne institucije,⁶ kao i uručivanje vlasnicima. Ako se izdaju obveznice, one se štampaju, registriraju i zatim prodaju na tržištu.

Budući da je štampanje vrijednosnih papira, ali i njihovo čuvanje, kao i kasniji promet skup, složen i rizičan, u mnogim zemljama izvršena je dematerijalizacija dugoročnih vrijednosnih papira. To znači da vlasnik ima samo potvrdu, a sve evidencije o stanju i prometu vode se na računarima. Na taj način maksimalno se pojednostavljuje

⁵ Detaljnije o tome u: Jurman, A.: *Pogoji in način preskrbovanja sredstev z izdajanjem delnic*, Bančni vestnik, broj 12, Ljubljana, 1991.

⁶ Prema članku 7 Zakona o vrijednosnim papirima (Službeni list SFRJ, broj 64/1989. i kasnije izmjene i dopune), a koji zakon je Republika Hrvatska preuzela, izdavalac je dužan nakon izdavanja dugoročnih vrijednosnih papira dostaviti podatke o emisiji radi uvođenja u registar o izdanim dugoročnim vrijednosnim papirima. Registar vodi Ministarstvo financija.

i pojeftinjuje tehnika izdavanja, prometa i čuvanja vrijednosnih papira. U tom smislu potrebno je mijenjati danas važeći Zakon o vrijednosnim papirima.

U postupku izdavanja vrijednosnih papira najsloženija i najteža faza je zapravo distribucija koja obuhvaća upis i njihovu prodaju.

S obzirom na to da li emisiju provodi samo poduzeće - izdavalac ili preko posrednika razlikuje se direktna i indirektna emisija.

Kod direktne emisije emitent sam prodaje vrijednosne papire kupcima. Prednost te metode je u sniženju troškova emisije, odnosno u svjesnom usmjeravanju plasmana vrijednosnih papira užem krugu kupaca. Direktnom emisijom nemoguće je plasirati veliku količinu vrijednosnih papira širokom krugu potencijalnih kupaca pa se u praksi rjeđe koristi.

Poseban oblik direktne emisije je interna emisija koja se provodi tako da se unutar samog poduzeća podijele obveznice, dionice ili drugi vrijednosni papiri vlasnicima, zaposlenim radnicima ili rukovodiocima. Ako poduzeće ostvari dobitak, ali radi neusklađenih novčanih tokova nije u stanju isplatiti dividendu ili želi jačati poduzeće, dioničarima će podijeliti vrijednosne papire kojima se može trgovati na burzi.

Indirektna emisija vrijednosnih papira provodi se putem specijaliziranih institucija za posredovanje. U tržišno razvijenijim zemljama to su investicijski bankari, dok bi taj posao u nas mogle i trebale obavljati poslovne banke. Investicijski bankar obavlja:⁷ (1) preuzimanje rizika emisije, (2) distribuciju vrijednosnih papira i (3) savjetoanje o cjelokupnom postupku emisije.

Preuzimanje rizika emisije obavlja se tako da investicijski bankar otkupi cjelokupnu emisiju vrijednosnih papira i potom ih prodaje na tržištu. Njegova je zarada u razlici cijene po kojoj je otkupio ukupni paket vrijednosnih papira i cijene po kojoj je te papire prodao.

Distribuciju vrijednosnih papira investicijski bankar obavlja putem mreže podružnica, preko podružnica drugih bankara s kojima sklapa sporazum ili putem posrednika - dilera i brokera.⁸

Budući da su investicijski bankari specijalisti za vrijednosne papire, ali i dobri poznavaooci tržišta kapitala, često puta ih poduzeća angažiraju radi pomoći u cjelokupnom postupku emisije vrijednosnih papira. Njihova pomoć i savjet posebno su korisni u izboru vrste vrijednosnog papira, veličine emisije, broja i vrijednosti pojedinog papira, oblika vrijednosnog papira, kao i pristupa potencijalnim kupcima - vlasnicima kapitala. Investicijski bankari sudjeluju u izradi elaborata o opravdanosti emisije vrijednosnih papira, kao i raznih studija i zahtjeva za dobivanje odobrenja za emisiju.

⁷ Prema: Martin, Petty, Keown, Scott: Basic Financial Management, Prentice - Hall, Inc. Englewood Cliffs, New Jersey, 1979.

⁸ Dileri kupuju i prodaju vrijednosne papire u svoje ime. Zaradu stiču iz razlike u kupovnoj i prodajnoj cijeni. Brokери rade kao agenti, što znači u ime i za račun drugih i za svoj posao primaju proviziju.

Poduzeće koje želi emitirati vrijednosne papire može njihov plasman povjeriti investicijskom bankaru na različite načine.⁹

- Dogovorna kupnja znači da poduzeće prodaje cjelokupnu emisiju vrijednosnih papira investicijskom bankaru koju on tada distribuira na tržištu za svoj račun. Tu metodu koriste u praksi najčešće privatna poduzeća.

Kupnja nadmetanjem znači da poduzeće prodaje cjelokupnu emisiju vrijednosnih papira onom investicijskom bankaru koji na licitaciji ponudi najpovoljniju cijenu. Ovu metodu koriste u praksi velika poduzeća i poduzeća od zajedničkog interesa kao što su željeznica, elektroprivreda, pošta itd.

- Privilegirana pretplata znači da se vrijednosni papiri prodaju određenim skupinama kupaca, primjerice zaposlenim radnicima u poduzeću, postojećim vjerovnicima poduzeća, vlasnicima ili nekoj drugoj skupini osoba za koje se zna da imaju interes za kupovinu vrijednosnih papira.

U tržišnim gospodarstvima koristi se i emisija vrijednosnih papira s prospektom¹⁰ koja može biti direktna i indirektna. Poduzeće koje namjerava emitirati vrijednosne papire poziva javnost na upis po unaprijed utvrđenoj cijeni. Uplate se najčešće vrše u ratama, a ako je riječ o dionicama, one se izdaju nakon što je upisan određeni iznos. Ova metoda koristi se kod velikih poduzeća i zahtijeva visoke troškove propagande, kao i troškove upisa i uplata.

3.2. Poslovanje banaka na sekundarnom tržištu kapitala

Poslovanje banaka na sekundarnom tržištu kapitala može se u osnovi promatrati s dva stajališta. Prvo je kupovina i prodaja vrijednosnih papira za potrebe banke iz njenog kreditnog potencijala, a drugo je kupovina, prodaja, savjetovanje i ostali poslovi koje obavlja banka po nalogu i za račun komitenta.

Ako je riječ o kupovini vrijednosnih papira iz vlastitih sredstava, tada banke to čine prvenstveno radi prodaje tih papira i zarade. Međutim, u utvrđivanju i vođenju optimalne politike takvih ulaganja sredstava, banke trebaju voditi računa: 1) o sigurnosti naplate, 2) o visini prihoda što ih određeni vrijednosni papiri ostvaruju, 3) o likvidnosti, što znači o mogućnosti da se vrijednosni papiri prodaju bez gubitaka, 4) o ročnoj strukturi (dospjeću) vrijednosnih papira, 5) o granskoj i regionalnoj diversifikaciji, što znači da ne kupuju vrijednosne papire samo od poduzeća iz jedne već iz više djelatnosti, kao ni od poduzeća s jednog, već od poduzeća iz različitih regija, 6) o diversifikaciji vrsta vrijednosnih papira, što znači da kupuju obveznice, dionice i druge vrijednosne papire, dakle vlasničke i raznovrsne obvezno-pravne vrijednosne papire, kao i 7) o ostalim relevantnim činiocima. Optimalna politika ulaganja ima za cilj likvidnost, maksimalni prinos i maksimalnu sigurnost, odnosno smanjenje rizika na minimum.

⁹ Prema: Martin, Petty, Keown, Scott: Op. cit. pod 7)

¹⁰ Usporedi: Papuga m., Adrović, Z., Orsag, S., Mikac, A.: Uvod u financijsko tržište i tržište vrijednosnih papira I dio, Zagrebačka poslovna škola, Zagreb, 1990.

Ako je riječ o kupovini i prodaji vrijednosnih papira po nalogu komitenata, tada se pretpostavlja da banke kao dobri poznavaoi tržišta kapitala, ukupnih gospodarskih kretanja i kretanja u pojedinim djelatnostima i na pojedinim područjima, kao i poznavaoi poslovanja poduzeća - emitenta mogu i znaju ocijeniti rizik i predložiti vlasnicima kapitala ulaganje novčanih sredstava u kupovinu određenih vrijednosnih papira. Osim savjeta, banke kao ovlašteni posrednici mogu takvu transakciju provesti na tržištu.

Ovdje se postavlja pitanje, što mogu učiniti banke na afirmaciji vrijednosnih papira u gospodarstvu Republike Hrvatske? Da bi se na to pitanje odgovorilo potrebno je prethodno otkloniti dvije dileme. Prva je, da li su potencijalni investitori spremni pribavljati sredstva emisijom vrijednosnih papira i druga je, da li bi vlasnici novčanih sredstava bili spremni svoje novčane uštede ulagati u vrijednosne papire?

Poduzetnici koji imaju ideje i spremni su ući u rizik potrebna novčana sredstva mogu pribaviti od banaka, emisijom vrijednosnih papira ili na drugi način. Emisijom dionica pribavljaju trajna sredstva koja se, sve dok dioničko društvo postoji, ne vraćaju, osim što vlasnicima treba isplaćivati ostvarenu dividendu. Tako pribavljena sredstva sigurno imaju prednost pred kreditnim, pogotovo kratkoročnim zaduženjima. Emisijom obveznica pribavljaju se dugoročna, ali povratna sredstva, koja isto tako imaju značajne prednosti pred neizvjesnim kratkoročnim kreditnim izvorima.

Vlasnici novčanih sredstava kupnjom vrijednosnih papira dobivaju niz pogodnosti zavisno o vrsti tih papira¹¹, primjerice pravo na dividendu, odnosno kamatu, pravo vlasništva, pravo upravljanja i sl. ali što je često puta najvažnije, oni mogu kupljeni vrijednosni papir prodati na tržištu i tako doći do likvidnih sredstava. Prema tome sredstva položena kao depozit u bankama "blokirana" su do isteka ugovorenog roka, za razliku od ulaganja u vrijednosne papire koji su bez obzira na rok dospjeća, pod stanovitim uvjetima, pretvorivi u novac. Iz navedenog proizlazi, da ulaganja u vrijednosne papire očito imaju prednost pred ulaganjima u bankovne institucije, te da ne treba strahovati da domaće pravne i fizičke osobe neće postupno prihvaćati poslovanje s vrijednosnim papirima.

Proces privatizacije društvenog vlasništva u gospodarstvu Republike Hrvatske je započet i bez obzira na moguće probleme bit će nastavljen. Dugoročni razvoj svjetskog gospodarstva ukazao je da svaka druga opcija, na sadašnjem nivou društvenog razvoja, daje mnogo slabije rezultate, a običan građanin na bilo kojem dijelu našeg planeta nije spreman žrtvovati svoje blagostanje zbog nekakvih teoretskih postavki i ciljeva koji su se u praksi pokazali nedostižnim.

Radi toga poslovne banke moraju prihvatiti neminovnost privatizacije, tržišnog poslovanja i brže uvođenje vrijednosnih papira. S tim u vezi poslovne banke trebaju:

- prvo, poraditi na prikupljanju sredstava emisijom vrijednosnih papira, što znači da se može očekivati smanjenje udjela depozitnih izvora u njihovom potencijalu;

¹¹ Detaljnije o tome u: Jurman, A.: Op. cit. pod 5) i Jurman, A.: Možnosti in načini preskrbovanja denarnih sredstev z izdajanjem obveznic, Bančni vestnik, broj 4, Ljubljana, 1992.

- drugo, raspoloživa kreditna sredstva, bez obzira na ročnost, ulagati u vrijednosne papire, vodeći računa o njihovoj optimalnoj strukturi sa stajališta likvidnosti, rizika, prinosa, vrste, izdavaoca itd.;
- treće, ranije date kredite komitentima postupno supstituirati kupnjom njihovih vrijednosnih papira;
- četvrto, nova ulaganja sredstava usmjeravati komitentima isključivo putem otkupa vrijednosnih papira koje oni izdaju;
- peto, radi brže afirmacije vrijednosnih papira u gospodarstvu, banke trebaju, zavisno od ocjene rizika, garantirati njihovu isplatu i na taj način pružiti stanovitu sigurnost potencijalnim kupcima - ulagačima sredstava;
- šesto, svojom stručnošću i pozicijom u gospodarstvu banke trebaju organizirati cjelokupan postupak u vezi emisije vrijednosnih papira svojih komitenata, ne samo radi zarade, već i radi bržeg uvođenja takvog načina pribavljanja sredstva i poslovanja.

Iskustva banaka iz gospodarski razvijenih zemalja treba upoznavati, prenositi i koristiti ih u skladu s mogućnostima u gospodarstvu Republike Hrvatske. U svemu tome, najvažnija je spremnost svih subjekata u društvu (države, poduzeća, banaka, Narodne banke, građana i ostalih) da promijene način razmišljanja i poslovanja i da shvate i prihvate da se ne može trošiti ono što nije ostvareno radom i uspješnim poslovanjem.

4. Zaključak

1. Poduzeća u gospodarstvu Republike Hrvatske imaju nepovoljnu strukturu izvora financiranja, a što se negativno odražava na njihovu likvidnost, solventnost, stabilnost i poslovni rezultat. Neminovno je da smanje udjel kreditnih, pogotovo kratkoročnih u korist trajnih izvora financiranja, kao i da smanje svoju ovisnost o bankama i njihovim mogućnostima.

2. Banke u nas su dugogodišnjim načinom rada i poslovanja pokušale biti "specifične", "samoupravne", "banke udruženog rada" i sl. i u tim pokušajima, u znatnom dijelu, prestale su biti financijski posrednici koji uživaju povjerenje onih koji u njih ulažu sredstva i respekt onih koji koriste kredite, garancije i sl. već su postale mehanizam putem kojeg se obavlja preraspodjela dohotka i imovine od vlasnika sredstava korisnicima kredita.

3. Budući da vlasnici sredstava ne prihvaćaju takvu politiku i sve manje sredstava drže u domaćim bankama, financijski i kreditni potencijal banaka realno je sve manji i one, ukoliko žele opstati i dalje se razvijati, moraju mijenjati poslovnu politiku, tražiti nove poslove i širiti ponudu svojih usluga.

4. Poslovanje s vrijednosnim papirima kao izuzetno razvijen i široko rasprostranjen posao u gospodarski razvijenim zemljama ima niz prednosti kako za vlasnike sredstava, tako i za poduzetnike i nema nikakve dileme da li u sklopu procesa privatizacije društvenog vlasništva u Republici Hrvatskoj razvijati to poslovanje.

5. S obzirom da su banke zapravo jedini pravi financijski posrednici u nas, što ne znači da se neće postupno razvijati i drugi, one mogu i trebaju u sklopu promjena svoje poslovne politike dati poticaj oživljavanju i daljnjem razvoju tržišta vrijednosnih papira. Izdavanjem vlastitih vrijednosnih papira, kupovinom i prodajom tuđih, garantiranjem emisije i vraćanja sredstava, supstitucijom kreditnih poslova s vrijednosnim papirima, kao i obavljanjem dijela ili cjelokupnog posla vezanog za emisiju za svoje komitente, banke će ostvarivati zaradu, jačati svoj potencijal i dati doprinos razvoju financijskog sustava u gospodarstvu Republike Hrvatske. Proces privatizacije vlasništva i poslovanje s vrijednosnim papirima je neminovnost koju banke trebaju prihvatiti, podržavati i dalje razvijati.

LITERATURA:

1. Bestmann, U.: Börsen und Effekten von A-Z, Die Fachsprache der klassischen und modernen Finanzmärkte, Verlag: C. H. Beck, München, 1991.
2. Hanžeković, M.: Vrijednosni papiri i njihovo tržište, Institut za javne financije, Zagreb, 1989.
3. Jurman, A.: Temeljne značajke sustava financiranja poduzeća u Republici Hrvatskoj i utvrđivanje potreba za njegovom promjenom, *Ekonomski analitičar*, broj 6, Zagreb, 1992.
4. Jurman, A.: Pogoji in način preskrbovanja sredstev z izdajanjem delnic, *Bančni vestnik*, broj 12, Ljubljana, 1991.
5. Jurman, A.: Nekateri pogledi na delovanje zakona vzvoda (Leverage) v poslovanju bank, *Bančni vestnik*, broj 3, Ljubljana, 1992.
6. Jurman, A.: Možnosti in načini preskrbovanja denarnih sredstev z izdajanjem obveznic, *Bančni vestnik*, broj 4, Ljubljana, 1992.
7. Martin, Petty, Keown, Scott: *Basic Financial Management*, Prentice - Hall, Inc. Englewood Cliffs, New Jersey, 1979.
8. Mock, Schultz, Schultz & Shuckert: *Basic Financial Management, Text, Problems and Cases*, International Textbook Company, Scranton, Pennsylvania, 1969.
9. Orsag, S., Santini, G., Gulin, D.: *Uvod u ekonomiku vrijednosnih papira*, Institut za javne financije, Zagreb, 1991.
10. Papuga, M., Adrović, Z., Orsag, S., Mikac, A.: *Uvod u financijsko tržište i tržište vrijednosnih papira, I dio*, Zagrebačka poslovna škola, Zagreb, 1990.
11. Samuelson, P.A.: *Ekonomija - uvodna analiza*, Savremena administracija, Beograd, 1969.
12. *Zakon o vrijednosnim papirima*, Narodne novine, broj 53/91, - preuzet savezni zakon od bivše SFRJ

*S u m m a r y***THE PLACE AND ROLE OF BANKS IN THE
CAPITAL MARKET DEVELOPMENT IN THE
ECONOMY OF THE REPUBLIC OF CROATIA**

Croatian enterprises have an unfavourable structure of their financial sources, which has a negative impact on their liquidity, solvency, stability and business results. They should cut down especially short term loans in favour of permanent financial sources. They should also reduce their dependency on banks and their credit potentials. It should be expected that the enterprises would be more and more oriented towards acquisition of money by issuing various kinds of securities.

Banks should change their business policy and give an incentive to securities market. Issuing their own securities, buying and selling those belonging to others, as well as providing services to their clients with regard to bonds and shares, the banks would make profit, enlarge their potentials and at the same time contribute to the development of the financial system and capital market in the Republic of Croatia.

OTKAZ UGOVORA O RADU PREMA ŠVICARSKOM PRAVU

Sandra Laleta, stručni suradnik
Pravni fakultet u Rijeci

UDK: 349.222(494)
Ur. 28.10.1993.
Pregledni znanstveni članak

Članak sadrži prikaz pozitivnopravnih rješenja, stavove pravne teorije i primjere iz sudske prakse o problemima vezanim uz otkaz ugovora o radu u švicarskome pravu. Na ovom se vrlo osjetljivom području radnog prava prelamaju za radnika egzistencijalna pitanja prava na rad, garancije stalnosti zaposlenja te načela slobode otkazivanja. Švicarska svojim vrlo liberalnim otkaznim pravom još uvijek više štiti poslodavca nego radnika, načelom ekstremne slobode otkazivanja te neprihvatanjem konvencija koje je u ovoj oblasti donijela Međunarodna organizacija rada, predstavljajući tako izuzetak na tlu Europe, tzv. "Sonderfall Schweiz". U radu se daje odgovor na pitanje koliko se revizijom odredbi o otkazu u Zakonu o obligacijama 1988. godine otišlo naprijed u jačanju zaštite posloprimca kao slabije strane u radnom odnosu.

1. UMJESTO UVODA

Otkaz ugovora o radu, kao jedan od najvažnijih i najčešćih osnova prestanka radnog odnosa, uređen je u švicarskom pravu odredbama članova 335-337d saveznog Zakona o obligacijama (ZO)¹ koje su revidirane stupile na snagu 1. siječnja 1989. godine. Uz ove, na otkaz se primjenjuju i odredbe saveznog Zakona o posredovanju rada i najmu osoblja (AVG)² te saveznog Zakona o plovidbi jezerima³ kao lex specialis.

Posljednja opsežna opća revizija švicarskog ugovornog radnog prava izvršena je 1972. godine i bila je potaknuta visokom konjunkturuom: puna zaposlenost i izobilje u ponudi radnih mjesta bili su posve izmijenili ekonomski položaj posloprimca. On više

¹ Bundesgesetz über das Obligationenrecht, Botschaft des Bundesrates, 25. 8. 1967.

² Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (6. 10. 1989), na snazi od 1. srpnja 1990.

³ Bundesgesetz über Seeschiffahrt unter der Schweizerlagge, od 23. 9. 1953.

nije bio u ekonomski teškom stanju pa se poslodavac tada morao potruditi da pronađe radnu snagu. No zakonska zaštita posloprimca u slučaju otkaza, iako se polazilo od ugovorne slobode i zaštite posloprimca kao osnovnih načela ugovornog radnog prava, svodila se na relativno kratak otkazni rok, a stvarna zaštita postojala je u Zakonu o obligacijama samo u odredbama o otkazu radi vojne službe ili službe civilne zaštite.⁴

Ulaskom u gospodarsku recesiju sredinom 70-ih godina stanje na tržištu radne snage munjevito se izmijenilo. Posloprimac je u uvjetima prijetee nezaposlenosti bio zainteresiran za stalnost svog radnog mjesta, a time i za bolju zaštitu od otkaza. Takvoj povećanoj potrebi zaštite postojeće ugovorno radno pravo više nije moglo udovoljiti.

Nakon mnogih rasprava u Parlamentu, uslijedila je 1981. godine, inicijativa, doduše vrlo skromna, Kršćanskog nacionalnog saveza sindikata Švicarske ("Christlich Nationale Gewerkschaftsbund der Schweiz" - CNG) za zaštitu u slučaju otkaza koja je predviđala posebice pitanja: pobijanja neopravdanog otkaza, produženja otkaznih rokova u nekim težim slučajevima, kao i odredbe o kolektivnim otpuštanjima. Savezno je vijeće, ovom inicijativom potaknuto, izašlo sa svojim protuprijedlogom, čiji su rezultat danas važeće odredbe otkaznoga prava u Zakonu u obligacijama.

2. O OTKAZU OPĆENITO

2.1. Pravna narav otkaza

Prema svojoj pravnoj naravi otkaz je jednostrana izjava volje primljena na znanje od strane kojoj je upućena, koja od određenog trenutka za ubuduće ukida radni odnos (pravno ukidajuće konstitutivno pravo).⁵ Kako se pod konstitutivnim subjektivnim pravom podrazumijeva ovlaštenje da se jednostranim očitovanjem volje, bez mogućnosti utjecaja trećega, izazove pravna promjena, to se otkazom izvršava ovlaštenje da se jednostrano raskine ugovor o radu.

Primitkom otkaza on postaje neopoziv. Opoziv otkaza može se zato razumjeti samo kao ponuda na zaključenje jednog novog ugovora o radu kojim bi se pod istim uvjetima i među istim strankama nastavio otkazani radni odnos.⁶

Za otkaz je bitno da kod onoga tko otkazuje postoji volja da okonča određeni radni odnos, te da se postojanje volje izrazi prema vani na dovoljno jasan način, pristupačan suprotnoj strani. U švicarskoj je radnopravnoj teoriji, međutim, nejasno u kojoj se mjeri onaj tko otkazuje radni odnos može pozvati na nedostatak volje i tako opozvati izrečeni otkaz. Naime, na otkaz se primjenjuju opći propisi o ništavosti pravnih poslova zbog formalnih nedostataka i mana volje. Prema Rehbindneru pobijanje zbog

⁴ Prethodni nacrt zakona sadržavao je opću odredbu o zloupotrebi otkaza, ali je, suprotno tome, Parlament ostao kod praktično neograničene slobode otkaza.

⁵ Rehbindner, Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 11. Aufl., Bern 1993, str. 108.

⁶ Rehbindner, Manfred, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2 (Das Obligationenrecht-Der Arbeitsvertrag), Der Einzelarbeitsvertrag (Art. 319-330a), Bern, 1985, str. 51.

mana volje kod otkaza je ograničeno, slično kao kod priznanja očinstva. Kao ništav ocijenjen je u jednoj sudskoj odluci otkaz izrečen u stanju nesposobnosti za rasuđivanje.⁷

Otkaz obuhvaća ukupni radni odnos. Otkaz pojedinačnih odredbi ugovora o radu (djelomični otkaz) je nedopušten.

Kao konstitutivno pravo otkaz, u načelu, ne može biti uvjetovan. No švicarska pravna teorija i sudska praksa poznaju i dopuštaju tzv. "uvjetni otkaz" ("Anderungs-kündigung"). Radi se o otkazu izrečenome uz potestativni uvjet, tj. uvjet o čijem nastupanju protivna strana može sama odlučiti, naprimjer u ovome obliku: poslodavac otkazuje za slučaj da posloprimac ne prihvati nove uvjete rada; ili kada posloprimac otkazuje za slučaj da mu poslodavac ne povisi plaću: "Falls mein Lohn nicht auf den 1.1.1991. um Fr. 200.- erhöht wird, kündige ich hiermit den Arbeitsvertrag auf den 31.3.1991." Naprotiv, ne bi se moglo otkazati npr. "za slučaj da do 1.12. pronađem novo radno mjesto", jer na ovaj uvjet druga strana ne može utjecati.

Pravo na "uvjetni otkaz" pripada objema stranama radnog odnosa. Ako se kao posljedica ispunjenja uvjeta iz "uvjetnog otkaza" radni odnos produži, radi se o nastavku izvornog radnog odnosa pa se i sve pravne posljedice koje ovise o trajanju radnog odnosa procjenjuju od trenutka njegova zasnivanja. Time se "uvjetni otkaz" pokazuje značajnim instrumentom očuvanja radnog odnosa, posebice kada je razlog otkaza povreda neke odredbe ugovora o radu.⁸

2.2. Forma i sadržaj otkaza

Zakon o obligacijama ne propisuje formu otkaza. Izuzetak je pismena forma za otkaz ugovora o najmu mornara predviđena Zakonom o plovidbi jezerima. U svim ostalim slučajevima uređenje forme otkaza prepušteno je slobodnom stranačkom ugovaranju u ugovorima u radu (individualnom, tipskom te kolektivnom), ili u redu poduzeća, a ukoliko ovi akti o tome šute, prihvatljive su sve one forme koje i inače vrijede kao oblici očitovanja volje. Valjan je stoga i usmeni otkaz, a unutar toga i otkaz izražen nedvosmislenim konkludentnim ponašanjem stranke.

Za sadržaj otkaza bitno je, a to proizlazi iz njegove pravne naravi, da očitovanje volje treba biti određeno i nedvosmisleno. Svaka nejasnoća pada na teret onoga tko otkazuje.

2.3. Pravodobno primanje na znanje

Bez obzira u kojoj formi izrečen, bitno je da druga strana, strana kojoj se otkazuje, sazna za otkaz, tj. da ga "primi na znanje".

⁷ Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrecht (JAR) 1985, str. 222, cit. prema Streiff, Ullin, von Kaenel, Adrian, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht: der Arbeitsvertrag OR 319-362 mit Kommentaren für Lehre und Praxis, 5. Aufl, Zürich, 1992, str. 314.

⁸ Jedna takva povreda postojat će u slučaju da poslodavac izdaje naloge različite od onih ugovorenih i odmah ih provodi. Do isteka otkaznog roka poslodavac, ukoliko prihvati uvjete iz otkaza, treba namiriti nastala potraživanja posloprimca.

Usmena forma otkaza uvijek je izvor teškoća pri postupku njegova dokazivanja, a posebice kada se radi o određivanju trenutka izricanja otkaza za koji se vezuju otkazni rokovi.

Nasuprot tome, ne postoje veće teškoće pri određivanju kada je stranka primila na znanje pismeni otkaz. Primanje na znanje kod pismenog otkaza znači postizanje stvarne mogućnosti raspolaganja, kao i očekivanje stvarnog primanja na znanje (činjenično stanje da je primalac otkaza mogao saznati o otkazu) koje se temelji i prosuđuje prema običajima općenja, savjesnosti i poštenju ("Treu und Glauben").

Kako se ovo oživotvoruje, pokazuju sljedeći stavovi pravnih teoretičara i primjeri iz sudske prakse. Masovni otkazi o glašavanjem na oglasnoj ploči poduzeća nemaju učinka prema oboljelim radnicima ili radnicima na odmoru. Dostava noću u poštanski sandučić ili dostava na adresu radnikova boravišta za vrijeme odmora koji radnik provodi van svoje kuće također nije dovoljna. Zajedničko je ovim situacijama da poslodavac zna za odsutnost posloprimca (bolest, odmor), a prema običajima općenja treba računati s time da radnik u to vrijeme ne dolazi na mjesto rada, u poduzeće, odnosno u slučaju odmora ne boravi kod kuće.

No za radnika koji je samovoljno uzeo godišnji odmor, bez dogovora s poslodavcem, smatra se da je uvjet "primitka na znanje" ispunjen time što je izvršena dostava obavijesti o otkazu na njegovu posljednju adresu. Ovdje je, dakle, prihvaćen objektivni kriterij, a ne subjektivni - stvarno primanje na znanje nakon povratka radnika s godišnjeg odmora. Ukoliko je radnik ostavio svoju adresu s godišnjeg odmora ili ju je poslao naknadno, moguće je pristupiti mu s obavješću o otkazu na samo mjesto gdje provodi godišnji odmor. Teoretičari se slažu u mišljenju da otkaz u vrijeme godišnjeg odmora radnika nije nedopustiv, budući da nije u suprotnosti sa ciljem odmora (oporavkom, rekreacijom).⁹

Na zakašnjeslu dostavu otkaza ne može se pozivati onaj tko danima ne prazni poštanski sandučić; na pošiljaocu će biti teret dokaza pravodobnosti. Kako bi se izbjegle teškoće u dokazivanju, preporučuje se korištenje preporučenog pisma.

Poseban slučaj postoji kada se primalac, nakon neuspjele dostave pisma koje sadrži obavijest o otkazu, duže vrijeme ne odaziva pozivu da podigne pismo na pošti. Ovdje je sudska praksa u svojim rješenjima dosada bila jedinstvena pa se početak roka za podizanje pisma odlagao na prvi dan kada primalac u načelu boravi kod kuće. Razmimoilaženje je nastalo među pravnim teoretičarima oko pitanja može li se početak roka za podizanje pisma s pošte na temelju ostavljenog poziva vezati uz završetak sedmodnevnog zakonskog roka (kao kod dr. ugovora, npr. o zakupu), za vrijeme kojega je pismo pohranjeno na pošti prije nego što se vrati pošiljaocu. Bruhwiler, Brunner prihvaćaju da se dostavljanje pretpostavi sljedećeg dana po isteku ovog 7-dnevnog roka za podizanje pisma. Rehbindler drži da se ovakva rješenja ne bi trebala prenositi u radno pravo, a Streiff dvoji da će sudovi ostati pri dosadašnjoj praksi, budući da "...za

⁹ Potvrda takvom stavu jest i činjenica da zakonodavac nije godišnji odmor pribrojio ostalim činjeničnim stanjima "otkaza u nezgodno vrijeme", vidjeti toč.

jednoobrazno odlaganje na posljednji dan roka za podizanje pisma govore dobri razlozi".¹⁰

Za trenutak dostave obavijesti o otkazu, odn. primanja na znanje vezano je otpočinjanje i duljina otkaznog roka, pa će pošiljalac biti taj koji će bezuvjetno snositi odgovornost zakašnjele dostave, rizik otkaza danog u posljednji tren. Zato je Apelacioni sud u Ženevi odlučio da otkaz dat za vrijeme neplaćenog odsustva nije ništav, ali otkazni rok počinje teći tek nakon završetka odsustva, tj. s prvim radnim danom.¹¹ S "primitkom na znanje", naglasimo još jednom, bit će otkaz neopoziv. Jednom pravovaljano nastali otkaz kojim se mijenja pravni položaj stranaka može jedino sporazumom stranaka biti opozvan.

2.4. Obveza obrazloženja

Obveza je strane koja otkazuje da svoj otkaz pismeno obrazloži, ako to druga strana od nje zahtijeva (članak 335 st. 2). Obveza obrazloženja novota je u Zakonu pri čijem se propisivanju zakonodavac rukovodio dvama razlozima.

Prvi, glavni razlog jesu nove odredbe u članku 336 ZO kojim zakonodavac određuje pri kojim se razlozima otkaza nezadovoljna strana (posloprimac jednako kao i poslodavac) može pozivati na zloupotrebu otkaza. Onaj tko želi iskoristiti mogućnost takve zaštite mora poznavati razloge koji su do otkaza doveli. Pravo da traži i obrazloženje razloga olakšat će tako slabijoj strani (strani kojoj je otkazano) postupak dokazivanja.

Osim razlogom nužnosti uvođenja obveze obrazloženja kao sredstva primjene člana 336, zakonodavac je propisivanje ove obveze opravdavao i time što ona proizlazi iz obveze uljudnog ponašanja.¹²

Pravo na zahtjev za obrazloženjem imaju obje strane, posloprimac i poslodavac, pri redovnom i izvanrednom otkazu, pri otkazu za vrijeme probnog rada. Obrazloženje treba biti u pismenoj formi. Streiff smatra da obveza pismenog obrazloženja ne daje pravo na zahtjev za usmenim obrazloženjem zato što "...načelo "in maiore minus" ovdje nije primjenjivo".¹³

Obrazloženje treba sadržavati sve bitne razloge otkaza. Njih treba navesti jasno i konkretno, a ne mogu se prihvatiti apstraktne formulacije kao "netočnost", "neprijaznost", "loše ispunjavanje obveza".

Izrečeni otkaz proizvodi pravne posljedice neovisno o tome da li je obrazložen ili ne. Nejasna su, nasuprot tome, sredstva koja stoje na raspolaganju za provođenje obveze obrazloženja, kao i posljedice neobrazloženja.

¹⁰ Streiff, U. op.cit., str. 316.

¹¹ JAR 1987, str. 246.

¹² Botschaft Kündigungsschutz, str. 595.

¹³ Streiff, U. op.cit., str. 319. Onaj kome je otkazano može imati dobre razloge da preferira pismeno obrazloženje.

U pravilu obrazloženje otkaza može se tražiti u istoj tužbi kojom se pokreće postupak zbog zloupotrebe otkaza. Vrlo su rijetki slučajevi u praksi u kojima je bilo neophodno da se pravo na pismeno obrazloženje ostvaruje zasebno, odnosno prije sudskog postupka zbog zloupotrebe. No u teoriji postoje shvaćanja da je posloprimac ovlašten na isticanje zahtjeva za obrazloženjem i posebnom tužbom, što zakon izričito ne određuje, ali se ovo može izvesti iz teksta zakona.¹⁴ Stranke osim toga mogu ojačati obvezu obrazloženja ugovaranjem jedne od uobičajenih (ugovornih) kazni.

Odgovor na pitanje o posljedicama neobrazloženja treba potražiti u shvaćanjima o pravnom karakteru norme iz članka 336 st. 2. Namjera je zakonodavca bila da stvori apsolutno prisilnu normu. Sporeći o njenoj pravnoj naravi dio autora označava je kao "Ordnungsvorschrift", propis o redu za povredu kojega se vezuju samo indirektno posljedice, što znači da sudac u postupku mora voditi računa o ponašanju onoga tko je otkazao, pa tako i o neobrazlaganju razloga otkaza, samo kod određivanja procesnih troškova i naknade štete.¹⁵ Ovo slijedi iz načela da povreda ugovorne obveze ne smije sobom nositi koristi. Isto je mišljenje sadržano u službenome "Vjesniku" ("Botschaft") Saveznoga vijeća:¹⁶ da su posljedice povrede norme o obvezi obrazloženja razloga otkaza samo indirektno prirode. I dok neki od autora čak izričito isključuju mogućnost da se pred sudom izbori odluka da protivnička strana mora obrazložiti svoj otkaz¹⁷, navodimo suprotan stav Meiera koji drži da je direktna posljedica propuštanja obrazloženja pravo na samostalan zahtjev za ispunjenjem obveze o kojem sudac treba odlučivati.¹⁸

Prijeporno je da li onaj tko otkazuje, a nije se odazvao na zahtjev za pismenim obrazloženjem, smije u sudskome postupku isticati da je njegov otkaz bio legitiman, tj. da nije bilo zloupotrebe.

Pismeno obrazloženje razloga otkaza od praktične je vrijednosti do isteka redovnog otkaznog roka. U nedostatku posebne pravne norme pravo na zahtjev zastarijeva tek nakon 5 godina.

Poseban problem predstavlja naknadno navođenje razloga otkaza. On se do revizije postavljao samo u području izvanrednog (momentalnog) otkaza i bio je riješen tako što su sudovi priznali iznošenja novih razloga otkaza sve do i uključujući glavnu

¹⁴ Meier, Kurt. Die neuen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts zum Kündigungsschutz. Plädoyer, 1988, 5/6, str. 45.

¹⁵ Rehbindler, M. Schweiz. Arbeitsrecht, str. 113; Streiff, U. op.cit., str.319

¹⁶ Botschaft Kündigungsschutz, Bundes Blätter, 1984, II.

¹⁷ Brunner, Christiane, Bühler, Wäber, Jean-Bernard, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Bern, 1990, str. 119; Pedergana, Ronald, Überblick über die neuen Kündigungsbestimmungen im Arbeitsvertragsrecht, Recht, 1989, str. 35.

¹⁸ Meier, K. op.cit., str.45.

raspravu.¹⁹ Mogli su se iznijeti i razlozi za koje je onaj tko momentalno otkazuje saznao nakon izricanja otkaza. U literaturi se može pronaći kritika ovakve sudske prakse.

Nova diskusija razvila se uvođenjem obveze obrazloženja na zahtjev suprotne strane, a sporna su pitanja: da li je dopušteno naknadno navođenje razloga otkaza, i, ako jest, do kada, da li se mogu navoditi i razlozi koji nisu postojali u trenutku izricanja otkaza. Ovdje navodimo dva suprotna stava. Reh binder zastupa mišljenje da je naknadno navođenje razloga otkaza po novome pravu prihvatljivo, sve dok se iznose samo oni razlozi koji su postojali prije primanja otkaza na znanje. Suprotno tome, po Meieru takva bi praksa bila nedopuštena, jer se onaj tko otkazuje mora osloniti samo na prvotno izjavljene razloge, a naknadno izjavljenje razloge treba okvalificirati kao nepostojeće. Time se znatno osnažuje položaj posloprimca kao slabije strane kada je u postupku na njemu teret dokazivanja.

2.5. Pojavne forme otkaza

Prema kriteriju uzroka otkaza švicarsko radno pravo razlikuje redovni i izvanredni otkaz, prema kriteriju djelovanja (učinka) otkaz s otkaznim rokom i momentalni otkaz. U pravilu, izvanredni je otkaz momentalni otkaz, a redoviti otkaz otkaz s otkaznim rokom. Ipak, i tu postoje izuzeci. Tako u skladu s ugovornim odredbama ili odredbama kolektivnog ugovora o radu redovni otkaz u određenim okolnostima može biti izrečen i bez otkaznog roka (članak 335 b), a pri izvanrednom otkazu može se jamčiti tzv. "socijalni rok" (članak 337).

2.6. Posljedice otkaza

Momentalni otkaz dovodi do trenutnog raskida radnog odnosa; kod otkaza uz otkazni rok do raskida radnog odnosa dolazi tek po isteku otkaznog roka, na tzv. termin otkaza.

Do prestanka radnog odnosa u načelu postoji i obveza obavljanja rada. Ako je, nasuprot tome, poslodavac ovlašten da traži radnu snagu s obzirom na svoje potrebe za radnicima, tada prema švicarskome pravu nije garantirano nikakvo minimalno radno vrijeme otpuštenom radniku, pa pri otkazu otpada obveza rada i time obveza isplate plaće. Postoji li i dalje obveza rada, može poslodavac posloprimca ipak osloboditi rada, ako mu isplati odgovarajuću plaću.

U vremenu između izricanja otkaza i prestanka radnog odnosa mora poslodavac posloprimcu dopustiti korištenje pripadajućih mu ferija (čl. 329c, 329d ZO). Radniku pripada pravo na slobodno vrijeme u svrhu traženja novog zaposlenja, te zahtjev na svjedodžbu o radu koji daje poslodavac.

Na prestanak radnog odnosa zbog otkaza primjenjuju se, nadalje, i odredbe o općim posljedicama prestanka radnog odnosa. S prestankom radnog odnosa dospijevaju sva potraživanja iz radnog odnosa, a obje strane obvezne su vratiti sve što su tokom radnog odnosa uzele od druge strane ili trećega. Radniku starijem od 50 godina, i s najmanje 20-godišnjim radnim odnosom pripada pravo na posebnu naknadu.

¹⁹ Kantonalno postupovno pravo određuje koji je to posljednji mogući trenutak.

3. REDOVNI OTKAZ

Odredba članka 335 st. 1 Zakona o obligacijama daje pravo objema ugovornim stranama da jednostrano, po ma kakvom osnovu, raskinu radni odnos zasnovan na neodređeno vrijeme. Ovakav otkaz uz pridržavanje ugovornog ili zakonskog otkaznog roka naziva se redovnim otkazom. Redovnim otkazom može prestati samo radni odnos na neodređeno vrijeme, dok za radni odnos na određeno vrijeme vrijedi poseban režim iz članka 334 Zakona, po kojemu takav radni odnos prestaje u pravilu bez otkaza, istekom vremena na koje je zaključen ugovor o radu. To odgovara suštini tzv. "pravog ugovora na određeno vrijeme", jedina je pretpostavka da je datum završetka dovoljno jasno određen. Naime, redovni otkaz isključen je kod radnog odnosa na određeno vrijeme jer je nespojiv s načelom *pacta sunt servanda*.²⁰

3.1. Otkazni rokovi

Za redovni otkaz predviđa Zakon otkazne rokove i termine otkaza (članak 335a, 335b/1 i 335c/1).

Otkazni rok je najkraće razdoblje koje mora postojati između primitka otkaza i prestanka radnog odnosa. Termin otkaza je trenutak u kojemu je dopušten prestanak radnog odnosa.

Odredbe o otkaznim rokovima predstavljaju gipko pravo, jer prepuštaju dispoziciji stranaka da urede otkazne rokove pismenim sporazumom, tipskim ugovorom o radu ili kolektivnim ugovorom o radu, ukoliko zakon ne određuje drukčije (članak 335b/2, 335c/2). Dapače, otkazni rok može se i potpuno ukinuti (kod momentalnog otkaza).

3.1.1. Načelo otkaznog pariteta

Za poslodavca i posloprimca ne smiju biti određeni različiti otkazni rokovi, a ako su ugovoreni otkazni rokovi različiti, vrijedi duži rok (čl. 335a).

Ovom odredbom izraženo tzv. "načelo otkaznog pariteta" ("Kündigungsparität") postojalo je u ZO i prije revizije, a njegove su posljedice dalekosežne.

No da li se ovdje doista radi o jednakoj zaštiti za poslodavca i za posloprimca? Još za važenja starog prava ova je norma bila sporna i izložena oštroj kritici, upravo zbog zaštite koju je pružala poslodavcu kao ekonomski jačoj strani u radnom odnosu. Smatralo se da ne postoji nikakva potreba da se na ovakav način štiti poslodavac.

Revizijom, ne samo što je preuzeta sporna norma, već je zakonodavac otišao korak dalje (odn. natrag) uvodeći novu odredbu koja je izuzetak od načela otkaznog pariteta, a u korist - poslodavca!: ako je poslodavac otkazao radni odnos zbog

²⁰ Ovaj ugovor može prestati otkazom bez otkaznog roka, momentalnim otkazom ili izvanrednim otkazom. Nakon proteka 10 godina može svaka ugovorna strana u svako doba otkazati na duže vrijeme zaključeni radni odnos na određeno vrijeme, s otkaznim rokom od 6 mjeseci koji se računa od kraja mjeseca (članak 334 st.3). Radi se o apsolutno prisilnoj normi pa su ugovorene odredbe prema kojima ugovor o radu nakon proteka 10 godina ne može biti otkazan ništave. Švicarsko pravo poznaje ugovore na određeno vrijeme s predviđenim otkazom, tzv. "nepravi ugovori o radu".

ekonomskih razloga, ili je objavio namjeru da to učini, smiju za posloprimca, putem sporazuma, tipskog ugovora o radu ili kolektivnog ugovora, biti ugovoreni kraći otkazni rokovi (čl. 335a/2). Ekonomskim razlozima smatraju se reorganizacija, racionalizacija, mjere štednje, očekivano zatvaranje jednog pogona, odjela ili poduzeća, ali ne i egzistencijalne teškoće nekog poduzeća.²¹ Zakonodavac nije odredio ni formu, niti donju granicu otkaznog roka pri takvim sporazumima, a niti vrijeme kada se otkazni rok može ugovoriti. Prihvatljivo je mišljenje Rehbindera da takvi dogovori mogu prethoditi otkazu zbog ekonomskih razloga (npr. u kolektivnom ugovoru o radu), a ne samo slijediti nakon njega (ili namjere o otkazu).²²

Posebna zaštita koja se, ne samo ovom odredbom, pruža poslodavcu odudara od rješenja ostalih europskih zakonodavstava, a u teoriji je dobila naziv "Sonderfall Schweiz", poseban slučaj Švicarske: "Dass man im Arbeitsrecht Arbeitgeberschutz betreibt, ist zwar ein dem ubrigen Europa fremder Gedanke und typisch für den Schweizer Gesetzgeber...".²³

U praksi su povrede načela otkaznog pariteta skrivene iza različitih načina zaobilaženja propisa o paritetu.

3.1.2. Opći otkazni rokovi

Zakonski opći otkazni rokovi su supsidijarni, obvezni, minimalni rokovi koji se primjenjuju uvijek kada stranke nisu, ili nisu pravovaljano ugovorile drukčije otkazne rokove, te uz izuzetak kod otkaza za vrijeme probnog rada za koji vrijedi poseban režim otkaznih rokova o kojemu će biti riječi u slijedećoj točki.

Duljina zakonskih otkaznih rokova stupnjevana je u ovisnosti o trajanju i o vrsti radnog odnosa. Skalu otkaznih rokova zakonodavac je preuzeo neizmijenjenu iz staroga prava pa se u prvoj godini rada može otkazati uz otkazni rok od jednog mjeseca, od druge do devete godine uz otkazni rok od dva mjeseca, a od desete godine službe uz rok od tri mjeseca.²⁴

Stranačka odstupanja od zakonskih rokova ne smiju, međutim, ići ispod apsolutnog minimalnog zakonskog otkaznog roka koji, neovisno o trajanju radnog odnosa, iznosi jedan mjesec, te izuzetno može biti skraćen uz dvije pretpostavke: samo u prvoj godini rada i ako je to izričito predviđeno kolektivnim ugovorom o radu.

U odnosu na staro pravo to su dvije novine kojima je ojačana zaštita radnika koji je u radnom odnosu kraće od jedne godine: iz zakona je, naime, brisana mogućnost da

²¹ Streiff, U. op.cit., str. 325; Reh binder, M. B. Kommentar, str. 67.

²² Socijalni plan bit će mjesto na kojem su sadržani takvi "naknadni" dogovori. Tako Streiff, U. loc.cit.

²³ Reh binder, M., B. Kommentar, str. 65. No isti autor naći će u kraćim otkaznim rokovima pogodnost za posloprimca da prijevremeno napusti nesigurno radno mjesto.

²⁴ Od 10. godine službe može se izuzetno raskinuti i radni odnos na određeno vrijeme redovnim otkazom uz obostrano obvezni otkazni rok od 6 mjeseci (čl.334/3).

otkazni rok pri takvom kraćem radnom odnosu u potpunosti otpadne (odn. iznosi svega jedan dan), ako to nije predviđeno kolektivnim ugovorom o radu, te mogućnost da se skraćenje minimalnog otkaznog roka ugovori individualnim ugovorom o radu što je ranije bilo dozvoljeno.²⁵

Za minimalne otkazne rokove privremeno zaposlenih posloprimaca ("Temporararbeit") primjenjuje se kao *lex specialis* Savezni zakon o posredovanju rada (AVG). Važnim posebnim propisom iz njegova članka 29 st. 4, za koji Rehbindler smatra da ga je trebalo ugraditi u članak 335c Zakona o obligacijama predviđeni su sljedeći minimalni otkazni rokovi (koji se analogno primjenjuju i na pomoćne radnike): za vrijeme prva tri mjeseca neprekidnog radnog odnosa najmanje dva dana, a od četvrtog do šestog mjeseca neprekidnog radnog odnosa najmanje sedam dana. Tek od sedmog mjeseca, u nedostatku posebne norme, što je posljedica neusklađenosti AVG s revidiranim odredbama ZO, vrijedi jednomjesečni otkazni rok iz članka 335c ZO, što znači da je posloprimac od tada odjednom slabije zaštićen.²⁶ Takva se praksa u teoriji kritizira kao suprotna namjerama zakonodavca.²⁷

Trajanje radnog odnosa, čija duljina određuje koji će se zakonski otkazni rok primijeniti, računa se od trenutka primitka otkaza. Budući da duljina otkaznog roka presudno ovisi o trajanju radnog odnosa, a ne o trajanju ugovora o radu, teoretičari se zalažu za svako sprečavanje zloupotreba prekidanja radnog odnosa time što će se ugovori s istim poslodavcem (pa i ugovor o naučništvu) zbrajati, iako među njima postoje kraći prekidi, a samo onda kada je među istim strankama ugovoren potpuno drugačiji radni odnos, neće biti takvog računanja radnog odnosa unatrag od početka namještenja.²⁸

Termin otkaza, prema zakonu, pada uvijek na kraj kalendarskog mjeseca, kao uobičajeno vrijeme za promjenu radnog mjesta. Ovo vrijedi za zakonske otkazne rokove. No s obzirom na dispozitivni karakter čl. 335c stranke mogu i same ugovoriti termin otkaza. Pitanje je da li se pri tome stranke moraju pridržavati zakonskih pretpostavki o pismenoj formi takvog odstupanja. Streiff dopušta i usmenu formu takvog dogovora, za razliku od Rehbindera koji drži da, u interesu pravne sigurnosti propisane, formalne pretpostavke za ugovorna odstupanja treba proširiti i na ugovaranje termina otkaza.²⁹

²⁵ Meier, K. Ibid, str. 46.

²⁶ Dalji posebni propis postoji za trgovačke putnike u čl. 350 ZO. Iznosi li provizija najmanje 20% plaće i podliježe li ona znatnim sezonskim kolebanjima, ako radni odnos postoji od završetka posljednje sezone, a otkaz se izriče zbog nedostatka posla za sezonskog radnika, u interesu je objiju strana obostrano obvezan najkraći otkazni rok od dva mjeseca.

²⁷ Tako Thévenoz, Luc, *Le travail intérimaire*, Lausanne 1987, prema Streiff, U. op.cit., str 334. Niti nedavna revizija AVG nije ništa izmijenila.

²⁸ Rehbindler, M. Berner Kommentar, str. 77; Streiff, U. op.cit., str. 334

²⁹ Streiff, U. loc.cit.; Rehbindler, M. B. Kommentar, str. 78.

Ako su stranke ugovorile otkazni rok koji odstupa od zakonskog, bez navođenja termina otkaza, može se otkazati samo na kraju mjeseca.³⁰

3.1.3. Otkazni rokovi za vrijeme rada na pokus

Rad na pokus može se ugovoriti pismenim sporazumom, individualnim ugovorom o radu ili kolektivnim ugovorom o radu, pri čemu njegovo trajanje, prema slovu zakona, ne može biti duže od tri mjeseca (čl. 335b st. 2). No ukoliko rad na pokus ne bi na ovaj način bio ugovoren pretpostavio je zakonodavac potrebu stranaka za njime, te određuje da se kao probni rad računa, odnosno važi ("gilt") prvi mjesec radnog odnosa počevši od trenutka stupanja na rad.³¹

Zakonska pretpostavka o radu na pokus vrijedi samo za ugovore o radu na neodređeno vrijeme, dok o njenoj primjeni na ugovore o radu na određeno vrijeme postoje različita mišljenja.³²

Novina je da svako eventualno produljenje rada na pokus mora biti učinjeno u pismenoj formi.³³

Rad na pokus nosi sa sobom kao posljedicu kraći otkazni rok te neprimjenjivane zakonske zaštite za slučaj otkaza iz čl. 335c. Tako radni odnos može za vrijeme rada na pokus biti otkazan u svako doba (revizijom je ukinuto dotadašnje ograničenje da se smije otkazati samo na kraju radnog tjedna), uz zakonski otkazni rok iz čl. 335b/1 ZO koji iznosi sedam dana, te za privremeno zaposlene radnike i pomoćne radnike uz dvodnevni otkazni rok iz AVG.

Uz izuzetak ugovora o naučništvu, uz koji se obvezno primjenjuje zakonski otkazni rok od 7 dana, otkazni rok mogu utvrditi stranke pismenim sporazumom, tipskim ugovorom o radu ili kolektivnim ugovorom o radu, pri čemu je u pravilu takav stranački otkazni rok kraći od onog zakonskog, a isto tako može biti izričito isključen (tada radni odnos prestaje samim primitkom otkaza).

Pretpostavka valjanosti takvog skraćenog otkaznog roka jest da je otkaz primljen za vrijeme trajanja rada na pokus. Prestanak radnog odnosa smije tada uslijediti tek nakon isteka pokusnog rada.

4. ZAŠTITA U SLUČAJU OTKAZA

³⁰ Tako sudska praksa: JAR 1983, str. 166, ZR 1983, br. 110.

³¹ Smatra li se pravnotehnički izraz ("als Probezeit gilt der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses") fikcijom ili pravnom predmijevom, sporno je pa se u teoriji prigovara ovakvoj zakonskoj formulaciji. Reh binder, M. Berner Kommentar, str. 69.

³² Prema jednima, probni rad se kod radnog odnosa na određeno vrijeme neće pretpostavljati, ali je dopušten, te može biti ugovoren (pri čemu se na odgovarajući način primjenjuje i zakonsko ograničenje njegova trajanja iz čl. 335b/2). Prihvatljivost ovog stava oni koji ga zastupaju izvode iz sistematike zakona (Kuhn, Rene, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Zürich, 1981, str. 16; Streiff, U.op.cit., str. 326; Pedergana, R.op.cit., str. 34). Drugi su skeptični (npr. Brunner, C.op.cit. str. 125.).

³³ "Pri stvarnom skraćenju rada na pokus uslijed bolesti, nezgode ili ispunjenja jedne nedobrovoljno preuzete zakonske obveze slijedi odgovarajuće produženje rada na pokus" (čl. 335b st.3)

Pravo na redovni otkaz ograničeno je stvarno, u slučaju zloupotrebe otkaza (čl. 336-336b ZO) i vremenski, u slučaju otkaza u "nezgodno vrijeme" (čl. 336c-336d), čime je radnom odnosu pružena zaštita njegove stalnosti. Zamišljena prvotno kao zaštita posloprimca, ona danas prema švicarskome pravu formalno štiti interese objiju strana.

Stvarna i vremenska zaštita u slučaju otkaza pretpostavljaju postojanje pravovaljanog ugovora o radu te se neće primjenjivati ako je radni odnos raskinut zbog pravnih nedostataka.³⁴

Budući da raspoložu različitim sankcijama i budući da je njihov karakter različit, norme o stvarnoj i vremenskoj zaštiti mogu se primijeniti istodobno.

4.1. Stvarna ograničenja otkaza (zloupotreba otkaza)

Stvarna zaštita u slučaju otkaza u Švicarskoj je ograničena samo na zaštitu od zloupotrebe otkaza. Time je Švicarska daleko od rješenja Konvencije br. 158 MOR o otkazu od strane poslodavca koju, istina, nije ratificirala, a prema kojoj je otkaz od strane poslodavca dopušten samo pri postojanju jednog opravdanog razloga koji je u vezi sa sposobnošću ili ponašanjem posloprimca ili je u vezi sa zahtjevima djelatnosti poduzetnika, ili poduzeća.

Stvarna zaštita obvezuje obje strane radnog odnosa (čl. 361/1 ZO). No ako se stranke o tome slože, mogu pri raskidu radnog odnosa (ali ne u samom ugovoru o radu) potpuno ili djelomice odustati od stvarne zaštite, te, uz uvjet da time nisu imale namjeru zaobići primjenu odredaba o zaštiti u slučaju otkaza, a prema načelu ugovorne slobode, zaključiti ugovor o ukidanju radnog odnosa iz čl. 115 ZO ("Aufhebungsvertrag").

Odredbe čl. 336-336b ("Načelo zloupotrebe otkaza, Sankcije i Postupak") čine najvažniji dio jezgre revizije ugovornog radnog prava. Iako je prijedlog Saveznog vijeća u parlamentarnoj raspravi razvodnjen, ostale su postojati one njegove odredbe o stvarnoj zaštiti u slučaju otkaza koje se, kroz primjere bogate sudske prakse pokazuju, u odnosu na stanje prije revizije, kao autentični pomak naprijed u zaštiti posloprimca.³⁵

Naime, prema ranijem pravu otkaz zbog zloupotrebe mogao se pobijati na osnovi članka 2 Švicarskog građanskog zakonika ("Schweizerisches Zivilgesetzbuch", ZGB)³⁶, prema općim pravnim načelima savjesnosti i poštenja. Doduše, i Zakon o obligacijama predviđao je jedan slučaj zloupotrebe otkaza, otkaz zbog obavljanja vojne službe, koji je međutim bio od neznatnog praktičnog značenja.

Odredbe o stvarnoj zaštiti u slučaju otkaza mogle su se naći i u različitim kolektivnim ugovorima o radu, u kojima se posebice štite od otkaza radnici kada vrše

³⁴ Propisi o zaštiti u slučaju otkaza ne sprečavaju, međutim, stranke da ugovor o radu kod kojeg je postojao neki od nedostataka volje učine valjanim retroaktivno, ili da ga raskinu. Ipak, zabluda o okolnostima koje dovode do zaštite u slučaju otkaza ne može dovesti do raskida ugovora o radu, jer smisao i cilj normi o zaštiti u slučaju otkaza ovdje imaju prednost (npr. zabluda o predstojećoj vojnoj službi). Rehbindler, M. Berner Kommentar, str. 83.

³⁵ Meier, K. op.cit., str. 46.

³⁶ Na snazi od 10. prosinca 1907.

sindikalnu djelatnost (prije svega sindikalni funkcioneri), te posloprimci kada štite svoja prava.

Kako je, osim toga, ranije pravo dopuštalo da se otkáže bez navođenja razloga otkaza, pobijanje otkaza zbog zloupotrebe bilo je otežano. Zato su iz tog vremena poznate samo rijetke presude u kojima je otkaz bio okvalificiran kao zlorabeći. Navodimo ovdje jednu iz 1984. godine u kojoj je to učinjeno:

Radilo se o većem broju radnika stranaca koji su godinama u određeno vrijeme, točnije 22.12. odlazili na Božićne ferije da bi otputovali u domovinu. Kada su to opetovano učinili, poslodavac je otpustio dvojicu od njih, iako se radilo o radnicima zaposlenim kod istog poslodavca već 17 godina i na čiji rad ovaj do tada nije imao nikakvih primjedbi. Preostalim radnicima nije se ništa desilo. Sud je bio mišljenja da postoji zloupotreba, ali da ponovno zaposlenje nije prihvatljivo rješenje te je osudio poslodavca na plaćanje naknade štete radnicima u visini dvije mjesečne plaće.³⁷

Iz obilja presuda u kojima je sud našao da ne postoji zloupotreba kod izricanja otkaza, izdvajamo onu Saveznoga suda od 20. listopada 1984. kojom se odbija tužba službenice Bernske kantonalne banke protiv poslodavca. Službenica je bila otpuštena uz poštivanje propisanog otkaznog roka, jer se udala za suradnika sovjetske novinske agencije Nowosti Biroa iz Berna, zabranjenog kratko prije toga od strane Saveznog vijeća iz sigurnosnih razloga. Sud je ovdje ocijenio prikladnim prihvaćanje rizika sigurnosti kao razloga otkaza, iako se ovaj ticao primarno tužiteljčina supruga, a ne tužiteljice.³⁸

Slučajevi zloupotrebe otkaza u zakonu su svrstani u 2 grupe: grupu općih slučajeva zloupotrebe, koji mogu postojati i na strani posloprimca, i na strani poslodavca, te grupu od dva posebna slučaja zloupotrebe na strani poslodavca.

4.1.1. Opći slučajevi zloupotrebe otkaza

Otkaz radnog odnosa je zlorabeći kada ga jedna strana izrekne: radi osobine druge strane, osim ako ta osobina stoji u vezi s radnim odnosom, ili bitno šteti suradnji u poduzeću; jer druga strana vrši kakvo ustavno pravo, osim ako vršenje prava povređuje obvezu iz radnog odnosa ili bitno šteti suradnji u poduzeću; isključivo da osujeti nastanak zahtjeva iz radnog odnosa druge strane; jer je druga strana u dobroj vjeri istakla zahtjev iz radnog odnosa; jer druga strana izvršava u Švicarskoj obaveznu vojnu službu, službu civilne zaštite, vojnu službu za žene ili službu Crvenoga križa, ili ispunjava jednu nedobrovoljno preuzetu zakonsku obvezu (čl. 336/1 ZO).

Odredbe koje sadrže ovih pet slučajeva zloupotrebe otkaza formulirane su tako kao da mogu biti povrijeđene od obje strane, posloprimca i poslodavca. No načelo pariteta u teoriji je sporno. Prema Streiffu odredba se temelji na fikciji o ravnopravnosti objiju strana, ali primjeri iz sudske prakse pokazuju da zaštita poslodavca nikada nije postigla

³⁷ JAR 1984, str. 171.

³⁸ JAR 1985, str. 202.

praktično značenje.³⁹ Manje kritičan je Reh binder koji "formalno paritetnu primjenu" spomenutih odredbi vidi u praksi kao gotovo isključivu primjenu pri otkazu izrečenome od strane poslodavca.⁴⁰ Pozitivno se o paritetu izjašnjava Fritz.⁴¹

4.1.1.1. Osobno svojstvo

Prema suglasnom mišljenju autora ovom odredbom zabranjuje se diskriminacija na osnovi: spola, bračnoga stanja, porijekla, rase, nacionalnosti, dobi, religije, svjetonazora, homoseksualnosti, prethodnog kažnjavanja, bolesti ili invalidnosti.⁴²

Norma u svom drugom dijelu ograničava zaštitu osobnosti, budući da se smatra zakonitim otkaz uslijedio radi osobine koja je u vezi s radnim odnosom, ili koja bitno šteti suradnji u poduzeću.

Povezanost osobnog svojstva s radnim odnosom mora biti neposredna i jasna, primjerice, ako je određeno državljanstvo bilo preduvjet pri zasnivanju radnog odnosa, promjena državljanstva daje pravo na otkaz; ili, teška prethodna kazna zbog pronevjere opravdava otpuštanje jednog računovođe.⁴³ Naprotiv, ranije navedena odluka Saveznoga suda o otkazu zbog zaključenja braka sa suradnikom sovjetske novinske agencije sa stajališta revidiranoga prava smatra se pogrešnom.⁴⁴

Neki autori pokušavaju u interesu slobode otkaza određena osobna svojstva unaprijed označiti irelevantnim za radni odnos.⁴⁵ Prihvatljivije je stajalište da bi u načelu sve osobine mogle biti relevantne za ugovorene posebne radne obveze, ili bi sve mogle, kada se radi npr. o rukovodećim radnicima, šteti ugledu poduzeća, te se ni otkaz izrečen zbog njih ne bi smatrao zlorabećim.⁴⁶

Drugi razlog koji opravdava zakonitost otkaza izrečenoga zbog osobnog svojstva postoji ako osobina bitno šteti suradnji u poduzeću. Ovo je vrlo problematična odredba, sporna još u parlamentarnim raspravama, za koju teorija traži od sudova primjenu samo u izvanrednim slučajevima i uz veliki oprez.⁴⁷

³⁹ Streiff, U.op.cit., str. 342.

⁴⁰ Reh binder, M. B. Kommentar, str. 83.

⁴¹ Fritz, Max, Die neuen Kündigungsschutzbestimmungen des Arbeitsvertragsrecht, Zürich, 1988, str. 32.

⁴² Botschaft Kundigschutz, str. 599; Streiff, U.op.cit., str. 339, Farner, M. Missbräuchliche Kündigung und die fristlose Entlassung nach der Novelle über den Kündigungsschutz vom 18. März 1988, Arbeitsrecht, 1992, str 31, Pederngana, op.cit, str. 40.

⁴³ Meier, op.cit., str. 46.

⁴⁴ Reh binder, M. Berner Kommentar, str. 84.

⁴⁵ Humbert, Denis, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Diss., Zürich, str.68.

⁴⁶ Reh binder, M. Ibid, str.84.

⁴⁷ Meier, K.op.cit., str. 46.

Naime, bitno nanošenje štete klimi u poduzeću postoji samo onda kada osobna svojstva otpuštenoga nespojivo kolidiraju s osobnim pravima drugih radnika.

Gdje postaviti osjetljivu granicu netolerantnih odnosa koji vode u otkaz, i time izbjeci opasnost od izigravanja zakonske zaštite, pokušala je pojasniti teorija kroz tzv. "otkaz pod pritiskom" ("Druckkündigung"). Odredba čl. 336/1 toč. a opravdava otkaz izrečen radi nanošenja štete poduzeću i onda kada otpušteni za tu štetu nije odgovoran: jer nije mogao utjecati na osobinu koja je izazvala štetu, ili onda kada ne postoji povreda ugovora o radu. Tako ne smije biti otkazano crnome radniku, samo zbog toga što se njegova boja kože ne sviđa njegovom bijelom švicarskom kolegi; ili homoseksualcu samo zato što njegova prirodna sklonost smeta drugim radnicima.⁴⁸ Istina, zahtjev da šteta bude "bitna" isključuje neznatna ometanja, ali, kako primjećuju teoretičari, zakon štiti o obvezi poslodavca da, prije no što posegne za otkazom kao sredstvom rješavanja napetosti među radnicima, pokuša ukloniti ometanje zajedničkoga rada. Interpretirajući zakonsku odredbu u čl. 328 ZO o obvezi brige o zaštiti osobnosti poslodavcu stoje na raspolaganju odgovarajuće mjere protiv radnika (rasprava, prijetnja zakonskim sankcijama) i tek ukoliko one ne uspiju poslodavac se može poslužiti redovnim otkazom. Otkaz u ovakvoj situaciji naziva se "otkazom pod pritiskom".⁴⁹

4.1.1.2. Vršenje ustavnog prava

Pod vršenjem ustavnog prava na ovom mjestu treba razumjeti: stupanje u političku stranku i istupanje iz nje, potpisivanje neke inicijative, referenduma ili peticije, ukratko, vršenje političkih prava te, jednako tako, isticanje prava na slobode garantirane ustavom, čemu pripadaju i sva prava prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima (npr. sloboda vjeroispovjesti). Za ovo posljednje nailazimo na primjer sudske odluke Okružnog suda Arbon koji je osudio poslodavca na plaćanje novčane kazne od 5.000 Fr., jer je otpustio religioznu tursku radnicu zato što je, u skladu sa zapovješću iz Kurana, maramom pokrivala glavu.

Slično kao u prethodnoj točki, i ovdje neće postojati zloupotreba ako vršenje ustavnog prava povređuje obvezu iz radnog odnosa ili bitno šteti suradnji u poduzeću.

Utvrđivanje zloupotrebe bit će posebno teško kada zaštićena prava stoje nasuprot obvezi odanosti radnika. Osobito kod tzv. "Tendenz-betrieb", poduzeća svjetski orijentiranih, obveza odanosti je naročito jaka. Postoji mišljenje da nema zloupotrebe otkaza ako je vršenjem jednog ustavnog prava povrijeđena povećana obveza povjerenja.⁵⁰

4.1.1.3. Sprečavanje nastanka zahtjeva iz radnog odnosa

Ako je otkaz izrečen isključivo radi sprečavanja nastanka zahtjeva iz radnog odnosa druge strane, smatrat će se da postoji zloupotreba. Zahtjevi iz radnog odnosa odnose se

⁴⁸ Meier, K.loc.cit

⁴⁹ Ima i mišljenja da bi možda trebalo otpustiti radnika kojemu smeta osobina nekoga od kolega. Tako Meier, Ibid, str. 46.

⁵⁰ Streiff,U. op.cit., str. 340.

na isplatu tzv. posebnih naknada, kao što su jubilarne i izvanredne nagrade, 13. plaća, naknada kod odlaska u mirovinu, dodatak za skupoću, a uključeni su i zahtjevi temeljeni na ugovorima o skrbi za osoblje.

Prestanak radnog odnosa mora neposredno prethoditi nastanku zahtjeva, što je izraženo visoko postavljenim kriterijem zakonodavca da onemogućivanje nastanka zahtjeva treba biti isključivim razlogom otkaza. Dokazivanje takve isključivosti pokazuje se kompliciranim, jer je poslodavac u pravilu oprezan i ne imenuje otvoreno pravi razlog otkaza.

4.1.1.4. Otkaz radi isticanja zahtjeva iz radnog odnosa

Jednom novom odredbom štiti se od zloupotrebe stranka kojoj je otkaz izrečen zato što je, u dobroj vjeri, istakla prema drugoj strani zahtjeve koji joj pripadaju radnog odnosa. U teoriji se ovakav otkaz slikovito naziva otkazom iz osvete, "Rache-kündigung".

Iako je riječ o razlogu utvrđenom u interesu obje strane, može se ustvrditi da je ovom novotom utvrđeno za posloprimca veoma važno činjenično stanje zloupotrebe, za koje se pretpostavlja da će i u praksi imati najveće značenje (da će se na njega u konkurenciji svih razloga zloupotrebe najčešće pozivati).

Do revizije najčešće je posloprimac, zabrinut za sigurnost svog radnog mjesta, svoje zahtjeve isticao tek nakon prestanka radnog odnosa, jer je u nedostatku zakonske zaštite traženje prava za vrijeme trajanja radnog odnosa značilo i spremnost na teške posljedice otkaza.

Novom odredbom zakonodavac je, naprotiv, želio učiniti mogućim sudsko rješavanje zahtjeva još za trajanja radnog odnosa i istovremeno spriječiti kažnjavanje posloprimca otkazom.

Isticanje prava pred sudom (ali i pred drugom nadležnom instancom kao što je npr. Služba za zaštitu rada) izjednačeno je sa zahtjevom koji posloprimac usmeno ili pismeno postavlja kod poslodavca.

Uvjet da se pri tom postupa u dobroj vjeri može se razumjeti kao ograničenje pa onaj tko pred sud iznese silom nategnuti zahtjev, ne smije iz toga uživati nikakvu zaštitu za slučaj otkaza.⁵¹ Niti posloprimčevo blokiranje tužbom otkaza koji mu prijeti neće se smatrati postupanjem u dobroj vjeri.

Uspjeh u sudskom sporu, odnosno činjenica da je zahtjev istaknut s pravom nije pretpostavka za prihvaćanje postojanja činjeničnog stanja zloupotrebe.

4.1.1.5. Otkaz radi vršenja službe u interesu zemlje

Pod ovim činjeničnim stanjem zloupotrebe zakon nabroja: vršenje obvezne vojne službe, službe civilne zaštite, vojne službe za žene, ili službe Crvenoga križa kao i vršenje nedobrovoljno preuzete zakonske obaveze.

⁵¹ Meier, K. op.cit, str. 47.

U odnosu na stanje prije revizije, dodate su vojna služba žena i služba Crvenoga križa, te nedobrovoljno preuzeta zakonska obveza pod kojom većina autora podrazumijeva službu porotnika, svjedoka, brojača glasova, službu obrane od požara, starateljstvo po službenoj dužnosti⁵², ali ne i službe koje čine samoizabranu političku karijeru (npr. u Savjetu općine ili kantona).⁵³

Smisao je norme u zaštiti obrambenog sistema zemlje, a u praksi ona nema većeg značenja.

4.1.2. Posebni slučajevi zloupotrebe od strane poslodavca

4.1.2.1. Otkaz zbog članstva u sindikatu

Prema čl. 336 st. 2. toč. a zlorabeći je otkaz izrečen zbog pripadnosti ili nepripadnosti posloprimca sindikatu, ili zbog zakonitog vršenja sindikalne djelatnosti.⁵⁴

Zaštita tzv. pozitivne i negativne slobode udruživanja jamči se uz pretpostavku da vršenje ove slobode ne povređuje neku od valjanih ugovornih obveza.

Dok će kod "običnih" radnih odnosa obveze protivne slobodi udruživanja biti ništave, mogu u slučaju "Tendenz-poduzeća" biti opravdane neke obveze koje ovu slobodu ograničavaju. Razlog tome je, kako je Reh binder naziva, "nezdruva obveza povjerenja" koja postoji u takvim poduzećima i koja rađa zabranom ulaska članova većinskoga sindikata u manjinski sindikat, te zabranom članstva u sindikatu uopće za radnika u jednom udruženju poslodavaca.⁵⁵

Sindikalna djelatnost je motiv za zaštitu samo ako je zakonita, tj. ako ne proturječi pravilima kolektivnog ugovora o radu ili načelima ugovora o radu⁵⁶, pa se na zloupotrebu otkaza neće moći pozivati sudionik u "divljem štrajku" ili onaj tko je u vršenju kakve sindikalne aktivnosti uzrokovao materijalnu štetu.⁵⁷

4.1.2.2. Otkaz izabranih zastupnika posloprimaca

Izabranim zastupnicima posloprimaca u organima poduzeća ili s poduzećem povezanim ustanovama ne može se izreći otkaz za vrijeme dok vrše ovu dužnost. U

⁵² Pitanje da li su privilegirani i oni koji sudjeluju u akcijama spašavanja pri katastrofama, zakonodavac je svjesno ostavio otvorenim, ali se u literaturi na njega odgovara pozitivno. Humbert, D., op.cit., str. 93.

⁵³ Ima i mišljenja da ovakvo ograničenje nije logično i da bi se zaštita trebala protegnuti na sve one koji svoje vrijeme žrtvuju državi vršenjem političkih službi. Tako Streiff, U.op.cit., 342.

⁵⁴ Izričitim navođenjem da je otkaz zbog nepripradnosti sindikatu zlorabeći, sagrađen je most ka čl. 356a ZO, kojim se zabranjuje prisiljavanje na članstvo i ostala ograničenja slobode udruživanja u okviru kolektivnog ugovora o radu.

⁵⁵ Reh binder, M. Berner Kommentar, str. 90.

⁵⁶ Streiff, str.343.

⁵⁷ Usprkos izričitoj zabrani uprave poduzeća sindikalni povjerenici dijele bezobzirno, napadajuće sindikalno pismo. Njihovo otpuštanje bilo je opravdano. JAR 1986, str. 110, JAR 1985 str. 209.

protivnome radit će se o zloupotrebi otkaza, osim ako poslodavac ne dokaže da je za otkaz imao osnovanog povoda. Zaštićeni, privilegirani zastupnici su članovi komisija poduzeća, predstojnici penzijske kase, te zastupnici u, od poduzeća neovisnim, zakladama, udruženjima, i drugim javnim ustanovama. Zastupnici u drugim odborima i oni izabrani od poslodavca isključeni su iz zaštite prema ovom članu.

Predviđena zaštita, čiji je cilj osiguranje uspješnog zastupanja interesa radnika, razlikuje se od zaštite u svim prethodno navedenim slučajevima po dva obilježja. Ona je i vremenska zaštita radnika u razdoblju dok obavljaju funkciju radničkog zastupnika; različita je i po obliku: poslodavac smije otkazati samo ako može dokazati da je za otkaz postojao osnovani povod. Time se teret dokaza prebacuje na onoga tko je otkazao (poslodavca), čime se odstupa od pravila da je teret dokaza na onome tko se poziva na zloupotrebu otkaza.

U tumačenju značenja termina "osnovani povod" slažu se autori u tome da nije neophodno da je radnik dao povoda za otkaz već se može raditi i o objektivnim razlozima, kao što je naprimjer loše privredno stanje koje sili na otpuštanje dijela radnika.

4.1.3. Primjerično ili taksativno nabranje činjeničnih stanja zloupotrebe

Propust zakonodavca da zbog, kako se u literaturi navodi, nesposobnosti, izričito utvrdi radi li se u čl. 336 o taksativnom ili primjeričnom nabranju činjeničnih stanja zloupotrebe generirao je pitanje može li otkaz biti zlorabeći zbog razloga koje Obvezni zakon ne spominje.⁵⁸

U pravnoj doktrini, koja je time dobila zadaću da "stvara" pravo (umjesto da ga tumači - kritika je Rehbintera na račun zakonodavca) o tome ne postoji suglasnost.

Za većinu autora nabranje činjeničnih stanja zloupotrebe je, unatoč nejasnom slovu zakona, primjerično. Argument za ovakav stav nađen je u argumentu "a contrario" shvaćanju da se radi o taksativnom nabranju, jer bi prihvaćanje potonjeg značilo da bi izvan okvira pravne zaštite ostali slučajevi dosada zaštićeni općim pravnim načelima iz ZGB. No kako su zamislive samo teške zloupotrebe koje se ne mogu podvesti ni pod jednu od 7 grupa iz čl. 336, ovo pitanje može biti i čisto akademske naravi.

Ako je za prihvatiti dopustivost "intervencije" ZGB-a u slučajevima zloupotrebe otkaza gdje je Zakon o obligacijama "preuzak", treba razmotriti i pitanje sankcija koje se mogu primijeniti.

⁵⁸ Prvobitno, u Nacrtu Saveznog vijeća bilo je to izričito učinjeno: "otkaz radnog odnosa od strane poslodavca je zlorabeći, prije svega...". U parlamentarnim raspravama više puta je od svih političkih strana naglašavano da su, uz ona iz čl. 336 ZO, zamisliva (moguća) i druga činjenična stanja zloupotrebe u okviru čl. 2/2 ZGB i da judikatura nije ograničena u proširenju činjeničnih stanja zloupotrebe. Pod druga činjenična stanja moglo bi se supsumirati: otkaz radnice koja je odbila nemoralnu ponudu pretpostavljenog, ili poslodavca; otkaz starijeg, dugogodišnjeg radnika kako bi se uštedjelo na troškovima za brigu o osoblju; otkaz zbog isticanja, u dobroj vjeri, zahtjeva iz ugovora vezanih s radnim odnosom (npr. osiguranje za slučaj bolesti, ugovor o najmu).

Prije revizije na zloupotrebu otkaza primjenjivale su se, u nedostatku posebne zakonske norme ZO, sankcije za zloupotrebu iz ZGB (nevaljanost ili naknada štete). Krajnja osporavanja takve prakse okončana su revizijom, ustrojstvom posebnih sankcija zloupotrebe otkaza koje se, o čemu postoji suglasje, trebaju primijeniti i onda kada se u nedostatku činjeničnog stanja iz čl. 336 ZO na konkretan slučaj neposredno primijeni ZGB.

4.1.4. Teret dokazivanja i uzročnost

Hoće li doći do ostvarenja zaštite u slučaju zloupotrebe otkaza, ili će ona ostati mrtvo slovo na papiru, uvelike ovisi o podjeli tereta dokaza.

Iz zakonske formulacije većine (prvih 6) stvarnih stanja zloupotrebe otkaza proizlazi da je teret dokaza na tužitelju, da je on taj koji mora dokazivati da je kauzom otkaza bio jedan od zakonom zabranjenih razloga.

To istina odgovara procesnome načelu da je dokazivanje zloupotrebe na onome tko iz toga izvodi neko svoje pravo. No budući da je karakter navedenih činjeničnih stanja zloupotrebe takav da će se u većini slučajeva posloprimac javljati u ulozi otpuštenoga, o čemu smo već govorili, nema dvojbe oko toga na čija je leđa zakonodavac prevalio teret dokaza.⁵⁹

Tako je na posloprimcu da sam dokazuje, ne samo postojanje činjeničnog stanja zloupotrebe, nego također i to da je ono uzrokom otkaza. Budući da se u pravilu radi o unutarnjem procesu kod onoga tko otkazuje ("osobina", "jer druga strana..."), zahtjev da se dokaže motiv otkaza, dovodi u istinski težak položaj onoga tko dokazuje.⁶⁰

Radnopravna teorija prigovara zakonodavcu ovakav ustroj podjele tereta dokaza na "teret" radnika i to pokušava ublažiti pozivom na razboritu primjenu općih dokaznih pravila građanskoga prava, u skladu s načelima savjesnosti i poštenja.

Položaj tužitelja ojačalo bi ispunjenje Humbertovog zahtjeva de lege ferenda za nadopunom Zakona o obligacijama pretpostavkom o zloupotrebi otkaza: "Ne navede li strana koja otkazuje razlog otkaza ili to ne učini u primjerenom roku, navede li naknadno druge razloge, ili ako se navedeni razlozi čine nevjerojatnim, pretpostavit će se da je otkazano iz zlorabećeg razloga."⁶¹

Težak položaj onoga kome je otkazano nešto ublažava načelo oficijelnosti, koje obvezuje suca da u sporovima male vrijednosti (prema čl. 343 ZO do 20.000 Fr) ocjenjuje dokaze po svom slobodnom sudačkom uvjerenju, kao i činjenica da se po prirodi stvari neće tražiti dokazivanje ako, na temelju svih okolnosti slučaja, sudac dođe do uvjerenja da postoji zloupotreba otkaza.

⁵⁹ Teret dokaza opravdanosti otkaza nosi poslodavac u slučaju kada postoji: ometanje suradnje u poduzeću (čl. 336/1 a. i b.); osobina koja je u vezi s radnim odnosom (čl. 336/1 a.); izvršenje ustavnog prava koje povređuje radnu obvezu (čl. 336/1 b.); osnovani povod (čl. 336/2 b.).

⁶⁰ To će biti jedva moguće kada, usprkos traženju, izostane pismeno obrazloženje razloga otkaza iz čl. 335/2 ZO, ili ono bude neistinito ili nepotpuno.

⁶¹ Humbert, D. op.cit., str. 112.

Kod ovog posljednjeg, razmimoilaze se teoretičari u svojim pokušajima da snize zakonski visoko postavljene prepreke za onoga tko dokazuje; prema jednima dostaju takvi indiciji koji uz veliku vjerojatnost svjedoče o postojanju zloupotrebe, drugi pak predlažu da postojanje jednog zabranjenog razloga otkaza mora biti samo vjerojatno, čime bi se teret dokazivanja kod zloupotrebe otkaza približio načelu vjerojatnosti važećem u pravu socijalnog osiguranja.

Osjetljivo je pitanje uzročnosti kod postojanja više motiva otkaza. Problem se javlja tamo gdje, pored nedopuštenih, do otkaza dovodi i dopušteni motiv. Pitanje kako riješiti ovakve slučajeve od velikog je praktičnog dometa budući da onaj tko otkazuje takve dopuštene motive otkaza ističe u prvi plan. Sudska praksa i teorija složne su u tome da nedopušteni motiv otkaza treba biti glavni, neposredni razlog otkaza. Teorija ide i dalje pa se prihvaća i da nedopušteni osnov bude najmanje toliko bitan da bez njegova postojanja otkaz ne bi bio izrečen.

4.1.5. Sankcije

Pri sankcioniranju zloupotrebe, odstupilo se u švicarskom pozitivnom radnom pravu od općeg pravnog načela o ništavosti akata zloupotrebe, pa zakon danas kao jedinu sankciju predviđa novčanu kaznu ("Entschädigung").

U mogućem statuiranju nevaljanosti otkaza kao posljedice njegove zloupotrebe vidjeli su, naime, tvorcii revizije povredu načela ugovorne slobode i takav stav branili svakako uvjerljivim argumentom o nesvrishodnosti daljnjeg (ponovnog) zaposlenja otkazanog radnika: "... u situaciji zloupotrebe otkaza gotovo je besmisleno ponovno združiti stranke zahtjevom za ponovnim namještenjem budući da je ovdje uspješna suradnja u budućnosti gotovo isključena".⁶²

No doktrina zamjera što je takvo "ideološki izobličeno" pravno shvaćanje previdjelo odgojnu funkciju prava, ostavljajući širom otvorena vrata i težim povredama, protivnima pravnome moralu, od strane poslodavca.

Sankcija za zloupotrebu otkaza sastoji se u obvezi strane koja je zlorabeći otkazala na isplatu novčane kazne (naknade) drugoj strani.

Visina kazne, koju određuje sudac ocjenjujući svę okolnosti slučaja, ne smije pritom prijeći iznos koji odgovara 6-omjesečnom iznosu plaće posloprimca. (čl. 336a/1 i 2 ZO).

U literaturi vladaju oprečna mišljenja o karakteru ove sankcije, za koju je i izraz u zakonu nespretno izabran: "Entschädigung" (odšteta, naknada).

Složni u tome da se ne radi niti o naknadi štete, niti o plaći, autori se razmimoilaze pri pokušaju njenog definiranja: dio autora priklanja se tumačenju zakonodavca da je riječ o građanskopravnoj kazni mješovitog karaktera, spoju zadovoljštine i kazne (Fritz, Kuhn, Streiff), obilježje zadovoljštine u potpunosti joj odriču Brunner, Rehbinder, Meier, a navedimo i stav Rehbintera koji, izjednačavajući je poredbenopravno s angloameričkom obvezom davanja za punitivne štete, vidi u njoj kaznu

⁶² Rehbinder, M. B. Komentar, str. 95.

("Busse") koja treba djelovati zastrašujuće i koja se dodjeljuje žrtvi povrede prava, a ne državnoj kasi.⁶³

Uz novčanu kaznu može se uvijek tražiti isplata plaće za rad do konca otkaznog roka te druga ugovorna potraživanja koja su se zloupotrebom otkaza htjela izbjeći (plaća kod bolovanja, naknada kod odlaska u mirovinu). Pravo na traženje novčane kazne ne isključuje zahtjeve za naknadu štete po drugoj pravnoj osnovi (čl. 336a/2) (troškovi oglasa i predstavljanja kod novog poslodavca, troškovi selidbe, naknada posebnih troškova vezanih uz novo zaposlenje itd.). O ovome pitanju razvila se u radnopravnoj doktrini živa rasprava. Pristupi su različiti, u ovisnosti o tumačenju pravne naravi novčane kazne.

Visina naknade iznosi najviše 6 mjesečnih plaća posloprimca. Mjerodavna je posljednja bruto plaća.

Pri odmjeravanju visine kazne sudac je prema zakonu dužan uzeti u obzir "sve okolnosti slučaja", a posebice, prema "Botschaft": socijalno stanje i ekonomske mogućnosti obiju strana, težinu zadiranja u osobnost onoga kome je otkazano, trajanje ranijeg radnougovornog odnosa i tijesnost radnopravne veze, kao i način na koji je otkazan radni odnos.

Kao okolnost o kojoj sudac treba voditi računa ne spominje se trajanje radnog odnosa koji je otkazan, što se ocjenjuje umjesnim ako se ima u vidu kaznena narav predviđene sankcije. Iz istog razloga ekonomskim posljedicama otkaza, kao što su: socijalno stanje onoga kome je otkazano, financijsko stanje obiju strana, teškoće pri pronalazanju novog radnog mjesta, odriče se kod nekih autora uloga pri odmjeravanju visine kazne.

Nasuprot tome, kao moralno značajni kriteriji uzimaju se tijesnost radnougovorne veze, ponižavajuće okolnosti otkaza, obrazloženje otkaza, sukrivnja druge ugovorne strane.

Navodimo ovdje primjer ranije spomenute odluke u kojoj je kriterij sukrivnje prihvaćen kao mjerodavan pri utvrđivanju visine novčane kazne. Okružni sud Arbon proglasio je zlorabećim otkaz radnice, kojoj se zamjeralo što je na radnom mjestu, iz vjerskih motiva, nosila maramu. Tužiteljica je zahtijevala novčanu kaznu u visini od 5 1/2 mjesečnih plaća, tj. 12.000 Fr. Sud joj je dodijelio iznos od samo 5.000 Fr. uz obrazloženje da je skrivila otkaz time što je mijenjala svoje nazore i tek kasnije po zaposlenju počela nositi maramu. Odluci se prigovara ustavnopravno neprihvatljivo stajalište suca pri odmjeravanju kazne.⁶⁴

Norma o sankcijama je apsolutno prisilne naravi, obvezuje obje ugovorne strane, u skladu s načelom stranačkog pariteta.

No postavlja se pitanje može li, primjerice u kolektivnom ugovoru o radu, novčana kazna biti povećana do iznosa 12-mjesečne plaće. Ako se obilježje apsolutne prinudnosti odnosi na sve elemente norme, povećanje kazne bilo bi nedopustivo. Ipak,

⁶³ Reh binder, M. B. Kommentar, str. 95.

⁶⁴ Baur, F. JAR, 1991, str. 257.

ima autora koji drže da to nije bila namjera zakonodavca te ističu prednost primjene načela povoljnosti.⁶⁵

4.1.6. Postupak

Svoje pravo na novčanu kaznu u slučaju zloupotrebe otkaza može onaj kome je otkazano ostvarivati po švicarskome pravu uz dvije pretpostavke, odnosno u dvije etape: prva uključuje pravo na pismeni prigovor koji se podnosi najkasnije do isteka otkaznoga roka, a druga, uz preduvjet da je prigovor bio valjan i da se stranke nisu uspjele složiti oko nastavka radnog odnosa, znači pravo na podizanje tužbe za novčanu kaznu pred sudom, unutar roka od 180 dana od dana prestanka radnog odnosa.

Ranije pravo predviđalo je rok od 30 dana i to unutar otkaznog roka kao rok za podnošenje prigovora, a rok za tužbu bio je znatno kraći, svega 30 dana od dana prestanka radnog odnosa.

Zahtjev da prigovor bude u pismenoj formi jest bezuvjetan pa će onaj tko ne udovolji ovom propisu izgubiti pravo da zahtijeva novčanu kaznu i raspolagat će jedino mogućnošću tužbe na utvrđenje protuzakonitosti otkaza ("Feststellungsklage").

Pravedoban je prigovor koji prisprije do onoga tko je otkazao prije isteka otkaznog roka. U svezi sadržaja prigovora, ne postavljaju se nikakvi posebni zahtjevi, dovoljno je da nezadovoljna strana naznači da nije suglasna s otkazom.

Objašnjavajući ovakvo ustrojstvo postupka u kojemu je isticanje prigovora pretpostavka za ostvarivanje prava na novčanu kaznu, zakonodavac ističe kao primarni cilj koji se time želi postići - pomirenje stranaka. Prigovor bi trebao predstavljati povod razgovoru stranaka, odnosno raščišćavanju njihovih odnosa, pritisak da dođe do stranačke nagodbe.

U stvarnosti, pak, zlorabeći otkaz nepovratno uništava odnos povjerenja i kako to svjedoči Farner, iskusni sudac u radnim sporovima "... još nikada nisam doživio pri zloupotrebi otkaza da su posloprimac i poslodavac još jednom sjeli zajedno da raščiste situaciju".⁶⁶

Praksa tako potkrijepljuje ocjene teoretičara o nerealnim očekivanjima zakonodavca da prigovor može osigurati nagodbu ili nastavak radnog odnosa; Meier vidi u tome nepotrebnu šikanu prije svega pravno neukog posloprimca, a Farner "zakonodavno bezakonje". Po Rehbinderu, zahtijevati od stranaka trud radi nagodbe, posebice od tužitelja koji želi, ne radno mjesto, već kažnjavanje suprotne strane vodi u licemjerje.

Premda zakonski tekst nije potpuno jasan, u teoriji vlada mišljenje da pokušaj nagodbe među strankama nije preduvjet tužbe. Ukoliko do stranačke rasprave ipak dođe, ona može imati dvojaki ishod. Dobronamjerna, plodonosna rasprava može završiti sporazumnim raskidom radnog odnosa ("Ausscheiden"), a u izvanredno rijetkim

⁶⁵ Streiff, U.op. cit., str.352.

⁶⁶ Farner, M. op.cit., str. 35.

slučajevima stranačka nagodba donijet će nastavak otkazanog radnog odnosa, što će pravno imati obilježja ugovornog ukidanja otkaza.⁶⁷

Najčešće se, ipak, otkaz doživljava teško, rasprava među strankama završava neuspjehom pa radni odnos tada prestaje istekom otkaznog roka ("Entlassung mit "golden handshake"). Tada se (ali i onda kada do rasprave među strankama nije ni došlo), da bi se ostvarilo pravo na novčanu kaznu, unutar roka od 180 dana od prestanka radnog odnosa mora podići tužba. U protivnome, zahtjev za novčanom kaznom je izgubljen.⁶⁸

4.2. Vremenska zaštita

4.2.1. Na strani posloprimca

Svrha je vremenskog ograničenja otkaza zaštititi radni odnos od otkaza u periodu u kojemu je radniku zbog određenih razloga onemogućeno traženje novog radnog mjesta. U te razloge spada: vršenje službe u interesu zemlje, spriječenost za rad zbog bolesti ili nezgode, trudnoća i porođaj, akcije pomoći u inozemstvu.

Zakonske su pretpostavke vremenske zaštite: da se može tražiti tek nakon isteka rada na pokus (odnosno već od trenutka zaključenja ugovora, ako je rad na pokus bio izričito isključen); da se njome radni odnos štiti samo kod redovnog otkaza; te da se posloprimac ne može pozivati na zaštitu ako je sam otkazao.

Revidirane odredbe unose u odnos zaštite bitno produljenje perioda zaštite, odn. rokova zabrane izricanja otkaza (tzv. "Sperrfrist"), iako je Savezno vijeće predlagalo još duže rokove.

Osim toga, zakonodavac je izričito proširio zaštitu radnika i na slučaj djelomične spriječenosti za rad.

Protek roka zabrane izricanja otkaza ne znači da je redovni otkaz tada svakako dopušten. Tu norme o zloupotrebi otkaza nadopunjuju mozaik zaštite nalazeći primjenu u vrlo čestim slučajevima otpuštanja radnika koji je za vrijeme roka zabrane ustrajao na svojem pravu da ne bude otpušten.

4.2.1.1. Vršenje službe u interesu zemlje

Za vrijeme dok vrši obveznu vojnu službu, službu civilne zaštite, vojnu službu žena ili službu Crvenoga križa, ukoliko ta služba traje dulje od 12 dana, radniku se ne smije izreći otkaz u periodu od 4 tjedna prije i 4 tjedna poslije vršenja službe.

Obveznu službu čine, prema švicarskom zakonodavstvu o vojnoj i civilnozaštitnoj službi, škola za regrute, tečajevi ponavljanja i dodatni tečajevi kao i otpremna služba te,

⁶⁷ Rehbindner, M. Schweiz. Arbeitsrecht, str. 119.

⁶⁸ Za radne sporove nadležni su Okružni i Radni sudovi. U mnogim kantonima predviđene su i instance mirovnoga suca i/ili posrednika. O posebnim kantonalnim propisima ovisi hoće li biti valjano obraćanje tužbom bilo kojoj od ovih instanci, ili se pritom mora poštivati propisani redosljed kako bi se udovoljilo zahtjevu za pravodobnost tužbe. U velikom broju kantona mogu sporovi iz radnog odnosa biti pokrenuti neposredno pred sudovima, čime otpadaju ostale instance, a postupak se ubrzava.

nakon revizije, vojna služba žena i služba Crvenog križa. Dobrovoljno vršenje službe, posebice npr. oružani športovi ne uživa zakonsku zaštitu prema ovoj normi.

Preduvjet za primjenu norme je najmanje 12-dnevno obavljanje službe, pri čemu se misli na njeno službeno trajanje.

Rok zabrane primjenjivat će se i kada je radnik propustio da, prilikom stupanja na radno mjesto, obavijesti poslodavca o predstojećoj, duljoj vojnoj službi.

Norma štiti samo u Švicarskoj obavezno obavljanje službe, te se ne primjenjuje na obveznu službu stranih radnika u njihovoj domovini.

4.2.1.2. Za vrijeme potpune ili djelomične spriječenosti za rad zbog bolesti ili nezgode

Za vrijeme dok je posloprimac, bez vlastite krivnje, zbog bolesti ili nezgode potpuno ili djelomično spriječen obavljati rad, ne smije poslodavac otkazati radni odnos, i to u prvoj godini rada za vrijeme 30 kalendarskih dana, od 2-5 godine rada za vrijeme 90 dana, i od 6. godine rada za vrijeme 180 dana spriječenosti obavljanja rada.

Smisao je norme zaštititi radnika od otkaza u vrijeme kada je zbog nesposobnosti za rad, razumno gledajući, njegovo novo zaposlenje teško zamislivo.

Novina je izričito navođenje djelomične spriječenosti za rad kao zaštićenog stanja, čime je sankcionirana dotadašnja praksa sudova. Naime, nezvjesnost oko pronalaženja novog radnog mjesta može biti jednaka pri potpunoj, kao i pri djelomičnoj nesposobnosti za rad. Ipak, teorija i sudska praksa, nalazeći da dopuštenost takve pravne situacije ne ide u prilog pravnoj sigurnosti (npr. kod neznatne nesposobnosti za rad), priznaju jednakovrijednost potpune i djelomične nesposobnosti, kao pretpostavki za primjenu vremenske zaštite, samo onda kada su mjera i trajanje spriječenosti takve da postoji velika vjerojatnost da radnik neće naći posao.

Bolest ili nezgoda pritom ne smiju biti uzrokovane krivnjom samog posloprimca.⁶⁹

Sporno je da li u slučaju uzastopnih bolesti istog posloprimca zbrajati ili ne bolesničke dane. Savezno vijeće bilo je izašlo s prijedlogom od 360 dana maksimalnog roka zabrane izricanja otkaza u ukupnom razdoblju od 3 godine, ali je zakonodavac ostao

⁶⁹ U postupku donošenja zakona željelo je Savezno vijeće potpuno isključiti uzimanje u obzir krivnje, no u tome nije uspjelo. Inače, o pojmu krivnje kod subjektivne spriječenosti za rad iznosimo shvaćanje Rehbindera prema kojemu lakši oblik krivnje ne šteti, već samo "očigledno pogrešno ponašanje". Poslodavac je strana koja u pravilu snosi opće životne rizike svoga radnika, a u slučaju spora i teret dokaza da je spriječenost za rad rezultat grube vlastite krivnje radnika. Sportske nezgode pri normalnim sportskim aktivnostima kao i pri opasnim sportovima kao što su skijanje, planinarenje, jedrenje zmajem smatra autor neskrivljenim. Rehbind, M. Schweiz. Arbeitsrecht, str. 78. Naprotiv, u odluci Radnog suda Zürich stoji: "Tko u svadi povuče nod i sebe pritom povrijedi, sam je skrivio nezgodu." JAR 1988, str. 272. Streiff drži da nisu samoskrivljene zarazne bolesti kao npr. AIDS, te, u pravilu, alkoholizam, iako je do njih dovelo vlastito djelovanje (komponenta). Naprotiv, nezgoda zbog alkohola za volanom ne izmiče ocjeni da se radi o samoskrivljenoj spriječenosti za rad. Streiff, U. op.cit, str. 361.

pri sadašnjem rješenju s kraćim rokom zabrane i bez izričitog propisa o zbrajanju rokova. Praksa zbrajanja ipak ostaje uvriježena, i u literaturi opravdavana.

Stupnjevanjem rokova zabrane proporcionalno trajanju službe (odn. radnog odnosa) nagrađuje se povjerenje poduzeću.

4.2.1.3. Za vrijeme trudnoće i porođaja

Vrijeme trudnoće i 16 tjedana nakon poroda razdoblja su posebne zaštite radnice od otkaza.⁷⁰

Neprijeporno je da rok zabrane izricanja otkaza započinje u trenutku začeća.

Sporno je, međutim, kako u okviru ovakve odredbe, shvatiti pojam porođaja. O tome naime bitno ovisi koje će se kategorije radnica-majki naći u dosegu zakonske zaštite.

Ima autora koji porođaj razumiju samo kao porod živog djeteta, budući da je rok zabrane po njima i promišljen u svrhu intenzivnog posvećivanja majke djetetu. Ukoliko je nesposobnost za rad uzrokovana porodom mrtvorodenog djeteta ili pobačajem, ocjenjuje se od drugih autora prikladnim primijeniti zaštitni rok iz prethodne točke, jer su i posljedice po zdravstveno stanje radnice identične onima za slučaj bolesti ili nezgode.

Nailazimo i na stav da se 16-otjedni zaštitni rok zabrane treba primijeniti i u slučaju rođenja mrtvog djeteta ili pobačaja, ali ne i pri usvojenju djeteta.⁷¹

Naprotiv, u jednoj odluci iz 1990. godine Savezni je sud priznao pravo na korištenje zaštitnog roka zabrane i kod usvojenja djeteta, odobrivši jednom državnom službeniku 16-otjedni plaćeni dopust zbog usvojenja. Tužitelj se pozivao na praksu svoga poslodavca da radnicama koje usvoje dijete odobri 16-otjedni plaćeni dopust. Budući da je išao po dijete u Peru, za obavljanje formalnosti trebalo mu je ukupno 16 tjedana. Odluka je zanimljiva, ne samo zbog toga što je sud, priznavši pravo na korištenje roka zabrane kod usvojenja djeteta, uveo novu kategoriju zaštićenih (usvojitelje), već i zato što je primijenio ustavni propis o jednakosti (spolova).

No nameće se pitanje da li je ovakvo postupanje in favorem radnika ograničeno na slučajeve gdje je to samo sankcioniranje prakse poslodavca, odn. odredbi ugovora o radu, ili ga treba prihvatiti kao opće pravilo.

Već je iz ranije prakse sudova uočljivo da radnicu pri sklapanju ugovora o radu, u pravilu, ne pogađa obveza obavještenja posloprimca o trudnoći. Izuzetak su oni poslovi čije je obavljanje, iz razumljivih razloga, u trudnoći nemoguće, kao npr. posao manekenke, učiteljice tjelesne kulture, servirke.⁷²

⁷⁰ Ranije za vrijeme trudnoće i 8 tjedana nakon poroda.

⁷¹ Riemer, Gabriela, Kündigungsschutz bei Schwangerhaft, Schweizerische juristische Zeitung (SJZ), 1989, str. 57.

⁷² Odluka Saveznog suda JAR, 1984, str.95; Kantonalni sud St. Gallen, JAR, 1987, str. 112. Posloprimac bi vjerojatno mogao pobijati ugovor zbog prijevare, ako su netočne izjave o trudnoći dane svjesno. U tom slučaju ne primjenjuje se zaštita za slučaj otkaza. Nasuprot tome, ne dolazi u obzir pobijanje

4.2.1.4. Akcije pomoći u inozemstvu

Obavljanje službe u akcijama pomoći u inozemstvu, posebice u švicarskim tijelima za pomoć pri katastrofama, kao posljedni slučaj iz čl. 336c, zaštićeno je rokom zabrane otkaza neograničenog trajanja (odn. trajanja vezanog uz trajanje akcije).

Pretpostavke su njegove primjene da su akciju pomoći naredile savezne vlasti, te da se s takvom službom i njenim mogućim oduljenjem izričito suglasio posloprimac. Pristanak posloprimca znatno sužava značenje norme. No jednom dat, pristanak se ne može povući.

4.2.1.5. Posljedice otkaza u nezgodno vrijeme

Prema kriteriju trenutka u kome je otkaz izrečen zakon razlikuje dvije situacije za koje vezuje različite posljedice. Trenutak u koji pada otkaz prosuđuje se prema trenutku njegova primitka.

Otkaz izrečen za vrijeme trajanja roka zabrane nevaljan je pa radni odnos postoji i dalje. Utoliko je, u usporedbi sa stvarnom zaštitom u slučaju zloupotrebe, očita prednost vremenske zaštite radnika od otkaza, jer sankcije nastupaju bez obveze radnika da pokreće postupak. Konverzija nevaljanog otkaza u otkaz na slijedeći dopušteni termin bila bi proturječna svrhi roka zabrane, ustvrdio je Viši sud Zurich (JAR 1981, str. 151.) Ništavost otkaza nosi sa sobom i obvezu poslodavca na dalju isplatu plaće.

Želi li se nakon isteka roka zabrane otkazati, neophodan je novi otkaz. Takav otkaz neće se smatrati zlorabećim, osim ako to nije "otkaz iz osvete".

Nasuprot tome, otkaz izrečen prije nastupanja neke od situacija iz čl. 336c ZO valjan je, a ako otkazni rok još teče, njegov se tok, u pravilu, prekida i, uz odgovarajuće produljenje, nastavlja nakon prestanka nekog od zaštićenih stanja. Zakonodavac je time normirao jedan jedini čisti slučaj, ostavljajući teoriji i sudskoj praksi da obave preostali (teži) dio posla rješavajući granične slučajeve.

Prekid otkaznog roka može uslijediti više puta, a desi li se da zbog prekida i produljenja otkazni rok ističe na datum koji ne odgovara zakonskom ili ugovorenom završnom terminu otkaza, otkazni rok se produžuje do slijedećeg dopuštenog termina otkaza (posebice na kraju određenog mjeseca ili tjedna), kako bi se otpušteni mogao priključiti uobičajenom traženju zaposlenja na koncu mjeseca (čl. 336c/III.)⁷³

zbog zablude, budući da smisao i cilj norme o zaštiti radnice-trudnice od otkaza – zaštita egzistencijalnih prava trudnice i interesi njena nerođena djeteta – imaju prednost. Humbert, D.op.cit, str. 133.

⁷³ Stav je saveznog suda da i kratko bolovanje za vrijeme otkaznog roka dovodi do produljenja otkaznog roka za čitav mjesec (zbog obveze da se otkaze na kraju mjeseca), osim ako je trajanje nesposobnosti za rad toliko kratko da bi pozivanje na nju predstavljalo zloupotrebu. (JAR, 1990, str. 378, 381) Sudovi, pak, i u takvim prihvaćeno kratkim bolovanjima vide afirmaciju zloupotrebe od strane posloprimca. De lege ferenda poziva se zato zakonodavac da ovo pitanje uredi u smislu fer nagodbe (npr. da se prizna kao mjerodavna samo nesposobnost za rad dulja od 3 dana). Streiff, U.op.cit., str. 358. Isti autor navodi otklon od prikazane prakse Saveznog suda u slučajevima kada je posloprimac već ranije pronašao novo radno mjesto i potpisao novi ugovor o radu.

Često poslodavac dobrovoljno produljuje otkazni rok izričući otkaz ne posljednjeg mogućeg dana, već nekoliko dana, tjedana pa i mjesecima ranije kako bi time dao posloprimcu više vremena za traženje novog radnog mjesta. Stjecanje nekog od zaštićenih činjeničnih stanja nakon prerano izrečenog otkaza stvara niz problema.

Relativno je jasan slučaj kada je rok zabrane započeo nakon prerano izrečenog otkaza i završio prije najkasnijeg mogućeg datuma otkaza (npr. 3 je tjedna prerano otkazano i kada je radnik u ova 3 tjedna završio 7-odnevnu vojnu službu). Ovdje nema mjesta nikakvom produljenju otkaznog roka, jer on stoji u cjelosti na raspolaganju otpuštenome.

Već je manje jasan slučaj kada je za vrijeme roka zabrane prijevremeno otkazano i kada rok zabrane završava prije najkasnijeg datuma otkaza. Okružni sud Horgen u jednoj neobjavljenoj odluci odlučio je da ne nastupa nikakvo produljenje otkaznog roka, a ispravno je ništavi otkaz, nakon isteka roka zabrane, ponoviti.

Za vrijeme jednog dužeg otkaznog roka može nastupiti veći broj zaštićenih činjeničnih stanja. Rokovi zabrane mogu se, u načelu, kumulirati. Kumulacija se ovdje pojavljuje u 2 značenja. U prvome, ona znači isključenje kraćeg roka zabrane duljim, ako su se dva ili više različitih činjeničnih stanja stekla u isto vrijeme. Naime, svako činjenično stanje s učinkom "zabrane" izaziva samostalan rok zabrane pa kod njihove kumulacije vrijedi duži rok. U drugome značenju, kumulacija je redanje, odn. zbrajanje rokova zabrane u toku istog otkaznog roka, nastalih u različito vrijeme.⁷⁴

Norma je od revizije relativno prinudna, što znači da je moguće ugovoriti dulje rokove zabrane ili rokove zabrane iz drugih činjeničnih stanja, npr. dopust za obrazovanje.

4.2.2. Od strane posloprimca

Otkaz u nezgodno vrijeme može uslijediti i od strane posloprimca. To će biti slučaj ako radnik, nakon isteka rada na pokus, otkaže u vremenu kada su poslodavac ili radnikov pretpostavljeni spriječeni obavljati rad zbog vršenja službe u interesu zemlje (čl. 336c/I toč. a), a posloprimac treba, uz uvjet da je za to sposoban, za vrijeme njihove odsutnosti, preuzeti obavljanje njihove funkcije (čl. 336d/I.).

Pretpostavlja se da formulacija "treba preuzeti" znači da je radnik na to pristao i da te funkcije u vrijeme odsutnosti poslodavca zaista i vrši.

Humbert drži da radnik mora biti isključiva zamjena, tj. nema uvjeta za primjenu norme ako postoji mogućnost da se radnik zamijeni nekime od njegovih suradnika.⁷⁵

Za poslodavca vrijede jednaki rokovi zabrane koji vrijede za posloprimca, te identične pravne posljedice povrede tih rokova.

⁷⁴ Npr. kumulacija vojne službe i bolesti; bolesti i trudnoće; ali prema odluci Chambre D'Appel Genf (JAR 1988, str. 274) ne onda kada između spriječenosti za rad zbog bolesti i, neposredno nakon toga nastale, nezgode radnik nije radio. Drugačije, za to da se bolest i nezgoda tretiraju kao jedinstveni uzrok vidjeti Kuhn, op.cit. str. 11, Streiff, U. op.cit., str. 359.

⁷⁵ Humbert, D. op.cit., str. 148.

Norma je simetrična propisu čl. 336c/I toč. a ZO. Autori je ocjenjuju suvišnom, a da je doista bez ikakvog praktičnog značenja dokazuje i to da do danas (na snazi je 18 godina) nije poznat niti jedan slučaj njezine primjene. Ona je i nepotpuna, jer ne predviđa nikakvu nagradu za radnika koji u ovom vremenu obavlja odgovoran posao.⁷⁶

5. MOMENTALNI OTKAZ

Svaki radni odnos (na neodređeno i na određeno vrijeme) može biti u svako doba prijevremeno raskinut, otkazom koji djeluje trenutačno, ako za to postoji važan razlog, ili ako platežno nesposoban poslodavac ne pruži posloprimcu, unutar primjerenog roka, jamstvo za njegove zahtjeve iz radnog odnosa.

Kod momentalnog se otkaza, dakle, zanemaruje zakonsko ili ugovoreno trajanje radnog odnosa, otkazni rokovi i termini otkaza. Momentalni otkaz je zato "ultima ratio", ventil za nuždu, čija je svrha zaštititi osobne i imovinske interese stranaka radnog odnosa, a zbog snažnog djelovanja potrebno se njime služiti uz oprez.⁷⁷

O njegovom praktičnom značenju svjedoči činjenica da niti u jednom području švicarskog ugovornog radnog prava nije doneseno i publicirano toliko odluka kao u ovome o momentalnom otkazu, ali isto tako o njegovoj iznimnosti govore brojne presude u kojima je opravdanost momentalnog otkaza bila porečena.

U Zakonu o obligacijama momentalni je otkaz reguliran čl. 337-337d.

5.1. Pretpostavke momentalnog otkaza

5.1.1. Važan razlog

U Zakonu o obligacijama važan je razlog definiran kao osobito "svaka okolnost pri čijem se postojanju od onoga tko je otkazao u dobroj vjeri ne može više zahtijevati nastavak radnog odnosa".

Izostavljanjem nabrojavanja pojedinačnih razloga za momentalni otkaz, ostavljajući time, doduše dovoljno prostora raznolikostima životnih situacija, te prepuštajući sucu da po svojem slobodnom uvjerenju konačno odluči o postojanju ili nepostojanju važnog razloga kod svakog pojedinačnog slučaja (čl. 337/3), zakonodavac je dao primat kazuističkoj metodi, koja implicira odlučivanje prema "pravu i pravednosti" iz čl. 4 ZGB.⁷⁸

⁷⁶ Schweingruber, E. Effektiver Kündigungsschutz – Kündigungsgründe, Festschrift Frank Vischer, str. 485. U tome vidi Berenstein, djelomice, i povredu osobne slobode posloprimca (Berenstein, A. La loi sur la résiliation du contrat de travail Plädoyer, 1989, I, str. 54.), a Rehbindler odvrća kritikom takvog "jedностранog" razumijevanja slobode, "koja ipak nije zamisliva bez prisile (služba u interesu zemlje!)" (Rehbindler, M. B. Komm, str. 119).

⁷⁷ Rapp, Fritz, Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, Basler juristische Mitteilungen, 1978, 4, str. 172.

⁷⁸ Rapp, F. Ibid, str. 171. "Pravo" upućuje na primjenjeno mjerilo, a "pravednost" na posebnosti pojedinačnog slučaja. Rehbindler, M. Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. Aufl., Berlin, 1991, str. 152. cit. prema Rehbindler, M. B. Kommentar, str. 122.

Zakonodavac je tako svjesno, a u ime "pravednosti" zapostavio zahtjev za pravnom sigurnošću, što međutim ne znači da sucu ne stoje na raspolaganju pravila koja će mu olakšati donošenje odluke, te istovremeno garantirati njezinu zakonitost. Dilema je - u kojoj mjeri?!

Sučeva će odluka biti vezana jasnom zakonskom normom samo u 4 slučaja u kojima je zakonodavac konkretizirao "važne razloge" time što u posebnim normama pod određenim pretpostavkama potvrđuje ili niječe mogućnost momentalnog otkaza, bez potrebedaljnjeg sudačkog prosuđivanja. To suslučajevi: dopuštenog momentalnog otkaza platežno nesposobnom poslodavcu, dopuštenog momentalnog otkaza radi raskida ugovora o naučništvu i ugovora o najmu mornara, te nedopuštenog momentalnog otkaza pri neskrivljenoj spriječenosti za rad radnika i u slučaju smrti poslodavca.⁷⁹

Individualni i kolektivni ugovor o radu mogu sadržavati odredbe o tome što se smatra važnim razlogom za momentalni otkaz, a što ne, no s obzirom na dvostrano obvezni karakter norme o momentalnom otkazu sudac ovakvim ugovornim klauzulama nije vezan.⁸⁰

Nesumnjivo je, ipak, da o sudbini svakog pojedinog momentalnog otkaza švicarski sudac odlučuje, prije svega, na bogatim vrelima sudske prakse i radnopravne teorije. One su, naime, pokušale zajamčiti barem najmanju mjeru pravne sigurnosti postavljanjem kriterija za sudačku procjenu i tipiziranjem važnih razloga kroz grupe slučajeva.

Prema Rappu, glavna poteškoća leži u konkretizaciji nejasnog, ali, po njemu, za prosuđivanje momentalnog otkaza, ključnog pojma "nemogućnosti" ("Unzumutbarkeit") nastavka radnog odnosa iz čl. 337/2.

Autori se slažu da razlogom otkaza može biti svaki povod narušavanja radnog odnosa koji je objektivno takve težine da nastavak radnog odnosa nije moguć, što ustvari znači da je odnos povjerenja između stranaka toliko uništen da se više ne može očekivati njihova uspješna suradnja.⁸¹

⁷⁹ Primjerično u čl. 346/2 ZO nabrojena su 3 činjenična stanja pri kojima može iz važnih razloga biti ozkazan ugovor o naučništvu (nedostatak za učenje potrebnih sposobnosti i osobina na strani naučnika ili majstora, odnosno njegovog zamjenika, kao i nedostatak objektivnih činjenica neophodnih za uspješno provođenje učenja). Opširno nabrojene važne razloge za otkaz ugovora o najmu mornara sadrži Zakon o plovidbi jezerima u čl. 77/III toč.2. Pri smrti poslodavca stupaju baštinci u pravni položaj poslodavca (ZGB, čl. 560), ali to ne daje posloprimcu pravo na momentalni otkaz, osim ukoliko radni odnos nije izuzetno bio zasnovan s obzirom na osobu poslodavca te se njegovom smrću gasi (čl. 338a/2-ZO).

⁸⁰ Nemaju zato značenje klauzule kojima se određeno činjenično stanje kao važan razlog neopozivo izuzima od prosuđivanja, niti one koje momentalni otkaz proširuju na činjenična stanja koja se u smislu zakona ne mogu priznati kao važan razlog. Naprotiv, klauzule kojima se važan razlog samo proširuje ili ograničava u smislu zakona može sudac uzeti u obzir pri odmjeravanju stranačkih interesa. Brunner, C.op.cit., str. 52-54.

⁸¹ U pravilu se povjerenje odnosi na izvršavanje ugovorno preuzetih obveza i na propuštanje ometanja rada i mira u poduzeću. Ovako shvaćeno povjerenje može biti uništeno ili poljuljano samo ozbiljnim razlozima, za razliku od odnosa povjerenja kod rukovodećih radnika za čije narušavanje dostaje i manje

Momentalni otkaz pritom mora biti jedino i posljednje sredstvo rješavanja poremećenih odnosa. Upravo zato on se može izreći samo onda kada je odnos povjerenja nepovratno uništen, ili kada se prethodnim blažim, prikladnim mjerama, kao što su premještaj na drugo radno mjesto, ili drugi dio poduzeća, "uvjetni otkaz", ili opomena, nije uspjelo održati radni odnos.⁸²

Odlučujuća je objektivna nemogućnost nastavka radnog odnosa, a ne subjektivni doživljaj onoga tko otkazuje.

Krivnja onoga kome je otkazano, kao sljedeći kriterij sučevog prosuđivanja, nije spomenuta u zakonu. O njenoj ulozi nalazimo oprečna shvaćanja. Krivnja nije pretpostavka momentalnog otkaza, tvrde u literaturi oni koji, polazeći od šutnje zakona, gledaju s odobravanjem na momentalni otkaz u okolnostima slabog poslovanja ili teškoća poduzeća, a takav je stav u nekim ekstremnim slučajevima zauzela i sudska praksa. Ovakvo mišljenje, te zahtjev da se (dopušteni) neskrivljeni otkaz ograniči na slučajeve "stvarne više sile" (rat, generalni štrajk)⁸³, naišao je na neodobravanje onih koji u tome vide zaobilaznje novih pravila o snošenju rizika poslovanja od strane poslodavca.⁸⁴

Sljedeći kriteriji koji trebaju pomoći sucu u odlučivanju su: prikladnost razloga da bude uzrokom raskida radnog odnosa; vođenje računa o okolnostima pojedinačnog slučaja; mjesto posloprimca u poduzeću; veličina poduzeća; trajanje pripadnosti radnika poduzeću; prethodne službe; prethodne povrede radnih obveza; posljedice otpuštanja po radnika.

Stvaranjem tipova važnih razloga pružen je sljedeći oslonac za sudačko odlučivanje i pravnu sigurnost. Djelotvornosti "Kataloga" važnih razloga prilazi se s oprezom i sumnjom, a švicarski zakonodavac još jednom trpi oštre kritike zbog rupa u zakonu ("Lucke intra legem").

Temelj su standardizacije konkretne odluke te načela rođena u praksi, čiju jezgru čini načelo o jednakom postupanju ("Gleichbehandlungsgebot"): "Der Richter darf nicht sein freies Ermessen dazu missbrauchen, gleichgelagerte Fälle verschieden zu beurteilen."⁸⁵ Jednaka činjenična stanja treba jednako prosuđivati, sve dok ih neke okolnosti bitno ne razlikuju jedne od drugih.

važan razlog.

⁸² Teško je postaviti opće pravilo o tome kada je prethodna opomena, odnosno prijetnja momentalnim otkazom preduvjet kasnijeg otkaza kao "kazne", a kada nije potrebna. Kriterij koji se prihvaća jest težina pogreške ili smetnje, pa se prethodne opomene drže nužnima kod disciplinskih prijestupa, a kod težih pogrešaka u sferi odnosa povjerenja (i izvršenja ugovornih obveza) koje su nepovratno onemogućile buduću suradnju momentalni otkaz je valjan i bez prethodnog upozorenja. Bruhwiler, Jürg, Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses, SJZ 1985, str. 72, Rehbinder, M. B. Kommentar, str. 124.

⁸³ Bruhwiler, loc.cit.

⁸⁴ Streif, U.op.cit, str. 371.

⁸⁵ Meier-Hayoz. Kommentar zum ZGB, N.21 zu Art.4, cit. prema Rapp,F.op.cit., str. 173.

Izložiti ćemo Rehbinderovu podjelu u grupe: važnih razloga za momentalni otkaz te važnih razloga za izvanredni otkaz od strane posloprimca.

U grupu važnih razloga za momentalni otkaz svrstao je autor povrede radne obveze te povrede obveze povjerenja.

Odbijanje rada predstavljat će povredu radne obveze, a time i razlog za momentalni otkaz, samo ako je ono nakon upozorenja ponovljeno. Naime, njegovi pojavni oblici - neispričano izostajanje s posla, kašnjenje na posao te nedopušteni prekid rada - sami po sebi nisu dovoljno ozbiljne prirode, potrebnu težinu daje im tek redovitost, ponavljanje usprkos upozorenju.⁸⁶

Neobavljanje rada može biti razlogom za momentalni otkaz, primjerice kada se radnik ne vrati pravovremeno s godišnjeg odmora, a kašnjenje je znatno, ili kada radnik samovoljno uzme godišnji odmor. Pod istu podgrupu mogu se supsumirati: održavanje kazne lišenja slobode (i onda kada nije u vezi s kaznenim djelom protiv poslodavca, ili kada nema utjecaja na ugled poduzeća), te dulji istražni postupak protiv radnika. U praksi je različito ocijenjena opravdanost momentalnog otkaza izrečenog zbog neobavljanja rada u slučaju nedostatka dozvole za rad stranog radnika.⁸⁷

Loše obavljanje rada može biti važnim razlogom otkaza, u pravilu, samo ako u sebi sadrži namjeru posloprimca. U literaturi se navodi primjer otkaza izrečenog korektoru jednih novina koji je samovoljno mijenjao sadržaj teksta u skladu sa svojim političkim shvaćanjima. Savezni sud potvrdio je momentalni otkaz, koji je bio izrečen bez ikakvog prethodnog upozorenja.⁸⁸ S namjerom postupa laborant koji krivotvori rezultate laboratorijskog ispitivanja⁸⁹, ili radnik koji ne poštuje konkretne naloge poslodavca. Izuzetno, rad rukovodećih radnika podliježe pooštrenom kriteriju krivnje pa se njihova teža i ozbiljnija nesposobnost za obavljanje rada može prihvatiti kao razlog nemogućnosti nastavka radnog odnosa, već i onda kada nije namjerna, već je rezultat grube nepažnje. Kod "običnog" radnog odnosa, naprotiv samo nezadovoljavajuće izvršavanje rada (u što spada ne samo manjkavost već i sporost u radu) može biti razlogom otkaza samo ako se, usprkos upozorenju, ponavlja.

Vršenje prekršaja i kaznenih djela, prijava protiv poduzetnika od strane posloprimca, mito, davanje lažnih navoda pri zaposlenju povrede su obveze povjerenja, prihvaćene kao razlozi koji opravdavaju momentalni otkaz. Radi se o grupi razloga u

⁸⁶ Također i kombinacija različitih disciplinskih nepravilnosti daje pravo na momentalni otkaz, ali ne i u slučaju različitih, sitnih nepravilnosti koje traju više mjeseci bez da je na njih upozoreno.

⁸⁷ I dok je Savezni sud prihvatio opravdanost momentalnog otkaza u takvim okolnostima (JAR, 1989, str. 105), Radni sud Zürich dopustio je jedino mogućnost redovnog otkaza, budući da "... das öffentlichrechtliche Beschäftigungsverbot auch zivilrechtlich Arbeitgeber treffen können muss". Rehbinder, M. Ibid, str. 129.

⁸⁸ JAR 1984, str.186. Pri donošenju odluke uvažena je također činjenica da je korektor već bio upozoren radi drugih nepravilnosti u radu.

⁸⁹ Kantonalni sud Fribourg, JAR 1990, str. 257.

kojoj je vrlo teško postaviti opće granice između opravdanog i neopravdanog momentalnog otkaza, što ilustriraju sljedeći primjeri iz prakse. Bitni su kriteriji kojima se rukovodi sudac: težina djela, mjesto izvršenja, žrtva, posljedice djela. U pravilu se izjednačavaju po svome značenju pri ocjeni momentalnog otkaza kaznena djela izvršena za vrijeme rada na štetu poslodavca, njegovih podređenih ili drugih radnika (npr. krađa, pronevjera, prijevarena) s kaznenim djelima kojima nedostaje bliža veza s mjestom rada (delikti protiv morala, špijunaža), ali štete ugledu poduzeća. Ako je žrtva djela netko izvan poduzeća zahtjevi s obzirom na težinu delikta bitno su viši, nego kada je žrtva poslodavac ili netko iz poduzeća (ali i tu je šteta ugledu poduzeća korektiv). Djela neznatne društvene opasnosti, posebno s obzirom na nastalu štetu, relevantna su za momentalni otkaz tek uz pretpostavku ponavljanja usprkos upozorenju (npr. vođenje telefonskih razgovora u poduzeću, samoposluga potvrđama poduzeća, biromaterijalom, poštanskim markama, ili prijevarena na troškovima (tzv. "Kavaliersdelikt").

Može li okolnost prijave poduzeća od strane posloprimca nadležnim organima za krivični ili prekršajni progon opravdati momentalni otkaz posloprimcu? Odgovor na pitanje različit je ovisno o tome kojim se interesima daje prednost: da li zaštititi interesa poduzeća i odnosa povjerenja, ili interesima zakonitosti. U praksi sudova očita je težnja da se, čak i kada je riječ o nedozvoljenim djelima izvoza oružja ili kaznenim djelima u kojima je objekt zaštite čovjekova okolina, a izvršilac "poduzeće", prijava okvalificira kao izdaja poslovne tajne ili povreda obveze povjerenja na strani posloprimca. Suprotno tome, u literaturi se opravdanost momentalnog otkaza vezuje uz postojanje ili nepostojanje "povrede prava" od strane poduzeća, a sudovima se prigovara što posloprimčevo "zauzimanje za pravo" ocjenjuju kao povredu povjerenja.⁹⁰

Nisu nelojalnima ocijenjene niti pripreme radnje za osnivanje konkurentskog poduzeća kojima se posloprimac bavi u slobodno vrijeme, uključujući i oglas kojim traži novo osoblje, ukoliko se ne pretvore u aktivno poticanje suradnika da napuste poslodavca, ili u pribavljanje obavijesti, odnosno mušterija za konkurentsko poduzeće, uzimanje tajnih recepata i sl. Savezni sud je u svojoj odluci verificirao i prihvatio ovakvu praksu, uobličivši je u načelo da posloprimac smije pripremati osnivanje firme za trajanja radnog odnosa, sve dok se time ne ogriješi o savjesnost i poštenje.⁹¹

Manje je bogata judikatura o razlozima koji pravo na momentalni otkaz daju posloprimcu. U najvećem broju slučajeva važan razlog čine povrede obveze skrbi: nepravilnosti na mjestu rada, posebno povrede pravila zaštite na radu, opravdavaju otkaz tek ako im je prethodilo upozorenje. Kaznena djela, posebice tučnjava, uvreda i seksualni

⁹⁰ Takva podrška poduzećima-prekršiteljima svakako nagoni posloprimca da u svom nastupu izabire sredstva koja su upravo protivna povjerenju, da se u strahu od gubitka posla, umjesto upravnim organima kao prvoj instanci, on obraća nadležnim organima vlasti ili, najčešće, tisku. Dvojbena je koliko je uplitanje upravnih organa u slučaj nezakonitosti vlastitog poduzeća razumno. S druge strane, i prijava nadležnim organima vlasti opterećena je rizikom neuspjeha u dokazivanju "krivnje poduzeća". Zato se posloprimac najčešće direktno obraća tisku čija "urednička tajna" vrlo dobro funkcionira i koji je mnogo puta efikasniji od državnih organa gonjenja. Rehinder, M. B. Kommentar, str. 131-132.

⁹¹ Odluka od 7.5. 1991. cit. prema Streiff, U.op.cit., str. 371.

delikti, poziv za sudjelovanje u prijeviri, utaji poreza, učinjena od strane poslodavca ili njegovih podređenih, osobito s obzirom na težinu djela i njegovo ponavljanje, mogu trajno uništiti odnos povjerenja, kao i to što poslodavac nije spriječio u činjenju djela nekoga od članova svoje obitelji ili drugog radnika.

5.1.2. Zbog nesigurnosti plaće

Konkretizaciju "važnih razloga" iz čl. 337 donosi čl. 337a o momentalnom otkazu zbog nesigurnosti plaće ("Lohngefahrdung").

Naime, ako je poslodavac platežno nesposoban, može posloprimac momentalno raskinuti radni odnos, ako mu poslodavac, unutar primjerenog roka, ne pruži sigurnost za njegove zahtjeve iz radnog odnosa.

Norma se primjenjuje na osiguranje budućeg potraživanja. Uključeni su svi zahtjevi iz radnog odnosa, a ne samo plaća posloprimca.

Osiguranje ne može biti iznuđeno, a pravna posljedica njegova izostanka jest šteta koju poslodavac trpi u obliku izvanrednog otkaza od strane posloprimca.

Pretpostavke su momentalnog otkaza platežna nesposobnost poslodavca i nedostatak jamstva.

Platežna nesposobnost poslodavca znači da isti više nije u stanju podmiriti novčana potraživanja, što je očito nakon otvaranja stečaja, a dokazuje se i postojanjem molbi poslodavca za odgodom plaćanja, te postojanjem drugih dokaza prezaduženosti ili redovitih zaostataka u isplati.⁹²

Zakonodavac nije definirao oblik jamstva. Njega utvrđuje poslodavac. Zamislivi su različiti oblici: bankarska garancija, polog vrijednosnih papira, privatno jamstvo poslodavca ili trećeg, bitno je da su dovoljno sigurni te da pružaju mogućnost lakog unovčenja.

Ne predviđevši niti rok za davanje jamstva, ostavio je zakonodavac praksu na cjedilu. Svrsi osiguranja svakako odgovara kraći rok u kojem bi se otklonila opasnost od otkaza zbog rizika insolventnosti. Podaci o duljini "primjerenog" roka različiti su (od 2-3 dana, preko 3 dana - maksimalno 1 tjedna, do najduže 10 dana). Za ovako važno pitanje ocjenjuje se nepodnošljivom ovakva pravna nesigurnost, pogotovo zato što norma ima veliko praktično značenje.

5.1.3. Posebni slučajevi momentalnog otkaza

5.1.3.1. Otkaz zbog sumnje

U švicarskoj je literaturi sporno može li i sama sumnja na kazneno djelo ili drugi teži prijestup dati pravo na momentalni otkaz. Suglasje je autora postignuto oko pretpostavki pod kojima se netko može pozvati na sumnju kao razlog momentalnog otkaza. Da bi otkaz bio dopušten, sumnja treba biti osnovana, tj. objektivno ozbiljna, te

⁹² Nisu dovoljni samo kratkotrajni dugovi ili odgode plaćanja; brojni zahtjevi dobavljača vrijede, naprotiv, kao nesumnjiv dokaz insolventnosti.

postojana, drugim riječima, usprkos naporima onog tko otkazuje sumnja ne smije, u kraćem vremenu, oslabiti.

Zbog tako apstraktnih kriterija, Rapp poziva na krajnju suzdržanost pri "otkazima zbog sumnje", ali istodobno smatra da bi pokušaj da se njihova dopuštenost generalno ograniči bio u protuslovlju sa zahtjevom za poštenom i pravednom odlukom u svakom pojedinačnom slučaju.⁹³

Najjači protivnik "otkaza zbog sumnje" među teoretičarima nesumnjivo je Rehbindler. On prihvaća ozbiljnu i postojanu sumnju kao uzrok nemogućnosti nastavka rada sve do razjašnjenja stvari (ne i kao razlog otkaza!), ali tada izlaz za zaštitu interesa poslodavca ne vidi u momentalnom otkazu, već u suspenziji "sumnjivog" radnika. Radni odnos i dalje traje, radnik ne može tražiti da se vrati na posao, a poslodavac je "uklonio" nepoželjnog radnika iz poduzeća, obveza na isplatu plaće teče. Svoj, bitno različit, stav Rehbindler gradi na presumpciji nedužnosti, koja se u ugovornom pravu izražava u obvezi suprotne strane da nosi teret dokazivanja; rječnikom otkaznog radnog prava rečeno, na poslodavcu je teret dokazivanja razloga za momentalni otkaz, pa će, sve dok u tome ne uspije, morati snositi ekonomske terete ugovorne veze (isplata plaće). Otkaz zbog sumnje opravdan je po njemu samo onda kada posloprimac ometa poslodavca u razjašnjenju stvarnog stanja, jer se radi o nelojalnom ponašanju koje ne smije pasti na teret poslodavca.⁹⁴

Nesporno je da posloprimac izriče momentalni otkaz zbog sumnje na vlastiti rizik. Potvrdi li se sumnja, momentalni otkaz je opravdan, u protivnome nastupaju posljedice neopravdanog momentalnog otkaza.⁹⁵

5.1.3.2. Otkaz u okvirima radničke akcije

Štrajk, jedan od oblika industrijske akcije ("Wirtschaftskampf"), može se promatrati kao poseban slučaj zajedničkog, ponavljanog odbijanja rada od strane više radnika sa ciljem ispunjenja određenih zahtjeva. Kako u Švicarskoj nema zakonske regulative o štrajku, a nisu brojne ni sudske odluke donesene o ovoj materiji, sporno je da li, odnosno pod kojim pretpostavkama, štrajk ovlašćuje poslodavca na momentalni otkaz. Za potpunije razumijevanje problema ukazat ćemo na nekoliko bitnih obilježja režima štrajka u švicarskome pravu.

Temelj svake radničke akcije ("Arbeitskampf") predstavlja načelo slobode akcije ("Grundsatz der Kampffreiheit"), koje, sadržano u garanciji slobode udruživanja, ima

⁹³ Rapp upućuje na njemačku teoriju u kojoj je nešto slično učinio K. Moritz; dopuštajući sumnju samo u slučajevima "važnog povjerljivog položaja" posloprimca. Rapp, F. op.cit., str. 172.

⁹⁴ Rehbindler, M. Schweiz. Arbeitsrecht, str. 123.

⁹⁵ Kuhn daje posloprimcu neosnovano osumnjičenom za kazneno djelo pravo da sa svoje strane momentalno otkáže. Kuhn, op.cit., str. 32.

karakter ustavnog načela. Izraženo maksimumom Saveznoga suda: radničke akcije su u načelu dopuštene i samo iznimno zabranjene.⁹⁶

Švicarski zakonodavac propustio je regulirati materiju o štrajku.

U nedostatku konkretne zakonske norme, odgovor na ključno pitanje gdje se nalaze granice između dopuštenog i nedopuštenog štrajka (te time opravdanog i neopravdanog momentalnog otkaza) vezuje se uz zahtjev da štrajk bude "socijalno prikladan" ("socialadaquat") i u skladu s općim pravnim poretkom ("allgemeine Rechtsordnung").

Na takvim (opsežnim!) zahtjevima, koji negativno određuju "slobodu akcije", razvile su se pretpostavke dopuštenosti štrajka.

U pravilu, dopušteni su štrajkovi organizirani od strane sindikata ("organisierte Streiks"). Obustave rada provedene od spontano organiziranih grupa posloprimaca, tzv. divlji štrajkovi ("wilde Streiks") bit će dopušteni samo ako predstavljaju zajedničko vršenje pridržanih prava, a svrha im je osigurati ispunjenje opravdanih zahtjeva radnika. U protivnom, divlji štrajk predstavlja protupravnu obustavu rada koja opravdava izricanje momentalnog otkaza.

Organizirani štrajkovi moraju, međutim, odgovoriti brojnim zahtjevima. Cilj štrajka mora biti moguće regulirati kolektivnim ugovorom o radu (štrajk ne smije poslužiti kao sredstvo rješavanja pitanja koje spada u isključivu nadležnost poslodavca; nisu dopušteni ni tzv. politički štrajkovi, štrajkovi solidarnosti, ni štrajkovi u interesu trećih).

Pogled na statistiku dokazuje da su u Švicarskoj radničke akcije veoma rijetke. U 1991. godini postojao je samo jedan kolektivni radni spor s 51 posloprimcem i 4090 izgubljenih radnih sati. U 80-im godinama na 1000 zaposlenih bilo je samo 1,4 dana izgubljenih u štrajku.

Tome pridonosi tzv. "obveza sindikalnog mira" ("Friedenspflicht"), koja znači privremenu dužnost suzdržavanja od korištenja prava na štrajk, točnije - za vrijeme trajanja ugovora radničke akcije radi rješavanja pitanja reguliranih kolektivnim ugovorom nisu dopuštene (tzv. funkcija sindikalnog mira kolektivnog ugovora o radu) (čl. 357a/2 ZO).⁹⁷

Pravo na štrajk ograničeno je u Švicarskoj zakonom propisanim postupkom mirenja ("Schlichtung"). Mirenje može biti uređeno kolektivnim ugovorom o radu, a supsidijarno, ako stranke nisu ništa ugovorile, primjenjuje se postupak pred mirovnim sudovima, uređen saveznom i kantonalnim propisima. Za vrijeme trajanja postupka mirenja štrajk je zabranjen.

⁹⁶ "Arbeitskämpfe sind grundsätzlich erlaubt und nur ausnahmsweise verboten", cit. prema Rehinder, M.lbid., str. 203.

⁹⁷ Temelj za zaključenje znamenitog sporazuma o miru u metalnoj industriji 1973. godine, kojime je započelo uvođenje opće obveze sindikalnog mira, bila je opasnost od uvođenja od države sankcioniranog obveznog mirenja ("Zwangsschlichtung").

Na kraju možemo rezimirati: dopuštena radnička akcija ne predstavlja povredu ugovora o radu. Ispunjenje obveze rada za vrijeme zakonito organiziranoga štrajka, u okvirima ustavnopravno zaštićene slobode radničke akcije, je nemoguće, čak i za radnika koji nije član sindikata koji je štrajk organizirao. Doduše, posredno djelovanje osnovnih prava i na treće priznato je samo kao pravnoteorijska konstrukcija, a praktična primjena je sporna (i nepoznata?!). Dopušteni štrajk proizvodi mirovanje radnog odnosa (tzv. "Suspensionstheorie"), ali ne daje poslodavcu pravo na izvanredni otkaz. Naprotiv, redovni otkaz je dopušten. Uspije li radnik pogođen redovnim otkazom kasnije dokazati da je otkaz izrečen samo sa ciljem da se razbije namjera štrajka (otkaz svih štrajkaša ili ciljano otpuštanje vođe štrajka), otkaz je zlorabeći i vodi zahtjevu za kaznom, budući da se njime željelo onemogućiti pravo radnika na štrajk. (čl. 336/1 toč. b ZO).

5.2. Vršenje otkaznoga prava

Budući da se ovdje radi o prisilnoj normi, pravo na izvanredni otkaz ne može unaprijed biti isključeno ili ograničeno, ali se na otkaz ovlaštena stranka može, po nastupanju razloga za otkaz, odreći svojega prava. Često će razlog jednostavno biti zaboravljen.

Zahtjev da se izvanredni otkaz izrekne neodgodivo nakon saznanja za važan razlog, tj. u primjerenom roku proizlazi iz naravi važnog razloga - on je takav da čini nemogućim nastavak radnog odnosa. Propuštanjem takvoga roka pretpostavlja se da je suradnju moguće nastaviti pa ovlaštenu na otkaz gubi pravo da momentalno otkáže.

Zakonodavac je još jednom otvorio vrata pravnoj nesigurnosti, nejednakom postupanju sudova, ne određivši rok za promišljanje o otkazu. Primjerenima se smatraju rokovi od 2-3 dana, do 1 ili više tjedana, pa čak i više mjeseci!⁹⁸

Posebno nesiguran teren predstavlja ovdje mogućnost naknadnog izjavljivanja razloga otkaza o kojemu je ranije bilo riječi.

Konverzija nevaljanog izvanrednog otkaza u valjani redovni otkaz nije više moguća: radni odnos će prestati i nevaljanim momentalnim otkazom.

Stranka ovlaštena na momentalni otkaz može se poslužiti blažom mjerom te otkazati uz otkazni rok kraći od redovnog otkaznog roka, tzv. "Sozialfrist"; pritom mora jasno pokazati namjeru da želi momentalni otkaz, ali uz kraći otkazni rok. Dopuštanje roka usprkos izvanrednom otkazu znači samo ponudu na privremeni nastavak radnog odnosa, ali ga strana kojoj je otkazano ne mora prihvatiti.

Momentalni otkaz može uslijediti i za vrijeme roka zabrane izricanja otkaza kod tzv. "Sperrfrist"-a.

5.3. Posljedice otkaza

5.3.1. Opravdani momentalni otkaz

⁹⁸ Kod Wachtera pronalazimo ljestvicu rokova sastavljenu prema kriterijima poznavanja, ili nedovoljnog poznavanja razloga, pridržavanja mogućnosti da se važan razlog ukloni i sl. Wachter, Gustav, Der Untergang des Rechts zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, Arbeitsrecht Mitteilungen, 1990, str. 40.

Postoji li razlog za momentalni otkaz u ugovoru protivnom ponašanju jedne ugovorne strane, otkaz je opravdan, a strana koja je skrivljeno prouzrokovala raskid obvezna je na potpunu naknadu štete, pri čemu se uzimaju u obzir svi zahtjevi iz radnog odnosa (čl. 337b/1 ZO).

Posljedica je momentalnog otkaza obveza naknade štete koja se utvrđuje prema kriteriju krivnje. Ako je poslodavac otkazao zbog važnog razloga, a krivnja leži na posloprimcu, poslodavcu pripada pravo na zahtjeve iz radnog odnosa i to za razdoblje do sljedećeg redovnog termina otkaza. Naime, u cilju zaštite tzv. pozitivnih interesa poslodavca ovdje se pretpostavlja da je radni odnos trajao do sljedećeg redovnog termina otkaza, jer tek je u tom trenutku radnik mogao prekinuti radni odnos po svojoj volji.

Zahtjev može uključiti svu zbog gubitka radne snage izgublenu dobit, te veći broj radnih sati drugih radnika, veće troškove zbog zamjene radnika, a sporno je da li bi se tome mogli pribrojiti i troškovi traženja novog radnika (posebice troškovi oglasa).

Ako je otkaz skrivio poslodavac posljedice su identične onima kod neopravdanog momentalnog otkaza: naknada štete u visini plaće do termina redovnog otkaza, ili do isteka ugovora.

Zakon posebno regulira slučaj u kojem postojanje važnog razloga nije rezultat skrivljenog ponašanja stranaka, ili je rezultat njihove podijeljene krivnje. Sudac prema svojem uvjerenju određuje imovinsko-pravne posljedice vodeći računa o svim okolnostima slučaja (čl. 337b/2). Iako se pri neskrivljenom ponašanju stranaka šteta u pravilu dijeli, kriterij koji će prevagnuti u korist jedne od njih bit će interes neke od strana za raskidom radnog odnosa, ili područje u kojem je razlog nastupio.

Norma je prisilna, u obvezi naknade štete ne može se mijenjati ništa što bi išlo na teret koje od stranaka, uz nju ili umjesto nje ne može se ugovoriti kazna.

5.3.2. Neopravdani momentalni otkaz

Kod neopravdanog momentalnog otkaza izrečenog od strane poslodavca, zakonodavac je dodijelio posloprimcu, bez obzira što je radni odnos prestao protupravno, jedino pravo na naknadu štete.

Naknada obuhvaća sve ono što bi posloprimac zaslužio da je radni odnos prestao uz otkazni rok, ili protekom ugovorenog vremena (čl. 337c/1) (To uključuje uz redovnu plaću i sve druge iz radnog odnosa nastale, a izgubljene dobiti, npr. nagrade, naknade pri odlasku u mirovinu, ali i materijalnu štetu nastalu gubitkom dobiti, npr. troškove zbog selidbe i sl.)

Od toga će se odbiti sve ono što je radnik zbog prestanka radnog odnosa uštedio, zaradio na drugi način, ili hotimice propustio zaraditi (čl. 337c/2).

Uz naknadu štete, sudac utvrđuje i obvezu poslodavca na isplatu kazne neopravdano otpuštenome radniku. Visinu kazne sudac određuje cijeneći sve okolnosti slučaja, prema svom slobodnom uvjerenju, pazeći da ona ne prijeđe iznos od 6 mjesečnih plaća radnika (čl. 337c/3). On pritom treba uzeti u obzir sukrivnju posloprimca.

Namjera je zakonodavca bila da kaznom djeluje odgojno na poslodavca, da ga odvratiti od nepromišljenog momentalnog otkaza. Sigurno je da vrlo niska kazna ne ide tome u prilog.

Za slučaj da neopravdano otkáže posloprimac i zbog toga uopće ne stupi na radno mjesto, ili ga protivno ugovoru napusti, zakonodavac je, u težnji da pruži efikasnu sankciju, oslobodio poslodavca tereta dokazivanja jednog posebnog dijela štete dodijelivši mu paušalnu naknadu štete, koja odgovara visini 1/4 mjesečne plaće (čl. 337 d/1).

Poslodavac može uvijek dokazivati da je šteta koju je pretrpio bila veća i zahtijevati odgovarajuću naknadu. Ovdje se uzima u obzir poslodavčeva ušteta na plaći radnika koji je otkazao.

Sudac može i ne dodijeliti paušalnu naknadu štete, ako posloprimac dokaže da otkazom s njegove strane za poslodavca nije nastala nikakva ili je nastala tek neznatna šteta (čl. 337d/2). Dokaz za to bit će ispunjen ako se utvrdi da je poslodavac odmah nakon radnikova otkaza na drugi način "popunio" upražnjeno radno mjesto, ili da je propustio odmah poduzeti mjere za otklanjanje ili ublažavanje štete.⁹⁹

Kako bi se posloprimcu omogućilo da dokaže nepostojanje ili neznatnost štete, teret dokazivanja štete prebačen je na poslodavca.

Poslodavčev zahtjev za naknadu štete i radnikov zahtjev za isplatu plaće mogu se prebijati, u protivnome, zahtjev za naknadu štete treba se istaknuti tužbom ili zahtjevom za sudskom zabranom u roku od 30 dana od dana nestupanja na radno mjesto ili napuštanja radnog mjesta radnika (čl. 337d/3).

Propuštanje dovodi do gubitka prava. Predviđene norme su obvezne, a ugovaranje dodatnih kazni nedopušteno je i ništavo.

6. ZAKLJUČAK

Skromna, ali snažnim motivima nabijena inicijativa Kršćanskog nacionalnog saveza sindikata Švicarske za reviziju postojećeg otkaznog prava urodila je, nakon godina napora i parlamentarnih rasprava, novim odredbama o zaštiti za slučaj otkaza u saveznom Zakonu o obligacijama.

Otkazno se pravo temelji, kao i dosada, na načelima slobode otkaza i načelu stranačkoga pariteta. Bitne novine sadržane su u (do)gradnji stvarne i vremenske zaštite u slučaju otkaza.

Uvođenje eksplicitne zaštite od zloupotrebe otkaza, koja se ranije u odredbama Zakona o obligacijama tek stidljivo naslućivala, a ogromnim dijelom gradila primjenom općih pravila o zloupotrebi iz Građanskog zakonika, ojačalo je položaj posloprimca pred poslodavcem. Primjerično navedeni slučajevi zloupotrebe, jasno utvrđene sankcije te postupak za zaštitu prava čine jezgru revizije.

⁹⁹ Reh binder, M. Schweiz. Arbeitsrecht, str. 128.

Vremenska zaštita od otkaza u većini je zaštićenih slučajeva produljena i u svom dosegu značajno proširena.

I dok, s jedne strane, primjeri bogate sudske prakse potvrđuju da je, u odnosu na stanje prije revizije, učinjen korak naprijed u zaštiti posloprimca, s druge strane, čini se da se švicarski zakonodavac zaustavio vrlo nisko, ograničivši stvarnu zaštitu od otkaza samo na zaštitu od zloupotrebe otkaza, čime je još uvijek daleko od rješenja Konvencije br. 158 o otkazu od strane poslodavca MOR, koja u čl. 4 dopušta samo otkaz za koji je postojao "osnovani razlog".

Prema švicarskome pravu poslodavac je u svome pravu "to hire and fire" neograničen i utoliko što radni odnos prestaje i zlorabećim otkazom, a jedina sankcija jest obveza poslodavca da otpuštenome radniku isplati novčanu kaznu, čija visina, pak, može uplašiti samo financijski slabe male poduzetnike.

Ono što se može zamijetiti kao obilježje švicarskog pozitivnog otkaznog prava jesu rupe u zakonu i nomotehnički propusti kojima je zakonodavac (dokazujući time svoju nesposobnost, ali i podložnost ujecaju gospodarskih krugova, tvrde, na riječima oštri teoretičari Radnoga prava) otvorio vrata pravnoj nesigurnosti.

Ideji "socijalne države" nesuglasnu pravnu regulativu, koja Švicarsku čini "nesposobnom za Europu", sasvim je izvjesno, neće izmijeniti onih 33% radnika organiziranih u sindikat, koji vrlo rijetko posežu za sredstvima radničke akcije, gradeći time ugled Švicarske kao "zemlje (stvarnog) sindikalnog mira".

Na pravnoj je teoriji zato da prijedlozima de lege ferenda ubrza promjenu sadašnjega prava.

*S u m m a r y***DENUNCIATION OF LABOUR CONTRACT ACCORDING TO
THE SWISS LAW**

The article contains a survey of legal solutions, views of legal theory and examples from the judicial practice regarding the problems connected to the denunciation of labour contract in the Swiss law. It appears to be a very sensible field of labour law and the crossing of the worker's fundamental right to work, stability of employment guarantees and the free denunciation principle. Switzerland accepts the principle of the extreme freedom of denunciation and it thus protects an employer more than an employee. Switzerland has not accepted the relevant International Labour Organization convention and it makes her a sole exception in Europe, the so called "Sonderfall Schweiz". The article answers the question as to how far has the 1988 revision of the denunciation provisions contained in the Obligation Act moved towards the protection of the employee as the weaker party of the labour contract.

DRUŠTVA OSOBA U NOVOM HRVATSKOM PRAVU TRGOVAČKIH DRUŠTAVA

dr. Dragutin Ledić, izv. prof
Pravni fakultet u Rijeci

UDK: 347.72:347.471

Ur. 26.8.1993.

Izvorni znanstveni članak

Uređenje pravnih odnosa u gospodarstvu, što zapravo čini segment izgradnje novog pravnog sustava Republike Hrvatske zahtijeva doista temeljite izmjene i posve nova rješenja u poredbi sa ranijim stanjem. Jedno od boljeg rješenja u pristupu ovome problemu daje prijedlog Zakona o trgovačkim društvima, koji u velikoj mjeri slijedi zakonodavna rješenja, ali i poslovnu i sudsku praksu te stajališta pravne književnosti mnogih europskih zemalja, prije svega Njemačke i Austrije.

Autor se u ovome članku najviše pozabavio, u okviru društva osoba, javnim trgovačkim društvom, što je i razumljivo kada se zna da je od svih društava osoba to najčešće, najznačajnije i ujedno vrlo praktično trgovačko društvo. Njegove prednosti najbolje se očituju zbog osobnog povjerenja i poznavanja njegovih članova koji su uz postojanje njihove neograničene i solidarne imovine, u samome društvu prisutni i osobnim radom, obavljajući poslovodnu funkciju te zastupanje društva. Osnovna crta tog društva, a to je uzajamno povjerenje i osobno sudjelovanje članova društva u poslovima društva, prisutni su od osnivanja do prestanka društva.

Da bi izbjegao ponavljanje, zakonodavac je glede komanditnog društva odredio primjenu propisa kojima se određuje javno trgovačko društvo ako ugovorom ili odredbama dijela zakona koji se tiče komanditnog društva nije drukčije određeno. Poštujući takav stav ne samo našeg, već i zakonodavca u poredbenom pravu i autor ovog članka znatno manje pozornosti poklanja komanditnom društvu.

I dok su javno trgovačko društvo i komanditno društvo pravne osobe, a tajno društvo to nije, autor ukratko daje osnovne značajke ovog oblika gospodarske djelatnosti, za koji se, supsidijarno primjenjuju odredbe Zakona o obveznim odnosima o ortakluku, samo ako ti odnosi nisu uređeni ugovorom ili propisima Glave III Dijela drugog Zakona o trgovačkim društvima.

Više nema mjesta, zaključuje autor, ni opravdanja sumnjičavosti i rezervama glede osnivanja, poslovanja te odnosa između samih članova kao i prema trećim osobama, što ih je gajio bivši sustav pa i režim Zakona o poduzećima u okviru

istoga. zakonski prijedlozi stvaraju uvjete za osnivanje i poslovanje trgovačkih društava, kako društava kapitala tako i društava osoba, prije svega javnog trgovačkog društva i komanditnog društva, ali i tajnog društva.

1. UVOD

Stvaranje samostalne, suverene i demokratske hrvatske države višestruko koincidira s potrebom izgradnje posve novog pravnog sustava Republike Hrvatske. Gledajući sa strane, mnogi će reći: ništa lakše i jednostavnije, pobrisat ćemo sve ono što nas je posljednjih pedesetak godina odvuklo iz suvremena svijeta i pravca njegova razvitka te preuzeti rješenja tog istog svijeta nekritički i mehanički i nastaviti u tome istome pravcu.¹ Možda je, a najvećim dijelom i jest, to moguće u nekim drugim segmentima života i poslovanja, npr. prihvatiti suvremena rješenja u prometu, telekomunikacijama, graditeljstvu i urbanizmu i slično. Kada je, međutim, riječ o društvenim odnosima i pravilima koja te odnose reguliraju, to ne ide baš tako jednostavno. Bez obzira koji dio često prisutne krilatice bio istinitiji: Hrvatska u Europi i svijetu, ili Europa i svijet u Hrvatsku! Što se tiče zemljopisa i povijesti to nije nikada ni u kom pogledu bilo sporno. Kada je riječ o pravu i pravnim normama bivši je društveno-ekonomski i uopće sustav života, razmišljanja i ponašanja neke od tih tvrdnji gotovo dovodio u pitanje. U tom svjetlu i provedba gornje krilatice, i u jednoj i u drugoj varijanti nije moguća od ničtice, nije jednostavno i lako postojeće stanje, odnose, a prije svega ljude, njihove navike i ponašanja izbrisati i zaboraviti, donijeti nove propise za nove odnose, pravne i društvene u cjelini.

Bliže govoreći, a što određuje i naslov i tema ovog članka, uređenje odnosa u gospodarstvu, zahtjeva doista temeljite izmjene i posve nova rješenja u poredbi s ranijim stanjem, ali treba kako je već rečeno, imati u vidu postojeće stanje, subjekte i njihov način razmišljanja i ponašanja. To prije svega vrijedi za subjekte, koji se, bilo daje riječ o pravnim osobama ili pak o trgovcu-pojedincu, pojavljuju u velikom spektru takvih odnosa, jer je više nego jasno da su rješenja za te iste odnose i subjekte u njima u nedavnoj prošlosti bila više nego štetna, gotovo samoubilačka. Zato je neophodno, kako to na jednom mjestu kaže prof. Barbić propise iz te oblasti donositi po uzoru na razvijene zemlje Zapada, jer "traženje vlastitih rješenja bilo bi pogubno". Jedno od boljih rješenja u pristupu tome problemu zasigurno je odabrano na način kako to u svome prijedlogu daje Zakon o trgovačkim društvima: slijediti praksu, dostignuća i pravce razvitka što ih već godinama uspješno ostvaruju mnoge europske zemlje, osobito u

¹ LEDIĆ, D. Pravo zaštite potrošača – zasebna grana prava novog pravnog sustava Hrvatske, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 13, Rijeka 1992, str.146.

okvirima Europske zajednice². Bilo daje riječ o trgovačkim društvima (osoba ili kapitala), bilo da je riječ o trgovcu-pojedincu.³

2. KRATAK POVIJESNI PRIKAZ

Načelno, mora se biti suglasan s onim pravnim piscima koji tvrde da je u nas, doduše još u okviru sada već bivše SFR Jugoslavije, stupanjem na snagu Zakona o poduzećima (1.01.1989. godine) došlo do ponovnog organiziranja gospodarskih subjekata – poduzeća u obliku trgovačkih društava.⁴ Težište u prethodnoj rečenici valja dati izrazu "ponovno", iako je isti Zakon o poduzećima zbog svoje "škrtosti" i nedosljednosti koju determiniraju brojni čimbenici, prije svega ideološke naravi, zapravo tek stidljivo otvorio vrata postojanju trgovačkih društava u nas u onome opsegu značenju i sveobuhvatnostima kakve inače poznaje suvremeni svijet. Naime povijest nas uči da je u Hrvatskoj već mnogo ranije, zapravo istovremeno kada i u mnogim drugim (europskim) zemljama materija prava trgovačkih društava bila kvalitetno i zakonskim normama uređena. Nastojanja da se još koncem XVIII i početkom XIX stoljeća kodificiraju pravila trgovačkog prava, osobito glede trgovačkih subjekata zaslužuju samo da ih se ovdje registrira kao neuspjeli i nedovršeni pokušaj, ali se zato neprikosnoveno nameće potreba ukazati na Hrvatski (ili točnije Hrvatsko-ugarski) trgovački zakon kojeg je donio zajednički Hrvatsko-ugarski sabor 1875. godine. Taj Zakon, poznat i kao Zakonski članak XXXVII važio je ipak samo na jednom dijelu (doduše većem) prostora današnje Republike Hrvatske, jer je za područje Dalmacije i Istre bio na snazi, što će reći i u upotrebi, austrijski Trgovački zakon iz 1862. godine. Dok je Hrvatski trgovački zakon uređivao javno trgovačko društvo, komanditno (izvorno: komanditsko) društvo i dioničko (izvorno: dioničarsko) društvo, zahvaljujući zasebnim i naknadno donešenim propisima (Zakon o dioničkim društvima iz 1899. te Zakon o društvima s ograničenom odgovornošću iz 1906.), u Dalmaciji i Istri, uz napred navedena društva postojala su i društva s ograničenom odgovornošću te tajno društvo.⁵

Stara Jugoslavija (misli se na onu između 1918. i 1941., op. D.L.) nije uspjela ukloniti partikularizme u brojnim sferama društvenog tj. pravnog života, pa tako ni na području gospodarstva. Istina, 1937. godine bio je donešen Trgovački zakon Kraljevine Jugoslavije i to njegova prva dva dijela u kojima se govorilo o trgovini uopće, trgovačkim poslovima, tvrtki, registru i slično (Opći dio), dok je drugi dio obuhvaćao trgovačka društva. Treći dio, koji je imao zadatak normirati razne trgovačke ugovore, kako s

² LEDIĆ, D. Neka razmišljanja o trgovačkim društvima i obrtu u svjetlu nekih ponuđenih zakonskih rješenja, *Privreda i pravo*, 5-6/1993, str.413.

³ Prijedlog Zakona u naslovu spominje samo trgovačka društva ali sasvim opravdano i nužno uređuje i položaj trgovca-pojedinca.

⁴ JOVANOVIĆ, S. *Preduzeća i društva prema Zakonu o preduzećima*, Beograd 1990, str.25 i dalje; BARBIĆ, J. *ibid*, str.150, ali i od istog autora, *Trgovačka društva*, Varaždin 1991, str.17 i dalje; VUKMIR, B. *Društva s ograničenom odgovornošću*, *Privreda i pravo*, 3-4/1993, str.233 i drugi.

⁵ Hrvatski trgovački zakon uređivao je tzv. prigodno društvo, što je daleko bliže ortakluku iz građanskog prava nego tajnom društvu, koje se svugdje, ako ga već ima, svrstava u trgovačko pravo.

obveznopravnog, tako i sa stvarnopravnog stajališta nije nikada donešen kao ni poseban zakon u smislu par. 513 Trgovačkog zakona Kraljevine Jugoslavije od 2.10.1937. godine koji bi imao odrediti dan od kada bi svi zakonski tekstovi stupili na snagu. Praktično, ovaj Trgovački zakon nije nikada ni postao pozitivnom normom.⁶ Zbog toga je, praktično do 1948. godine, tj. do stupanja na snagu Osnovnog zakona o privatnim trgovačkim radnjama bio na snazi Hrvatski trgovački zakon zajedno s austrijskim propisima koji su posebno vrijedili za Dalmaciju i Istru.

Koliko to prostor dozvoljava, valja istaknuti da je istovremeno u mnogim zemljama Europe, osobito onima tzv. srednjoeuropskog (kontinentalnog) prava stanje glede trgovačkih društava bilo slično, gotovo istovjetno onome u Hrvatskoj, o čemu je naprijed bilo govora. Naravno da su povijesni i drugi razlozi uvjetovali i posebnosti, o kojima se mogu ne samo članci, već i studije pisati (a ima ih već dosta i napisanih!) dovodili i do detalja u zakonodavnoj i poslovnoj, a to će reći i u sudskoj praksi, koji samo potvrđuju uzajamnu uvjetovanost i upućenost jednih na druge. Tako je u Njemačkoj uz odredbe i BGB i HGB postojanje pojedinih trgovačkih društava uređivao (a i danas neki od njih postoje, ili su pak mijenjani i na njihovo mjesto došli novi, suvremeniji) čitav niz zakona koji u suštini poznaju i trgovca-pojedinca,⁷ dioničko društvo, komanditno društvo i komanditno društvo na dionice, te tajno društvo.⁸

Austrija, za koju je poznato i šire, a ne samo iz nekoliko naprijed napisanih rečenica, koliko je značenje, utjecaj i uzore imala na zakonodavnu, poslovnu i sudsku praksu u Hrvatskoj općenito, u sferi trgovačkog prava posebno, također poznaje sve vrste trgovačkih društava kao i Njemačka.⁹

⁶ LEDIĆ, D. Subjekti trgovačkog (privr.) prava prema rješenjima trgovačkih zakona stare Jugoslavije i Bosne i Hercegovine, Godišnjak pravnog fakulteta u Banjaluci, V/1981, str.77.

⁷ Nastanak, pojam i akademsko priznanje d.o.o. ima i zahvaliti njemakoj zakonodavnoj i poslovnoj praksi, ali i pravnoj znanosti.

⁸ SCHMIDT, K. Handelsrecht, 3.neubearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag KG Köln-Berlin-Bonn-München 1987, str.36

⁹ Handelsgesetzbuch mit Aktiengesetz und anderen Nebengesetzen (hrsg. Dr. F. Schönherr), 12. neubearbeitete und ergänzte Auflage, Wien 1983, str.39. i dalje.

S izvjesnim odstupanjima može se govoriti i o pravu trgovačkih društava u Nizozemskoj,¹⁰ Francuskoj,¹¹ i Italiji,¹² dok se za Švicarsku može kazati to da svojim rješenjima ipak više naginje Njemačkoj i Austriji, nego drugim europskim zemljama.¹³

Vrijeme trajanja tzv. nove Jugoslavije (FNRJ i SFRJ) pa sve do danas, iako već dvije godine Republika Hrvatska egzistira kao zasebna suverena država, članica Ujedinjenih naroda, odvelo je naše pravo općenito, a osobito trgovačko pravo iz okvira, značajki i pravaca djelovanja što ih poznaje suvremeni svijet i razvijena Europa posebno. Socijalističko društvo sve to nije priznavalo, državno vlasništvo i njegov surogat društveno vlasništvo nisu poznavali niti osjećali potrebu za subjektima trgovačkog prava.¹⁴ Poduzeća, zadruge, a potom razni oblici organizacija udruženog rada što su ih uveli Ustavni amandmani XXI do XXIII (iz 1971. godine), Ustav SFRJ iz 1974., a još više Zakon o udruženom radu, gube svaku svezu s odgovarajućim subjektima trgovačkog prava. Težište na "udruživanju rada i sredstava", prenormiranost zakonskih odredbi, a da se o "papirologiji" raznih samoupravnih sporazuma i društvenih dogovora na raznim nivoima i okolnostima i ne govori, stvorili su neefikasan, neproduktivan i samome sebi zadovoljan sustav privrednih subjekata. Sve to, uz ostale probleme koji su se javljali u uzročno-posljedičnoj svezi sa stanjem u gospodarstvu, dovelo je do poznatih problema i nelogičnosti unutar tzv. socijalističkog samoupravnog društva. Izlaz se pokušao, uz ostalo, tražiti, kada je riječ o trgovačkim (zvanično:privrednim) subjektima u donošenju Zakona o poduzećima (SL SFRJ 77/88) i još nekim ali ne cjelovitim, aktivnostima na području gospodarstvenih odnosa. Po istome Zakonu postoje osnovna dva vida poduzeća (društava). S obzirom na vlasništvo sredstava kojima raspoložu ta poduzeća (društva) govori se o društvenom, mješovitom, zadružnom i privatnom poduzeću. Prema obliku u kome se može javiti pojedino poduzeće (društvo) govori se o dioničkom društvu, društvu s ograničenom odgovornošću, komanditnom društvu te o društvu s neograničenom solidarnom odgovornošću članova (u stvari javno trgovačko društvo).¹⁵

Zakon o poduzećima preuzet je kao republički zakon zajedno s još nekoliko bivših saveznih zakona iz područja organizacije i poslovanja gospodarskih subjekata (Zakon o preuzimanju saveznih zakona iz područja organizacije i poslovanja gospodarskih

¹⁰ MAEIJER, J.M.M. *A Modern European Company Law System – Commentary on the 1976. Dutch Legislation*, Rotterdam 1987, str.4 i dalje.

¹¹ SONNENBERGER, H.J. *Französisches Handels und Wirtschaftsrecht*, Heidelberg 1975, str.64. i dalje.

¹² BARBIĆ, J. *Privreda i pravo* 3-4/1993, str.161.

¹³ *Ibid.*, str.152.

¹⁴ Jedna od posljedica takvog odnosa jeste i napuštanje, reklo bi se protjerivanje termina "trgovačko pravo" i sl. uz uvođenje onome vremenu "podobnijeg" izraza "privredno" pravo i dr. kao primjerenijeg.

¹⁵ JOVANOVIĆ, S. *op.cit.*, str.25-27; BARBIĆ, J. *Trgovačka društva*, str.37 i dalje.

subjekata koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuju kao republički zakoni – NN 53/91 str. 1522), tako da i danas čini dio pozitivnog pravnog sustava Republike Hrvatske.¹⁶

Prijedlog Zakona o trgovačkim društvima, koji je eto prošao i svoje drugo čitanje u Saboru Republike Hrvatske, donosi u pogledu subjekata trgovačkog prava rješenja i novine o kojima će ovdje biti samo onoliko riječi koliko ta ista rješenja i novine imaju sveze s društvima osoba, koja zajedno s društvima kapitala, ali i s trgovcem-pojedincem, tajnim društvom i gospodarskim interesnim udruženjima čine suštinu prava trgovačkih društava u nas, samog Zakona o trgovačkim društvima, prije svega.

3. POJAM I VRSTE DRUŠTAVA OSOBA

Gotovo jednoobrazno, pravna znanost je u klasifikaciji trgovačkih društava iste podijelila na društva kapitala i društva osoba, a ove posljednje razlikuje kao javna trgovačka društva i komanditna društva,¹⁷ pa i izvan kruga zemalja koje čine srednjeeuropsko (kontinentalno) pravo.¹⁸

Obično se podjela na društva kapitala i društva osoba čini tako što se za one prve kao temeljna značajka označuje ulaganje određene imovinske vrijednosti – kapitala i gdje je osobni faktor sporedan, drugorazredan.¹⁹ S druge strane, društva osoba su utemeljena na izuzetnom povjerenju, sudbinskom odabiru osoba koje čine takvo društvo.²⁰ Bez pretjerivanja se može reći da je za društvo osoba karakteristična sveza osoba koje osnivaju i djeluju u takvome društvu unoseći ne samo svoju imovinu već i osobni rad, angažiranost u poslovima i osobnu odgovornost (rodbinske sveze, dugogodišnje prijateljstvo, poznanstvo, osobno povjerenje i sl.).²¹

Suvremeni svijet njeguje jedan drugi vid, vrstu trgovačkih društava, mada je iz razloga većeg broja (uzajamno i inače nepoznatih) ulagača, njihovog osobnog nesudjelovanja i veličine kapitala koji se na taj način ostvaruje, u većini zemalja i poslovnih krugova izražena prednost na strani društava kapitala. Zapostavljenost društava osoba zna se često objašnjavati i manjim sredstvima koja se u takva trgovačka društva

¹⁶ Pravni sustav Republike Hrvatske po mnogim pravnim piscima, čine propisi koji potječu iz tri vrela: a) propisi koje je donio sabor SR Hrvatske prije 30.05.1991., b) propisi preuzeti od bivše SFRJ iz kojih su izbačeni pojmovi i odnosi temeljeni na socijalističkom društveno-ekonomskom uređenju, te c) propisi što ih donosi Sabor Republike Hrvatske poslije 30.05.1991. godine.

¹⁷ U nas: P.Rastovčan, J. Barbić, V. Gorenc, A.Goldštajn, u poredbenom pravu M.Lutter, Reinhardt/Schultz, U. Hübner, Baumbach/Hueck itd.

¹⁸ H.J. Sonnenberger, C.M. Schmitthoff, J.M.M. Maeijer i dr.

¹⁹ RASTOVČAN, P. Trgovačka društva, glavni nosioci privrede u kapitalizmu, Zagreb 1958, str.1; BARBIĆ, J. Trgovačka društva, str.40; JOVANOVIĆ, S. op.cit., str.26; LEDIĆ, D. Subjekti trgovačkog (privrednog) prava... str.78 itd.

²⁰ Isto kao i pod bilješkom 20.

²¹ LEDIĆ, D. Subjekti trgovačkog (privrednog) prava... str. 78.

ulažu, problemom ograničenih ali istovremeno odlučujućih sveza između osoba koje čine ili mogu činiti društvo osoba i sl.²²

U vrijeme kada se još uvijek vode rasprave i stavljaju s raznih strana novi prijedlozi i primjedbe za budući tekst Zakona o trgovačkim društvima, čini se vrlo poučnim ukazati na stanje u Njemačkoj, državi čije pravo i zakoni služe kao uzori kako za izradu istog Zakona, tako i velikog broja budućih hrvatskih zakona. Prof. B. Grunewald otkriva davno spoznatu, nažalost u praksi manje štovanu činjenicu, a to je da su društva osoba u velikom broju slučajeva baš ono pravo, najbolje rješenje za brojna mala i tzv. srednja poduzeća. Njemačko gospodarstvo, prema podacima iz 1986. godine bilježi preko 240000 društava osoba (javna trgovačka društva, komanditna društva i tzv. BGB društva). Istovremeno se govori o svega 2400 dioničkih društava, ali i o 370000 društava s ograničenom odgovornošću.²³

Prednosti društva osoba, manje prostorije za rad, manja osnivačka sredstva i manji broj osoblja što sve skupa omogućuje uspješan rad takvog društva u našim se uvjetima poslovanja ne bi smjelo odbaciti.

Doda li se k tome, već više naglašeno, osobno sudjelovanje, naglašenu imovinsku zainteresiranost, vođenje računovodstva uz isključenje obveze javnog iznošenja podataka o poslovanju i inače, a što je vrlo često *conditio sine qua non* osnivanja i poslovanja društva kapitala, nije teško osobama koje su spremne na takav oblik suradnje i poslovanja donijeti svoju odluku.

Ako u nedostatke društva osoba može, bolje rečeno treba, ubrojiti osobno i imovinsko (najčešće cjelokupnom imovinom) jamstvo ulagača-drugara, za takvo što jedan od izlaza može biti i prijedlog prof. B. Grunewald: takvo jamstvo drugara za obveze društva ili u slučaju nasljeđivanja, bilo bi dobro regulirati ugovorom gdje bi se pružile stvarnopravne zapreke izigravanju uzajamnog povjerenja između osoba koje su ušle u društvo osoba.²⁴

Prijedlog Zakona o trgovačkim društvima uglavnom polazi od većine gore naznačenih značajki društava osoba. Postavlja se pitanje da li je umjesno i to na samome početku Zakona (Opće odredbe) u čl. 2/3 navesti da su "javno trgovačko društvo i komanditno društvo društva osoba, a dioničko društvo i društvo s ograničenom odgovornošću društva kapitala."

Nigdje u uzorima na koje se i zvanični (Vlada Republike Hrvatske) i stvarni predlagatelji (prof. Barbić i suradnici) pozivaju, takve odredbe u zakonima nema. To je stvar pravne teorije, literature, akademske konvencije i kurtoazije, ali nikako i

²² SCHMIDT, K. op.cit., str. 94; isti autor, Allgemeines Handelsrecht, ZHR, 151.Band, 4-5/1987, str.306; SONNENBERGER, op.cit., str. 71-72-

²³ GRUNEWALD, B. Die Personengesellschaft als rechtsform der mittelständischen Unternehmens, u knjizi Rechtsgrundlagen freier Unternehmerwirtschaft, Lutter/Semler (Hrsg.) Verlag Dr. Otto Schmidt KG Köln 1991, str.35.

²⁴ Ibid., str. 47.

zakonodavca. Vjerojatno će ovako predložena odredba prije konačnog usvajanja zakonskog teksta biti pravovremeno uklonjena!

Čini se da bez obzira na protek vremena, zaslužuje pozornost stajalište P. Rastovčana u knjizi "Trgovačka društva, glavni nosioci privrede u kapitalizmu", gdje se komanditno društvo ne svrstava zajedno s javnim trgovačkim društvima u društva osoba (izvorno: personalni tip društva) već ga se naziva "mješovitim društvom koje se organizaciono naslanja na javno trgovačko društvo."²⁵

Danas se takvih stajališta može vrlo malo naći u pravnoj literaturi, pa se i ovdje upućuje na vladajuće mišljenje da je komanditno društvo čisto društvo osoba, kao što je i društvo s ograničenom odgovornošću standardno oblikovano društvo kapitala.²⁶

4. JAVNO TRGOVAČKO DRUŠTVO

Prema prijedlogu Zakona o trgovačkim društvima pojam javnog trgovačkog društva obuhvaća "... društvo u koje se udružuju dvije ili više osoba zbog trajnog obavljanja gospodarske djelatnosti pod zajedničkom tvrtkom, a svaki član društva odgovara vjerovnicima društva cijelom svojom imovinom." (čl. 68/1)

Član društva može biti svaka fizička i pravna osoba (stavak 2 članka 68 istog prijedloga).

Ima li u gore opisanom pojmu javnog trgovačkog društva razlike u odnosu na pojam istoga društva u poredbenom pravu te u ranijem Hrvatskom trgovačkom zakonu, a ako ima, u čemu je ta razlika?

Hrvatski trgovački zakon iz 1875. u par. 64/1, koji ima podnaslov "O osnutku društva" ističe da "Trgovačko društvo javno postaje kada dvije ili više osoba pod zajedničkom tvrtkom uz neograničenu i solidarnu obvezu tjeraju obrt trgovački." Uočljivo je da Hrvatski trgovački zakon nije govorio o "trajnom obavljanju gospodarske djelatnosti", ali je zato, s druge strane, u pojmu društva naznačio i neograničenu solidarnu obvezu (odgovornost) članova društva.

Pa ipak mora se priznati i konstatirati da prijedlog Zakona o trgovačkim društvima nije zaboravio istaknuti "solidarnost" u neograničenoj odgovornosti članova javnog trgovačkog društva cijelom svojom imovinom. To se izrijekom propisuje u čl. 94 st. 1 i 2, o čemu će kasnije biti također riječi u dijelu koji govori o pravnim odnosima članova društva prema trećim osobama.²⁷

Da zaključimo ovo poređenje između bivšeg i budućeg hrvatskog zakona koji uređuju javno trgovačko društvo: razlike u pojmu su samo u tome što Hrvatski Trgovački zakon nije određivao potrebu trajnog obavljanja gospodarske djelatnosti, na čemu,

²⁵ RASTOVČAN, P. op.cit., str.1.

²⁶ loc.cit. Govori se i o društvu s ograničenom odgovornošću kao mješovitom društvu koje se organizaciono naslanja na dioničko društvo.

²⁷ Vidjeti ispod pod brojem 4.3.

međutim, prijedlog Zakona o trgovačkim društvima izričito inzistira.²⁸ Inače, javno trgovačko društvo poznaje veliki broj pravnih sustava dodajući ne samo ime već i zakonsko i akademsko određenje istome društvu.²⁹ Tako se u njemačkom, austrijskom i švicarskom pravu govori o Offene Handelsgesellschaft, u francuskom pravu to je Sociétés nom collectif, talijansko pravo ga naziva società in nome collettivo, u engleskom pravu govori se partnership-u, a u nizozemskom pravu to je vennootschap onder firma.

4.1 Osnivanje javnog trgovačkog društva

Prijedlog Zakona o trgovačkim društvima ne određuje minimalni iznos glavnice (kapitala) za osnivanje javnog trgovačkog društva. Kako je već uvodno rečeno, računajući na osobnu odgovornost članova društva za obveze društva te njihovom imovinom izvan društva,³⁰ bilo bi stoga nepraktično i nepotrebno već na startu ograničavati želju i inicijativu pojedinaca za osnivanjem ovakvog društva.

Po ugledu na rješenja njemačkog prava (a to isto određuje i austrijsko pravo), u čl. 69 predviđena je primjena odredbi Zakona o obveznim odnosima o ortakluku, ako Zakon o trgovačkim društvima nije drugačije propisao glede javnog trgovačkog društva.³¹

Hrvatski Trgovački zakon iz 1875. određivao je (par. 64/2) da za valjanost društvenog ugovora (o osnivanju javnog trgovačkog društva) nije potrebno sastavljanje (pismene) isprave "niti ine koje formalnosti" iz čega se izvodio zaključak da upis u sudski registar (trgovački) nema konstitutivno značenje.³²

Prema izričitoj odredbi prijedloga Zakona o trgovačkim društvima i obrazloženju predlagatelja,³³ upis u sudski (trgovački) registar ima konstitutivno značenje jer od tog trenutka upisa u registar sva trgovačka društva pa tako i javno trgovačko društvo postaju subjekti prava – pravne osobe. Iako zakonodavac nigdje ne govori da društveni ugovor mora biti u pismenom obliku, taj oblik – forma je neophodna iz jednostavnog razloga što se prijavi za upis u sudski registar mora priložiti i ugovor o osnivanju (društveni ugovor). Inače, prijavu podnose svi članovi društva zajedno i ona mora sadržavati tvrtku,

²⁸ RASTOVČAN, P. op.cit., str.7, smatra da je Hrvatski trgovački zakon drugarima smatrao samo fizičke a ne i pravne osobe.

²⁹ RASTOVČAN, P. op.cit.,str.7; REINHARDT/SCHULTZ, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1981, str.54 i tamo naznačena literatura.

³⁰ GORENC, V: Društva osoba, Privreda i pravo, 3-4/1993, str.187.

³¹ Odredbe o ortakluku unesene su u Zakon o obveznim odnosima prilikom preuzimanja istoga kao republičkoga propisa (Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima – NN 53/91, str. 1543-1544), kada je u čl. 27. spomenutog Zakona određeno da se paragrafi OGZ glede darovanja i ortakluka imaju primjenjivati kao pravna pravila, ukoliko su u suglasnosti s Ustavom i zakonima RH.

³² LEDIĆ, D. Subjekti trgovačkog (privrednog) prava...str.79, dok bi se po nekima (RASTOVČAN, P. op.cit., str.8) javno trgovačko društvo moglo priznati i bez upisa u registar jer ono postoji od momenta kada se to "trgovačko poduzeće vodi".

³³ BARBIĆ, J. Zakon o trgovačkim društvima, Privreda i pravo, str.157. U istom smislu i GORENC, V. op.cit., str.188.

sjedište i predmet poslovanja društva, ime i prezime, zanimanje i prebivalište odnosno tvrtku i sjedište svakog člana društva te imena osoba ovlaštenih zastupati društvo.

Obzirom na značajke javnog trgovačkog društva kao društva osoba ne treba čuditi niti odredba koja propisuje da se u sudski registar ima upisati stupanje novog člana u društvo, prestanak članstva u društvu te promjene ovlasti za zastupanje društva.³⁴

Osim prijave za upis koju podnose svi članovi društva zajedno i osobe ovlaštene zastupati društvo moraju svoje potpise također pohraniti u sudu. Ta obveza postoji kako za osobe koje to ovlaštenje steknu u vrijeme osnivanja društva, tako i za one osobe koje naknadno dođu u takvu priliku, steknu to ovlaštenje.³⁵

Sve prijave za upis u sudski registar ili one kojima se traži pohranjivanje potpisa ovlaštenih osoba za zastupanje, imaju se podnositi u obliku javno ovjerene isprave (čl. 62/1).

4.2 Pravni odnosi između članova

Koliko značenje zakonodavac pridaje društvenom ugovoru što ga sklapaju članovi javnog trgovačkog društva najbolje se vidi iz njegovog izričitog pristanka da će se odredbe zakona iz odjeljka koji ima gornji naslov tj. pravni odnosi između članova, primjenjivati samo utoliko, ukoliko članovi svoje odnose u društvu ne urede drugačije društvenim ugovorom.

Takvo načelo autonomije stranaka pravda se slobodom koju imaju članovi javnog trgovačkog društva kada je riječ o uređenju svojih unutarnjih odnosa,³⁶ koja se autonomija ne može protegnuti i na odnose koji su regulirani prisilnim zakonskim odredbama.

Kada je riječ o ulozima, sami članovi odlučuju o tome kakve vrste će biti ti ulози: u novcu, stvarima, pravima, radu ili u drugim uslugama te o njihovoj veličini. Ako nije drugačije ugovoreno, članovi društva moraju uplatiti jednake uloge. Vrijednost nenovčanog uloga sporazumno određuju članovi društva tako što će za isti izraziti novčani ekvivalent.

Bez izričitog pristanka ostalih članova član društva ne smije voditi poslove iz djelatnosti društva, niti u nekom drugom društvu sudjelovati kao član koji je osobno odgovoran. A contrario: član javnog trgovačkog društva mogao bi biti dioničar u dioničkom društvu, član društva s ograničenom odgovornošću pa i komanditor u komanditnom društvu!

Ublažavajući odredbu da pristanak mora biti samo izričit, zakon sadrži i odredbu o predmnijevanom pristanku, ali samo za one članove koji stupaju u već postojeće javno trgovačko društvo. Naime ako je ostalim članovima bilo poznato u vrijeme pristupanja takvog člana da je on i član nekog drugog društva u kojemu je osobno odgovoran, a nije mu članstvo u društvu bilo izričito uvjetovano s tim da u drugome društvu napusti

³⁴ Slično određuje u njemačkom i austrijskom pravu par.107 HGB.

³⁵ Time se u cijelosti primjenjuje odredba čl.59 Zakona o trgovačkim društvima (po prijedlogu) koja propisuje da se u sudski registar upisuju svi trogvc i podaci određeni zakonom te promjene tih podataka.

³⁶ GORENC; V. op.cit., str.189.

sudjelovanje kao član koji je osobno odgovoran, neće se primijeniti odredbe o zabrani konkurencije, jer se smatra da je dan pristanak za takvo sudjelovanje.³⁷

Posljedice nedopuštene utakmice imaju se ogledati u naknadi štete koju ima pravo zahtijevati društvo od člana koji je povrijedio propise o zabrani konkurencije. Izbor oblika, vrste i visine naknade štete pripada ostalim članovima društva time da zahtijevi društva zastarjevaju glede naknade štete za tri mjeseca od dana kada su ostali članovi društva saznali za povredu obveze iz čl. 76, odnosno u objektivnome roku od 5 godina od učinjene povrede.

Umjesto naknade štete društvo može zahtijevati od člana da on poslove koje je vodio u vlastito ime prizna kao poslove vođene za račun društva odnosno da društvu preda ono što je primio od poslova koje je obavio za tuđi račun, ili da društvu ustupi pravo na ono što bi trebalo primiti iz takvog posla.

Pravo i obveza svakog člana javnog trgovačkog društva jeste voditi poslove društva. U ispunjenju tih svojih obveza, dužan je član društva postupati s pažnjom koju posvećuje vlastitim poslovima, a ako društvu pričini štetu namjerno ili grubom nepažnjom bit će odgovoran za tu štetu.

Moguće je da društveni ugovor prenese vođenje poslova (poslovodstvo) društva na jednoga ili na više točno označenih (imenovanih) članova društva. U tom slučaju ostali članovi društva isključeni su od ovih poslova, što ne znači da se istim ugovorom ne mogu predvidjeti prava ostalih članova društva davati upute kojih su se dužni pridržavati članovi društva koji su ovlašteni voditi poslove društva.

Ovlaštenje za vođenje poslova odnosi se na sve one radnje koje pripadaju redovnom poslovanju društva. Radi li se, pak, o poduzimanju radnji koje izlaze iz tog okvira mora se isposlovati suglasnost svih članova društva.

Ukoliko se javno trgovačko društvo želi koristiti uslugama prokuriste, zakon predviđa suglasnost svih članova ovlaštenih voditi poslove društva. Međutim, ako postoji opasnost od odgađanja, prokuru može dati jedan ili više takvih članova društva. Posljedice ovako izuzetnog odobrenja prokure ne moraju biti štetne, jer u svakom slučaju pa tako i u ovome, svaki član društva koji je ovlašten podijeliti prokuru ili sudjelovati u njezinu davanju, može opozvati jednom dodijeljenu prokuru.

Bez obzira da li je ovlašten voditi poslove društva ili ne, svaki član društva ima pravo osobno se obavijestiti o poslovima društva, pregledati knjige i obaviti uvid u dokumentaciju. Za vlastite potrebe može sastaviti godišnja financijska izvješća.³⁸ Kada se može pretpostaviti da se poslovi društva ne vode pošteno ne postoji pravna osnova za isključenje ili ograničenje prava na obaviještenost članova društva.³⁹

³⁷ Ibid., str.191.

³⁸ Uspor. par.83 stavak 1 Hrvatskog trgovačkog zakona.

³⁹ Hrvatski trgovački zakon je bio stroži, jer je tražio da se "može dokazati nepoštenost u vođenju posla" (par.83/2)

Navođenje svega do sada bilo bi više nego nepotpuno ako bi se izostavilo ono što je i u pojmu i u suštini postojanja javnog trgovačkog društva, kao uostalom svakog drugog trgovačkog društva, krucijalno, a to je sudjelovanje u dobiti, a po potrebi i u gubitku.

Povijesno gledajući, Hrvatski trgovački zakon iz 1875. vezivao je, a to doduše čini i prijedlog Zakona o trgovačkim društvima kao i njegovi uzori, utvrđivanje računa dobiti i gubitka za konac poslovne godine. Na temelju inventure i bilance društva dolazilo se (izvorno: ustanovljuje se) do dobiti ili do gubitka nakon čega se izračuna svakom članu društva dio koji ga pripada. Taj je zakon ukoliko nije bilo drugačijeg sporazuma,⁴⁰ propisivao da se dobitak i gubitak dijelio na glave pa "i u slučaju kada uloži drugara nisu bili jednaki, već je jedan bio veći, a drugi manji."⁴¹

Što nudi prijedlog Zakona o trgovačkim društvima u tom pravcu? Kao što je naprijed rečeno, krajem svake poslovne godine ima se utvrditi račun dobiti i gubitka. Na temelju tog računa svakome se članu izračunava njegov udio u dobiti ili gubitku, srazmjerno njegovu udjelu u društvu. Već je iz ovoga vidljivo da buduća norma napušta podjelu dobiti i gubitka na glave što će reći u jednakim iznosima za svakog člana, a što je inače bilo rješenje Hrvatskog trgovačkog zakona, naravno ako ugovorom između članova društva nije bilo što drugo ugovoreno.

U prvoj verziji prijedloga Zakona o trgovačkim društvima (tada je to bio članak 88!) bilo je predviđeno da od dobiti tekuće godine svakome članu društva pripada najprije 5% od njegovog udjela (valjda: uloga!) u temeljnom kapitalu društva, a ukoliko godišnja dobit za to nije dovoljna onda će se udjeli u dobiti odrediti po nižoj stopi (ispravnije: postotku!).

Udio u dobiti po gornjem rješenju mogao se korigirati u dva slučaja:

- a) ako je član društva svoj ulog unio u društvo tijekom poslovne godine pripadao bi mu srazmjerni dio u dobiti, ovisno o vremenu koje je proteklo od uplate, i
- b) ako je član društva svoj ulog smanjio u temeljnom kapitalu, osnovica za njegov udio u dobiti smanjuje se u srazmjeri s vremenom koje je proteklo od učinjenog smanjenja.

Pod pretpostavkom da su, nakon na gore opisani nač. n isplaćenih udjela članovima društva, u dobiti preostala sredstva za isplatu dobiti, ovaj bi se ostatak imao podijeliti članovima društva na jednake dijelove.

Ovakvo rješenje, za sudjelovanje u dobiti, istovjetno će se primijeniti i za slučaj ostvarenog gubitka, jednostavno rečeno na potpuno isti način se utvrđuje i udio svakog člana u gubitku društva.

⁴⁰ RASTOVČAN, P. op.cit., str. 21

⁴¹ loc.cit.

Ponudeni prijedlog iz te, uvjetno nazvane, prve verzije potpuno koincidira s odredbom par. 121 HGB, za koju odredbu uz odobrenja i pohvale nailazimo i na izvjesne kritike u njemačkoj i austrijskoj pravnoj književnosti.⁴²

Nova verzija koja je išla pred Sabor republike Hrvatske u tzv. drugo čitanje prijedloga Zakona o trgovačkim društvima prilično odstupa od prvotnog rješenja, a sastoji se u slijedećem:

Prema stavku 1 članka 87 najprije se dijeli 1/3 (jedna trećina) dobiti (društva) svake tekuće godine na članove društva srazmjerno udjelu svakog člana u temeljnom kapitalu društva. Ostatak dobiti, nakon što se podijeli 1/3 iste dobiti kako je određeno u stavku 1, ima se podijeliti na jednake dijelove na članove društva (na glave). Takva podjela omogućuje sudjelovanje (per capita, također!) i članovima koji nemaju udjela u kapitalu društva (st. 3 čl. 87). Korektiv o kome je prethodno bilo riječi, a to je onda bilo u članku 88 stavak 2, zadržan je očito bez većih promjena.

Prof. V. Gorenc, izravni i "odgovorni" autor dijela prijedloga Zakona o trgovačkim društvima koji govori o društvima osoba izričito smatra boljim "za naše prilike" rješenje o podjeli 1/3 dobiti, ispravnije rečeno ovo posljednje ponuđeno rješenje u odnosu na ranije ili bilo kakvom određivanju "nekog postotka kamata koji ne bi odgovarao pravom stanju stvari."⁴³

Uz sva uvažavanja i osobnu upućenost prof. V. Gorencu u dotičnu materiju, autor ovog članka ipak cijeni prvobitno predloženo rješenje boljim. Jednostavno zato što se takvo rješenje pokazalo praktičnim i prihvatljivim u njemačkom i austrijskom pravu ili kako to prof. Barbić reče: "Zakonodavstvo, sudska praksa i pravna književnost na tome su području na zamjetnoj visini i ne treba učiniti drugo nego prihvatiti ono do čega su drugi (a mi smo te druge odabrali i za uzore, op. D.L.) već došli."⁴⁴

Maloprije spomenuta mogućnost (čl. 87/3) da u podjeli dobiti na glave sudjeluju i članovi koji nemaju udjela u kapitalu društva, otvara gotovo automatski još dva pitanja, problema, svedjeno kako to nazvati:

Prvo se odnosi na mogućnost da se društvenim ugovorom predvidi samo pravo jednog ili više članova društva na sudjelovanje u dobiti, bez istovremene obveze sudjelovati i u gubitku društva, dok bi drugo pitanje glasilo: može li se jednoga ili više članova društva obvezati samo na sudjelovanje u gubitku i ne priznati mu (im) pravo na sudjelovanje u dobiti?

⁴² REINHARDT/SCHULTZ, op.cit., str. 86-93, primjerima iz prakse i pravne književnosti ukazuje i na dobre i na loše strane zakonskog rješenja potkrijepljujući to i konkretnim društvenim ugovorima. To isto čini vrlo detaljno SCHMIDT, K. Handelsrecht, str.384-389, dok Hüffer, U. Personengesellschaftrecht, ZHR 151. Band, 4-5/1987, str.419 i dalje stavlja kritičke primjedbe na sudsku praksu Saveznog suda (BGH) glade sporova do kojih dolazi iz razloga sudjelovanja u dobiti i gubitku članova društva osoba pa tako i javnog trgovačkog društva (OHG).

⁴³ GORENC; V. op.cit., str.196.

⁴⁴ BARBIĆ, J. Privreda i pravo, 3-4/1993, str.154.

Ove situacije Zakon o trgovačkim društvima ne regulira pa se stoga mora početi od društvenog ugovora u kojima se, ako se to želi imati, mora predvidjeti rješenje za takve i slične situacije. Nije sporno da je riječ o odnosima između samih članova i da bi određena rješenja na taj način bilo moguće postaviti. Ako ih nema, ostaje ono što nam predviđa zakonska norma a to je ravnopravnost i jednakost svih članova, bilo da se dobit dijeli srazmjerno ili per capita.

Za prvu situaciju moglo bi se načelno dati pozitivan odgovor, pod pretpostavkom da je riječ o članu društva ulog kojega u kapitalu društva čini njegov rad ili druge usluge.⁴⁵

Drugo pitanje zaslužuje, autor ovoga članka u tome je isključiv, samo negativan odgovor. Neka u prilog takvom stavu bude dopušteno citirati P. Rastovčana, jer, čini se, uvaženi pravni pisac i znanstvenik rekao je sve, i jasno i kratko: "Za onog koji bi sudjelovao samo u gubitku, a ne u dobitku, ne može se kazati da sudjeluje u samoj svrsi tog društva, tu ne može biti govora o društvu, već eventualno o kakvom drugom ugovoru."⁴⁶

Prihvatiti pak sudjelovanje jednog ili više članova društva samo u gubitku, značilo bi pristati na povredu ne samo općih načela na kojima se temelji pravo trgovačkih društava, već prava kao cjeline društvenih pravila ponašanja, znanstvene i društvene zbilje uopće.

4.3. PRAVNI ODNOSI ČLANOVA DRUŠTVA PREMA TREĆIMA

Svi pravni sustavi koji poznaju javno trgovačko društvo posvećuju iznimnu pozornost odnosima članova društva prema trećima,⁴⁷ što i nije iznenađenje, jer se ovim pripisima, u pravilu stroge naravi,⁴⁸ učvršćuje pravna sigurnost sviju koji se u ovim odnosima mogu pojaviti, i javnog trgovačkog društva i njegovih članova, kao i trećih osoba.

I dok Zakon o poduzećima koliko-toliko sadrži malo propisa o društvu s neograničenom solidarnom odgovornošću članova što nije ništa drugo nego javno trgovačko društvo, kada su u pitanju odnosi članova društva prema trećima jedva da ih se može pronaći.⁴⁹

Zakon o trgovačkim društvima predviđa zabranu raspolaganja članu društva njegovim udjelom (ulogom!) u društvu bez suglasnosti ostalih članova društva. Zakon o

⁴⁵ RASTOVČAN, P. op.cit., str.20-21.

⁴⁶ loc.cit. U austrijskom pravu se u slučaju da društveni ugovor govori bilo samo o udjelu u dobiti ili samo o udjelu u gubitku takva odredba neće priznati. na mjesto takve odredbe doći će zakonska norma o sudjelovanju i u dobiti, jednako kao i u gubitku. *Handelsgesetzbuch, 12. neubearbeitete und ergänzte Auflage, Wien 1983.* (Hrsg. Dr. F.Schönherr), str.48.

⁴⁷ Primjerice njemački i austrijski HGB, Hrvatski trgovački zakon i dr.

⁴⁸ RASTOVČAN, P. op.cit., str.24, REINHARDT/SCHULTZ, op.cit., str.82.

⁴⁹ BARBIĆ, J. *Trgovačka društva*, str.171, ističe "U Zakonu o poduzećima nema posebnih odredbi o zastupanju društva s neograničenom odgovornošću članova."

poduzećima je ovakvu situaciju (ipak neka norma!) riješio na način da članovi društva mogu prodati svoje udjele trećim osobama s tim što članovi društva imaju pravo prvenstva kupnje tih udjela.⁵⁰ Istina u stavku 2 članka 119 govori se o potrebi pribavljanja suglasnosti ostalih članova društva ako se udio prodaje trećoj osobi, međutim, kako je primjena ove zakonske odredbe bila prilično oskudna ne postoje podaci o stajalištima sudske prakse i pravne književnosti glede ovih, u najmanju ruku proturječnih, odredbi iz čl. 119 st. 1 i 2 zakona o poduzećima.

Sve ovo trebalo je iznijeti jer nije jasno kakvog bi konačnog domašaja trebala biti odredba koju predviđa članak 90 zakona o trgovačkim društvima i da li putem suda ili na bilo koji drugi način (osim otkazom) može član društva doći do prava raspolaganja svojim udjelom bez suglasnosti ostalih članova.

Daleko značajniji institut koji regulira pravne odnose članova društava prema trećima jeste zastupanje društva, gdje se, u pravilu, to pravo (i ovlaštenje) priznaje svakom članu, ako društvenim ugovorom nije isključen od zastupanja.⁵¹

Iako se u životu radi o jednim te istim osobama koje obavljaju funkciju posloводства i zastupanja društva,⁵² ispravno je lučiti jednu od druge funkcije kao što to i sam zakon čini. Vođenje poslova ostaje u sferi pravnih odnosa između članova društva, dok se preuzimanje obveza i stjecanje prava u ime i za račun društva neizostavno prenosi i na treće osobe.

Polazeći od stajališta da su odredbe ovog odjeljka kogentne, dopuštenje zakonodavca da se ipak neke stvari uredi društvenim ugovorom valja primiti samo tako da osim ovh rješenja nema trećih: Ili još bolje, ako se želi odstupiti od načela da je svaki član ovlašten zastupati društvo onda su za drugačije određivanje društvenim ugovorom ostale samo alternative propisane od strane zakonodavca. Rekli bi korisnici općih uvjeta poslovanja u engleskom pravu: "Take it, or leave it!"

Zakon o trgovačkim društvima, prije svega, predviđa da se društvenim ugovorom mogu odrediti zastupnicima društva svi članovi, ili više, time da to čine samo skupno. Ovi mogu odrediti pojedine između sebe da u ime društva poduzimaju određene poslove ili određene vrste poslova što ima i može imati veliku praktičnu prednost. Zauzvrat, trećim se osobama olakšava obavljanje poslova prema društvu kod kojeg se javlja skupno zastupanje utoliko što će izjava volje takvih trećih osoba prema društvu biti valjana i kada je izjavljena samo jednome od članova ovlaštenih skupno zastupati društvo.

Društvenim ugovorom može se odrediti da, u slučaju pojedinačnih ovlaštenja članova društva zastupati društvo, to mogu činiti samo zajedno s prokuristom.. Na takve će se slučajeve primjenjivati na odgovarajući način odredbe o skupnom zastupanju što ih prema naprijed opisanome sadrži čl. 91 st. 3 u svezi stavka 2 rečenice 2 i 3 istoga članka.

⁵⁰ čl.119. Zakona o poduzećima.

⁵¹ Tako je npr. Hrvatski trgovački zakon u par. 90 određivao da je "Svaki pojedini član povlašćen zastupati društvo...", a načelo o tome sarži i par. 125/1 HGB.

⁵² GORENC, V. op.cit., str.191

Članu društva ovlaštenom za zastupanje može sud, na prijedlog ostalih članova, oduzeti isto ovlaštenje ukoliko takav član počini tešku povredu obveze prema društvu ili se ustanovi nesposobnost člana da uredno zastupa društvo. Iz teksta zakona dade se naslutiti da "ostali članovi društva predlažu sudu", dok se po mišljenju nekih pravnih pisaca,⁵³ radi o tužbi, a sud ovlaštenje na zastupanje oduzima konstitutivnom presudom.

Bit će interesantno vidjeti u kom pravcu će ići poslovna i sudska praksa, s obzirom da su, primjerice, i u njemačkoj pravnoj književnosti, temeljenoj na bogatoj sudskoj praksi po svome sadržaju vrlo oprečnih stajališta, o tome podijeljena mišljenja.⁵⁴

Među odredbama koje određuju pravne odnose članova društva prema trećima našla se i ona u čl. 94/1 koja određuje da "za obaveze društva svaki član odgovara vjerovnicima cijelom svojom imovinom i solidarno s ostalim članovima društva." Koliko značenje zakonodavac pridaje prednjoj odredbi potvrđuje slijedeći stavak (st. 2/94) gdje se kaže da sporazum članova društva glede njihove odgovornosti za obveze društva koji je suprotan odredbi iz stavka 1 nema učinka prema trećima.

Netko će reći, pa što, sve je to u redu i suglasno pojmu i pravnoj prirodi javnog trgovačkog društva. Njima će se iskreno pridružiti i autor ovog članka s jednom malom primjedbom i prijedlogom. Ovdje nema mjesta, a već je i bilo dovoljno govora o odgovornosti članova društva za obveze društva pa bi ponovno opisivanje i citiranje odgovarajućih zakonskih odredbi bilo više i neumjesno. Pa ipak pravnički jezik i zakonodavna tehnika zahtijevaju da se, prije svega, odredbe čl. 9 st. 1, čl. 68. st. 1 i čl. 94 st. 1 jednoobraznije oblikuju i sadržajno usklade. Ovakve kakve su sada ne govore u prilog studioznosti rada autora prijedloga, a što inače nikako ne stoji kada se ima u vidu najveći dio ovog zaista velikog, i po opsegu i po značenju, zakonskog teksta.

Kada se prema pojedinom ili bilo kojem broju članova društva pojavi vjerovnik zahtijevajući da se ispuni obveza koju prema njemu inače ima društvo, takav član (članovi) društva može (mogu) staviti sve one prigovore koje može istaći društvo pa i svoje osobne prigovore. Ako bi društvo ispunjenje svoje obveze prema vjerovniku moglo odbiti pobijajući valjanost pravnog posla iz kojega proizlazi obveza čije ispunjenje vjerovnik traži, u tom slučaju član društva može odbiti ispunjenje takve obveze prema vjerovniku. To isto pravo pripada članu društva za slučaj da se potraživanje vjerovnika može podmiriti prijebojem s dospjelim potraživanjem društva.

Ako u već postojeće društvo pristupi novi član, odgovara kao i ostali članovi za obveze društva koje su nastale prije njegovog pristupanja društvu. Za postojanje ove obveze nije od utjecaja to da li je društvo promijenilo tvrtku ili ne, tako da drugačiji sporazum članova društva o njihovoj odgovornosti općenito pa i u slučaju odgovornosti novog člana nema učinka prema trećima.

⁵³ RASTOVČAN, P. op.cit., str.27, isto i GORENC, V. op.cit., str.198.

⁵⁴ REINHARDT/SCHULTZ, op.cit., str.61-62. ističu da se iz ovakvih situacija konačno rješenje nalazi u tužbi za prestanak društva. BAUMBACH/HUECK, GmbH-Gesetz, 15.völlig neubearbeitete Auflage Verlag C.H. Beck München1988, str.507, međutim, ukazuje puno povjerenje uspjehu takve konstitutivne tužbe.

4.4 Prestanak i likvidacija javnog trgovačkog društva

Prijedlog Zakona o trgovačkim društvima naveo je razloge prestanka društva u sedam točaka i tako u odnosu na Hrvatski trgovački zakon iz 1875. zaostaje za jedan, dok u odnosu na njemački i austrijski HGB prividno povećava u jednom slučaju razloge prestajanja javnog trgovačkog društva. Ovo "prividni" znači samo to da je t.6. par. 131. HGB razdijeljena na dva zasebna razloga: otkaz i sudsku odluku.

Prema odredbi čl. 97 Zakona o trgovačkim društvima razlozi za prestanak društva jesu:

1. istek vremena za koje je osnovano,
2. odluka članova društva,
3. stečaj društva,
4. smrt odnosno prestanak nekog od članova društva, ako što drugo ne proizilazi iz društvenog ugovora,
5. otvaranje stečaja nad nekim od članova društva,
6. otkaz nekog od članova društva ili njegovog vjerovnika,
7. odluka suda.

Ovdje valja istaknuti činjenicu da javno trgovačko društvo ne prestaje automatski, što ima značiti da na njegov rad i postojanje tek postupno i s vremenom dolaze odgovarajuće posljedice. Kako su neki od razloga za prestanak javnog trgovačkog društva inače prisutni kao i razlozi za prestanak drugih trgovačkih društava, ili su pak dovoljno elaborirani u našoj pravnoj književnosti kroz primjere iz suvremene poslovne prakse, pozornost u ovome članku treba dati na one razloge koji predstavljaju novost za našu poslovnu i pravnu praksu ili su relativno manje prisutni u istoj praksi.

Javno trgovačko društvo može se osnovati na neodređeno vrijeme što znači da svaki njegov član može otkazati društveni ugovor. Da se to ne bi dogodilo bilo kada, ili kako to neki vole reći "u nevrjeme", zakonodavac propisuje određene rokove i uvjete. Prije svega otkazni rok mora trajati najmanje 6 mjeseci, a društveni ugovor se otkazuje s posljednjim danom poslovne godine. Po ocjeni autora ovog članka zakonodavac gornjom odredbom želi zaštititi interese svakog pojedinog člana društva, ali i društva u cjelini iza koga stoje ostali članovi, na taj način što proglašava ništavim svaki sporazum kojim se isključuje pravo člana društva da otkáže ugovor ili kojime mu se to pravo otežava.

Zašto u obostranom interesu? Zbog toga što su i na jednoj i na drugoj strani članovi društva odnosno društvo kao cjelina, pa bi npr. određivanjem kraćeg otkaznog roka oni ostali članovi društva i samo društvo došli u otežanu situaciju. isto tako bio bi valjan otkaz društvenog ugovora izjavljen 30.4. tekuće godine, time da će sam otkaz imati pravo djelovanje tek 31.12. tj. posljednjeg dana poslovne godine. Iz stilizacije stavka 1. članka 98 (in fine) moguće je zaključiti da bi se pokušalo ustvrditi da je obzirom

na istek 6 mjeseci otkaznog roka s 31.10. tekuće godine, podnositelj otkaza isti povukao, a što nije u suglasju s rješenjima u zakonima koji se uzimaju i u ovome slučaju za uzor.⁵⁵

Do prestanka javnog trgovačkog društva može doći i otkazom društvenog ugovora od strane vjerovnika člana društva koji u posljednjih 6 mjeseci pokušava bez uspjeha naplatiti svoje potraživanje. Ukoliko se ispune zakonom određeni uvjeti, otkazati se može društveni ugovor bez obzira da li je društvo osnovano na određeno ili nedređeno vrijeme, time da otkazni rok iznosi 6 mjeseci prije kraja poslovne godine. Takvom vjerovniku pripada samo ono što bi i član društva koji je dužnik istog vjerovnika dobio nakon prestanka društva.⁵⁶

Bilo bi nepotpuno i nekorektno ne ukazati na rješenja koja in favorem pogoduju trajanju, nastavljanju društva. To vrijedi kako za slučaj nastavljanja društva nakon istupanja člana tako i prešutnim nastavljanjem društva osnovanog na određeno vrijeme ili isključenjem člana društva u slučaju kada se inače može sudskim otkazom zahtijevati prestanak društva.⁵⁷ to isto vrijedi i za slučaj smrti člana društva kad društvo nastavlja s nasljednicima.⁵⁸

Likvidaciju trgovačkih društva općenito, pa tako i javnog trgovačkog društva, prijedlog Zakona o trgovačkim društvima najvećim dijelom prepušta samim članovima društva. Likvidacija, prema tome, nije ni "prisilna", ni "redovita", kako se to u bivšem sustavu trebalo označavati i lučiti. Čak ni sudjelovanje državnih organa (sudskih ili/i upravnih) nije obvezatno, bolje rečeno njihov je udio u tome postupku gotovo simboličan (imenovanje likvidatora, upis u sudski registar likvidatora te prijava sudu za upis brisanja društva iz sudskog registra.)⁵⁹

Do likvidacije dolazi kada je nastao neki od razloga za prestanak društva, osim stečaja društva, ako članovi ne postignu sporazum da se obračun podjele imovine obavi na drugi način.⁶⁰

Zapravo, tek upisom brisanja iz sudskog registra društvo prestaje i gubi svojstvo pravne osobe. To praktično znači kad društvo prestane otvaranjem stečaja nad njime, ili se

⁵⁵ HGB nema odredbe o ništivosti kao što je u čl. 98/2 Zakona o trgovačkim društvima predviđeno. Pod takvo što nikako se ne može podvesti odredba par.133/3 HGB, jer se ona tiče samo tog razloga. Istovjetno tvrde i REINHARDT/SCHULTZ, op.cit., str.94.

⁵⁶ REINHARDT/SCHULTZ, op.cit., str.94, GORENC, V. op.cit., str.200.

⁵⁷ RASTOVČAN, P. op.cit., str.36.

⁵⁸ GRUNEWALD, B. op.cit., str.41 kao i REINHARDT/SCHULTZ, op.cit., str.103-109, gdje se principijelnim problemom smatra odgovornost ostavine obzirom na kogentnu normu iz par.128 HGB.

⁵⁹ REINHARDT/SCHULTZ, op.cit., str.96 ističu da i članovi društva koji nisu bili ovlašteni voditi poslove društva i zastupati ga, također mogu biti imenovani za likvidatore.

⁶⁰ GORENC, V. op.cit., str.200, kao "drugačiji način" obračuna i podjele umjesto likvidacije navodi, pored ostalog, prodaju društva s aktivom i pasivom, diobu u naravi, pretvorbu javnog trgovačkog društva u društvo kapitala i sl.

s vjerovnicima sklopi prisilna nagodba ili se na zahtjev stečajnog dužnika stečaj obustavi, članovi mogu odlučiti da nastave društvo, a onda i taj razlog prestanka nema djelovanja. Da bi takva odluka imala pravnu snagu, svi članovi društva moraju sudu podnijeti prijavu za upis nastavljanja društva u sudski registar.

5. KOMANDITNO DRUŠTVO

Komanditno društvo, u smislu prijedloga Zakona o trgovačkim društvima (čl. 131) je društvo u koje se udružuju dvije ili više osoba radi trajnog obavljanja gospodarske djelatnosti pod zajedničkom tvrtkom od kojih najmanje jedna odgovara za obveze društva solidarno i neograničeno cijelom svojom imovinom (komplementar), a najmanje jedna odgovara za obveze društva samo do iznosa određenog imovinskog uloga u društvo (komanditor).

Ovako predloženi model komanditnog društva vrlo malo se razlikuje od pojma istog društva kako ga je shvaćao Hrvatski trgovački zakon iz 1875. godine,⁶¹ odnosno od pojma komanditnog društva u njemačkom,⁶² i austrijskom pravu,⁶³ gdje se, također, kao i kod javnog trgovačkog društva, ne traži "trajno obavljanje gospodarske djelatnosti" na čemu u obadva slučaja inzistira prijedlog Zakona o trgovačkim društvima.

Kako se na komanditno društvo primjenjuju zakonske odredbe kojima se uređuje javno trgovačko društvo, ako drugačije nije određeno odredbama dijela zakona koji isključivo regulira komanditno društvo,⁶⁴ ovdje će biti govora o primjeni tih posebnih propisa, naravno i o njima samima. Sve ostalo valja potražiti u ovome članku naprijed, gdje se detaljno govori o javnom trgovačkom društvu.

5.1. Osnivanje komanditnog društva

Društvenim ugovorom o osnivanju komanditnog društva moraju se odrediti član ili članovi koji imaju položaj komplementara te član i članovi komanditori, kako su predmet upisa u sudski registar, osim podataka koji se upisuju za javno trgovačko društvo i podaci o komanditorima i visini uloga svakog od njih. To znači, prije svega, da ugovor mora biti u pisanom obliku, i drugo da se u ugovor o osnivanju mora unijeti i te podatke. Nasuprot tome, podaci o visini uloga komplementara ne bi morali biti predmet ugovora, jer je njihova solidarna i neograničena odgovornost za obveze društva i to njihovom cjelokupnom imovinom dio pojma i suštine komanditnog društva tako da ni za osnivanje, a niti za treće osobe, unošenje tih podataka nije neophodno.⁶⁵

⁶¹ LEDIĆ, D. Subjekti trgovačkog (privrednog) prava, str.80; isto i RASTOVČAN, P. op.cit., str.46-47.

⁶² GRUNEWALD, B. op.cit., str.37; HÜFFER, U. op.cit., str. 398-399.

⁶³ Handelsgesetzbuch, (Hrsg. Dr. F.Schönherr) str.67-68.

⁶⁴ Takvu istu odredbu sadržavao je Hrvatski trgovački zakon (par.125/2), a nalazi se i u njemačkom i austrijskom HGB (par.161/2).

⁶⁵ Par. 162/2 HGB isključuje od sadržaja obavijesti ne samo imena i visinu uloga, već i zanimanje i prebivalište komanditora.

Jedna od posljedica takvog položaja komanditora jeste i to da u objavi upisa bude naznačen samo broj, a ne imena niti ulozi komanditora.⁶⁶ Više se u poredbenome pravu ne susreće odredba koju su nekada sadržavali propisi trgovačkog prava pa tako i Hrvatski trgovački zakon iz 1875. prema kojoj su se, na zahtjev komanditora, prigodom obavijesti o upisu komanditnog društva imali navesti svi osobni podaci, zanimanje, prebivalište i visina uloga istih.⁶⁷

5.2. Pravni odnosi između članova

Funkciju upravljanja komanditnog društva obnašaju samo komplementari. Daljnja posljedica takve odredbe jeste isključenje komanditora iz upravljanja poslovima društva. U takvoj situaciji komanditor se može utemeljeno usprotiviti samo onim odlukama, postupcima i radnjama komplementara koje izlaze izvan okvira redovitog poslovanja društva.

Ovakvu se zakonsku odredbu, međutim, u pravnoj književnosti smatra dijapozitivnom, što, drugim riječima, dopušta mogućnost drugačijeg uređenja odnosa članova društva glede upravljanja. Zato se može pojaviti sudjelovanje jednog ili više komanditora u upravljanju društvom pa i uz potpuno isključenje svih komplementara od te funkcije. Za ovaj posljednji slučaj, ako se ugovori, prof. V. Gorenc nalazi rješenje u primjenio čl. 80. Zakona o trgovačkim društvima.⁶⁸

Na komanditore se ne odnosi zakonska odredba o zabrani konkurencije, ali ta zabrana i te kako djeluje prema komplementarima koji su osobano odgovorni. Svoje pravo nad radom komanditnog društva može komanditor ostvariti i na taj način što će zahtjevati da mu se predaju prijepisi godišnjih financijskih izvješća radi provjere njihove ispravnosti te zbog istog razloga i uvid u poslovne knjige. Pod uvjetima koje će buduća poslovna i sudska praksa u nas zasigurno jasno i objektivno odrediti, bolje nego što to čini zakonska odredba "opravdani razlog", sud može na zahtjev komanditora i izvan gore opisanih situacija naložiti društvu da komanditoru priopći financijska izvješća društva u pisanom obliku odnosno da mu dade druga razjašnjenja te omogućiti uvid u poslovne knjige društva i druge isprave.

5.3. Pravni odnosi društva i članova društva prema trećim osobama

Ono što je naprijed rečeno za obnašanje funkcije vođenja poslova (poslovodstva) i zastupanja u javnom trgovačkom društvu vrijedi kada su u pitanju komplementari i u komanditnom društvu. Zakonodavac je, međutim, opet dispozitivnom normom oduzeo ovlaštenje komanditoru zastupati društvo. Izuzetak je dodjela prokure i trgovačke punomoći kada su odluku o tome dužni donijeti svi komplementari. Drugih mogućnosti

⁶⁶ JOVANOVIĆ, V. op.cit.str.46-47; isto i GRUNEWALD, B. op.cit., str.37.

⁶⁷ LEDIĆ, D. Subjekti trgovačkog (privr.) prava, str.80

⁶⁸ GORENC, V. op.cit. str.204.

za obnašanje funkcije zastupanja od strane komanditora pravna književnost, u pravilu, ne poznaje.⁶⁹

Glede odgovornosti komanditora već je u pojmu komanditnog društva ta odgovornost jasno određena u odnosu na odgovornost komplementara. Naime, komanditor odgovara samo do iznosa određenog imovinskog uloga u društvu. Ovakva će odgovornost doći u obzir, međutim, samo ako je komanditor u cjelini uplatio ulog na koji se obvezao ugovorom o osnivanju. Ako to nije slučaj, onda odgovara vjerovnicima društva neposredno i solidarno s ostalim članovima društva,⁷⁰ do visine ugovorenog uloga umanjenog za uplaćeni dio.

U svrhu zaštite vjerovnika, zakon proglašuje bez učinka prema vjerovnicima društva odredbe ugovora (zašto ne i bilo kojeg naknadnog sporazuma, op. D.L.) između članova društva kojima se komanditor oslobađa obveze uplate svog udjela ili mu se ista obveza odlaže.

Smrt ili prestanak komanditora koji je pravna osoba nema utjecaja na postojanje komanditnog društva. A contrario: ta okolnost, kad su u pitanju komplementari, cijenit će se po zakonskim rješenjima za javno trgovačko društvo, odnosno suglasno društvenom ugovoru.

6. TAJNO DRUŠTVO

Prijedlog Zakona o trgovačkim društvima nije naveo u čl. 2. tajno društvo o kome, međutim nalazimo odredbe u članku 148. do 158. istoga Zakona. Ovo društvo, prema trećima se ne pojavljuje kao bilo kakvo pa ni trgovačko društvo, nema svoje tvrtke niti je pravna osoba.

Pa ipak, poredbeno pravo i pravna književnost ga poznaje, proučava i najčešće dovode u svezu s društvima osoba.⁷¹ Ne bi se moglo reći da je osobito znakovito, međutim, u poslovnoj praksi ima svoje mjesto pa ga zbog toga i valja koliko-toliko spomenuti.⁷²

⁶⁹ REINHARDT/SCHULTZ, op.cit. str.124-125; isto i RASTOVČAN, P. op.cit. str.50, kao i GORENC, V. str.206.

⁷⁰ U pravilu to će biti komplementari, ali i oni komanditori koji, jednako kao ni takav isti, nisu uplatili u cjelini svoj ulog na koji su se obavezali ugovorom o osnivanju.

⁷¹ U njemačkom i austrijskom pravu to se društvo naziva Stille Gesellschaft, u francuskom pravu Sociétés en participation, a u talijanskom pravu associazione in partecipazione.

⁷² LEDIĆ, D. Subjekti trgovačkog (privr.) prava, str.85, ukazuje da Hrvatski trgovački zakon iz 1875. godine nije poznavao tajno društvo, dok je Trgovački zakon Kraljevine (nikada nije stupio na snagu!) sadržava odredbe o istome društvu.

Riječ je o takvome društvu koje nastaje ugovorom gdje se jedna osoba (tajni član) obvezuje uložiti određenu imovinsku vrijednost u poduzeće druge osobe (poduzetnika),⁷³ te na temelju tog uloga stječe pravo sudjelovati u dobiti poduzetnika.

Pravni izvori za uređenje odnosa između poduzetnika i tajnog člana su: ugovor na prvome mjestu zatim odredbe Glave III Dijela drugog Zakona o trgovačkim društvima, te, ukoliko isti odnosi nisu uređeni s ovima, još i propisi Zakona o obveznim odnosima o ortakluku.

Tajni član ima pravo zahtijevati da mu se preda prijepis godišnjih financijskih izvješća radi provjere njihove ispravnosti, da mu se u tu svrhu dozvoli uvid u poslovne knjige i dadu potrebna razjašnjenja.

Jednako kao u slučaju komanditora u komanditnome društvu (vidjeti naprijed, pod t. 5.2.) može to svoje pravo nadzora tajni član ostvariti angažiranjem suda.

Kogentnom pravnom normom zakonodavac zaštićuje sva gore naznačena prava nadzora što ih ima tajni član, tako da se ugovorom ista prava ne mogu niti isključiti niti ograničiti.⁷⁴

Tajni član sudjeluje u dobiti i gubitku udjelom čiju visinu određuje ugovor, a ako takvu odredbu ugovor ne sadrži, onda se udio utvrđuje u visini primjerenom konkretnim okolnostima.

Pravo tajnog člana na udjelu u dobiti ne može se isključiti, ali se njegova obveza na snošenje gubitka iskazanog poslovanjem tajnog društva može ugovorom isključiti.⁷⁵

Utvrđivanje dobiti ili gubitka tajnog društva vezuje se za konac poslovne godine kada se tajnom članu isplaćuje njegov udio u dobiti. Njegovo sudjelovanje u gubitku ograničava se do iznosa uplaćenog uloga odnosno do visine uloga koji se obvezao uplatiti temeljem ugovora o tajnom društvu.

Dok smrt tajnog člana ne dovodi do prestanka društva, zakon kao razloge za prestanak društva navodi:

1. protek vremena na koje je sklopljen ugovor o tajnom društvu,
2. ostvarivanje cilja zbog kojega je sklopljen ugovor o tajnom društvu ili ako ostvarivanje tog cilja postane nemoguće bez obzira na to je li ugovor sklopljen na određeno ili neodređeno vrijeme,
3. smrt ili prestanak poduzetnika koji je pravna osoba,
4. ako poduzetnik prestane obavljati gospodarsku djelatnost,
5. otvaranjem stečajnog postupka nad poduzetnikom ili nad tajnim društvom

⁷³ RASTOVČAN, P. op.cit. str.248-249 naglašuje da ta, druga osoba, mora biti trgovac. Čini se da je s obzirom i na definicije što ih ima Zakon o trgovačkim društvima bolje umjesto izraza "poduzetnik" rabiti izraz "trgovac". Vidjeti čl.1, 2 i 3 Zakona o trgovačkim društvima, kao i PARAC, Z. Zajedničke odredbe Zakona o trgovačkim društvima, Privreda i pravo 3-4/1993 str.170-171.

⁷⁴ REINHARDT/SCHULTZ, op.cit. str.134.

⁷⁵ Usporedbe radi kako to može biti u javnom trgovačkom društvu vidjeti supra pod t.4.2.

Slučajevi koji se naovde gore (pod 1. do 5.) kao razlozi prestanka tajnog društva dovode ex lege do tog prestanka, ukoliko ugovorom nije što drugo predviđeno.

Kada dolazi do prestanka društva poduzetnik-trgovac i tajni član sačinit će obračun tako da će tajnom članu biti isplaćen njegov ulog zajedno s pripadajućom, a još neisplaćenom dobiti. Ako tajni član nije u cjelini uplatio svoj ulog ili je isti smanjen zbog gubitka društva, tajni član može računati samo na isplatu dijela dobiti iznad visine uloga na koji se tajni član obvezao ugovorom o tajnome društvu.⁷⁶ Ulog i udio u dobiti isplaćuju se tajnom članu u novcu, ako ugovorom nije drukčije određeno.

Ukoliko se otvori stečaj nad poduzetnikom-trgovcem tajni član društva ima položaj stečajnog vjerovnika potraživanje kojega čini povrat njegova uloga koji prelazi iznos njegovog udjela u gubitku društva. Ako tajni član nije u cjelini uplatio ulog na koji se obvezao ugovorom dužan je u korist stečajne mase uplatiti iznos dijela uloga koji dostiže visinu njegovog sudjelovanja u snošenju gubitka iskazanog poslovanjem društva.

Postoji mogućnost pobijanja sporazuma između poduzetnika-trgovca i tajnog člana kojim je unutar godine dana prije otvaranja stečaja nad poduzetnikom-trgovcem tajnom članu u cjelini ili djelomično vraćen ulog ili ga se u cjelini ili djelomično oslobodilo od pokrivanja gubitka. Zakon priznaje pravo pobijati takvo vraćanje uloga i oslobodjenje od obveze da se pokrije gubitak samo stečajnom upravitelju, što je ograničenje u odnosu na opća pravila stečajnog prava. Da bude stvar interesantnija, u stavku 3. članka 158, koji se isključivo odnosi na pobijanje u stečaju (zakonski naslov je "Pobijanje stečaja", op. D.L.), izričito stoji "na pobijanje primjenjuju se propisi (općeg, op. D.L.) stečajnog prava."

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Društva osoba tek su jedan dio, mnogi će reći manje značajan i utjecajan, spektra trgovačkih društava kao nezamislivih oblika ostvarenja gospodarske funkcije u suvremenom svijetu. Značenje, uloga i mjesto u poslovnoj praksi, uz predhodno kvalitetno oblikovanje u pozitivnim propisima Republike Hrvatske za trgovačka društva nije potrebno naglašavati. Stvaranje novog konzistentnog pravnog sustava Republike Hrvatske općenito,⁷⁷ a na području trgovačkog prava i prava trgovačkih društava posebice,⁷⁸ nije više stvar neke daleke i "svijetle" budućnosti. To je tu, pokraj nas...

Pješčani sat Zakona o poduzećima ubrzano dolazi svome kraju, po nekima,⁷⁹ njegove škrte, nedovoljno precizne i uopće sadržajem i načinom pristupa nedostatne

⁷⁶ GRUNEWALD, B. op.cit. str.38, kao i REINHARDT/SCHULTZ, op.cit. str.136-137, gdje se kao poseban ističe problem pravilne procjene imovine tajnog društva. Autori zaključuju da jedan od izlaza iz mogućeg spora jeste osnivanje društva kapitala između tajnog člana i poduzetnika-trgovca.

⁷⁷ LEDIĆ, D. Pravo zaštite potrošača - grana prava novog pravnog sustava Hrvatske, Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci, 13/1992. str.146.

⁷⁸ LEDIĆ, D. Neka razmišljanja o trgovačkim društvima i obrtu u svjetlu nekih ponuđenih zakonskih rješenja, Privreda i pravo, 5-6/1993. str.413.

⁷⁹ BARBIĆ, J. Trgovačka društva, str.19; također kod istog autora Zakon o trgovačkim društvima, Privreda i pravo, 3-4/1993. str.151.

odredbe dale su i učinile što su najviše mogle. Neophodnost donošenja novih propisa iz sfere gospodarskih odnosa, u koje svakako i to vrlo znakovito spada Zakon o trgovačkim društvima tim je veća, jer kako reče prof. J. Barbić: "U protivnom, s osloncem na ono što je propisano Zakonom o poduzećima, ozbiljno se ugrožava pravna sigurnost"⁸⁰ i gubi korak s razvijenim zemljama, što se već dvije i više godina događa zbog nametnutog, osvajačkog i prljavog rata Republici Hrvatskoj.

Prednosti društava osoba, prije svega za tzv. mala i srednja poduzeća,⁸¹ ne bi trebalo nikako zanemariti. Prijedlog Zakona o trgovačkim društvima sada ih regulira i obuhvaća na vrlo kvalitetan, stručan i opsežan način pa se glede njihovog osnivanja, poslovanja te odnosa između samih članova kao i prema trećim osobama ne treba imati rezerve i sumnjičavosti, što ih je, uz već dobro poznatu društvenu klimu u bivšem sustavu, sobom donosio i režim Zakona o poduzećima. Oslanjajući se tako, ne samo na zakonsku regulativu, već koliko je to moguće na poslovnu i sudsku praksu i stajališta pravne književnosti u poredbenom pravu, prije svega zemalja kojih su i propisi i praksa bili uzorom donošenju Zakona o trgovačkim društvima, ali i ostalih zemalja-članica Europske zajednice i same Zajednice kao cjeline, stječu se uvjeti za osnivanje i djelovanje trgovačkih društava u nas, među ovima, svakako, i društava osoba, javnih trgovačkih društava, komanditnih društava pa i tajnih društava, na adekvatan, suvremen i za sve čimbenike podjednako dobar način.

⁸⁰ BARBIĆ, J. Dioničko društvo, *Privreda i pravo*, 3-4/1993. str.232.

⁸¹ Tako npr. RASTOVČAN, P. op.cit. str.1; GRUNEWALD, B. op.cit. str.35-36; REINHARDT/SCHULTZ, op.cit. str.36-37; BAUMBACH/HUECK, op.cit. str.253. LEDIĆ, D. Subjeki trgovačkog (privr.) prava, str. 78 itd.

S u m m a r y

PARTNERSHIP IN NEW CROATIAN LAW
ON TRADING PARTNERSHIP

Regulation of economy as one of the segments of the development of the new legal system of Croatia, demands some thoroughly fundamental changes and completely new solutions. One of the better approaches to this problem can be found in the Draft Trading Partnerships Act. In many respects it follows legal solutions, as well as business and judicial practice and the legal science attitudes of many European countries, primarily Germany and Austria.

In this article the author mainly deals with public trading partnerships. It is the most common, the most important and definitely a very practical form of partnership. Its advantages are best seen in the mutual personal trust and cognizance of its members. They have all their assets and their personal labour involved in it as they participate in the management and the representation of the partnership. These basic features of the partnership are present throughout its existence.

In order to avoid repetition, the legislature provided for the application of the same rules treating the public trading partnership to the limited partnership, unless the partnership agreement or relevant parts of this Act otherwise provide. For the same reasons this author dedicates less attention to the limited partnership.

Both public trading partnership and limited partnership are legal persons, while secret partnerships are not. Subsidiary, rules of the Obligation Act are applied.

Finally, the author comes to the conclusion that the suspicions and previous reservations are overridden and that the Draft Act creates conditions for establishment and functioning of various types of partnerships.

UGOVOR O RADU U PRIJEDLOGU ZAKONA O RADU REPUBLIKE HRVATSKE

dr. Marinko Đ. UČUR, izv. prof.
Pravni fakultet u Rijeci

UDK: 349.222(497.13)

Ur. 2.6.1993.

Izvorni znanstveni članak

Autor razmatra predložena rješenja u Zakonu o radu koja se odnose na ugovor o radu. Pored nekih općih napomena koje se odnose na pojmovna određenja, vrši se analiza pojedinih odredaba Zakona o radu (u vrijeme pisanja rada u fazi "prijedloga" za drugo čitanje u Saboru Republike Hrvatske) u onom dijelu koji se odnosi na: neke nomotehničke napomene, oblik ugovora o radu, vrijeme na koje se sklapa ugovor o radu, neka pitanja odnosa poslodavaca i posloprimaoca koja se ugovaraju, a u zaključku se pored ocjena daju i procjene posljedica predloženih rješenja u Zakonu o radu.

1. Uvod

Ugovor o radu je dvostrani pravni posao. Izraz je volje stranaka: posloprimca i poslodavca (ili bi trebao biti izraz slobodno izjavljene /manifestirane/ volje tih subjekata). Koliko je ta sloboda "determinirana" u zaključivanju ugovora o radu i koliki je utjecaj heteronomnih normi na formu i sadržaj tog pravnog posla?¹

Ugovor o radu je sadržaj normi (pravila) o pravima, obvezama i odgovornostima subjekata radnog odnosa. Zaključen je na temelju normi što ih je utvrdila "pravna vlast" koja je donijela pravne norme u zakonima i drugim propisnicima o radu. Ta vlast i njene norme kreću se u "velikim rasponima" i "različitom intenzitetu": negdje su kategorične, a drugdje disjunktivne s naglašenom alternativnošću odnosno dispozitivnošću što opet omogućava subjektima da autonomno urede dio sadržaja ugovora o radu.² Ugovor o radu je konkretan pravni odnos koji nastaje između točno određenog poslodavca i točno određenog posloprimca.

¹ Kada se govori o formi ugovora o radu onda treba, pored ostalog, imati u vidu i odredbe čl.67-73. Zakona o obveznim odnosima – vidi "Narodne novine" 53/91 i 73/91. Ne može se prihvatiti princip proste suglasnosti volja ("Solus consensus obligat"), jer je heteronomnom normom utvrđeno dosta elemenata koje subjekti ugovora o radu treba da ispune prije i prilikom zaključivanja ugovora o radu.

² B. Perić, Struktura prava, Narodne novine, Zagreb, 1988., str.59-60. i dr.

Koliki je utjecaj i kakav je odnos između opće pravne norme u zakonu o radu i konkretnog ugovora o radu, odnosno konkretnog pravnog odnosa? Na to pitanje pokušava se odgovoriti u ovom radu. Ističemo nužnu povezanost normi u Zakonu o radu i radnih odnosa što nastaju kada se zaključi konkretan ugovor o radu; povezanost apstraktnog i konkretnog pravnog odnosa.

Pravni odnos nastao po ugovoru o radu sačinjen je od brojnih pravnih činjenica. Na njima i zbog njih nastaje, mijenja se i prestaje ugovor o radu. To su radnje subjekata radnog odnosa u skladu s pravom. To ćemo pokazati analizom sastavnih dijelova (elemenata) radnog odnosa kao pravnog odnosa: pravnih subjekata tog odnosa i predmeta (objekta) tog odnosa, prava (subjektivnog) subjekata radnog odnosa i pravnih obveza.

Neosporno je da će nastupiti velike promjene u sadržaju radnog odnosa: radnog odnosa kao pravnog odnosa intuitu personae (osobnog odnosa) i to prvenstveno ugovornog odnosa. Doći će do naglašene podjele između "statusnog" dijela i "ugovornog" sadržaja radnog odnosa. Ovdje, dakako, treba imati u vidu i brojne specifične radne odnose s javnopravnim elementima radnog odnosa (npr. radni odnosi u upravi, sudstvu, pomorstvu i dr.).

Kolike su promjene u bitnim elementima radnog odnosa: nema radnog odnosa (nema ugovora o radu) bez dobrovoljnosti; ugovor o radu počiva na obvezi osobnog obavljanja rada; naglašava se subordinacija u ovom pravnom odnosu; bez plaće i drugih primanja nema ugovora o radu; posloprimce se mora uključiti u radni proces kod poslodavca na radno mjesto radi obavljanja radnih operacija profesionalno i, u pravilu, stalno.

Neka rješenja u Zakonu o radu polaze od općih pravila o "consensusu kontrahenata, o karakteru konsenzualnosti, o valjanosti formiranja sporazuma, ali i pravila o granicama slobode ugovaranja (s gledišta predmeta, causae, zakonskih restrikcija, pa i zabrana)."³ Analizom pojedinih odredbi pokazat će se koliko je zahtijevani i "projektirani" ugovorni karakter radnog odnosa "ustupio" mjestu statusnosti radnog odnosa, više kao "teret" zatečenog stanja i odnosa nego kao intencije zakonodavca da tako bude. Nosioci subjektivnih prava su posloprimac i poslodavac koji zaključuju ugovor o radu. Ugovor o radu je "materijalni akt" o postignutom sporazumu obaju subjekata radnog odnosa o dobrovoljnom zasnivanju tog odnosa.

Do konačnog teksta Zakona o radu, mi ćemo se koristiti onom "verzijom" koja nam je dostupna, s rezervom da će određena rješenja biti doručena, ali ona neće bitno utjecati na "viđenja", mišljenja i sugestije date u ovom radu.⁴ Nema se namjere činiti potpuniju analizu odredbi predloženog Zakona o radu, već samo onih odredbi koje se odnose na Ugovor o radu (sklapanje ugovora o radu, prestanak ugovora o radu i analiza onih odredbi koji potpuniije određuju sadržaj tog ugovora).

³ Nikola, Tintić, Radno i socijalno pravo, knjiga prva: Radni odnosi (II), Narodne novine, Zagreb, 1972., str.162.

⁴ Zakon o radu, Republika Hrvatska, Ministarstvo rada i socijalne skrbi (priprema za drugo čitanje), Zagreb, 6.travnja 1993.godine

Metodom analize predloženog zakonskog teksta dopunjena je nekim rješenjima de lege lata i komparativnom metodom koja daje neka "viđenja" o razvoju ovog instituta radnog prava.

2. Neke nomotehničke napomene

Zakon o radu (u varijanti prijedloga) nije dovoljno nomotehnički doraden. Vrlo je kompliciran. Ima dosta pojmova i kategorija nejasno "sročениh" (naročito u odredbama koje reguliraju otkaz).

U Zakonu o radu, ugovor o radu se podređuje principima i normama obveznog prava. Ugovor o radu je pravna veza posloprimca i poslodavca da se uspostavi radni odnos kao faktično stanje u kome se nalazi, prvenstveno radnik, a i poslodavac. Zakon o radu mora poći od premise da treba urediti i ugovor o radu i radni odnos, tj. i pravnu i faktičnu vezu. Radni odnos nije samo ugovorni odnos: odnos dvije prestacije - rada i plaće. Sadržaj radnog odnosa je daleko više od toga. Radni odnos nije privatnopravna stvar subjekata radnog odnosa u potpunosti.

Osnov radnog odnosa jeste ugovor o radu koji je različit od svih drugih ugovora (po uvjetima koje moraju ispunjavati subjekti tog odnosa da bi nastao, postojao ili ako ih nema da prestane; po formi, raskidanju, odgovornosti subjekata iz tog ugovora).

Stanovite manjkavosti mogle bi se ukloniti, pored ostalog, ako bi se:

- 1) donio "paket" propisa što će činiti radno i socijalno zakonodavstvo;
- 2) notificirale (po skraćenom postupku) "ratificirale" konvencije Međunarodne organizacije rada i prihvatile odgovarajuće preporuke neophodne za izradu zakonodavstva u Republici Hrvatskoj;
- 3) izradila načela na kojima zakon treba da počiva;
- 4) izradilo obrazloženje zakona i drugo.

U Zakonu o radu skoro pa se "fetišizira" ugovor o radu. Ugovor o radu je statična kategorija. Radni odnos je faktična, dinamična veza poslodavca i posloprimca. I jedna i druga kategorija su potrebne u zakonu.

Zakon bi treba da ima naslov (ime) Zakon o radnim odnosima, jer se oni njime uređuju a ne samo ugovor o radu, niti pak rad uopće.

Zakonom bi trebalo jasnije izraziti hijerarhiju propisa kojima se uređuje radni odnos: konvencije Međunarodne organizacije rada, Ustav, zakoni, lex specialis, kolektivni ugovor, opći akti i ugovor o radu. Tako bi se, posredno, riješilo i pitanje sadržaja pojedinih navedenih akata. Zakonu su "rezervirana" principijelna pitanja: uvjeti i način zasnivanja radnog odnosa, subjekti ugovora o radu, temeljna prava, osnovna plaća, režim kolektivnih ugovora, prestanak radnog odnosa, pitanje sankcija i organa (tijela) za ostvarivanje i zaštitu individualnih prava posloprimca na radu i po osnovi rada. Ovome treba dodati i pitanja: zaštite posebnih kategorija posloprimaca (majki, invalida, mladeži, sindikalnih povjerenika i drugih s posebnim statusom); specijalizirane radne sudove, pravo sindikalne koalicije i štrajka.

Zakon nedovoljno uvažava odredbe i načela Ustava Republike Hrvatske od 20.12.1990. kao npr.:

- članak 18., o pravu na žalbu na akt: "ovlaštenog tijela koje donosi pojedinačni pravni akt";
- članak 54.: "svakom je pod jednakim uvjetima dostupno svako radno mjesto i dužnost";
- članak 55.: "svaki zaposleni ima pravo na zaradu kojom može osigurati sebi i obitelji slobodan i dostojan život";
- članak 56.: "pravo zaposlenih i članova njihovih obitelji na socijalnu sigurnost i socijalno osiguranje... uređuje se zakonom i kolektivnim ugovorom";
- članak 64. stavak treći, o posebnoj zaštiti majke, invalida i mladeži.⁵

Poslodavci nisu još pripravnici na zahtjeve suvremenog tržišta. Posloprimci još manje: brojni problemi gospodarskih i drugih odnosa stvaraju sve više nezaposlenih, a otkaza je sve više. Iz tih i drugih razloga nužno je u prijelaznim odredbama zakona utvrditi duže rokove za "prelazak" na "novoregulirani" režim rada i radnih odnosa.⁶

3. Oblik ugovora o radu

Posebne odredbe Zakona o radu koje se odnose na Ugovor o radu nalaze se u glavi II pod istim nazivom.

U članku 5. piše: "Ugovorom o radu zasniva se radni odnos". Radni odnos je i "društveno radni odnos" koji nastaje u procesu rada (radne djelatnosti čovjeka) u određenoj proizvodnoj ili drugoj organizaciji između osoba koje vrše neposrednu radnu aktivnost i vlasnika ili nosioca vlasničkih ovlaštenja (ovisno o društvenopolitičkom uređenju zemlje), kao i među ostalim učesnicima procesa rada, a čiji je sadržaj prvenstveno utvrđen pozitivnim propisima, drugim aktima ili kolektivnim ugovorom."⁷

Posloprimac je slobodna stranka i kao takav zaključuje ugovor o radu prihvaćajući prava, obveze i odgovornosti i kao nejača (ekonomski) strana ugovora uvjete koje mu posloprimac nudi. Zakonodavac bi morao voditi računa da posloprimca ne

⁵ Ustav Republike Hrvatske – "Narodne novine" 56/90.

⁶ Prema podacima zadnjeg popisa stanovništva Hrvatska je imala 1991. godine 4.784.265 stanovnika. Krajem rujna 1992. godine u "društvenom i privatnom" sektoru bilo je zaposleno 1.227.505 osoba. U razdoblju siječanj-prosinac 1992. godine u službama za zapošljavanje Republike Hrvatske bilo je evidentirano prosječno mjesečno 266.568 nezaposlenih osoba... – Podaci Ministarstva rada i socijalne skrbi Republike Hrvatske u Nacrtu prijedloga "Socijalnog programa", Zagreb, 9. ožujka 1993. godine.

⁷ PERLAIN, Joško, Radni odnos, Pravni fakultet, Split, 1978., str. 19. O radnom odnosu vidi: – A. E. Pašerstnik, Teoretičarske voprosi kodifikaciji obšesojznoga zakonodavateljstva o trude, Akademii nauk SSSR, Moskva, 1955.

- Rudi Kyovski, Učbenik delovnega prava in socialnega zavarovanja, Ljubljana, 1961.; Nikola Tintić, Radno i socijalno pravo: Radni odnosi (I), Zagreb, Narodne novine, 1969.; L.Barassi, Il diritto del lavoro, I.Giuffrè, Milano, 1957. i drugi.

dovede u priliku da sve svoje fizičke i umne sposobnosti stavljanjem u službu poslodavca to ne učini neograničeno u okvirima određenog radnog vremena.⁸ Zbog toga treba zakon o radu da nastoji "izjednačiti" poslodavca i posloprimca kao ugovorne strane. Ne može se ugovor o radu podvesti pod norme obveznog prava u svemu.

Rad nije roba. Rad nije jedna stvar, jedno dobro. To je čovjekova aktivnost. Rad ne može biti objekt obligacije davanja, već obligacije (prestacije) rada, tj. ne može biti objekt prodaje.⁹

Ako postoji ugovor o radu, on nije potvrda ugovornog odnosa, već forma za pristupanje određenoj pravnoj situaciji.¹⁰ Ako je to tako onda i odredbu članka 5. Zakona o radu treba tako tumačiti. Međutim, već u odredbama članka 6. ("primjena općih propisa obveznoga prava") naglašava se supsidijarnost propisa obveznog prava koji će se primjenjivati "na sklapanje, valjanost, prestanak ili drugo pitanje u svezi s ugovorom o radu koje nije uređeno ovim ili drugim zakonom". Izričita je norma u stavku drugom toga članka: "Na ništavost ugovora o radu ili neke odredbe tog ugovora, ne može se pozivati poslodavac".

Ovakvo rješenje zaslužuje posebnu pažnju. U odredbama koje slijede, Zakon o radu nešto detaljnije regulira sklapanje i prestanak ugovora o radu, pa će se o njima pisati imajući u vidu citirano u stavku prvom članka 6. i "propise obveznog prava".

Prema odredbi stavka 1. članka 67. Zakona o obveznim odnosima "zaključenje ugovora ne podliježe nikakvoj formi, osim ako je zakonom drugačije određeno". Bez obzira što se propisivanjem pismene forme ugovoru o radu stvara "usporavanje" proklamiranog principa suvremenog ugovornog prava, prema kome se ugovori zaključuju prostom suglasnošću volja, ipak je to nužno zbog naglašene specifičnosti i sadržaja ugovora o radu, te njegovih posljedica za titularne prava ali i za druge subjekte. Pismena forma ugovora o radu je vidljiv oblik manifestiranja volje poslodavca i posloprimca za uspostavljanje radnog odnosa. Kao subjekti tog odnosa dužni su poštivati "zakonsko naređenje" da ugovor o radu sklope u pismenom obliku (stavak prvi, članka 9. Zakona).¹¹ Pismena forma ugovora o radu je i pitanje zaštite određenih društvenih interesa,

⁸ A. Baltić, M. Despotović, Osnovi radnog prava..., Beograd, 1967., str.17. V: "Sve do početka XX veka ugovor o najmu ili ugovor o radu u zakonodavstvu i teoriji predstavljao je polaznu tačku i osnovu u rešavanju odnosa između radnika i poslodavca, kao i proučavanju pojedinih pitanja i instituta radnog prava. Na taj način odnos se svodi isključivo na ugovorni odnos koji je bio potčinjen principima i normama ugovornog prava."

⁹ Versajski ugovor, dio XIII. čl. 427. – Ustav Međunarodne organizacije rada i Deklaracija o svrsi i ciljevima Međunarodne organizacije rada, u knjizi Z. Cota, Međunarodni ugovori i sporazumi o socijalnom osiguranju, Zagreb, Narodne novine, 1970.

¹⁰ A. Baltić, M. Despotović, op.cit.str.18

¹¹ "Formalizam... je formalizam pravne sigurnosti u vrlo složenim društvenim odnosima... Tu potrebu sigurnosti u oblasti ugovornog prava može u izvesnoj meri da zadovolji i sama forma. Otuda se forma u savremenom pravu javlja ne kao ritual, već kao vrlo racionalno sredstvo pravne tehnike". – S. Perović u komentaru Zakona o obligacionim odnosima, P.F., Kragujevac, 1980., str.274.

uvjetovana njegovom sadržinom. Ugovor o radu je pravni osnov (titulus) prava, obveza i odgovornosti na radu i u svezi s radom.

Pismena forma ugovora o radu je bitna forma (forma ad solemnitatem). Ona je određena zakonom. To je dvostruko formalni ugovor, jer obvezuje na formu i poslodavca i posloprimca. Pismena forma predstavlja konstitutivni element ugovora. Međutim, u stavku drugom članka 9. Zakona o radu piše: "Propust ugovornih stranaka da sklope ugovor o radu u pismenom obliku, ne utječe na postojanje i valjanost tog ugovora". Znači li to da je u pitanju tzv. "dokazna" forma (forma ad probationem)? Može li "pismena potvrda o sklopljenom ugovoru" koju je dužan poslodavac posloprimcu uručiti "najkasnije četrnaestoga dana od dana početka rada" zamijeniti formu ugovora o radu i njen bitni karakter za ovaj pravni posao? I dalje: "Ako na pismeni zahtjev posloprimca poslodavac odbije izdati potvrdu iz st. 3 ovoga članka, posloprimac može tužbom pred mjerodavnim sudom zahtijevati od poslodavca izdavanje takve potvrde" (stavak 4. članak 9. Ugovora o radu).

Kako će se bez nedostatka pismene forme ugovora o radu ostvarivati dvije korisne strane forme: zaštitna i dokazna?

Zaštitna funkcija pismene forme ugovora o radu je u interesu države, ali prvenstveno u interesu posloprimca (pa i poslodavca) kao subjekta ovog ugovora. Ugovor o radu sklapa se kao pravni posao, intuitu personae: od početka do kraja. Prethodi mu postupak koji garantira sigurnost u izjavi volja da li će se i s kim će se zasnovati radni odnos. U ugovoru su jasno izražena prava oba subjekta. U njemu su sadržani takvi elementi koji nedvojbeno utvrđuju složeni pravni odnos nastao temeljem ugovora o radu. Nadalje, ova forma štiti sigurnost pravnog poretka: kontrola, evidencija zaposlenih i njihovih prava, kao suštine društvenih odnosa, pa i onda kada se ne vrši registracija ugovora o radu, kao što je slučaj s ugovorom o radu pomorca i ribara koji se mora registrirati pri mjerodavnom državnom organu (stavak 5. članka 9. Zakona o radu).

Pismena forma ugovora o radu ima i dokaznu funkciju. Ona pruža pouzdan dokaz, kako o postojanju samog ugovora, tako i o njegovoj sadržini (radno mjesto, osnovna plaća, trajanje rada i dr.).

Poslije zaključivanja ugovora o radu stranke mogu mijenjati ili dopunjavati njegove elemente. Tada nastaje pitanje da li je i za takav sporazum potrebna odgovarajuća forma. Prema odredbi stavka 2. članka 67. Zakona o obveznim odnosima i u tom slučaju je potrebna pismena forma, jer "Zahtjev zakona da ugovor bude zaključen u određenoj formi važi i za sve naknadne izmjene i dopune ugovora".

Prema stavku drugom članka 10. Zakona o radu umjesto podataka o trajanju godišnjeg odmora na koji posloprimac ima pravo, a u slučaju kada se takav podatak ne može dati u vrijeme sklapanja ugovora, odnosno izdavanja potvrde, načinu određivanja toga odmora; o otkaznim rokovima kojih se mora pridržavati posloprimac, odnosno poslodavac, a u slučaju kada se takav podatak ne može dati u vrijeme sklapanja ugovora, odnosno izdavanja potvrde, načinu određivanja otkaznih rokova; osnovnoj plaći, dodacima na plaću te razdobljima isplate primanja na koja posloprimac ima pravo i trajanje redovitoga radnoga dana ili tjedna - može se u ugovoru, odnosno potvrdi, uputiti na

odgovarajuće zakone, druge propise, kolektivne ugovore ili pravilnike koji uređuju ta pitanja.

U takvom slučaju mogu se primijeniti i odredbe stavka trećeg i četvrtog u članku 76. Zakona o obveznim odnosima. Međutim, ovdje se ne radi o "usmenim dopunama" i nebitnim odnosno sporednim točkama već o drugom pisanom izvoru koji sadrži u sebi te elemente (zakon, drugi propis, kolektivni ugovor ili pravilnik). Ipak, mislimo da se radi o svojevrsnom poštivanju pismene forme (posredno) ugovora o radu i u ovom slučaju, i ona se ne može zaobići.¹²

Opredijelimo se: određena forma jeste konstitutivni element ugovora o radu.¹³

4. Vrijeme na koje se sklapa ugovor o radu

Vrijeme na koje se sklapa ugovor o radu nije konstitutivni element toga ugovora.

Vrijeme je element klasifikacije ugovora o radu. Po ugovorenom trajanju zasnovanog radnog odnosa - ugovor o radu može biti sklopljen na neodređeno vrijeme i na određeno vrijeme (odnosno do izvršenja određenog posla). U tom smislu odredba stavka prvog članka 7. Zakona o radu je nedvojbena: u pravilu, "ugovor o radu sklapa se na neodređeno vrijeme". To potvrđuje i stavak treći toga članka: "Ako ugovorom o radu nije određeno vrijeme na koje je sklopljen, smatra se da je sklopljen na neodređeno vrijeme".

Prema članku 10. stavak prvi, točka 5., u ugovoru o radu mora se naći i odredba koja sadrži podatke o "u slučaju ugovora o radu na određeno vrijeme, očekivanom trajanju ugovora". To je zadani, obvezatni dio predmeta ugovora o radu: određivanje trajanja radnog odnosa. Sklapanje ugovora o radu na određeno vrijeme nije "slobodno" niti za jednu stranu. Ovdje je i poslodavac i posloprimac ograničen normom u članku 8. Zakona o radu. Ograničenje je, dakako, veće na strani posloprimca, jer poslodavac "utvrđuje da li postoji stvaran i važan razlog za mogućnost da se ugovor o radu može "iznimno sklopiti na određeno vrijeme".

Vrijeme na koje se sklapa ugovor o radu, a time i zasniva radni odnos, ovisi od utvrđene potrebe za radom. Tu potrebu uvijek utvrđuje poslodavac. Ako je potreba za posloprimčevim radom trajne prirode, tj. ako je u trenutku zaključenja ugovora o radu izvjesno da vrijeme trajanja potrebe za njegovim radom nije ograničeno, onda on zasniva radni odnos na neodređeno vrijeme. Trajnost potrebe za radom radnika treba shvatiti u

¹² Prof. N. Tintić u cit. (str. 165) piše: "Ugovor o radu (labor contract, contract de travail, Arbeitsvertrag, contratto di lavoro, contrato de trabajo, trudovoi dogovor) je tradicionalno centralna kategorija u radnom pravu. On je bio (a u mnogim zemljama još uvijek i ostao): osnova zasnivanja radnog odnosa; forma reguliranja radnih odnosa; osnovno sredstvo za raspored radne snage; sredstvo utvrđivanja mjere rada i usklađivanja interesa svakog radnika s društvenim interesima kao i s kolektivnim interesima radne organizacije i radne zajednice; sredstvo ostvarivanja načela slobode rada, napose kada je radni odnos pravni odnos razmjene; jedno od sredstava za organizaciju rada, rasporeda radne snage unutar poduzeća itd."

¹³ ibidem (str. 165)

relativnom smislu, a to znači da tijekom radnog odnosa iz različitih razloga može doći do prestanka potrebe za njegovim radom, iako je ona u trenutku sklapanja ugovora o radu bila utvrđena kao potreba trajne naravi.

Zaključivanje ugovora o radu ne znači i dan zasnivanja radnog odnosa. Takva je i stipulacija odredbe u točki 4. stavak prvi članka 10. Zakona o radu kad propisuje da je obavezan sadržaj ugovora o radu "dan zasnivanja radnog odnosa". To može biti i danom sklapanja ugovora o radu.

Sloboda sklapanja ugovora o radu treba da znači pravo subjekata tog Ugovora da samostalno (neovisno od drugih, pa i države) odlučuju o sadržaju ugovora o radu koji se odnosi na stranke: da li će se uopće sklopiti ugovor o radu, za koje radno mjesto i za koje vrijeme. Sloboda sklapanja ugovora o radu ne može se shvatiti apsolutno. Republika Hrvatska je i socijalna država. One kategorije posloprimaca koje bi teško uspjele u konkurenciji na tržištu rada (invalidi npr.) moraju biti favorizirani od države u sklapanju ugovora o radu. Nema obveze rada. Naglašava se sloboda rada: sloboda izbora zanimanja i zaposlenja, kao i sloboda raskida ugovora o radu.

Ostali dijelovi sadržaja ugovora o radu, kao npr. oni o trajanju plaćenog godišnjeg odmora, o osnovnoj plaći, o trajanju redovitoga radnog vremena uređeni su (u minimumu odnosno maksimumu) zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom. To se odnosi i na sklapanje ugovora o radu na određeno vrijeme, koje se "kolektivnim ugovorom može ograničiti ili proširiti..." (stavak 2. članka 8. Zakona o radu), odnosno "Poslodavac ne smije s istim posloprimcem sklopiti jedan ili više uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme, temeljem kojih se radni odnos na određeno vrijeme zasniva za neprekinuto razdoblje duže od tri godine, osim ako je to zakonom ili kolektivnim ugovorom dopušteno." (stavak 4. članka 8. Zakona o radu).

Zakon o radu prihvaća klasifikaciju ugovora o radu prema vremenu trajanja - na koje se sklapa: ugovor o radu na neodređeno vrijeme i ugovor o radu na određeno vrijeme.

Kako se ugovorom o radu zasniva radni odnos onda je trajanje ugovora o radu lakše objašnjavati po trajanju radnog odnosa koji spada u "pravne odnose trajanja" (sukcesivne, kontinuirane odnose i to u vezi s pravnom kontinuiranošću obavljanja rada).¹⁴ Bez obzira što će "odgovarati" poslodavcima neće se moći ugovor o radu sklapati na određeno vrijeme tako lako i tako često. U interesu je poslodavca da u registriranoj djelatnosti ima elemente trajne naravi, kontinuirane naravi; da taj zahtjev nije trenutni, već "trajan" - unaprijed neodređen. Izbor posloprimca uvijek je stvar volje poslodavca, pa će on i nastojati da izvrši najbolji izbor i da zbog eventualne greške u izboru ne "izmišlja" ugovor o radu na određeno vrijeme.

¹⁴ N. Tintić, Radno i soc. pravo: Knjiga I, Narodne novine, Zagreb, 1969. str. 396. "Trajanje radnog odnosa je važno za način prestanka radnog odnosa, za stalnost zaposlenja, pa i za stjecanje, odnosno ostvarivanje određenih prava (za stjecanje kojih je uvjet određeno prethodno razdoblje provedeno u radnom odnosu)."

Priroda stvari nameće potrebu postojanja ugovora o radu na određeno vrijeme. Prema članku 8. Zakona o radu, ti slučajevi su:

- kad se radi o sezonskom poslu,
- zamjena privremeno nenazočnoga posloprimca, narudžba ili drugo privremeno povećanje opsega poslova,
- u slučaju privremenih poslova za obavljanje kojih poslodavac ima izuzetnu potrebu,
- ostvarenja određenoga poslovnog pothvata ili plovidbenoga zadatka broda,
- osposobljavanje pripravnika.¹⁵

Bez obzira da li se ugovor o radu sklapa na određeno ili na neodređeno vrijeme on mora imati obvezni sadržaj predviđen Zakonom. To se odnosi i na ove obveze:

- obvezu poslodavca da službu zapošljavanja obavijesti o sklapanju ugovora o radu;
- obveze iz tzv. izvanrednog otkaza;
- vraćanja posloprimcu svih njegovih isprava nakon prestanka radnog odnosa;
- poslodavca da posloprimcu isplati plaću i druge zakonom i drugim propisom utvrđene naknade.

5. Neka pitanja odnosa poslodavca i posloprimca koji se ugovaraju

Poslodavac i posloprimac ne mogu ugovorom o radu ugovarati poseban položaj (povoljniji ili nepovoljniji) "na temelju rase, boje kože, spola, bračnoga stanja, dobi, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovnoga stanja, rođenja, naobrazbe, društvenoga položaja, članstva ili nečlanstva u političkoj stranci, članstva ili nečlanstva u sindikatu, te fizičkih, duhovnih ili osjetilnih poteškoća (vidi čl. 2 Zakona o radu o nejednakom postupanju).¹⁶

"Osoba koja zapošljava (poslodavac) obvezna je u radnom odnosu posloprimcu dati posao, te mu za obavljene rad isplatiti plaću, a posloprimac je obavezan prema uputama poslodavca osobno obavljati preuzeti posao" (stavak prvi članka 3. Zakona o radu). Jedan od bitnih elemenata tog radnog odnosa jeste i obveza osobno obavljati rad.

¹⁵ O radnom odnosu na određeno vrijeme vidi: Marinko, UČUR, Neke specifičnosti radnog odnosa na određeno vrijeme za obavljanje sezonskih poslova, Argumenti, Rijeka, 3-4/1982. str. 142-155. Sezonski radnici u ugostiteljstvu i turizmu Istre; Zbornik: Susreti na dragom kamenu, Pula, 1987., str. 375-392. i dr.

¹⁶ Ustav Republike Hrvatske – čl. 14-20. (1990)
- Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima od 16. 12. 1966.
i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (čl. 2. st. 1.) od 16. 12. 1966. – Dodatak Rezoluciji OUN 2200 A (XXI).

Radni odnos je pravni odnos *intuitu personae*.¹⁷ Ugovor o radu se po ovome izdvaja od drugih obveznih ugovora. Njime se ugovara obveza poslodavca da posloprimcu da posao u radnom odnosu, a ovaj je dužan osobno obavljati preuzeti posao. Njegov rad vezan je za njega kao osobu.¹⁸ Tu obvezu radnik realizira prema uputama poslodavca koja mora biti: kvalitativno određena, kvantitativno utvrđena i određena u pogledu radnikova mjesta rada koje "poslodavac ima pravo pobliže odrediti".

Ovdje se naglašava još jedan bitan element radnog odnosa: subordinacija. Poslodavac daje upute posloprimcu kako će realizirati preuzeti posao određujući "način obavljanja rada, poštujući pri tome prava i dostojanstvo posloprimca". Posloprimac odgovara poslodavcu za povredu dužnosti iz rada. Upute koje poslodavac daje posloprimcu imaju pravno značenje subordinacije, a način obavljanja rada ima više značenje ekonomske subordinacije, značenje hijerarhijskog položaja poslodavca. Ona je, pored toga, i organizacijska i tehnička. No, i ovdje je nužan oprez: razlike u sadržaju subordinacije su nužne i normalne.

No, bez obzira o kojim se "oblicima" radilo, subordinacija može uvelike promijeniti "sadržaj" odnosa između poslodavca i posloprimca. To ne smije biti: odnos "potčinjavanja" odnosno "pokoravanja" posloprimca poslodavcu. Posloprimac mora poštivati organizaciju rada, radni red, pravila o poslovanju, radnu disciplinu i dr., sve na određenom radnom mjestu kao stalnom sadržaju rada. Kako se ovdje radi o Zakonu o radu, kojim se uređuju radni odnosi uopće, nužno je imati na umu brojne specifičnosti radnih odnosa u različitim djelatnostima i oblastima, u kojima i subordinacija ima drugi kvalitet i rezon.

Zakon o radu određuje i jednu "zajedničku" obvezu poslodavcu i posloprimcu koji su u radnom odnosu "dužni pridržavati (se) odredbi ovoga Zakona, drugih zakona, drugih propisa, kolektivnih ugovora i pravilnika u svezi s radnim odnosom" (stavak prvi članka 4.).

U "općim odredbama" nalazimo i normu kojom se obvezuje poslodavac da prije stupanja posloprimca na rad, "dužan ga je upoznati s odredbama propisa u svezi s radnim odnosom, organizacijom i zaštitom na radu" (stavak drugi članka 4. Zakona o radu). "Stupanje na rad" znači moment u kome posloprimac stvarno počinje raditi, tj. izvršavati svoje obveze iz radnog odnosa.¹⁹ To se i ne mora "slagati" s danom sklapanja ugovora o radu. Ugovor o radu je i konsenzualan pravni posao. Danom, bolje reći momentom, zaključenja ugovor je perfektan. Sklapanje ugovora o radu jeste momenat nastanka pravne osnove za buduće stjecanje prava i izvršavanje obveza. Stupanje na rad jeste momenat u kojem posloprimac počinje izvršavati obvezu iz radnog odnosa, a

¹⁷ "Stoga rad mora osobno obavljati osoba u radnom odnosu, bez ikakve mogućnosti da sama odluči da to umjesto nje čini koja druga osoba" – N. Tintić, cit. str. 357.

¹⁸ "U tom smislu je donekle točno da je ličnost čovjeka ustvari objekt ugovora, mada je on istodobno i subjekt ugovora o radu" – N. Tintić – ibidem, str. 357 (i po njemu RIPERT, Traifé élémentaire de M. Planiol tom II, No. 2947-2948.).

¹⁹ ib idem, str. 366

poslodavac obvezu da posloprimcu da posao, a kasnije i za izvršeni rad i plaću. To se u glavi XV "Ostvarivanje prava i obveza iz radnog odnosa" u članku 115. precizno određuje; "Prava i obveze iz radnog odnosa ostvaruju se od dana stupanja posloprimca na rad".

Pored navedenih u Zakonu o radu nalaze se i druge odredbe koje se direktno ili indirektno odnose na ugovor o radu:

- obvezni sadržaj pisanog ugovora o radu u slučaju upućivanja posloprimca u inozemstvo (čl. 11);
- izmjena podataka o kojima mora u pisanom obliku biti obaviješten posloprimac (članak 12.);
- ako su zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom o radu ili pravilnikom određeni posebni uvjeti za zasnivanje radnog odnosa, ugovor o radu može sklopiti samo posloprimac koji udovoljava tim uvjetima (st. 1. čl. 16.);
- strani državljanin ili osoba bez državljanstva može sklopiti ugovor o radu pod uvjetima propisanim posebnim zakonom (stavak drugi čl. 16.);
- prestanak ugovora o radu (čl. 20.-36.);
- mogućnost ugovaranja probnog rada (čl. 39.);
- ugovor o radu s pripravnikom može se sklopiti na određeno ili na neodređeno vrijeme (članak 40.-43.);
- ako ugovorom o radu nije određeno radno vrijeme, smatra se da je ugovoreno puno radno vrijeme, a ugovor o radu može se sklopiti i za nepuno radno vrijeme, odnosno može se ugovoriti i rad dijelom radnog vremena na poslovima koji nisu osobito teški ili za zdravlje štetni (čl. 45.-47.);
- trajanje godišnjeg odmora može se odrediti i ugovorom o radu (čl. 56. i 57.);
- nadoknada plaće za vrijeme godišnjeg odmora i raspored korištenja godišnjeg odmora može se utvrditi i ugovorom o radu (čl. 61. i 64.);
- posloprimac koji koristi pravo na porodni dopust, posvojiteljski dopust ili kojemu ugovor o radu miruje do tri godine života djeteta, može raskinuti ugovor o radu izvanrednim otkaznom (st. prvi čl. 83);
- određivanje plaće i nadoknade plaće (čl. 92. i 97.);
- naknada za izum koji je u svezi s djelatnošću poslodavca i za tehničko unapređenje (čl. 102. i 103.);
- ugovorna zabrana utakmice (čl. 105.-109.);
- ako kolektivni ugovor obvezuje određenoga poslodavca, onda poslodavac ne smije sklopiti ugovor o radu koji je za posloprimca nepovoljniji od kolektivnog ugovora (čl. 159.);
- ako kolektivni ugovor obvezuje određenoga poslodavca, onda se on primjenjuje na sve ugovore o radu kojih je taj poslodavac stranka (st. 3. čl. 160.); i druge.

6. Zaključak

6.1.

Osnovica "novog društveno-radnog odnosa" jeste oblik vlasništva. "Jamči se pravo vlasništva. Vlasništvo obvezuje... Poduzetnička i tržišna sloboda temelj su gospodarskog ustroja Republike. Država osigurava svim poduzetnicima jednak pravni položaj na tržištu..."²⁰ Društveno-radni odnos izvire iz društveno-političkog uređenja Republike Hrvatske. Organiziranje vlasti i oblik vlasništva rezultiraju i društveno-radnim odnosom. To nije konkretan odnos prava i obveza i nije "predmetom" ugovora o radu.²¹ Kakav je društveno-radni odnos takav je i radno-pravni odnos.

U tom "novom" radnom odnosu ugovor o radu je i pravni posao, ali prvenstveno oblik zasnivanja radnog odnosa. Posloprimac ugovorom o radu preuzima obvezu rada koja je osnovni dio njegovog sadržaja. Ugovor o radu je realan ugovor. On postaje perfektan zaključenjem, a realizira se faktičnim obavljanjem rada.

Ugovorom o radu poslodavac ne prepušta radnu snagu poslodavcu. Ona je neodvojiva od radnika. Radna snaga je sveukupnost njegovih umnih i fizičkih sposobnosti. Causa ugovora o radu je plaća.

6.2.

Ugovor o radu stvara obvezu posloprimcu da, kao aktivna strana tog ugovora, obavlja rad, a obvezu poslodavcu, kao pasivnoj stranki ugovora, da radniku isplati plaću i "dati posao" (članak 3. Zakona o radu). Filadelfijska deklaracija iz 1944. godine (kao sastavni dio Ustava Međunarodne organizacije rada) upisala je načelo "rad nije roba". To je jedno od njenih osnovnih načela.²²

Subjekti i sadržaji ugovora o radu i radnog odnosa su gotovo u cjelini isti, sadržaj radnog odnosa, istina može biti, reguliran i propisima (zakonom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom i dr.) - kako piše u članku 10. Zakona o radu. Tako se i dalje "država miješa" u radni odnos: kod plaće, radnog vremena, odmora i sl. No, time značaj ugovora o radu nije narušen.

6.3.

Uz obvezu rada, radnik ima i pravo na to da mu poslodavac "pobliže odredi mjesto i način rada; da ga se upozna s odredbama propisa u svezi s radnim odnosom, organizacijom i zaštitom na radu (čl. 3. i 4.), te da "bez bilo kakve razlike utemelje udruhu posloprimaca" (čl. 121.), "da izaberu svoje predstavnike (posloprimačko

²⁰ Ustav Republike Hrvatske od 22. 12. 1990. – članak 48. i 49. ("Narodne novine" 56/90.)

²¹ "on je stvarni, ali dijelom i formalno-pravni odnos. Društveno-radni odnos je radni odnos samo u mjeri u kojoj predstavlja društveno-ekonomsku osnovu radnog odnosa, shvaćenog u pravnom smislu." Anton, RAVNIĆ, Društveno-radni odnos; Radno-pravni odnos, 11 – dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Zagrebu, 1982., str. 6.

²² kao u pozivnoj hilješci br. 9

predstavništvo) koje će ih zastupati kod poslodavca u zaštiti i promicanju njihovih prava i interesa" (čl. 190) i druga.

6.4.

Plaća se, glede minimuma određuje zakonom i kolektivnim ugovorom, a "određuje se ugovorom o radu" (čl. 92.). Međutim, tendencija jeste da plaća sve više ovisi o potražnji radne snage. "Svaki zaposleni ima pravo na zaradu kojom može osigurati sebi i obitelji slobodan i dostojan život" (čl. 55. st. 1. Ustava Republike Hrvatske). Interesantno je da Ustav koristi termin "zarada" a ne plaća ili drugi naziv.

6.5.

Zakon o radu ne može zanemariti osnovne postulate socijalne države: socijalna prava radnika dio su stvarne demokracije i preduvjet ukupnog ekonomskog i socijalnog razvoja; socijalna prava su dio ljudskih prava i temeljnih sloboda i duga.²³ Ona se odnose na: slobodu kretanja, zapošljavanje i nagrađivanje ("Svaki posao se pravedno nagrađuje, Prvi dio - točka 4. Povelje o osnovnim socijalnim pravima radnika); unapređivanje životnih i radnih uvjeta; socijalnu zaštitu; sloboda udruživanja i kolektivnog pregovaranja; stručno osposobljavanje; jednak položaj za muškarce i žene; informiranje, konzultiranje i sudjelovanje radnika; zdravstvena zaštita i sigurnost na radu; zaštita djece i omladine; stare osobe; invalidi i druga. Mjeru socijalnih prava određuje snaga države u svim dimenzijama. Tom snagom država mora štititi nejaču stranu uz dosljedno poštivanje načela in favorem laboratoris.

6.6.

Ugovor o radu mora biti valjana pravna osnova za zasnivanje radnog odnosa. Zbog toga nije dobro naglašavati "pismenu potvrdu o sklopljenom ugovoru" koju je poslodavac dužan uručiti posloprimcu "ako ugovor o radu nije sklopljen u pismenom obliku". U protivnom došlo bi do uspostavljanja odnosa u faktičnom radu što bi stvaralo podosta problema (i u teoriji) u praksi radnih odnosa i individualnih radnih sporova. Prava i obveze iz radnog odnosa, kao pravnog odnosa (koji je formalan), moraju se pravno utemeljiti ugovorom o radu, kao pojedinačnim pravnim aktom.

6.7.

"Pravna pravila sadržana u kolektivnom ugovoru primjenjuju se neposredno i obvezno na sve radne odnose u području važenja kolektivnog ugovora" (st. 2. čl. 158. Zakona o radu). I dalje "Ako kolektivni ugovor obvezuje određenoga poslodavca, onda poslodavac ne smije sklopiti ugovor o radu koji je za posloprimca nepovoljniji od kolektivnog ugovora" (st. 2. čl. 159. Zakona o radu). Ovo ne treba tumačiti kao "zamjenu" za pojedinačni ugovor o radu, jer kolektivnim ugovorom se ne može uspostaviti radni odnos. Drugo je pitanje favoriziranja ugovaranja povoljnijih prava za posloprimca od

²³ Vidi Zaključke Sabora Republike Hrvatske o prihvatanju Europske povelje o osnovnim socijalnim pravima radnika ("Narodne novine" 37/91).

onih koja su "u minimumu" postavljena u kolektivnom ugovoru. Na ovaj način riješen je i "problem" hijerarhije među ovim pravnim aktima.

6.8.

"Poslodavac koji zapošljava više od dvadeset posloprimaca dužan je donijeti i objaviti pravilnik kojim se uređuju plaće, organizacija rada i druga pitanja važna za posloprimce zaposlene kod toga poslodavca, ako ta pitanja nisu uređena kolektivnim ugovorom" (st. 1. čl. 175. Zakona o radu). Ovo je dobro rješenje, jer su brojni odnosi koji, po sadržaju ne spadaju u kolektivni ugovor, a tiču se rada i radnih odnosa, koji se uređuju pravilnikom. Prema stavku drugom članka 10. Zakona o radu, u ugovoru o radu može se uputiti i na odgovarajuće pravilnike... koji uređuju ta pitanja". Postupak donošenja pravilnika o radu (čl. 176. Zakona o radu) garancija je poštivanja mišljenja i posloprimačkoga predstavnštva.

6.9.

U kaznenim odredbama Zakona o radu propisuje prekršaje poslodavca, među kojima su i oni koji se odnose direktno na povredu odredbi koje uređuju pitanje ugovora o radu (čl. 216. st. 1. t. 3, 4, 5, 6, 12, 13, 14, 19, 21, 22 i 23.).

6.10.

Republika Hrvatska treba što prije provesti adekvatan postupak "notifikacije" konvencija i preporuka Međunarodne organizacije rada koje se odnose na ugovor o radu i radni odnos. U tom smislu pravni osnov je u Zakonu o sklapanju i izvršavanju međunarodnih ugovora ("Narodne novine" br. 53/91 od 8.10.1991.) i u Ustavnoj odluci o suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske ("Narodne novine" broj 31/91).

Na taj način stvara se osnov za donošenje "tender" zakona (pa i u oblasti socijalnog prava) propisa "lex specialis", kolektivnih ugovora i pravilnika, na kojima će se sklapati pojedinačni ugovori o radu.

Zakon o radu mora urediti osnovna prava pa i ona koja se odnose na ugovor o radu. Pored ostalih tu je i zaštita povrijeđenog prava posloprimca koja se može "detaljnije regulirati kolektivnim ugovorom i pravilnikom", ali se u Zakonu o radu moraju urediti osnovne norme te zaštite. To je i obveza iz Ustava (vidi čl. 18. Ustava Republike Hrvatske iz 1990.).

Radno-pravni odnosi se mijenjaju i liberaliziraju u korist poslodavca. Ugovor o radu je pojedinačni pravni akt točno određenih subjekata, ali njegov osnov je u Zakonu o radu koji mora "postaviti" precizno "pravila igre" ne samo subjekata ugovora o radu, nego i drugih "partnera" (države putem suda, inspekcije, zavoda za zapošljavanje, suda za prekršaje i dr.), ali i fondova (zdravstvenog, mirovinskog i dr. osiguranja) i dr.

Pored ostalog, Zakon o radu mora biti nomotehnički dotjeran, kako bi se izbjegle brojne nejasnoće i sporovi. Suvremeni propisnik mora biti suvremen u svim dimenzijama svoga izražavanja (jezičnog, logičnog i političkog), ali i u domašaju ponuđenih rješenja.

LITERATURA I PROPISI

1. Baltić, A. i dr., *Osnovi radnog prava*, Beograd, 1967.
2. Kyovski, R., *Učbenik delovnega prava in socialnega zavarovanja*, Ljubljana, 1961.
3. Pašerstnik, A. E., *Teoričesnie voprosi kodifikaciji obščesojuznoga zakonodavateljstva o trude*, Moskva, 1955.
4. Perlain, J., *Radni odnos*, Pravni fakultet, Split, 1978.
5. Perić, B., *Struktura prava*, Narodne novine, Zagreb, 1988.
6. Perović, S., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Kragujevac, 1980.
7. Ravnić, A., *Društveno-radni odnos; Radno-pravni odnos*, II. dopunjeno izdanje, Pravni fakultet, Zagreb, 1982.
8. Tintić, N., *Radno i socijalno pravo*, knjiga prva: *Radni odnosi*, Narodne novine, Zagreb, 1969.; i knjiga II, Narodne novine, Zagreb, 1972.
9. Učur, M., *Sezonski radnici u ugostiteljstvu i turizmu Istre*, Zbornik: *Susreti na dragom kamenu*, Pula, 1987.
10. *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, 56/90.
11. *Zakon o obveznim odnosima*, Narodne novine, 53/91 i 73/91.
12. *Međunarodni ugovori i sporazumi o socijalnom osiguranju*, Narodne novine, Zagreb, 1970.
13. *Zakon o radnim odnosima*, Narodne novine, 25/92.

S u m m a r y

LABOUR CONTRACT IN THE DRAFT LABOUR ACT OF
CROATIA

The author considers suggested solutions relating to labour contract in the Draft Labour Act of the Republic of Croatia (as prepared for the second reading before the Croatian Sabor). First he makes some general remarks on the used terms and then he analyzes particular provisions of the Draft with reference to some nomothetical remarks, the form of labour contract and its duration, as well as some other questions of the labour relation. In conclusion, he evaluates the possible consequences of the Draft solutions.

POLITIČKOEKONOMSKA I KRIMINALNA OBILJEŽJA STEČAJEVA SLOVENSКИH PODUZEĆA

doc. dr. Alenka Žnidaršič Kranjc
Slovenski institut za management
Ljubljana

UDK: 347.736(497.12)
Ur. 22.6.1993.
Prethodno priopćenje

Uz velik broj stečajeva, a naročito uz visok udio poduzeća u društvenom vlasništvu nad kojima je u razdoblju od 1989. do 1991. uveden ili bi morao biti uveden stečajni postupak, zanimalo nas je da li su razlozi za stečaj slovenskih društvenih poduzeća slični onima u svijetu ili su, zbog specifičnih društveno ekonomskih okvira u kojima su se odvijali, razlozi u određenoj mjeri drugačiji. Analizu razloga stečaja poduzeća izvršili smo na uzorku od 100 društvenih poduzeća nad kojima je uveden stečaj u razdoblju od 1989. do 1991. Taj uzorak predstavlja 65% svih društvenih poduzeća nad kojima je uveden stečaj u tom razdoblju. Uzorak je slučajna, a analiza razloga stečajeva bila je izvedena na osnovu rezultata dobivenih upitnikom, kojega su ispunjavali stečajni upravitelji i suci 1991. godine. Jedna od metoda pomoću koje smo provjeravali razloge stečajeva slovenskih poduzeća bila je i faktorska analiza. Pristup analizi i njeni rezultati predstavljeni su u članku.

Faktorska analiza je izlučila sedam činitelja stečajeva slovenskih poduzeća: neracionalno poslovanje, prikrivanje neracionalnog poslovanja, kriminal i to posebno onaj vazan uz privatizaciju, nesanimanje najvećih dužnika, rješavanje viška zaposlenih stečajevima, pad prodaje uz neznanje kako taj pad spriječiti, nerealna tečaj i nemogućnost dobivanja kredita.

1. UVOD

Uzroke stečajeva poduzeća pokušavaju objasniti i financijska i organizacijska literatura (19, p. 182). Pojedinačni razlozi stečaja poduzeća su i empirijski provjeravani. Pokušamo li udružiti teorijske i empirijske spoznaje o stečajevima poduzeća u svijetu, moći ćemo ustanoviti da su stečajevi prije svega posljedica previsokih kamatnih stopa, nespremnosti vjerovnika da financijski podupru potrebe dužnika, nesposobnosti vjerovnika i dužnika da razriješe međusobni konflikt, nesposobnost poduzeća da učinkovito predstavi svoj proizvod, te povećana prodaju, nemogućnosti utjerivanja plaćanja, nesposobnost obuzdavanja troškova poslovanja. Stečajevi su u pravilu češći u mlađim i

Uz velik broj stečajeva, a naročito uz visok udio društvenih poduzeća nad kojima je od 1989. do 1991. uveden ili bi morao biti uveden stečajni postupak (a nije, zbog moratorija na stečajeve koja je prihvatila vlada 5.07.1991.), zanimalo nas je da li su razlozi stečaja slovenskih društvenih poduzeća slični onima u svijetu ili su, zbog specifičnih društvenoekonomskih okvira u kojima su se odvijali, razlozi u određenoj mjeri drugačiji.

Analizu razloga stečaja poduzeća izvršili smo na uzorku od 100 društvenih poduzeća nad kojima je bio uveden stečaj u razdoblju od 1989. do 1991. taj uzorak predstavlja 65% svih društvenih poduzeća nad kojima je bio uveden stečaj u tom razdoblju. uzorak je slučajna, a analiza razloga stečajeva bila je izvedena na osnovi rezultata dobivenih upitnikom, kojega su ispunjavali stečajni upravitelji i suci 1991. godine. Jedna od metoda pomoću koje smo provjeravali razloge stečajeva slovenskih poduzeća bila je i faktorska analiza. Pristup analizi i njene rezultate predstavljamo u nastavku teksta.

2. ANALIZA RAZLOGA STEČAJA PODUZEĆA

Neuspjesi poduzeća i s tim povezani stečajevi poduzeća izuzetno su kompleksan sustav, te zbog toga ni rješavanje problema stečajeva ne može biti jednostavno. Da je, ne bi bilo stečajeva. Kako stečaj poduzeća nije vezan isključivo za samo poduzeća, nego za poduzeća u određenoj sredini, rješavanje problema stečajeva, posebice kada prerastu određeni prihvatljiv opseg u nacionalnom gospodarstvu, je neizbježno kompleksno, a istodobno pragmatično i teško, te skupo, a u vrijeme velikih društvenih promjena i pomaka (npr. razdruživanja Slovenije od Jugoslavije, privatizacija gospodarstva, itd.) i politički složeno.

Pojednostavljivanje tako zamršenog sustava bi vjerojatno vodilo k pogrešnim objašnjenjima uzroka "kolapsa" slovenskog gospodarstva, koja bi dovela do neučinkovitih i nedogovarajućih rješenja. to se je pokazalo kad su težak položaj slovenskog gospodarstva pokušali rješavati moratorijem na stečajeve, a kasnije, podržavljenjem gospodarstva, što sve predstavlja samo otkrivanje i popravljivanje pojedinih grešaka, te uvođenje djelomičnih poboljšanja, koja često aktiviraju druge čimbenike, te, umjesto da bi poboljšale, pogoršavaju položaj pojedinog poduzeća, te cjelokupnog gospodarstva.

Čimbenici, koje obično označavamo kao uzroke stečajeva, se u slučaju slovenskih poduzeća prilično slažu sa svjetskim podacima (20, p. 83-102). pojavljuju se i novi čimbenici, koji su uglavnom vezani za drugačiju vlasničku (društvena poduzeća) strukturu našeg gospodarstva, te na drugačiju strukturu velikih, malih i srednjih poduzeća u našem gospodarstvu. Upravo ovo posljednje, te veliki (najavljeni) pomaci u društvenoekonomskom sustavu posljednjih godina tvore čimbenike koji čine naše stečajeve drugačijim od drugih. Ako se u sredinama, gdje se s tim problemima susreću duže nego kod nas, nisu u stanju učinkovito sučeliti sa stečajevima poduzeća, onda je to, uz naše neiskustvo, te posebne čimbenike stečajeva, još manje vjerojatno.

U složenoj gospodarskoj sredini u kojoj se odvijaju stečajevi poduzeća nastupaju svi čimbenici koji se u svijetu navode kao čimbenici stečajeva. Bilo bi, međutim, pogrešno, tražiti razloge stečajeva samo u jednome od njih, odvojeno od drugih, iako taj jedan može biti prevladavajući.

Upravo zato smo, nakon što smo provjerili pojedine razloge koji bi morali utjecati na stečaj poduzeća kod nas s obzirom na slična istraživanja u svijetu, pokušali statističkim metodama izlučiti one faktore, koji su ključno doprinijeli stečaju slovenskih poduzeća u analiziranom razdoblju, neovisno o zaključcima sličnih istraživanja u svijetu.

Iz pitanja o razlozima stečaja izlučili smo 20 razloga stečaja slovenskih poduzeća i na uzorku od 100 stečajeva slovenskih poduzeća uvedenih u razdoblju od 1989. do 1991. analizirali koji razlozi i u kakvim povezanostima su ti razlozi utjecali na stečaj pojedinog poduzeća, te na toj osnovi pokušali imenovati pojedine činitelje, koji su utjecali na stečajeve slovenskih poduzeća u spomenutom razdoblju. Razloge i njihovu simboličku oznaku navodimo u tablici 1.

TABLICA 1: Legenda pojedinih razloga stečajeva

- i3 - precijenjen tečaj dinara
- i4 - ograničavajuća kreditnomonetarna politika
- i5 - previsoke kamate na kredite
- i6 - premala društvena pomoć
- i7 - neznanje kako riješiti probleme na drugi način
- ii3 - preveliki troškovi poslovanja
- ii4 - prevelik broj zaposlenih
- ii5 - pad prodaje
- ii6 - neplaćanje obveza
- ii7 - prevelik udio kredita u izvoru sredstava
- ii8 - osnivanje novih poduzeća
- ii9 - premala angažiranost rukovodstva
- iii1 - prikazivanje neistinitih podataka u poslovanju
- iii2 - trošenje preko mogućnosti
- iii3 - prijevare
- iii4 - odnošenje poslovanja preko privatnih poduzeća
- iii5 - lakovjerno sklapanje i obnavljanje ugovora
- iii6 - nesmotreno trošenje sredstava
- iii7 - namjerno otuđivanje sredstava
- iv1 - opća društvena i politička potpora stečajevima

3. RAZVRSTAVANJE ČIMBENIKA STEČAJA PODUZEĆA

Kod razvrstavanja u grupe po maksimalnoj metodi razlozi su se udružili do $f_i=0,2$, što se ocjenjuje kao statistički značajno, u 4 činitelja, a dodatnih 6 razloga nije se povezaloo do statistički značajne razine, nego su ostali samostalan razlog (vidi skicu 1!). S razvrstavanjem u skupine smo, dakle, dobili, sljedeće činitelje stečajeva poduzeća:

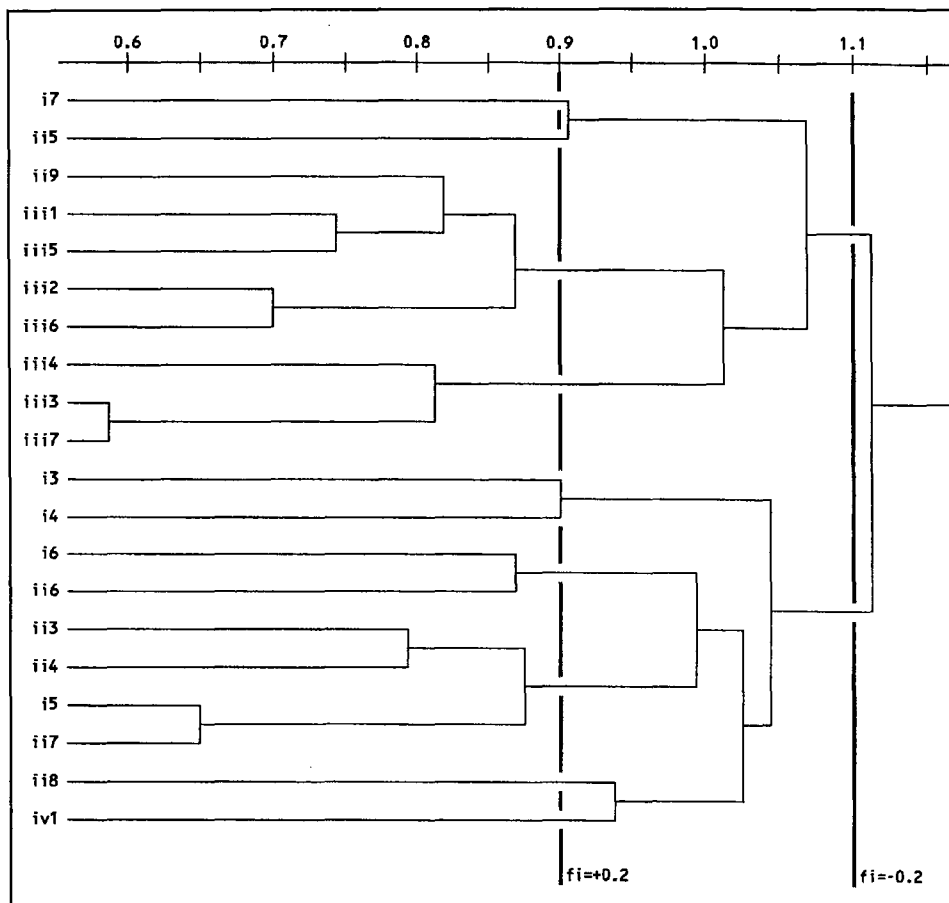
1. Činitelj: Kriminal u svezi s privatizacijom

1. Činitelj sačinjavaju:

iii3 - prijevare

iii4 – odnošenje poslovanja preko privatnih poduzeća

iii7 – namjerno otuđivanje sredstava



Skica 1: Drvo udruživanja za razloge stečajeva slovenskih poduzeća (maksimalna metoda- euklidiova metrika)

Razlozi iii4 i iii7 se jako brzo povežu. S obzirom na povezanost u kojoj se pojavljuju, mogli bi ih imenovati privatizacija. S obzirom na to da se do statistički značajne razine povežu s prevarom, činitelj bi mogli nazvati kriminal u svezi s privatizacijom.

2. Činitelj: Prikrivanje neracionalnog poslovanja.

2. Činitelj sačinjava 5 elemenata koji se izuzetno brzo povežu u dvije grupe, pri čemu se još do statistički značajne razine povežu u jedan činitelj. Te skupine su:

- iii2 - trošenje preko mogućnosti
- iii6 - nesmotreno trošenje sredstava
- iii1 - prikazivanje neistinitih podataka u poslovanju
- iii5 - lakovjerno sklapanje i obnavljanje pogodbi
- iii9 - premala angažiranost rukovodstva

S obzirom na to da se treći element razmjerno kasno priključi drugoj skupini, odvojena obrada dviju skupina pokazuje da je oblikovan činitelj moguće objasniti na sljedeći način: posljedica neracionalnog poslovanja su krivotvorene bilance, koje bi morale prikazati poslovanje uspješnijim nego što je ovo, da bi na taj način bilo omogućeno veće trošenje i u budućnosti. Ako bi "službeni podaci o poslovanju" iskazivali stvarno stanje, kao posljedica toga došlo bi do manjeg trošenja. Zato smo taj činitelj imenovali prikrivanje neracionalnog poslovanja.

3. Činitelj: Nerentabilno poslovanje

3. Činitelj je sastavljen od dva podfaktora koji se izvanredno brzo udružuju:

- a) prevelika zaduženost poduzeća
 - i5 - previsoke kamate na kredite
 - ii7 - preveliki udio kredita u izvorima sredstava
- b) preveliki troškovi poslovanja
 - ii3 - preveliki troškovi poslovanja
 - ii4 - prevelik broj zaposlenih

Prevelika zaduženost poduzeća ne nastaje sama po sebi, nego je posljedica trošenja koja ne daje pozitivne učinke koji bi smanjivali zaduženost. Kada pak zaduženost i neracionalno trošenje dosegnu određenu razinu, zaduženost postane razlog stečaja, jer poduzeće nije sposobno pokrivati obveze koje su rezultat neodgovarajućeg poslovanja u prošlosti.

4. Činitelj: Podupiranje nesolidnih platiša

4. Činitelj sačinjavaju:

- i6 - premala društvena pomoć
- ii6 - neplaćanje obveza

Određeni dio poduzeća je došao pod stečaj zbog nemogućnosti istjerivanja plaćanja od svojih dužnika. Ako je navedeni faktor znatno utjecao na stečajevu dijela slovenskih poduzeća, onda je to jasan znak da bi se u toj fazi morala uključiti država, kao zaštitnik vjerovnika, a ne dužnika. Usvajanjem mjera u razdoblju promatranja, tj. moratorijem i kasnije, podržavljenjem poduzeća, koje mjere su štitele uglavnom najveće dužnike, radila je upravo obrnuto.

Šest činitelja se međusobno ne povezuje so statistički značajne razine, ali se ipak kasnije povezuju u tri skupine. Povezanosti među njima značajne su utoliko ukoliko se na temelju njih mogu izlučiti dodatni činitelji poput onih koji su se oblikovali po drugim metodama faktorske analize. I to:

a)

i7 - neznanje kako riješiti probleme na drugi način

ii5 - pad prodaje

Navedeno, mada statistički nepotvrđeno grupiranje, upozorava na problem rješavanja smanjivanja opsega prodaje stečajevima, odnosno, traženje optimuma poslovanja poduzeća na nižoj razini, zato jer u poduzećima nema dovoljno znanja za rješavanje nastalih problema na jedini logičan način, tj. ubrzanim djelovanjem na povećanje prodaje. povezanost je zanimljiva naročito zbog činjenice da je većina analiziranih stečajeva ipak bila započeta u razdoblju pred zatvaranjem južnih tržišta za slovensku robu, nakon lipanjskog rata.

b)

ii8 - osnivanje novih poduzeća

iv1 - opća društvena i politička potpora stečajevima

Povezanost, mada statistički nepotvrđena, upozorava na društvenu potporu tzv. programiranim stečajevima.

c)

i3 - precijenjen tečaj dinara

iv4 - ograničavajuća kreditno monetarna politika

Povezanost navedenih čimbenika upozorava na postojanje makroekonomskih aspekata kod stečajeva poduzeća, iako je kod svih 6 navedenih činitelja, koji se ne grupiraju statistički značajno, potrebno upozoriti na još jedan mogući aspekt objašnjenja. Među čimbenicima koji se ne grupiraju su svi oni koje tako rado navodimao kao razloge stečajeva poduzeća, bez da bi takva pretpostavka bila analitički potvrđena: banke ne daju kredite, tečaj je prenizak, tržišta se zatvaraju. to, da je poduzeće pred stečajem, nije nešto što se može riješiti djelovanjem unutar poduzeća, nego je izvan moći managementa. A

država ne čini ništa. Je li zaista bilo tako jednostavno? Povećati devizni tečaj, povećati emisiju novca i 8umjesto poduzeća?) potražiti nova tržišta. Takva interpretacija razloga stečajeva i na toj osnovi određene moguće mjere za njihovo ukidanje nikako ne vode ka mikro i makroekonomski vjerojatnim objašnjenjima. Zato zahtijevaju provjeru da li i u kakvom opsegu su to "izjave za javnost", a u kakvom odraz stvarnog stanja.

Zanimljivo je i grupiranje pojedinih razloga stečajeva na statistički značajnoj razini za negativnu korelaciju ($f_i = -0,20$) (vidi skicu 1). Iako pojedini autori otklanjaju negativnu korelaciju u realnom svijetu, ne bi se smjelo zanemariti moguće sadržajno značenje tih povezivanja u konkretnom slučaju. Na statistički značajnoj razini $f_i < -0,20$ se razlozi stečajeva slovenskih poduzeća grupiraju u dvije skupine. u prvu se skupinu u cjelini udružuju razlozi koji znače pojedine nepravilnosti kao razloge stečaja, a pridružuje im se još i premala prodaja, prevelika zaduženost poduzeća, društveno neznanje kako riješiti probleme poduzeća i neangažiranost rukovodstva poduzeća. U drugu skupinu se u cjelini povezuju makroekonomski razlozi stečajeva, prije svega vezani uz previsoke kamate i nedgovarajući tečaj, onaj dio poduzetničkih razloga koji je povezan s prevelikim brojem zaposlenih i s tim povezanim troškovima, te osnivanje novih poduzeća uz društvenu potporu stečajevima.

Kod navedene statistički značajne negativne korelacije, naročito je zanimljiva činjenica da je stečajeva slovenskih poduzeća na toj osnovi moguće u grubo podijeliti u dvije skupine koje se statistički značajno isključuju. U prvu spadaju stečajevi gdje bi pad prodaje mogli interpretirati kao uzrok ili posljedicu nepravilnosti u poslovanju poduzeća i neangažiranosti rukovodstva da bi povećali prodaju. U drugu ulaze stečajevi koji su bili stvarno započeti uz društvenu potporu da se na taj način smanjuje višak zaposlenih i troškova vezanih za troškove radne snage (koja nije posljedica pada prodaje?), te prevelika zaduženost.

Zanimljivo je da se razlozi stečajeva u jednoj skupini statistički značajno isključuju kao razlozi u drugoj skupini, da imamo na jednoj strani (u prvoj skupini) stečajeva kod kojih je osnovni razlog stečaja nepravilnost i pad prodaje u poduzećima te na drugoj strani (u drugoj skupini) stečajeva koji su posljedica prevelikih troškova poslovanja (zbog prevelike zaduženosti i prevelikog broja zaposlenih), što nije posljedica pada prodaje.

Zaključak koji se nameće na toj osnovi je sljedeći:

Imamo "čiste slučajeve" koji su posljedica objektivnih okolnosti, tj. prevelikih troškova poslovanja. da bi se smanjilo nastalu štetu, ako je do nje već došlo, potrebno je stečaj nadzirati, programirati, planirati, a ne dozvoliti da do njega dovede objektivna situacija, jer bi, u suprotnom slučaju, šteta prouzročena stečajem bila još veća. Ako su ti stečajevi tzv. programirani stečajevi, takvih je stečajeva u analiziranom razdoblju bilo 47%. osim toga, imamo stečajeva koji su posljedica nepravilnosti kod poslovanja poduzeća i pada prodaje. Međutim, uz drugačije rukovođenje i razumijevanje (?) društva, bilo bi moguće i tekve stečajeva spriječiti, odnosno, možda ih programirati. Ono što je ključno, je tvrdnja koja se skriva za navedenim činjenicama, i to:

1) Pad prodaje nije povezan s prevelikim brojem zaposlenih i s prevelikom zaduženošću poduzeća, štoviše, pad prodaje se s navedenim razlozima isključuje. U svezi s tim i pitanje: posljedica čega su onda prevelika zaduženost i prevelik broj zaposlenih?

2) U društveno poduprtim (tzv. programiranim) stečajevima je sve u potpunom redu. troškovi poslovanja su, doduše, preveliki i primjetni u povezanosti s prevelikim brojem (i osobnim primanjima?) zaposlenih, te prevelikom zaduženošću. Ni tzv. trošenja poduzeća preko svojih mogućnosti anketirani u tim primjerima nisu prepoznali, odnosno, označili kao problem u poduzeću. Služba društvenog knjigovodstva nije otkrila ni najmanju grešku u poslovanju poduzeća, ako je u tim poduzećima uopće bila? I ponovo pitanje koje se također postavlja u svezi s prvim: da li poduzeća u svojem poslovanju zaista nisu počinila ijednu nepravilnost ili je zbog uvjerenosti u pravilnost i nužnost vođenja takvih stečajnih postupaka već u osnovi bila odbačena svaka sumnja u apsolutno pravilno poslovanje poduzeća, što je značilo da nije bilo ni provjere poslovanja tih poduzeća, odnosno, stečajeva?

4. FAKTORSKA ANALIZA - HOTELLINGOV POSTUPAK

Faktorsku analizu smo izveli na cjelokupnom uzorku. U tablici 2 prikazujemo mjere različitosti, a u tabeli 3 matricu faktorskog modela za razloge stečaja. U nastavku ćemo izložiti pojedinačnu interpretaciju činitelja koje ćemo pokušati i imenovati.

Faktorska analiza je nakon rotacije pokazala da se razlozi stečaja udružuju u 6 činitelja kojih relativni doprinos stečajevima prikazujem u tabeli 4. S tih 6 činitelja moguće je objasniti 60,3 % razloga stečajeva, što je, s obzirom na pojavu koju pokušavamo razjasniti, te s obzirom na nepreciznost i različito razumijevanje pojava kod ispunjavanja upitnika, relativno puno. Tri se razloga nisu udruživala u činitelje:

	i3	i4	i5	i6	i7	iii3	iii4	iii5	iii6	iii7	iii8	iii9	iii11	iii2	iii3	iii4	iii5	iii6	iii7	iv1
i3	-	0.90	0.77	0.96	1.09	0.96	0.95	0.99	0.93	0.91	0.99	1.11	1.02	1.05	1.00	1.02	1.03	1.03	0.92	1.01
i4		-	0.81	1.00	1.05	0.98	1.05	1.02	1.02	0.91	1.04	1.07	1.09	1.09	1.05	1.07	1.00	0.96	1.05	1.00
i5			-	0.83	0.95	0.80	0.88	0.99	0.92	0.65	1.02	1.02	1.06	0.97	1.08	1.04	0.96	0.87	1.05	0.99
i6				-	0.96	0.95	0.99	1.09	0.87	0.89	1.02	0.92	1.01	1.01	1.04	0.99	1.02	0.97	1.03	1.01
i7					-	0.89	0.90	0.91	0.94	0.97	0.96	0.84	0.99	1.02	1.04	0.94	0.89	0.89	1.05	1.02
iii3						-	0.79	0.97	0.92	0.81	0.91	1.01	1.01	0.89	1.06	1.10	1.02	0.84	1.07	0.96
iii4							-	0.96	0.93	0.87	0.94	1.06	1.03	0.94	1.11	1.07	1.06	1.01	1.07	0.89
iii5								-	0.90	1.00	0.97	0.94	1.07	1.01	1.05	1.05	1.00	0.97	1.06	1.05
iii6									-	0.92	0.95	1.03	1.02	1.02	1.03	1.00	0.97	1.02	1.00	0.99
iii7										-	0.97	1.02	1.02	0.91	1.06	1.06	0.93	0.90	1.02	1.03
iii8											-	0.96	0.96	0.96	0.91	0.94	0.97	0.97	0.88	0.94
iii9												-	0.83	0.86	0.92	0.88	0.82	0.82	1.01	1.14
iii11													-	0.72	0.61	0.76	0.75	0.79	0.77	1.04
iii2														-	0.83	0.91	0.87	0.70	0.92	1.01
iii3															-	0.71	0.92	0.87	0.59	1.09
iii4																-	0.90	0.94	0.81	1.03
iii5																	-	0.85	1.00	1.07
iii6																		-	0.95	1.02
iii7																			-	1.03
iv1																				-

TABLICA 2: Mjere različitosti (fi koeficient); $d=(1-fi)$; maksimalna metoda

i6 – prema društvena pomoć

i7 – neznanje kako riješiti probleme nea drugi način

iv4 – opća društvena i politička potpora stečajevima

Zadnja dva razloga se nisu udruživala ni kod razvrstavanja u skupine, dok se je "prema društvena pomoć" razvrstavao u skupine.

Pojedine činitelje ćemo objasniti i imenovati u nastavku.

TABLICA 3: Matrica faktorskog modela; Varmax rotacija (m=6, n=20)

a) PRIJE ROTACIJE

	a1	a2	a3	a4	a5
N1	0.70264	-0.22748	-0.05708	-0.07873	0.37809
N2	0.54198	0.04608	0.04981	-0.44058	0.30242
N3	0.77014	-0.34776	0.16399	0.22130	0.08561
N4	0.57094	-0.30428	-0.36741	0.23467	0.06775
N5	0.44859	0.33504	-0.40234	-0.25808	0.16467
N6	0.55870	-0.30939	0.18247	0.43682	0.16283
N7	0.01724	0.53647	0.28031	0.23343	0.56576
N8	-0.42126	0.33026	0.32898	0.43290	0.12002
N9	-0.04803	0.58652	-0.14203	0.45459	-0.01138
N10	0.41246	0.24066	-0.46773	0.24942	0.09826
N11	0.60569	0.47100	0.16303	0.09965	-0.31493
N12	0.65740	0.11599	0.37045	-0.01496	-0.51082
N13	0.49108	-0.04622	-0.27205	0.13107	-0.29845
N14	0.11617	0.45099	-0.39105	0.04323	-0.16146
N15	0.62547	0.04237	0.37339	0.13305	-0.04758
N16	0.27673	0.27592	0.48770	-0.39123	0.03650
N17	0.35304	0.46361	-0.10420	-0.38568	0.03469
vsota kvad.	4.21620	2.00785	1.56742	1.42124	1.12430

b) NAKON ROTACIJE

	f1	f2	f3	f4	f5	h²
n1	0.62907	-0.02486	0.37242	0.17988	-0.36112	0.16277
n2	0.60481	0.21840	-0.01320	-0.01397	-0.41237	0.17025
n3	0.25651	-0.09682	0.64389	0.18835	-0.52155	0.30749
n4	0.33375	-0.46066	0.34325	0.33232	-0.24770	0.17179
n5	0.48785	-0.04618	-0.34935	0.35476	-0.28469	0.20691
n6	0.10960	-0.04719	0.70121	0.28154	-0.27072	0.15256
n7	0.08746	0.68727	0.04461	0.47124	0.19289	0.25927
n8	-0.46282	0.42507	0.06615	0.21552	0.38840	0.19730
n9	-0.30437	0.12620	-0.20965	0.63851	0.11428	0.42075
n10	0.22176	-0.23864	-0.07510	0.62281	-0.13791	0.40691
n11	-0.16928	0.16770	-0.09116	0.40915	-0.70136	0.65930
n12	-0.23394	0.06828	0.12566	0.04612	-0.87562	0.76884
n13	0.02391	-0.40078	0.04804	0.26420	-0.43618	0.26005
n14	-0.03450	-0.14239	-0.43528	0.41596	-0.11742	0.18681
n15	0.01053	0.21608	0.36046	0.18939	-0.58292	0.37566
n16	0.10592	0.54843	-0.09451	-0.16454	-0.44380	0.22403
n17	0.29921	0.20377	-0.43525	0.17581	-0.38599	0.17990
	10.226%	9.226%	11.089%	11.493%	18.569%	60.603%

TABLICA 4: Relativni doprinos pojedinog činitelja stečaju poduzeća u % nakon rotacije

1.	15.975
2.	13.768
3.	9.155
4.	7.764
5.	6.933
6.	6.710

Ukupno objašnjeno 60.305

1. ČINITELJ. Taj činitelj obuhvaća:

- ii9 - premala angažiranost rukovodstva = 0,508
- iii1 - prikazivanje neistinitih podataka u poslovanju = 0,824
- iii2 - trošenje preko mogućnosti = 0,568
- ii3 - prijevare = 0,784
- ii4 - odnošenje poslovanja preko privatnih poduzeća = 0,621
- iii5 - lakovjerno sklapanje i obnavljanje ugovora = 0,476
- iii6 - nesmotreno trošenje sredstava = 0,496
- iii7 - namjerno otuđivanje sredstava = 0,538

S prvim činiteljem je objašnjeno gotovo 16 % svih razloga stečajeva, pri čemu najveću težinu u tom činitelju ima prikazivanje neistinitih podataka o poslovanju kao razloga stečajeva, što na prvi pogled izgleda nelogično. Kakav bi utjecaj na stečaj trebala imati "dotjerana" bilanca? Objasnjenje navedenog činitelja je puno lakše ako ga pokušamo dopuniti spoznajama dobivenim na osnovu razvrstavanja u skupine.

S Hotellingovim postupkom smo, naime, u faktorskoj analizi dobili činitelj koji udružuje veliki broj čimbenika koji se kod razvrstavanja u skupine oblikuju i logično raspadnu na dva, odnosno, tri činitelja, koje smo nazvali: kriminal u svezi s privatizacijom i prikrivanje neracionalnog poslovanja. U Hotellingovom postupku se povezanost kriminala i privatizacije ne izlučuje tako jasno kao u slučaju razvrstavanja u grupe, ali se zasigurno oblikuju činitelji kao što su: prikrivanje neracionalnog poslovanja, kriminal, privatizacija, te neznanje, odnosno, "nehtijenje" u poduzećima.

2. ČINITELJ. Taj čimbenik obuhvaća:

- i5 - previsoke kamate na kredite 0,776
- ii3 - preveliki troškovi poslovanja 0,687
- ii4 - prevelik broj zaposlenih 0,505
- ii7 - prevelik udio kredita u izvorima sredstava 0,714

I s drugim činiteljem je objašnjen velik dio (14 %) razloga stečajeva slovenskih poduzeća u razdoblju opažanja. Činitelj se po čimbenicima potpuno pokriva s trećim činiteljem, kojega smo dobili razvrstavanjem u skupine i nazvali ga nerentabilno poslovanje poduzeća. činitelj udružuje dva čimbenika: prevelike troškove poslovanja, te kao posljedicu i uzrok - preveliku zaduženost poduzeća.

3. ČINITELJ. Taj čimbenik obuhvaća:

i3 - precijenjen tečaj dinara 0,661

i4 - ograničavajuća kreditno monetarna politika 0,421

iii7 - namjerno otuđivanje sredstava 0,474

Taj faktor bi trebao objasniti 9 % stečajeva, pri čemu bi najveći dio činitelja bio objašnjen precijenjenim tečajem dinara, odnosno, kasnije, tolara. U činitelju su udruženi čimbenici koji se kod razvrstavanja u grupe uopće nisu povezivali, odnosno, povezivali su se s drugim činiteljima (iii7) ili su se povezivali na statistički značajnoj razini (i3, i4), što znači, da su se pokazali kao samostalni činitelji.

Povezanosti svih triju činitelja nije moguće objasniti kao jedan činitelj. Ne samo zato što su prva dva makroekonomska, a treći mikroekonomski, odnosno, na neki način, ukazuje na pojedine negativne pojave kao razloge stečaja, nego nadasve zato što njihova sadržajna povezanost nije logične, osim ako prihvatimo tezu koju smo predstavili već kod metode razvrstavanja čimbenika u skupine: pojedini čimbenici navode se kao osnovni razlozi stečajeva bez produbljene analize stvarnih uzroka. Ukoliko ih okolina prihvati kao razlog stečaja, pojedinac, rukovodstvo, zaposleni i poduzeće osobođeni su svake krivnje za nastalu situaciju i ovi razlozi postaju opravdani razlozi stečaja, što inače nikako ne bi bili. Ili u smislu gornjeg činitelja: poduzeća su do zabrane razdruživanja društvenih poduzeća u skladu s članom 145 b Zakona o poduzećima dijelila poduzeća na dva ili više poduzeća, na zdrava, koja imaju mogućnost opstanka i razvoja i ona koja te mogućnosti nemaju. Besplatan prijenos zdravog dijela poduzeća na drugo (još uvijek društveno) poduzeća i s tim nemogućnost sanacije preostalog dijela društvenog poduzeća argumentiralo se nužnošću sanacije, odnosno, spašavanja makar dijela poduzeća (dijela radnih mjesta), čiji daljnji opstanak je bio ugrožen elementima koji su izvan mogućnosti utjecaja poduzeća, odnosno, njegova managementa. Samo u tom kontekstu je moguće objasniti navedeni činitelj. Ako je navedeno jedino moguće objašnjenje tog činitelja, nužno je taj činitelj povezivati s četvrtim činiteljem, dobivenim Hotellingovim postupkom, kojeg smo nazvali programirani stečaj.

4. ČINITELJ. Taj čimbenik prije i nakon rotacije obuhvaća:

Prije rotacije

ii4 - prevelik broj zaposlenih 0,539

ii8 - osnivanje novih poduzeća 0,519

iv1 - opća društvena i politička potpora stečajevima 0,527

Nakon rotacije

ii4 - prevelik broj zaposlenih 0,466

ii5 - pad prodaje 0,504

ii8 - osnivanje novih poduzeća 0,482

U tom činitelju se, naime, izrazitije, nego kod bilo koje druge metode, grupiraju elementi koji se elementi programiranog stečaja. Ta povezanost je posebice izrazita ako analiziramo elemente tog činitelja prije rotacije i nakon nje, te ih povežemo s trećim činiteljem, dobivenim Hotellingovim postupkom, te tako oblikovan činitelj usporedimao s rezultatima dobivenim kod razvrstavanja čimbenika u skupine.

Smanjenje prodaje poduzeća rješavaju smanjivanjem zaposlenih, što je najjednostavnije i 8po krivom uvjerenju) najjeftinije s osnivanjem novih poduzeća (kao kćeri) ili (povezanost s 3. činiteljem) s namjernim otuđivanjem sredstava - dijeljenje poduzeća, dok je to bilo moguće. Dio djelatnosti poduzeća se očuva u "kćerima" ili u "podijeljenim" poduzećima. To, da je poduzeće moralo tim putem, su krivi elementi na koje poduzeće ne može utjecati, tj. nerealan tečaj, premala ponuda kredita, smanjena prodaja. Jedina mjera koju poduzeća može izvesti je smanjenje broja zaposlenih i to na takav način da ti zaposleni ne mogu ostvarivati prava koja im pripadaju kao tehnološkom višku. Izgleda da je takav postupak i društveno poduprt.

Uz takvu interpretaciju trećeg i četvrtog činitelja dobivenog Hotellingovim postupkom, oblikovanje činitelja postaje logično. Činitelj rješavanja viška zaposlenih u tzv. programiranom stečaju je važan činitelj u razlozima stečaja slovenskih poduzeća u razdoblju opažanja, jer objašnjava 17 % svih stečajeva.

5. ČINITELJ. A taj čimbenik obuhvaća:

ii5 - pad prodaje 0,454

ii6 - neplaćanje obveza 0,427

Neplaćanje obveza, zbog čega je uveden stečaj nad poduzećem vjerovnikom je u povezanosti s padom prodaje ključan činitelj stečaja gotovo 7 % poduzeća i kao što smo već naglasili kod oblikovanja čimbenika po metodi razvrstavanja u skupine, onaj na kojega bitno utječe, te bi na njegovo smanjenje mogla utjecati "država" s odgovarajućim odnosom do "kroničnih bolesnika u našem gospodarstvu" te s primjerenijim djelovanjem za vrijeme moratorija, odnosno, njegovim ukidanjem.

6. ČINITELJ. On obuhvaća:

ii5 - pad prodaje 0,508

Pad prodaje se oblikuje kao poseban čimbenik i objašnjava gotovo 7 % svih stečajeva slovenskih poduzeća i jedan je od ključnih samostalnih razloga stečajeva.

5. ANALIZA ČIMBENIKA STEČAJEVA SLOVENSКИH DRUŠTVENIH PODUZEĆA

Kod faktorske analize Hotellingovim postupkom grupirali su se pojedini činitelji koji se kod razvrstavanja u skupine nisu grupirali ili su se grupirali drugačije. Tek upotreba rezultata grupiranja činitelja po više metoda (uzevši u obzir korelacije među pojedinim elementima), te zajedno s logičkom analizom rezultata, omogućava oblikovanje pojedinih činitelja za koje je moguće tvrditi da su činitelji stečajeva poduzeća u Sloveniji u razdoblju opažanja.

Na temelju već citiranih metoda faktorske i logičke analize uzroka stečajeva, definirali smo sljedeće činitelje stečajeva slovenskih poduzeća:

1. ČINITELJ: Neracionalno poslovanje

Preveliki troškovi, neracionalno trošenje, sklapanje, za poduzeće, štetnih ugovora, te, kao posljedica toga, prevelika zaduženost i kroz to visoki rashodi financiranja su elementi koji sačinjavaju prvi činitelj stečajeva poduzeća. Uz premalo znanje managementa ili premalo angažiranje managementa na problemima poduzeća, ti elementi postaju u jednoj točki kritični za opstanak poduzeća.

2. ČINITELJ: Prikriivanje neracionalnog poslovanja

Uz pravodobno smanjivanje troškova i racionalno trošenje, još bi bilo moguće poduzeće u određenom trenutku sanirati, odnosno, rješavati nastale probleme bez stečaja. Zbog prikazivanja podataka koji su drugačiji od stvarnih, problem se odlaže do trenutka kada sanacija bez stečaja nije moguća. Prigovori da se računovodstveni podaci prilagođavaju zbog izbjegavanja plaćanja poreza u konkretnim slučajevima neuspjeha poduzeća, ne mogu izdržati kritiku, jer poduzeća koja imaju poteškoće u poslovanju (posluju s gubicima) nisu obveznici za plaćanje poreza iz profita te zato nema razloga za prilagođavanje računovodstvenih podataka pozitivnoj nuli.

U slučaju prikazanih gubitaka, odnosno, poteškoća u poslovanju, poduzeća bi, uslijed pritiska vjerovnika, prije svega banaka, uslijed zakonskih ograničenja (npr. ograničenje osobnih dohodaka) morala smanjivati određene troškove, odnosno, započeti s mjerama za sanaciju. ukoliko ta ne bi bila izvedena, odnosno, ne bi bila uspješna, pod pritiskom zaposlenih, okoline, vlasnika, zamijenio bi se management ili/i vlasnik, što bi u velikom dijelu poduzeća moglo značiti sanaciju bez stečaja. Kako okolina, a često i sam management, nema pravih podataka o poduzećau, neuspjeh poduzeća nije moguće predvidjeti. Otud izviri u paušalne ocjene da je do stečaja poduzeća dovela iznenadna promjena uvjeta u okolini: na tržištu, u makroekonomskoj politici i slično.

3. ČINITELJ: Kriminal i posebno kriminal u vezi s privatizacijom

"Pomalo se krade u svim poduzećima" (4, p. 54), ali kada kriminal postane rezlogom stečaja poduzeća u takvom opsegu kao što je, izgleda, postao u slučaju stečajeva slovenskih poduzeća, navedeno zahtijeva ozbiljnu analizu i djelovanje. Činjenica da nam se kriminal javlja kao činitelj stečaja u svezi s privatizacijom, odnosno, pojavama koje označavaju "divlju privatizaciju":

1) Nije će tvrdnje da nije moguće spriječiti "divlje" privatizacije, jer nisu kažnjive, nego samo moralno sporne. Naime, uporedo s "divljom privatizacijom", u poduzećima opažamao pojave koje su kažnjive i suzbijanjem kojih bi bilo moguće posredno suzbiti i "divlje privatizacije".

2) Potvrđuje tezu da je odluka za privatizaciju jedan od temeljnih elemenata sadašnjeg gospodarskog položaja u slovenskom gospodarstvu.

4. ČINITELJ: Nesaniranje najvećih dužnika

Sprečavanje stečajeva najvećih, bez podmirivanja njihovih obveza, dovodi do stečaja zdravih poduzeća.

5. ČINITELJ: Rješavanje viška zaposlenih stečajevima

Prevelik broj zaposlenih kao posljedica premale prodaje, se uz društvenu potporu, rješava osnivanjem novih poduzeća i programiranim stečajevima.

6. ČINITELJ: Pad prodaje uz neznanje kako taj pad spriječiti

7. ČINITELJ: Nerealan tečaj i nemogućnost dobivanja kredita

Po našem je mišljenju potreban oprez kod prihvaćanja tog faktora kao osnovnog kod stečajeva poduzeća, jer je nemogućnost dobivanja kredita posljedica određenog stanja u poduzeću, koje povećava nepovjerenje vjerovnika. Slično tome, nerealan tečaj u određenom trenutku ne može biti uzrok stečaja, već to može postati kada je takva ravnoteža prisutna na dulji rok i kada ni troškovi poduzeća nisu ovisni o tečaju. Zato taj činitelj, unatoč općeprihvaćenom stanovištu da su ti elementi najviše pridonijeli stečajevima slovenskih poduzeća, nismo definirali kao ključni. Navedeno stnovište nije potvrdila ni faktorska analiza.

Razvrstavanje u skupine je pokazalo da je moguće razloge stečajeva slovenskih poduzeća i kao posljedicu stečajeve, razdijeliti u dvije velike skupine, u kojima se razlozi zbog kojih je došlo do stečajeva isključuju, odnosno, statistički, značajno negativno koreliraju. Na jednoj strani imamo stečajeve koji su posljedica pada prodaje i nepravilnosti kod poslovanja, na drugoj pak takve koji su posljedica prevelikih troškova poslovanja zbog prevelike zaduženosti i prevelikog broja zaposlenih, zbog čega se, u takvim slučajevima, uz društvenu potporu, stečajevi planiraju.

6. ZAKLJUČAK

Faktorska analiza razloga stečaja poduzeća u razdoblju od 1989. do 1991. je potvrdila teoretske i empirijske spoznaje o razlozima stečaja u dijelu koji se odnosi na poduzetničke razloge stečaja poduzeća - neznanje kako smanjiti troškove poslovanja, pad prodaje, prevelike obveze, prevelik udio kredita, pa i kriminal.

Posebno je ukazala na problem neodgovarajućeg rukovođenja i u vezi s tim pada prodaje kao razloga stečaja poduzeća. Jednako tako se i za naša poduzeća pokazala kao istinita tvrdnja da su jedan od osnovnih razloga za stečaj visoke kamatne stope, iako je neznanje, sada ne`rukovoćeh djelatnika i struktura već tvoraca makroekonomske politike, prevladalo nad makroekonomskim razlozima.

Na tako veliki opseg stečajeva, zasigurno je utjecala i kriza, iako razlog stečaja poduzeća u tom razdoblju kod nas nije bila sama kriza po sebi, nego je do stečaja došlo zbog pojedinih čimbenika u samim poduzećima, pa i u okolini.

S vidika mogućnosti razrješavanja stečajne problematike važne su prije svega spoznaje o povezanosti stečajeva slovenskih društvenih poduzeća s privatizacijom (stečaj zbog privatizacije), s uvedenim i još uvijek važećim moratorijem na stečajeve (zaštita najvećih dužnika od stečajeva uzrokuje stečajeve manje zaštićenih), kao i rješavanje viška zaposlenih stečajevima. Upravo u vezi s posljednjim se postavlja pitanje sadržaja programiranih stečajeva kod nas, što zahtijeva posebnu analizu.

Analiza činitelja stečajeva nije potvrdila svjetska ishodišta da su stečajevi češći u malim i mlađim poduzećima, jer su u razdoblju opažanja stečeji uvedeni prije svega nad društvenim, srednje velikim i velikim poduzećima.

LITERATURA

1. Altman, E. I.: A Further Empirical Investigation of the Bankruptcy Cost Question. *The Journal of Finance* 39/1984/4, s. 1067-1089.
2. Altman, E. I.: Financial Ratios, Discriminant Analysis and the Prediction of Corporate Bankruptcy. *The Journal of Finance* 23/1968/9, s. 2015-2025.
3. Castanias, R.: Bankruptcy Risk and Optimal Capital Structure. *The Journal of Finance* 38/1983/5, s. 1617-1635.
4. Clarke, M.: *Business Crime*. Cambridge, Polity Press 1990. 251 s.
5. Comer, M. J.: *Corporate Fraud*. London. McGraw-Hill Book Company, 1985, 453 s.
6. Deakin, E. B.: A Discriminant Analysis of Predictors of Business Failure. *Journal of Accounting Research* 1972/10, 825-840.
7. Duttler, J.: Zur geplanten Behandlung von Mobiliarsicherheiten in Konkurs. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis* 1984/5, s. 280-293.
8. D'Aveni, R. A.: Dependability and organizational Bankruptcy: An Application of Agency and Prospect Theory. *Management Science* 35/1989/9, s. 1120-1138.
9. Eichenberger, J.: A Note on Bankruptcy Rules and Credit Constraints in Temporary Equilibrium. *Econometrica* 57/1989/3, s. 707-715.
10. Golbe, D. L.: Risk-Taking by Firms near Bankruptcy. *Economics Letters* 28/1988/1, s. 75-79.
11. Hax, H.: Economic Aspects of Bankruptcy Law. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 141/1985/1, s. 81-103.
12. Hudson, J.: The Corporate Bankruptcy Decision. *The Journal of Economic Perspectives* 4/1990/1, s. 209-211.
13. Lewis, F. in MasKinnon, M.: Government Loan Guarantees and the Failure of the Canadian Northern Railway. *The Journal of Economic History* 47/1987/1, s. 175-197.
14. Liebl, K.: Geplante Konkurse? (I. Morawetz). *Recenzija, Kriminalsoziologische Bibliografie* 12/1985/46. s. 79-82.
15. Loderer, C. F., Sheehan, D. P.: Corporate Bankruptcy and Managers' Self-Serving Behavior. *The Journal of Finance* 44/1989/4, s. 1059-1075.
16. Magnusson, D.: Different Types of Economic Crimes at Bankruptcy. *Posvetovanje o problemih gospodarske kriminalitete*, Ljubljana, 16-18. april 1991, 4 s.
17. Schall, L. D., in Haley, C. W.: *Introduction to financial management*. New York, McGraw-Hill Book Company 1988, 856 s. 18. Schneider, H. J.: *Economic Crime and Economic Criminal law in the Federal Republic of Germany*. Report for 1986 and Resource Material series no. 31. Fuch, UNAFEI 1987, s. 128-159.
19. Van Horne, J. C.: *Financial Management and Policy*. New York. Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1977. 365 s.
20. Žnidaršič Kranjc, A.: Družbeno nezaželjeni pojavi v povezavi s stečajem podjetij ob prehodu v nov družbenoekonomski sistem. *Raziskava št. 97* 12/1992, 234 s.
21. Žnidaršič Kranjc, A.: Planirani stečaj. *Didakta*, 6/1993, 219 s.

S u m m a r y

POLIT-ECONOMICAL AND CRIMINAL CHARACTERISTICS OF
BANKRUPTCY OF SLOVENIAN ENTERPRISES

Provoked by a large number of bankruptcies of socially owned enterprises in Slovenia the author questions the reasons for the bankruptcy and compares them with those present elsewhere.

She analyzed a sample of 100 enterprises between 1989 and 1991 which represents 65% of all bankrupt socially owned companies. It is a random sample and the analyses was done on the basis of a questionnaire filled by bankruptcy managers and judges in 1991.

One of the methods used in the analyses was the factor method that showed seven factors of bankruptcy of Slovenian enterprises: irrational running of business, cover up of that irrationality, criminal acts in particular those related to privatization, impossibility of liquidating the biggest debtors, resolving of the employee surplus, drop of sales with the lack of knowledge how to prevent it, unreal currency rates and the impossibility of getting loans.

Niklas Luhmann

Legitimacija kroz proceduru, Zagreb, Naprijed, 1992, (217 str.)

Posvemašnja kriza (ekonomijska, moralna, politička) i nedavni slom socijalističkih poredaka u istočnoeuropskim zemljama nedvojbeno su nametnuli i aktualizirali problem legitimiteta političke vlasti. Slom socijalističkih poredaka u zemljama istočne Europe bjelodano je, naime, pokazao da se vlastodršci ne mogu na vlasti održati vezujući samo uz sebe upravni aparat, napose vojni i policijski. Ako žele osigurati kontinuitet i stabilnost svojeg vladanja vlastodršci moraju, uz osiguranje lojalnosti i pokornosti članova upravnih organizacija, također osigurati "masovnu lojalnost" (Offe) povlašćenih. Jedan je, dakle, od ciljeva vlastodržaca da uvjere građane (podanike) u opravdanost (legitimnost) svojeg vladanja. Tijekom povijesnog razvoja dolazilo je do bitnih promjena u poimanju osnove opravdavanja vlasti. Tako je vlast u srednjovjekovlju za osnovu legitimiteta imala "božju milost", a pojavom građanstva na povijesnoj sceni kao osnova legitimiteta uzima se "narodna (pučka) volja". Boljševici pak svoju vlast nastoje, uz ostalo, opravdati transcendentnim ciljevima ("svijetla budućnost") kojima su, navodno, težili. Osnova legitimiteta, dakle, bitno ovisi o "duhu vremena", odnosno o prevladavajućem sustavu vrijednosti u određenom povijesnom trenutku.

Problemom legitimiteta političkog sustava se bavi Luhmannova rasprava "Legitimacija kroz proceduru" Nijedan se politički sustav, drži Luhmann, ne može zasnivati samo na fizičkoj primjeni nasilja. Da bi se omogućila "trajna vladavina", nužno je osigurati i konsenzus. No, konsenzus koji

se zasniva na "slučajnoj" kongruenciji interesa nije dovoljan kao oslonac političke vlasti. Nužna je, naime, primjena sile spram onih koji se opiru odlukama vlasti. "Jedno i drugo - sila i konsenzus - moraju, dakle, biti prisutni, pomiješani u određenom odnosu. Sve je to zacijelo točno, ali nam kaže malo o tome koji faktički procesi proizvode i garantiraju čudesni fenomen neprekidnog priznavanja državnih odluka. Konsenzus i prisila "oskudni" su resursi političkog sistema. Njihovo puko zbrajanje vjerojatno ne bi bilo dovoljno, niti može objasniti institucionalizaciju legitimnosti" (str. 43-44). Prema Luhmannovu mišljenju, pri faktičkom prihvaćanju odluka "stvarna motivacija", kao i točan odnos u kome su izmiješani prisila i konsenzus - poštuje li se jedna odluka iz straha ili na osnovi slaganja - je otvoreno pitanje i "sociološki problem". U rješavanju toga problema Luhmannu, uz ostalo, stoji na raspolaganju pojam postupka (procedure). Pravno uređeni postupci donošenja odluka, drži Luhmann, spadaju među najizrazitija obilježja političkih sustava modernih društava. Oni bar "krase" njihovu fasadu. Postupci se primjenjuju u raznim državnim institucijama - u sudovima, u parlamentu, u upravi, prilikom izbora itd. Njihova je svrha da stvore jednokratnu obvezatnu odluku.

No, prije sumarnog upućivanja na Luhmannovo poimanje procedura valja osvijetliti njegovo poimanje kategorije legitimiteta. "Legitimnost možemo smatrati generaliziranom spremnošću da se unutar određenih granica tolerancije prihvate još neodređene odluke. Tako ostaje otvoreno da li se ta spremnost temelji na nekom relativno jednostavnom psihološkom motivu - primjerice na unutarnjem zado-

voljstvu zbog toga što je u zamjenu za poslušnost dobiveno "demokratsko" sudjelovanje - ili je posljedica mnogobrojnih socijalnih mehanizama u kojima se izjednačuju vrlo različite motivske konstelacije" (str. 44). Luhmann uvijek iznova ističe Weberovu teorijsku poziciju, odnosno njegov pojam racionalnog legitimiteta na osnovi vjerovanja u legalnost etabliranog poretka kao njemu najbližu. Racionalno legalno legitimiranje obvezujućih odluka pripada, čini se, tipičnim odlikama modernog političkog sustava. To je, drži Luhmann, kao neka vrsta osnovnog konsenzusa koji, bez potrebe da se traži suglasnost u pojedinačnim slučajevima, omogućuje donošenje pravilne odluke i stabiliziranje sustava. Slabost Weberove sociologije prava jest, uz ostalo, i u tomu što nema analiza "koje bi razjasnile kako procedure stvaranje i primjene prava djeluju kao legitimacijski mehanizam. U njegovo (Weberovo - op. R.B.) vrijeme nisu ni sociologija ni socijalna psihologija pružale dovoljne osnove za takvo istraživanje. Danas je moguće popuniti tu prazninu" (str. 46).

Luhmannu je, prije svega, stalo da odredi pojam procedure (postupka) u sociologijskom smislu. Pritom rabi teoriju sistema kao najprimjereniju za propitivanje navedenog pojma. "Procedure su doista socijalni sistemi koji vrše određenu funkciju, naime izraditi jedinstvenu obveznu odluku, i koji su zbog toga unaprijed ograničeni u svojem trajanju" (str. 53). Primjenom teorije sistema omogućuje se, drži Luhmann, ukidanje ili modificiranje prevladavajućih oštih suprotnosti sistema i procesa ili strukture i procesa. Procesu su, naime, sistemi i imaju svoju strukturu, inače ne bi mogli biti procesima, niti bi bilo sistema i strukture.

Luhmann najprije tematizira sudski postupak. Smisao sudskog postupka, prema Luhmannu, sastoji se u izlaganju procesa donošenja odluke na osnovi normi. Pritom je za sve postupke bitna jasna podjela koja ne dovodi do "zabune" između adresanata i adresata odluka. Naime, jedni donose odluke, a drugi te odluke moraju "opservirati" kao premise vlastita ponašanja. U sudskoj se sali, nadalje, mora odrediti kakvu tko ulogu ima da ne bi došlo do kakvih zabuna. Primaoci odluka u postupku se angažiraju zato što očekuju neizvjestan rezultat i u nadi da će moći na njega utjecati. "Motor koji pokreće postupak jest neizvjesnost o tome kako će postupak završiti. Ova je neizvjesnost pokretačka snaga i pravi faktor legitimiranja postupka" (str. 108-109). Neizvjesnost se stoga tijekom postupka mora njegovati i održavati s dužnom brižljivošću i ceremonijalnim sredstvima - npr. naglašenim izlaganjem sudačke nezavisnosti i nepristranosti, izbjegavanjem određenih obećanja o tomu kakva će se odluka donijeti. Luhmann u tom kontekstu navodi primjer iz engleskog pravosuđa u čijem postupku sudac čak mora biti potpuno nepripremljen za raspravu i stoga mu se svi relevantni detalji moraju usmeno priopćiti. Napetost se, dakle, mora držati u "budnom" stanju do izricanja presude.

Da bi se steklo povjerenje u pravni sustav onih koji nisu postupkom "neposredno pogođeni", potrebna je, dakako, javnost postupka. Tijek postupka, naime, moraju doživjeti i oni koji njime nisu izravno pogođeni. Pritom se ne radi o pristupačnosti kao fizičkoj prisutnosti i neposrednom promatranju, već o mogućnosti da se to uradi. "Ta mogućnost jača povjerenje ili bar sprečava da nastane ono nepovjerenje koje se stvara oko svakog pokušaja da se nešto zataji. Funkcija procesnog načela

javnosti leži u tome da se stvori simbol, da se postupak oblikuje kao drama, koja simbolizira ispravnu i pravednu odluku. Za ovo nije potrebno da postupku stalno prisustvuje manje ili više velik dio stanovništva. Dostatna je opća i neodređena spoznaja da se takvi postupci stalno odvijaju i da se - ukoliko postoji potreba - svatko može o njima informirati" (str. 115). Javnost postupka napose posreduju sredstva javnog komuniciranja. Ljudi stoga imaju mogućnost da se o postupku informiraju čitajući novine ili gledajući TV te ne moraju biti nazočni.

Institucionalizirati izbore kao postupak ima smisla u mjeri u kojoj je moguće, drži Luhmann, u samom postupku izgraditi suprotnosti i izraziti konflikte, odnosno formulirati i stvarati alternative. No, ako se želi zadržati suprotstavljenost alternativa i predočiti ih biračima, tada kandidati moraju oličavati različite premise budućih odluka. Dakako, bilo kao individualni kandidati, kao nosioci različitih programa, ili pak kao pripadnici različitih organizacija. Sve te mogućnosti, međutim, moraju sadržavati fundamentalnu razliku u ponudi alternativa.

Pri organizaciji izbora koji jamče kompleksnost političkog sistema valja izbjeći da se "konfliktna fronte" iz društva prebacuju u politički sistem. "Ukoliko katolici i protestanti, crnci i bijelci, radnici i kapitalisti stoje jedni nasuprot drugima već u svim ulogama tada se njihovom konfliktu neće moći dati još i politički izraz. To bi odviše zaoštrilo konflikt kojim se može politički manipulirati, i toliko ukrutilo društvene suprotnosti da bi opasnost građanskog rata postala akutna. Zbog toga su na društveno mnogostruk način isprekidane konfliktna fronte, uvjet neškodljive politizacije društvenih konfli-

kata. Samo ako je društvo već dovoljno kompleksno može i njegov politički sistem postići vlastitu kompleksnost" (str. 144). No, društveni konflikti tako su brojni da se interesne konstelacije više ne mogu dovoljno izraziti u izborima. Mora se, naime voditi računa o tomu da će nerijetko suprotstavljeni interesi davati podršku istim kandidatima, a istovjetni interesi suprotstavljenim kandidatima. "Interesi koji odista motiviraju birače ne mogu se više zaoštriti u jednu ili u mali broj programskih alternativa, već ih partije amalgamiraju u internim procesima selekcije i otupljivanja i iznose pred birača jedino još u obliku idealnog, dopadljivog programa. Dakle, procedura političkih izbora nije gotovo uopće prikladna da u njoj "sam narod" riješi bitne društvene sukobe. Ali prikladna je da ove sukobe unese u politički sistem umjesto da ih iz njega iznosi. Treba je dakle shvatiti kao prvu stepenicu stepenastog procesa apsorpcije konflikata" (str. 144).

Značenje političkih izbora, uz ostalo, jest u tomu da daju priliku za izražavanje nezadovoljstva, naime, izbori omogućuju "ekspresivno" djelovanje koje vodi rastećenju. Politički izbori stoga pripadaju, drži Luhmann, mehanizmima apsorpcije protesta, slično kao i sudski postupci. Pritom nije toliko bitno hoće li kandidat za koga se glasa doći na političku funkciju.

Zakonodavni postupak Luhmann također promatra kao socijalni sistem. Postupak započinje izradom službenog nacrtu (u za to nadležnim ministarstvima). Nacrt se potom šalje parlamentu i tamo se razmatra na plenarnim i odborskim sjednicama, sve dok se ne osigura dovoljan konsenzus za donošenje zakona u određenom obliku, ili se pak nacrt povlači ili zastarjeva zbog okončanja skupštinskog mandata bez preuzimanja formalne odgovornosti za

negativan rezultat. Publika je, dakako, slabo informirana o pitanjima koja su na dnevnom redu parlamenta, čak i tada kad ta pitanja dotiču "najdirektnije interese publike" (socijalna prava, porezno pravo, stambeno pravo itd.). O navedenim pravima adekvatno znanje imaju samo tamo gdje se njime profesionalno bave. Malo je, naime, vjerojatno očekivati da će pripadnik publike čitati mnogobrojne pravne propise. Pripadnike publike u pravilu karakterizira "neznanje i apatija". Nezainteresiranost publike nije, dakako, namjeravana posljedica zakonodavnog postupka, primjerice da se najvažnije odluke donose iza zatvorenih vrata.

Zakonodavni postupak, kao ni ostali postupci, nije dovoljan da bi se osigurala legitimnost odlučivanja. No, postupci su ipak oblik pomoću kojeg politički sustav pridonosi svojoj legitimaciji. "Svojim institucionalnim i pravnim temeljima simboliziraju (procedure - op. R.B.) identičnost načina odlučivanja i kontinuitet sličnih iskustava, a to je neophodna pretpostavka svakog učenja. Iz iskustva može publika tako naučiti da se u cjelini osjeća sigurno, usprkos načenoj varijabilnosti svog prava i da stvori povjerenje prema sistemu. Procedure su nužne, ali same ne, već i dovoljni uređaj kojim se legitimiraju odluke. Zbog toga treba ponajprije znati kako funkcioniraju i što mogu postići prije nego što bi se moglo istražiti koji daljnji uvjeti moraju biti ispunjeni" (str. 170-171).

Za legitimaciju kroz proceduru karakteristično je, uz ostalo, da se isključuje sadržaj odluke. Stoga Luhmannovi kritičari upućuju na opasnost da se procedurom legitimiraju odluke koje su, po svom sadržaju, nepravedne, kao što su, za

vrijeme nacističkog režima, bile odluke o formiranju koncentracijskih logora. S druge strane, kritičari (npr. Claus Offe) drže da je slabost institucija i procedura liberalne demokracije i u "političkom otuđenju" koje izazivaju. Naime, članovi biračkog tijela ne mogu izravno utjecati na odluke parlamenta i vlade. Otuđenje se javlja i zbog toga što dolazi do sve veće razdvojenosti između političke elite (zahvaljujući obrazovanju i socijalnom podrijetlu) i običnih pripadnika puka (naroda) unatoč širenju prava na političku participaciju. (Usp. OFFE, Claus, i PREUSS, K. Ulrich, *Mogu li demokratske institucije djelotvorno iskoristiti moralne vrijednosti*, Politička misao, Zagreb, 1989, 4, str. 100 i dalje).

Hrvatski prijevod Luhmannove rasprave "Legitimation durch Verfahren" dolazi poslije pune 23 godine od prvog njemačkog izdanja. Prijevod se, dakle, pojavio u vrijeme kada su socijalistički poreci koje su bitno obilježavali mehanizmi ideologijske i karizmatске legitimacije, epohalno gledano, postali stvar prošlosti. No, neki elementi tih poredaka (npr. uloga karizmatških vođa, povijesna misija) i danas još uvijek postoje u nizu država koje su nastale na ruševinama socijalističkih poredaka. Ako se želi prevladati legitimacijska kriza "mladih demokracija", čini se, da bi osnovni model legitimacije političkog poretka trebao biti onaj kojem prostor u raspravi "Legitimacija kroz proceduru" posvećuje Niklas Luhmann. Riječ je, naime, o vlasti koja svoju opravdanost crpi iz recepcije univerzalnih mehanizama i procedura (npr. slobodni, opći i tajni izbori, političke stranke, parlament). Dakle, iz onih institucija i racionalnih procedura u njima koje su bitna odlika zapadnih, liberalnodemokratskih poredaka.

Norbert Horn, *Das Zivil - und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet*, Verlag Kommunikationsforum GmbH *Recht Wirtschaft Steuern* - Köln, 1991, (565 str.)

Za moto ove značajne studije koja govori o segmentu civilnopravnog i privrednopravnog ujedinjenja dviju njemačkih država, u okviru, naravno, svestranog državnog, političkog, gospodarstvenog i općedruštvenog ujedinjenja, izuzetno plodni pravni pisac Norbert Horn uzeo je misao prof. Ludwiga Erhardta iz 1953. godine. Podsjećanja radi mlađe čitateljske publike valja reći da je L. Erhardt tvorac (ili skromnije, jedan od tvoraca) njemačkog gospodarskog čuda, državnik, političar, sveučilišni profesor, znanstvenik i uvaženi ekonomist. Te davne 1953. godine, a to stoji i u motu ove knjige "Ponovno ujedinjenje Njemačke u političkom, gospodarskom i ljudskom pogledu imat će takvu snagu i moć koje neće imati sažaljenja i nježnosti glede postignutog školskog znanja planski obrazovanih gospodarstvenika," izgledalo je daleko od svake realnosti. Prošlo je čak, ili po nekima svega, nepunih četrdesetak godina i to se obistinilo na način i u postupku, koji su moguć i primjereni narodu i sredini tako visokociviliziranim kao što su Nijemci danas.

U uvodu još samo nekoliko riječi o autoru: radi se o osobi koja je dugi niz godina zaokupljena problemima privatnog osobito privrednog (trgovačkog) prava bivšeg DDR-a, čemu su dokaz ne samo ova studija bogata primjerima iz poslovne i sudske prakse i sa brojnim naslovima iz pravne literature, već i članci, predavanja i komentari na ovu temu i slične, širom svijeta. Ovoga puta za spomenuti je nje-

gov opširan članak (p. 725-746) u *The American Journal of Comparative Law*, Volume XXXIX, Fall 1991, Number 4 pod naslovom *The Lawful German Revolution: Privatization and Market Economy in Re-Unified Germany*.

Djelo je, inače, podijeljeno u pet poglavlja, gdje se sustavno govori o pravnim osnovama u prijelaznom razdoblju (Kapitel 1.), civilnom pravu, osobito ugovornom pravu (K. 2.), pravu vlasništva (K. 3.), poduzetnom pravu - pravu trgovačkih društava (K. 4.), pravu konkurencije i poreskom pravu (K. 5.) te o pravnoj zaštiti i pravosuđu (K. 6.). Unutar svakog poglavlja materija je razrađena na opširnije i uže dijelove, što je više nego pregledno i korektno učinjeno.

Kao što je poznato 03. 10. 1990. godine konačno su u stvarnost pretočene općenjemačke želje izražene kroz slogan "Deutschland einig Vaterland", od kada se, prije svega u pravnome pogledu, ima zaboraviti na bivši DDR i sve ono što je ta njemačka država značila i predstavljala za cijelo vrijeme svog neslavnog postojanja, još manje slavnog nestanka kao državnopravnog subjekta. Mora se, međutim, imati u vidu činjenica da se ubrzani postupak, s jedne strane nestajanja DDR, a s druge strane stvaranja uvjeta za jedinstvenu Njemačku, kretao od 7. svibnja 1989. godine kada se u okviru Varšavskog pakta napušta Brežnjevljeva doktrina ograničenog suvereniteta socijalističkih zemalja pa tako i DDR, preko prvih slobodnih i demokratskih izbora u DDR (18. 03. 1990.) i državnog ugovora vlada dvije Njemačke o uspostavi tri unije. Radilo se o monetarnoj, privrednoj i socijalnoj uniji između Savezne Republike Njemačke i Njemačke DR, koje su unije zaživjele 1. srpnja 1990. godine. Finalni

čin, onaj od 03. 10. 1990. godine izbacuje u prvi plan kao poseban problem jaz između novog pravnog sustava na području bivšeg DDR (zapravo pravnog sustava SR Njemačke!) i starog gospodarstva, isto tako bivšeg DDR-a.

Rješenje tog problema autor vidi u izmjeni socijalističkog gospodarstva u tržišno gdje posebnu ulogu ostvaruju dva čimbenika: prvi je u osposobljavanju poduzeća bivšeg DDR da mogu jednako uspješno kao i poduzeća iz SR Njemačke slijediti visok stupanj uključenosti u Evropsku zajednicu, i drugi, koji se očituje kroz veliki priljev svježeg novca što ga vlada iz Bonna dostavlja za mirovine i plaće, za izobrazbu kao i za izravne investicije u tom pogledu "gladnog" bivšeg DDR-a.

Postojeća (socijalistička!) birokracija na razne načine koči i suprotstavlja svoje interese privatizaciji narodnih pogona, kombinata i drugih oblika gospodarskih subjekata u državnom vlasništvu, iako su još za vrijeme postojanja DDR određenim zakonskim i inim pozitivnopravnim propisima takvi subjekti trebali dobiti oblik i sadržaj kapitalističkih društava i poduzeća (npr. Uredba o zajedničkim ulaganjima - Joint venture - VOB, zakon o društvima s ograničenom odgovornošću GmbHG ili pak Zakon o zadržanima - GenG). Upravo zbog ponašanja, kako cijelih gospodarskih subjekata, tako i pojedinaca koja su imala za cilj i dopuštenim i nedopuštenim sredstvima postizanje ciljeva od kojih mnogi nisu imali pravnog i moralnog utemeljenja u vrijeme najavljenog ujedinjenja dviju njemačkih država, ili kako to u čl. 23 Ustava SR Njemačke (u međuvremenu dokinut, jer je upravo s 03. 10. 1990. postao "bespredmetan") preciznije stoji "pristupa DDR-a", državni ugovor razlikuje pravnu situaciju onih d.o.o. osnova-

nih prije 30. 06. 1990, i onih osnovanih u vremenu između 01. 07. - 02. 10. 1990. godine. Ona društva s ograničenom odgovornošću koja su osnovana do 30. 06. 1990. godine kada je temeljni kapital, jednako kao i za poduzeća osnovana temeljem Uredbe o joint venture (VOB) iznosio najmanje 20.000 maraka (DDR) moraju ispuniti novopropisane uvjete o minimalnom iznosu temeljnog kapitala od 50.000 DEM do 01. 07. 1995. godine. Ona pak društva s ograničenom odgovornošću koja su osnovana između 01.07. do 02. 10. 1990. godine i u tom vremenu zatražila upis u trgovački registar dužna su uvjete takvog minimalnog temeljnog kapitala ispuniti do 01. 07. 1992. godine.

Okosnicu pretvorbe socijalističkog gospodarstva u privatno gospodarstvo, a time i u privatnogospodarsvene organizacijske oblike čini institucija TREUHAND-a, koja treba, prema izraženoj volji zakonodavca u preambuli zakona "poduzetničku djelatnost u državi, što je moguće prije i svestranije privatizirati, a to znači narodnu imovinu pretvoriti u privatnu." Da li to može uspješno uraditi Treuhand s njegovih 15 regionalnih ureda i uz obilatu novčanu podršku svenjemačke vlade i njenih institucija?

Riječ je o ustanovi koja je dosta slična hrvatskoj Agenciji za restrukturiranje (nije daleko od istine tvrdnja je dobrim dijelom bila najznačajnijim uzorom našem zakonodavcu) i koja se ne bi mogla pohvaliti isključivo dobrim rezultatima. Unatoč činjenici da je silna količina svježeg novca, mjerena u milijardama DEM-a, po ocjeni nekih njemačkih stručnjaka "bačena niz vodu" trebala pripomoći i ubrzati proces privatizacije.

Dosljedno nazivu ove knjige, autor naj-

veći dio posvećuje primjeni zakona i drugih propisa SR Njemačke u novim saveznim oblastima (pokrajinama). Tako bez dana zakašnjenja, znači od 03. 10. 1990. Trgovački zakon (HGB) vrijedi u cijelosti, bez obzira da li je riječ o trgovcu pojedincu ili pravnim osobama proizašlim iz doskorašnjih narodnih pogona i kombinata. Na sve njih, bilo da su u pitanju trgovci pojedinci, trgovačka društva osoba ili pak društva kapitala, jer su svi dobili svojstvo trgovca, primjenjuju se jednako i opća načela HGB iz par. 1-6. isključujući osobe što ih poznaje par. 4 HGB, svi ostali su dužni, temeljem par. 29 HGB upisati se u trgovački registar. Dok se ne donesu odgovarajući propisi o nadležnim registarskim sudovima, trgovačke i zadružne registre vodit će okružni sudovi prema sjedištu na kome se nalazi subjekt upisa. Ista sudbina je i BGB-a.

Okolnost na koju se ranije upozorilo, a to je sustavnost i temeljitost priprema na sprovođenju državnog ugovora o ujedinjenju i sve ono što je u tom pogledu učinjeno, prije 03. 10. 1990. godine, ali i neposredno poslije toga, govori o velikoj harmonizaciji djelovanja brojnih državnih organa, bilo da je riječ o zakonodavnoj, izvršnoj ili sudbenoj vlasti. Ne mali doprinos dala je i pravna znanost, bilo da su to njeni predstavnici postigli u suradnji s naznačenim državnim organima, bilo da su na način, kao što to čini Norbert Horn u ovoj studiji, doista visokoznanstveno, stručno, riječju egzemplarno profesionalno obavili. Reklo bi se da nije zaboravljeno niti jedno pitanje, institut i pravna situacija koje u sferi civilnog i trgovačkog (privrednog) prava zaslužuje biti obrađenim, a da to nije postignuto. Pa i onda kada prijeti opasnost takvog uključivanja gospodarstva i cijelog pravnog sustava

bivšeg DDR-a u sustavna rješenja na kojima počiva zdrava i pametna logika zapadnih investitora, nalaze se izlazi koji ne dopuštaju da monopolistička privreda socijalističkog sustava, a takva je bez dvojbe bila i ona u bivšem DDR-u, ne povrijedi norme antikartelnog prava. Zaključno, autor ističe da njemačko iskustvo govori kako može nastati moderno slobodno tržišno gospodarstvo uz poštivanje legalne i prihvatljive stvarnosti. S druge strane, to također pokazuje, da zakonodavac nije u stanju predvidjeti što će sve biti rezultat takvih gospodarskih promjena. Upravo stoga, izučavanje novog prava, gospodarskih opcija i mogućnosti mora ići zajedno.

Ljudi koji su to generacijama doživljavali, a to se sada mijenja, trebaju vremena da sve to shvate i nauče. Samo pod takvim pretpostavkama ima mjesta optimizmu za gospodarski i društveni razvitak bivšeg DDR u skoroj budućnosti, poručuje Norbert Horn.

Dragocjenost ove studije, kada su u pitanju hrvatski stručnjaci različitog polja interesiranja i naobrazbe, u ovome trenutku Republike Hrvatske gotovo da nije potrebno niti isticati. I mi se bavimo pretvorbom društvenih poduzeća i svom množinom drugih relikata koje je bivši sustav države, gospodarstva i općedruštvenih vrijednosti tako nemilosrdno i desetljećima, poput najgore elementarne nevolje, ostavio iza sebe. Ne zaboravljajući strahote nametnutog nam prljavog i nepravednog rata, koji, uz sve ostalo, na području pravnog sustava, dovodi do problema primjene zakona i drugih propisa Republike Hrvatske u područjima koja su privremeno okupirana, osobito kada je u pitanju dio pozitivnopravnih propisa donesenih od strane nove i demokratske

hrvatske vlasti, u vrijeme kada je okupator u tim područjima provodio svoje bezakonje, uz istovremenu suspenziju svega što ima sveze s novom hrvatskom državom. Zato iskustva što ih postiže jedna tako bogata i gospodarski jaka država, a pravno stabilna poput najpreciznijeg stroja, Njemačka, moraju biti svakodnevni i znakoviti primjer, uzor i orijentir u izgradnji novog pravnog sustava Republike Hrvatske. U granicama raspoloživih ljudskih, financijskih, gospodarskih i ne bez djelotvornog utjecaja općepolitičkih i drugih čimbenika, mi

to moramo postići što je moguće efikasnije, uspješnije, ali i brzo. Sve to, na primjeru DDR i cijele Njemačke, kojima je objektivno rečeno to bilo povoljnije i manje teško, zahtijeva još puno truda. Ova knjiga, s brojnim primjerima iz poslovne i sudske prakse, brojnom pravnom literaturom na koju nas autor obilato upućuje, zaslužuje da se s njom poslužimo. Korist će multiplicirano biti uvećana u odnosu na trud koji moramo podnijeti detaljno se upoznavajući s njenim sadržajem od gotovo 600 stranica

dr. Dragutin Ledić, izv. prof.

Lutter/Semler (Hrsg.) *RECHTS-GRUNDLAGEN FREIHEITLICHER UNTERNEHMENS-WIRTSCHAFT*, Verlag Dr. Otto Schimdt KG - Köln 1991, (340 str.)

U podnaslovu¹ ove stručno-znanstvene zbirke radova stoji da je riječ o pravu poduzetništva, radnom pravu, privrednom pravu, pravu financija, planiranju, računovodstvu i pravu Europske zajednice², iako bi se s naše današnje točke posmatranja, stanja gospodarstva, zakonodavstva i pravne znanosti i naslov i podnaslov ove knjige mogli jednostavno odrediti i ovako: Tako shvaćaju, pišu, stvaraju i žive oni razvijeni (Nijemci, ali i većina drugih članica Europske zajednice), da li može to isto i Hrvatska!

Čini se interesantnim, prije nego se dade prikaz ove zbirke, zapravo misli, iskustava, stajališta i prijedlog ravno 20 autora u isto toliko izvješća-članaka koji sačinjavaju istu zbirku, dati u najkraćim crtama genezu i povijest nastanka ove knjige, te u nekoliko riječi oslikati njene urednike prof. dr. Marcusa Luttera i prof. dr. Johannesesa Semlera kojima su na usluzi, prilikom uređivanja, stajali i dr. G. Lienere te dr. W. Rosener.

Realizacija dugogodišnje, koliko otvorene, toliko još i više pritajene, želje "Deutschland einig Vaterland" što je na području pravne znanosti, zakonodavstva i primjene prava značila za ljude i odnose u novim saveznom zemljama (bivši DDR) prije svega prvi susret s novim zakonim i novim pojmovima, nosila je sa sobom i druge probleme. Tako se, po nekim autorima³, problem nastalog jaza između novog pravnog sustava na području bivšeg DDR-a (zapravo postojećeg i uhodanog pravnog sustava SR Njemačke) i starog

(socijalističkog) pravnog sustava DDR-a mora najprije riješiti na način da se poduzeća bivšeg DDR-a osposobe, jednako kao i poduzeća iz SR Njemačke, uspješno slijediti visok stupanj uključenosti u Europsku zajednicu, uz istovremeno veliki priliv svježeg novca što ga vlada iz Bonna svakodnevno dostavlja za mirovine i plaće, za obrazovanje kao i za izravne investicije u tom pogledu "gladnih" novih saveznih zemalja.

Da bi se sve to postiglo, smatraju urednici i izdavači ove knjige, nije dovoljno imati nove propise i osigurati njihovu primjenu. Potrebno je dati podršku, informacije i objasniti slobodu i značenje vlasništva, ali i slobode uopće, te postojanje vlastite odgovornosti pojedinca kao temelja uređenja tržnog gospodarstva. Jedan od načina kako sve to postići bio je i skup velikog broja pravnih znanstvenika, praktičara raznih struka, a prije svega pravnik, na kojemu su težište i teme istoga skupa ravnomojerno raspoređene kroz podnaslov ove knjige.

Voditelji skupa i urednici zbirke poznati su pravni znanstvenici, sveučilišni profesori, autori brojnih djela, a zahvaljujući takvome sustavu kao što je onaj u Njemačkoj, i ugledni suci visokih sudbenih instanci. To osobito vrijedi za prof. dr. Marcusa Luttera, direktora Instituta za trgovačko i privredno pravo Sveučilišta u Bonnu, do prije nekoliko godina predsjednika Deutscher Juristentaga, uglednog i omiljenog načina okupljanja ne samo njemačkih pravnik, iz poslovne prakse, sudbenih i znanstvenih djelatnika. Prof. Lutter voditelj je Centra za europsko trgovačko pravo u okviru Studium Universale Sveučilišta u Bonnu itd.⁴

Ništa manje nije u Njemačkoj, ali i širom svijeta, poznat i cijenjen prof. dr. Johan-

nes Semler, honorarni profesor na Gospodarskom sveučilištu u Beču (specijalista za pravo poduzetništva i gospodarsko (privredno) pravo), inače stalno zaposlen kao član uprave Mercedes A.G. Holding, Mrankfurt /M. Prof. dr. Semler plodan je pravni pisac, čovjek koji svoje bogato znanje i iskustvo iz prakse vrlo uspješno prenosi na studente ili to iznosi u brojnim publiciranim djelima.⁵

Knjigu čini 7 dijelova i to sljedećih naslova:

1. Aspekt multinacionalnog poduzetništva
2. Poduzeće u slobodnom pravnome sustavu
3. Poduzeće u svijetu rada
4. Poduzeće u poslovnom prometu
5. Pravna pitanja financiranja
6. Planiranje, kontrola i javnost
7. Na putu u Europu

Jedini, ali zasigurno ozbiljan i pozornosti vrijedan članak-izvješće u prvome dijelu jeste onaj dr. Gerharda Lienera pod naslovom "Grundfragen des internationales Managements".⁶ Naime, autor je izuzetan poznavatelj ne samo teorijske strane pojma i suštine menadžmenta, već, što je za čitatelje itekako prihvatljivo, praktičnih oblika i sadržaja na primjeru ugledne automobilske tvrtke "Daimler-Benz". Teško bi bilo upotrijebiti pridjev "njemačke", jer je općepoznato, a to autor potvrđuje podacima, da je od 1965. godine kada je ova tvrtka osnovala prvo vlastito poduzeće u inozemstvu (USA), taj broj narastao na nekoliko desetaka, gdje se, zajedno s više od 5.000 prodajnih i servisnih mjesta u 170 zemalja ostvaruje 75% izvoza vlastitog automobilskog programa. Sve to teško bi se postiglo bez modernog i uspješnog osvajanja tržišta, financiranja i razvojne politike, bez dje-

latnosti koja ne prestaje niti jednog trenutka u 24 sata tijekom svakog dana u tjednu.

Posebno značenje pridaje se tzv. međunarodnom financijskom menadžmentu gdje se dosljedno i precizno, kao u seizmografiji, registriraju sve promjene i stanja na burzama i tržištima uopće. Bez takve nazočnosti, osobito na burzi u New Yorku, najznačajnijem financijskom središtu svijeta, smatra ovaj autor, ne bi se ni izbliza mogli polučiti takvi poslovni rezultati kao što ih tvrtka Daimler-Benz polučuje.⁷

Stavljajući u prvi plan političke snage jednog naroda, njegovu uključenost u integracijske procese u svijetu, a ne, kao nekada, njegovu vojnu komponentu, dr. Liener zaključuje, da se to uključivanje najbolje može postići kroz srednja i mala poduzeća. Tada je, naime, uspješnom koordinacijom menadžmenta na svim razinama, postojeće šanse na pojedinim tržištima najlakše iskoristiti, a nije nevažna ni činjenica da se u tim okvirima najbolje koriste mogućnosti obogaćivanja vlastitih radnih dostignuća kroz upoznavanje drugih zemalja i kultura.

U drugome dijelu, koji, kako je to naprijed naznačeno, nosi naslov "Poduzeće u slobodnom pravnom sustavu",⁸ nimalo slučajno autori svih 5 izvješća (prije svega) sveučilišni su profesori: prof. dr. M. Lutter, prof. dr. B. Grunewald, prof. Heinz Rowedder, prof. dr. B. Kropff te prof. dr. J. Semler. Uvodno je već bilo više riječi o prvome i posljednjem kao urednicima čitave zbirke radova pa će se ovdje samo spomenuti njihova izvješća, što ne znači da svojim pristupom i tematikom ne zavrijeđuju i više od toga. Dapače, možda će prilike biti (a potrebe svakako da!) o njima govoriti više i detaljnije, jer su i

njihove poruke, osobito nama u Hrvatskoj danas, više nego dragocjene i dobrodošle. Nažalost, ni prostor, a ni vrijeme to sada ne dopuštaju.

Dakle, prof. dr. M. Lutter prisutan je u ovoj zbirci svojim tekstom pod naslovom "Anteilseigner und Unternehmen",⁹ a prof. dr. J. Semler govori na temu "Gesellschaftsführung, Mitwirkung und Überwachung im Unternehmen".¹⁰

Prof. dr. B. Grunewald otkriva jednu već davno otkrivenu i poznatu, nažalost u praksi manje štovanu, činjenicu: društva osoba rješenja su za brojna tzv. srednja poduzeća. (Njezin članak i glasi "Die Personengesellschaft als Rechtsform des mittelständischen Unternehmens")¹¹ I ovdje valja istaknuti da se razmišljanja ove autorice, ali i njezini prijedlozi, mogu vrlo poučno i praktično prenijeti na našu situaciju: Njemačko gospodarstvo, prema poreskim statistikama za 1986. godinu bilježi preko 240.000 društava-osoba (javna trgovačka društva, komanditna društva i tzv. BGB-društva). Istovremeno se govori o svega 2.400 dioničkih društava, ali i o 370.000 društava s ograničenom odgovornošću. Nije li onda primjereno da se i u nas malo više govori, a u praksi susreću, društva osoba, kada se zna koliko malo prostora, sredstava i osoblja treba za uspješan rad jednog takvog trgovačkog društva. Uz nimalo potcjenjivajuće djelovanje za cijelo gospodarstvo, tim više jer su sudionici takvih društava i osobno i imovinski jako vezani za njihovo (uspješno) poslovanje.

Ako se tomu dodaju i druge prednosti društva osoba, kao što su, prije svega, mogućnosti izravnog i stalnog utjecaja drugara (članova društva) na poslovanje, sudjelovanje u dobiti i/ili gubitku, uz mogućnost istupanja iz društva, vođenje

računovodstva, uz isključenje obveze javnog iznošenja podataka o poslovanju i inače. Ako je riječ o nedostacima onda je to prije svega jamstvo drugara (članova društva) iz takvog društva osoba glede obveza društva, što opet ne postoji kod društva kapitala.

Obzirom na to da autorica savjetuje ovaj pravni oblik za tzv. srednja poduzeća (doslovce prevedena misao govori o poduzećima srednjeg staleža, što nije primjereno ni u njemačkoj i uopće poredbenopravnoj praksi, pa tako i u nas, op. D.L.) valja voditi računa o njenoj primjedbi da bi, zbog eventualnih nedostataka koje sa sobom nosi jamstvo drugara za obveze društva ili u slučaju nasljeđivanja, bilo dobro takva jamstva regulirati ugovorom gdje će se pružiti stvarnopravne zapreke izigravanju uzajamnog povjerenja. Zanimljivo, ali i vrlo korisno štivo u smislu praktične primjene sadrži članak prof. Heinza Roweddera u kojemu se poredbenim načinom izlaganja govori o dioničkom društvu i o društvu s ograničenom odgovornošću, od njihova osnivanja, pogona i poslovanja do istupa i prestanka odnosno pravne zaštite manjine u društvu od odluka što ih može donijeti većina kroz nadležne organe takvih društava.

Iako se pojava društava s ograničenom odgovornošću vezuje za njemačko pravo i poslovnu praksu, ipak je tek reformom GmbH-Gesetz-a iz 1980. godine po prvi puta uvedenamogućnost osnivanja društva s ograničenom odgovornošću samo s jednom jedinom osobom kao osnivačem (tzv. Die Ein-Mann GmbH), što u vrijeme kada se u nas priprema donošenje Zakona o trgovačkim društvima, s ne baš osobito bogatom sudskom i poslovnom praksom, zahtijeva povećani oprez i zakonodavnu

umješnost i odlučnost.¹²

Prof. dr. B. Kropff u svome članku "Grundzuge des Konzernrechts" najvećim dijelom govori o ustavnopravnim pitanjima i problemima koncerna,¹³ međutim, treba ukazati i na onaj dio tog rada koji je posvećen zaštiti trećih osoba u koje ovaj autor svrstava prije svega suvlasnike nekog zavisnog društva, u pravilu manjinu, kao i vjerovnike takvog društva. Da to nije problem samo razvijenih zemalja i gospodarstva treba nas podsjetiti mogućnost koju predviđa prijedlog zakona o trgovačkim društvima, a to su tzv. povezana društva (u svijetu poznata pod imenom holding-društva), op. D.L.), iako isti ili barem slični problemi postoje u nas od ranije, bilo kroz razne oblike složenih poduzeća ili drugih oblika udruživanja gdje su granice monopolskih i sličnih ponašanja u granicama zakona ili pak izvan njih, što je često ne baš jednostavno i prepoznati.

Stoga se autor zalaže i za preventivnu kaznenopravnu zaštitu, što razumijeva obvezu priopćavanja pismenim putem, bilo da je riječ o dioničarima, vjerovnicima ili javnosti uopće, o namjeravanim i planiranim poslovima i inim potezima.

Načelno, zaštita trećih može se ostvariti tako što će npr. zavisna društva poduzeti određene mjere radi vlastite zaštite od koncerna, čemu znakovito idu u prilog novija rješenja u pravu trgovačkih društava. Drugi vid takve zaštite, načelno, jeste i osiguravanje zavisnog društva kroz posebne ugovore s vladajućim društvima glede ostvarenja dobiti i istupanja iz koncerna, što se naziva tzv. ugovornim koncernom.

Žestoko smo se opekli u primjeni "udruživanja rada i sredstava" ili pod terminom "socijalističkog samoupravljanja", još

poznatijim biserima Zakona o udruženom radu i drugih propisa sada već bivšeg gospodarskog i uopće društvenog uređenja i isto tako već bivše Jugoslavije. Rješenja koja poznaje sadašnje pozitivno pravo Republike Hrvatske,¹⁴ govore o potpunom napuštanju bilo kakvog (su)odlučivanja radnika (djelatnika) u upravljanju poduzećima. Da li je tomu tako i u svijetu, konkretno u Njemačkoj? Riječju: nije. Dokaz više je i četvrti dio ove zbirke gdje u ravno 4 izvješća nalazimo i stajališta pravne znanosti, ali još i više zakonodavnih rješenja te primjera iz poslovne i sudske prakse pod zajedničkim nazivom "Das Unternehmen in der Arbeitswelt".¹⁵ I dok se prof. dr. H.C. Peter Hanau u svom članku "Das Individualarbeitsrecht" isključivo posvetio pojedincu radniku od zasnivanja i sadržaja radnog odnosa do svih mogućih (pozitivnopravnih) oblika radnopravne zaštite, u ostala tri članka dominira pitanje suodlučivanja, bilo da je riječ o pogonu, o poduzeću ili pak o rukovođenju i suradnji u poduzeću.

Tako, prije svega, dr. Hans-Ulrich Bachle u tekstu koji nosi naslov "Mitbestimmung im Betrieb",¹⁶ istražuje problem suodlučivanja na primjeru tvrtke Daimler-Benz AG. Autor naglašava da se najveći dio aktivnosti ostvaruje primjenom odredbi Mitbestimmungsgesetzes 76 pa u tom smislu i riječju i slikom pojašnjava kako se, na predstavničkom principu bira nadzorni odbor (Aufsichtsrat) na razini cijelog Daimler-Benz. S druge strane, na nivou pogona, javljaju se vijeća pogona (Betriebsrat), izaslanstva mladeži (Jugendvertretung) i izaslanstva teško povrijeđenih - invalida rada (Schwerbehindertenvvertretung), nadležnosti kojih su, gledano općenito, savjetodavne naravi. Ovdje valja istaknuti i to da odnos između ovih vijeća u pogonima i onoga što se također na

razini koncerna organizira nije u znaku nadređenosti odnosno podređenosti. Mora se posebno naglasiti da tvrtka Daimler-Benz ima dugu tradiciju i značajnu ulogu, koja u praksi nadilazi okvire zakonske obvezatnosti.

Za razliku od tog autora, prof. dr. Peter Hommelhoff proučavanju problema suodlučivanja u poduzeću ("Mitbestimmung im Unternehmen"), prilazi više sa znanstveno-teorijskog, a manje praktičnog stajališta. Tako se, prema istome, suodlučivanje u poduzeću može pojaviti u obliku trećinskog ili običnog tj. ravnopravnog pariteta. Radi se o tomu, da temeljem zakonske odredbe, u svakom dioničkom društvu, bez obzira na broj posloprimaca (zaposlenih) nadzorni odbor kao organ suodlučivanja mora imati najmanje jednu trećinu članova iz reda predstavnika posloprimaca. Izuzetak od ove obveze su tzv. obiteljska dionička društva s manje od 500 posloprimaca, koji je broj zaposlenih gornja granica i za sva društva s ograničenom odgovornošću, u kojima, također, nema takve obveze.

Ako se radi o poduzećima koja imaju više od 2000 posloprimaca, tada se provodi potpuno paritetno odlučivanje, što će reći da posloprimci i vlasnici poduzeća (dioničari, članovi društva i sl.) imaju podjednak broj svojih predstavnika u nadzornom odboru, gdje su po toj funkciji i članovi istog odbora.

Prof. Hommelhoff zaključuje svoja izlaganja najnovijim tendencijama u okviru Europske zajednice gdje se još od 1989. godine diskutira o određenim pravilima suodlučivanja koja imaju izuzetno političko značenje. Iako se načelno polazi od nacionalnih modela suodlučivanja, uvažava tradicija i dopušta izbor između različitih oblika suodlučivanja, zaključuje autor, još je

prerano i sa sigurnošću odrediti sudbinu iznesenih prijedloga. Jer, npr. Velika Britanija odbija bilo kakvo pravno jamstvo za suodlučivanje, za razliku od Njemačke i nekih drugih zemalja - članica Europske zajednice koje smatraju da se njihove postojeće odredbe o suodlučivanju mogu i trebaju usavršavati i promijeniti.

Posljednje izvješće u okviru ovog dijela svakako bi moglo biti od velike koristi za one ljude u Hrvatskoj koji imaju bilo kakve sveze s upravljanjem i suradnjom u poduzećima, jer upravo tako glasi prilog dr. Hans-Wolfgang Hirschbrunn ("Führung und Zusammenarbeit im Unternehmen"). Upravo zbog hipotetične, ali sigurno i stvarne koristi ovog izvješća, evo na kojim načelima ovaj autor vidi mjesto, značenje i ulogu upravljanja i suradnje u poduzeću:

1. određivanje ciljeva,
2. delegiranje (izbor) zadataka,
3. sudjelovanje u odlučivanju,
4. kontrola uspješnosti,
5. sudjelovanje suradnika i pospješenje istog sudjelovanja,
6. savjetovanje suradnika, ali i njihovo podupiranje,
7. unapređivanje suradnje i
8. informiranje suradnika.

Svoje viđenje načela upravljanja i suradnje u poduzeću dr. Hirschbrunn potvrđuje praksom iz tvrtke Daimler-Benz gdje je 1987. godine za sve razine upravljanja i suradnje sačinjen pismeni pregled s kratkim sadržajem djelatnosti koje valja činiti, dok se za više rukovodne kadrove organiziraju seminari, predavanja, čitav sustav izobrazbe u širokoj paleti tema, pitanja i područja koja jesu ili mogu biti interesantna i neophodna takvim, užim ili širim grupama slušatelja i polaznika.

Možda bi naziv petog dijela ove zbirke "Poduzeće u poslovnom prometu" navelo nekoga na pomisao: pa to je općepoznata stvar i što se tu ima novoga reći! Olako i neopravdano izrečen takav sud najbolje će demantirati već sami naslovi članaka koji se ovdje nalaze: Grundlagen des Wettbewerbs (dr. Rudiger Volhard),¹⁷ Rechtsformen de Vertiebs (dr. Solms Wittig),¹⁸ Grundzuge des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Thesen (prof. dr. Peter Ulmer),¹⁹ Internationales Grossanlagengeschäft (dr. Wolfgang Rosener),²⁰ te Internationale Kooperation (dr. Karl-Heinz Weiss).²¹

Nije, međutim, stvar samo u naslovima. Ugled autora, detaljno i stručno izlaganje, uz veći broj primjera iz prakse, daju nova saznanja o nekim već poznatim, ali još više i novim pojavama i pojmovima u poslovnom svijetu. Zadovoljit ćemo se ovdje isticanjem, iako samo u obliku teza, prava općih uvjeta poslovanja, gdje se posebna važnost daje kontroli sadržaja općih uvjeta poslovanja i tužbi koju u smislu par. 13 AGB - Gesetza mogu podnositi određena udruženja potrošača, industrijske i trgovačke komore i udruženja gospodarstvenika protiv nepravičnih i nepoštenih općih uvjeta poslovanja.²² Ili pak nastojanja da se čak u vidu nove pravne discipline - grane govori o međunarodnom poslu velikih ulaganja, za koje autor nalazi puno opravdanje obzirom na prepoznatljiv i vrlo prisutan oblik i djelovanje ovog posla, u godinama poslije 2. svjetskog rata, s izrazitom tendencijom naglog porasta iz godine u godinu, ne samo po broju, već i po vrijednostima i sadržaju.

Dio zbirke koji govori o pravnom financiranju zastupljen je s dva rada i to: prof. dr. W. Werner piše o temi "Rechtsfragen

der Bankfinanzierung",²³ i prof. dr. T. Heinsius na temu "Der Weg des Unternehmens zur Borse".²⁴ Nije ni potrebno obrazlagati koliko se u ovim izvješćima može naći dragocjenog štiva za gospodarske subjekte i njihove rukovodne i stručne kadrove u Republici Hrvatskoj u vrijeme kada se, bez pretjerivanja slobodno može reći da su to teme koje svih 24 sata na dan zanimaju veliki broj zainteresiranih. Od najmanjeg trgovca, preko banaka, komora i drugih organa do velikih trgovačkih subjekata. Jer nije samo riječ o bankama i burzama koje čine conditio sine qua non slobodnog tržišnog gospodarstva, već i o mogućnostima da se, prije svega na burzama, što brže i efikasnije ostvaruju zamišljeni procesi pretvorbe (preoblikovanja) u dionička društva.

Šesti dio zbirke posvećen planiranju, kontroli i javnosti rada, zastupljen je s dva rada: Manfred Rimmel iznosi primjere, ocjene i prijedloge iz prakse što se vidi i po naslovu "Planung un Controlling bei Daimler-Benz", dok dr. Elisabeth Strobl govori o računovodstvu prema zakonu o uputama za bilance (završni račun).²⁵

Prof. dr. Jakša Barbić, jedan od najutjecajnijih poznavatelja problematike gospodarskih subjekata i najplodnijih pravnih pisaca iz oblasti trgovačkog prava, osobito prava trgovačkih društava, dao je i najveći doprinos u izradi prijedloga zakona o trgovačkim društvima Republike Hrvatske. Ovdje se spominje njegovo ime i djelovanje u kontekstu sedmog, posljednjeg dijela ove zbirke radova koji proročanski i vizionarski govori o putu u Europu, gdje dr. h.c. Albrecht Krieger izlaže svoje misli, ideje i ocjene pod nazivom "Povezivanje (uključivanje) prava trgovačkih društava (SR) Njemačke u pravo Europske zajednice."²⁶ Naime, prof. Barbić u

obrazloženju (njegovog) prijedloga zakona o trgovačkim društvima ističe neophodnost preuzimanja i nekih "rješenja neposredno iz prava Europske zajednice"... gdje se, prije svega, radi o gospodarskom interesnom udruživanju.

Da su nam i njemačka iskustva i pravci djelovanja u tom smislu dobrodošli ne treba posebno ni naglašavati, jer je i spomenuti, ali i još dobar dio novih i budućih hrvatskih zakona, svoje uzore našao i nalazi u njemačkom pravu, zakonodavstvu i poslovnoj praksi.

Autor ovog rada to nam obilato olakšava proučavajući uključivanje i povezivanje prava trgovačkih društava Njemačke u pravo Europske zajednice u tri faze: kroz već ozakonjene (od strane nadležnih njemačkih organa, u prvom redu Parlamenta) smjernice i odredbe, kroz dogovorene, ali u nacionalnom pravu još ne ozakonjene i neprihvaćene pravne akte Europske zajednice te kroz odredbe koje nisu otišle dalje od prijedloga Komisije Europske zajednice. Radi potpunosti ovog prikaza, koliko to uopće jedan ovakav prikaz može i biti, ili bolje rečeno iz štovanja i korektnosti prema urednicima i autorima svih izvješća u ovoj zbirci, treba istaknuti bogatu literaturu, poslovnu i sudsku praksu na koju se svi bez izuzetaka pozivaju te, na kraju, vrlo pregledno i korisno stvarno kazalo.

Umjesto bilo kakvog drugog zaključka, pokušat ću ovaj prikaz zbirke radova pod nazivom "Rechtsgundlagen greiheitlicher Unternehmenswirtschaft" privesti kraju pozivom na misli prof. dr. Marcusa Luttera iskazane u jednoj drugoj prigodi: Ovo što je tu iskazano i rečeno moći će se mnogo godina kasnije opet ponoviti. Prognoze su teške, većinom i pogrešne, ali ne i opasne: i razvitak prava i njegove vrijednosti u budućnosti sigurno pobjeđuju sve moguće zapreke i opasnosti na tome putu. Sudovi će biti prezaposleni u rješavanju odnosa između poduzeća-sestara na ravnopravnoj osnovi, time da će i problemi financiranja u kriznim vremenima dobivati na težini.²⁷ Što sve skupa neće umanjiti značajke njemačkog (ali i svakog drugog suvremenog, pa i hrvatskog op. D.L.) prava trgovačkih društava u kome su pravilno raspoređena i točno određena prava i obveze različitih osoba koje u određenom poduzeću ostvaruju rukovodeću, (su)odlučujuću ili nadzornu djelatnost.²⁸

dr. Dragutin Ledić, izv. prof.

- ¹ Sam naslov knjige, u slobodnom prijevodu, mogao bi glasiti: Pravni temelji slobodnog poduzetničkog gospodarstva.
- ² Njemački naziv Wirtschaftsrecht (privredno pravo) nije nikada bilo istovjetno pojmu privrednog prava, kako se u nas, u ranijem uređenju, nazivalo granu prava koja je ustvari trgovačko pravo (njem. Handelsrecht). Ovaj se termin tj. trgovačko pravo sada vraća u svekoliku praksu u nas.
- ³ N. Horn, Das Zivil - und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet, Verlag Kommunikationsforum GmbH Recht Wirtschaft Steuern - Köln, 1991. ss. 12-14.
- ⁴ Prof. Lutter urednik je značajne knjige "Die Grundung einer Tochtergesellschaft im Ausland" (izdavač Walter de Gruyter Berlin - New York) gdje se u već dva objavljena (u pripremi je i treće, do konca jeseni o.g.) izdanja na vrlo stručan, praktičan ali i znanstveno vrijedan način iznose mogućnosti osnivanja poduzeća u više od 30 zemalja širom svijeta, od Austrije i Velike Britanije do Japana i Argentine. Očekivati je da će u 3. izdanju biti po prvi puta zasebnim izvješćem zastupljena i Republika Hrvatska.
- ⁵ Prof. dr. Semler je istovremeno predsjednik i pravni savjetnik u nekoliko nadzornih odbora uglednih tvrtki, kao što su npr. Daimler-Benz AG, Stuttgart, Axel Springer Verlag AG, Hamburg, Deutsche Aerospace AG, Munchen itd.
- ⁶ U prijevodu "Temeljna pitanja međunarodnog menadžmenta".
- ⁷ U 1990. godini ostvaren je opseg prodaje s cca 51 milijarde DEM.
- ⁸ Naslov u originalu glasi "Unternehmen in einer freiheitlichen Rechtsordnung."
- ⁹ U slobodnom prijevodu "Vlasnik i poduzeće".
- ¹⁰ U slobodnom prijevodu "Vođenje društva, sudjelovanje i nadzor u poduzeću".
- ¹¹ U slobodnom prijevodu "Društva osoba kao pravni oblik srednjih poduzeća".
- ¹² Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 15. vollig neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck 1988 s. 28-31 ističe značajke ovog oblika društva s ograničenom odgovornošću.
- ¹³ U slobodnom prijevodu "značajke prava koncerna".
- ¹⁴ Zakon o preuzimanju saveznih zakona iz područja organizacije i poslovanja gospodarskih subjekata koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuju kao republički zakoni (NN 53/91), pod t. 1 ističe Zakon o poduzećima (SL SFRJ 77/88, 40/89, 46/90 i 61/90). Vidi u tom smislu i Zakon o radnim odnosima - pročišćeni tekst (NN 25/92).
- ¹⁵ U slobodnom prijevodu "Poduzeće u svijetu rada".
- ¹⁶ U slobodnom prijevodu "Suodlučivanje u pogonu".
- ¹⁷ U slobodnom prijevodu: "Temelji utakmice (konkurencije)".
- ¹⁸ U slobodnom prijevodu: "Pravni oblici trgovanja (prodaje)".
- ¹⁹ U slobodnom prijevodu: "Značajke prava općih uvjeta poslovanja."
- ²⁰ U slobodnom prijevodu: "Posao velikih međunarodnih ulaganja."
- ²¹ U slobodnom prijevodu: "Međunarodna kooperacija".
- ²² D. Ledić, Kontrola općih uvjeta poslovanja i zaštita potrošača u ugovorima o prodaji, 1987. str. 52-56.
- ²³ U slobodnom prijevodu: "Pravna pitanja bankovnog financiranja."
- ²⁴ U slobodnom prijevodu: "Put poduzeća do burze."
- ²⁵ u originalu-izvornom tekstu naslov je "Rechnungslegung nach dem Bilanzrichtlinien - Gesetz".
- ²⁶ originalan naslov je "Die Einbildung des Gesellschaftsrechts der Bundesrepublik Deutschland in das Recht der Europäischen Gemeinschaft".
- ²⁷ M. Lutter, Konzernrecht, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 151 Band August/Okttober 1987 s. 460-461.
- ²⁸ J. Semler, Ibid. s. 90.

A.E.Perez Voituriez: *LA INFORMACION DE LA LEY EXTRANJERA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, Madrid, 1988(282 str.)

Sve veći broj pravnih odnosa s međunarodnim elementom, što je posljedica sve intenzivnijeg međunarodnog prometa, postavlja pitanje mjerodavnog prava po kome će se ovi odnosi prosuditi. Odgovor daju međunarodne i interne kolizijske norme, ako nema međunarodnih supstancijalnih normi ili su ove nepotpune. Time, međutim, ova problematika nije iscrpljena. Daljnje je pitanje, ako mjerodavno pravo nije *lex fori*, nego pravo strane države, kako se upoznati s njegovim sadržajem. Očito je, naime ako sud pred kojim teče postupak u pravnoj stvari sa međunarodnim elementom, treba primijeniti stranu normu, mora ovu poznavati. Ne tako rijetko to je skopčano sa znatnim teškoćama.

Dva su temeljna puta kako utvrditi sadržaj strane norme koju treba primijeniti već prema tome da li se strano pravo tretira kao "pravo" ili kao "činjenica". U prvom slučaju vrijedi načelo *iura novit curia*. Ako se strano pravo tretira kao "činjenica", njegov se sadržaj "dokazuje", pri čemu se teret dokazivanja može na razne načine urediti. U oba slučaja javlja se više teškoća koje nije uvijek lako otkloniti. Zbog toga se utvrđivanju sadržaja stranog prava obrađuje ili barem dodiruje u literaturi. Na ovo ukazuju cjelovita djela o međunarodnom privatnom pravu, odnosno međunarodnom građanskom procesnom pravu i manji radovi. Međutim, monografije, koja bi podrobno razmatrala ovu problematiku, gotovo da nema.

Sada je pred nama knjiga koja popunjava ovu prazninu i na koju se stoga treba

osvrnuti. To je djelo prof. Antonia Pereza Voiturieza pod naslovom "La informacion de la ley extranjera en el derecho internacional privado" koja je tiskana u Madridu 1988. godine u izdanju "Editorial Tecnos". Autor je na 282 stranice velikog formata sustavno obradio ovu materiju, dodirujući i više pitanja koja su u svezi s utvrđivanjem sadržaja stranog prava. Dobro je postupio primjenjujući poredbenu metodu, što je nužno u ovakvim djelima. Dakako, posebna pažnja posvećena je španjolskoj teoriji i praksi. Obrađena je materija podijeljena na uvod, tri dijela i dokumentarni dodatak.

U uvodu se razmatra aktualnost teme u svezi sa strukturom i sadržajem međunarodnog privatnog prava i govori o sustavu i vrelima obrađene materije. Autor dobro primjećuje da ovoj problematici ne treba pristupati samo s procesnopravnog aspekta, jer ima širi značaj. Iako je tehnika pribavljanja podataka o stranom pravu u središtu autorova interesa, on dodiruje i više drugih pitanja, u skladu sa suvremenim tendencijama, razvitka međunarodnog privatnog prava.

Prvi dio knjige podijeljen je na tri poglavlja. U prvom poglavlju kritički se razmatraju opća pitanja "konfliktne tehnike" koja prethode pribavljanju podataka o stranom pravu u svijetlu klasičnih doktrina, ali i suvremenih kretanja s osvrtom na značaj poznavanja stranog prava. U sljedećem poglavlju poredbeno se obrađuje tretiranje stranog prava kao "činjenice" i kao "prava". Autor najprije, u posebnom odsjeku, usmjerava svoja istraživanja na strano pravo kao "činjenicu" (*derecho extranjero como hecho*). Pri tome je kritički obradio više pitanja s područja dokazivanja. Autor navodi i legislativna rješenja u više zemalja koje ovako tretira-

ju strano pravo. Slijedeći odsjek govori o stranom pravu kao "pravu" (*ley extranjera como derecho*). I ovdje je autor primijenio poredbenu metodu obrađivši legislativu i judikaturu više država. U sljedećem poglavlju autor detaljno obrađuje utvrđivanje sadržaja stranog prava i njegovu primjenu prema španjolskoj teoriji i sudskoj praksi, ukazujući da propisi nisu dovoljno precizni, a judikatura dovoljno ujednačena. Možemo primijetiti da iz odredbe članka 12 t.6 španjolskog *Codigo civila*, ali i iz nekih drugih propisa nije dovoljno jasno proizlazilo da li će se strano pravo u Španjolskoj tretirati kao "pravo" ili kao "činjenica" i kakva je kod toga uloga suda i stranaka. Zbog toga je došlo do kolebanja judikature. S obzirom na teškoće koje otuda nastaju, autor analizira više sudskih odluka koje su donijete zadnjih decenija. Konstatira, s obzirom na sve veće uključivanje Španjolske u međunarodnu zajednicu i osobito u Europsku zajednicu, da razvitak ide u pravcu olakšanja primjene stranog prava kako bi se unaprijedio međunarodni promet.

I u oblasti tretiranja stranog prava i utvrđivanja njegovog sadržaja, sve više dolazi do izražaja jedna pojava koja je prisutna i drugdje u međunarodnom privatnom pravu. To je unifikacija na međunarodnom planu. Iako ne tako često, kao u svezi nekih drugih pitanja i ovdje se nastoji doći do ujednačenja putem međunarodnih konvencija. Ne radi se samo o temeljnim pitanjima pribavljanja podataka o stranom pravu, nego i o tehnici postupanja i njezinoj kodifikaciji te progresivnom (u smislu terminologije međunarodnog prava) razvoju. Zbog toga je autor osnovano posvetio prvo poglavlje drugog dijela knjige, pod naslovom "Razvoj pravne tehnike za pribavljanje podataka o stranom pravu", međunarodnim multilate-

ralnim konvencijama. Prikazuje i kritički ocjenjuje više ovakvih konvencija kao *Codigo Bustamante* (1928), Interameričku konvenciju o podacima o stranom pravu (1965), Europsku konvenciju (1968) i Europsku konvenciju s Protokolom (1978), podvlačeći važnost izravnog pribavljanja podataka o stranom pravu za razliku od klasičnog neizravnog puta. Posebno se osvrće na središnje organe primanja (*organo receptor*) i slanja (*organo transmisor*) podataka, kao svojevrstan novum u međunarodnom prometu, prikazujući rješenja u pojedinim državama. U drugom dijelu ovoga poglavlja govori se o klasičnom diplomatskom i konzularnom putu pribavljanja podataka o stranom pravu. Govori o ovome kao izvjesnom anakronizmu, ali ističe njegovu evoluciju i modernizaciju. Ovaj put može biti jednostavan, kao kada se izravno postupuje, ali i složen kada se sastoji od više faza uz učešće raznih državnih organa. Radi se zapravo o pružanju međunarodne pravne pomoći kako to reguliraju Haške konvencije i bilateralne konvencije.

Sljedeće opširno poglavlje posvećeno je španjolskoj praksi pribavljanja podataka o sadržaju stranog zakona (*contenido de la ley extranjera*) i ono je u neku ruku nastavak trećeg poglavlja. U ovom poglavlju obrađuje pravnu tehniku i razvoj međunarodne suradnje u kojoj učestvuje Španjolska putem Ministarstva pravosuđa (*Ministerio de Justicia*) i Ministarstva vanjskih poslova (*Ministerio de Asuntos Exteriores*). Slijede razmatranja o djelatnosti španjolskih organa u skladu s međunarodnim konvencijama. U postupku davanja podataka o španjolskom pravu i primanju podataka o stranom pravu, postoje dva načina postupanja. Prvi, kada se djeluje na tradicionalni način i, drugi, kada se postupuje prema međunarodnim normama. Ovo

autor ilustrira podacima o brojnim slučajevima.

U trećem dijelu knjige nalaze se razmatranja de lege ferenda. Najprije iznosi razna mišljenja o primjeni stranog prava, pa preobražaje o informativnoj suradnji i nova strujanja u španjolskom pravu. Zaključuje da razvoj tehnike informiranja teče usporedo s promjenama u strukturi međunarodne zajednice. Širenje međunarodne gospodarske suradnje olakšava primjenu novih tehničkih sredstava koja unapređuju izravnu suradnju u pravnom informiranju. Može se zapaziti međusobno uvjetovanje doktrinalnog razvoja i tehnike informiranja. Transformiranje međunarodne zajednice dovodi klasično međunarodno pravo u krizu i traži nova rješenja.

Na kraju knjige nalazi se dodatak u kome su dati tekstovi multilateralnih konvencija

o pribavljanju podataka o stranom pravu te potpuno navođenje brojnih sudskih odluka i drugih akata o kojima se govori u bilješkama u tekstu knjige. Na kraju knjige nalazi se i popis literature koja je citirana. Nema, međutim, kazala pojmova koje bi olakšalo njezino korištenje.

Knjiga prof. Pereza Voiturieza je ozbiljan znanstveni rad, u kome je posebno obrađena složena materija pribavljanja podataka o stranom pravu u njenom razvoju. Ona je korisna i za pravnu praksu, jer obrađuje niz pitanja s kojima se susreće. Moglo bi se primijetiti, da su se pitanja sustava knjige mogla i drugačije riješiti, ali to ne umanjuje njezinu vrijednost. Za našu sredinu knjiga je korisna i zanimljiva, jer nas upoznaje sa španjolskom praksom i znanošću koja kod nas nije dovoljno poznata. Treba imati u vidu da je španjolska pravna misao znatno utjecala na doktrinu i praksu država Latin-ske Amerike, za koje je naša zemlja zainteresirana kako gospodarski tako i s obzirom na emigracijska kretanja.

prof. dr. Đuro Vuković

VIJESTI S FAKULTETA

Prof.dr Dragutin Ledić održao je 8.prosinca 1992. godine na Institutu za međunarodno privatno i poredbeno pravo Sveučilišta u Bonnu (Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Bonn) predavanje s temom "Die Entwicklung eines neuen Rechtssystems in Koratiens", u slobodnom prijevodu "Razvitak novog hrvatskog pravnog sustava". Moderator i voditelj predavanja i gotovo dvosatne rasprave u kojoj je sudjelovao veći broj prisutnih bio je prof.dr. Wolfgang Freiherr von Marschall, direktor Instituta.

Prof.dr Vinko Hlača, prof.dr. Petar Šarčević, trenutno na dužnosti veleposlanika Republike Hrvatske u USA i prof.dr. Dragutin Ledić izabrani su za stalne arbitre na prvoj međunarodnoj listi Stalnog izbranog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori. Ovo je u svakom slučaju lijepo i veliko priznanje spomenutim i već dokazanim i priznatim stručnjacima privatnog prava, koji imaju bogato iskustvo u mnogim domaćim i međunarodnim arbitražama. Očekivat je njihovu daljnju afirmaciju i potvrdu stečenog ugleda u primjeni tzv. "Zagrebačkih pravila" (so-called Zagreb Rules) u postupku pred ovom arbitražom. Ista su pravila, naime, sukladna međunarodnim standardima, a rađena su po uzoru na Arbitražna pravila UNCITRAL-a (UNCITRAL Arbitration Rules).

Početak 1993. godine, u organizaciji i pod vodstvom prof. dr. Željka Horvatića, i doc.dr. Velinke Grozdanić, te uz sudjelovanje prof.dr. Petra Schicka s Instituta für Strafrecht, Strafprozesrecht und Kriminologie Sveučilišta u Grazu, na našem fakultetu održana je rasprava na temu "Novo kazneno zakonodavstvo Republike Hrvatske i iskustva austrijskog kaznenog pravosuđa".

Dana 19. veljače 1993. godine, u organizaciji CIE Piemonte i Udruženja ASNM, u Torinu je održan okrugli stol na temu "Rat i ratni zločini na području bivše Jugoslavije", na kojemu je, kao predstavnik našega fakulteta, sudjelovao prof.dr. Berislav Pavišić.

Od 8. veljače do 7. ožujka 1993. godine, na poziv American Bar Association, a u okviru programa Sister Law School Program, dekan Fakulteta, prof.dr. Vinko Hlača, nalazio se na studijskom putovanju u SAD. Program posjeta obuhvatio je pravne fakultete na sljedećim sveučilištima: University of Kentucky, Northern Kentucky University, te Case Western Reserve University. Prof. dr. Vinko Hlača sudjelovao je u radu i nastavi na tim pravnim fakultetima, a pred profesorskim zborom svakoga od njih održao je prezentaciju i iznio svoje prijedloge za suradnju u budućnosti, te izvijestio o problemima hrvatskog zakonodavstva, izrade zakona i novog pravnog sustava u Hrvatskoj, kao i o njezinom međunarodnopravnom položaju.

Dana 10. i 14. ožujka 1993. godine prof. dr. Mile Bogović s Visoke bogoslovne škole u Rijeci održao je u okviru predmeta "Povijest hrvatskog prava i države" ciklus predavanja pod nazivom "Katolička crkva i hrvatska državnost".

Dana 3. svibnja 1993. godine, u organizaciji i pod vodstvom prof.dr. Berislava Pavišića, prof. Giorgio Spangher s Pravnog fakulteta u Trstu, prof. Alberto Alessandri s Pravnog fakulteta u Trstu, te prof. Paolo Pittaro s Fakulteta političkih znanosti u Trstu, u sklopu

posjeta Pravnom fakultetu u Rijeci održali su predavanje na temu: "Kaznenopravni aspekti korupcijskih skandala (Tangentopoli)".

Od 3. svibnja do 1. lipnja 1993. godine, na poziv dekana prof.dr. Vinka Hlače, a kao vid ostvarivanja suradnje inicirane njegovim studijskim boravkom u SAD, na Pravnom fakultetu u Rijeci je boravila profesorica Sarah N. Welling, s University of Kentucky College of Law. Tijekom boravka u Rijeci profesorica Welling održala je, kako na Pravnom, tako i na Ekonomskom fakultetu, nekoliko predavanja s različitim temama, uključujući sljedeće: struktura američkih pravnih fakulteta, struktura odvjetničkih tvrtki u SAD, krivično pravo SAD, krivični postupak u SAD, "pranje novca" i poslovni kriminal.

Od 9. do 15. svibnja 1993. godine prof.dr. Ladislav Horvat boravio je na Institutu za financijsku znanost Johannes Gutenberg Univerziteta u Mainzu koji vodi prof.dr. Rolf Peffekoven. Tema razgovora u kome je sudjelovao prof.dr. Kurt Schmidt, bila je prilagodba poreznih sustava postsocijalističkih država tržišnom gospodarstvu.

U okviru studijskog boravka na Univerzitetu u Hamburgu od 1. do 8. svibnja 1993. godine prof.dr. Ladislav Horvat sudjelovao je u panel-diskusiji o temi "Reforme poreza i poduzeća u zemljama koje su na putu prema tržišnom gospodarstvu". Panel-diskusiju je organizirao Institut za pravo i gospodarstvo Univerziteta u Hamburgu u suradnji s društvom "Jugoistočna Europa", a održana je 3. svibnja 1993. godine pod vodstvom prof.dr. Petera Erlinghagena, direktora Instituta.

U organizaciji Zaklade Hans Seidel Stiftung e. V. Munchen, zapravo njene Akademie für Politik und Zeitgeschehen, održan je od 24. do 26. svibnja 1993. godine stručni skup u obrazovnom centru Kloster Banz u okolici Bamberg-a. glavna tema skupa bila je "Europska zajednica i raspad Jugoslavije", a podneseno je devet referata. Prof.dr. Dragutin Ledić imao je na ovom skupu uspješan nastup referatom "Kroatiens Probleme mit der Rechtsnachfolge" u slobodnom prijevodu "Hrvatski problemi s pravnim nasljeđivanjem".

Dana 13. lipnja 1993. godine, u organizaciji Gradskog poglavarstva Rijeke, održan je znanstveni skup povodom obilježavanja dana Sv. Vida. Na tome je skupu mr. Željko Bartulović održao izlaganje na temu "Crkva i statut Rijeke iz 1530. godine".

Doc.dr. Nenad Hlača sudjelovao je od 21. do 26. lipnja 1993. godine u radu tečaja "Human Rights and Medicine in War and Conflict Situations" s predavanjem na temu "Abortion Law in Croatia" koji je održan pri Interuniverzitetskom centru za poslijediplomske studije u Dubrovniku.

Od 13. lipnja do 12. srpnja 1993. godine, u organizaciji Columbia University, Center for Law and Democracy iz New Yorka, te D.A.C. Foundation iz Budimpešte, u Budimpešti je održan seminar na temu "Raising Rights Consciousness 1993". Na tome seminaru, kao predstavnik našeg fakulteta, sudjelovala je mr. Sonja Zubčić.

Od 17. do 26. lipnja 1993. godine, u organizaciji American Bar Association, a u sklopu programa Central and East European Law Initiative (CEELI), na Institutu za izobrazbu Pravnog fakulteta u Krakovu održan je seminar na temu "Joint Ventures and Real Property Law". Na tome seminaru, kao predstavnici Pravnog fakulteta u Rijeci, sudjelovali su mr. Vesna Tomljenović i mr. Gordan Stanković.

Od 9. do 15. srpnja 1993. godine na Sveučilištu u Essenu, odsjek "Njemački kao strani jezik", održan je seminar na temu "Bild und Text im Dadismus", na kojemu je, kao predstavnica našega fakulteta, sudjelovala doc.dr. Ute Karlavaris - Bremer.

Dana 26. srpnja 1993. godine, u sklopu znanstvenog kolokvija "Sedam stoljeća rapskog statuta", u organizaciji Zavoda za povijesne i društvene znanosti HAZU i Gradskog poglavarstva Raba, mr. Željko Bartulović održao je izlaganje na temu "Neka pitanja građanskog prava u rapskom statutu".

Od 2. do 7. kolovoza 1993. godine u Leipzigu je održan skup pod nazivom Internationale Dutschlehrertagung, na kojemu je referat održala doc.dr. Ute Karlavaris - Bremer.

Od 13. do 22. rujna 1993. godine, u organizaciji Poznan Human Rights Centre - Institute of Legal Studies, Polish Academy of Science, E.C. TEMPUS Office, Council of Europe i Batory Foundation, u Poznanu je održan tečaj "International Protection of Human Rights", na kojemu je, kao predstavnik našeg fakulteta, sudjelovala mr. Sonja Zubčić. Početkom listopada 1993. godine, u sklopu svoga boravka na Malti, doc.dr. Velinka Grozdanić posjetila je tamošnji Pravni fakultet, Međunarodni institut za pomorsko pravo, te Centar UN za hitne intervencije pri onečišćenju Mediterana. Tom je prigodom uspostavila suradnju s profesorima S. Camillieri i V. de Gaetano s Katedre za krivično pravo tamošnjeg Pravnog fakulteta.

Od 11. do 15. listopada 1993. godine prof.dr. Ladislav Horvat boravio je na Institutu za financijsko pravo Karl-Franciske Univerziteta u Grazu koji vodi prof.dr. Hans-Georg Ruppe, gdje je istraživao probleme financiranja lokalne samouprave i proučavao austrijska rješenja.

U drugoj polovici listopada 1993. godine, u organizaciji International Development Law Institute, u Rimu je održan seminar na temu "Transnational Contracts for the Sale of Goods", na kojemu je sudjelovao student ovoga fakulteta Željko Vedriš.

Od 28. do 30. listopada 1993. godine, u Splitu je održan skup nastavnika političke ekonomije s temom: "Politička ekonomija na pravnom studiju". Na tome je skupu, kao predstavnik našega fakulteta, sudjelovao doc.dr. Milovan Jovanović.

Dana 8. i 9. studenoga 1993. godine, u organizaciji UK P & I Club-a iz Londona, u zgradi Croatia Line u Rijeci održan je seminar na temu "Loss Prevention Strategies", na kojemu je, kao predstavnik našeg fakulteta, sudjelovao mr. Gordan Stanković.

od 15. do 21. studenog 1993. godine prof.dr. Ladislav Horvat boravio je na Pravnom fakultetu Eotvos-Lorand Univerziteta u Budimpešti raspravljajući tom prilikom s prof.dr. Nagy Tiborom i prof.dr. Foldes Gaborom o pitanjima reforme poreznog sustava postsocijalističkih država.

Dana 7. prosinca 1993. godine, na poziv prof. Sergia Bartoles, direktora Instituta za javno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Trstu, prof.dr. Berislav Pavišić i doc.dr. Velinka Grozdanić prisustvovali su predavanju prof. Maria Pisania, profesora krivičnog postupovnog prava na Pravnom fakultetu u Milanu, na temu "Međunarodne konvencije i krivični postupak u novom krivičnom zakoniku".

E L S A - EUROPEAN LAW STUDENTS ASSOCIATION

ELSA je nepolitička i neprofitabilna organizacija koja okuplja studnete prava i mlade pravnike širom Europe. Rad ELSA-e proteže se na tri ključne aktivnosti: organizacija seminara i konferencija, razmjena studentskih praksi (STEP) te akademske aktivnosti u čijem sklopu izlazi i stručni časopis *Elsa Law Review*.

Nakon raspada komunističkog sustava i osamostaljenja naše Republike, osnovana je ELSA Hrvatske koja je u punopravno članstvo ELSA International primljena na Skupštini ELSA-e u Sofiji. ELSA djeluje kroz dvije redovne godišnje skupštine i dva redovna sastanka predsjednika nacionalnih grupa. Odmah potom donijeta je odluka o proširenju ELSA-e na sve pravne fakultete u Hrvatskoj pa su tako uz ELSA u Zagrebu, koja je do tad bila jedina, nastale još tri lokalne grupe, među kojima i ELSA Rijeka. Osnivačka skupština ELSA Rijeka održana je u prisustvu tridesetak studenata 16. travnja 1992. godine. Izabran je Izvršni odbor koji broji sedam članova. ELSA Rijeka danas ima šezdesetak članova.

Ubrzo nakon osnivanja ostvareni su brojni kontakti, na nacionalnom i na međunarodnom planu, tako je u lipnju upriličen studijski posjet studentima prava iz Bavarskog grada Passau, koji su nam uzvratili krajem travnja iduće godine, što govori o trajnosti veze između tih dviju ELSA grupa.

Prekretnicu u radu ELSA Rijeka predstavljala je druga redovna Skupština ELSA Hrvatske kada su u nacionalni Izvršni odbor ušla i tri studenta iz Rijeke, što je bio velik poticaj u radu. Vrijeme nakon te jesenske skupštine bilo je posvećeno STEP-u. Aktivnosti su rezultirale s četiri prakse za strane studente. Primjenom načela reciprociteta otvorila se mogućnost našim studentima da ostvare prakse u odvjetničkim kancelarijama, bankama, institutima i slično širom Europe. Studenti Željko Vediš i Livio Karavanić prakticirali su na Međunarodnom institutu za razvoj prava u Rimu i SIEMENS-u u Beču. Uspješno obavivši zadatke dostojno su predstavili ELSA Rijeku i Riječki pravni fakultet. Zahvaljujući Željku i druge će godine hrvatski studenti imati priliku raditi na Institutu.

Ova je godina iznimno važna i zbog organizacije Presidents meeting-a u Opatiji tijekom lipnja, na kojem su se okupili predsjednici ELSA-e iz dvadesetak europskih zemalja. U sklopu meeting-a održan je i seminar na temu "Međunarodni krivični sud i njegova perspektiva" na kojem su predavanja održali prof.dr. Vukas s Pravnog fakulteta u Zagrebu i prof.dr. Triffterer dekan Pravnog fakulteta u Salzburgu. Unatoč neprilikama u kojima se nalazi naša zemlja, meeting i seminar uspješno su organizirani, što je potvrdilo zadovoljstvo sudionika koji su im prisustvovali.

Nakon ljetne pauze, riječki su studenti, od 23. do 30. listopada, sudjelovali u sastavu Nacionalnog odbora, na redovnoj Skupštini u Rimu i prisustvovali prijemu kod predsjednika Republike Italije. Održano je predavanje na temu "Uloga pravника u modernom društvu". Predavači su bili ex. premijer Italije gospodin Amato, te predsjednik Instituta za razvoj prava gospodin Hagen.

Postignuti uspjesi svjedoče o značenju ove organizacije na promicanju pravne kulture i pravnog sustava Republike Hrvatske među studentima prava i mladim pravnicima širom Europe.

Aleksa Mikuljan

Siniša Milevoj

UPUTE AUTORIMA

Časopis objavljuje radove koji se recenziraju i one koji ne podliježu recenzentskom postupku. Recenzirani radovi kategoriziraju se u ove kategorije:

- * izvorni (originalni) znanstveni članak - original scientific paper
- * prethodno priopćenje - preliminary communication
- * pregledni članak - review
- * izlaganje (referat) sa znanstvenog skupa - conference paper
- * stručni članak - professional paper.

Izvorni znanstveni članak sadrži dosad još neobjavljene rezultate izvornih istraživanja. Prethodno priopćenje sadrži nove rezultate znanstvenih istraživanja koji zahtijevaju brzo objavljivanje. Pregledni članak mora biti originalan, sažet i kritički prikaz jednog područja ili njegova dijela u kojem autor i sam aktivno sudjeluje. Mora biti istaknuta uloga autorova izvornog doprinosa u tom području s obzirom na već publicirane radove, kao i pregled tih radova. Izlaganje sa znanstvenog skupa, prethodno referirano na takvom skupu, mora biti objavljeno u obliku cjelovitog članka, i to samo ako nije prije toga objavljeno u zborniku skupa. Stručni članak sadrži korisne priloge iz određene struke i ne mora sadržavati izvorna istraživanja.

Prihvatanje kategoriziranih članaka za objavljivanje obvezuje autora da isti članak ne smije objaviti na drugomu

mjestu bez dopuštenja uredništva časopisa ako je ono članak prihvatilo, a i tad uz podatak o tome gdje je prvi put članak objavljen. Kategorija članka navodi se u zaglavlju članka i u sadržaju sveska. Ostali prilozi koje časopis objavljuje se ne kategoriziraju.

Radovi predloženi za objavljivanje moraju zadovoljiti slijedeće kriterije:

1. Rukopis ne smije biti već objavljen ili u tom cilju upućen drugom časopisu.
2. Naslov mora biti koncizan i istovremeno informativan.
3. U lijevom kutu naslovne stranice rukopisa treba stajati ime i prezime autora te naziv i adresa ustanove u kojoj radi.
4. Uz rukopis je potrebno priložiti objašnjenje o značenju upotrebljenih kratica i simbola.
5. Tablice moraju biti pregledno i korektno priređene, te uredno opisane (broj, naslov, legenda).
6. Bilješke se posebno prilažu rukopisu.
7. Izvorni znanstveni radovi, prethodna priopćenja, pregledni članci i stručni članci, moraju biti opremljeni zaključkom i sažetkom koji ne treba prelaziti 250 riječi. Sažetkom se na skraćen način predstavlja sadržaj članka. U sažetku pisanom u trećem licu ukratko se naznačuju rezultati istraživanja prezentirani u članku.
8. Članci obuhvaćeni kategorizacijom podliježu recenziji.
9. Opseg rukopisa koji podliježu kategorizaciji ograničen je, u pravilu, do 1,5 autorska arka. Šesnaest stranica čini jedan autorski arak.
10. Svi prilozi dostavljaju se u dva primjerka od koji jedan mora biti original.

